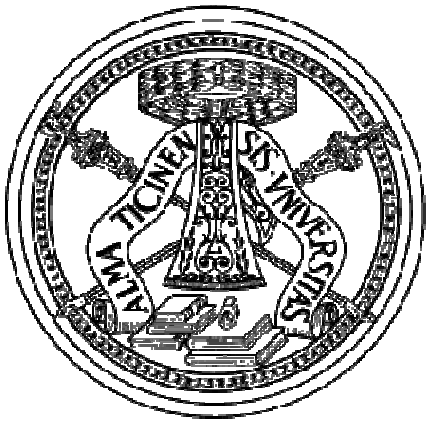
Università degli Studi di Pavia
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di dottorato in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale




# Il *sistema* « *invisibile* ».
## Disvalore di contesto e soluzioni negoziate della crisi nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale

Tutor:
Chiar.mo Prof. Sergio Seminara

Tesi di dottorato di
Stefano Cavallini
Matricola n. 439393

Anno Accademico 2017/2018

*A Sofia*

« I libri più utili sono quelli
in cui i lettori fanno essi stessi
metà del lavoro: penetrano
i pensieri che sono presentati
loro in germe; correggono ciò
che appare loro difettoso,
e rafforzano con le loro riflessioni
quello che sembra loro debole » (∗)

(∗) VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, a cura di M. Bonfantini, Torino, 1995, p. 4.

# Sommario

Abbreviazioni……..VII

Introduzione ..... 1

Capitolo I..... 5

1. Ambientamento della ricerca e campo d'indagine. ..... 5

2. L'oggetto materiale della condotta: tra accezioni "naturalistiche" di 'disponibilità' dei beni e primi straripamenti applicativi di talune fattispecie. ..... 9

3. L'elargizione di obblighi impeditivi all'amministratore di fatto come ultima frontiera della soggettività attiva della bancarotta. ..... 17

4. Reati fallimentari e sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali: le "cartine al tornasole" della vendita al giusto prezzo e dei rapporti tra dissipazione e bancarotta semplice. ..... 24

5. Il crinale probatorio: velate presunzioni di responsabilità o generalizzate massime d'esperienza? ..... 35

6. Un primo provvisorio bilancio. ..... 40

Capitolo II ..... 43

1. Premessa ..... 43

2. Le direttrici dell'espansione del tipo distrattivo: l'erosione della bancarotta d'evento, della bancarotta preferenziale e della ricettazione fallimentare. ..... 46

2.1. L'irruzione della distrazione nel campo operativo delle fattispecie causalmente orientate: il caso della scissione. ..... 46

2.2. Bancarotta patrimoniale e bancarotta preferenziale: i casi dei pagamenti autoliquidati e delle restituzioni dei finanziamenti concessi dagli amministratori. ..... 50

2.3. La "desuetudine" della ricettazione fallimentare. ..... 54

3. Le direttrici dell'espansione del tipo causale: la recente rivitalizzazione delle operazioni dolose. ..... 56

3.1. Operazioni dolose e reati non fallimentari. ..... 59

3.2. Operazioni dolose, reati fallimentari e reati societari non richiamati dal n. 1 dell'art. 223 l.fall. ..... 64

4. Sommario dell'indagine: la necessità di ampliare la ricerca. ..... 66

Capitolo III ..... 69

0. Ricognizione: dalle tendenze del diritto vivente alle secche del sistema positivo. ..... 69

1. Il modello della bancarotta individuale al banco di prova dell'odierna realtà economica. ..... 70

2. Qualche dato di contorno: *parerga* dall'esperienza prasseologica. ..... 73

3. La bancarotta come reato proprio e le sua duplice declinazione strutturale: dal *furtum in re propria* alla gestione *nomine alieno*. ..... 74

4. Il delicato adattamento della bancarotta societaria ad un modello difettoso. ..... 77

5. I "silenzi" della bancarotta societaria e l'affacciarsi sulla scena del convitato di pietra: il gruppo di società. ..... 80

6. Osservazioni introduttive, ipotesi di lavoro e campo d'indagine. ..... 88
7. Le sottoclassi di bancarotta semplice, individuale e societaria. ..... 92
8. Le figure di bancarotta societaria fraudolenta. ..... 97
9. Un quadro di sintesi sconfortante. ..... 106
10. Intermezzo. ..... 113
Capitolo IV ..... 115
1. Premessa: la poliedricità del 'fallimento' alle radici dell' "equivoco". ..... 115
2. Ambientamento: l'oggettività giuridica della bancarotta come "bussola" della ricerca dogmatica. ..... 119
2.1. Le tesi pubblicistiche e miste: critica. ..... 120
2.2. La concezione patrimoniale della bancarotta. ..... 124
3. Dal bene giuridico alla "concretizzazione della lesività": il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nelle ricostruzioni della dottrina. ..... 126
3.1. La tesi di Pedrazzi: la bancarotta come reato di pericolo concreto e la sentenza dichiarativa quale 'condizione obiettiva di punibilità' ..... 127
3.2. La tesi di Nuvolone: la 'zona di rischio penale' e la sentenza dichiarativa come condizione "qualificata" di punibilità. ..... 130
3.3. La tesi del 'nesso di rischio' tra condotta ed insolvenza. ..... 132
3.4. Le tesi minoritarie: lo *status* di fallito e la sentenza dichiarativa quale condizione di procedibilità. ..... 134
3.5. La prospettiva causale e il 'fallimento' come evento nei reati di bancarotta: le tesi della dottrina e l' "eretico" arresto della sentenza Corvetta. ..... 135
4. Il "sonno dogmatico" della giurisprudenza tradizionale: la sentenza dichiarativa come 'condizione di esistenza del reato' ovvero come elemento costitutivo *sui generis*. ..... 138
5. L'offensività concreta e il dato sistematico-strutturale dietro la folla terminologica: la sentenza dichiarativa come condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità. ..... 142
6. Prospettive dell'analisi: il 'fallimento' come primo passo verso il recupero della dimensione lesiva della bancarotta patrimoniale. ..... 154
Capitolo V ..... 157
1. Inquadramento generale e direttrici della ricerca. ..... 157
2. L'originario punto d'equilibrio della bancarotta "concordataria" e delle bancarotte regolate dall'art. 237 l.fall.: contraddizioni interne all'art. 236 l.fall. e linee evolutive del concordato preventivo. ..... 161
2.1. La liquidazione coatta amministrativa e le evoluzioni dell'art. 237 l.fall. ..... 161
2.2. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. ..... 162
2.3. La primigenia "quadratura" del concordato preventivo nel sistema della bancarotta e l'irruzione della riforma del 2005. ..... 164
3. La "folla" delle procedure concorsuali minori e i riflessi sulle fattispecie di bancarotta: 'stato di crisi' e sindacato del giudice fallimentare sui "piani attestati" ... 171
3.1. Piani di risanamento, accordi di ristrutturazione, accordi con intermediari, concordato preventivo. ..... 171

3.2. Linee di convergenza e criticità: relazione del professionista, nozione di 'crisi'. ..... 176

4. La "riduzione" del diritto penale del fallimento a valle delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa: l' 'esenzione' dai reati di bancarotta ..... 178

4.1. L'ambito applicativo della 'esenzione': un quadro dalla cornice disarmonica. 180

4.2. Natura della 'esenzione' e sindacato del giudice penale sullo sfondo dell'insuccesso dei piani di risanamento. ..... 185

5. La natura "anfibia" del concordato preventivo: quali spazi di autentica autonomia per la bancarotta pre-concordataria? ..... 199

6. La funzione fondativa della punibilità degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. ..... 203

7. Annotazioni interlocutorie sull'impostazione prescelta. ..... 205

8. Oltre l'art. 217 *bis* l.fall.: la 'crisi' e l'insolvenza 'non gestite' come momenti di innesto della oggettività giuridica della bancarotta fraudolenta patrimoniale? ..... 209

Capitolo VI ..... 211

1. Ricognizione: la bancarotta patrimoniale prefallimentare come punto di ingorgo tra prassi e lineamenti di sistema. ..... 211

2. L'insufficienza del concetto di distrazione nelle impostazioni tradizionali della dottrina e della giurisprudenza: quadro d'insieme. ..... 213

3. I 'correttivi' dottrinali e giurisprudenziali alla espansione della bancarotta fraudolenta prefallimentare. ..... 219

3.1. Primo 'correttivo': la sentenza dichiarativa di fallimento come "bussola" per la ricerca *aliunde* dell'offensività concreta dei fatti di bancarotta. Parzialità dell'opzione ricostruttiva e rinvio. ..... 220

3.2. Secondo 'correttivo': la bancarotta riparata quale limitatore a posteriori della tipicità dei fatti di bancarotta. Critica. ..... 224

3.3. La bancarotta prefallimentare come fattispecie qualificata dalla "non desistenza"? Critica. ..... 231

4. 'Crisi d'impresa' e bancarotta fraudolenta prefallimentare. ..... 236

4.1. 'Crisi' e 'insolvenza': possibili definizioni per la semantica penalistica. ..... 237

4.2. La crisi ('non gestita') quale *habitat* dei fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare. ..... 245

4.3. (*segue*) Disvalore di contesto e soggettività attiva nei reati di bancarotta patrimoniale: sdoppiamento dei paradigmi o modello unitario di condotta? ..... 252

5. Le ulteriori ricadute selettive del tipo veicolate dalla 'crisi': dal sindacato sulle scelte gestorie alla consistenza dell'elemento soggettivo. ..... 254

6. (*segue*) 'Crisi d'impresa' e parificazione sanzionatoria tra paradigmi di pericolo e tipi causali di bancarotta. ..... 259

Capitolo VII ..... 261

1. Premessa: punti fermi e nuove prospettive per le fattispecie di bancarotta causalmente orientate. ..... 261

2. La 'verificazione' della tesi: le ondivaghe posizioni della giurisprudenza sui rapporti tra la distrazione e le figure di evento. ..... 263

3. (*segue*) La scarsa persuasività degli orientamenti giurisprudenziali e la necessità di reimpostare la questione al lume della 'crisi' come elemento di fattispecie della bancarotta distrattiva. ..... 266

4. La 'falsificazione' della tesi: le fattispecie d'evento quali chiavi d'accesso al merito delle scelte gestorie? ..... 271

5. L'evento tipico: 'dissesto', 'insolvenza', 'fallimento'. ..... 280

6. La "chiusura del cerchio": spunti per una paradigmatica dell'accertamento causale… ..... 283

7. (*segue*) … e corollari sul versante della colpevolezza. ..... 288

Conclusioni ..... 291

BIBLIOGRAFIA ..... 295

# INDICE DELLE ABBREVIAZIONI

| | |
|---|---|
| *Arch. pen.* | Archivio penale |
| *BBTC* | Banca, borsa e titoli di credito |
| *Cass. pen*. | Cassazione penale |
| *CED Cass.* | Centro elettronico di documentazione della Suprema Corte di Cassazione |
| *Dir. pen. cont.* | Diritto penale contemporaneo |
| *Dir. pen. proc.* | Diritto penale e processo |
| *Dig. disc. pen.* | Digesto delle discipline penalistiche |
| *Dir. fall. soc. comm.* | Il diritto fallimentare e delle società commerciali |
| *Enc. dir.* | Enciclopedia del diritto |
| *Enc. giur. Treccani* | Enciclopedia giuridica Treccani |
| *Fall.* | Il fallimento e le altre procedure concorsuali |
| *Giur. comm.* | Giurisprudenza commerciale |
| *Giur. it.* | Giurisprudenza italiana |
| *Giur. mer.* | Giurisprudenza di merito |
| *Giust. pen.* | La giustizia penale |
| *Guida dir.* | Guida al diritto |
| *Impr. comm. ind.* | Impresa commerciale industriale |
| *Ind. pen.* | L'indice penale |
| *Leggi d'Italia* | Banca dati Leggi d'Italia |
| *Legisl. pen.* | La legislazione penale |
| *Noviss. dig. it.* | Novissimo digesto italiano |
| *Riv. dir. comm.* | Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni |
| *Riv. dir. proc.* | Rivista di diritto processuale |
| *Riv. it. dir. proc. pen.* | Rivista italiana di diritto e procedura penale |

| | |
|---|---|
| *Riv. soc.* | Rivista delle società |
| *Riv. trim. dir. pen. cont.* | Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale |
| *Riv. trim. dir. pen. econ.* | Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia |
| *SI* | Studium iuris |
| *Società* | Le società |

# Introduzione

Il diritto penale del fallimento vive ormai da diversi lustri una profonda crisi di identità, dovuta tanto a fattori endogeni al microcosmo normativo che lo ospita quanto a movimenti esogeni alla ridotta strettamente penalistica, che ne hanno radicalmente modificato il punto di innesto. Si tratta di difetti noti, più o meno ampiamente studiati e denunciati dalla dottrina, che si concentrano, sublimandosi, soprattutto nelle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, figure archetipiche del sistema.

A uno sguardo sommario sul "nocciolo duro" dell'ossatura dei tipi delittuosi, consegnata dal legislatore del 1942, balza anche all'occhio più profano, anzitutto, l'assoluta identità delle sanzioni comminate dalla legge per fattispecie indubbiamente diverse tra loro; basti pensare alle figure d'evento rispetto a quelle di pericolo, alla variante disegnata dall'art. 236 cpv. l.fall. rispetto alla tradizionale bancarotta "fallimentare", alle aggressioni "documentali", di carattere strumentale, rispetto agli attentati diretti alla garanzia patrimoniale dei creditori, o ancora, più semplicemente, alla bancarotta sagomata sull'imprenditore individuale rispetto alla – ormai dominante – speculare fattispecie societaria. Una parificazione che appare, in molti casi, ancora meno tranquillizzante, se scrutinata al lume della modesta fattura strutturale di molte delle disposizioni in commento: tipicità (talvolta) rarefatte, coefficienti psicologici incolori ed esangui, potenziali "doppioni" d'incriminazione (che i due numeri dell'art. 223 cpv. l.fall. bene emblematizzano), relitti già superati all'epoca di promulgazione della legge fallimentare (bastevole, in proposito, il richiamo al n. 5 dell'art. 217 l.fall.).

Su questo tessuto, poi, la giurisprudenza ha imbastito un rigore interpretativo con pochi eguali nell'ordinamento penale. Non solo mutuando – più o meno velatamente – orientamenti di un passato evidentemente non ancora superato, ovvero arroccandosi a lungo su posizioni esegetiche (si pensi alla intramontabile questione del ruolo della declaratoria fallimentare) incompatibili con i valori della Costituzione (tanto da suscitare l'impressione che l'eccezione – nell'enclave penale fallimentare – sia elevata a regola); ma anche accedendo a letture apertamente estensive dei tipi normativi, sfilacciati *passepartout* punitivi, e, di fatto, "rimediando" ai vuoti di tutela – per quanto obiettivamente esistenti e ingombranti – di altri settori del diritto penale dell'economia. Si è dunque rafforzata l'impressione di una "banalizzazione" dei reati fallimentari, in cui lo strumento repressivo, calato il sipario sulla vita dell'impresa, assume sovente – come osservava Cesare Pedrazzi già più di vent'anni orsono – le « cadenze

fobiche del rituale espiatorio » (1), reazione istintuale al trauma dell'insolvenza, più che il volto razionale del diritto penale (davvero) costituzionalmente orientato; da qui, in una spirale che si autoalimenta, la "giustificazione" di un regresso all'infinito nella ricerca di responsabilità penali e lo svuotamento della tipicità soggettiva, nel quadro di un sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali occhiuto e sostanzialmente illimitato.

Non che il legislatore repubblicano, al netto dell'opzione "ideologica" per la concentrazione delle sanzioni sul momento terminale della vita dell'impresa, abbia negli anni contribuito ad arginare o a correggere (senza pretenderne una forse utopica, salutare eliminazione) le più macroscopiche irrazionalità consegnate dal diritto penale fallimentare.

Anzi, appare semmai vero il contrario.

Incurante della mutata realtà economica, pressoché impermeabile all'alluvionale messe di novelle che hanno trasfigurato il terreno extrapenale da cui le norme incriminatrici traggono linfa, la parte penale della legge fallimentare ha registrato un assordante silenzio, interrotto unicamente da estemporanei, maldestri e (nella migliore delle ipotesi) posticci interventi normativi: talvolta sull'onda di qualche "emergenza" (si pensi alla riscrittura dell'art. 218 l.fall.), talaltra in omaggio a imprecisate e insondabili esigenze di politica criminale (si pensi all'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 236 l.fall.), in rari casi sulla spinta ormai erompente di cortocircuiti pratici non più gestibili con il vecchio armamentario normativo (è il caso dell'art. 217 *bis* l.fall., senz'altro uno dei peggiori esempi di tecnica legislativa in un panorama già non fulgido).

L'assenza di sistematicità, riflesso del difetto di una chiara e consapevole visione d'insieme del fenomeno, in uno alla scarsa qualità dei prodotti legislativi, ha paradossalmente costituito il propellente delle criticità esistenti, nutrendone di nuove invece di stemperarne le ataviche. Né è dato intravvedere imminenti cambi di rotta: si affaccia all'orizzonte una (ennesima) riforma del diritto fallimentare, che ancora una volta lascia – formalmente – pressoché inalterata l'appendice penalistica.

***

Già da queste notazioni emerge, a nostro avviso, l'utilità di un nuovo studio in una materia diffusamente arata dalla dottrina e segnata, indelebilmente, dagli studi di insuperabili Maestri.

Si tratta, anzitutto, di fotografare lo stato attuale del diritto penale fallimentare, in primo luogo nella fisionomia concretamente impressa dalla giurisprudenza; verranno così ripercorsi i principali vettori di particolarismo che

(1) C. PEDRAZZI, *Introduzione*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 1.

orientano l'applicazione prasseologica, al livello delle opzioni "culturali" restituite dal diritto vivente e della *vis* attrattiva spiegata dai tipi di bancarotta distrattiva e per effetto di operazioni dolose. Dunque sul piano delle scelte politico-criminali, ampliando la riflessione sulle opzioni di tipizzazione del legislatore attraverso una verifica interna al sistema delle incriminazioni, onde saggiarne la complessiva (ir)razionalità.

Ma tale ricognizione rimarrebbe spuntata, se non funzionale a un tentativo di rinnovata sistematizzazione delle principali figure di bancarotta patrimoniale: vale a dire delle fattispecie di più pregnante importanza programmatica e di più frequente ricorrenza empirica.

L'intera ricerca muove in effetti da una *pregiudiziale teoretica*, che ne costituirà invero anche il punto d'arrivo e che occorre subito condividere con il lettore: pur nella estrema difficoltà consegnata dalla scarsa qualità del materiale normativo, dal difetto di organicità e dall'assenza di visione politico-criminale, al fondo del sistema si scorgono i sentieri per un riposizionamento del diritto penale del fallimento (e in particolare delle sue figure-cardine), al lume della razionalità e dei principi indisponibili di legalità, offensività e colpevolezza. Cade a proposito l'insegnamento di Giacomo Delitala, proprio con riguardo alle fattispecie di bancarotta (ancora nella vigenza del codice di commercio): « vero è che le disposizioni legislative, almeno formalmente, non sono quasi affatto mutate; ma che importa? È mutato, assai più profondamente, tutto quanto il sistema. (…) Malgrado l'identità della forma letterale, ciò significa che il senso di queste disposizioni non può essere, oggi, quello di allora; che esse possono, malgrado tutto, conciliarsi con le mutate concezioni generali. Dimostrare come ciò sia possibile, ecco appunto il compito della dottrina » (2).

Compito – indubbiamente – tutt'altro che agevole: non solo per le rilevate asperità della materia, ma anche in considerazione delle tumultuose novità che hanno decisivamente mutato il diritto "dell'insolvenza", e che sollecitano il penalista a una rimeditazione a tutto campo sulle vecchie fattispecie incriminatrici della legge fallimentare. Oltre al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, imprescindibile *topos* dogmatico, nel senso di una significativa rivisitazione dei paradigmi tradizionali milita infatti, come si vedrà, soprattutto l'evoluzione del quadro extrapenale di riferimento, dal quale l'appendice penalistica non può rimanere avulsa. Sarà il rinnovato bilanciamento dei valori in gioco, con la riscrittura dei rapporti tra lecito e illecito nello specchio della "gestione negoziata" della 'crisi' d'impresa, a sospingere l'interprete verso una decisa valorizzazione di quest'ultima all'interno del tipo della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, quale presupposto del reato e indispensabile vettore di attualizzazione dell'offesa (oltre che marcatore della discontinuità con le figure

(2) G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 853.

causalmente orientate dell'art. 223 cpv. l.fall.): premessa indispensabile, al contempo, per un saldo allineamento della bancarotta nello statuto costituzionale del diritto penale e per evitare una generalizzata incriminazione dello stesso rischio d'impresa.

# Capitolo I

## ORIENTAMENTI E DISORIENTAMENTI DI UNO *IUS SINGULARE*: ALLE RADICI DELL'IPER-EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE

**SOMMARIO: 1.** Ambientamento della ricerca e campo d'indagine. – **2.** L'oggetto materiale della condotta: tra accezioni "naturalistiche" di 'disponibilità' dei beni e primi straripamenti applicativi di talune fattispecie. – **3.** L'elargizione di obblighi impeditivi all'amministratore di fatto come ultima frontiera della soggettività attiva della bancarotta. – **4.** Reati fallimentari e sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali: le "cartine al tornasole" della vendita al giusto prezzo e dei rapporti tra dissipazione e bancarotta semplice. – **5.** Il crinale probatorio: velate presunzioni di responsabilità o generalizzate massime d'esperienza? – **6.** Un primo provvisorio bilancio.

« L'idea che legislatore
ed interprete debbano garantire (…)
la completezza e l'onnicomprensività
è *fondamentalmente errata*,
sia sotto il profilo della politica
legislativa che sotto il profilo
della scienza dell'interpretazione » (1)

### 1. Ambientamento della ricerca e campo d'indagine.

Osservava alcuni anni fa Massimo Donini, in un saggio dal titolo efficacemente evocativo, che il sistema penale del fallimento – e la bancarotta che ne è l'architrave (2) – si caratterizza per una « perenne specialità » (3): una

(1) C.E. PALIERO, « Minima non curat praetor ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 165 (corsivi dell'A.).

(2) La bibliografia in tema di bancarotta è amplissima, per non dire sterminata. Volendo soltanto citare le opere monografiche e manualistiche nonché le voci di enciclopedia più significative (senza pretesa di completezza): C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, p. 99; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955; ID., (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 476; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XII ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, VI ed., Torino, 2012; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, III ed., Bologna, 2012, p. 267; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, p. 325; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991; ID., (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 7; A. TRAVERSI – S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, II ed., Padova, 2012, p. 76; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1995; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956 – 2008*, vol. II, Milano, 2009; A. DI AMATO,

specialità che muove da alcune ambiguità di fondo (ben visibili nelle pieghe dell'impostazione della originaria legge fallimentare) e che il tempo – a dispetto della rivoluzione prospettica segnata dalla Costituzione, dell'impatto effettuale della mutata realtà economica e della riscrittura delle norme extrapenali di riferimento – ha contribuito, piuttosto che a rimediare, ad acuire esponenzialmente, finendo per dissolvere la già quasi impalpabile organicità del sistema.

Plurimi i fattori di perturbamento nella ricerca dell' « intima razionalità » (4) della normativa penale fallimentare: dal ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento ai rapporti tra 'crisi', 'insolvenza' e reati fallimentari; dalle tecniche di costruzione delle fattispecie incriminatrici alla calibrazione (e alla traduzione sul piano sanzionatorio) dei rispettivi nuclei di disvalore. Tutti temi di decisiva importanza, su cui si avrà modo, a tempo debito, di riflettere ampiamente.

Ma l'isolazionismo del diritto penale fallimentare non dipende soltanto dai difetti atavici dei fondamenti su cui è stato innalzato, nutrendosi invero, nella concreta declinazione prasselogica del diritto vivente, soprattutto delle vesti esegetiche su di esso ritagliate, nel tempo, dalla giurisprudenza. Una lettura, estremizzando la superficiale sintesi, almeno sino a tempi recentissimi marcatamente proiettata all'effettività (5) dei tipi legislativi, su un duplice versante:

---

*Diritto penale dell'impresa*, VI ed., Milano, 2006, p. 385; U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015; P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari. Le responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, II ed., Milano, 1994; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2013, p. 355; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2012; G. MONTANARA, (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.,* Annali, VI, Milano, 2013, p. 283; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, vol. IV, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, p. 72; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016.

(3) M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne « specialità »*, in *Jus*, 2011, p. 35.

(4) C. PEDRAZZI, *Introduzione*, cit., p. 1.

(5) Un chiarimento terminologico: il vocabolo "effettività" (o la sua graduazione in "ipereffettività"), ove associato al diritto penale del fallimento nel suo complesso o a singole fattispecie incriminatrici, s'intende qui relazionalmente riferito, in senso generico e atecnico, alla (o al grado di) "efficacia" del sotto-sistema o della figura di reato, in termini di attitudine efficientistica (o di idoneità alla massimizzazione) rispetto alla pratica applicazione da parte del formante giurisprudenziale. Verranno invece appositamente evidenziati i casi (quali, ad es., le ipotesi di "ineffettività" del diritto penale societario e tributario cui si accennerà poco oltre nel testo) in cui il concetto sarà richiamato nel suo più stretto e complesso significato, anticipando sin da ora che, in tale evenienza, si ricorrerà alle definizioni e ai risultati del fondamentale studio di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss., cui si rinvia per gli indispensabili riferimenti bibliografici.

(*i*) nell'approccio rigoristico alla fruizione processuale delle formule legislative, nella tendenza ad estenderne la soggettività attiva e, più in generale, nell'opzione – per così dire – "culturale" del formante giurisprudenziale in ordine al ruolo del giudice rispetto alla valutazione delle scelte imprenditoriali;

(*ii*) nella ricostruzione della intelaiatura complessiva delle fattispecie incriminatrici nelle loro reciproche interrelazioni, con l'ampliamento degli spazi di vitalità delle figure più gravi (essenzialmente la bancarotta fraudolenta e la bancarotta per effetto di operazioni dolose) a discapito delle più lievi – e, quindi, meno 'effettive' – varianti semplici o di altri reati fallimentari, con uno slittamento interpretativo del sistema verso una più accentuata polarizzazione repressiva.

Non che mancassero (e che manchino) nel sistema penale dell'economia vistosi vuoti politico-criminali, che, specie nell'ultimo quindicennio, in certo modo "spiegano" il massiccio ricorso a letture estensive delle figure di bancarotta. Senza addentrarsi in osservazioni che condurrebbero troppo lontano, appare bastevole la registrazione, a un grossolano livello empirico, da un lato del deciso arretramento (quando non della sostanziale eclissi) della tutela in diverse insenature del diritto penale societario (6), dall'altro dell'endemica ineffettività (7) del diritto penale tributario, cronicamente zavorrato (per talune fattispecie anche successivamente al 2011) (8) dalla brevità dei termini prescrizionali (9). In questo quadro, il diritto penale del fallimento – grazie all'asprezza delle comminatorie edittali delle sue principali figure (al riparo perciò dai tempi processuali) – diviene l'avamposto di un più generale fenomeno di "resilienza" giurisprudenziale, atteggiandosi a unico, reale strumento per colmare un altrimenti

(6) L'accento patrimonialistico, ispirato alla patrimonializzazione della tutela, alla base della riforma dei reati societari avvenuta con d.lgs. 61/2002, con la tipizzazione di norme incriminatrici sovrabbondanti di elementi costitutivi, ovvero la dequotazione a fattispecie contravvenzionali o ancorate a regimi di procedibilità a querela e organizzate attorno ad eventi di danno rappresenta un ottimo esempio di legislazione penale simbolica, e segnatamente – per impiegare la categorizzazione di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., pp. 537 ss. – di ineffettività c.d. disnomica (in quanto caratterizzata dall'inserimento, nelle fattispecie, di elementi antinomici "paralizzanti").

(7) Ovvero di infrequenza di applicazione della sanzione a fronte di pure accertate violazioni del precetto, secondo la tipologia di "invalidità" della norma – prendendo nuovamente a prestito la classificazione tratteggiata da C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 489 – c.d. "del I tipo".

(8) Con l'art. 2, comma 36 *vicies-semel* lett. l) del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, infatti, è stato introdotto un comma 1 *bis* all'art. 17 d.lgs. 74/2000, elevando di un terzo i termini di prescrizione per i delitti previsti dagli artt. da 2 a 10 del medesimo d.lgs.

(9) Meritano solo un accenno le notissime vicende – che è impossibile, in questa sede, *funditus* ripercorrere – scaturite dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso Taricco (Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14), sulla quale si è sviluppato un intensissimo dibattito dottrinario (parallelamente ad orientamenti non univoci nella giurisprudenza di legittimità), fino all'intervento della Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 24/2017, l'ulteriore sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/17) e l'ultima sentenza della Corte Cost., n. 115/2018.

insoddisfatto "bisogno di pena", se possibile accresciuto dai vari *crack* finanziari e dalla crisi che hanno investito il Paese (10).

Si tratta peraltro, com'è facile intuire, di una supplenza assai costosa: anzitutto, perché comporta una inestricabile commistione di piani lesivi (quello societario, in generale, ma non diversamente quello penale-tributario, con quello fallimentare) distinti, e che tali dovrebbero rimanere (11); in secondo luogo, perché la lente concettuale con cui la vicenda fallimentare viene scrutinata (specie dal giudice) non sembra sempre prestarsi a un (immediato e confacente) utilizzo in altri ambiti, quali il settore penale-societario, con il rischio di costringere negli scomodi "panni" del fallimento situazioni meritevoli di ben altra "stoffa"; da ultimo, perché l'inedita sinergia finisce, giocoforza, per obliterare i beni giuridici *aliunde* tutelati (in particolare, dal diritto penale societario) a tutto vantaggio degli interessi dei creditori, alla cui protezione la procedura concorsuale risulta istituzionalmente orientata.

Più che mai attuali si rivelano, dunque, le amare riflessioni di Alberto Alessandri, quando, più di dieci anni orsono, sottolineava che « gli usi strumentali degli arnesi penalistici sono sempre segni di cattiva salute del sistema, spie di strozzature insostenibili tali da propiziare scelte affidate alle soggettività individuali, avviando una sorta di mitridatizzazione alla forzatura degli schemi ed al rispetto del tipo legale » (12).

Prima di esaminare in dettaglio le criticità del quadro normativo attuale e di abbozzarne possibili vie d'uscita interpretative – compito cui verranno riservati, in particolare, i capitoli VI e VII –, conviene dunque verificare lo stato dell'arte del diritto vivente, in cui il *deficit* di tassatività delle fattispecie sfuma nell'ampliamento analogico dei tipi, e « le regole probatorie [sono] spinte fino ad avvicinarsi alla prova legale » (13).

In questo capitolo, in particolare, verranno ripercorse le direttrici processuali e le chiavi esegetiche "trasversali" – riassunte nel precedente punto (*i*) – della iper-effettività dei più gravi tipi penalfallimentari, riservando al capitolo

(10) Testimoniata dalla vera e propria "esplosione" di reati di "puro inadempimento", quali le mere omissioni tributarie: volendo, in argomento, S. CAVALLINI, *Art. 10* bis, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XIII, *Reati tributari*, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, Torino, 2017, pp. 313 ss. E che ha comunque trovato reazione, anche sul terreno legislativo, con la riscrittura delle fattispecie di false comunicazioni sociali e con la tipizzazione dell'inedita figura delittuosa dell'autoriciclaggio.

(11) Una commistione, peraltro, non sconosciuta al legislatore storico: basti richiamare, in tal senso, la versione dell'art. 223 cpv. n. 1 l.fall. anteriore alla riforma del 2002, "trasformatore" permanente ed automatico – a fallimento dichiarato – di taluni reati societari in bancarotta: cfr., in argomento, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., pp. 301 ss.

(12) Così A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 570.

(13) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 11.

successivo la disamina dell'*actio finium regundorum* giurisprudenziale, abbozzata al punto (*ii*), tra le diverse fattispecie delittuose.

## 2. L'oggetto materiale della condotta: tra accezioni "naturalistiche" di 'disponibilità' dei beni e primi straripamenti applicativi di talune fattispecie.

Quanto mai incisiva sul terreno della "*performance*" applicativa dei tipi, in particolare di quello fraudolento patrimoniale, si rivela in primo luogo la sagomazione giurisprudenziale dell'entità sulla quale il comportamento disvoluto può indirizzarsi: entità che, per vero, il legislatore storico disegna con una locuzione in apparenza scevra d'ambiguità, univocamente connotandola attraverso l'impiego dell'aggettivazione possessiva (i "*suoi*" beni), al punto da ritenere superfluo qualunque accenno sul punto nella relazione ministeriale.

Intuitiva, d'altronde, la *ratio*, indistricabilmente connessa alla funzione del patrimonio nell'economia della fattispecie: in tanto, infatti, un dato bene può dirsi preordinato allo scopo normativamente assegnato (a costituire, cioè, come si avrà occasione di meglio evidenziare in seguito, la base della garanzia per la massa dei creditori), in quanto esso "appartenga" all'imprenditore (o alla società). Dietro le quinte di tale apparente ovvietà, tuttavia, si cela la necessità di decrittare la locuzione normativa, la cui immediatezza contenutistica, in realtà, appare nient'affatto scontata, soprattutto in una vasta congerie di casi non riconducibili al "nucleo certo" del diritto di proprietà ("suo", dell'imprenditore, chiaramente essendo, *in primis*, il bene di cui egli è proprietario); la nozione di appartenenza richiamata dalla norma incriminatrice, in altre parole, deve essere inquadrata, oltre l'identificazione del bene in senso economico, anche mediante un parametro più prettamente giuridico.

Sennonché, in ottica prettamente sostanzialistica, la giurisprudenza maggioritaria ha optato per una ricostruzione dell'oggetto materiale di fattispecie in termini di mera 'disponibilità' del bene per il soggetto attivo, di fatto appiattendo il giudizio (normativo) sul finalismo della *res* allo scopo di garanzia con l'osservazione ("naturalistica") del patrimonio inteso nella sua consistenza materiale (14): assurge, per tal via, a potenziale oggetto di distrazione/dissipazione qualsivoglia utilità economica, a condizione che sia nei fatti entrata nella sfera di signoria materiale dell'agente e a prescindere dalla relativa provenienza, ovvero dalla natura del titolo che siffatto ingresso abbia accompagnato. Si assiste, così, a un aggiramento prasseologico dello schema letterale, servente a intuibili occorrenze probatorie. Declassando l'appartenenza

(14) Così, soprattutto con riferimento ai beni di illecita provenienza (su cui si tornerà tra breve), *ex aliis*: Cass. pen. sez. V, n. 8373/2013, in *CED Cass.*, rv. 259041; Cass. pen. sez. V, n. 45332/2009, in *CED Cass.*, rv. 245156; Cass. pen. sez. V, n. 44159/2008, in *CED Cass.*, rv. 241692.

del bene a mera contingenza – quale termine di riferimento di un potere dispositivo di puro fatto, in un dato momento della vita dell'impresa –, il *surplus* di tipicità traghettato dall'impiego dell'aggettivo "*suoi*" scolora in una grigia superfluità: a questa stregua, in effetti, la norma incriminatrice si limiterebbe a tipizzare la condotta dell'imprenditore che ha distratto (volendo impiegare la 'distrazione' quale concetto di genere) "*i (…) beni*".

A ragione, dunque, la dottrina, avallata per vero da una parte minoritaria della giurisprudenza, ha elaborato soluzioni esegetiche meno assolutiste, variamente imperniate sulla natura del possesso di un certo bene in capo al fallito, sulla sua provenienza lecita o illecita, o ancora sul carattere fungibile o meno della *res* di cui si assume la distrazione; criteri che, specie in giurisprudenza, faticano però a far breccia, finendo spesso per infrangersi su situazioni "di confine" assai frequenti nella prassi (in cui la linearità dogmatica appare ancora più esposta a sacrificio sull'altare della efficienza repressiva), e sfociando nell'enucleazione di principi puntiformi, ritagliati su singole vicende, quindi difficilmente esportabili fuori dalle contingenze fattuali che ne hanno segnato la statuizione.

Esigenze di razionalità metodologica, peraltro, suggeriscono di suddividere lo scenario, preliminarmente, tra i beni lecitamente pervenuti nella sfera dispositiva del soggetto attivo (oppure dell'ente da questi amministrato) e i beni che, al contrario, si insinuino nel materiale "governo" dell'agente unicamente in quanto profitto di un precedente reato.

(*i*) Muovendo dai *beni lecitamente immessi* nella 'disponibilità' (volendo ancora adoperare un termine sufficientemente generico) del soggetto attivo, giova subito rilevare, su un piano generale, che proprio su tale categoria si sintonizza l'oggettività giuridica di fattispecie, la garanzia per i creditori – nello specchio dell'art. 2740 c.c., e nella fisiologia della vita dell'impresa – essendo anzitutto innervata dal complesso dei rapporti giuridici (di fonte lecita), economicamente valutabili, facenti capo all'imprenditore ovvero alla società (15).

Agevole il corollario: proprio rispetto al novero dei potenziali rapporti giuridici patrimoniali vantati *secundum ius* si pone, infatti, l'esigenza di distinguere tra i beni o i diritti predicabili di colorarsi come "*suoi*", cioè come appartenenti all'imprenditore o alla società, e i beni o i rapporti che di tale attitudine risultano privi, non concorrendo dunque a definire l'oggetto materiale della bancarotta.

Ora, tali essendo le coordinate di principio, non v'è dubbio che nello spettro dell'incriminazione ricadano, accanto ai beni di cui il fallito (imprenditore individuale o ente) è proprietario, tutti i diritti su beni altrui che, in quanto oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, riversandosi nell'asse fallimentare possano

(15) In tal senso R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 116.

concorrere alla soddisfazione dei creditori (16): creditori, invero, la cui azione esecutiva è indirizzata non tanto al bene nella sua consistenza naturalistica, quanto piuttosto al diritto, sul primo, vantato dal fallito (17). Così, la condotta potrà ricadere, indistintamente, su (diritti aventi ad oggetto) beni materiali o immateriali, oppure beni futuri (nella misura in cui oggetto di tutela attuale), diritti di credito, e persino diritti di godimento, quali, paradigmaticamente (anche per la significatività registrata nella prassi), il *leasing*. Anche *res* detenute in *leasing* dal fallito – *rectius*, i diritti esercitabili dalla curatela al termine del contratto – rientrano, infatti (18), nella cornice di garanzia per i creditori sociali, nella misura in cui, oltre a determinarsi (a valle della condotta dispositiva) l'immediato pregiudizio derivante dall'inadempimento delle obbligazioni verso il concedente (19), la massa creditoria viene irrimediabilmente privata del valore dei beni stessi (a nulla rilevando invece, in proposito, la tipologia del contratto di *leasing*, traslativo o di godimento) (20). Detta soluzione, d'altra parte, appare confermata a livello sistematico dal nuovo art. 72 *quater* l.fall., espressamente dedicato al *leasing*, che conferisce al curatore (in caso di fallimento dell'utilizzatore) la possibilità di scelta tra il subentro nel contratto (e, dunque, nel diritto di godimento sul bene vantato dal fallito) (21) e lo scioglimento del vincolo, in linea con la regola generale fissata dall'art. 72 l.fall. (22).

Diverso, invece, il discorso concernente i beni di cui il fallito (nuovamente: persona fisica o ente) abbia il possesso a titolo meramente precario, in assenza di una piattaforma sinallagmatica diversa dal binomio *traditio*-riconsegna, così conservando il proprietario un diritto incondizionato di restituzione, in disparte l'obbligo per il curatore di redigerne l'elenco (art. 89 l.fall.), ovvero di curarne l'eventuale recupero (art. 79 l.fall.). A precluderne la confluenza nel compendio "distraibile" soggiunge, in questo caso, il carattere "nucleare" del rapporto giuridico che essi sottendono, in alcun modo destinato all'accrescimento – per la

(16) Su questa linea, oltre alla giurisprudenza, la dottrina dominante: per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 44; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 116.

(17) L'osservazione è ancora di C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 44.

(18) Naturalmente a condizione, anche nel caso del *leasing* (al pari di quanto sottolineato in relazione a qualunque altro bene potenzialmente suscettibile di refluire nell'oggetto materiale della fattispecie), della effettiva e materiale disponibilità del bene nel patrimonio del fallito: ciò che può ritrarsi, nelle vicende di locazione finanziaria, dalla circostanza della avvenuta consegna della cosa (ovvero dell'esecuzione della prestazione gravante sul concedente) all'utilizzatore: cfr., in argomento, Cass. pen. sez. V, n. 29757/2010, in *CED Cass.*, rv. 248262.

(19) In tal senso, tra le altre, Cass. pen. sez. V, ord. n. 9427/2012, in *CED Cass.*, rv. 251995; Cass. pen. sez. V, n. 33380/2008, in *CED Cass.*, rv. 241397; più recentemente (in un caso di contratto risolto prima del fallimento per inadempimento), Cass. pen. sez. V, n. 44350/2016, in *CED Cass.*, rv. 268469.

(20) Sul punto, Cass. pen. sez. V, n. 44898/2015, in *CED Cass.*, rv. 265509.

(21) In tal senso C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 47, che richiama, oltre al *leasing*, anche la vendita con riserva di proprietà.

(22) Valorizzano l'addentellato normativo di cui all'art. 72 *quater* l.fall. anche E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 291 (in nota).

collettività dei creditori – della garanzia patrimoniale complessiva (23): soluzione cui, va detto, è infine condivisibilmente giunta anche la giurisprudenza di legittimità, in una vicenda relativa alla "sottrazione" di un bene posseduto a titolo di mero comodato (24).

(*ii*) È, tuttavia, il *momento patologico* della vita dell'impresa – quello, cioè, che vede sovente l'acquisizione (usando, di nuovo, un termine volutamente a-tecnico) *contra ius*, se non proprio delittuosa, di beni, poi non rinvenuti in sede fallimentare – il reale indicatore dell'estensione prasseologica della fattispecie di bancarotta patrimoniale, dal lato del suo oggetto materiale (25).

Lapidaria, in proposito, la giurisprudenza, che ha avuto occasione di pronunciarsi con riguardo alle più svariate fattispecie "fonte" della *res* poi distratta: si è osservato infatti, in via di principio, che « il reato di bancarotta fraudolenta non è escluso dal fatto che i beni distratti o dissipati appartenenti alla società, poi dichiarata fallita, siano di provenienza delittuosa, in quanto, a tal fine, deve aversi *riguardo alla consistenza obiettiva del patrimonio*, prescindendo dai modi della sua formazione, con la conseguenza che detti beni, una volta entrati nel patrimonio della società, diventano cespiti sui quali i creditori possono soddisfare le loro ragioni » (26), sicchè beni del fallito ("*suoi*") « si intendono tutti quelli che fanno parte della *sfera di disponibilità del patrimonio, indipendentemente dalla proprietà e dal modo del loro acquisto* » (27); sino ad affermare che « anche il temporaneo ingresso nel patrimonio della fallita di *beni che in forza di un patto illecito vengano restituiti al dante causa* determina un incremento dello stesso che espande le garanzie dei creditori, con la conseguenza che la "restituzione" costituisce atto ingiustificato idoneo ad integrare la condotta di distrazione » (28). Del resto, si precisa talvolta, finchè la provenienza illecita del bene non sia certificata da una pronuncia irrevocabile di condanna in relazione

(23) In dottrina, *ex multis*: C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 47; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 120; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 291.

(24) Cfr. Cass. pen. sez. V, n. 13556/2015, in *CED Cass.*, rv. 262899.

(25) In generale, in dottrina, V. NAPOLEONI, *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 151.

(26) Cass. pen. sez. V, n. 45332/2009, in *CED Cass.*, rv. 245156, in tema di provento di bancarotta preferenziale (corsivi nostri).

(27) Cass. pen. sez. V, n. 8373/2014, in *CED Cass.*, rv. 259041, in tema di beni di origine truffaldina (corsivi nostri), che prosegue evidenziando come, a siffatta stregua, nell'oggetto materiale della condotta rientrano, appunto, « anche i beni ottenuti con sistemi illeciti quali la truffa, in quanto l'iter criminoso di quest'ultima si esaurisce con l'acquisizione dei beni al patrimonio dell'imprenditore decotto, mentre la sottrazione bancarottiera degli stessi beni a quest'ultimo è successiva e si ricollega ad una nuova ed autonoma azione, con la conseguenza che i due reati possono concorrere ».

(28) Cass. pen. sez. V, n. 51248/2014, in *CED Cass.*, rv. 261740, in tema di reati tributari (segnatamente, in riferimento al denaro ricevuto dall'emittente le fatture per operazioni inesistenti e da questi parzialmente restituito al destinatario delle stesse) (corsivi nostri); conf. Cass. pen. sez. V, n. 24051/2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 206, con nota di A. TRIPODI, *La bancarotta fraudolenta per distrazione di denaro di provenienza delittuosa*, *ivi*, p. 208.

al reato "fonte", la *res* rimane giocoforza confusa nel patrimonio dell'imprenditore, concorrendo, quindi, alla funzione di garanzia per i creditori (29).

Non a torto la dottrina più autorevole ha sottolineato la circolarità di simili argomentazioni: il fatto che il patrimonio debba riguardarsi nella sua "consistenza obiettiva" non significa ancora che i beni illeciti siano parte del patrimonio stesso (30); d'altra parte, lo statuto sostanziale del bene – se esso, cioè, appartenga o meno all'agente – non può certo sovrapporsi al relativo accertamento processuale, la *res* essendo altrui ovvero propria in disparte (e ben prima di) tale verifica (31).

Assai più cauto, dunque, si è mostrato, tendenzialmente, il formante dottrinale (32), che, pur non escludendo in linea teorica l'attrazione dei beni illeciti nello spettro del compendio distraibile, ha elaborato criteri differenziati per arginare l'altrimenti incontrollata apertura del tipo della bancarotta patrimoniale.

Su un primo versante, valenza discretiva è stata ricollegata alla natura del vizio che civilisticamente affligge il titolo: in tal senso, se l'acquisizione del bene dipende da un contratto non già nullo, ma semplicemente annullabile, perciò munito di (seppur potenzialmente precaria) efficacia, la *res*, in quanto giuridicamente entrata nel patrimonio, può costituire oggetto di distrazione, almeno sino a quando l'effetto traslativo non sia caducato dall'esperimento vittorioso dell'azione di annullamento del titolo (33). Anche a prescindere dal modesto effetto pratico (non potendosi *in nuce* ricomprendere nell'oggetto materiale della condotta, a questa stregua, i beni pervenuti al fallito in conseguenza di reati qualificati dall'aggressione unilaterale all'altrui patrimonio,

(29) In tal senso una parte della giurisprudenza, ancorchè risalente: cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 7294/1978, in *Cass. pen.*, 1979, p. 451.

(30) Su questa linea, in particolare, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 49, che parla di "petizione di principio" insita nel ragionamento giurisprudenziale.

(31) In tal senso, V. NAPOLEONI, *Notule rapsodiche*, cit., p. 153; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 471 ss.

(32) La tesi giurisprudenziale, per vero, ha trovato seguito anche in dottrina; nella medesima prospettiva, infatti, si è evidenziato che, in conseguenza della condotta "distrattiva", sorge pur sempre una obbligazione da fatto illecito in capo all'agente, obbligazione rispetto alla quale i suoi restanti beni svolgeranno la funzione di garanzia: in quest'ottica, valorizzando teleologicamente la norma incriminatrice, A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 81-82. Si è, tuttavia, giustamente obiettato che la tesi finisce per spostare il problema, più che risolverlo, concentrandosi non tanto sull'oggetto materiale della condotta, quanto sulla tipicità di comportamenti che ridondano in un gonfiamento effettivo delle passività; e, altrettanto condivisibilmente, si è escluso che simile comportamento sia conforme al tipo della bancarotta fraudolenta patrimoniale, l'art. 216 l.fall. tipizzando unicamente condotte di esposizione e riconoscimento di passività "inesistenti": cfr., in proposito, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 50 e 64. Del resto, a voler diversamente opinare, si perverrebbe alla paradossale conclusione per cui qualunque reato commesso dall'imprenditore, generativo di una obbligazione risarcitoria, aumentando le passività integri il delitto di bancarotta: in argomento, V. NAPOLEONI, *Notule rapsodiche*, cit., p. 153.

(33) Così, tra gli altri, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 109, 473 ss.; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 479.

quale emblematicamente il furto), detta impostazione sconta, in radice, l'incerta e malsicura fisionomia dei rapporti tra norma incriminatrice violata e negozio di autonomia privata, e, più in generale, la fluidità nella classificazione di una data fattispecie nella categoria dei reati c.d. "contratto" ovvero dei reati "in contratto". Vero è, infatti, che alla prima famiglia, in linea di principio, affluiscono le ipotesi in cui la stessa stipulazione del contratto assurge a condotta penalmente tipica (si pensi, ad es., alla corruzione), il secondo gruppo annoverando, invece, i casi in cui la tutela penale presidi piuttosto la fase di formazione del consenso negoziale, tipizzando condotte ad esso prodromiche e idonee ad alterarlo (il richiamo immediato corre, com'è ovvio, alla truffa) (34); va nondimeno registrata, a dimostrazione della instabilità della suddivisione, l'erosione giurisprudenziale del già limitato campo dei reati "in contratto", attraverso l'attrazione della sua figura-cardine alla platea dei reati-contratto (35), ciò che – venendo alla bancarotta, e probabilmente in distonia con gli obiettivi degli stessi fautori della tesi in esame – con coerenza condurrebbe ad escludere, nella sostanza, tutti i beni di illecita provenienza dal compendio distraibile.

Su altro versante, il *principium individuationis* è stato piuttosto rinvenuto nella natura del bene: ove, segnatamente, venga in rilievo un bene fungibile, se ne determinerebbe per ciò solo la confusione nel patrimonio dell'agente, all'apprensione accedendo, immancabilmente, la perdita dell'individualità propria della *res*, che dunque concorrerebbe alla funzione di garanzia al pari delle altre poste patrimoniali (il che avverrebbe anche qualora il bene di provenienza illecita, di per sé infungibile, sia sostituito con denaro poi distratto). Diversamente, nel caso di bene infungibile, la mancata confusione del bene nel patrimonio dell'agente, che pur ne abbia la disponibilità, precluderebbe l'acquisto della proprietà e, in definitiva, la configurabilità di una manomissione rilevante nello schema della bancarotta (36). Sennonchè, l'impressione è che, così opinando, si eluda il problema, senza risolverlo: non potendo certo la natura del bene, che pure si riflette sulle forme di tutela del creditore in sede fallimentare (37), veicolare per

(34) La distinzione tra le categorie in esame ha ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Suprema Corte: cfr., in proposito (con precipuo riguardo al profitto confiscabile nei confronti dell'ente, in caso di illecito commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, dal quale siano derivate tuttavia utilità per il soggetto passivo del reato), Cass. pen. Sez. Un., n. 26654/2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738, con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 1758, nonché in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544, con nota di L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 4562. In dottrina, *amplius*, I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.

(35) In tal senso, in tema di truffa, pur con orientamento isolato, Cass. pen. sez. II, n. 20976/2012, in *CED Cass.*, rv. 252842.

(36) Per questa tesi, in dottrina, tra gli altri: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 113-114; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 292.

(37) La natura fungibile del bene, ad avviso della giurisprudenza civile, impedisce infatti l'azione di rivendica del creditore *ex* art. 103 l.fall., potendo questi unicamente azionare il proprio

ciò solo la relativa "appartenenza" nello specchio della bancarotta patrimoniale. Del resto, la stessa confusione del bene fungibile nel patrimonio appare un effetto in via di fatto tendenziale, ma in concreto non invariabile, nulla ostando alla sua separazione *ab origine* dalle restanti poste patrimoniali (si pensi, ad es., ad un conto corrente bancario acceso e movimentato solo in occasione della commissione del reato "fonte") (38); senza contare, poi, che la distinzione a seconda della natura dei beni non trova riscontro alcuno nella legge, difetta di fondamento sul piano del disvalore, in sostanza creando una arbitraria disparità di trattamento (39) tra identiche grandezze, ed appare recessiva rispetto alla giurisprudenza più recente in tema di confisca, ormai proiettata al riconoscimento del carattere "diretto" dell'apprensione, al contrario, proprio in ragione della fungibilità del bene innervante il profitto (40).

Non si è mancato neppure, in terza battuta, di combinare i due criteri, sottolineando, in particolare, che in tanto un bene sarà predicabile di "appartenenza" all'imprenditore (e, quindi, distraibile), in quanto la sua (illecita) acquisizione dipenda da un contratto annullabile, oppure, in ogni caso, la sua natura fungibile ne comporti l'indistinguibilità rispetto alle cose del medesimo genere possedute dal fallito (41).

Ora, a noi sembra, più radicalmente, che nessuno dei criteri appena sunteggiati colga nel segno, non spiegando in ultima analisi perché una disponibilità di mero fatto, non tutelata dall'ordinamento, debba rilevare nella cornice di una norma incriminatrice proiettata – come si vedrà più avanti – sulla lesione in forma di pericolo alle ragioni del complesso dei creditori, categoria che

---

diritto nella forma dell'insinuazione al passivo: così, tra le altre, Cass. civ. sez. I, n. 12718/2001, in *CED Cass.*, rv. 549721-01; Cass. civ. sez. I, n. 4813/2011, in *CED Cass.*, rv. 617299-01.

(38) Evenienza che può talvolta verificarsi, ad es., in tema di reati tributari, e che si è in effetti realizzata nel caso deciso da Cass. pen. sez. V, n. 24051/2014, cit.

(39) Disparità che viene sottolineata e stigmatizzata dagli stessi fautori della tesi in esame: cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 114 (e, *ivi*, nota n. 29).

(40) Il principio, per vero ampiamente (e giustamente, ma il tema condurrebbe troppo lontano) criticato in dottrina, è stato inizialmente affermato, in materia di reati tributari, da Cass. pen. Sez. Un., n. 10561/2014, in *Cass. pen*., 2014, p. 2796, con nota di G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni «inespresse» delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, *ivi*, p. 2806, nonchè in *Società*, 2014, pp. 862 ss., con nota di R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 867. In chiave estremamente critica sul *decisum*, R. BRICCHETTI, *Sì al sequestro preventivo per equivalente se la persona fisica è uno schermo fittizio*, in *Guida dir*., 2014, pp. 95 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le sezioni unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2014, pp. 401 ss.; F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2015, 4, p. 246. Esso, nondimeno, ha trovato continuità nella successiva giurisprudenza, anche a Sezioni Unite (in materia di corruzione): cfr. Cass. pen. Sez. Un., n. 31617/2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1362, con nota di F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, *ivi*, p. 1384.

(41) Per questa opzione, in dottrina, V. NAPOLEONI, *Notule rapsodiche*, cit., pp. 158-159; C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 49-50.

in alcun modo potrebbe rivalersi sui beni posseduti dal fallito in contrasto con i diritti di terzi, ovvero (prima ancora) senza titolo di sorta (42). Insuperabili si rivelano, del resto, le critiche partitamente enucleate ad ambedue le descritte impostazioni: a fronte di due criteri *uti singuli* insoddisfacenti, miglior sorte non s'attaglia alla loro combinazione, che assomma le rispettive criticità, piuttosto che superarle. Né, in senso contrario, varrebbe richiamare il dovere, per il curatore, di prendere in consegna qualunque bene nella disponibilità del fallito al momento del fallimento, obbligo che, evidentemente, riflette una funzione meramente cautelativa, orientata ad impedire eventuali dispersioni dell'asse (potenziale) (43).

L'irriducibilità al paradigma fraudolento patrimoniale delle manomissioni sui beni illecitamente immessi nella disponibilità dell'agente non autorizza peraltro – preme evidenziarlo – a concludere prematuramente nel senso della estraneità di siffatti comportamenti al panorama penal-fallimentare (44): potrà infatti soccorrere, laddove il fallito sia un ente, il modello causalmente orientato della bancarotta con dolo, che – funzionalmente preposto, come si vedrà appresso, a ricomprendere quelle sequenze di condotte che valgano a cagionare l'insolvenza della società – rinviene (e pure su questo aspetto si tornerà nel dettaglio) in simili contingenze il proprio campo elettivo. Né potrebbe essere altrimenti, specie quando gli illeciti generativi dei proventi poi "distratti" siano plurimi (pur bastando, in astratto, un unico reato "fonte", soprattutto se produttivo di valori illeciti di una certa consistenza a cagionare l'evento tipico), e, dunque, l'intera dinamica comportamentale determini il dissesto che sfoci infine nell'*exitus* fallimentare.

Altro è però il paradigma normativo di riferimento: non più riflesso nello schema del reato di mera condotta di pericolo concreto, bensì nell'archetipo del reato d'evento, di danno, con quel che ne consegue in punto di costruzione della fattispecie e d'accertamento dei suoi elementi costitutivi. Già si intravvede, tuttavia, sullo sfondo, una linea di tendenza di notevole interesse, su cui si concentrerà l'attenzione nel capitolo seguente: basti qui rilevare che la flessibilizzazione dell'oggetto materiale punteggia ulteriormente la refluenza prasseologica verso fattispecie meno impegnative sul piano dogmatico e, perciò, assai più "appetibili" nell'ottica di una esasperata logica repressiva.

(42) Per l'assoluta estraneità dei beni di provenienza illecita al perimetro della bancarotta, specie nella dottrina più risalente: A. DE MARSICO, *Questioni in tema di truffa, bancarotta fraudolenta e concorso tra i due reati*, in *Dir. fall.*, 1953, II, p. 589; R. PANNAIN, *Truffa e bancarotta fraudolenta. Distrazione di cose provenienti al fallito da delitto*, in *Arch. pen.*, 1955, II, p. 452; G. CASAROLI, *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, pp. 411 ss.

(43) Analogamente, V. NAPOLEONI, *Notule rapsodiche*, cit., p. 153.

(44) Oltre che al diritto penale comune: si pensi alle fattispecie, particolarmente gravi quanto a comminatorie edittali, di riciclaggio e di autoriciclaggio.

### 3. L'elargizione di obblighi impeditivi all'amministratore di fatto come ultima frontiera della soggettività attiva della bancarotta.

Proseguendo nella ricognizione cui s'è accennato in premessa, tra gli snodi essenziali di ipereffettività delle fattispecie fallimentari s'annovera senz'altro, a dispetto del carattere 'proprio' delle figure delittuose, l'ampliamento giurisprudenziale dei soggetti attivi; o, meglio, la rivisitazione dei tipi, attraverso la singolare combinazione tra le "valvole d'apertura" offerte dalla categoria dell'amministratore di fatto e dalla clausola generale d'incriminazione dell'art. 40 cpv. c.p.

Ma si proceda con ordine.

(*i*) Sta in principio la constatazione dell'*autoria propria* dei reati di bancarotta, la cui soggettività si organizza, semplificando, attorno alle figure dell'imprenditore, nello schema principale dell'art. 216 l.fall., e dei gestori dell'impresa societaria, nella norma "derivata" dell'art. 223 comma 1 l.fall. (45). Viene dunque in rilievo, essenzialmente, la titolarità formale (che, almeno nella fisiologia dei casi, coincide con l'esercizio sostanziale) del potere dispositivo in capo a determinati soggetti, che spiega diretta incidenza sul piano della lesività; e che, laddove acquisti carattere derivativo (come avviene per i vertici societari), innerva specifici obblighi impeditivi di condotte pregiudizievoli rispetto agli interessi penalmente tutelati (46).

La soggettività attiva in capo all'amministratore di diritto, dunque, si scompone in termini di autoria commissiva e nelle forme dell'omesso impedimento del reato altrui (47), gravando – *ex* art. 2392 c.c. – sull'amministratore (o quantomeno su quello esecutivo) un preciso dovere giuridico (e, quindi, una correlativa posizione di garanzia, corredata di autonomi ed effettivi poteri) di evitare eventi lesivi dei beni giuridici orbitanti attorno alla società, anche *sub specie* di realizzazione di reati commessi ai danni dei creditori sociali (48). Non stupiscono, in tal senso, al di là di discutibili "flessibilizzazioni" processuali dei paradigmi in discorso (49), le affermazioni giurisprudenziali di

(45) Cfr. *amplius infra*, anche per le criticità di tale impostazione normativa, cap. III, § 3.

(46) Per tutti, in dottrina, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 276; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 24 ss.

(47) In tema, tra gli altri, D. TERRACINA, *La responsabilità penale del cosiddetto « amministratore formale » nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 227.

(48) Pur in un contesto tendenzialmente rigoristico, la giurisprudenza ha peraltro precisato – giustamente – che l'amministratore (di diritto) è gravato da posizione di garanzia unicamente in riferimento alla società amministrata, non già rispetto ad enti terzi; sicchè l'amministratore di una società diversa dalla fallita potrà concorrere come *extraneus* nel reato solo attraverso una partecipazione attiva. Cfr., in proposito, Cass. pen. sez. V, n. 7556/2013, in *CED Cass.*, rv. 254653.

(49) Il riferimento è all'orientamento giurisprudenziale secondo cui non si profilerebbe alcuna violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza allorquando l'imputato « sia

responsabilità dei gestori formali – esecutivi ovvero privi di deleghe (50) – dell'ente fallito secondo i dettami dell'art. 40 cpv. c.p. (51), naturalmente ove non declinate in automatici giudizi di colpevolezza "da posizione" (52). Si è a questa stregua evidenziato, ad es. (ma la messe di pronunce di legittimità è davvero copiosa), che « in tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore di diritto risponde unitamente all'amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo di impedire, essendo sufficiente, sotto il profilo soggettivo, la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distragga, occulti, dissimuli, distrugga o dissipi i beni sociali » (53); sussistendo, segnatamente, « la responsabilità dell'amministratore di diritto, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale con l'amministratore di fatto, non già ed esclusivamente in virtù della posizione formale rivestita all'interno della società, ma in ragione della condotta omissiva dallo stesso posta in essere, consistente nel non avere impedito, *ex* art. 40, comma secondo, cod. pen., l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire e cioè nel mancato esercizio dei poteri di gestione della società e di controllo sull'operato dell'amministratore di fatto, connaturati alla carica rivestita » (54). Breve: « l'amministratore in carica risponde

condannato per il reato di bancarotta fraudolenta per essere rimasto colpevolmente inerte di fronte alla condotta illecita dell'amministratore di fatto, in applicazione dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., anziché per la condotta assunta direttamente nella veste di amministratore formale, purché rimanga immutata l'azione distrattiva, nei suoi profili soggettivi ed oggettivi, considerato che non si determina un'apprezzabile modifica del titolo di responsabilità »: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 25432/2012, in *CED Cass.*, rv. 252991.

(50) Il tema, alquanto complesso, della responsabilità degli amministratori non esecutivi per omesso impedimento del reato materialmente integrato dagli amministratori delegati non può essere ripercorso neppure per sommi capi, esulando dal nucleo del discorso che si viene svolgendo in queste pagine (rispetto al quale è sufficiente concentrarsi sull'amministratore esecutivo, sebbene una fonte d'espansione applicativa della fattispecie consista indubbiamente anche nel riconoscimento di obblighi impeditivi in capo ai consiglieri privi di deleghe); per tutti, all'interno di una vastissima bibliografia, si rinvia, senza pretesa di completezza e per gli ulteriori opportuni riferimenti, a F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009; A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 2, p. 173; M. CAPUTO, *Dalla teoria dei « segnali di allarme » alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 247.

(51) Non distinguendosi tra fattispecie d'evento, quali ad es. l'art. 223 cpv. n. 2 l.fall., per le quali la conversione in chiave omissiva impropria potrebbe assumere come diretto referente l'evento tipico descritto dalla figura commissiva, e fattispecie di mera condotta, rispetto alle quali l' "evento" di riferimento dell'omissione impropria diviene, necessariamente, il fatto-reato in senso stretto.

(52) In tema, *ex aliis*, M PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, pp. 65 ss.; più in generale, sul c.d. dolo *in re ipsa* nei reati di bancarotta, F. BRICOLA, Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, in particolare pp. 159 ss. Sull'elemento soggettivo nei reati di bancarotta prefallimentare, in conseguenza dell'opzione interpretativa che si andrà sviluppando, cfr. anche *infra*, cap. VI, § 5 e cap. VII, § 7.

(53) Cass. pen. sez. V, n. 7332/2015, in *CED Cass.*, rv. 262767.

(54) Cass. pen. sez. V, n. 44826/2014, in *CED Cass.*, rv. 261814.

penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, dal punto di vista oggettivo ai sensi dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico (art. 2392 cod. civ.) di impedire, e, dal punto di vista soggettivo, se sia raggiunta la prova che egli aveva la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava i beni sociali, esponeva o riconosceva passività inesistenti » (55).

Considerazioni analoghe si rinvengono anche nei casi – forse i più assidui nella prassi – in cui l'assunzione della carica gestoria si riduca a mera formalità, diretta a schermare i reali titolari dei poteri d'amministrazione della società (c.d. "testa di legno") (56); come puntualmente rilevato in dottrina, del resto, « l'assunzione consapevole della carica è ragione sufficiente di responsabilità, anche indipendentemente dall'effettiva attivazione: l'assenteismo non scrimina, salvo beninteso il problema dell'imputazione in concreto dei singoli fatti illeciti, dolosi o colposi » (57). Al netto del richiamo alla necessità, in siffatte evenienze, di una più approfondita e rigorosa indagine in ordine alla sussistenza, oltre che di reali poteri impeditivi, di un effettivo coefficiente rappresentativo in capo al gestore formale – onde sventare il rischio, qui ancor più significativo, di surrettizi scivolamenti verso i lidi della responsabilità oggettiva (58) –, frequente è peraltro il rifugio nel dolo eventuale, sorretto dalla generica consapevolezza in ordine alla realizzazione di attività delittuose, anche penalfallimentari, prescindendo dalla rappresentazione di specifici episodi di reato (59).

(*ii*) Muovendo verso la "periferia" della soggettività attiva, viene in secondo luogo in considerazione la figura – prasseologicamente frequentissima – dell'*amministratore di fatto*, con cui il momento sostanziale, di concreto esercizio

(55) Cass. pen. sez. V, n. 11938/2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 691, con nota di M. BENDONI, *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*, *ivi*, p. 693.

(56) Particolarmente critico rispetto all'individuazione di obblighi giuridici impeditivi, in capo all'amministratore di diritto, dei reati commessi dall'amministratore di fatto A. MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 504 ss.

(57) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 259.

(58) Fondamentali, in proposito, le osservazioni di C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 301. Sulle difficoltà di rinvenire un reale coefficiente soggettivo in capo al prestanome, in ordine ai reati fallimentari commessi dai gestori di fatto, M. CATENACCI, *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di 'dolo eventuale'*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 76. Più in generale, nella dottrina in tema di dolo, in argomento, G.P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, *L'accertamento*, Milano, 2010, pp. 366 ss.

(59) Tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 50348/2014, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4176, con nota di N.F. GIULIANI, *Per il concorso dell'amministratore di diritto con quello di fatto nel reato di bancarotta fraudolenta è sufficiente il dolo eventuale*, *ivi*, p. 4178.

della funzione (60), trapassa la mera investitura formale, sdoppiando perciò il novero degli *intranei*.

Costante dell'esperienza giurisprudenziale, la rilevanza in termini di diretta soggettività attiva della bancarotta del semplice dato comportamentale era per vero fermamente contestata da una parte della dottrina, anteriormente alla riforma del diritto penale societario del 2002. Si denunciava, in particolare, il rischio di improprie deduzioni della qualifica gestoria dalla intrinseca tipicità della condotta, con ciò adombrando l'autonomia di un preciso elemento di fattispecie (quale, appunto, la qualifica formale postulata dalle norme incriminatrici), e si sottolineava la cura della legge fallimentare (incompatibile con la valorizzazione dell'espletamento su base materiale di determinate funzioni) nell'enucleare le varie tipologie di soggetti attivi, pur a fronte della constatazione, sul piano della lesività, dell'accessibilità al bene giuridico anche da parte di terzi *extranei* (61). Coerente, a questa stregua, la reiezione della figura, ancorchè "temperata" nei casi di investitura precaria, tacita o di spendita abusiva del nome altrui (62).

Con la riscrittura dell'art. 2639 c.c. (mediante il d.lgs. 61/2002) (63), nondimeno, l'orientamento estensivo già tracciato dal formante giurisprudenziale ha trovato un esplicito addentellato normativo (64); e l'apparente limitazione dell'equiparazione tra l'amministratore di diritto e il gestore di fatto alla sfera dei reati societari è stata agevolmente disinnescata proprio in nome dell'immanenza della pregressa elaborazione interpretativa (65). Ne deriva, sul piano processuale, l'imprescindibilità di una minuziosa verifica di elementi sintomatici di gestione della società; se è vero che « i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 l. fall. vanno individuati sulla base delle effettive funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta » (66), centrale diviene la fondazione dell'autoria, oltre l'astratto e rigido dato letterale, sul concreto terreno

(60) Sottolinea la necessità di un approccio "funzionale" alla ricerca dei soggetti responsabili nel contesto delle organizzazioni societarie F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Società*, 2012, p. 560.

(61) In particolare C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 263 ss.

(62) *Ibidem*, pp. 268-269.

(63) In argomento, recentemente, M. LORUSSO, *Profili problematici in tema di responsabilità dei soggetti di fatto nel diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 620.

(64) Sul punto, per tutti, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 21-22.

(65) Per la lettura generalizzante dell'art. 2639 c.c., in giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 39535/2012, in *CED Cass.*, rv. 253363. *Contra*, in dottrina, nel senso della impossibilità di estendere il disposto dell'art. 2639 c.c. a reati diversi dalle fattispecie societarie, I. CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell' "amministratore di fatto"*, in *Impr. comm. ind.*, 2005, pp. 501 ss.

(66) Così, recentemente, Cass. pen. sez. V, n. 41793/2016, in *CED Cass.*, rv 268273.

fattuale, peraltro – va osservato – non senza le incertezze congenite a ogni approccio "casistico" (67).

Beninteso: il perimetro delineato dall'investitura gestoria "di diritto" rimane il naturale punto di partenza dell'indagine sulla tipicità. Ma è sul piano delle funzioni operativamente svolte che, nel diritto vivente (giurisprudenziale e, in larga parte, dottrinale), si misura la reale soggettività attiva, oltre l'angustia del dato letterale, sperimentando di volta in volta l'eventuale esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica normativa da parte di soggetti formalmente privi di investitura formale; fermo restando, in ogni caso, che « significatività e continuità non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale » (68).

Riassumendo: anche i titolari "di fatto" delle qualifiche tipiche, in presenza di effettiva attività gestoria, possono integrare, mono-soggettivamente, le condotte proscritte dalle figure incriminatrici. Intercettando la concreta signoria sull'impresa e accentuando la prospettiva funzionalistica, il dato di realtà riempie, presidiato dall'art. 2639 c.c., lo schema proprio della bancarotta, altrimenti esposto a (intuibili e non agevolmente spiegabili) vuoti di tutela.

Difettando la diretta ingerenza gestoria dell'*extraneus*, diversamente, si profilerà – ad avviso della giurisprudenza – un concorso di persone nella bancarotta, qualora si dimostri un "accordo" tra il terzo e l'amministratore; in tal caso, tuttavia, con notevoli problemi in punto di rapporti tra la fattispecie distrattiva e la ricettazione fallimentare, come si avrà modo di rilevare (69).

(*iii*) Le osservazioni appena tratteggiate valgono senz'altro in presenza di tangibili, isolabili atti di amministrazione compiuti dal soggetto sprovvisto della qualifica: è, come visto, proprio l'effettività della gestione del terzo (intesa in termini schiettamente "materiali") che ne consente l'equiparazione all'*intraneus*, anche sul piano della tutela degli interessi dei creditori sociali. D'altra parte, se le condotte tipiche appaiono declinabili anche prescindendo da formali investiture

(67) Si è dato rilievo preponderante talvolta al dato "qualitativo" della condotta dell'agente (così, ad es., in un caso si è ritenuta corretta l'affermazione della qualifica di amministratore di fatto in relazione al preposto al settore commerciale di un piccolo organismo operante nel mercato del commercio, in considerazione del peso decisivo da questi rivestito nella conduzione della società: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 19145/2006, in *CED Cass.*, rv. 234428), talaltra al fattore "quantitativo" (desumendo, ad es., la qualifica di fatto da alcune lettere firmate dall'agente come amministratore della società e da alcuni assegni dallo stesso incassati in tale qualità: Cass. pen. sez. V, n. 43388/2005, in *CED Cass.*, rv. 232456; ovvero dalla tenuta della contabilità, da decisioni sui pagamenti e sulle assunzioni dei dipendenti: Cass. pen. sez. V, n. 35346/2013, cit.); in qualche caso, addirittura, si è ritenuto sufficiente ad integrare la qualifica un singolo atto gestorio, in ragione dell'ampia procura comunque rilasciata all'agente, sin dalla costituzione della società, dall'amministratore di diritto (Cass. pen. sez. V, n. 2793/2015, in *CED Cass.*, rv. 262630).

(68) Cass. pen. sez. V, n. 35346/2013, in *CED Cass.*, rv. 256534.

(69) *Infra*, cap. successivo, § 2.3.

soggettive, non altrettanto potrebbe assumersi a fronte di comportamenti puramente inerti: gli obblighi di attivazione imposti ai titolari "di diritto" delle cariche normative sarebbero difficilmente ipotizzabili in capo ad altri soggetti, rispetto ai quali, appunto, solo l'esercizio positivo, in fatto, di determinati poteri può riflettere l'aderenza alle figure contemplate dalle norme incriminatrici (70).

Eppure, la *massima capacità espansiva* della figura dell'amministratore di fatto nei reati di bancarotta si apprezza – secondo impostazioni, per vero, non ignote ad altri rami del diritto penale dell'economia (71) – proprio al crocevia con la clausola generale dell'art. 40 cpv. c.p. Dalla intraneità del gestore di fatto al conferimento di doveri impeditivi di contenuto analogo a quelli riservati agli amministratori di diritto, infatti, il passo, soprattutto in giurisprudenza (72), è stato breve. Si è affermato, segnatamente, che « il soggetto che assume, in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 cod. civ., la qualifica di amministratore "di fatto" di una società è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, è penalmente responsabile per tutti i comportamenti a quest'ultimo addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo, cod. pen. » (73).

Si tratta di un approccio rispondente a intuibili preoccupazioni repressive, ma che non merita di essere condiviso, giacchè sfuma – sino a farla evaporare – la posizione di garanzia, piegandola a "moltiplicatore" dei centri soggettivi di imputazione dei reati fallimentari. Il motivo, a ben vedere, è presto detto: da una

(70) Sul punto, con la consueta efficacia, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 265. *Contra*, tuttavia, F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto*, cit., p. 561 (pur nell'ambito di una speculare riduzione dell'area di responsabilità penale di gestori puramente formali dell'ente, in quanto privi di poteri impeditivi e di un reale coefficiente soggettivo doloso).

(71) Emblematico il settore dei reati tributari, in cui è netta la tendenza giurisprudenziale, anche nelle fattispecie omissive proprie, a radicare la soggettività attiva in capo al gestore di fatto della società contribuente (individuato quale reale destinatario dell'obbligo tributario), modellando invece il contributo dell'amministratore formale in termini di omesso impedimento del reato altrui: cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. III, n. 38780/2015, in *CED Cass.*, rv. 264971; Cass. pen. sez. III, n. 33397/2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2968, con nota di L. GIUDETTI, *La responsabilità omissiva degli amministratori di società nel diritto penale tributario*, *ivi*, p. 2971. Senza soffermarsi *funditus* su tale impostazione giurisprudenziale – si rinvia, volendo, a S. CAVALLINI, *L'omesso versamento*, cit., p. 318 –, evidente appare la destrutturazione della fattispecie omissiva propria in chiave omissiva impropria, mediante l'"esportazione" del contenuto dell'obbligo normativo (radicato in capo a soggetti formalmente *extranei*) e l'elargizione, previa attrazione nell'orbita dei doveri impeditivi *ex* art. 40 cpv. c.p. anche delle pure omissioni, di posizioni di garanzia ai soggetti qualificati, "compensando" in tal modo la sottrazione a questi ultimi del dovere tipico di agire.

(72) In dottrina, per tale estensione, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 194-195.

(73) Così Cass. pen. sez. V, n. 15065/2011, in *CED Cass.,* rv. 250094. In senso analogo Cass. pen. sez. V, n. 7203/2008, in *CED Cass.*, rv. 239040.

qualifica impostata su base puramente fattuale in alcun modo può scattare lo spettro di obblighi giuridici tratteggiato per gli amministratori di diritto.

I contributi lesivi realizzati, in fatto, da soggetti privi di investitura in seno all'impresa si inseriscono, in certo modo, in fasi patologiche della vicenda imprenditoriale, in cui si recide – o perlomeno si attenua – la continuità tra legittimazione alla gestione e operatività effettiva, e in cui le figure gestorie istituzionali – esautorate dalla pratica amministrazione – neppure si preoccupano di azionare, quali controllori, i propri poteri d'impedimento di eventi lesivi per il patrimonio sociale (e per i creditori che in tale patrimonio rinvengono la propria garanzia). La soggettività attiva dell'amministratore di fatto, si è osservato, discende invero da una constatazione prettamente naturalistica: la garanzia patrimoniale, bene giuridico di categoria, è in concreto alla portata – e, perciò, aggredibile, quando detto rapporto diretto concretamente si instauri – anche di soggetti formalmente esterni alla platea dei vertici "ufficiali" dell'impresa: da qui la tipicità delle aggressioni da questi arrecate, disvelate proprio dal compimento di positivi atti di gestione.

Ma non vi è ragione (dogmatica) di postulare in capo a soggetti diversi da quelli ritualmente investiti delle funzioni normative doveri (normativi, appunto) di attivarsi, configurabili solo in presenza della positiva legittimazione conferita dalla qualifica formale (74). Appare impercorribile, in altre parole, la strada della posizione di garanzia, con i correlativi obblighi d'intervento, laddove la legge addirittura vieti di agire, sanzionando l'ingerenza gestoria; pena il cortocircuito logico di richiedere a coloro che non dovrebbero amministrare di compiere atti riservati agli amministratori, peraltro neppure esigibili (75). Lo stesso dovere di 'agire informato' che, ai sensi degli artt. 2381 e 2392 c.c., deve orientare l'azione degli amministratori di diritto risulta improponibile, almeno penalisticamente (76), nei confronti dell'amministratore di fatto, in quanto inscindibile da un'investitura formale, ovvero – in sintesi – dalla giuridicità dell'obbligo.

Non solo: anche a voler trascurare la problematicità, nello specchio dell'art. 40 cpv. c.p., di un'inferenza della posizione di garanzia (e, quindi, di specifici doveri impeditivi) su base meramente fattuale, la configurabilità di efficaci poteri

(74) Seppur anteriormente alla riforma del diritto societario, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 265.

(75) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 266, che fa giustamente l'esempio delle iniziative negoziali o giudiziarie richieste dall'esigenza di conservazione del patrimonio sociale.

(76) Nella giurisprudenza civile, tuttavia, sebbene con riferimento ad una vicenda anteriore alla riforma del 2003, recentemente, Cass. civ. sez. I, n. 21567/2017, in *CED Cass. civ.*, rv. 645412-02, secondo cui « l'amministratore di fatto di una società di capitali, pur privo di un'investitura formale, esercita sotto il profilo sostanziale nell'ambito sociale un'influenza che trascende la titolarità delle funzioni, con poteri analoghi se non addirittura superiori a quelli spettanti agli amministratori di diritto, sicché può concorrere con questi ultimi a cagionare un danno alla società attraverso il compimento o l'omissione di atti di gestione ».

di neutralizzazione di altrui condotte pregiudizievoli, già non poco in salita per gli amministratori non esecutivi (77), resterebbe ancora tutta da dimostrare.

## 4. Reati fallimentari e sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali: le "cartine al tornasole" della vendita al giusto prezzo e dei rapporti tra dissipazione e bancarotta semplice.

L'approccio rigoristico della giurisprudenza alle figure di bancarotta si sublima nel confronto con uno snodo cruciale del sistema, sul piano culturale prima ancora che interpretativo. Il riferimento è ai limiti che marcano il perimetro del controllo giudiziale sull'operato gestorio dell'imprenditore una volta che, subentrata la dichiarazione giudiziale di insolvenza, sia cessata l'attività d'impresa: tema che – seppur sommariamente (78) – completa la carrellata introduttiva di queste pagine ed assurge a *topos* imprescindibile della materia.

Una premessa merita di essere svolta. La possibilità per il giudice di penetrare *ex post* le scelte imprenditoriali rappresenta un diretto corollario del superamento della *consecutio* "fallimento→bancarotta": solo consentendo una valutazione retrospettiva delle condotte serbate dall'agente, infatti, si evitano pericolosi avvitamenti su forme di responsabilità oggettiva, sanzionando l'imprenditore per il sol fatto di essere fallito (79).

D'altra parte, è persino banale sottolineare, su uno speculare versante, che il metro con cui scrutinare l'atto gestorio non può ridursi alla constatazione dell'insuccesso economico di una data operazione (80), essendo connaturale e ineliminabile, rispetto all'esercizio dell'attività di impresa, un più o meno consistente rischio (81), lecito e addirittura costituzionalmente tutelato (dall'art. 41, che, sancendo la libertà di iniziativa economica, contempla senz'altro il rischio di impresa) (82).

(77) In argomento, rinviando a quanto esposto in precedenza (*supra*, nota 50) e limitandosi alla dottrina in materia penale fallimentare, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 32.

(78) In argomento, recentemente, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 851.

(79) Nella dottrina più recente, per analoghe considerazioni, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Pavia, 2018, pp. 3 ss.

(80) In argomento cfr. anche N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., p. 7, che evidenzia come un diffuso sindacato *ex post*, ad opera del giudice, sul merito delle scelte imprenditoriali, al metro del mero insuccesso economico, si trasformerebbe in un controllo "dirigistico" sul governo dell'impresa.

(81) In generale, sul concetto di rischio e sulla sua declinazione nella varie fattispecie penali C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

(82) Sul punto, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 13.

Anzi: la "franchigia" a favore dell'imprenditore si compendia in una tendenziale immunità da intrusioni a posteriori del giudice sul merito delle scelte precedentemente compiute. Scorrendo le incriminazioni della legge fallimentare, detta traiettoria politico-criminale trova i propri immediati referenti, volendosi trascurare il paradigma preferenziale (83), nella disciplina della bancarotta semplice – in particolare nella ipotesi del n. 2 dell'art. 217 l.fall. (84) – quanto all'imprenditore individuale, e, apparentemente, anche nelle anche nelle figure causalmente orientate dell'art. 223 comma 2 l.fall. quanto all'impresa societaria.

Spartiacque del sindacato giudiziale sugli atti di gestione divengono dunque, in prima battuta, le ipotesi di bancarotta semplice patrimoniale, non a caso declinate nell'art. 217 l.fall. in forma casistica e frammentaria, che innervano le figure tipiche di errori gestionali dell'imprenditore (e, quindi, di rischi autenticamente "imprenditoriali") penalmente censurabili (85), come magistralmente osservato da Cesare Pedrazzi: « una "razionalizzazione" della figura, una semplificazione in termini di causazione o aggravamento colposo del dissesto moltiplicherebbe gli inconvenienti sotto il profilo della certezza e tenderebbe a sfociare in una criminalizzazione indiscriminata dello stesso rischio di impresa. L'accettazione del rischio, distintivo dell'imprenditorialità, mal si lascerebbe costringere nel letto di Procuste di un dovere generalizzato di diligenza. Nella prassi applicativa le stigmate di una colpa imprenditoriale svincolata da connotazioni esemplari finirebbero per riscontrarsi col senno di poi, nell'ottica del sopravvenuto insuccesso » (86). Locuzioni quali "pura sorte", "manifesta imprudenza", "grave imprudenza", "grave colpa" fissano, in altre parole, le frontiere estreme, i "casi limite" in cui il vaglio del giudice penale si dilata sino a comprendere comportamenti espressivi dell'esercizio di attività di impresa: intrinsecamente rischiosa ma insindacabile, appunto, fintanto che non refluisca negli schemi della bancarotta semplice.

Quanto all'impresa societaria, in uno alla radicalizzazione dei paradigmi in discorso per il tramite dell'art. 224 n. 2 l.fall. (norma, come si vedrà, di marcata

(83) La cui analisi condurrebbe troppo lontano e sul quale, anche in riferimento al tema trattato nel testo, deve segnalarsi l'ampia e pregevole riflessione di un recente studio: A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., *passim*.

(84) Di limite alla rilevanza penale del rischio autenticamente imprenditoriale della fattispecie dell'art. 217 n. 2 l.fall. parla, con la consueta efficacia, C. PEDRAZZI, *Art. 217*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 154; le sentenze di legittimità citate nelle note successive, quanto alla distinzione tra bancarotta fraudolenta per dissipazione e bancarotta semplice, si riferiscono precipuamente all'ipotesi dell'art. 217 n. 2 l.fall.

(85) In argomento, tra gli altri: A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 82 ss.; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 5 ss. Per una più ampia disamina dei margini di concreta incisività della cognizione del giudice sulle condotte gestionali, all'interno delle figure di bancarotta semplice, D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, pp. 643 ss.

(86) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 137.

problematicità sistematica) (87), sembrerebbe inoltre venire in rilievo, "verso l'alto" (88), il capoverso dell'art. 223 l.fall.: così in prima impressione legittimandosi una cognizione sulle scelte gestorie anche sul terreno della fraudolenza. Vedremo più avanti se una lettura più attenta delle fattispecie di bancarotta impropria societaria confermi o smentisca tale impressione (89). Per il momento, ipotizzando provvisoriamente acquisita detta "legittimazione", basti rilevare che si tratta (o si dovrebbe trattare) di ipotesi comunque marginali: non solo perché connotate, almeno in teoria, da una operatività residuale (90), ma soprattutto perché imperniate su deviazioni gestionali complessivamente indirizzate al dissesto (nel caso delle imprese intrinsecamente fraudolente) ovvero implicanti l'affossamento della società, strumentalizzata al raggiungimento di obiettivi illeciti. In sintesi estrema: da un lato (bancarotta "con dolo"), vengono incriminate condotte che "gestionali" possono definirsi solo sulla carta, in quanto nei fatti pilotate al fallimento o deliberatamente suicide; dall'altro (bancarotta per effetto di "operazioni dolose"), si focalizza l'incriminazione su un tratto di marcata infedeltà del soggetto attivo, globalmente orientata al perseguimento illecito di interessi estranei, a discapito di quello sociale. Caratteri che, in tesi, dovrebbero rendere non disagevole il sindacato del giudice sulla politica di impresa e ridurne l'opinabilità di apprezzamento (91), ancorchè – come si vedrà tra breve – la realtà smentisca tali ottimistiche previsioni.

Volgendo ora alle logiche conseguenze delle brevi annotazioni sin qui svolte, se è essenzialmente la sfera applicativa delle figure di bancarotta semplice a disegnare la tipicità penale del rischio prettamente "imprenditoriale", alle altre figure di bancarotta (fraudolenta) patrimoniale andrebbero ricondotti comportamenti già *ex se* avulsi da qualsivoglia logica operativa, privi di fondamento economico-razionale; come si è sottolineato, « la gestione dell'impresa in linea di massima non può costituire distrazione » (92), potendo invero rilevare negli schemi di fraudolenza patrimoniale unicamente comportamenti « incompatibili *con i limiti di rischio fisiologicamente connessi a*

(87) Cfr. *infra*, cap. III, §§ 7 e 9.

(88) Trattandosi di fattispecie che approfondiscono, traducendola in forma di evento-danno, l'offesa tipizzata in forma di pericolo dalle figure dell'art. 216 l.fall. Per la disamina "analitica" dei nuclei di disvalore di tali fattispecie cfr. *infra*, cap. III, § 8.

(89) *Infra*, cap. VII, in particolare § 4.

(90) Sulla funzione "integrativa" dell'art. 223 cpv. l.fall. rispetto agli archetipi dell'art. 216 l.fall., in dottrina, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 323; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 248.

(91) Sulla distinzione tra sindacato giudiziale sul merito delle scelte gestorie e sulla violazione di precisi doveri giuridici incombenti sui gestori dell'impresa, nella dottrina civilistica, per tutti, R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, p. 670.

(92) Così A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 43.

*un'attività 'imprenditoriale' che tenga conto degli interessi dei creditori* » (93). Detto altrimenti: il confine tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice si appunta sulla sussistenza o meno di un congruo *rationale* imprenditoriale a sostegno della condotta dell'agente (94).

La prassi giurisprudenziale dimostra, tuttavia, che lo steccato così eretto, per quanto nitido in chiave teorica, diviene assai malfermo in sede applicativa; il massiccio riempimento, in termini di controllo *ex post* sul merito imprenditoriale, della bancarotta per effetto di operazioni dolose e la distinzione tra bancarotta fraudolenta dissipativa e bancarotta semplice ne costituiscono paradigmatici banchi di prova.

(*a*) Principiando dalla figura di *bancarotta societaria*, si è accennato che la "dolosità" dell'operazione polarizza il disvalore di fattispecie su una significativa matrice di infedeltà nella condotta dell'amministratore, su una politica gestionale connotata dall'impiego dello strumento societario per il perseguimento illecito di interessi diversi da quello d'impresa e con esso incompatibili.

Eppure, la giurisprudenza ha ravvisato i germi della dolosità in vicende patrimoniali non solo scevre dei crismi dell'abuso o della violazione dei doveri inerenti alla qualifica gestoria, ma, addirittura, di per sé neutre sul piano degli effetti per la garanzia dei creditori: spostando, in tal modo, il sindacato del giudice – quanto mai pervasivo – sull'interesse dell'impresa all'efficace perseguimento dell'oggetto sociale più che sulla consistenza quantitativa dell'attivo a valle della condotta.

A questa stregua, il sintagma "operazioni dolose" si è ad es. prestato a ricomprendere la cessione di un immobile verso un congruo corrispettivo monetario, trovandosi la società – all'esito del negozio – nell'impossibilità di utilmente proseguire la propria attività. Nel dettaglio, premesso che « la norma incriminatrice di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, l.fall., non richiede che le operazioni dolose dalle quali derivi il fallimento di una società comportino una diminuzione dell'attivo *stricto sensu*, da intendere in senso algebrico, bensì un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa », secondo la giurisprudenza in commento ben potrebbe reputarsi integrata la fattispecie « qualora una serie di operazioni non comporti una immediata diminuzione del

(93) Nuovamente A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 64 (corsivi degli AA.). Nel senso, invece, che la distrazione si connoti per la razionalità di fondo dell'atto gestorio (che, pure, si risolve in una destinazione del bene diversa dalla funzione di garanzia), in ciò distinguendosi dalla dissipazione, che si sostanzia in pura dispersione antieconomica della ricchezza, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 211; ID., (voce) *Fallimento*, cit., pp. 482-483.

(94) Cfr., ancora, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 64 (analogam. pp. 84-85), che evidenziano come « *ogni condotta eccessivamente rischiosa, ma non-distrattiva, perché non univocamente in danno dei creditori, potrà semmai configurare, sussistendone gli ulteriori presupposti, una bancarotta semplice* » (corsivi degli AA.).

patrimonio di una società, come quando un bene venga ceduto ad un congruo prezzo di mercato, ma ne derivino in ogni caso l'aggravamento di un dissesto già in atto e l'indefettibile fallimento, (…) ciò [che] certamente accadde nella fattispecie concreta, con una società che – pur trovando nel proprio patrimonio l'equivalente in denaro del bene ceduto – venne ad essere privata della possibilità di svolgere l'attività imprenditoriale per cui era stata costituita » (95) (96).

Palese il tradimento del fondamento politico-criminale su cui il sistema è edificato: l'errata scelta imprenditoriale viene traghettata entro schemi di fraudolenza, così svuotando di pratica incidenza l'*habitat* normativo (le figure di bancarotta semplice) dove, al contrario, dovrebbe trovare ambientamento.

La soluzione offerta dalla giurisprudenza appare, poi, ancor meno convincente se si pone mente al fatto che non sempre l'interesse dei creditori alla garanzia, su cui si organizza il bene giuridico di categoria delle figure di bancarotta di stampo patrimoniale, coincide con quello proprio dell'impresa; quantunque omogenee in linea tendenziale, si tratta di prospettive di tutela che sarebbe arbitrario sovrapporre (97): si pensi alla situazione-limite, paradigmatica, della crisi dell'organismo produttivo, in cui a un interesse alla prosecuzione dell'attività (magari perché appaiano profilabili concrete prospettive di risanamento) potrebbe contrapporsi l'opzione dei creditori (o di taluni di essi) all'immediato smobilizzo del residuo attivo, in vista di un pronto rientro dei propri capitali.

Si assiste, così, a un doppio cortocircuito: (*i*) viene assegnata a una vicenda patrimonialmente neutra per l'impresa una oggettività penalfallimentare e (*ii*) viene scrutinata una scelta gestoria – al più sindacabile ai sensi dell'art. 217 l.fall., ove intesa come *mala gestio* tipica al lume delle fattispecie ivi previste – con le lenti dell'operazione dolosa ovvero della distrazione, ricorrendo a modelli di incriminazione, come visto, del tutto eccentrici per ambito d'elezione.

(*b*) In altri casi, invece, nella cessione di un *asset* al giusto prezzo si è ravvisata addirittura lo stigma della distrazione (giudizio senz'altro agevolato dall'ampia nozione della condotta tipica: sul punto si avrà modo di ritornare) (98),

(95) Cass. pen. sez. V, n. 40998/2014, in *CED Cass.*, rv. 262188: nel caso *ivi* giudicato, tra l'altro, il corrispettivo in denaro incassato dalla vendita del cespite era stato distribuito a taluni creditori.

(96) La configurabilità del reato in esame in caso di mero aggravamento del dissesto, piuttosto che di condotte *stricto sensu* generative dello stesso, ha impegnato in un acceso dibattito il formante dottrinale e giurisprudenziale; rinviando le riflessioni a un momento più maturo della ricerca (*infra*, cap. VII, § 6), ci si limita qui a rilevare che la giurisprudenza si attesta su posizioni estensive: cfr., ad es., Cass. pen. sez. V., n. 8413/2013, in *CED. Cass.*, rv. 259051; Cass. pen. sez. V, n. 19806/2003, in *CED Cass.*, rv. 224947.

(97) Sul punto si tornerà ancora più avanti: cfr. *infra*, cap. IV, §§ 2 ss.

(98) In generale *infra*, cap. VI. Sul problema della penalizzazione del rischio imprenditoriale attraverso l'art. 216 l.fall., con particolare riferimento al profilo del dolo, cfr.

in ragione dello stato pre-fallimentare in cui versava l'impresa cedente e in disparte la pur riconosciuta legittimità dell'iniziativa imprenditoriale (99); analogo fenomeno di "attrazione" si verifica del resto, nel diritto vivente, allorquando si tratti di discernere le ipotesi di bancarotta semplice dalla figura dissipativa.

L'aggravante, in entrambi i casi, è che, se sono valide le precedenti osservazioni, l'inquadramento del fatto entro la categoria della "cattiva gestione" dovrebbe precludere ogni spazio applicativo alle figure delineate dall'art. 216 l.fall.

Alla luce delle coordinate tracciate in premessa, il tema, in effetti, non sembra particolarmente ostico, perché muove da concetti tra loro apparentemente irriducibili; nel solco delle considerazioni appena esposte, in particolare, si è rimarcato in dottrina che « nella logica della legge fallimentare la dissipazione si contrappone alle "spese", non solo personali e familiari, ma anche aziendali (come tali annoverabili tra i "costi" di esercizio): le une e le altre per definizione estranee alla bancarotta fraudolenta, penalmente valutabili solo alla stregua dell'art. 217 1° comma n. 1 e 2 » (100). Netta, quindi, almeno in teoria, la diversità strutturale tra i paradigmi: da un lato, diminuzioni patrimoniali non inquadrabili in termini di costo, e in quanto tali del tutto antinomiche rispetto alla logica imprenditoriale (→ bancarotta per dissipazione); dall'altro, fuoriuscite – per quanto imprudenti o in contrasto con i principi di sana gestione (101) – variamente finalizzate (a soddisfare bisogni dell'agente o della famiglia, nel caso dell'art. 217 n. 1 l.fall.; a uno scopo di lucro, in controluce individuabile nell'art. 217 n. 2 l.fall., che peraltro polarizza la condotta su un evento "quantificabile", quale la consumazione di una notevole parte del patrimonio; a ritardare il fallimento ovvero naturalisticamente incidenti sul dissesto, secondo quanto previsto dall'art. 217 nn. 3 e 4 l.fall.), ma pur sempre traducibili in chiave di "costo" (→ bancarotta semplice).

Nell'assenza di qualunque profilo di razionalità operativa (102), pertanto, occorrerebbe rinvenire il nucleo della condotta dissipativa, ingiustificabile nell'ottica di una coerente gestione imprenditoriale e, in quanto tale, (in termini

anche M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, pp. 53 ss.

(99) In tal senso, in particolare, Cass. pen. sez. V, n. 24024/2015, in *CED Cass.*, rv. 263943: « sussiste il reato di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale anche in presenza di un'iniziativa economica in sè legittima, che si riferisca ad una impresa in stato pre-fallimentare, producendo riflessi negativi per i creditori ». Analogamente, tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 10778/2012, in *CED Cass.*, rv. 252008.

(100) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 61.

(101) Di spese "intemperanti" parla, con riguardo all'art. 217 n. 1 l.fall., S. CANESTRARI, *« Rischio d'impresa » e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 556.

(102) Sottolinea particolarmente tale criterio, distinguendo tra comportamenti predatori e meri atti gestionali con effetti dannosi, N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 102 ss.

economici, non già moralistici o di mera stravaganza) superflua (103): per converso, anche diminuzioni patrimoniali apparentemente estranee alla dimensione strettamente aziendale – quale, ad es., una liberalità – potrebbero acquistare, dato il ritorno in chiave di indiretti vantaggi economici (per restare nell'esempio, in termini di immagine), il volto della razionalità gestionale, se del caso di non breve periodo, e, di conseguenza, esulare dalla cornice della dissipazione (104).

Una prospettiva non ignota, del resto, al legislatore storico: annoverato tra le « numerose e sostanziali modificazioni » subite dall'art. 860 cod.comm. nel passaggio all'attuale art. 216 l.fall. (105), l'inserimento della nuova modalità comportamentale "dissipatrice" nel ceppo della bancarotta patrimoniale era giustificato dalla circostanza per cui « la figura della dissipazione è balzata da tempo, con tratti sicuri, dalla elaborazione della giurisprudenza, come dispersione di beni a scopi voluttuari, diversa quindi dall'eccesso di spese personali o familiari, che dà luogo a un caso di bancarotta semplice (art. 856 n. 1 cod.comm.; art. 217 n. 1 della presente legge) » (106), al punto che l'alterità di quest'ultima rispetto alla declinazione fraudolenta, *ictu oculi* percepibile, « non ha bisogno di essere chiarita » (107). Evidente dunque, nella impostazione legislativa, una sostanziale adesione al senso comune, successivamente ripresa dalla dottrina che ha rimarcato l'aderenza del significato tecnico-giuridico del vocabolo "dissipazione" alla « comune significazione che tale termine ha ricevuto e riceve nella lingua italiana. Dissipare vale dissolvere, ridurre al nulla sparpagliando in diverse parti e, con specifico rifermento ai beni, al patrimonio, dice più che sciupare, sebbene in origine sia la stessa parola » (108); a questa stregua, la dissipazione può accostarsi al significato che, « nella più antica lingua italiana, aveva lo sperperare, esprimente non solo etimologicamente, ma anche semanticamente, lo sperperare con pravità » (109).

Si tratta, tra l'altro, di criterio – quello della estraneità del comportamento ad autentica, ancorchè *ex post* rovinosa, attività "gestionale" – che ha trovato sporadicamente eco nella giurisprudenza di legittimità, ove si è talvolta

(103) Fondamentale, in argomento, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 62 ss.; in senso analogo, G. COCCO, *Art. 216*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, pp. 1179-1180.

(104) Pressochè unanime la dottrina, che subordina l'operatività della fattispecie di bancarotta semplice ad una nota di fondo di razionalità economica nella singola operazione considerata: si vedano, tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 62; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 200; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 281; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 309; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 65.

(105) Così la Relazione Ministeriale, n. 48.

(106) *Ibidem*.

(107) Così, ancora, la Relazione Ministeriale, n. 51.

(108) Letteralmente, M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 329.

(109) Così ancora M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 330.

sottolineato come « si ha dissipazione dei beni del fallito quando la consumazione del patrimonio non ha la sua causa nella vita economica dell'azienda (come ad esempio nel gioco) mentre si ha operazione di pura sorte quando si arrischia una parte del patrimonio per una finalità avente la sua base nella suddetta vita economica » (110); demarcazione ribadita, più di recente, evidenziando che « la fattispecie di bancarotta fraudolenta per dissipazione si distingue da quella di bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranei alla medesima » (111).

Il punto, nondimeno, andando oltre le enunciazioni di principio, è che, al momento dell'applicazione concreta, i contorni del parametro sfumano, la razionalità economica (*ex ante*) degrada a "ragionevolezza" (*ex post*) – così rendendo il *discrimen* nebuloso e incerto – e il procedimento sussuntivo si traduce, salvo meritorie eccezioni (112), in massicci straripamenti giurisprudenziali nelle sfere del merito imprenditoriale: alimentando, in definitiva, il rischio, efficacemente riassunto da Cesare Pedrazzi (113), « di trasformare gli organi giudicanti in accademie di scienza manageriale, nonché di coinvolgere nell'insuperabile opinabilità dell'apprezzamento anche gli imprenditori semplicemente sfortunati » (114). Non solo: la "delega" al giudice in ordine al sindacato sulle scelte imprenditoriali (115) – inevitabilmente imbevuta del clima fallimentare in cui si ambienta – non rinviene puntuali riferimenti euristici, al di là dei laconici richiami alla coerenza nelle scelte gestionali, con ciò svilendo i postulati irrinunciabili della determinatezza e della tassatività (116).

(110) Cass. pen. sez. V, n. 1303/1973, in *CED Cass.*, rv. 123212.

(111) Così Cass. pen. sez. V., n. 47040/2011 in *CED Cass.*, rv. 251218; in senso analogo, Cass. pen. sez. V, n. 5317/2015, in *CED Cass.*, rv. 262225.

(112) Al novero delle eccezioni va iscritta, ad es., Cass. pen. sez. V, n. 13833/2013, in *Leggi d'Italia*, la quale – nell'annullare con rinvio la sentenza d'appello che aveva ravvisato la dissipazione nell'acquisto, da parte di una società, delle partecipazioni in altro ente attivo in diverso settore (in ragione della "cattiva valutazione" del mercato e del settore di intervento, nonché della rapida obsolescenza del *know how* acquisito) – ha evidenziato che « la motivazione così sviluppata sembra indirizzata a muovere aspre critiche al [l'imputato] per le sue scelte imprenditoriali, sotto il profilo dell'adozione di una strategia dimostrativa di incapacità gestionale, piuttosto che a giustificare la condanna penale a titolo di bancarotta fraudolenta per dissipazione ».

(113) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 138.

(114) Sulla (eccessiva) sindacabilità delle scelte imprenditoriali da parte del giudice penale, alla luce delle attuali formulazioni delle fattispecie fallimentari, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., p. 852.

(115) Nella presa d'atto dell'impossibilità di individuare un criterio discretivo sicuro, in dottrina si è addirittura rimesso al "prudente apprezzamento del giudice" il compito di distinguere caso per caso tra ipotesi di bancarotta fraudolenta e ipotesi di bancarotta semplice: in argomento L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 161.

(116) Particolarmente critici rispetto alla possibilità di fondare in termini sufficientemente chiari e prevedibili detto sindacato, in dottrina, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*

Che dette preoccupazioni non si sterilizzino in vuoti esercizi teorici è presto confermato da una recente decisione della giurisprudenza di merito nel caso "Alitalia", in cui sono state ricondotte alla matrice dissipativa, accanto a condotte sorrette da errate valutazioni economiche (quali l'acquisizione di altra impresa del settore a sua volta fortemente indebitata, operazione già *ex ante* profilabile in termini patrimonialmente disastrosi), anche scelte operative – emblematica la stipula di un contratto di consulenza con una nota società di revisione, in tesi finalizzato alla riduzione dei costi e all'ottimizzazione delle risorse aziendali – rivelatesi solo *ex post* infruttuose (e, con evidente confusione di piani, perciò considerate scevre di razionalità operativa), o di mera cattiva gestione di determinati *business* (quale, ad es., la conduzione in perdita costante di uno dei settori dell'impresa), ovvero ancora, in sostanza, concernenti la cessione di *assets* che (solo) successivamente avrebbero visto incrementato il proprio valore di mercato (117).

---

*e reati fallimentari*, cit., pp. 44, 80 ss., ad avviso dei quali, se in generale « *il giudice non può* ex post *sostituirsi all'imprenditore nelle scelte operative* » (corsivi degli AA.), il parametro della razionalità economica, pur in apparenza pregevole, comportando il rischio di "invasioni" giudiziali in ambiti riservati ai gestori dell'impresa, non potrebbe comunque consentire "impropri" interventi del giudice « sin che non si dimostri l'inequivoca volontà della legge di criminalizzare l'errore di gestione o il volontario distacco dai criteri suggeriti da una prassi più o meno corretta », il sindacato sulle operazioni "rischiose" essendo a questa stregua concepito dalla legge fallimentare « in termini restrittivi e imperniato su parametri rassicuranti, quali la "pura sorte" o la "manifesta imprudenza", che, nel loro insieme, alludono all'assenza di calcolo, al difetto di controllo sull'esito, all'indiscutibilità del giudizio negativo sull'ammissibilità dell'operazione: in sintesi, si potrebbe dire, non già alla maggior o minor fondatezza, ma alla radicale assenza di fondamento economico della scelta ».

(117) Trib. Roma, sez. VI, 28.9.2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3850, con nota di L. MESSORI, *La bancarotta per dissipazione nella "vicenda Alitalia": profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione*. Il giudice di prime cure, muovendo dalla premessa per cui anche operazioni in linea con l'oggetto sociale – laddove « appaiono (…) talmente incoerenti dal punto di vista economico-aziendale da porsi al di fuori di obiettivi e principi economici aziendali perseguibili, concretando di fatto operazioni prive di ragioni economiche congrue, pericolose e dissennate attività di sperpero di risorse aziendali, dunque mere distruzioni di risorse » (*ivi*, p. 3852), tanto più ove realizzate in seno ad una società già in stato di grave crisi – possono integrare lo schema dissipativo, ha giudicato tipiche condotte dissipative, segnatamente: *a*) la gestione economicamente "abnorme" (in ragione del numero esorbitante del personale, della perdurante situazione critica del settore, anche in raffronto con compagnie concorrenti, e dell'assenza di qualsivoglia intervento di razionalizzazione ovvero dismissione) del settore Cargo; *b*) lo scorporo di cinque rami aziendali, conferiti in una società di nuova costituzione, con duplicazione di strutture (e, dunque, di costi) e stipula di un oneroso contratto di servizi in esclusiva; *c*) l'acquisto del gruppo Volare, operazione costosissima ed incongrua, nonchè foriera di futuri ricorsi al credito per appianare i debiti gravanti sull'ente acquisito, che non prestava a tal fine alcuna garanzia; *d*) la dismissione di Eurofly, ritenuta totalmente e gratuitamente ingiustificata, in quanto avvenuta "a prezzo di saldo" e riguardante un'azienda che dopo soli due anni aveva triplicato il proprio valore finanziario, tradottasi nei fatti nella cessione di aerei che, immediatamente dopo, Alitalia avrebbe ricevuto in locazione a canoni più elevati rispetto ai corrispettivi incassati per la vendita; *e*) la stipula di un oneroso contratto di consulenza con una nota società del settore, consulenza avente oggetto generico, alquanto costosa e priva di concreti ed apprezzabili risultati in termini di riduzione dei costi d'esercizio ovvero di razionalizzazione delle risorse aziendali (e, dunque, inutile).

Significativa, poi, è la lettura giurisprudenziale di un caso non infrequente nella prassi, vale a dire la cessione sottocosto di beni, da parte di un imprenditore in difficoltà, nella speranza – dipoi rivelatasi illusoria – di riuscire in tal modo a far fronte temporaneamente alla crisi, per riprendere in seguito, fisiologicamente, l'attività. Ora, non sembrano molti i dubbi sul fatto che una simile scelta possa rinvenire, *ex ante*, un *rationale* gestionale (tacitazione di alcuni creditori e risollevamento produttivo), per quanto smentito dalla successiva evoluzione fallimentare; tuttavia, specie in passato (118), la giurisprudenza di legittimità ha sancito la sussumibilità di tale contegno entro il perimetro della dissipazione, vuoi accentuando, rispetto alla prospettata finalizzazione al pagamento della maggioranza dei creditori, l'aspetto comunque depauperatorio della condotta (119), vuoi – con evidente manipolazione del parametro – assumendo, in presenza di uno stato di insolvenza, l'impossibilità di giustificare razionalmente (attraverso il richiamo a una sostenibile strategia di mercato) la vendita di beni a prezzi inferiori rispetto a quelli d'acquisto (120). Del resto, laddove pure è stata esclusa la tipicità dissipativa (121), si sono dischiusi nuovi spazi per l'attigua figura distrattiva, ritenuta idonea a ricomprendere anche i casi di sistematica vendita sottocosto dei beni aziendali (122).

Insomma: l'esorbitanza del rischio, comunque "imprenditoriale", che, nella sua fisiologia, è rischio anche per i creditori, e il connotato irrimediabilmente negativo della irrazionalità gestoria, in apparenza non sovrapponibili, finiscono spesso, in concreto, per annebbiarsi in un grigio indistinto, che neppure la caratterizzazione dell'imprudenza e della colpa, nella bancarotta semplice, come "manifesta" o "grave" – opportunamente funzionale a « lasciare il dovuto respiro all'iniziativa economica, in tutte le sue varianti, e [ad] alleviare il compito del giudicante » (123) – contribuisce *ex se* a diradare.

Beninteso: appare spesso complicato discernere la rispondenza di un esborso patrimoniale al soddisfacimento di un bisogno reale (in tal senso dovendosi intendere il riferimento alle "spese", secondo il n. 1 dell'art. 217 l.fall.)

(118) Cfr., ad es., Cass. pen. sez. V, n. 2876/1999, in *CED Cass.*, rv. 212608.

(119) In tal senso, Cass. pen. sez. V, n. 19633/2011, in *Leggi d'Italia*.

(120) Per questa distinzione, Cass. pen. sez. V, n. 1081/2013, in *Leggi d'Italia.*

(121) Da ultimo, infatti, la giurisprudenza ha escluso il carattere dissipativo della vendita di merce sottocosto: si veda in proposito Cass. pen. sez. V, n. 5317/2015, in *CED Cass.*, rv. 262225, che ha affermato come « non sussistono gli estremi costitutivi della bancarotta per dissipazione nel caso di vendita di merce sottocosto, la quale richiede, sotto il profilo oggettivo, l'incoerenza assoluta, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuirne il patrimonio per scopi ad essa estranei ».

(122) Così, ancora, Cass. pen. sez. V, n. 5317/2015, in cui si afferma che la funzionalità della vendita, in perdita, dei beni aziendali, pur atipica rispetto al paradigma dissipativo, non esclude il "recupero" di quello distrattivo, laddove preordinata e sistematica.

(123) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 158.

(124) ovvero alla funzionalizzazione all'attività di impresa (art. 217 nn. 2, 3 e 4 l.fall.) (125). Si pensi, volendo solo citare alcuni esempi (ma la fenomenologia reale è la più versatile e sfaccettata), oltre alla già richiamata vendita a prezzo di costo o sottocosto dei beni, al caso dell'acquisto di costosissime autovetture di rappresentanza, all'esempio già accennato di una copiosa erogazione liberale (a dipendenti, a enti di beneficenza, a partiti politici), o ancora a rischiosissimi investimenti in strumenti finanziari c.d. "derivati".

Ciò tuttavia non toglie che il metro della genuinità del rischio di impresa, che si traduce in aspettativa di profitto, per quanto isterilito dalla giurisprudenza, sia l'unico sistematicamente coerente. Valore decisivo, del resto, non sembrano riflettere, di per sé, né la destinazione data al bene (vale a dire, il fine voluttuario dell'agente), né l'entità dell'erogazione (non foss'altro perché anche il n. 2 dell'art. 217 l.fall. áncora la fattispecie alla consumazione di una notevole parte del patrimonio) (126), né, tantomeno, il mero dato psicologico. Così, segnatamente, non convincono le impostazioni che ravvisano nel finalismo soggettivo il reale latore della tipicità oggettiva delle condotte (127): secondo le tesi in discorso, che ammettono bensì l'incertezza del criterio, segnatamente, « nei casi previsti dai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 217 legge fall., qualora prevalgano le finalità ivi specificate (il soddisfacimento dei bisogni propri e della famiglia nel n. 1, il fine di lucro nel n. 2, lo scopo di ritardare il fallimento nel n. 3) saremo di fronte a casi di bancarotta semplice, qualora invece prevalga la direzione soggettiva verso la lesione della garanzia dei creditori sarà fraudolenta » (128). In disparte la

(124) La stessa dottrina che pur lucidamente poggia l'esegesi sul piano della ravvisabilità di costi o spese ammette l'elasticità e la relatività del concetto, costretto a misurarsi con parametri quali l'accettabilità nell'ambiente di riferimento e la collocazione sociale dell'agente: cfr. in proposito C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 62.

(125) Sottolineano con vigore detta criticità, richiamando analoghe questioni affrontate dalla dottrina tedesca, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 80 ss.

(126) *Contra*, però, nel senso che l'entità dell'esborso costituisca comunque un criterio selettivo, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 200; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 160-161.

(127) Tesi che, portate alle estreme conseguenze, conducono, se non ci si inganna, a fondare la distinzione tra i due tipi addirittura su differenti modelli "d'autore", con buona pace del diritto penale del fatto. Così, ad es., si è affermato con una certa enfasi in dottrina, dopo aver ribadito che la bancarotta semplice non risulta specificamente finalizzata al depauperamento del debitore (anche se nei fatti esso si realizza), che « il bancarottiere "semplice" (in realtà Dio ci scampi e liberi anche da questo!) è un amante dell'allegra finanza personale, è un prodigo nelle spese personali e per la famiglia; oppure ha la mania del gioco d'azzardo, considerando l'impresa come una sottospecie di "roulette". (…) Insomma, togliamoci di testa l'idea che il bancarottiere semplice sia un operatore sociale accettabile o addirittura degno di riconoscimento morale solo perché non è diventato fraudolento (…). Il bancarottiere semplice è un modello deprecabile, molto deprecabile, e il suo fare mellifluo con i suoi modi garbati danneggia (…) spesso i creditori più del bancarottiere fraudolento, specialmente quando quest'ultimo abbia in definitiva assai bene conservato il suo patrimonio commettendo un singolo e specifico atto di bancarotta fraudolenta »: letteralmente, P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari*, cit., p. 121.

(128) In tal senso, M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 404; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 102 ss. Ad avviso di P.

costruzione delle condotte tipiche in termini non soggettivamente orientati, ma oggettivamente differenti (attestandosi la "pura sorte", la "manifesta imprudenza" o lo stesso tratto dissipativo a un livello di tipicità obiettiva delle fattispecie), e, dunque, l'assenza di un simile distinguo "di scopo" nella lettera delle norme incriminatrici, a detta impostazione può efficacemente obiettarsi (generalizzando le osservazioni della dottrina più autorevole sul confine tra la dissipazione e le spese eccessive) che « il tormentato problema (…) non trova la sua soluzione basilare sul terreno della psicologia. Un intento specifico di recare danno ai creditori non è essenziale nemmeno alla [dissipazione]: l'imprenditore che sperpera in odio agli eredi commette bancarotta fraudolenta, solo che lo faccia anche a costo di pregiudicare i creditori. Per converso, una consapevolezza e accettazione di un rischio di incapienza della garanzia può ricorrere anche nell'ipotesi dell[a] [bancarotta semplice] » (129).

Occorrerebbe, insomma, un robusto *self restraint* giurisprudenziale nel sindacato sulle scelte gestorie, attraverso un deciso recupero applicativo dei paradigmi che di tale scrutinio fungono da bussole. Al contrario, rimane viva, tra le pieghe della giurisprudenza, l'impressione di una criminalizzazione a tappeto, lungo le direttrici delle figure delittuose fraudolente, di ciò che a ben vedere marca l'essenza stessa dell'iniziativa imprenditoriale: il rischio, che – per riprendere ancora le lucide parole di Cesare Pedrazzi – « non si potrebbe criminalizzare senza criminalizzare l'impresa stessa » (130), e che, come detto, dovrebbe al più trovare nelle forme della bancarotta semplice le valvole d'accesso del sindacato penalistico.

## 5. Il crinale probatorio: velate presunzioni di responsabilità o generalizzate massime d'esperienza?

Oltre l'indagine sulle norme incriminatrici (e, per certi versi, assai più efficacemente rispetto ad essa), a blindare l' "appetibilità operativa" delle figure di bancarotta sovviene, da ultimo, lo spiccato particolarismo processuale delineato dalla giurisprudenza, con riguardo (*a*) alle modalità di prova delle condotte tipiche e (*b*) alla utilizzabilità *contra se* ed *erga alios* delle dichiarazioni rese da terzi e

---

NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 73-74, il coefficiente doloso dell'art. 216 l.fall. si caratterizza per la volontà di frode ai creditori, assente invece nel segmento soggettivo della bancarotta semplice; analogamente G. MONTANARA, (voce) *Fallimento*, cit., p. 304. Secondo S. CANESTRARI, *« Rischio d'impresa » e imputazione soggettiva*, cit., p. 557, il criterio discretivo nei casi-limite riposerebbe sull'alternativa dolo eventuale (dissipazione) – colpa cosciente (bancarotta semplice); più recentemente, lo stesso A. ha prospettato una soluzione "mista", fondata sull'esorbitanza del rischio (di pregiudizio per le ragioni creditorie) e sull'elemento soggettivo: cfr. S. CANESTRARI, Dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito", ne *I criteri di imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Milano, 2017, pp. 44 ss.

(129) Così, del tutto condivisibilmente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 79.

(130) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 154.

dal fallito innanzi al curatore. Duplice, in altre parole, la declinazione "*in action*" impressa dalla giurisprudenza ai paradigmi delittuosi: l'una, per così dire oggettiva, imperniata sulla "induzione" del fatto da un elemento negativo, l'altra, "soggettiva", polarizzata soprattutto su un peculiare *status* riservato alla fonte dichiarativa ("fallito-non-ancora-imputato", se è concessa l'espressione) escussa dal curatore fallimentare nel contesto della procedura concorsuale.

Conviene, allora, soffermarsi partitamente sugli effetti espansivi di entrambi i vettori, impiegando, rispetto al primo, per comodità, la figura delittuosa statisticamente più frequente, ovvero la bancarotta fraudolenta patrimoniale. Beninteso: non si vuole certamente negare, anticipando in parte l'esito dell'analisi, che si tratti, almeno nel caso del procedimento inferenziale circa l'elemento materiale del reato, di elaborazioni giurisprudenziali fondate su solide basi empiriche, e, pertanto, di assunti che non possono essere accantonati a cuor leggero (131); ciò non toglie, per un verso, l'insufficienza del procedimento inferenziale nella dimostrazione processuale dei residui elementi costitutivi di fattispecie (specie dell'elemento soggettivo) (132), ovvero nella soluzione dell'alternativa sussuntiva tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice (133), per l'altro, l'obiettiva agevolazione per l'accusa nella prova del reato e, in definitiva, il più penetrante *enforcement* assicurato alle fattispecie, con una vistosa eccezione al « paradigma di razionalità » che sottintende una correlazione direttamente proporzionale tra intensità dell'onere probatorio gravante sull'Accusa e gravità del reato (134).

(α) La *premessa esperienziale* da cui prende le mosse la giurisprudenza si mostra, a ben vedere, difficilmente smentibile: nessuno meglio del fallito è in grado di indicare come un determinato bene sia stato impiegato ovvero dove esso sia attualmente ubicato. Immediato, dunque, il corollario processuale (135): il mancato rinvenimento di specifici beni (chè, al contrario, l'induzione del fatto-reato dal mero disavanzo fallimentare riporterebbe alla primitiva equazione

(131) Sulla impossibilità, per il giudice, di prendere "alla leggera" le preoccupazioni pratiche si veda il magistrale passo di C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., ora in ID., *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare, Varia*, Milano, 2003, p. 1012.

(132) Quanto alla deduzione dell'elemento soggettivo dal mero mancato reperimento dei beni nell'asse fallimentare, tra gli altri, in dottrina, M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento*, cit., pp. 45 ss.

(133) Sul punto, M. PIERDONATI, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 190, 194 e 197.

(134) Per un accenno a tale paradigma, con riferimenti agli ordinamenti francese e anglosassoni, C. PERINI – F. CONSULICH, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito del prof. C.E. Paliero*, Milano, 2006, p. 83.

(135) La giurisprudenza sul punto è assolutamente pacifica: *ex multis*, Cass. pen. sez. V, n. 8260/2016, in *CED Cass.*, rv. 267710; Cass. pen. sez. V, n. 19896/2014, in *CED Cass.*, rv. 259848; Cass. pen. sez. V, n. 22894/2013, in *CED Cass.*, rv. 255385.

fallimento-bancarotta) (136) veicola, *ex se*, un indizio grave e preciso in ordine alla relativa destinazione a scopi diversi dalla funzione di tutela dei creditori (137). Più in generale, incombe sul fallito un puntuale dovere di ostensione del proprio patrimonio (sanzionato anche penalmente attraverso la bancarotta documentale), nonché un obbligo di verità e collaborazione con la curatela, indirettamente ricavabile dal disposto dell'art. 87 l.fall. in materia di inventario. Vivida, d'altra parte (per quanto *adducere inconveniens non est solvere argumentum*), rimane l'impressione che, a voler diversamente opinare, si onererebbe il Pubblico Ministero di una vera e propria *probatio diabolica*.

Da qui, dunque, il tralatizio precipitato argomentativo, ormai *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la sussistenza di manipolazioni patrimoniali bancarottiere « può essere desunta dalla mancata dimostrazione, da parte dell'amministratore, della destinazione dei beni » (138); beni di cui, tuttavia – ecco il punto decisivo, che attenua il timore di indebiti aggiramenti del dettato costituzionale –, occorrerà in ogni caso dimostrare la reale presenza nel patrimonio dell'imprenditore o della società fallita, pena, altrimenti, la caducazione del presupposto essenziale per l'inferenza della condotta tipica. E si tratta, spesso, di compito tutt'altro che agevole, specie in presenza di imputazioni contestuali per bancarotta documentale, e, quindi, di scritture contabili "per definizione" scarsamente affidabili: criticità di cui appare consapevole la stessa giurisprudenza, laddove correttamente censura la "scorciatoia" argomentativa nell'accertamento della previa disponibilità dei beni non rinvenuti in capo all'imputato, ancorata alla presunzione di veridicità dei libri e delle scritture contabili dell'impresa, ai sensi dell'art. 2710 c.c. Al contrario, specie allorquando il sindacato penalistico assommi l'indagine sull'integrazione di fatti *ex* art. 216 comma 1 n. 2 l.fall., il giudice è chiamato a un attento scrutinio di attendibilità della piattaforma documentale, onde accertarne, sulla scorta delle ulteriori prove disponibili, la « corrispondenza al reale andamento degli affari e delle dinamiche aziendali » (139).

(136) Si veda, in proposito, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 215.

(137) Nel senso del valore indiziante dell'incapacità o del rifiuto del fallito di fornire una giustificazione della destinazione del bene, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 110 ss.; pur sottolineando la necessità di ulteriori riscontri, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 81. Ritiene ragionevole la presunzione semplice appena descritta U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 330 ss. Critica, invece, altra parte della dottrina, che denuncia il ricorso ad improprie inversioni dell'onere della prova: cfr., ad es., F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 118-119; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 161 ss. Per una rassegna degli orientamenti dottrinali G. COCCO, *Art. 216*, cit., p. 1178.

(138) In tal senso, *ex plurimis*, cfr. ancora, nella giurisprudenza più recente, Cass. pen. sez. V, n. 8260/2016, cit.

(139) Così Cass. pen. sez. V, n. 52219/2014, in *CED Cass.*, rv. 262197; analogam. Cass. pen. sez. V, n. 7588/2011, in *CED Cass.*, rv. 249715.

Non solo: se (com'è ovvio) non è bastevole l'asserzione del fallito in ordine a una generica destinazione dei beni al perseguimento dell'interesse dell'impresa (140), altrettanto non potrebbe affermarsi laddove ad essa si accompagni l'allegazione (o comunque la mancata smentita nel residuo compendio probatorio) (141) di un effettivo impiego dell'attivo per esigenze imprenditoriali, in tal caso "riespandendosi" l'onere, gravante sull'accusa, di una accurata dimostrazione della condotta tipica.

Resta, in ogni caso, il dato di fondo, costituito dal carattere marcatamente indiziante, se non sostanzialmente presuntivo, del mancato rinvenimento del bene nell'asse fallimentare, "spia" decisiva di una avvenuta manipolazione patrimoniale ad opera del soggetto attivo.

(β) Su differente (e assai meno rassicurante) crinale, vengono in rilievo le *dichiarazioni raccolte dal curatore* nell'ambito della procedura concorsuale e veicolate dalla relazione *ex* art. 33 l.fall. (142): muovendo dalla testimonianza *de relato* su circostanze apprese da soggetti terzi (informati sui fatti), segnatamente, l'attenzione si è presto spostata sulla sorte (e, nel dettaglio, sulla utilizzabilità nei confronti dell'imputato) delle propalazioni *erga alios* di soggetti coimputati verbalizzate dal curatore, per soffermarsi, infine, sulla riversabilità in dibattimento delle dichiarazioni rese dallo stesso fallito (successivamente imputato) in sede di audizione fallimentare (143).

(β.1) Così, in un primo momento, si è affermato che le dichiarazioni di terze persone, confluite nella relazione del curatore, e da questi riferite in sede di esame testimoniale, non soggiacciono alla disciplina della testimonianza indiretta, né in relazione ai divieti contemplati dall'art. 195 c.p.p., quanto alle fonti dichiarative escusse dalla polizia giudiziaria, né con riguardo alle regole sulle dichiarazioni *de relato*, costituendo esse, piuttosto, « un dato di fatto riferito dal curatore e dallo stesso accertato che assume oggettiva rilevanza per la effettiva conoscenza del fatto reato » (144); sullo sfondo, il principio, portato sino alle estreme conseguenze in ordine all'utilizzabilità delle dichiarazioni dell'imputato (su cui si tornerà appena *infra*), per cui il curatore non rappresenta affatto un soggetto del

(140) Si pensi, ad es., alla mera affermazione circa l'impiego del denaro di cassa per la copertura di costi gestionali non documentati né nell'*an* né nel *quantum*.

(141) In proposito, Cass. pen. sez. V, n. 19896/2014, in *CED Cass.*, rv. 259848.

(142) Relazione ritenuta – a ragione – alla stregua di un documento, destinato al giudice delegato, ed in quanto tale senz'altro acquisibile (anche, eventualmente, già in fase di ammissione delle prove) e pienamente utilizzabile in sede penale. Pacifica in tal senso la giurisprudenza: *ex aliis*, Cass. pen. sez. F., n. 49132/2013, in *CED Cass.*, rv. 257650: « le relazioni e gli inventari redatti dal curatore fallimentare sono ammissibili come prove documentali in ogni caso e non solo quando siano ricognitivi di una organizzazione aziendale e di una realtà contabile, atteso che gli accertamenti documentali e le dichiarazioni ricevute dal curatore costituiscono prove rilevanti nel processo penale, al fine di ricostruire le vicende amministrative della società ».

(143) In argomento U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 210 ss.

(144) Cass. pen. sez. V, n. 39001/2004, in *CED Cass.*, rv. 229330.

procedimento penale, rispetto al quale, anzi, la relativa attività (e, più in radice, la procedura concorsuale) si mostra del tutto autonoma, in alcun modo riducibile a strumento di ricerca di una ipotetica *notitia criminis*.

(β.2) Alcuno sbarramento normativo, ad avviso della giurisprudenza, osterebbe in secondo luogo alla refluenza in dibattimento, attraverso l'esame del curatore, delle dichiarazioni etero-accusatorie a questi rese da colui che, posteriormente, abbia assunto lo *status* di co-imputato, quand'anche questi si sia dipoi sottratto al contraddittorio dibattimentale; anche in tal caso rileverebbe, invero, la cristallizzazione delle affermazioni *erga alios* nella relazione stesa dal curatore (145), né si potrebbe profilare l'eventualità della necessaria chiamata della fonte di riferimento, giacchè rappresentata da un soggetto che – in epoca successiva alle dichiarazioni dallo stesso rese – ha assunto una posizione processuale incompatibile con l'obbligo di deporre (146).

(β.3) Ancor più radicalmente, infine, la relazione *ex* art. 33 l.fall. potrebbe – secondo un granitico orientamento giurisprudenziale – assurgere a viatico per l'ingresso, nel procedimento penale, delle dichiarazioni auto-incriminanti sottoscritte dal fallito innanzi al curatore, a ciò non ostando la mancanza degli avvisi contemplati dagli artt. 63 ss. c.p.p., che « preved[ono] la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, in quanto il curatore non rientra in queste categorie e la sua attività non è riconducibile alla previsione di cui all'art. 220 norme di coord. cod. proc. pen. che concerne le attività ispettive e di vigilanza » (147). Siffatta esegesi, del resto, ha trovato

(145) Il cui vaglio, in ogni caso, è orientato dai principi fissati dall'art. 192 comma 3 c.p.p., imponendo quindi, in estrema sintesi, la ricerca di elementi estrinseci che ne confermino l'attendibilità.

(146) Costante, nell'affermare tale principio, la giurisprudenza di legittimità: tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 4164/2015, in *CED Cass.*, rv. 262172; Cass. pen. sez. V, n. 46422/2013, in *CED Cass.*, rv. 257584; Cass. pen. sez. V, n. 15218/2011, in *CED Cass.*, rv. 249959. In un caso, addirittura, si sono ritenute utilizzabili le affermazioni di un (futuro) coimputato neppure espresse personalmente innanzi al curatore, bensì trasfuse in una semplice missiva a questi inviata: Cass. pen. sez. V, n. 32388/2015, in *CED Cass.*, rv. 264255, ove si è statuito che « il documento (…), il cui contenuto è confluito nella relazione (…), costituisce una delle componenti della prova documentale, unitariamente considerata, costituita, per pacifica giurisprudenza, dalla suddetta relazione e come tale andava valutata; inoltre sul suo contenuto dichiarativo, nel contraddittorio tra le parti, ha deposto il curatore fallimentare, che, come si è detto, può legittimamente testimoniare sulle dichiarazioni a lui rese da un coimputato non comparso al dibattimento e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione (…), non essendovi alcun motivo per cui tale principio non debba trovare applicazione al caso in cui le dichiarazioni del coimputato siano rese da quest'ultimo con atto scritto indirizzato al curatore, piuttosto che oralmente ». Parzialmente difforme, tuttavia, recentemente (nel senso della utilizzabilità delle dichiarazioni al curatore di terzo poi coimputato, ma solo a condizione che l'esame dibattimentale di costui non si verifichi per omessa specifica richiesta della difesa, non già per deliberata sottrazione della fonte dichiarativa al contraddittorio), Cass. pen. sez. V, n. 13060/2017, in *Leggi d'Italia*.

(147) Così, *ex aliis*, Cass. pen. sez. V, n. 13285/2013, in *CED Cass.*, rv. 255062. Conf. Cass. pen. sez. V, n. 44575/2015, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen sez. V, n. 46422/2013, in *CED Cass.*, rv. 257854; Cass. pen. Sez. V, n. 36593/2008, in *CED Cass.*, rv. 242020; Cass, pen. sez. V, n. 44285/2005, in *CED Cass.*, rv. 233063; Cass. pen. Sez. V, n. 46795/2004, in *CED Cass.*, rv.

l'avallo del Giudice delle Leggi, che – investito di una questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 63 c.p.p., nella parte in cui non include tra i destinatari delle dichiarazioni indizianti anche il curatore – ha rilevato l'assoluta disomogeneità tra le qualifiche, da un lato, del fallito e dell'imputato, dall'altro (e specularmente), del curatore e degli organi di polizia giudiziaria ovvero dell'autorità giudiziaria: in tale ultima locuzione non potrà segnatamente ricomprendersi il giudice civile, di talchè si rivela « del tutto impercorribile l'estensibilità del regime dettato dall'(…) art. 63 del codice di procedura penale, nei confronti di un atto perseguente finalità probatorie del tutto diverse da quelle proprie del processo penale, non essendo ricavabile da alcuna norma del rito civile un principio che imponga al giudice civile di sospendere l'acquisizione di un atto dell'istruzione probatoria in funzione di esigenze teleologiche esclusive del processo penale » (148).

Ne deriva, in definitiva, una vistosa deviazione dai principi dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova, a doppio filo legata all'innesto del procedimento penale sul troncone della procedura fallimentare, ma – rendendo la prova dichiarativa, di fatto, precostituita – oggettivamente distonica rispetto ai cardini del sistema accusatorio (149).

## 6. Un primo provvisorio bilancio.

Tirando le somme della rabdomantica analisi sin qui condotta, si è osservato che l'approccio giurisprudenziale a diversi snodi di sistema del diritto penale fallimentare è improntato, almeno tendenzialmente, alla massimizzazione dell'effettività delle fattispecie incriminatrici: vuoi attraverso la semplificazione del momento probatorio, con accentuata fruibilità processuale dei modelli di reato (in particolare di quello distrattivo), vuoi mediante l'elargizione di posizioni di garanzia, su base puramente fattuale, ai soggetti privi di formali qualifiche gestorie, così portando alla più elevata capacità espansiva la figura dell'amministratore di fatto.

Ancora, la stilizzazione dell'oggetto materiale – con l'inclusione dei beni di illecita provenienza – e, di conseguenza, la rarefazione dell'oggettività giuridica hanno mostrato la propensione giurisprudenziale al ricorso allo schema tipico operativamente più flessibile (attesa l'apparente essenzialità della formulazione

230530; Cass. pen. sez. V, n. 41134/2001, in *Cass. pen.*, 2003, con nota adesiva di R. CAPPITELLI, *Brevi osservazioni intorno ai limiti applicativi della garanzia della non utilizzabilità delle dichiarazioni autoindizianti*, *ivi*, p. 1985.

(148) Corte Cost., n. 136/1995, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2097, che, alla stregua di tali enunciazioni di principio, ritiene senz'altro ammissibile la testimonianza del curatore, nel processo penale, in ordine alla dichiarazioni rese dal fallito nel corso della procedura fallimentare.

(149) Per una critica particolarmente penetrante a siffatta impostazione giurisprudenziale, sul piano dell'induzione dell'elemento soggettivo, L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 163.

normativa), vale a dire la distrazione, a dispetto dei paradigmi, più confacenti, di maggiore complessità strutturale (in quanto costruiti, in forma di danno, sull'evento). Analogo slittamento si è registrato, del resto, nell'analizzare l'atteggiamento della giurisprudenza al cospetto delle cattive scelte gestionali dell'imprenditore: sindacato confinato dalla legge entro le frammentarie ipotesi di bancarotta semplice, eppure spesso trasformato dal diritto vivente in una occhiuta rivisitazione complessiva della vita dell'impresa, per giunta orientata dall'impiego delle figure di bancarotta fraudolenta.

La gravitazione entro gli archetipi più severi (e sovente di più snella struttura tipica) di vicende "di confine", che potrebbero o dovrebbero trovare ospitalità in diversi paradigmi della legge fallimentare (se non, più radicalmente, in differenti settori del diritto penale dell'economia), non appare peraltro fenomeno limitato ai casi cui qui si è accennato; il capitolo che segue, prendendo a campione la bancarotta per distrazione e la bancarotta per effetto di operazioni dolose, mostrerà che si tratta di impostazione diffusa, l'altra faccia dell'iper-effettività del diritto penale del fallimento.

# Capitolo II

## LA 'DISTRAZIONE' E LE 'OPERAZIONI DOLOSE' COME 'CENTRI DI GRAVITAZIONE' DELLA IPER-EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO PENALE DEL FALLIMENTO

**SOMMARIO: 1.** Premessa. – **2.** Le direttrici dell'espansione del tipo distrattivo: l'erosione della bancarotta d'evento, della bancarotta preferenziale e della ricettazione fallimentare. – **2.1.** L'irruzione della distrazione nel campo operativo delle fattispecie causalmente orientate: il caso della scissione. – **2.2.** Bancarotta patrimoniale e bancarotta preferenziale: i casi dei pagamenti autoliquidati e delle restituzioni dei finanziamenti concessi dagli amministratori. – **2.3.** La "desuetudine" della ricettazione fallimentare. – **3.** Le direttrici dell'espansione del tipo causale: la recente rivitalizzazione delle operazioni dolose. – **3.1.** Operazioni dolose e reati non fallimentari. – **3.2.** Operazioni dolose, reati fallimentari e reati societari non richiamati dal n. 1 dell'art. 223 l.fall. – **4.** Sommario dell'indagine: la necessità di ampliare la ricerca.

« Una norma penale
denota la sua cattiva salute
se le violazioni di essa sono
troppo frequenti (…), o
per converso se sussiste
un numero assolutamente
insignificante di applicazioni » (1)

### 1. Premessa.

Già s'è intravista nel capitolo precedente, in controluce alla "distrazione" dei beni illecitamente acquisiti e ai rapporti tra bancarotta patrimoniale fraudolenta e semplice (attraverso le lenti del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali), la *tendenza* giurisprudenziale *alla polarizzazione del sistema* penali fallimentare sulle sue più gravi figure (2).

Non si tratta, peraltro, di isolate deviazioni da uno spartito di rigida demarcazione tra i diversi paradigmi delittuosi, bensì, piuttosto, di epifenomeni di una più complessa inclinazione interpretativa che vede lo sconfinamento degli archetipi più gravi di bancarotta in altri territori del diritto penale comune, del diritto penale dell'economia e persino dello stesso diritto penale del fallimento.

---

(1) F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, p. 121.

(2) Sottolinea la particolare severità dei reati fallimentari, nell'interpretazione data dalla giurisprudenza alle norme incriminatrici ancor più che dal punto di vista sanzionatorio, C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 5.

Così, l' "anamorfosi" della bancarotta d'evento e delle varie figure di bancarotta semplice entro le forme del prototipo distrattivo (o dissipativo) si inserisce in una più marcata vocazione giurisprudenziale ad allargare le maglie della bancarotta fraudolenta patrimoniale: con l'effetto, talvolta, di eludere le strettoie dell'indagine condizionalistica imposta dalla struttura delle più confacenti figure causalmente orientate, talaltra di recuperare, per via esegetica, a più severa sanzione alcune classi comportamentali, condannate, in caso d'applicazione di più lievi fattispecie, al quasi certo oblio della prescrizione (assai più breve in ragione dei ridotti limiti edittali massimi); in entrambi i casi, comunque, infondendo un'estesa versatilità operativa alla figura-base distrattiva.

Ma nel medesimo alveo si innestano, in seconda battuta, le fattispecie causalmente orientate dell'art. 223 cpv. n. 2 l.fall. (a loro volta peraltro, come accennato, "bersaglio" dell'invadenza degli schemi fraudolenti dell'art. 216 l.fall.), che, anzi, sembrano scontare più di tutte le altre varianti di bancarotta i difetti delle norme "di chiusura"; di quelle figure di frontiera, cioè, che, portando alla massima estensione la capacità repressiva del sistema, rischiano cronicamente di tramutarsi in contenitori onnivori. Attitudine, del resto, messa in puntuale evidenza dalla dottrina, che ravvisa tra le pieghe delle figure in discorso « una valenza onnicomprensiva poiché estend[ono] la (…) [loro] applicabilità ad ogni condotta da cui sia poi scaturito il fallimento della società ed è questa la ragione per la quale la disposizione (…) [dell'art. 223 comma 2 n.2, n.d.r.] riveste, nell'ambito della repressione della bancarotta cosiddetta impropria, la funzione di valvola di sicurezza », essendo, invero, potenzialmente « coperte dalla norma tutte quelle condotte non riconducibili né alla casistica di cui all'art. 223, cpv., n. 1 né ad altri tentativi classificatori » (3).

Non che il fenomeno si limiti alle ipotesi di bancarotta a sfondo patrimoniale, involgendo anche (e, probabilmente, persino con maggiore intensità) la bancarotta fraudolenta documentale, sempre incombente ogniqualvolta si profilino all'orizzonte ostacoli più o meno intensi nella ricostruzione delle vicende patrimoniali dell'impresa fallita, ovvero una qualche carenza nella tenuta delle scritture contabili. Basti pensare, al riguardo, alla flessibilizzazione dell'evento 'impossibilità di ricostruzione del patrimonio o

(3) In tal senso, A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 315-316, nonché, analogamente, P. VENTURATI, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 582, e, più recentemente, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 43; sulla genericità della formula impiegata dal legislatore si veda anche L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 217, mentre, sulla funzione di norma di chiusura della norma incriminatrice, cfr., tra gli altri, M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 426, e A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*. *Distrazione, infedeltà e operazioni dolose,* Milano, 2013, pp. 51 e 173. Volendo, in tema (e per considerazioni che verranno *amplius* riprese in questa sede), sia permesso altresì il richiamo a S. CAVALLINI, *La tipicità penalfallimentare della scissione parziale, tra archetipo distrattivo e ipotipo preterintenzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 617 ss.

dell'andamento degli affari', tipizzato dalla variante "generica" dell'art. 216 n. 2 l.fall. (4); o, ancora, alla tendenza della giurisprudenza ad intrecciare – sul piano della contestazione dell'addebito e del conseguente accertamento processuale – gli elementi costitutivi dei due modelli fraudolenti (sottrazione, distruzione e falsificazione delle scritture, con dolo specifico di ingiusto profitto o di pregiudizio ai creditori, da un lato; tenuta della contabilità in modo da rendere impossibile la comprensione delle vicende patrimoniali dell'impresa, dall'altro) (5); o, infine, all'attrazione nello schema fraudolento della integrale omissione nella tenuta della contabilità, pure formalmente tipizzata quale bancarotta semplice (6). Derive prasseologiche che, pure, meriterebbero attenta analisi, e sulle quali, tuttavia, data l'economia dell'indagine qui svolta (incentrata sulle fattispecie di stampo patrimoniale), non ci si soffermerà ulteriormente (7).

In questo capitolo, in linea con il programma d'azione tracciato in apertura, verranno invece ripercorsi i sentieri che – nella concreta applicazione giurisprudenziale – separano le sfere di tipicità delle più frequenti fattispecie incriminatrici e che, al contempo, contribuiscono ad immettere differenti oggettività giuridiche nel cono repressivo della legge fallimentare.

---

(4) La giurisprudenza si mostra consolidata nel rinvenire l'evento tipico anche in presenza di una "accresciuta difficoltà" o di una "notevole complessità" per gli organi del fallimento nel ricostruire le vicende patrimoniali del fallito. Sul punto, *ex multis*, nella giurisprudenza di legittimità: Cass. pen. sez. V, n. 45174/2015, in *CED Cass.*, rv. 265682; Cass. pen. sez. V, n. 21588/2010, in *CED Cass.*, rv. 247965; Cass. pen. sez. V, n. 24333/2005, in *Riv. pen.*, 2006, p. 997. Analogamente si argomenta nel caso in cui sia possibile la ricostruzione *aliunde* della documentazione (e, quindi, del patrimonio), acquisendola presso terzi: Cass. pen. sez. V, n. 2809/2015, in *CED Cass.*, rv. 262588. Viene invece considerata atipica *ex* art. 216 comma 1 n. 2 l.fall. la condotta quando la ricostruzione del patrimonio e delle vicende degli affari dell'imprenditore sia resa possibile dalla contabilità ufficiosa fornita dal fallito stesso: così Cass. pen. sez. V, n. 10920/1997, in *CED Cass.*, rv. 209209. L'orientamento maggioritario, in dottrina, opta per soluzioni non dissimili da quelle della giurisprudenza: tra gli altri: U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 306; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 350; R. BRICCHETTI – A. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 150; (almeno rispetto alla prima parte del comma 1 n. 2 dell'art. 216 l.fall.) A. PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, pp. 530-531. Parzialmente *contra*, tuttavia, nel senso che la impossibilità ovvero la difficoltà debba essere intesa quale incertezza insuperabile: C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 99.

(5) In tal senso, salvo taluni arresti di segno contrario (Cass. pen. sez. V, n. 18634/2017, in *CED Cass.*, rv. 269904), tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 8369/2014, in *CED Cass.*, rv. 259038; Cass. pen. sez. V, n. 47923/2014, in *CED Cass.*, rv. 261040. Il che si riflette sulla correlazione tra accusa e sentenza, ritenuta sussistente anche in caso di contestazione di sottrazione ovvero distruzione delle scritture e condanna per omessa tenuta delle stesse: cfr. ad es. Cass. pen. sez. V, n. 42754/2017, in *CED Cass.*, rv. 271847.

(6) Per tutte, Cass. pen. sez. V, n. 11115/2015, in *CED Cass.*, rv. 262915, secondo cui « l'omessa tenuta della contabilità interna integra gli estremi del reato di bancarotta documentale fraudolenta, e non di quello di bancarotta semplice, se lo scopo dell'omissione è quello di recare pregiudizio ai creditori » (analogam., *ex aliis*, Cass. pen. sez. V, n. 25432/2012, in *CED Cass.*, rv. 252992).

(7) Volendo, per i rapporti tra bancarotta fraudolenta documentale, bancarotta semplice documentale e omissioni richiamate dall'art. 220 l.fall., S. CAVALLINI, *Bancarotta documentale e omesso deposito delle scritture contabili: nel più sta (sempre) il meno?*, in *Società*, 2014, p. 595.

Si tenterà così di mettere in luce l'*altro volto dell'iper-effettività del diritto penale del fallimento*, attraverso la verifica della capacità performante dei due "campioni" che, attesa la frequenza prasseologica, si è deciso all'uopo di estrapolare: la bancarotta fraudolenta per distrazione (§ 2) e la bancarotta per effetto di operazioni dolose (§ 3), "testati" al banco della variegata casistica ritraibile dai repertori giurisprudenziali.

## 2. Le direttrici dell'espansione del tipo distrattivo: l'erosione della bancarotta d'evento, della bancarotta preferenziale e della ricettazione fallimentare.

Nella esplorazione "empirica" degli idealtipi appena enucleati, l'indagine sulla figura della bancarotta distrattiva costituisce un *punto di partenza quasi obbligato*: pietra angolare dell'intero sistema penale fallimentare, che apre la sequenza di condotte delineate dall'art. 216 l.fall. e, come autorevolmente rimarcato, si presta « particolarmente (…) a esprimere la specificità lesiva della bancarotta patrimoniale: che riassume le rimanenti voci verbali, le ricollega e ne colma le lacune » (8): così, naturalmente, acquistando un indubbio primato nella quotidianità operativa. Non è un caso, del resto, che – come si è avuto modo di osservare (9) – proprio sul modello distrattivo siano stati ritagliati dalla giurisprudenza i principali *caveat* probatori, con l'effetto – neppure a dirlo – di un complessivo ampliamento, anche sotto tale profilo, della penalità.

Si tratta, quindi, di un concetto – quello di 'distrazione' – particolarmente proficuo ai fini della riflessione che qui si intende condurre, incentrata sullo "sconfinamento" del paradigma fraudolento entro i lidi conchiusi da altre norme incriminatrici, e che seguirà – tralasciando naturalmente quanto già segnalato – il filo conduttore segnato dalla decrescente gravità delle fattispecie colpite dalla *vis* attrattiva della bancarotta distrattiva.

**2.1. L'irruzione della distrazione nel campo operativo delle fattispecie causalmente orientate: il caso della scissione. –** Sta in principio l'analisi dei rapporti tra l'archetipo distrattivo e la bancarotta d'evento tipizzata al n. 2 del capoverso dell'art. 223 l.fall.: l'ipotesi di lavoro è offerta da vicende sempre più frequenti nell'esperienza economica, vale a dire le *operazioni di scissione societaria* (10), con creazione di una "*good company*" destinata a proseguire l'attività, lasciando al suo destino la scissa.

*Exempla docent*.

(8) Così C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 54; analogam., A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 163.

(9) *Supra*, cap. I, § 5.

(10) Verranno qui riprese, sul punto, osservazioni espresse in S. CAVALLINI, *La tipicità penalfallimentare*, cit., pp. 613 ss.

Gli amministratori della società (X), che naviga in cattive acque, trasferiscono ad una *newco* (Y) all'uopo costituita (e avente identico *management*), attraverso una scissione (11) parziale (12), (*a*) consistente liquidità, poi in parte reimpiegata dalla beneficiaria, e/o (*b*) l'intero compendio immobiliare non soggetto a vincoli ipotecari, operazione cui consegue in breve tempo il fallimento della *old company*.

Ora, riguardando l'operazione nella sua globalità, balza all'occhio la deviazione della politica gestionale in seno alla scissa (infine) fallita, in uno alla complessità dello sviluppo – apprezzabile sul terreno condizionalistico – che dalla scissione conduce al fallimento: e, dunque, il tratto di tipicità al lume dell'art. 223 n. 2 l.fall. (13).

Da un lato, infatti, la scissione può assurgere ad avamposto di una più ampia strategia di "spolpamento" della società (depositaria di *assets* in crisi o non più produttivi) o di un'articolata serie di trasferimenti dell'attivo (finalizzati in ultima battuta al mascheramento della garanzia creditoria), rispetto ai quali il fallimento si pone come calcolato e inevitabile corollario: si tratterebbe, insomma, di un deliberato affossamento dell'ente, senz'altro ricadente nella cornice della causazione con dolo del fallimento. Anche in difetto di un coefficiente soggettivo di tale pregnanza, dall'altro lato, la sequenza scissoria può indubbiamente riverberare i crismi della dolosità e, quindi, declinarsi quale bancarotta per effetto di operazioni dolose, della quale annovera la totalità dei requisiti (su tutti, come si vedrà meglio più avanti (14), l'ambientamento societario e la prevedibilità in concreto dell'evento).

In ogni caso – qui il punto – non sembra in prima battuta invocabile (almeno in teoria) la figura della distrazione, attese, per un verso, la mancanza di un immediato riflesso depressivo patrimoniale a valle della operazione scissoria

(11) Con il termine "scissione" si intende, secondo la definizione offerta da autorevole dottrina commercialistica, il procedimento mediante il quale « il patrimonio di una società è scomposto ed assegnato (meglio: trasferito) in tutto in parte ad altre società (preesistenti o di nuova costituzione), con contestuale assegnazione ai soci della prima di azioni o quote delle società beneficiarie del trasferimento patrimoniale. Con la scissione si ha, quindi, la suddivisione di un unico patrimonio sociale e di un'unica compagine societaria in più società »: così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, VII ed., a cura di M. Campobasso, Milano, 2011, p. 664. Per una ricognizione dei profili più prettamente economici sottesi all'operazione si veda, *ex aliis*, G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, IV ed., Milano, 2012, pp. 371 e ss.

(12) L'operazione straordinaria in parola può declinarsi tanto in termini di scissione totale – con conferimento dell'intero patrimonio della società che si scinde a più società, cui segue, indefettibilmente, l'estinzione dell'ente originario – quanto in termini di scissione parziale, laddove soltanto una parte del patrimonio della scissa viene assegnato ad una o più società (sicchè l'ente che "subisce" la scissione resta in vita, sia pure con un patrimonio ridotto): cfr. ancora, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 665.

(13) Si avrà occasione di ritornare *amplius* sui tratti essenziali dei tipi delittuosi cristallizzati dall'art. 223 cpv. l.fall. nel cap. successivo.

(14) Cfr. ancora *infra*, cap. III, § 8.

(significativo il disposto degli artt. 2506 ss. c.c., che sanciscono la responsabilità solidale delle società protagoniste dell'operazione – nel limite del patrimonio netto a ciascuna assegnato, ovvero di quello residuo – per i debiti della scissa, o degli enti cui gli stessi sono stati trasferiti, rimasti insoddisfatti) (15); per l'altro, la struttura del paradigma echeggiato, allineato su un doppio polo di disvalore (di condotta e d'evento) unificato da un insopprimibile legame causale: elementi, tutti, di cui occorrerebbe, di conseguenza, rigorosamente sperimentare la sussistenza.

Eppure, nel solco di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (16), siffatte condotte vengono attratte nello schema distrattivo (17). Decisivi, ai fini del procedimento sussuntivo, risultano, in questa prospettiva, gli effetti ultimi della vicenda scissoria – infine senz'altro depauperativi del patrimonio della fallita – in termini di pericolo per le ragioni del ceto creditorio: i creditori della scissa, infatti, si troverebbero costretti a ricercare beni utilmente aggredibili in seno alla beneficiaria, e – soprattutto – a concorrere, rispetto a quei beni, con gli ulteriori creditori di quest'ultima nel frattempo sopraggiunti (vedendo così ulteriormente ridotte le proprie *chance* di effettivo soddisfacimento). Né, ad impedire la gravitazione della scissione nell'orbita distrattiva, varrebbe – secondo l'impostazione in parola – richiamare le garanzie civilistiche per i creditori della scissa, tratteggiate dagli artt. 2506 e ss. c.c., posto che il connotato distrattivo dell'operazione rinverrebbe sovente conferma, in via di fatto, dal trasferimento alla *newco* dell'intero asse produttivo (ovvero dei beni immobili) della scissa, in tal modo condannata al fallimento (18).

Nessuno degli argomenti elaborati dalla giurisprudenza, peraltro, si rivela irresistibile.

Non il primo, dal momento che l'astratta eventualità di un'accresciuta difficoltà nella ricerca dei beni dipenderebbe esclusivamente, *re melius perpensa*, da manomissioni distinte (ontologicamente e cronologicamente) dall'operazione straordinaria: costituisce anzi preciso dovere degli amministratori, nel progetto di scissione, fornire, tra l'altro, "l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da

(15) In particolare, il comma 3 dell'art. 2506 *quater* c.c. così recita: "ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico".

(16) In senso contrario (vale a dire: per la riconducibilità dei comportamenti in esame al *genus* delle operazioni dolose), infatti, a quanto consta, si rinviene unicamente la sentenza di Cass. pen. sez. V, n. 10201/2013, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 613 ss.

(17) In giurisprudenza, in particolare: Cass. pen. sez. V, n. 42272/2014, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 613 ss.; Cass. pen. sez. V, n. 13522/2015, *ibidem*; Cass. pen. sez. V, n. 20370/2015, in *CED Cass.*, rv. 264078.

(18) Del resto, secondo la pronuncia n. 13522/2015, cit., ciò che conta, in ambito penale, non sarebbe tanto l'astratta liceità civilistica dei negozi giuridici privati, quanto, piuttosto, la loro "sostanza", ben potendo, quindi, strumenti in sé leciti (quale, appunto, la scissione) essere artatamente "piegati" a scopi illeciti.

assegnare a ciascuna delle società beneficiarie" (19). Detto altrimenti, se di pericolo di vulnerazione delle ragioni creditorie è dato discorrere, esso non discenderebbe dalla scissione (rispetto alla quale l'isolamento di determinate poste attive potrebbe, paradossalmente, rendere più agevole l'esercizio delle azioni esecutive da parte dei creditori), bensì da condotte successive e autonome, dunque a questa non sovrapponibili.

Ma neppure il secondo, atteso che nella potenziale concorrenza, in sede fallimentare, di ulteriori creditori (evenienza, peraltro, ben possibile anche in assenza di scissione della fallita) (20) non sembra in sé annidarsi l'offesa tipizzata dall'art. 216 l.fall. Ciò in quanto, di norma, all'infoltimento del ceto creditorio corrisponde l'ingresso nel patrimonio della società di altrettante voci di segno positivo (21); solo qualora detta corrispondenza non si verificasse (si pensi all'assunzione di obbligazioni a titolo gratuito, o con corrispettivo minimo, da parte della *newco* beneficiaria, ovvero a successive distrazioni sul patrimonio di quest'ultima) – ma soltanto allora – si profilerebbe un pericolo per i creditori della scissa. Ancora una volta, però, detto pregiudizio non discenderebbe dalla scissione in quanto tale, bensì da successivi atti di gestione in seno alla beneficiaria, che, risolvendosi in una emorragia di componenti attive (solidalmente destinate a garantire anche i debiti non onorati della scissa), refluiscono, in caso di fallimento della società, nell'alveo di tipicità della bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Più in generale, decisivo si mostra, a scongiurare un pericolo diretto per il soddisfacimento delle pretese dei creditori (22), il già menzionato precipitato normativo dell'art. 2506 *quater* comma 3 c.c. Sul crinale dell'offesa, l'operazione di trasferimento alla *newco* appare del tutto neutra, restando identico, prima e dopo la scorporazione, il complessivo livello di garanzia patrimoniale per i creditori: semplicemente, le passività originarie della scissa vedranno moltiplicati

(19) Così recita, in particolare, l'art. 2506 *bis* comma 1 c.c.

(20) D'altra parte, come si è autorevolmente sottolineato, « la tutela penale del diritto di credito attraverso le norme penali della legge fallimentare non è una tutela atomistica: non è protetto il singolo rapporto né il singolo creditore. È una tutela collettiva, dei creditori come categoria. Una categoria aperta, soggetta anch'essa (come le componenti attive del patrimonio) a un continuo ricambio. Il vincolo posto sui beni presenti e futuri del debitore protegge i creditori presenti e futuri »: così C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 976.

(21) Giova qui richiamare le considerazioni esposte in precedenza, in relazione alle direttrici definitorie dell'atto distrattivo, senz'altro escluso in presenza di operazioni economiche che diminuiscano il patrimonio dell'imprenditore, facendo però al contempo sopraggiungere – nel complesso dei beni – vantaggi equivalenti alla spesa: cfr. sul punto, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 65.

(22) Piuttosto che la tutela procedimentale disciplinata dall'art. 2506 *ter* comma 5 c.c. (nella parte in cui – rinviando all'art. 2503 c.c. in materia di fusione – attribuisce ai medesimi creditori il diritto di opporsi al progetto nel termine di sessanta giorni dall'ultima iscrizione nel registro delle imprese), trattandosi, in questo caso, di facoltà endoprocedimentale che di per sé non sembra incidere sul carattere sostanzialmente lesivo (o meno) dell'operazione straordinaria in riferimento alla consistenza delle garanzie.

gli obbligati in corrispondenza del numero di società a favore delle quali le attività sono state "spalmate". Nessun velo di effettiva lesività, in altre parole, intride la condotta: la quale – ad attività e passività globalmente invariate – si limita a (re)distribuire le poste patrimoniali, suddividendole solo naturalisticamente o contabilmente, ma non funzionalmente, permanendo la naturale (preordinata e vincolante) destinazione degli elementi attivi originari a garantire le corrispondenti obbligazioni passive.

L'effetto dell'opzione giurisprudenziale non si riduce, peraltro, a sterile incoerenza teorica: l'impiego del meno impegnativo modello distrattivo consente di prescindere dall'indagine causale – laddove è proprio il legame della condotta al fallimento a veicolare il concreto disvalore della vicenda scissoria – e di amputare l'elemento soggettivo, espungendone dall'orizzonte il referente naturalistico: l'attenzione orbita sulla condotta, tanto nei suoi risvolti materiali quanto nei suoi riflessi psicologici, e il successivo fallimento – benchè centrale nella sua dimensione lesiva – rimane invece nell'angolo degli elementi costitutivi "atipici" o, al più, delle condizioni di punibilità (23).

**2.2. Bancarotta patrimoniale e bancarotta preferenziale: i casi dei pagamenti autoliquidati e delle restituzioni dei finanziamenti concessi dagli amministratori. –** La propensione espansiva della bancarotta distrattiva non si esaurisce sul terreno delle vicende fattuali contrassegnate da un'indubbia potenzialità lesiva per l'integrità complessiva della garanzia (ovvero, in altri termini, per una oggettività giuridica, al lume delle fattispecie della legge fallimentare, di matrice prettamente patrimoniale), ma si apprezza anche al crocevia di situazioni in cui, piuttosto, a venire in rilievo è l'effetto preferenziale scaturente dalla condotta, ovvero alla parità di trattamento dei creditori sulla scorta delle cause legittime di prelazione (24).

Ancora una volta, un esempio potrà con immediatezza introdurre al cuore del problema. Il riferimento, in particolare, corre ai *pagamenti disposti in proprio favore dagli amministratori*, che estinguano in tal modo un credito da essi vantato nei confronti dell'ente: esempio che può poi scomporsi in due sottoclassi, date, per un verso, dal pagamento nell'imminenza del fallimento di crediti (effettivi e di congrua entità) per retribuzioni non percepite, e, per l'altro, dalla restituzione di finanziamenti in precedenza concessi dallo stesso amministratore, in qualità di socio, all'ente poi fallito (25).

(23) Alla natura del fallimento nelle varie figure di bancarotta è dedicato l'intero cap. IV.

(24) Per tutti, sulla *par condicio* come specificazione della oggettività giuridica della bancarotta come categoria delittuosa, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 116. In generale, sulla variante di bancarotta in esame, G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987.

(25) Nel formulare l'esempio, si sono volutamente trascurate alcune sfumature (ad es., il tipo di società o la cumulazione della qualità di socio a quella di amministratore), ritenute invece

A prima vista, nuovamente, in tali evenienze il richiamo alla figura distrattiva non sembra cogliere nel segno dell'oggettività giuridica. La lesione, infatti, si orienta su quella particolare gemmazione della bancarotta costituita dalla *par condicio creditorum*, in quanto – a ben vedere – il pagamento di un debito, reale ed effettivo, non incide sull'entità globale della garanzia, mostrandosi atto patrimonialmente neutro: al decremento dell'attivo corrisponde l'estinzione di una passività, e, di conseguenza, la riduzione dell'esposizione debitoria d'insieme.

Agevole comprendere, a questa stregua, la scelta di campo netta, in favore della bancarotta preferenziale, compiuta dalla prevalente dottrina (26), giustamente valorizzando la proiezione psicologica della condotta dianzi descritta. A contribuire decisivamente all'illiceità del pagamento o della restituzione, infatti, è il peculiare disvalore soggettivo in capo all'agente, condensato nello scopo di indebito favoreggiamento di un creditore (nella specie, lo stesso soggetto attivo del reato) ai danni della massa (27); in effetti, come acutamente osservato, « nella monocroma descrizione del tipo offerta dall'art. 216, comma 3, l.fall., la funzione selettiva delle condotte punibili resta (…) interamente affidata alla componente psicologica, espressa dalla formula "a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi" » (28).

Sennonché, secondo l'impostazione delineata dalla giurisprudenza maggioritaria (29), i pagamenti in discorso esorbiterebbero dalla meno grave variante preferenziale, per colorarsi di tipicità distrattiva. Duplice lo snodo argomentativo, costituito, in premessa, dalla inscindibilità delle qualifiche di amministratore e di creditore, e, nello svolgimento, dalla inidoneità di tale sovrapposizione ad affievolire i precipui doveri dell'agente di fedeltà alla società

---

decisive (ma sul punto si tornerà meglio più avanti) da una parte della dottrina: R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, pt. II, p. 614, anche per un raffronto con le elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali tedesche. In argomento si veda anche G. MINICUCCI, *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali" all'amministratore di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ccon.*, 2015, p. 305.

(26) Tra gli altri, nella dottrina italiana: G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 168 ss.; ID., *Art. 216*, cit., pp. 1195 ss.; C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 301; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 209 ss.; (pur in ragione, soltanto, delle minori perplessità sollevate rispetto all'opposta tesi) L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 207.

(27) Sulla inscindibilità dei due estremi del dolo specifico, che catalizza l'intera offesa tipizzata dalla norma incriminatrice (i pagamenti di debiti reali caratterizzandosi, altrimenti, come atti non solo leciti bensì doverosi), si veda, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 123-124.

(28) Così V. NAPOLEONI, *La bancarotta preferenziale prima e dopo la "cura"*, in *SI*, 2009, p. 1333.

(29) Si vedano, *ex multis*: Cass. pen. sez. V, n. 50836/2016, in *CED Cass.*, rv. 268433; Cass. pen. sez. V, n. 11405/2015, in *CED Cass.*, rv. 263056; Cass. pen. sez. V, n. 41143/2014, in *CED Cass.*, rv. 261250; Cass. pen. sez. V, n. 34505/2014, in *CED Cass.*, rv. 264277; Cass. pen. sez. V, n. 42710/2012, in *CED Cass.*, rv. 254456; Cass. pen. sez. VI, n. 17616/2008, in *CED Cass.*, rv. 240069. *Contra*, invece: Cass. pen. sez. V, n. 48017/2015, in *CED Cass.*, rv. 266311; Cass. pen. sez. V, n. 5186/2014, in *CED Cass.*, rv. 260196; Cass. pen. sez. V, n. 21570/2010, in *Giur. Comm.*, 2011, pt. II, p. 612, con nota di R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, cit.

e di tutela degli interessi sociali nei confronti dei terzi, rispetto ai quali, pertanto, la titolarità di un credito da parte del soggetto attivo assume carattere recessivo.

Né è mancata l'eco delle istanze – tutte sostanziali – sottese all'orientamento giurisprudenziale in esame nella dottrina più recente. Pur non senza significativi distinguo (30), si sono evidenziati i rischi della piena parificazione (invece implicitamente affermata dalla prevalente dottrina) tra crediti da finanziamenti e crediti di altra natura, adombrando impropri incentivi alla sottocapitalizzazione societaria (specie nelle realtà azionarie o a responsabilità limitata di piccole dimensioni); facendo leva sulla regola della postergazione fissata dall'art. 2467 c.c. per i finanziamenti c.d. "impropri" dei soci (31), si è di conseguenza giunti, nei casi in cui alla qualifica di amministratore si sommi la titolarità di quote sociali, a una suddivisione dei crediti, con declassamento di quelli *ex lege* postergati e conseguente equiparazione di questi ultimi agli apporti di capitale di rischio (così, dunque, assumendo la natura distrattiva del relativo rimborso) (32). Quanto, poi, ai compensi, ferma la tendenziale sussunzione entro lo schema della bancarotta preferenziale, si sono isolati i casi (oltre, naturalmente, che di incongruità nell'emolumento) in cui l'amministratore provveda ad auto-liquidarsi il compenso, mai prelevato in precedenza, in unica soluzione in prossimità del fallimento, ovvero previa dismissione di *assets* strategici: in simili eventualità, secondo l'orientamento in esame, si ri-espandenderebbe il paradigma distrattivo (33).

Se non ci si inganna, tuttavia, nessuna delle linee ermeneutiche appena tracciate riesce a fondare il mutamento d'attitudine lesiva che – sola – potrebbe condurre a variare l'addentellato normativo di riferimento della condotta nel quadro dell'art. 216 l.fall.: in tutte le situazioni indicate è pur sempre intaccata la

(30) In generale, il filone dottrinario in commento tende a suddividere la gamma di condotte rilevanti tra la restituzione di compensi e il rimborso di finanziamenti, all'interno di entrambi i gruppi elaborando poi ulteriori sottoclassi; in proposito, R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, cit., pp. 627 ss.

(31) La norma civilistica delinea precipuamente il regime dei crediti da finanziamento vantati dai soci delle s.r.l., postergandone la restituzione – allorquando detti finanziamenti siano intervenuti in un contesto di squilibrio eccessivo tra indebitamento e patrimonio netto dell'ente (ovvero in cui si rendeva piuttosto necessaria una ricapitalizzazione della società) – alla soddisfazione degli altri creditori: in tema, per tutti, nella dottrina commercialistica, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pp. 560 ss.

(32) In tal senso, nuovamente, R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, cit., pp. 629 ss., che invece opina per la sussumibilità entro la variante preferenziale, oltre che dei mutui concessi dagli amministratori non soci, della restituzione di finanziamenti "propri" (vale a dire erogati dai soci in tempo di floridezza economica dell'ente), estendendo poi la regola di cui all'art. 2467 c.c. anche alle s.p.a. (previa suddivisione tra società "chiuse" e società "aperte"). In termini analoghi, G. MINICUCCI, *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali"*, cit., p. 323, che pure ritiene non irragionevole l'applicazione in tutti i casi della bancarotta preferenziale.

(33) Così, ancora, R. ALAGNA, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, cit., pp. 627 ss.

parità di trattamento tra creditori sociali, non già la funzione di garanzia del patrimonio, impiegato a ben vedere a copertura di passività sociali (34).

Nella misura in cui il credito è reale (chè, altrimenti, neppure vi sarebbe motivo di discorrere), in altre parole, la disciplina civilistica del relativo rimborso in nulla incide sulla sua essenza: pur postergati, i crediti da finanziamento tali rimangono, contribuendo semmai la residualità rispetto ad altre istanze creditorie a lumeggiare ancor più chiaramente lo scopo di favoreggiamento del soggetto attivo, e di correlativo pregiudizio per la massa, andando il pagamento ad alterare un ordine altrimenti *ex lege* scandito (35). Certo: residua nei finanziamenti "impropri" una nota comune con il capitale di rischio, senz'altro osservabile in via di fatto; ma essa non può tradursi – ancor più perché è lo stesso codice civile a non sovrapporre i piani, limitandosi a disincentivare comportamenti "elusivi" dei soci – in una forzata metamorfosi della lesività, ritagliandola, *in malam partem*, sulla più severa veste della bancarotta patrimoniale. Identiche considerazioni si profilano, *mutatis mutandis*, per i compensi, la liquidazione in prossimità del fallimento valendo precipuamente ad ambientare la condotta nella situazione d'insolvenza postulata dalla bancarotta preferenziale (36): laddove la congruità del pagamento rispetto alla prestazione dell'amministratore si rivela decisiva, giacchè, diversamente, il credito sfumerebbe nell'apparenza, mascherando una emorragia patrimoniale a tutti gli effetti ingiustificata (37). Né la semplice coincidenza soggettiva tra autore e beneficiario del reato, ovvero la posizione dell'agente in seno alla fallita, orienta al mutamento dell'oggettività della fattispecie preferenziale, « non (…) influenzata dai collegamenti estranei alla definizione dell'interesse tutelato » (38): semmai, l'indubbio *quid pluris* aggravatore, rappresentato dalla situazione di conflitto d'interessi in capo all'agente, potrebbe trovare adeguata valorizzazione all'interno del compasso edittale fissato dalla (più confacente) norma incriminatrice (39).

Non si tratta, ancora una volta, di pura linearità dogmatica: il semplice raffronto tra le dosimetrie edittali della bancarotta fraudolenta e della bancarotta

(34) In tal senso, lucidamente, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 301. Più recentemente, prendendo spunto proprio dal novellato art. 2467 c.c., C. SANTORIELLO, *Profili penali della disciplina in tema di restituzione delle somme versate dai soci a titolo di finanziamento (il nuovo art. 2467 c.c.)*, in *Giur. mer.*, 2005, pp. 221-222.

(35) Analogamente, C. SANTORIELLO, *Profili penali della disciplina in tema di restituzione*, cit., pp. 218-219.

(36) In argomento, tra gli altri, G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 157 ss.; C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 117 ss.

(37) Cfr., in tema, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 122, che giustamente sottolinea la possibilità che il pagamento perfezioni una distrazione, come nel caso di un acquisto a prezzo spropositato.

(38) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 210-211.

(39) In questo senso, oltre alla giurisprudenza che opta per l'integrazione della bancarotta preferenziale, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 301.

preferenziale (con la prima doppia nel massimo e addirittura tripla nel minimo rispetto a quest'ultima) rende plasticamente la portata della posta in gioco.

**2.3. La "desuetudine" della ricettazione fallimentare. –** Un'ultima direttrice espansiva della figura distrattiva si registra, poi, con riguardo alla responsabilità di terze controparti dell'imprenditore infine fallito, sul crinale delle *interrelazioni con la* c.d. "*ricettazione fallimentare*" (40). Il riferimento, segnatamente, è ai contributi prestati da terzi, non riconducibili ad apporti di vera e propria gestione dell'impresa poi fallita (41), all'imprenditore che distragga o alieni i propri beni nell'imminenza del fallimento.

In linea di continuità con l'art. 865 del codice di commercio, in effetti, la legge fallimentare del 1942 ha tipizzato, all'art. 232, comma 3, n. 2, il contegno dell'*extraneus* che – nella consapevolezza dello stato di dissesto dell'imprenditore – distragga, ricetti o acquisti beni di quest'ultimo a un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato (42): in breve, che attenti alla garanzia per i creditori del fallito, bene giuridico – come accennato – alla portata anche di soggetti diversi dagli autori propri (43).

La stretta contiguità semantica e l'affinità concettuale dei vocaboli impiegati dal legislatore nella fattispecie dell'art. 232 l.fall. rispetto agli omologhi richiamati nella figura generale dell'art. 216 l.fall. hanno suscitato, com'è facile intuire, l'esigenza di discernere i casi di concorso del terzo nel reato proprio di bancarotta dall'area di operatività della ricettazione fallimentare. Ed è proprio a tale bivio – essenziale per conferire autonomia precettiva a quest'ultima meno grave figura – che la giurisprudenza di legittimità, agevolata dalla scarsa selettività della clausola generale dell'art. 110 c.p. (44), ha di fatto imboccato la strada della inapplicazione della ricettazione fallimentare, invariabilmente attraendo le condotte dell'*extraneus* nello spettro dell'art. 216 l.fall. Presto detto

(40) In generale, sull'art. 232 l.fall., A. ROSSI VANNINI, *Art. 232*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Disposizioni penali. Art. 232-241,* Tomo III, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 1.

(41) In questo caso si ricadrebbe, altrimenti, nell'ascrizione – monosoggettiva – della bancarotta patrimoniale anche al soggetto formalmente *extraneus* quale amministratore di fatto, come evidenziato nel cap. precedente (§ 3).

(42) In tema, recentemente, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 178 ss.

(43) Sul punto C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 85.

(44) Sulla scarsa determinatezza delle condotte concorsuali rilevanti a mente dell'art. 110 c.p., perciò predicato di illegittimità costituzionale, per tutti, G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, pp. 1021 ss. Particolarmente critico con le applicazioni dell'istituto in esame nel diritto penale dell'economia anche C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 309, secondo cui « la fattispecie plurisoggettiva eventuale non può intendersi come la landa dell'indifferenziato ».

l'assunto giurisprudenziale (ma non diversamente della prevalente dottrina) (45): qualora si profili un accordo tra l'imprenditore e il terzo, per ciò solo sarebbe preclusa l'operatività dell'art. 232 l.fall., a tutto vantaggio della più severa fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale (46).

Si tratta, nondimeno, di criterio distintivo scarsamente persuasivo, vuoi perché sprovvisto di solido fondamento letterale, vuoi perché di pressoché impossibile traduzione pratica.

Se, infatti, già appare difficile immaginare un'aggressione unilaterale dei beni da parte del terzo – dunque una "distrazione" (47) ovvero una "ricettazione" (48) –, in assenza di un contributo materiale o morale, anche omissivo, dell'*intraneus* (che, ad es., potrebbe aver immesso l'agente nella disponibilità dei beni, ovvero non averne impedito l'apprensione), la soluzione offerta dalla giurisprudenza diviene di fatto impercorribile con riguardo alla c.d. "vendita speculativa", costruita su una necessaria bilateralità: come potrà perfezionarsi un negozio di compravendita in assenza di accordo, vale a dire di un elemento essenziale del contratto (49)?

Né, a ben vedere, riesce convincente la precisazione offerta da una parte della dottrina, secondo cui occorrerebbe distinguere l'accordo contrattuale in senso stretto – inquadrabile, ricorrendone gli ulteriori requisiti, nell'art. 232 l.fall., in quanto espressivo, dal lato del terzo, del perseguimento di un autonomo interesse mediante sfruttamento della situazione critica in cui versa la controparte (poi fallita) – dalla determinazione e dalla istigazione, che, risolvendosi in « pressioni per vincere la resistenza del dissestato » (50), ricadrebbero invece nel concorso in bancarotta fraudolenta. La distinzione tra le varie forme di concorso

(45) Tra gli altri: P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 86, 224-225, 439; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 364; A. ROSSI VANNINI, *Art. 232*, cit., pp. 33-34.

(46) In tal senso il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità; tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 16062/2012, in *CED Cass.*, rv. 252485; Cass. pen. sez. V, n. 12824/2005, in *CED Cass.*, rv. 231699; Cass. pen. sez. V, n. 2056/1994, in *CED Cass.*, rv. 197269; Cass. pen. sez. V, n. 11398/1976, in *CED Cass.*, rv. 134734.

(47) In giurisprudenza, per il concetto in parola nel contesto dell'art. 232 l.fall., Cass. pen. sez. V, n. 7891/1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 636 (secondo cui "distrarre" equivale qui allo storno di beni dal patrimonio tutelato, impedendone l'apprensione da parte degli organi fallimentari), con nota di M. GAMBARDELLA, *Contributo alla delimitazione del concetto di «distrazione» nel reato di ricettazione fallimentare*, *ivi*, p. 638.

(48) Secondo la (per vero assai scarna) giurisprudenza, l'espressione « va intesa nella sua accezione lessicale di "dare ricetto", occultare, ricevere o tenere presso di sé, clandestinamente od occultamente », e non è quindi equiparabile alla condotta costitutiva del delitto comune *ex* art. 648 c.p.: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 265/1967, in *CED Cass.*, rv. 104445. In dottrina, tra gli altri, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 225.

(49) In argomento, con efficaci osservazioni, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 25 ss. Secondo P. NUVOLONE, (voce) *Fallimento*, cit., p. 486, nel caso in esame l'accordo, dal lato dell'intraneo, sarebbe tuttavia viziato, dovendosi assimilare la vendita rovinosa all'usura (per lo stato di bisogno del dante causa).

(50) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 86.

morale (rilevanti *ex* artt. 110 c.p. – 216 l.fall.) e i contributi, di carattere psichico, non esorbitanti dal perimetro della ricettazione si rivela all'atto pratico irrimediabilmente incerta, tanto più se, come sottolineato dalla stessa dottrina in discorso, tra le condotte tipiche (unicamente) *ex* art. 232 l.fall. debbono annoverarsi le trattative e persino l'offerta di un prezzo inadeguato (51), che ben potrebbero inquadrarsi in altrettante forme di istigazione/determinazione nel contesto della fattispecie plurisoggettiva eventuale di bancarotta.

L'esito, insomma, appare anche in questa prospettiva sostanzialmente inevitabile: a fronte di vendite "rovinose" realizzate dall'imprenditore in dissesto, l'archetipo distrattivo fagociterebbe sempre, attraverso la combinazione con la clausola generale d'incriminazione dell'art. 110 c.p., il contributo del terzo acquirente, eclissando la meno grave fattispecie (monosoggettiva) dell'art. 232, comma 3, n. 2 l.fall. (52).

Non è un caso, dunque, che nei repertori giurisprudenziali si contino pochissime pronunce in tema di ricettazione fallimentare (53).

## 3. Le direttrici dell'espansione del tipo causale: la recente rivitalizzazione delle operazioni dolose.

Il discorso, se possibile, diviene ancor più delicato ove l'attenzione si concentri sulle figure causalmente orientate delineate dall'art. 223 cpv. n. 2 l.fall., e in particolate sulla *bancarotta per effetto di operazioni dolose*.

Non è questo, ancora, il momento per decifrare nel dettaglio la fattispecie nelle sue fondamenta strutturali, compito che postula una ricostruzione complessiva del panorama di incriminazioni di bancarotta e al quale, quindi, ci si dedicherà in un secondo momento (54).

---

(51) Cfr. ancora C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 86; secondo P. NUVOLONE, (voce) *Fallimento*, cit., p. 497, la distinzione tra bancarotta fraudolenta e ricettazione fallimentare andrebbe piuttosto ravvisata nell'elemento soggettivo in capo all'*extraneus*.

(52) Secondo A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 27, anch'egli particolarmente critico con le posizioni della giurisprudenza, sarebbe possibile recuperare spazi di applicazione alla ricettazione fallimentare, alla luce del diritto vivente, unicamente qualora l'*intraneus* dimostri che la scelta di vendere a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente i propri beni al terzo fosse espressiva di una opzione autenticamente "imprenditoriale", dunque insindacabile per il giudice penale al di fuori delle ipotesi di bancarotta semplice; con il che si riespanderebbe per l'*extraneus* l'incriminazione dell'art. 232 l.fall. Al di là della natura quasi "diabolica" della prova demandata all'imprenditore (come ammette lo stesso A.), non si comprende tuttavia perché a questa – in presenza di un accordo tra l'*intraneus* e il terzo acquirente, dunque coerentemente con i postulati della giurisprudenza costante – non si dovrebbe comunque contestare a entrambe le parti del rapporto sinallagmatico un concorso in bancarotta, ancorchè semplice (peraltro assai più favorevole sul piano sanzionatorio).

(53) Appena dieci le sentenze, a far tempo dall'anno 1995, in *CED Cass.*, in molte delle quali, peraltro, il contributo dell'*extraneus* viene ricondotto al concorso in bancarotta fraudolenta.

(54) *Infra*, cap. successivo, § 8, e cap. VII, *passim*.

L'indagine sull'impatto applicativo della figura nell'esperienza prasseologica, tuttavia, merita *due premesse*.

La prima, in realtà, è soprattutto una presa d'atto della povertà descrittiva della norma incriminatrice, imperniata su una formulazione quasi crepuscolare e, non a caso, variamente definita come "rompicapo" lasciato in eredità dal diritto penale ottocentesco (55), dato il suo carattere "sibillino" (56), o come vero e proprio pleonasmo (57), e ancora come amletica (58), ambigua (59), criptica (60), misteriosa (61), anacronistica (62), frutto di una tecnica legislativa « singolarmente imperfetta » (63); pur nella consapevolezza – che è bene rimarcare fin da ora – della irrinunciabilità di una fattispecie che, nel tipizzare la causazione del fallimento (con la sua connotazione gravida di disvalore), consenta di reprimere una « fase più avanzata dell'offesa rispetto alla figura base dell'art. 216 1° comma n. 1 » (64).

Il *deficit* di determinatezza del sintagma "operazioni dolose" (65), in cui a un sostantivo polivalente (multiuso, verrebbe da dire) si affianca un aggettivo eufemisticamente atecnico, peraltro, non desterebbe neppure eccessiva preoccupazione, se la figura incriminatrice conservasse, allo stato, il ruolo residuale ritagliatole dal legislatore e non si fosse al contrario trasformata – specie negli ultimi anni – in un versatile caleidoscopio applicativo, al punto da indurre a rilevare, con una punta di provocazione, che « sembra (…) non esservi dissesto societario che non sia stato preceduto da una qualche "operazione dolosa che ha cagionato il fallimento" », con l'art. 223 cpv. n. 2 l.fall. nel ruolo di « un vero e proprio letto di Damaste pronto ad accogliere i vertici di qualunque compagine societaria in procinto di decozione » (66). Il tutto, paradossalmente, acuito dalla

(55) Così D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 40.

(56) *Ibidem*.

(57) U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 425.

(58) Così G. CASAROLI, *La causazione del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 433.

(59) U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 351.

(60) F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 83.

(61) G.G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose* ex *art. 223 cpv. n. 2 l.fall. nelle operazioni* "intercompany", in *Fall.*, 2000, p. 57.

(62) A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 46.

(63) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 379.

(64) Così, lucidamente, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316.

(65) Genericità che, come si è sottolineato, determina, in pratica, che la portata della norma sia rimessa al "saggio apprezzamento del giudice": in tal senso A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 246; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 220.

(66) Così, icasticamente, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 40-41. Preoccupazione non immotivata, se si pensa, ad es., che è stata ritenuta operazione dolosa la condotta dell'amministratore di accensione di un ingente mutuo, seguita dal pagamento delle sole due prime rate del piano di ammortamento (sebbene la società avesse liquidità per adempiere alle successive), e di conservazione – « assolutamente imprudente ed illogica » – della

contiguità con una fattispecie, quella dell'art. 223 comma 2 n. 1 l.fall. ipertipizzata (67), con le inevitabili ricadute in punto di frammentarietà, e dalla già ravvisata inclinazione giurisprudenziale ad impiegare le "operazioni dolose" come grimaldello per sindacare le scelte imprenditoriali in seno alla società fallita (68).

Costruito sul modello del reato a forma libera, per giunta contrassegnato da una cifra soggettiva più blanda rispetto al tradizionale coefficiente doloso postulato per le figure delittuose, l'art. 223 cpv. n. 2 l.fall. alimenta dunque, non a torto, le preoccupazioni di coloro che vi intravvedono un « onnicomprensivo "*delitto preterintenzionale di fallimento*", [che] possa perversamente prestarsi a sanzionare tutto quanto sfugge all'area di intervento delle altre più puntuali bancarotte dolose. Quasi ess[o] fosse una sorta di "*subordinata probatoria di carattere processuale*", quest'ipotesi di reato (impropriamente considerato) a condotta libera (…) finirebbe infatti per consentire l'applicazione della medesima grave pena prevista per le altre forme fraudolente, quand'anche non sia possibile stabilire che l'agente ha voluto il fallimento, (…) o comunque in tutti i casi che cadono al di fuori delle altre fattispecie previste dall'art. 223 l.fall. » (69).

Da qui la seconda premessa, che è un corollario del carattere funzionalmente residuale, già segnalato, della figura, che ne sorregge il *rationale* politico-criminale: la bancarotta per effetto di operazioni dolose si aggiunge, e solo in relazione alle società, alle altre fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, tratteggiando un'area di penale rilevanza ulteriore (e diversa) rispetto ai presidi offerti dagli altri reati fallimentari (70).

La (immeritata) centralità pratica della bancarotta per effetto di operazioni dolose verrà scrutinata, partitamente, in relazione all'attrazione nell'orbita punitiva dell'art. 223 comma 2 n. 2 l.fall. (*a*) di fatti costituenti reato contrassegnati da oggettività giuridiche diverse dalla matrice penale fallimentare, e (*b*) dei rapporti con altri paradigmi penalfallimentari ovvero con reati societari diversi da quelli contemplati dall'art. 223 comma 2 n. 1 l.fall.

Anticipando qui gli esiti dell'indagine, il ricorso al paradigma delle operazioni dolose appare dogmaticamente fondato, e solo in parte, unicamente nella variabile *sub* (*a*).

---

liquidità così ottenuta non già in banca ma nella cassaforte della sede sociale, successivamente oggetto di furto: in tal senso Cass. pen. sez. V, n. 38728/2014, in *CED Cass.*, rv. 262207.

(67) Si tornerà più diffusamente nel cap. successivo (in particolare § 9) anche sulla (ir)ragionevolezza sistematica dell'affiancamento, con identica dosimetria edittale, di una fattispecie d'evento vincolata, quale l'odierna bancarotta da reato societario, a una fattispecie d'evento libera (se non proprio indeterminata), quale la bancarotta del n. 2 dell'art. 223 l.fall.

(68) *Supra*, cap. I, § 4.

(69) D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 43 (corsivi dell'A.).

(70) In argomento, efficacemente, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 57. Il tema verrà più ampiamente sviluppato nel cap. VII.

**3.1. Operazioni dolose e reati non fallimentari.** – A ben guardare, declinandosi essenzialmente in "abusi" degli amministratori, le operazioni dolose annoverano in prima battuta – senza destare preoccupazione sul piano dell'oggettività giuridica – tutti i *delitti che investono direttamente la garanzia* per i creditori *e i reati di altro genere* commessi in danno della società ed etiologicamente antecedenti al dissesto (tipici esempi, in dottrina, le falsità documentali o la violazione di segreti) (71).

Paradigmatico, in tal senso, quando non ricadente nel contiguo schema di causazione del fallimento con dolo, il caso dell'appropriazione indebita dell'amministratore, laddove, naturalmente, la stessa non adombri – in radice – un connotato distrattivo (ad es. perché, nel momento in cui è realizzata, residua un adeguato margine attivo), ma assuma carattere di concausa rispetto ad un successivo dissesto (in concreto prevedibile dall'agente): come si è efficacemente osservato, in tal caso « lo scarto, obiettivo o psicologico, rispetto alla tipologia dell'art. 216 viene compensato da un'accentuazione della lesività, sia pure a posteriori: in quanto causative del fallimento, le operazioni dolose rappresentano un reato di danno, non di mero pericolo » (72). Analogamente (venendo a ipotesi più prossime alla "*law in action*") nel caso di una società che – in violazione del disposto dell'art. 106 t.u.b. (73) – svolga attività finanziaria nei confronti del pubblico (integrando così il reato di cui all'art. 132 t.u.b.), concedendo senza preventivo accertamento del merito creditizio finanziamenti di entità tale, divenutane non più esigibile la restituzione, da ingenerare l'insolvenza dell'ente; ovvero il caso di una società che abusivamente raccolga risparmio tra il pubblico (condotta tipica ai sensi dell'art. 130 t.u.b.) impegnandosi a sottoscrivere quote di fondi di investimento, ma in realtà impiegando il denaro, ad es., per erogare prestiti a terzi soggetti privi di adeguato merito creditizio (e, dunque, truffando al contempo i risparmiatori) (74).

In tutte le situazioni appena tratteggiate, nessun ostacolo – né letterale né di sistema – sembra in effetti precludere l'operatività della fattispecie di bancarotta in commento, che, anzi, proprio rispetto a tali vicende sembra sublimare il proprio versatile carattere residuale. Difficilmente, infatti, possono negarsi i crismi della "dolosità" – pur con tutte le precisazioni e le delimitazioni che una riflessione approfondita sulla fattispecie imporrà di considerare – a fatti *ex se* espressivi di autonomo disvalore penale, allorquando si profili un collegamento – causale e di

(71) Sul punto C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 324.

(72) Così C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 324, il quale peraltro ritiene che, in questi casi, l'evento di danno sia addebitato all'agente unicamente a titolo oggettivo.

(73) Che riserva, appunto, l'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico agli intermediari autorizzati.

(74) Per un esempio analogo, A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 295.

contesto – con il fallimento della società, in seno alla quale essi trovano realizzazione, e rispetto ai quali l'"infedeltà" gestoria (75) e il nesso con il fallimento sembrano accedere quasi in via di postulato.

Il discorso, però, muta al cospetto di *altre tipologie delittuose*, la cui intersezione con le operazioni dolose ha marcato l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni.

L'estrema duttilità operativa della fattispecie si è, infatti, principalmente "apprezzata", con orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, al crocevia tra diritto penale del fallimento e *diritto penale tributario*, con il primo (attraverso la figura criminosa in esame) nell'inedito ruolo di "braccio armato" del secondo. Duplice, a ben vedere, la tipologia di fenomeni suscettibili, secondo la giurisprudenza, di trascendere il piano penale-tributario per acquisire una nuova tipicità penalfallimentare.

(*a*) Su un primo e più copioso versante (76), si è assistito a una marcata saldatura degli *inadempimenti tributari*, in caso di fallimento della società, con l'oggettività giuridica della bancarotta; segnatamente, per quanto qui più da vicino interessa, tra le omissioni tipizzate dagli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000 e la variante delle operazioni dolose (77), rispetto alla quale le fattispecie delittuose tributarie (omissive) assumono, a mente di un indirizzo ormai costante, il carattere di antecedenti causali dell'evento fallimento, epicentro dell'offesa coagulata dall'art. 223 n. 2 II pt. l.fall. Secondo tale impostazione, premesso che « le operazioni dolose (…) possono consistere nel compimento di qualunque atto intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria della impresa e, quindi, anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse [della stessa, n.d.r.] », « anche il protratto omesso versamento di cifre rilevanti agli enti previdenziali e agli altri enti preposti, da parte dell'amministratore, costituisce comportamento rilevante come scelta imprenditoriale dolosa, capace di determinare uno stato di gravissima e irrevocabile esposizione debitoria della società, tale da comportare, a sua volta, la dichiarazione di fallimento » (78).

(75) Si utilizza qui il termine "infedeltà", tradizionalmente impiegato in dottrina e in giurisprudenza per descrivere la condotta tipizzata nella fattispecie in esame; sul punto cfr. *amplius infra*, cap. VII, § 4.

(76) Verranno di seguito riprese e sviluppate osservazioni già elaborate in altra sede: volendo, S. CAVALLINI, *Art. 10* bis, cit., pp. 337 ss.

(77) In un primo tempo, peraltro, l'addentellato penalfallimentare era stato individuato nella bancarotta fraudolenta per distrazione: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 4256/2006, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 230, con nota adesiva di A. PERINI, *Frodi Iva e bancarotta fraudolenta patrimoniale: limiti della normativa penale tributaria e supplenza del diritto penale fallimentare*.

(78) Così, *ex multis*, Cass. pen. sez. V, n. 29586/2014, in *CED Cass.*, rv. 260492; in senso analogo, tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 12426/2014, in *CED Cass.*, rv. 259997; Cass. pen. sez. V, n. 47621/2014, in *Società*, 2015, p. 893, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*.

Laddove contrassegnate da sistematicità e reiterazione nel tempo, dunque, anche le omissioni tributarie – declinandosi in un autofinanziamento della società destinato ad accrescerne l'esposizione debitoria (anche in conseguenza delle inevitabili sanzioni) – assurgerebbero a (con)cause del fallimento, scivolando così nello schema delle operazioni dolose; a ciò non ostando, invero, la colorazione omissiva della condotta, tipica nella misura in cui causalmente collegata al depauperamento patrimoniale (ancorchè non immediato) della fallita.

(*b*) Da differente ma complementare angolo visuale, i crismi della dolosità sono stati assegnati a fattispecie tributarie più prettamente dichiarative, se inserite in un contesto di "*frodi carosello*" (79) (con emissione sistematica di fatture per operazioni inesistenti e rivendita sottocosto di beni) (80), ovvero qualora funzionali alla creazione di fittizi crediti fiscali preordinati all'ottenimento di liquidità attraverso sconti bancari o all'effettuazione di acquisti di merci in sospensione d'imposta; in tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha a più riprese statuito che « integra il delitto di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose (…) il meccanismo di frode fiscale realizzato attraverso l'emissione di fatture per operazioni inesistenti e la costituzione di apposite società fittizie finalizzate ad ottenere liquidità con gli anticipi bancari e la detrazione dell'Iva sulle merci acquistate e collocate sul mercato a prezzi concorrenziali la cui interruzione abbia provocato il tracollo finanziario e dunque il fallimento della società » (81).

(79) Fenomeno criminale che, in estrema sintesi, sfrutta la regola secondo cui, in caso di importazione di merci da Paesi UE, l'imposta sul valore aggiunto (cfr. art. 41 d.l. 331/1993) si applica soltanto al momento della rivendita del prodotto sul territorio nazionale; di talchè l'importatore – la "cartiera", appunto – acquista, di fatto interponendosi fittiziamente, in regime d'esenzione e rivende, con IVA (che, incassata, non verserà mai: c.d. "*missing trader*"), alla società italiana (che potrà così acquistare il bene a prezzi concorrenziali, godendo altresì di IVA a credito).

(80) In questo senso, Cass. pen. sez. V, n. 41055/14, in *CED Cass.*, rv. 260932, relativa ad un caso di fittizia vendita intracomunitaria, con creazione di crediti Iva in capo alla società italiana che, dopo aver acquistato la merce in Italia, la rivendeva fittiziamente ad una società cartiera francese in regime d'esenzione d'Iva, laddove invece i reali destinatari dei beni erano altri enti nazionali, che potevano commercializzare i beni sottocosto, in quanto il prezzo veniva decurtato dell'ammontare dell'imposta sul valore aggiunto; sennonché, non appena scoperta la frode, era conseguita l'impossibilità di proseguire nelle (fittizie) vendite intracomunitarie ed erano stati bloccati i rimborsi Iva, così determinandosi una crisi finanziaria che aveva portato al fallimento la società. Analogamente, Cass. pen. sez. V, n. 43976/2017, in *CED Cass.*, rv. 271612, relativa al fallimento di società italiana che acquistava beni da altre società nazionali fittiziamente interposte quali "importatori" intracomunitari e destinate in breve tempo ad essere sostituite senza provvedere al versamento dei propri debiti fiscali per le rivendite (al medesimo valore d'acquisto, ma con applicazione dell'imposta sul valore aggiunto) dei beni sul territorio nazionale (c.d. "*missing trader*"), laddove invece la fallita – che acquistava per tal via sostanzialmente sottocosto – poteva portare in detrazione l'Iva formalmente versata alle "cartiere".

(81) Cass. pen. sez. V, n. 40009/2014, in *CED Cass.*, rv. 262212.

La suddivisione appena proposta merita di essere mantenuta nel passaggio alla verifica di fondatezza degli assunti giurisprudenziali (82).

(*aa*) Plurimi argomenti, anzitutto, incrinano la conformazione quali operazioni dolose di semplici (ancorchè reiterate) omissioni tributarie. Per un verso, come autorevolmente rimarcato in dottrina, il sacrificio di soci o creditori *uti singuli* considerati – nella specie l'Erario – « può assumere rilievo nel contesto tipico solo se consequenziale al pregiudizio della società » (83), profilandosi altrimenti, in radice, una "disomogeneità lesiva" tra condotta ed evento (84) (in questo caso, tra la violazione di un obbligo verso un solo creditore – il fisco – e i potenziali effetti benefici da ciò derivanti per i residui creditori in termini di incremento patrimoniale, da un lato, e il fallimento, dall'altro).

Sotto diverso aspetto, la possibilità di estendere la qualifica di "operazioni" a meri inadempimenti, pur se protratti nel tempo, appare tutt'altro che scontata: sia perché, in tale evenienza, il pregiudizio per la garanzia patrimoniale deriverebbe non tanto dalla condotta in sé, quanto, piuttosto, dalla reazione ad essa approntata in termini di sanzioni dall'ordinamento (85), sia perchè l'omissione – in quanto tale – esula dal campo semantico del significante "operazione" (86), che postula in ogni caso una condotta attiva (87). Del resto, in disparte la (pur sussistente) incidenza lesiva sul patrimonio della fallita delle sanzioni scaturenti dalle omissioni tributarie, all'accoglimento della tesi giurisprudenziale osta anche la constatazione per cui l'omesso versamento, in prima battuta, ridonda in certo modo a vantaggio dell'impresa, in termini di momentaneo accrescimento patrimoniale ovvero di improprio "autofinanziamento" (88) (benchè – occorre precisarlo – non appaia priva di criticità una ricostruzione dell'interesse sociale aperta a modalità di perseguimento attraverso condotte illecite) (89).

---

(82) In dottrina, per l'impossibilità di configurare i reati tributari quali "operazioni dolose", per tutti, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 65 ss.; C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 326-327. Su posizioni più possibiliste, invece, C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 211.

(83) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 322, ID., *Art. 216*, cit., p. 6; in senso analogo, con riferimento alla bancarotta patrimoniale tradizionale, C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 56.

(84) In proposito, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 65.

(85) Sul punto, efficacemente, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 326.

(86) In argomento, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 320; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 378; P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento*, cit., p. 898.

(87) Così, in dottrina, anche A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 247. *Contra*, tuttavia, sulla declinabilità omissiva P. VENTURATI, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, cit., p. 582; G. COCCO, *Art. 223*, in *Commentario breve*, cit., p. 1273; G. CASAROLI, *La causazione del fallimento della società*, cit., p. 434.

(88) In questa prospettiva, P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento*, cit., p. 896; D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 65-66.

(89) Riferimenti, per tutti, in A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, pp. 326 ss.

(*bb*) Più articolate appaiono le soluzioni con riguardo alla residua platea di reati tributari predicabili, ad avviso della giurisprudenza, di refluenza nel paradigma fallimentare qui esaminato.

(*bb.1*) A conclusioni non dissimili dalle precedenti in tema di omissioni nei versamenti occorre, per vero, in primo luogo pervenire – avvicinandoci allo "zoccolo duro" dei reati dichiarativi – in tutti i casi, frequentissimi, di società c.d. "cartiere", vale a dire destinate unicamente all'emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74/2000), sovente nell'ambito di articolate "frodi carosello", e pilotate, in un arco temporale assai breve (talvolta solo di pochi mesi), al fallimento, gravate da un debito Iva che mai verseranno (c.d. "*missing trader*") (90).

L'apolidia di siffatte situazioni rispetto all'orizzonte fallimentare (91) è certificata, in ultima analisi, dalla irriducibilità di schermi societari fittizi, costituiti al solo fine di commettere reati (e, infine, com'è ovvio, di fallire), a realtà imprenditoriali vere e proprie, le uniche per cui appaia plausibile e concepibile discorrere di disciplina commerciale (anche nella sua forma terminale, vale a dire fallimentare). Difettando qualsivoglia connotazione imprenditoriale in capo alle "cartiere", in altre parole, in alcun modo potrà profilarsi, nell'orbita d'azione ad esse proprio, una offesa tipica in chiave di lesione alla garanzia dei creditori, escludendosi invero, radicalmente, la stessa connotazione collettiva del soggetto passivo, ridotto invece a un unico creditore (qual è, appunto, l'Erario).

(*bb.2*) Il quadro potrebbe invece mutare laddove la realizzazione del reato tributario (dichiarativo) si inserisca in una cornice di reale operatività sul mercato della società poi fallita (92), ovvero quando il meccanismo evasivo non si risolva nel mero affossamento dell'emittente le fatture per operazioni (oggettivamente o soggettivamente) inesistenti, ma si arricchisca di ulteriori segmenti comportamentali – suscettibili di ingenerare la necessaria articolazione alla base del concetto di "operazione" – quali, ad es., la presentazione delle fatture per lo sconto presso istituti di credito, con ciò ottenendo liquidità ed aumentando (quantitativamente e qualitativamente) la complessiva esposizione debitoria

(90) In dottrina, per la tipicità di tali comportamenti ai sensi dell'art. 223 n. 2 l.fall. quali operazioni dolose, A. PERINI, *Frodi Iva e bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., p. 234; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 201, che addirittura considera il meccanismo in parola paradigmatico delle operazioni dolose. Secondo M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 51, il caso in esame rientra indifferentemente nello schema del fallimento cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose.

(91) In tal senso, con particolare efficacia, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 66-67, che soggiunge come, in caso di fallimento delle "cartiere", non si inneschi neppure il rischio di ripercussioni su altre realtà economiche che possono invece manifestarsi qualora a fallire siano società effettivamente commerciali.

(92) In tal senso, per quanto cautamente, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 67.

dell'ente (93). A differenza della fenomenologia di cui al punto precedente, la sequenza comportamentale, in un contesto comunque "imprenditoriale", riflette una incidenza lesiva su una platea più ampia di creditori (oltre che sulla società stessa) e manifesta un legame con l'evento-fallimento che ne deriva, che si pone quale sviluppo progressivo dell'offesa già veicolata dalle condotte-base (94).

Si tratta, tra l'altro, di fenomeni assai più marginali nella prassi rispetto alle mere omissioni tributarie o alla creazione di vere e proprie "cartiere" (95), coerenti con il ruolo residuale della bancarotta per effetto di operazioni dolose.

**3.2. Operazioni dolose, reati fallimentari e reati societari non richiamati dal n. 1 dell'art. 223 l.fall.** – Il paradigma delle operazioni dolose ha esercitato la propria *vis* attrattiva, nel diritto vivente, anche rispetto a *sfere di tipicità già proprie del diritto penale del fallimento*, vuoi (*i*) fagocitando condotte dalla legge fallimentare (meno severamente) punite, vuoi (*ii*) recuperando a oggettività penalfallimentare fattispecie escluse dal catalogo dei reati societari enumerato dall'attigua fattispecie dell'art. 223 n. 1 l.fall.

(*i*) A farne le spese, in primo luogo, è stato il delitto tratteggiato dall'*art. 218 l.fall.*, giacchè, nella prospettiva giurisprudenziale (condivisa da parte della dottrina) (96), « il ricorso abusivo al credito (da intendersi non soltanto come richiesta di finanziamento attraverso gli ordinari canali bancari, ma anche come utilizzo di un sistema che consenta il pagamento differito di un debito, mediante l'assoggettamento ad un costo qual è quello costituito da una fideiussione bancaria), rientra fra le "operazioni dolose" atte a rendere configurabile, qualora ne derivi il fallimento della società, non il reato di cui al combinato disposto degli artt. 218 e 225 L.F., ma, in virtù della clausola di salvezza contenuta nel citato art. 218, quello di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, seconda ipotesi, del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 » (97).

(93) Oltre alla già citata Cass. pen. sez. V, n. 40009/2014, si veda, in giurisprudenza, Cass. pen. sez. I, n. 3942/2008, in *CED Cass.*, rv. 238367.

(94) Anche su questi requisiti costitutivi della fattispecie in esame si tornerà diffusamente nel cap. III, § 8, e ne cap. VII, *passim*.

(95) Illuminanti in proposito i dati statistici relativi ai procedimenti pendenti presso la Procura della Repubblica di Milano, che vedono le omissioni *ex* artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000 costituire quasi la metà delle pendenze per reati tributari sino agli anni 2014/2015 (cfr., in particolare, Bilancio sociale della Procura della Repubblica di Milano, anni 2014-2015, p. 55), con un leggero calo nell'anno 2016 – cfr. Bilancio sociale della Procura della Repubblica di Milano, anno 2016, pp. 35-36 –, comune ad altre fattispecie penali tributarie, dovuto all'effetto dell'innalzamento delle soglie di punibilità a valle del d.lgs. 158/2015, che ne attesta comunque la percentuale intorno al 30% delle pendenze.

(96) In linea con la giurisprudenza appresso riportata si orientano, ad es., R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 228-229.

(97) In tal senso, Cass. pen. sez. V, n. 19101/2004, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3104 (s.m.). La complessa e del tutto peculiare vicenda sottesa alla pronuncia in esame è ben illustrata da A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 253 ss.

Il semplice richiamo alla seconda delle premesse sopra svolte (relativa al carattere "aggiuntivo" della fattispecie in commento rispetto agli altri illeciti penalfallimentari) appare bastevole a smentire l'orientamento appena esposto.

Laddove, infatti, una determinata condotta acquisti, nella lente del diritto penale del fallimento, una specifica tipicità (e, di conseguenza, una definita cornice edittale, sulla prima parametrata), non v'è motivo per ricorrere alla figura residuale dell'art. 223 n. 2 l.fall., forzando la "duttilità" delle operazioni dolose, in caso di fallimento della società (98), sino a ritagliare – addosso a quella autonoma fattispecie – una diversa oggettività giuridica (99), punendo per giunta più severamente i fatti da essa contemplati (100). Senza contare che, diversamente opinando, verrebbe attratta nella sfera delle operazioni dolose una gamma di condotte (afferenti al ricorso sconsiderato al credito) incidente in prima battuta, essenzialmente, sul patrimonio di un singolo creditore (ovvero di colui che concede il credito), solo indirettamente ripercuotendosi sugli interessi della massa (101).

(*ii*) Su altro versante, sin da un lontano precedente (mai, a quanto consta, oggetto di successiva rivisitazione) la giurisprudenza ha inquadrato tra le operazioni dolose anche le *figure* di reato societario *escluse dall'elenco dell'art. 223 n. 1 l.fall.* (102).

Nessun dubbio che, qualora l' "operazione" di base integri già, di per sé, uno di siffatti reati, a quest'ultimo, contiguo addentellato normativo occorra

(98) La necessità o meno della declaratoria fallimentare, nell'economia della figura delittuosa del ricorso abusivo al credito (siccome novellata dalla l. 262/2005), è controversa, pur prevalendo, in dottrina, la tesi che nega rilevanza al fallimento nell'ambito del nuovo art. 218 l.fall.: sul punto (e per i relativi riferimenti), per tutti, in dottrina, F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., pp. 16 ss. La giurisprudenza, nondimeno, sembra optare per l'indispensabilità della dichiarazione di fallimento anche nel "nuovo" ricorso abusivo a credito: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 44857/2014, in *CED Cass.*, rv. 261312.

(99) In senso contrario (con precipuo riferimento proprio al ricorso abusivo al credito) si esprime tuttavia, nuovamente, la maggioranza della dottrina, seguita dalla giurisprudenza: si vedano, ad es., R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 228-229; N. SELVAGGI, *In tema di ricorso abusivo al credito*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 491. Nel senso indicato nel testo, invece, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 57-58.

(100) Come si è correttamente rilevato, invero, la soluzione opposta finirebbe – in contrasto con il principio di uguaglianza – per punire in modo radicalmente diverso lo stesso fatto, a seconda che esso sia commesso da un imprenditore individuale ovvero nell'ambito di una società: cfr. ancora D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 58.

(101) Per l'oggettività giuridica del ricorso abusivo al credito, nel senso indicato nel testo, C. PEDRAZZI, *Art. 218*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 193; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 406.

(102) In giurisprudenza, con precipuo riguardo all'art. 2624 c.c. (nella versione del 1942), Cass. pen. sez. V, n. 405/1985, in *CED Cass.*, rv. 167401; nella vigenza dell'attuale fattispecie di bancarotta da reato societario, per l'inquadramento quali operazioni dolose, tra l'altro, del reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza Cass. pen. sez. V, n. 32352/2014, in *CED Cass.*, rv. 261937.

guardare, in quanto fattispecie speciale (103), per verificare la rilevanza penalistica della condotta. Ma vale anche l'inverso: fatti costituenti reati societari non annoverati nel catalogo dell'art. 223 comma 2 n. 1 l.fall. – espulsi dal loro naturale perimetro – non sembrano poter trovare ospitalità all'interno delle "operazioni dolose" (104). Appare in proposito dirimente l'*intentio legis* (per quanto criticabile, in sé o nei suoi precipitati applicativi): il legislatore ha fatto convergere nell'alveo della bancarotta – elencandoli *expressis verbis* – soltanto alcuni reati societari, così, evidentemente, non intendendo rapportarne altri al fallimento dell'impresa e, dunque, sanzionarne la commissione (anche) attraverso il viatico dell'art. 223 l.fall.

Opinando diversamente, del resto, perderebbe di significato la stessa tassatività dell'elencazione all'interno della bancarotta da reato societario (105), di fatto sfumata dalla bancarotta da operazioni dolose, che – a parità di pena comminata – non richiede, come si avrà ancora occasione di rilevare, neppure il coefficiente psicologico doloso in relazione all'evento; ed è una soluzione che, specularmente, già consente di conservare un margine di autonomia all'art. 223 cpv. n. 1 l.fall. (106).

Considerato il n. 1 dell'art. 223 cpv. l.fall. quale *habitat* delle condotte di per sé costituenti reati societari, il recupero di differenti figure societarie nel contesto delle operazioni dolose si rivela, però, sistematicamente impraticabile.

## 4. Sommario dell'indagine: la necessità di ampliare la ricerca.

La verifica sperimentale dell'iper-effettività del diritto penale del fallimento, al banco di prova della lettura nel diritto vivente delle principali figure di bancarotta patrimoniale, ha confermato le impressioni di partenza.

Sovente, al crocevia tra l'applicazione della meno robusta (sul piano strutturale, degli elementi costitutivi) ipotesi distrattiva e la sussunzione entro diverse figure di bancarotta (di più articolata struttura o di più lieve dosimetria

(103) Sulla specialità della figura delittuosa prevista al n. 1) rispetto a quella delineata dal n. 2) dell'art. 223 l.fall., in dottrina, *ex aliis*: E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 324-325; R. BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, p. 86.

(104) *Contra*, tuttavia, la dottrina nettamente prevalente: C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 324-325; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 228; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 339; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., p. 198; G. MONTANARA, (voce) *Fallimento*, cit., p. 306; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 212; P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari*, cit., p. 174.

(105) In senso analogo, in dottrina: M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2888-2889; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 391.

(106) In tema M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., p. 135.

edittale) ovvero nel contesto di altri reati fallimentari, l'opzione di campo della giurisprudenza per il paradigma della distrazione è apparsa nettamente prevalente, a dispetto delle riserve teoriche che si è tentato di abbozzare. Non diversamente con riguardo alla bancarotta per effetto di operazioni dolose, altra fattispecie che ha significativamente ampliato nel tempo la propria area d'intervento, di fatto sovrascrivendo o soppiantando figure limitrofe (è il caso del n. 1 dell'art. 223 cpv. l.fall.) o di meno grave oggettività giuridica (come nel caso del ricorso abusivo al credito).

Sin qui il *diritto vivente*; ma le imperfezioni della prassi, com'è ovvio, si sintonizzano sul contesto di riferimento, non sono avulse dalla "materia prima" fornita dal legislatore.

È giunto dunque il momento di analizzare anche il *diritto vigente*, e, in particolare, di sondarne il *rationale* complessivo, mettendone a nudo strabismi prospettici, vuoti inspiegabili e irragionevolezze di fondo: un passaggio obbligato, perché svelerà l'intima necessità di una complessiva e urgente sistematizzazione interpretativa delle principali fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale e, con essa, contribuirà a gettarne le fondamenta essenziali.

Su tutto, un'opzione assiologica, che è d'obbligo condividere subito con il lettore, e che germina dalle acute riflessioni di Carlo Enrico Paliero: « così come la scelta di criminalizzare non può essere operata *per il solo fatto* di essere *più effettiva* di altre opzioni, così, una volta adottata (…), *non* può essere dotata di una *effettività* '*ad ogni costo'*, né spinta senza limiti sulla via dell'ottimizzazione dei benefici. Vi osta, barriera invalicabile, il paradigma (lisztiano!) del diritto penale-*Magna Charta del reo* » (107).

Si tenterà dunque di mostrare che il diritto positivo, pure zavorrato da scelte sistematiche eufemisticamente poco lungimiranti (se non contrastanti con il principio di uguaglianza, e a loro volta propellenti della ipereffettività delle principali figure delittuose nelle applicazioni della giurisprudenza) (cap. III), potrebbe nondimeno contenere in sé gli "anticorpi" per essere almeno in parte ricondotto, sul piano interpretativo (e a prescindere da futuribili riforme), a un tasso accettabile di razionalità operativa: il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento (cap. IV) e il volto attuale del diritto (penale ed extrapenale) delle soluzioni concordate alla crisi di impresa (cap. V) costituiranno, invero, le chiavi di volta per il "riposizionamento" sistematico dei principali modelli di bancarotta patrimoniale (capp. VI e VII).

(107) Così C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 475 (corsivi dell'A.).

# Capitolo III

## ARCHETIPI, DERIVATI, NUCLEI DI DISVALORE E IRRAGIONEVOLEZZE NELL'EDIFICIO SISTEMATICO DELLA BANCAROTTA

**SOMMARIO: 0.** Ricognizione: dalle tendenze del diritto vivente alle secche del sistema positivo. – **SEZIONE I**. *Bancarotta individuale e bancarotta societaria: il ribaltamento sistematico tra l'archetipo e il derivato.* – **1.** Il modello della bancarotta individuale al banco di prova dell'odierna realtà economica. – **2.** Qualche dato di contorno: *parerga* dall'esperienza prasseologica. – **3.** La bancarotta come reato proprio e la sua duplice declinazione strutturale: dal *furtum in re propria* alla gestione *nomine alieno*. – **4.** Il delicato adattamento della bancarotta societaria ad un modello difettoso. – **5.** I "silenzi" della bancarotta societaria e l'affacciarsi sulla scena del convitato di pietra: il gruppo di società. – **SEZIONE II.** *Tecniche di tipizzazione e verifica di ragionevolezza delle fattispecie di bancarotta.* – **6.** Osservazioni introduttive, ipotesi di lavoro e campo d'indagine**.** – **7.** Le sottoclassi di bancarotta semplice, individuale e societaria. – **8.** Le figure di bancarotta societaria fraudolenta. – **9.** Un quadro di sintesi sconfortante. – **10.** Intermezzo.

### 0. Ricognizione: dalle tendenze del diritto vivente alle secche del sistema positivo.

La cursoria esplorazione del diritto vivente abbozzata nei capitoli precedenti, con la rimarcata frequenza applicativa delle fattispecie penalfallimentari, trova – e non poteva essere altrimenti – ideale completamento sul fronte speculare del dato normativo positivo. Se con il primo si è sperimentata l'ipereffettività del sistema, quest'ultimo contribuisce a rivelare il profondo tasso di irrazionalità delle risposte punitive comminate dal legislatore: non tanto, per vero, sul terreno della formulazione dei singoli tipi delittuosi (sui quali, in parte, già si è avuta occasione di soffermarsi), quanto, piuttosto, rispetto alle opzioni politico-criminali globali del diritto penale fallimentare.

È proprio al fondo delle scelte legislative – di sistema, appunto – che si colgono, in trasparenza, l'obsolescenza complessiva della comparto penalistico e l'incoerenza dell'impalcatura sanzionatoria della legge fallimentare.

Con una avvertenza: l'equivoco ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento e l'ambiguo rapporto tra le figure di bancarotta patrimoniale e le procedure alternative di soluzione della crisi d'impresa, in questo quadro, assumono senz'altro una posizione di preminente rilievo, impossibile da trascurare. Esse, tuttavia, non formeranno oggetto del presente capitolo: non già per negarne la criticità, bensì perché – e si tenterà di mostrarlo nei capitoli

seguenti – suscettibili di dischiudere, ove correttamente interpretate, nuovi proficui orizzonti per la rivisitazione dei principali paradigmi delittuosi, e, quindi, meritevoli di separata trattazione.

In questa sede, piuttosto, ci si soffermerà su difetti esiziali e in certo modo irrimediabili in assenza di un apposito intervento riformatore del legislatore (allo stato ben lontano dall'affacciarsi sulla scena), in una prospettiva, dunque, ancora in larga misura "statica".

Duplice, segnatamente, la direttrice che verrà percorsa nelle pagine seguenti: per un verso, il ribaltamento strutturale e criminologico tra l'imprenditore individuale e l'impresa societaria (sezione I); per l'altro, la verifica di ragionevolezza delle comminatorie edittali, nello specchio della scomposizione "molecolare" delle fattispecie di bancarotta (sezione II).

## SEZIONE I

## Bancarotta individuale e bancarotta societaria: il ribaltamento sistematico tra l'archetipo e il derivato

« Partire dalla realtà
quale essa è e non quale si crede che sia
è il presupposto fondamentale
per dare forza ordinante al diritto,
perché o il diritto governa la realtà
o non governa » (1)

### 1. Il modello della bancarotta individuale al banco di prova dell'odierna realtà economica.

Una ingombrante criticità di sistema – la cui manifestazione, a ben vedere, non sarebbe stata presagio azzardato già nel 1942 – è esplosa nei suoi (clamorosi) contorni nei decenni successivi alla legge fallimentare, allorquando, con il definitivo irrobustimento del tessuto industriale del Paese, è emerso nettamente il ribaltamento di prospettiva, tipologica e criminologica, in cui è incappato il legislatore storico. Il riferimento, in sintesi estrema, è al progressivo (e con ogni probabilità irreversibile) declino, nell'economia contemporanea, della "cellula produttiva" orbitante sull'imprenditore individuale, a tutto vantaggio del modello di organizzazione in impresa societaria (tendenzialmente più funzionale, per grandangolare e rozza approssimazione, alla suddivisione del lavoro, alla limitazione della responsabilità patrimoniale e alla spersonalizzazione degli

(1) R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1770.

individui che vi operano) (2), del resto « principale nucleo di aggregazione del diritto penale dell'economia » (3).

A dispetto di tale empirica evidenza, la legge fallimentare ha tuttavia degradato l'autoria a mero criterio classificatorio, procedendo alla suddivisione delle disposizioni penali sulla scorta della soggettività attiva (4); e costruito, quindi, le principali fattispecie di bancarotta impropria (5) (art. 223 comma 1 l.fall.) attraverso un mero rinvio *per relationem* alla figura archetipica plasmata sull'imprenditore individuale, così apparentemente incorrendo in un triplice, possibile inconveniente:

(*a*) anzitutto, quello di esportare *eo ipso* ai gestori dell'impresa societaria le coordinate di tipicità della bancarotta individuale, così trascurando le potenziali peculiarità dei fatti ambientati nel contesto societario, proprio in ragione delle particolari qualifiche – e, dunque, alla differente posizione rispetto all'oggetto di tutela – dei soggetti attivi;

(*b*) in secondo luogo, quello di invertire gli estremi del rapporto regola-eccezione, forgiando la prima (la bancarotta dell'impresa societaria, di gran lunga la più frequente nell'esperienza pratica) (6) sulla struttura della seconda (la bancarotta dell'imprenditore individuale, « figura soggettiva pressoché sparita dalla prassi, sebbene gli schemi legislativi facciano ancora anacronisticamente riferimento ad esso » (7), non da ultimo in ragione dei limiti di fallibilità cristallizzati dal novellato art. 1 l.fall.);

(2) Il tema è troppo complesso (e i relativi riferimenti appaiono troppo vasti) per ipotizzarne il riassunto in una nota; ci si limita dunque a rinviare, in generale, all'approfondito studio di A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., *passim*.

(3) Così C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 255. Per analoghe constatazioni F. MUCCIARELLI, *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa*, in *Diritto penale dell'impresa*, diretto da C. Parodi, vol. II, Milano, 2017, p. 14.

(4) Chiara sul punto la Relazione Ministeriale, n. 47, ove si legge che è stata conservata la « distribuzione fondamentale [delle] disposizioni [penali] sulla base della distinzione del soggetto dei reati: in reati cioè commessi dal fallito o da persone diverse dal fallito, secondo che autore di essi sia lo stesso imprenditore colpito dal fallimento ovvero un soggetto diverso rappresentante dell'impresa, un organo fallimentare ecc. (…) ».

(5) Il sintagma "bancarotta impropria", sebbene non corretto alla luce delle considerazioni che si andranno a svolgere, verrà tuttavia impiegato, d'ora in avanti, quale sinonimo di bancarotta societaria nell'ambito degli artt. 223 e 224 l.fall., sia in ossequio alla nominalistica tradizionale, sia perché rappresenta una formula definitoria di sintesi utile a soddisfare esigenze di concisione: in tal senso, cfr. anche L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 203; C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 256; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 3. Per una fondata critica all'espressione "bancarotta impropria", U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 69.

(6) In argomento, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 424.

(7) F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta:davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Crisi dell'impresa,* cit., p. 349.

(*c*) da ultimo, quello di equiparare sotto il profilo sanzionatorio grandezze di disvalore, a prima vista, sensibilmente disomogenee tra loro, se solo si pone mente alle (incomparabilmente) maggiori potenzialità lesive insite nelle condotte degli amministratori (8), rispetto ai comportamenti dell'imprenditore individuale; non foss'altro perché, al di là di una grezza osservazione "quantitativa" in linea di fatto (essendo tendenzialmente più numerosi i creditori della società e più consistente il patrimonio oggetto d'incidenza) (9), condotte astrattamente sussumibili nello schema della bancarotta fraudolenta patrimoniale conservano sovente la loro illiceità penale, ove compiute dai gestori di società, anche in assenza di fallimento (ad es., ai sensi dell'art. 646 c.p.) (10). Prospettiva politico-criminale perfettamente colta dalla migliore dottrina, che, se ancora nel 1962 osservava come « oggi il bancarottiere per eccellenza è il fallito » (11), alcuni anni più tardi prendeva atto della « maggiore gravità e diffusività delle conseguenze dannose, correlative alle dimensioni di solito più vaste dell'impresa organizzata in forma societaria (…) [e] delle ricadute criminogene di quei fattori strutturali che esaltano il dinamismo degli organismi societari e ne fanno i protagonisti dell'odierna scena economica » (12), così giustificando l'arricchimento della bancarotta societaria con varianti delittuose (trasfuse nell'art. 223 cpv. l.fall.) sconosciute all'imprenditore individuale.

Senza contare infine – date le premesse – l'inevitabile silenzio legislativo su una ulteriore evoluzione del fenomeno, vale a dire la sempre più assidua aggregazione di singole realtà societarie in "gruppi" di imprese (istituto regolato dal codice civile e, pur con non pochi limiti, contemplato dall'art. 2634 c.c. nel contesto penale-societario): ennesima riprova della arretratezza dell'impianto penalfallimentare in punto di tipizzazione, funzionalizzazione e gerarchia dei

(8) Nel corso del capitolo, la categoria degli amministratori, in quanto rappresentativa del fisiologico organo gestorio della società – « in essi (…) impersona[ndosi] il dinamismo imprenditoriale della società »: C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 261 –, verrà utilizzata anche in termini sintetici, per indicare i soggetti attivi della bancarotta societaria.

(9) In proposito, merita richiamare le puntuali osservazioni di A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 112.

(10) Per questa osservazione F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 352. Sul punto si vedano anche le annotazioni di U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 333 ss.

(11) C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 648.

(12) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 289. Si tratta peraltro di considerazioni che non sfuggono alla giurisprudenza, la quale ha ad es. sottolineato che « la bancarotta impropria appare, sotto un profilo morale, più grave della bancarotta propria, nel senso che l'imprenditore individuale danneggia, o mette in pericolo, oltreché gli interessi dei creditori, il proprio patrimonio, mentre il soggetto attivo della bancarotta impropria pone a rischio o diminuisce soltanto il patrimonio della società. Inoltre le società commerciali sono, di regola, economicamente più importanti delle imprese individuali, onde il danno sociale causato dalla bancarotta impropria, specie ai dipendenti ed ai terzi, oltre che alla economia pubblica è maggiore »: in tal senso, Cass. pen. sez. V, n. 12897/1999, in *CED Cass.*, rv. 214863.

soggetti attivi, e più in generale della carenza, tendente alla stravaganza, della disciplina della bancarotta societaria, specie fraudolenta (13).

Lungo le direttrici appena abbozzate si svilupperà il sentiero dell'indagine, che muoverà dalla "quantificazione" del fenomeno nelle concrete applicazioni giudiziarie (§ 2), per poi soffermarsi sulla cesura dei due modelli lesivi (bancarotta individuale *vs.* bancarotta societaria) (§ 3) e valutare, infine, le inevitabili ricadute interpretative dello sbrigativo richiamo legislativo (§ 4); fino ad analizzare, in ultimo, anche i "silenzi" della legge fallimentare, segnatamente in punto di gruppo di società (§ 5).

Gli esiti di questa ricostruzione, peraltro, appaiono già scritti: poggiando su una scala di soggetti attivi totalmente sganciata dalla realtà, il sistema si dimostra privo di forza ordinante nel regolarla.

## 2. Qualche dato di contorno: *parerga* dall'esperienza prasseologica.

Prima di addentrarsi nella disamina degli aspetti più autenticamente penalistici del meccanismo di tipizzazione della bancarotta societaria congegnato dal legislatore, non sembra superfluo ambientare l'indagine con qualche indicatore statistico, spia quantitativa – ancorchè senza alcuna pretesa di definitività – delle considerazioni che si andranno a sviluppare e cartina di tornasole delle impressioni dianzi tratteggiate.

Grazie a un pregevole studio (14), già alcuni anni fa era possibile osservare le caratteristiche delle imprese dichiarate fallite in Italia, suddivise per distretto di Corte d'appello. Il dato era chiaro e si commentava da sè: statisticamente, la (stra)grande maggioranza delle declaratorie fallimentari concerneva, già nel 2005, società di capitali (15), sicchè, com'è facilmente intuibile, anche la maggior parte dei procedimenti per bancarotta vedeva addebitato il paradigma dell'art. 223 l.fall. (16), che il normo-tipo dell'art. 216 l.fall. si limita a riempire di contenuto.

Fotografato diacronicamente, poi, l'aggregato restituiva un *trend* segnato da un aumento costante dei fallimenti registrati nell'ambito delle società di capitali: e

(13) Così ancora C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 289.

(14) Si tratta della puntuale ricerca di B. ARMELI, *Profili della disciplina fallimentare in numeri*, in *Commentario alla legge fallimentare*, vol. IV, cit., pp. 228 ss.

(15) Qualche limitata eccezione, del resto, non vale in alcun modo a smentire l'assunto: così, ad es., nell'anno 2005 solo il distretto di Palermo ha visto più fallimenti di imprenditori diversi da società di persone o di capitali che procedure riguardanti imprenditori organizzati in forma societaria; nell'anno 2006, solo nel distretto di Messina i fallimenti di imprenditori diversi da società hanno eguagliato quelli degli imprenditori costituiti in forma societaria; mentre, nell'anno 2007, solo nelle Corti di Palermo e di Trento i fallimenti di società di capitali si sono attestati al di sotto del 50% (sebbene, quanto a Trento, la somma delle declaratorie concernenti, in generale, imprese in forma societaria superi costantemente gli ottanta punti percentuali).

(16) Sottolineano la maggior diffusione, oggi, delle ipotesi di bancarotta impropria A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 169.

se è pur vero che i fallimenti di imprenditori diversi da quelli strutturati in società manifestavano un andamento ondivago, il "recupero" avveniva a spese delle declaratorie involgenti società di persone. Va peraltro soggiunto che, ove si tramutasse in puramente numerico il dato statistico, lo scarto sarebbe stato verosimilmente ancor più impressionante, attese le modeste percentuali (sotto la media nazionale) di fallimenti relativi ad imprese diverse dalle società di persone o di capitali registrate nei distretti numericamente più significativi, quali – su tutti – Milano, Roma e Napoli.

Le più recenti statistiche afferenti al primo trimestre dell'anno 2015 hanno confermato sostanzialmente – stavolta sotto il profilo numerico – le dimensioni percentuali di un decennio addietro: dei 3.800 fallimenti dichiarati in Italia tra il gennaio ed il marzo del 2015, nel dettaglio, quasi 3.000 hanno colpito società di capitali, mentre le pronunce nei confronti di società di persone o di imprenditori organizzati in altra forma giuridica non raggiungono, ciascuna, le 500 unità (analoghe proporzioni, peraltro, connotano i primi trimestri degli anni 2013 e 2014) (17).

Stando così le cose (e i numeri non ammettono letture differenti), appare nitidamente il capovolgimento di prospettiva con cui il legislatore del 1942 ha filtrato la realtà nelle norme sulla bancarotta: se l'analisi quantitativa conferma, insomma, le (sconfortanti) impressioni iniziali, occorre ora verificare, da un lato, la tenuta penalistica del *rationale* politico criminale alla base della scelta legislativa, dall'altro le esigenze di adattamento e le esternalità negative che da essa promanano.

## 3. La bancarotta come reato proprio e le sua duplice declinazione strutturale: dal *furtum in re propria* alla gestione *nomine alieno*.

La polarizzazione soggettiva delle fattispecie attorno a definite categorie di autori illumina, in premessa, l'edificazione della bancarotta quale reato proprio (18): un reato (19), quindi, nel quale la qualifica soggettiva diviene una

(17) Fonte: Osservatorio *Cerved* su fallimenti, procedure e chiusure di imprese del giugno 2015 (reperibile su www.cerved.com).

(18) Per tutti, in dottrina: C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 82; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., pp. 39 ss.

(19) Nella manualistica, per la definizione di reato proprio e le ulteriori (sotto)classificazioni: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 2017, pp. 232 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, pp. 109 ss., che distingue tra reati propri non esclusivi, reati propri semiesclusivi e reati propri esclusivi (nei quali la qualifica determina l'illiceità e l'offensività del fatto) ovvero "di mano propria". La bibliografia in materia è molto vasta; si vedano, *ex multis*: A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa,* Milano, 2005; G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845.

componente strutturale del fatto, investendo la sfera dei beni tutelati (20) e delle offese a questi arrecabili, dall'imprenditore o dai vertici delle imprese societarie (21).

Sennonchè, la comune, preliminare classificazione quali reati a soggettività ristretta (oltre, naturalmente, che nella costante gravitazione attorno al fallimento e, in definitiva, nell'identica oggettività giuridica) (22) cede immediatamente il passo alle differenze congenite alle varianti individuale e societaria. A conferire plastica evidenza all'assunto è bastevole una annotazione di fondo: mentre è il patrimonio proprio del soggetto attivo l'equivalente naturalistico della garanzia per i creditori dell'imprenditore individuale, che sarà chiamato a rispondere della gestione della *res* propria (evocativo, in proposito, il richiamo all'antica figura del *furtum in re propria*), la bancarotta societaria deve giocoforza – verrebbe da dire *ontologicamente* – occuparsi di fatti commessi nell'esercizio di una funzione, la garanzia per i creditori trovando il proprio referente nel compendio patrimoniale di un ente collettivo, amministrato, *nomine alieno*, dai portatori delle cariche sociali. Se, pertanto, l'art. 216 l.fall. insinua un limite nella altrimenti incondizionata disponibilità dei propri beni – eretto nei confronti del titolare in quanto imprenditore, nell'interesse dei creditori –, nell'art. 223 l.fall. difetta *ab imis* tale fondamentale nota di assolutezza nel potere dispositivo in capo al gestore, essendo il patrimonio sociale essenzialmente e teleologicamente orientato al perseguimento degli scopi fissati nell'atto costitutivo dell'impresa organizzata in forma societaria (23). A fronte, quindi, di un soggetto (l'imprenditore individuale) libero nelle proprie scelte patrimoniali fintantoché non pongano in pericolo la garanzia per i creditori – in un rapporto duale, soggetto attivo (patrimonio) ↔ bene giuridico (garanzia per i creditori) –, nella bancarotta societaria la relazione diviene triadica, il soggetto attivo dovendo costantemente osservare il vincolo di destinazione del patrimonio sociale *e* evitare di mettere a repentaglio la garanzia per i creditori (garanzia per i creditori ↔ soggetto attivo-gestore del patrimonio ↔ interesse sociale).

La dimensione funzionalistica delle qualifiche diviene preponderante nel paradigma della bancarotta societaria, ove il tipo proscritto è totalmente permeato, e indelebilmente conformato, dal dovere di fedeltà (alla "istituzione societaria") gravante sui soggetti attivi, che finisce per selezionare le stesse condotte disvolute. Ecco, allora, che lo iato tra potere di gestione e rischio economico si

(20) In tal senso, in particolare, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 40.

(21) In argomento: C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 256; ID., *Art. 216*, cit., p. 82; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 109. *Contra*, limitatamente all'art. 224 l.fall., nel senso che trattasi di reato proprio esclusivo, E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 326. Sul tema dell'amministratore di fatto cfr. anche *supra*, cap. I, § 3.

(22) In tal senso C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 256.

(23) Per tali imprescindibili osservazioni C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 290 ss.

traduce nella predisposizione di una biunivoca controspinta penale, trasfusa nel diritto penale fallimentare e nel diritto penale societario: due prospettive di tutela senz'altro differenti – sul punto si tornerà a tempo debito (24) – e di per sé non necessariamente correlate, e che tuttavia, nelle rime della bancarotta, trovano un intreccio (non sempre fortunato) con le figure tipiche del diritto penale societario che curvano quali 'elementi di altro reato' (25) all'interno di incriminazioni a sfondo fallimentare (basti pensare alla fattispecie descritta dal n. 1 dell'art. 223 cpv. l.fall.) (26).

Osservazioni forse persino banali, sulle quali si tornerà al momento di isolare, in via interpretativa, lo schema di bancarotta fraudolenta patrimoniale (27). Ciò che preme per ora sottolineare, comunque, è che questo peculiare rapporto con l'oggetto materiale del reato comporta, già a prima vista, una duplice conseguenza:

(*i*) per un verso, evidentemente, non sempre la scelta, *hic et nunc*, in apparenza più conservativa per il patrimonio dell'ente (e, dunque, per gli interessi dei creditori) potrebbe rivelarsi anche la più soddisfacente per il perseguimento dell'interesse sociale, ben potendosi ipotizzare situazioni in cui da un'iniziativa dell'amministratore (anche moderatamente rischiosa ma) razionalmente giustificata quanto a prospettive di profitto scaturisca un concreto pericolo per le ragioni dei creditori sociali;

(*ii*) per l'altro, condotte di bancarotta realizzate in contesto societario – come è stato puntualmente evidenziato – possono presentarsi con un « contrassegno ulteriore d'illiceità originaria (…), una ulteriore valenza negativa in quanto denotano per sé una anomala gestione dei beni dell'impresa societaria, beni comunque non degli autori qualificati, che rispetto ad essi hanno precisi obblighi di fedeltà e correttezza gestoria nei confronti dell'ente che di quei beni è il titolare effettivo » (28), così illuminando quale fattore criminogeno la separazione tra potere e responsabilità patrimoniale (29), esaltata dalla forma della società di capitali.

A divergere, insomma, è il modello criminologico: resta da vedere se siffatte peculiarità, almeno in certa misura, si rifrangano sul tipo delittuoso (30). Poste queste basi, occorre però immediatamente ricercare se, a quali condizioni e a

(24) *Infra*, cap. VI, § 4.3. e *amplius* cap. VII.

(25) Richiamando la felice espressione "reato come elemento di altro reato" di G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato: analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013.

(26) In proposito C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 289.

(27) Cfr. *infra*, cap. VI.

(28) Così F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 350.

(29) Su tale aspetto C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 131.

(30) Cfr. *amplius infra*, cap. VI.

quale "prezzo" tale discrasia possa conciliarsi con la rudimentale tecnica del rinvio impiegata nell'art. 223 comma 1 l.fall.

## 4. Il delicato adattamento della bancarotta societaria ad un modello difettoso.

La diversità dei rispettivi oggetti materiali punteggia, in prima approssimazione, un assunto di fondo, che non è possibile trascurare: ancorchè la formula legislativa suggerisca, per l'applicazione della bancarotta societaria, una semplice sostituzione del termine "imprenditore" con il sintagma "amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori", e del fallimento individuale con quello della società (31), l'operazione ermeneutica non può isterilirsi al coefficiente lessicale (32). La mutazione nell'oggetto della tutela, invero, impinge inevitabilmente anche le condotte tipizzate nelle fattispecie base, il cui tessuto connettivo è (né potrebbe essere altrimenti) calibrato sulla convergenza della titolarità del patrimonio e della qualità di soggetto attivo del reato.

Ne consegue, dunque, una traslitterazione del paradigma della bancarotta individuale nello schema di quella societaria – proprio in ragione della diversa posizione del soggetto attivo rispetto al referente della tutela – secondo *movenze carsiche e intermittenti*, occorrendo di volta in volta vagliare quali, tra le condotte tipizzate negli artt. 216 e 217 l.fall., siano in concreto trapiantabili nel diverso contesto, oggettivo e soggettivo (33), regolato dall'art. 223 comma 1 l.fall. (34).

Principiando dalle figure di bancarotta fraudolenta, non tutte le sottoclassi contemplate all'art. 216 l.fall. appaiono agevolmente applicabili ai portatori di cariche sociali indicati dal successivo art. 223 comma 1. Così, ad es., a mostrarsi preclusa è la realizzazione monosoggettiva della condotta di bancarotta fraudolenta documentale "generica" ("tenuta delle scritture in guisa da") da parte dei direttori generali e dei sindaci (fatto salvo, per questi ultimi, il caso di gestione della società *ex* art. 2386 ultimo comma c.c.), essendo gli amministratori i soggetti

(31) Si tralascia, in questa sede (riservando un più approfondito esame *aliunde*: *infra*, cap. V, *passim*), qualunque richiamo al concordato preventivo (e, oggi, anche agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e alle convenzioni di moratoria), rispetto al quale l'art. 236 cpv. l.fall., con ulteriore rinvio, estende – per la sola impresa societaria – l'applicazione delle fattispecie di bancarotta; basti per il momento rinviare, per le criticità insite in tale impostazione legislativa, ai puntuali rilievi di G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, pt. I, pp. 459 ss.

(32) In argomento R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 9.

(33) La stessa elencazione dei soggetti attivi all'interno dell'art. 223 comma 1 l.fall. sconta una generalizzazione che mal si attaglia al diversificato ventaglio di schemi societari cui vorrebbe applicarsi: così, ad es., è evidente l'assoluta incongruenza del richiamo al direttore generale o al sindaco nelle società di persone. In tal senso, in dottrina, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 257.

(34) Per analoghe considerazioni M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 422; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 204 ss.

istituzionalmente preposti alla regolare tenuta delle scritture contabili (35); non diversamente, rispetto ai sindaci (e sempre eccettuate le situazioni eccezionali in cui assommino anche il ruolo di amministratori), in riferimento all'esecuzione di pagamenti "preferenziali", trattandosi di estrinsecazione di un classico potere gestorio (36).

Ancora più gravi difetti di coordinamento contaminano la bancarotta societaria semplice delineata dall'art. 224 n. 1 l.fall., dovendosi essa confrontare con (e conformare al) l'elencazione casistica dell'art. 217 l.fall., spesso davvero "ritagliata su misura" per l'imprenditore individuale: donde, come è stato autorevolmente osservato, « un problema preliminare di compatibilità delle singole ipotesi delittuose con un'offensività mirata sui creditori sociali, anziché personali » (37). Così, ad es., va senz'altro escluso dal richiamo il n. 1 dell'art. 217 l.fall., atteso che le vicende del patrimonio personale del titolare della carica sociale non spiegano alcuna ripercussione su quello della società, unico vincolato a garanzia dei creditori sociali (38). Un problema di imputazione monosoggettiva, rispetto ai sindaci, si pone anche con riferimento alle condotte descritte nel n. 2 dell'art. 217 l.fall., che – pur trapiantabili nell'ambito societario (39) – scontano il possesso di un autonomo potere gestorio in capo all'agente (laddove, per il liquidatore, il compimento di nuove operazioni sembra declinabile in termini distrattivi) (40). Non diversamente, al pari di quanto osservato in tema di bancarotta fraudolenta, in relazione alla corretta tenuta della contabilità (rispetto a cui i sindaci hanno un compito di semplice controllo) (41); nonchè all'ipotesi (per vero di marginale rilevanza pratica) disciplinata dall'art. 217 n. 5 l.fall., che – oltre a prestarsi con fatica alla trasposizione in campo societario (42) – va armonizzata con il potere di adempiere alle obbligazioni unicamente in capo agli

(35) Analogamente R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 9-10.

(36) In tal senso L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 35.

(37) C. PEDRAZZI, *Art. 224*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 328.

(38) Unanime la dottrina: tra i tanti, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 220; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 483; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 280; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 211; G. COCCO, *Art. 224*, in *Commentario breve*, cit., p. 1276; C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., pp. 328-329. In senso analogo, in giurisprudenza, Cass. pen. sez. V, n. 2799/2015, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4584, con nota di F.M. FRASCHETTI, *La fattispecie di cui all'art. 217, comma 1, n. 1, l.fall. non è riferibile all'amministratore di società di capitali*. Nel caso in cui il soggetto rivesta anche la qualifica di socio illimitatamente responsabile, la norma di riferimento sarebbe l'art. 222 l.fall.

(39) In questa direzione sembra orientata la giurisprudenza di legittimità: Cass. pen. sez. V, n. 894/1997, in *CED Cass.*, rv. 206910. In effetti, il riferimento all'aggettivo possessivo "suo" può senza eccessive forzature essere correlato al patrimonio dell'ente.

(40) In argomento G. COCCO, *Art. 224*, cit., p. 1277; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 327.

(41) Così C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 333; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 327-328.

(42) Dovendosi ipotizzare che la società abbia ripreso la propria attività, salvo poi fallire, dopo essere stata ammessa, relativamente a un diverso dissesto, a un concordato, le cui obbligazioni sono rimaste inadempiute.

amministratori o ai liquidatori (o, al più, ai direttori generali dietro espressa delega) (43). Ancora, la fattispecie tratteggiata all'art. 217 n. 4 l.fall. finisce in larga misura per sovrapporsi (come si vedrà ancora più avanti) (44) con l'ulteriore figura di bancarotta societaria semplice tipizzata al n. 2 dell'art. 224 l.fall., avendo entrambe – quale termine di riferimento unitario – l'aggravamento colposo del dissesto (45); ancorchè , come pure si è sottolineato, le evidenti peculiarità dell'ambientamento societario hanno suggerito al legislatore di tipizzare autonomamente la figura causalmente orientata nell'ambito dell'art. 224 l.fall., con formula generalizzante impiegabile in presenza di una gestione del patrimonio *nomine alieno* (secondo "obblighi imposti dalla legge", appunto), ma priva di riscontro nel campo dell'impresa individuale (46).

Assumendo alcune variabili comportamentali descritte dall'art. 217 l.fall. forma omissiva, poi, ai fini di un eventuale addebito monosoggettivo occorrerà appurare se – in relazione a ciascuno dei vertici societari soggetti attivi – sussista un preciso obbligo giuridico di adempiere il precetto la cui omissione risulta penalmente sanzionata, da ricercare nel fascio di attribuzioni – *ex lege*, sulla base dell'atto costitutivo ovvero dello statuto – che colorano le rispettive sfere di competenza (47).

Insomma: l' "evanescenza normativa" (48) dell'art. 217 l.fall. e il dozzinale richiamo ad esso compiuto dallo speculare art. 224 l.fall., miscelandosi, conquistano il poco lusinghiero primato nella difettosità della tecnica legislativa in sede penalfallimentare.

Né potevano mancare i principali effetti collaterali di un utilizzo insipiente della tecnica del rinvio, vale a dire le (a dire il vero incomprensibili) dimenticanze: così, ad es., anticipando quanto si dirà più avanti, il primo comma dell'art. 236 l.fall. punisce le condotte *lato sensu* mendaci e simulatorie in fase d'ammissione al concordato preventivo (ovvero alle altre procedure ivi richiamate) unicamente se realizzate dall'imprenditore individuale, del tutto trascurato, invece, dal successivo comma 2 (49); ancora, l'art. 219 cpv. n. 1 l.fall. enuclea una *species* di reato continuato ritagliato sulla natura delle circostanze

(43) In questi termini C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 330.

(44) *Infra*, § 7.

(45) Analogamente C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 330. In giurisprudenza, ad es., si è ritenuta tipica ai sensi dell'art. 224 n. 2 l.fall. la mancata convocazione – da parte dell'amministratore – dell'assemblea, ai sensi dell'art. 2447 c.c., nel caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 8863/2015, in *CED Cass.*, rv. 263421.

(46) In tal senso C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 138.

(47) In proposito, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 211; C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 328; G. COCCO, *Art. 224*, cit., p. 1276.

(48) L'espressione, riferita appunto alla bancarotta semplice, è di A. CARMONA, *La bancarotta semplice: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., p. 26.

(49) Cfr. *amplius infra*, cap. V, § 2.3.

aggravanti, letteralmente operante in relazione alle sole fattispecie descritte agli artt. 216, 217 e 218 l.fall., ai quali, del pari, esclusivamente rimandano, in apparenza, gli elementi circostanziali tratteggiati ai commi 1 e 3 dello stesso art. 219 (50): lacune cui l'interprete, nel rispetto del divieto di analogia *in malam partem*, può solo parzialmente rimediare (51), peraltro al prezzo di delicati equilibrismi ortopedici (52).

Ma la frettolosa tipizzazione della bancarotta societaria non esaurisce i propri difetti a quanto il legislatore espressamente prevede, allungando le sue ombre anche ad altri gravi "silenzi" della legge fallimentare, su cui, per completare la breve carrellata sin qui abbozzata, conviene ancora soffermarsi.

## 5. I "silenzi" della bancarotta societaria e l'affacciarsi sulla scena del convitato di pietra: il gruppo di società.

A fronte di una tanto sommaria modellazione del tipo della bancarotta societaria, non stupisce che il legislatore storico (ma non diversamente quello repubblicano) abbia completamente ignorato una ulteriore evoluzione "di scala" nel mondo societario, non più (o non solo) abitato da unità molecolari, bensì popolato da macro-aggregazioni di entità societarie le cui attività si mostrano teleologicamente, funzionalmente e reciprocamente connesse.

A paradigma della reticenza (ovvero della miopia) legislativa assurge, invero, l'assenza di qualsivoglia riferimento al gruppo di società, fenomeno economico-giuridico che ha invece assunto una rilevanza sempre maggiore negli ultimi anni (53); lasciando, così, privo di risposta (senza il ricorso allo strumentario dell'interpretazione sistematica), segnatamente, il quesito in ordine all'*an* e al *quomodo* della penale rilevanza – entro lo schema della distrazione – di atti di disposizione compiuti dagli amministratori di una società (poi fallita)

(50) Nel senso della applicabilità della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità anche alle ipotesi dell'art. 223 l.fall. la prevalente giurisprudenza: sul tema, anche per gli opportuni riferimenti, cfr. *infra*, cap. VI, § 3.2.

(51) Sulla natura dell'art. 219 comma 2 n. 1 l.fall. e sulla applicabilità dell'istituto anche alle fattispecie tratteggiate dall'art. 223 l.fall., per tutti, Cass. pen. Sez. Un., n. 21039/2011, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2011, con nota di R. BRICCHETTI, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1477, con nota di F. FASANI, *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*. Particolarmente critico con l'esito interpretativo della Sezioni Unite A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 55 ss.

(52) Sulla impossibilità di estendere, pena la violazione del divieto di analogia, la norma incriminatrice di cui all'art. 236 comma 1 l.fall. agli organi delle imprese societarie è unanime la dottrina; per tutti, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 83; G.G. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta. Il ruolo del curatore nel processo penale*, Milano, 1990, p. 335 ss.; G. COCCO, *Art. 236*, in *Commentario breve*, cit., p. 1312; N. MAZZACUVA, *Art. 236*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 85.

(53) Per tutti, sui potenziali vantaggi, in termini economici, della strutturazione in "gruppo", P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, pt. I, p. 711.

appartenente a un gruppo a favore di altra realtà societaria, componente della stessa aggregazione, astrattamente lesivi degli interessi dei creditori della prima (54), e tuttavia "compensati" da benefici per la società sacrificata derivanti dalla appartenenza al gruppo.

Una considerazione si mostra in proposito preliminare, per quanto senz'altro non nuova: la legge civile (55) detta una disciplina che – muovendo dai concetti di controllo (art. 2359 c.c.) e direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c., laddove il rapporto di controllo determina una presunzione di direzione e coordinamento: art. 2497 *sexies* c.c.) – mira a stilare una tassonomia di obblighi, divieti, responsabilità e tutele al ricorrere di determinate forme di integrazione tra imprese (56); ma non ha cura di racchiudere *expressis verbis* il fenomeno del gruppo in una definizione normativa, compito che non si premura neppure di assolvere (men che meno, verrebbe da dire) la legge penale fallimentare, nel cui solco, come visto, il gruppo non trova apparente cittadinanza, quand'anche *per relationem* (57). Sicchè merita riprendere, in chiave definitoria, le parole di autorevole dottrina commercialistica, che individua il gruppo di società in una « aggregazione di imprese societarie *formalmente autonome ed indipendenti* l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria », risultando « tutte (…) sotto l'*influenza dominante* di un'unica società (società capogruppo o società madre) che direttamente o indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività (…), per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. *interesse di gruppo*) ». Di talchè ad un'unica impresa dal punto di vista economico si contrappone una pluralità di imprese sotto l'aspetto giuridico (58), « un arcipelago di autonomi centri soggettivi d'imputazione, "patrimonialmente stagni" » (59), con la "politica di gruppo" che segna il trascorrere da un piano all'altro (60).

(54) In questa sede, invero, non verrà esaminata la diversa questione relativa all'innesto dell'art. 2634 c.c. (e in particolare del suo comma 3, primo esempio di tipizzazione della teoria dei vantaggi compensativi) nel tessuto della bancarotta da reato societario, tema meritevole di considerazione ma solo marginalmente incidente nella prospettiva dell'analisi che si va sviluppando: in argomento, si rinvia dunque, per tutti, a G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già* de iure condito?, in *Crisi dell'impresa,* cit., pp. 429 ss.

(55) Sulla evoluzione nella disciplina del fenomeno nell'ordinamento italiano, sino all'introduzione nel 2003 degli artt. 2497 ss. c.c., per tutti, limitandosi alla dottrina penalistica, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 80 ss.

(56) Nella dottrina commercialistica, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pp. 289 ss.

(57) Se si eccettua il viatico dell'art. 223 comma 2 n. 1 l.fall., che annovera l'art. 2634 c.c.

(58) Per tale definizione G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 289 (corsivi dell'A.).

(59) Così V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e « vantaggi compensativi »)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3788.

(60) Fondamentali, in argomento, le riflessioni di P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., in particolare pp. 715 ss.

Ora, è evidente che, riguardato in una dimensione patologica, l'assoggettamento di un ente, nella dinamica di un gruppo, può tramutarsi in un vero e proprio asservimento alla "politica" perseguita dalla *holding*: da qui il rilievo – anch'esso banale, ma fondamentale ai fini che in questa sede interessano – secondo cui il vantaggio complessivo dell'aggregato non sempre collima con l'interesse della singola unità societaria, celando anzi « una latente minaccia per coloro (…) le cui aspettative patrimoniali riposano, in via monopolistica, sulla situazione economica della singola monade » (61). Ecco, allora, che torna a profilarsi il quesito di partenza: la strumentalizzazione del patrimonio dell'affiliata, che si traduca in un suo immediato depauperamento e, dunque, in un pericolo per gli interessi dei creditori particolari della controllata, cadrà immancabilmente sotto la scure della bancarotta (per distrazione), in caso di successivo fallimento di quest'ultima?

Beninteso: nessun dubbio che condotte di spoliazione (e in tal senso la casistica può risultare alquanto varia, dalla cessione di beni a prezzi incongrui ai finanziamenti a fondo perduto ovvero al rilascio di garanzie, tanto per citare alcuni esempi) (62) possano colorarsi di tipicità – prescindendo qui da ulteriori connotazioni del tipo – ai sensi dell'art. 216 n. 1 l.fall. (e, quindi, di rimbalzo, dell'art. 223 comma 1 l.fall.). Il problema, semmai, è sperimentare anche l'eventuale attitudine (in senso lato) "esimente" dell'interesse "aggregato", nella perenne "ambivalenza" che contrassegna il rapporto di gruppo (63): al fondo, l'idea che l'incardinamento all'interno di una cornice sostanzialmente unitaria sia idoneo a mutare le condizioni di esercizio della singola impresa e, di conseguenza, il metro di convenienza – l'"imprenditorialità" stessa che, come visto, dovrebbe portare ad escludere la tipicità distrattiva degli atti di disposizione del fallito (64) – delle decisioni in seno ad essa assunte (65), dal momento che l'interesse "solipsistico" della consociata si combina con ulteriori e interagenti interessi, la cui sintesi si esprime – appunto – nell' 'interesse di gruppo' (66).

Il tema, naturalmente, non poteva essere ignorato dalla dottrina (67), né, attesane la ricorrenza nella prassi, dalla giurisprudenza; e ciò tanto più in seguito

(61) Ancora V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi*, cit., p. 3788, anche per gli ampi riferimenti bibliografici *ivi* riportati.

(62) Per un'ampia panoramica di esemplificazioni, correlate da riferimenti giurisprudenziali, G. COCCO, *Art. 223*, cit., pp. 1263 ss.

(63) In argomento G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., p. 432; A. MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 506 ss. Di "duplice fattorialità" parla anche A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., p. 170.

(64) *Supra*, cap. I, § 4.

(65) Analogamente V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi*, cit., p. 3791.

(66) Per tali osservazioni G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., pp. 431 ss.

(67) In tal senso si veda già C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., pp. 741 ss. Sul tema dei

all'esplicita epifania normativa della rilevanza penalistica del gruppo, ancorchè confinata in coda a una singola fattispecie incriminatrice (il riferimento, com'è ovvio, è all'art. 2634 comma 3 c.c.). Conviene stilizzare i termini del dibattito, utili per confermare considerazioni già svolte e in vista di riflessioni che verranno successivamente sviluppate (68).

(*a*) Quanto al primo formante, fondamentale punto di partenza è dato dalle (pionieristiche) osservazioni della più autorevole dottrina, che conservano intatta la propria attualità: suggerendo la macrocornice di gruppo una revisione in chiave teleologica dell'interesse protetto – giacchè « l'episodio singolo viene a innestarsi in una continuità e polivalenza di rapporti che rende fuorviante una considerazione isolata (…) » –, occorrerà guardare la vicenda da un'ampia angolatura, « che tenga conto delle ricadute di vario segno derivanti dall'inserimento nel gruppo », il depauperamento occasionale, in definitiva, « sfugge[ndo] all[a] categori[a] (…) della distrazione in quanto trovi adeguata contropartita in utilità patrimonialmente tangibili assicurate dall'appartenenza al gruppo (…), oppure in quanto risulti bilanciato da apposite compensazioni » (69). Una valutazione che sconta, senz'altro, un ineliminabile alone di elasticità, ma da cui l'interprete non può prescindere, pena la riduzione del concetto di distrazione – scollegato dalla sostanza economica – a « schem[a] formal[e] amputat[o] di ogni valenza offensiva » (70). Sviluppando tali "semi" teorici, poi, si è osservato, dilatando il campo delle possibili contropartite bilanciabili con l'atto dispositivo, che non necessariamente i vantaggi per la consociata debbono acquistare una pronta monetizzabilità né una diretta corrispettività rispetto al sacrificio impresso, oppure manifestarsi contestualmente ad esso, dovendosi procedere a una verifica globale, secondo il canone della razionalità economica (71): funzionando in tal caso la politica di gruppo, in quanto suscettibile di rimodulare il pregiudizio

---

gruppi, nella dottrina penalistica anteriore alla riforma dei reati societari, per tutti: L. CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 433; V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, *ivi*, 1998, p. 367. In argomento, inoltre, *ex aliis*: G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., pp. 430 ss.; C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., pp. 815 ss.; G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 1022.

(68) Cfr. in particolare *infra*, cap. V, § 4.2., quanto alla identica prospettiva *ex ante* nella valutazione dei piani di risanamento, nonché cap. VII, §§ 4 ss., quanto alla necessità di perimetrare il sindacato del giudice sulla tipicità delle condotte causative del dissesto ai sensi dell'art. 223 n. 1 l.fall.

(69) Così, magistralmente, C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., p. 826.

(70) *Ibidem*, p. 827.

(71) In questo senso C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 299-300; nella dottrina commercialistica, per tutti, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., pp. 730 ss. *Contra*, tuttavia, apparentemente, E. CORUCCI, *I reati di bancarotta e l'operazione "squilibrata" infragruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1014 ss.

patrimoniale in "costo", quale limite interno – lo si è già, del resto, segnalato – al concetto di distrazione (72).

Su questo fertile terreno teorico, il legislatore della riforma dei reati societari ha cristallizzato all'art. 2634 comma 3 c.c. la clausola c.d. dei "vantaggi compensativi", escludendo la nota di ingiustizia del profitto, della società beneficiaria consociata ovvero del gruppo, laddove compensato da vantaggi – conseguiti o fondatamente prevedibili – discendenti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo medesimo. Prescindendo, atteso il limitato angolo visuale che qui interessa, dal dibattito sulla natura dogmatica della previsione in parola (73), il riconoscimento penalistico – ancorchè all'interno di una disposizione settoriale – dell'interesse di gruppo e del vantaggio compensativo *lato sensu* esimente ha immediatamente sollevato l'interrogativo circa la capacità espansiva del principio in altri microsistemi normativi, su tutti quello penalfallimentare. Ampiamente maggioritaria (74), peraltro, l'opzione favorevole alla valenza generale della clausola fissata dall'art. 2634 comma 3 c.c., mutuata da una pluralità di argomenti – variamente graduabili: dall'intrinseca esclusione dell'essenza distrattiva nell'atto depauperativo infragruppo (75) ovvero alla natura scriminante della formula (76), all'ampio compasso letterale dell'art. 2634 comma 3 c.c., aperto da un *incipit* generico (77) e orbitante sul 'profitto' piuttosto che su specifici elementi tipologici dell'infedeltà patrimoniale (78), dall'assenza di dolo di distrazione in capo all'agente (79) alla sussistenza di un interesse proprio anche

(72) Così C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, cit., p. 745. Sulla connotazione in termini di "costo" di una determinata fuoriuscita patrimoniale cfr. anche *supra*, cap. I, § 4.

(73) In generale, per la natura scriminante della clausola, con i relativi corollari di sistema: F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei « vantaggi compensativi » nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 631; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., pp. 62-63; per la natura di elemento rivelatore dell'assenza di offensività concreta: V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi*, cit., p. 3810; per la funzione di esclusione del dolo, ancorchè incidente sulla tipicità, tra gli altri: E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 148; per il carattere di limite esegetico: C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, *in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 428; G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., pp. 439 e 451.

(74) In senso contrario a tale estensione, tra gli altri: E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i « vantaggi compensativi » ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1366 ss.; (pur segnalandone l'irragionevolezza) I. CARACCIOLI, *Gruppi di società e valenza "strategica" dell'art. 2634, comma 3, del codice civile*, in *Impr. comm. ind.*, 2003, p. 883.

(75) In tal senso C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, cit., p. 428; A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., p. 177.

(76) Così F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei « vantaggi compensativi »*, cit., pp. 630 ss.; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 63.

(77) Vale a dire dal sintagma "in ogni caso": così A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., p. 176.

(78) Essendo la clausola incentrata sul 'profitto': in argomento G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., p. 440.

(79) In proposito C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, cit., p. 427; E. CORUCCI, *I reati di bancarotta e l'operazione "squilibrata"*, cit., p. 1015.

della consociata apparentemente sacrificata (80), sino alla mancata riproduzione della clausola nel nuovo art. 2629 *bis* c.c. (a dimostrazione della sua universale cittadinanza) (81) e all'elencazione delle incongruenze sistematiche derivanti dall'accoglimento dell'opposta soluzione (82) – e senz'altro condivisibile.

(*b*) Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità ha registrato una netta svolta interpretativa, senz'altro accelerata proprio dalla previsione dell'art. 2634 comma 3 c.c., traghettando l'iniziale atteggiamento di intransigente negazione di qualsivoglia immanenza dell'interesse di gruppo (83) ad una (ormai acquisita) affermazione – almeno al livello dei principi – dell'efficacia esonerante della clausola anche innanzi a condotte potenzialmente bancarottiere (84).

Triplice l'argomentazione a sostegno dell'iniziale assunto restrittivo, riflessa: *i*) nel dato letterale, essendo la clausola esimente incastonata in una specifica figura delittuosa e – in quanto tale – non esportabile *aliunde*; *ii*) nella irriducibilità dei beni giuridici rispettivamente protetti dal diritto penale societario e fallimentare, il delitto di infedeltà patrimoniale tutelando, in particolare, il patrimonio sociale, laddove la bancarotta è orientata essenzialmente a preservare la garanzia per i creditori sociali; *iii*) nella diversità strutturale tra il reato societario e quello fallimentare (danno *vs.* pericolo; dolo specifico *vs.*, tendenzialmente, dolo generico). Sullo sfondo, e quale collante esegetico, frequente è il richiamo all'asserita incompatibilità tra la teoria dei vantaggi compensativi e l'autonomia patrimoniale delle singole società, potendo i rispettivi creditori azionare le proprie legittime pretese soltanto nei confronti dell'unità debitrice, e non già del gruppo quale entità giuridicamente autonoma.

---

(80) Per tale rilievo G. COCCO, *Art. 223*, cit., p. 1262.

(81) L'osservazione è di G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., p. 440.

(82) Compendiati da A. TRIPODI, *La rilevanza penale delle condotte distrattive*, cit., pp. 177-178, nelle considerazioni per cui uno stesso fatto potrebbe risultare lecito ai fini del diritto penale societario e illecito a seguito della declaratoria fallimentare, per cui il medesimo atto dispositivo si rivelerebbe lecito in sede civile e non in quella penale, e per cui l'esimente opererebbe laddove si sia verificato un danno per il patrimonio sociale (di danno essendo la fattispecie di cui all'art. 2634 c.c.) e non invece laddove il medesimo atto dispositivo determini soltanto un pericolo per la garanzia dei creditori (essendo la bancarotta reato di pericolo).

(83) Per l'orientamento volto a escludere la rilevanza esimente dell'interesse di gruppo ovvero, in generale, l'estensibilità della clausola *ex* art. 2634 comma 3 c.c. al di fuori della norma incriminatrice in cui è contenuta, volendo limitarsi alle pronunce più recenti: Cass. pen. sez. V, n. 23241/2003, in *CED Cass.*, rv. 224952; Cass. pen. sez. V, n. 29896/2002, in *CED Cass.*, rv. 222387; Cass. pen. sez. V, n. 36629/2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1359, con nota di E. GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i « vantaggi compensativi »*, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 12897/1999, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 1070/2000, in *CED Cass.*, rv. 215668.

(84) In giurisprudenza, per l'operatività del principio in termini generali, e, dunque, al settore penale fallimentare: Cass. pen. sez. V, n. 36764/2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 421, con nota di C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, cit. Peraltro, già in una pronuncia dell'anno precedente la V Sezione aveva mostrato una decisa apertura teorica alla generale operatività della clausola di cui all'art. 2634 comma 3 c.c.: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 10688/2005, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 373, con nota di G.L. PERDONÒ, *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*.

Perdurante il silenzio legislativo, a far data da un arresto del 2006 la giurisprudenza di legittimità ha mutato radicalmente (ma definitivamente?) (85) il proprio orientamento; postulato il ruolo meramente ricognitivo dell'art. 2634 comma 3 c.c., sul terreno del diritto positivo, di principi già desumibili in chiave sistematica, la Suprema Corte enuclea i pilastri della attitudine esimente del vantaggio compensativo, compendiabili:

(α) nella circostanza che i benefici indiretti per la società sacrificata siano connessi a un vantaggio complessivo del gruppo e idonei a compensare efficacemente l'immediato pregiudizio patrimoniale per la fallita a favore di altra consociata;

(β) nella cristallizzazione di tale ultimo giudizio secondo il metro della prognosi postuma (orientato dalla ragionevole previsione dell'agente in ordine alla complessiva neutralità dell'atto dispositivo per le ragioni dei creditori) (86), dunque non circoscritto al ritorno compensativo immediato per l'ente depauperato (87).

Ciò che si completa, *via negationis*, attraverso la preclusione dell'effetto liberatorio laddove la consociata pregiudicata (e poi fallita) oppure la beneficiaria versassero già all'epoca dell'operazione in stato di crisi irreversibile (88): in ambedue i casi difettando qualunque razionalità economica *ex ante* a sostegno dell'atto dispositivo, vuoi perché l'insolvenza dell'ente depauperato impedisce allo stesso di godere di vantaggi di ritorno non immediati, vuoi perché la decozione della consociata beneficiaria illumina il carattere meramente e definitivamente depauperatorio del trasferimento di ricchezza compiuto a suo vantaggio (89). E, quanto all'onere della prova, addossando all'imputato il rischio

(85) La giurisprudenza successiva sembra assestata sull'assunto della valenza generale dell'esimente in parola: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 41293/2008, in *CED Cass.*, rv. 241599; Cass. pen. sez. V, n. 48518/2011, in *CED Cass.*, rv. 251536; Cass. pen. sez. V, n. 29036/2012, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 854, con nota di M. CASELLATO; Cass. pen. sez. V, n. 44963/2012, in *CED Cass.*, rv. 254519; Cass. pen. sez. V, n. 49787/2013, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 435, con nota di D. FALCINELLI, *Riflessioni* in progress: *la clausola dei* vantaggi compensativi infragruppo *e i principi di sistema dell'offensività (penale) in concreto*; Cass. pen. sez. V, n. 7079/2016, in *CED Cass.*, rv. 266512; Cass. pen. sez. V, n. 46689/2016, in *CED Cass.*, rv. 268673.

(86) *Contra*, apparentemente, nel senso che solo l'effettivo "saldo finale positivo" delle operazioni compiute sia idoneo a elidere la natura distrattiva dell'atto dispositivo, Cass. pen. sez. V, n. 29036/2012, cit., p. 854.

(87) *Amplius*, sul punto, G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice*, cit., pp. 1036 ss.

(88) In argomento, ancora, G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice*, cit., p. 1041; nella dottrina commercialistica, per tutti, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 732. In giurisprudenza, Cass. pen. sez. V, n. 30212/2017, in *CED Cass.*, rv. 270872; Cass. pen. sez. V, n. 20039/2013, in *CED Cass.*, rv. 255646. Sul tema, a valle delle riflessioni sul ruolo della 'crisi' nelle fattispecie di bancarotta fraudolenta prefallimentare, si veda anche *infra*, cap. VI, § 5.

(89) Analogamente, in dottrina: C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta*, cit., p. 428; V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi*, cit., pp. 3811-3812; C. PEDRAZZI, *Art. 223*,

della mancata dimostrazione in ordine all'esistenza del vantaggio compensativo (90).

Naturalmente, gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza – ove funzionali ad ancorare le condotte di bancarotta fraudolenta a una nota comune di pericolo concreto – meritano il più ampio apprezzamento, pur nella marginalità di effettive applicazioni dei principi nella *law in action* (91).

Oltre alla tendenziale ritrosia giurisprudenziale a tradurre le premesse teoriche in pronunce assolutorie (92), resta peraltro viva l'impressione di un impegno solo parzialmente concluso. Se non ci si inganna, infatti, il riconoscimento di un riverbero *in bonam partem* del vantaggio compensativo si iscrive nel più generale tema della tipicità e della offensività della bancarotta prefallimentare (93): l'intera vicenda, in effetti, si declina in una manipolazione suscettibile di soddisfare, seppure attraverso un iniziale pregiudizio, l'interesse della società sacrificata, in quanto neutralizzata da un avvenimento di segno contrario anche solo, *ex ante*, ragionevolmente prevedibile.

Viene allora da chiedersi se, ancor prima di importare nel sistema della bancarotta prefallimentare la clausola di cui all'art. 2634 comma 3 c.c. (94), il *rationale* trasfuso nella disposizione codicistica non ribadisca l'impossibilità di ricondurre a condotte distrattive atti effettivamente imprenditoriali (95); tema al quale, evidentemente, s'intreccia la ricerca di elementi costitutivi impliciti alla

---

cit., p. 300 (in particolare nota 22). In giurisprudenza: Cass. pen. sez. V, n. 4410/2008, in *Giur. comm.*, 2008, p. 764, con nota di E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*; Cass. pen. sez. V, n. 39546/2008, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1011 (s.m.), con nota di E. CORUCCI, *I reati di bancarotta e l'operazione "squilibrata"*, cit.

(90) Per tutte, Cass. pen. sez. V, n. 48518/2011, cit. *Contra*, nel senso della sufficienza di una mera allegazione, da parte dell'interessato, di elementi atti ad individuare il disegno imprenditoriale, G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice*, cit., p. 1043.

(91) In argomento A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 104 ss. Esclude qualunque efficacia esimente della clausola rispetto a condotte dissipative G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., p. 454.Per le possibili interrelazioni tra la tematica dei gruppi e le ipotesi di bancarotta semplice si veda invece G. COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice*, cit., pp. 1052 ss.

(92) Sottolinea questo aspetto F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 92. Per una recente applicazione giurisprudenziale dell'istituto dei vantaggi compensativi, tuttavia, Cass. pen. sez. V, n. 16206/2017, in *Cass. pen.*, 2018, p. 336, con nota di E. BOZHEKU, *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragruppo*, *ivi*, p. 340.

(93) In tal senso, in dottrina, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 109, il quale, pur accostando l'atto di gestione infragruppo al tema dei piani di risanamento (e alle modalità e ai limiti del relativo giudizio di fattibilità, sulla scorta del disposto dell'art. 2497 *ter* c.c.), rimarca la necessità di non impostare l'analisi sul terreno "improprio" dell'art. 2634 comma 3 c.c., valorizzando piuttosto il principio di offensività.

(94) Sulla opportunità, in ogni caso, dell'inserimento espresso di una clausola che disciplini il fenomeno infragruppo, in dottrina, G.L. PERDONÒ, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari*, cit., p. 455.

(95) L'affinità concettuale è acutamente colta da A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 108 ss.

fattispecie tipica, che valgano con più decisione a lumeggiarne, oltre lo steccato segnato dalla dinamica dei gruppi di società, l'aderenza al paradigma del pericolo concreto: interrogativi su cui, allora, converrà più diffusamente ritornare (96).

## SEZIONE II

## Tecniche di tipizzazione e verifica di ragionevolezza delle fattispecie di bancarotta

« C'è un dato ancor più
inquietante: la comminatoria
di pene severissime per
condotte la cui struttura tipica
prescinde da un nesso materiale
e psichico con il dissesto » (97)

### 6. Osservazioni introduttive, ipotesi di lavoro e campo d'indagine.

Una prima nota di potenziale irragionevolezza, sul piano sanzionatorio, s'è già osservata quale corollario della gemmazione della bancarotta societaria dal troncone della bancarotta "propria", da cui ha mutuato – con buona pace della differente "risonanza lesiva" delle rispettive fattispecie – anche la comminatoria edittale.

Questa evidente incongruenza nella valutazione politico-criminale del legislatore in punto di appendice sanzionatoria, tuttavia, potrebbe trovare un rimedio nel potere discrezionale riservato al giudice, a mente dell'art. 133 c.p., nella individuazione della pena concretamente inflitta. A parità di beni giuridici presidiati – la tutela patrimoniale della collettività dei creditori, l'ostensibilità della situazione economica dell'impresa a essa servente, e, ancora, la *par condicio creditorum* – e nell'equivalenza dei modelli di reato disegnati dalla legge – richiamando "in blocco" l'art. 223 comma 1 l.fall. il disposto dell'art. 216 l.fall., e, dunque, anche i relativi nuclei di disvalore (98) –, insomma, l'ampia forbice edittale consente di modellare la reazione repressiva sull'effettiva cifra lesiva della specifica vicenda fattuale; una mitigazione non raffinata e senz'altro sbilanciata sul terreno della pratica operativa, che, forse, recupererebbe l'equiparazione dei trattamenti sanzionatori al novero delle opzioni criticabili, ma non necessariamente affette da irragionevolezza.

(96) *Infra*, rispettivamente, capp. VI e VII, *passim*.

(97) C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa*, cit., p. 649.

(98) Ai fini che qui rilevano, interessando soprattutto la conformazione "strutturale" delle fattispecie, si assume, per comodità d'analisi, l'identità tra la condotta di bancarotta patrimoniale dell'imprenditore individuale e quella realizzata in seno all'impresa societaria: si esamineranno più avanti le ragioni che depongono, sul piano teorico, nel senso di tale identità: cfr. *infra*, cap. VI, § 4.3.

Il discorso potrebbe però mutare nella misura in cui una consona diversificazione dei quadri edittali non accompagni l'alterazione delle componenti strutturali delle singole fattispecie di bancarotta (così differenziate in ordine allo stesso archetipo lesivo da esse innervato) (99).

Uno sguardo sommario alla tassonomia di alcune figure delittuose, in effetti, sembrerebbe registrare un simile tratto di eccentricità. Emerge con evidenza, infatti, l'alternativo impiego, da parte del legislatore, dei paradigmi del reato d'evento e del reato di condotta nella selezione dei tipi: scelta da cui – in luogo della fisiologica progressione nella severità delle comminatorie edittali, in proporzione con il *climax* lesivo sotteso ai differenti modelli d'incriminazione – non deriva tuttavia alcuna discontinuità sanzionatoria.

Il riferimento non si esaurisce nel raffronto, per così dire, *ab estrinseco* tra fattispecie reciprocamente autonome (si pensi, emblematicamente, alle due declinazioni della bancarotta societaria disegnate, rispettivamente, dal comma 1 e dal capoverso dell'art. 223 l.fall.), ma ridonda anche all'interno di singole previsioni delittuose (è il caso, ad es., dell'art. 217 l.fall., laddove un n. 4 marcatamente calibrato su un evento naturalistico si affianca a sottoclassi imperniate sul mero disvalore di condotta).

Beninteso: non si vuole qui alludere al profilo, pure cruciale, della corretta descrizione dell' "evento" nelle fattispecie (anche di bancarotta) causalmente orientate, né all'esigenza – fondamentale, ancorchè apparentemente trascurata in sede di poiesi normativa – di irrorare la bancarotta patrimoniale *ex* art. 216 (e 223) l.fall. di un congruo momento effettuale, così estrapolandone le sfumature inespresse sul terreno del pericolo concreto: aspetti sui quali si avrà ampiamente occasione di ritornare a tempo debito (100), anche alla luce delle considerazioni che si vanno ora svolgendo. Neppure, data l'economia della presente indagine, si intende prendere posizione sulla necessità (o meno) di cristallizzare un "evento" nella totalità delle fattispecie delittuose dolose (101) ovvero, piuttosto, almeno

(99) Si tralascia in questa sede l'ulteriore irrazionalità derivante dal ritocco verso l'alto della cornice edittale dell'art. 218 l.fall., che ha spezzato il complessivo equilibrio che reggeva i rapporti tra il reato di ricorso abusivo al credito e le contigue fattispecie di bancarotta: tra gli altri, A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali,* in *Riv. it. dir. proc. pen,* 2006, p. 895, e, da ultimo, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 111 ss.

(100) *Infra*, capp. IV, VI e VII, *passim*.

(101) La bibliografia sul punto, naturalmente centrale nella dogmatica penalistica, è sterminata, e sarebbe impensabile richiamarla anche in sintesi. Giova qui unicamente rammentare, nella dottrina italiana, le differenti posizioni di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, in particolare pp. 113 ss., che opta per la tesi della necessità di un evento, in termini di danno o di pericolo, quale requisito indispensabile di ogni figura delittuosa, « nell'ambito delle fattispecie delittuose la ("necessaria") presenza dell'evento mira[ndo] a realizzare un più intimo collegamento tra l'*evento* – il "sostrato di fatto" – indice dell'offesa e l'offesa medesima » (*ivi*, p. 118; corsivi dell'A.), nonché contribuendo a garantire maggiormente il rispetto dei principi di proporzione e sussidiarietà la previsione di un risultato oggettivo esterno alla condotta delittuosa (*ivi*, pp. 123-124); e quella, critica con la prima, nel quadro della anticipazione dell'elemento soggettivo nel fatto tipico (e,

ove quest'ultimo non sia espressamente richiamato, sulla percorribilità/opportunità dogmatica di accentuare il fulcro del disvalore tipico nell'azione. Quel che – assai più modestamente – si intende per il momento rilevare, semmai, è un dato puramente descrittivo, quasi "genetico", riflesso nella tecnica di costruzione delle fattispecie penali fallimentari, che segna l'oscillazione del legislatore storico da una netta polarizzazione sull'evento a una accentuata concentrazione del disvalore nella condotta tipica.

Tanto nella bancarotta semplice quanto nella bancarotta societaria – ecco, in altre parole, il punto – coesistono fattispecie diversissime quanto a modalità di lesione al bene presidiato, con inevitabili avanzamenti e arretramenti della tutela, cui a tutta prima non s'accompagna, in un coerente disegno di criminalizzazione, una logica distinzione nella dosimetria edittale. Volendo abbozzare un'ipotesi di lavoro, insomma, l'impressione, in prima battuta, è che il sistema sia contrassegnato dalla costante commistione del normo-tipo del reato di evento dannoso (102) con il modello del reato di pericolo, così finendo per perdere di vista le differenti gradazioni lesive immanenti a ciascuno dei diversi paradigmi d'incriminazione: scolorendo, quale inevitabile corollario, in un inopinato "grigio" sanzionatorio.

Se a ciò si aggiunge che all'interno dello stesso *genus* delittuoso – ad es., quello imperniato sul disvalore d'evento – si accostano diverse direttrici di tipizzazione, con evidenti sfasature nell'equilibrio intrinseco (e reciproco) delle singole figure, la ricerca di un filo conduttore diviene ancor più accidentata. Si prenda ad esempio, riservando all'analisi successiva un più accurato esame, il sottosistema della bancarotta societaria delineato dal capoverso dell'art. 223 l.fall., contrassegnato da figure accomunate da un identico disvalore d'evento (seppur di volta in volta indicato nel "dissesto" ovvero nel "fallimento"): in esso convivono fattispecie, già ad un approccio superficiale, profondamente distoniche sul piano della cernita delle modalità dell'azione (reati a forma vincolata *vs.* reati a forma libera ↔ bancarotta da reato societario *vs.* cagionamento "con dolo" del fallimento) ovvero del coefficiente soggettivo tipico (pregnanza, più o meno intensa, dell'elemento doloso *vs.* scivolamento verso l'illecito preterintenzionale

essenzialmente, nelle note della condotta tipica), di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, particolarmente pp. 212 ss., che sottolinea tra l'altro come l'impostazione ricostruttiva del reato muovendo dall'evento non varrebbe né ad offrire un'analisi della struttura di quest'ultimo più confacente alla realtà normativa né a garantire il rispetto del "volto costituzionale" dell'illecito penale. Sottolinea la centralità del disvalore di condotta – asse portante su cui poggia la responsabilità – anche F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004, p. 16, del quale si condivide la critica alla categoria dell'evento "in senso giuridico" (*ivi*, p. 42), non costituendo esso un elemento del fatto tipico, ma, a ben vedere, unicamente il complessivo contenuto di disvalore del reato.

(102) Si impiega una terminologia volutamente generica, senza particolare impegno sul terreno dogmatico, funzionale unicamente all'obiettivo d'analisi qui perseguito.

↔ bancarotta da reato societario e bancarotta impropria con dolo, da un lato, bancarotta per effetto di operazioni dolose, dall'altro).

Un'ultima avvertenza: non si intende affatto disconoscere che il bene giuridico di categoria, di schietta impronta patrimoniale (103), sia aggredibile già allo stadio del semplice pericolo; né, all'opposto estremo, che detto pregiudizio "arretrato" valga a riassumere in sé la gamma delle possibili lesioni, pure ipotizzabili, quindi, anche in veste d'evento dannoso. Sicchè, in via di principio, non esaurendosi il pregiudizio nella sola condotta, « il legislatore è certamente libero di configurare il reato come di "mera" condotta (…) al fine di anticipare la tutela » (104). È chiaro, peraltro, che l'unitarietà del giudizio di disvalore, trasfuso in una omogenea controspinta sanzionatoria, in relazione a lesioni coagulate attorno a differenti modelli d'incriminazione (l'uno, espressione di una tutela più avanzata, polarizzato sull'evento; l'altro con tutela anticipata allo sbocco pericoloso della condotta tipica), si giustifica solo in quanto la differenza "quantitativa" dei livelli d'offesa sia adeguatamente compensata da ulteriori "spie" di disvalore che, magari anche implicitamente, arricchiscano le fattispecie più povere sul piano dell'offesa (105); pena, altrimenti, la conferma dell'ipotesi iniziale, vale a dire di un'equazione edittale tra grandezze lesive disomogenee difficilmente compatibile con i principi di ragionevolezza e proporzione (106).

L'analisi che segue, dunque, si propone di scomporre le singole varianti di bancarotta, scandagliandone – nella chiave di lettura offerta dai diversi schemi d'incriminazione – gli elementi costitutivi alla ricerca di un *rationale* politico-criminale che, ove sussistente, ne fondi positivamente le dosimetrie edittali.

Il procedimento di 'falsificazione' dell'assunto di partenza (*id est*: irragionevolezza complessiva del sistema) muoverà dal raffronto tra i diversi tipi delineati nelle norme incriminatrici, isolandone i nuclei di disvalore (§ 7 e 8); si può anticipare sin da ora che esso risulterà corroborato solo in linea tendenziale, in relazione alle fattispecie di maggiore 'effettività', ma non invariabilmente confermato (§ 9).

(103) Cfr. in dettaglio infra, cap. IV, §§ 2 ss.

(104) Così F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, cit., p. 44.

(105) Imprescindibile, anche in ordine alla tipizzazione dei vari nuclei di disvalore del reato, C. PERINI – F. CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., pp. 53 ss.

(106) Valga rimarcare la recente rivitalizzazione del principio di offensività, declinato in chiave di proporzione intrinseca tra fatto-reato ed entità della comminatoria edittale, a prescindere dalla necessaria ravvisabilità di un *tertium comparationis*, registratasi nella giurisprudenza costituzionale; il riferimento, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 567 comma 2 c.p., è a Corte Cost., n. 236/2016, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*.

## 7. Le sottoclassi di bancarotta semplice, individuale e societaria.

Giova prendere le mosse dall'analisi delle singole *declinazioni della bancarotta semplice*, inconcepibile, già a prima vista, come figura unitaria, e calibrata piuttosto su un « raggruppamento di fattispecie strutturalmente ben diversificate, omogenee solo sul piano lesivo » (107). Abbiamo già preso posizione (108), anche in prospettiva di riforma, sulla scelta legislativa di tipizzazione delle condotte secondo un metodo casistico, piuttosto che di ricorso a una formulazione sintetica della fattispecie (109); ora preme piuttosto analizzare le singole varianti delittuose patrimoniali, polarizzandole attorno ai rispettivi nuclei di disvalore, per valutare se la scelta di un unico sfondo edittale sia coerente con le modalità di lesione tratteggiate dalla norma incriminatrice. Esaurita la disamina delle previsioni ritagliate sull'imprenditore individuale (con l'esclusione della figura di cui al n. 5 dell'art. 217 l.fall., che si riduce a poco più di un fuor d'opera legislativo), si passerà ad esaminare le fattispecie veicolate dall'art. 224 l.fall. (in ampia misura, come visto in precedenza, individuate *per relationem* a quelle contemplate dall'art. 217 l.fall.). Sulla scorta della dottrina dominante (110), si darà peraltro per acquisito – nei limiti cui si è dianzi accennato – che le ramificazioni della bancarotta semplice patrimoniale oggetto d'analisi siano qualificate anche in termini colposi: la stessa relazione ministeriale, del resto, parla di fattispecie raggruppate « in quattro ipotesi fondamentali di colpa » (111).

(107) Così C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 137.

(108) Con una convinta adesione all'impostazione "frammentaria" prescelta dal legislatore: cfr. *supra*, cap. I, § 4.

(109) Nettamente a favore della prima impostazione, come visto, C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 137, che definisce addirittura una "benedizione" la frammentarietà del quadro tipico, pur riconducibile all'arretratezza della tecnica legislativa, giacchè impone una netta caratterizzazione delle singole condotte e, soprattutto, impedisce la criminalizzazione dello stesso rischio imprenditoriale. A favore del superamento dell'attuale formulazione, invece, la maggior parte della dottrina: tra i tanti, P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta. Studi*, Padova, 1982, p. 300, il quale auspica la riscrittura dell'art. 217 l.fall., ancorando la pena al fatto dell'imprenditore o del soggetto qualificato in seno all'impresa collettiva che involontariamente cagioni o aggravi il dissesto dell'impresa con azioni od omissioni imprudenti e in ogni caso contrarie a specifici obblighi di legge; nonché, per specifiche ipotesi di riforma, A. CARMONA, *La bancarotta semplice*, cit., pp. 25 ss.

(110) Per una cernita delle varie impostazioni dottrinali, quasi unanimi nell'ammettere la declinabilità della bancarotta semplice (anche) in forma colposa, D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 610.

(111) Così la Relazione Ministeriale, n. 52. Particolarmente critico, in ordine alla configurabilità di alcune delle ipotesi di bancarotta semplice patrimoniale in termini sia dolosi che colposi, M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 404, che sottolinea la violazione, in tal caso, del principio di uguaglianza, le varie figure connotandosi per una diversità di disvalori soggettivi inconciliabile con l'identità delle cornici edittali. Il discorso, come si vedrà appresso, sembra tuttavia più articolato, dovendosi necessariamente estendere l'attenzione alla totalità dei nuclei di disvalore delle singole previsioni delittuose.

*a*) Seguendo l'ordine suggerito dalla numerazione legislativa, si può anzitutto rilavare la *sostanziale omogeneità* (112), in termini di costruzione normativa, *delle prime due ipotesi* delittuose, rispettivamente orbitanti attorno alla eccessività, con riguardo alla condizione economica del soggetto attivo, delle spese personali o per la famiglia, e alla consumazione di una notevole parte del patrimonio in operazioni di "pura sorte" o "manifestamente imprudenti" (113). Evidente appare la rima di discontinuità con i fatti descritti ai nn. 3 e 4, viceversa ambientati in un significativo disvalore di contesto: la tipicità delle fattispecie qui considerate, infatti, prescinde dallo stato di crisi (inteso in termini a-tecnici) dell'imprenditore (114), che invece connota decisivamente le figure contigue. D'altra parte, a difettare, quanto al n. 1, è altresì un evento in senso naturalistico, ravvisabile invece nella consumazione di una notevole porzione della garanzia nel caso del n. 2. Si tratta, tuttavia, di uno scarto più apparente che reale, in entrambe le fattispecie il disvalore poggiando, piuttosto, sui caratteri intrinseci dei comportamenti tipici – l'eccessività in relazione alle condizioni patrimoniali; la manifesta imprudenza e la pura sorte – che in controluce segnano la cesura rispetto al rischio penalmente consentito all'imprenditore, esponendo le ragioni dei creditori a un pericolo non (più) tollerato. La stessa formulazione del n. 2, a ben guardare, aggancia il dato quantitativo già alla condotta tipica, censurando l'imprenditore che arrischia una consistente frazione del proprio patrimonio (vincolato alla funzione di garanzia) (115): sicchè, più che all'evento terminale del reato, la "consumazione" qualificata del patrimonio sembra in realtà alludere all'attentato alla garanzia e, dunque, al pericolo concreto per gli interessi dei creditori (116).

A colorare nettamente i nn. 1 e 2 dell'art. 217 l.fall., facendone così convergere le strutture, soccorre, poi, l' « immanente finalismo » (117) che, al pari di quanto del resto si registra nel contesto del n. 3, orienta le condotte: da un lato, il soddisfacimento di esigenze di vita "ragionevoli", dall'altro, il perseguimento "spericolato" di uno scopo lucrativo (valendo l' "imprenditorialità" della scelta e la persistenza dello scopo *ex se* lecito, almeno nella *law in the books*,

(112) Definisce "esangue", in generale, la descrizione delle condotte di bancarotta semplice D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 610.

(113) Sulla funzione di "limite estremo" alla rilevanza penale dei rischi strettamente imprenditoriali della previsione delittuosa in esame cfr. ancora *supra*, cap. I, § 4.

(114) Sul punto, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., pp. 140-141; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 405; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 163. In senso difforme, invece, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 28; *contra*, ritenendo sussistente anche per tali ipotesi di bancarotta semplice il limite implicito dato dallo stato di insolvenza (dunque la 'zona di rischio penale': cfr. *infra*, cap. IV, § 3.2.), P. NUVOLONE, (voce) *Fallimento*, cit., p. 483.

(115) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 159.

(116) Se così non fosse, l'ipotesi in esame rischierebbe di tramutarsi in un doppione (ovvero, addirittura, in figura più generale) del n. 4, divenendo la consumazione di una notevole parte del patrimonio nient'altro che un sinonimo dell'aggravamento del dissesto; in tal senso, invece, C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 160.

(117) L'espressione è ancora di C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 145.

ad escludere i cromosomi della fraudolenza, come già osservato) (118). Il contrassegno teleologico delle condotte contribuisce, d'altronde, a isolare correttamente il sostrato psicologico delle figure (119): pur senz'altro radicate in una cornice colposa (120), il finalismo tipico – che vale a mantenere nell'art. 217 l.fall. il parametro di riferimento – consente di evocare il dolo eventuale (altrimenti destinato a innervare già lo schema della bancarotta fraudolenta, che in assenza di tali finalità tornerebbe ad espandersi « in tutta la sua potenzialità concettuale ») (121) quale ultima frontiera soggettiva delle forme di bancarotta semplice qui esaminate.

*b*) La forma più periferica del dolo attinge, in forza di analoghe considerazioni, anche la *variante tipizzata all'alinea successivo*, benchè saldamente *ancorata in una dimensione di crisi* dell'impresa, ormai proiettata verso l'*exitus* fallimentare. La tipologia di operazioni realizzate e l'ambientamento in una situazione di dissesto lumeggiano, a ben vedere, la consapevolezza in ordine agli elementi di fattispecie: da cui, appunto, la configurabilità anche in forma di dolo eventuale (122).

Nell'orizzonte del n. 3 dell'art. 217 l.fall., anzi, il finalismo soggettivo della condotta – indicata con un sostantivo comunque di stampo "economico" (123) – diviene assolutamente preponderante: a nulla rileva l'adeguatezza dell' "operazione" rispetto allo scopo (tipico) perseguito, contando unicamente la strumentalità dell'espediente realizzato al procrastinamento della declaratoria fallimentare ormai incombente. Di qui, dunque, il recupero del disvalore di contesto: la particolare situazione aziendale impone all'imprenditore di chiedere il proprio fallimento, piuttosto che il ricorso a tentativi disperati di dilazione che – in ragione della peculiare congiuntura patrimoniale dell'impresa – riflettono la facile prevedibilità di un aggravamento del quadro economico (e, dunque, del pericolo per le ragioni dei creditori), pur non richiesto espressamente dal tipo, apparendo – già con metro *ex ante* – assolutamente rovinosi (124).

*c*) Ben altro, invece, lo spartito su cui si organizza la *fattispecie disegnata dal n. 4*, focalizzata sull'*evento dannoso* costituito dall'aggravamento del dissesto: evento che muta la stessa tecnica descrittiva impiegata dal legislatore, con il

(118) Cfr. nuovamente *supra*, cap. I, § 4.

(119) Fondamentale C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., pp. 146-148.

(120) *Contra*, nel senso della configurabilità del n. 1 a solo titolo di dolo, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 102.

(121) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 148.

(122) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 164; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 167.

(123) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 161.

(124) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., pp. 162-163; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 204.

ricorso a una tipizzazione sostanzialmente sintetica (trasfusa nel sintagma "altra grave colpa") (125), tipica delle figure a forma libera (126).

A scongiurare i rischi di una incriminazione "a tappeto", con delega al giudice del sindacato su qualsivoglia errore gestionale dell'imprenditore, sovvengono peraltro ulteriori fattori di tipizzazione, dati (*i*) dallo stato di dissesto in cui prende forma la condotta (emblematico, in tal senso, l'utilizzo del verbo "aggravare") e (*ii*) dalla gravità della colpa (127) che colora il contegno del soggetto attivo, vuoi nella forma espressa dell'omessa richiesta del proprio fallimento, vuoi nelle ulteriori modalità esecutive che la legge attrae nell'orbita della fattispecie (128).

A fronte di un accentuato disvalore d'evento (*sub specie* compromissione effettiva della garanzia), al contempo, si rivelano circoscritto il disvalore soggettivo (la fattispecie muovendosi su binari esclusivamente colposi) (129) e attenuato il disvalore di condotta, che, pur non potendo prescindere dalla qualificazione in termini di gravità della "colpa", risulta meno significativamente caratterizzata rispetto ai comportamenti proscritti nelle figure limitrofe (130) (al riparo da qualsivoglia connotazione finalistica) (131).

*d*) Oltre alla rozza trasposizione delle condotte appena esaminate – con tutte le perplessità del caso, come già osservato (132) – nel contesto societario, l'*art. 224 l.fall.* amplia il tipo della bancarotta semplice attraverso l'incriminazione dei gestori dell'impresa per il cagionamento o l'aggravamento del dissesto "con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge". Riecheggia chiaramente, già *ictu oculi*, il paradigma dell'art. 217 n. 4, ancorchè – come si è efficacemente evidenziato – « con una significativa radicalizzazione: ipotizzare accanto all'aggravamento la causazione del dissesto equivale a non circoscrivere l'operatività a situazioni aziendali già compromesse contrassegnate da un dissesto già in atto o in via di maturazione per impulso di fattori esterni » (133). Il che

(125) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 138.

(126) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 165; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 407. Non certo, tuttavia, indeterminata: così, invece, A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 67.

(127) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 169 e 172; *contra*, per la declinabilità del reato anche in termini dolosi, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 103-104.

(128) In giurisprudenza, per la valorizzazione dell'estremo di gravità della colpa in capo all'imprenditore, Cass. pen. sez. V, n. 43414/2013, in *CED Cass.*, rv. 257533; Cass. pen. sez. V, n. 38077/2015, in *CED Cass.*, rv. 264743.

(129) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., pp. 149-150, che giustamente rileva che un atteggiamento doloso (ancorchè in termini di dolo eventuale) rispetto all'aggravamento del dissesto basterebbe *ex se* a far refluire il comportamento dell'imprenditore entro lo schema della bancarotta fraudolenta.

(130) Non descritta, ad es., nelle forme delle operazioni ovvero dell'impiego di una parte notevole del patrimonio: in tema C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 166.

(131) C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 167.

(132) *Supra*, § 4.

(133) C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 334.

significa, per riprendere la terminologia sin qui impiegata, che l'evento qualificante rappresentato dal dissesto – con il danno ad esso correlato – assurge a vero perno di fattispecie: non solo per la dequotazione del disvalore di contesto (ancorchè calato nella cornice societaria), che apre così il ventaglio delle condotte potenzialmente tipiche, ma anche per la minor pregnanza della "colpa", definita quale inosservanza degli obblighi di legge (derivanti dalla natura dell'incarico ricoperto nell'impresa collettiva) (134).

Vero è, peraltro, che la stessa "inosservanza" contribuisce, sotto diverso profilo, a selezionare le modalità del comportamento tipico, recuperandolo (oltre che, naturalmente, a una accettabile dose di tassatività) a un più marcato disvalore di condotta (135): condotta plasmata (136), dalla funzione rivestita dal soggetto in seno all'organismo, con ciò ancorando la fattispecie al modello dei reati d'obbligo (137).

Volendo sintetizzare in chiave sinottica quanto ora esposto, nelle forme di relazioni di equivalenza, si avrebbe:

*i*) bancarotta semplice da spese personali o per la famiglia "eccessive":

$$[-ds(A)] + ds(C) + ds(Id) + [-ds(E)] = ds(R)$$

*ii*) bancarotta semplice da consumazione di notevole parte del patrimonio:

$$[-ds(A)] + ds(C) + ds(Id) + \{ds(E)\} = ds(R)$$

*iii*) bancarotta semplice da ritardato fallimento:

$$ds(A) + ds(C) + ds(Id) + [-ds(E)] = ds(R)$$

*iv*) bancarotta semplice da aggravamento del dissesto:

$$ds(A) + [-ds(C)] + ds(Ic) + ds(E) = ds(R)$$

*v*) bancarotta semplice societaria da cagionamento del dissesto:

$$[-ds(A)] + ds(C) + ds(Ic) + ds(E) = ds(R)$$

dove ds(C) corrisponde al disvalore di condotta, ds(A) al disvalore di contesto, ds(I) al disvalore d'intenzione (nelle due varianti, dolosa – ds(Id) – e colposa – ds(Ic) –), ds(E), in generale, la disvalore d'evento e, infine, ds(R) al disvalore complessivo del reato (ovviamente riassunto nella pena comminata: reclusione da sei mesi a due anni). Il simbolo "-" sta a sua volta ad indicare l'assenza ovvero la trascurabilità di un particolare nucleo di disvalore nell'economia

(134) C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., pp. 338 ss.

(135) Con ciò, secondo parte della dottrina, dovendosi qualificare la fattispecie in esame come reato "a forma vincolata": cfr. C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 336.

(136) Cfr. ancora *supra*, § 4.

(137) Per la riconduzione, più in generale, di tutti i reati propri alla categoria dei reati d'obbligo, sulla scorta dell'ampia definizione di questi ultimi prospettata nella dottrina tedesca da K. Roxin, G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 368.

della fattispecie (138), mentre le parentesi {} avvertono circa la possibile presenza di un evento implicito.

## 8. Le figure di bancarotta societaria fraudolenta.

Venendo alle ipotesi di bancarotta fraudolenta, le fattispecie variamente disegnate dall'art. 223 l.fall. assurgono ad ideale cartina di tornasole della fondatezza dell'ipotesi iniziale: tralasciando le figure documentali (pure contrassegnate, internamente, da sottoclassi d'evento e di mera condotta), la lettura dei tipi delittuosi restituisce infatti l'impiego di paradigmi d'incriminazione notevolmente differenziati, nei quali a mutare è addirittura il ruolo riservato al "fallimento".

Procediamo dunque per gradi, principiando, nuovamente (e nei limiti strettamente indispensabili per condurre l'indagine), con la scomposizione analitica dei singoli paradigmi alla ricerca dei nuclei di disvalore.

(α) Senza sviscerare, per il momento, ulteriori e più profondi legami tra la condotta e il "contesto" che la permea (139), balza immediatamente all'occhio l'intima *pregnanza lesiva delle condotte elencate dall'art. 216 l.fall.* (e, di rimando, dall'art. 223 comma 1 l.fall.), l'esposizione a pericolo della garanzia per i creditori – quale concetto di relazione su cui misurare l'effettiva incidenza lesiva dello schema comportamentale tipizzato dalla norma incriminatrice – fungendo da requisito implicito di fattispecie, essenziale per attrarre la bancarotta patrimoniale al campo concettuale dei reati di pericolo concreto.

Evidente la tecnica d'incriminazione, in cui l'assenza di un evento in termini naturalistici è compensata, sul piano del disvalore, dall'immanente carica di pericolosità – già sul piano descrittivo – delle condotte tipiche, a loro volta veicolanti nel perimetro di tipicità l'offesa, inespressa sulla superficie letterale: il tutto, naturalmente, a condizione che in seguito subentri la declaratoria fallimentare, come vedremo da inquadrarsi quale mera condizione obiettiva di punibilità (estrinseca) (140).

Del tutto coerentemente, dunque, in relazione alla figura-cardine di bancarotta patrimoniale (ovvero la distrazione), si è evidenziata la natura a forma libera, l'accento ponendosi sull'attitudine lesiva del comportamento considerato, piuttosto che sulle relative, concrete modalità esecutive (141). Generico il dolo

(138) Si è ritenuto comunque di riportare un determinato disvalore, anche ove "negativo", in quanto "visivamente" significativo rispetto all'obiettivo d'analisi qui perseguito.

(139) Cfr. *infra*, cap. VI, §§ 4.3. ss.

(140) Tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 16 ss. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nelle varie figure di bancarotta verrà trattato *ex professo infra*, cap. IV.

(141) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 55; con riguardo precipuo alla bancarotta societaria, ID., *Art. 223*, cit., p. 292.

(142), la cui chiave, come autorevolmente sottolineato, « sta proprio nell'interpretazione delle voci verbali usate dalla legge, senza che occorra postulare un dolo specifico anche dove quest'ultima non lo richiede » (143); voci verbali sulle quali, insomma, l'elemento soggettivo si plasma.

(β) Ben diversa, invece, la cornice della *bancarotta da reato societario*, nella formulazione risultante dalla novella del 2002.

Anteriormente al d.lgs. 61/2002, in effetti, la figura delittuosa era impostata sulla mera realizzazione di uno dei reati societari *ivi* (allora) previsti, cui – su un piano meramente cronologico – fosse seguito il fallimento della società: un aggravamento sanzionatorio collegato, pertanto, al mero innesto del fallimento sul troncone dei reati societari richiamati, rispetto ai quali appariva del tutto svincolato da legami causali e/o soggettivi (144), ed i cui gravi difetti (in uno ai più macroscopici profili di illegittimità costituzionale) non occorre in questa sede ripercorrere (145).

A seguito della riforma, la bancarotta da reato societario è uscita dalla penombra dell'incostituzionalità per assestarsi entro lo schema del classico reato d'evento (nella declinazione di quest'ultimo quale "dissesto"), i cui antecedenti eziologici sono tassativizzati in una rinnovata serie di reati societari: un trapianto non privo di risvolti problematici, specie in riferimento alla figura di infedeltà patrimoniale (146).

Fuori dalle secche della responsabilità oggettiva, il coefficiente psicologico di fattispecie assume, coerentemente, i connotati del dolo di danno; soluzione imposta, oltre che dalla obiettiva strutturazione del tipo, anche dall'esigenza di non ricadere, attraverso una riconversione dell'elemento in termini di dolo di

(142) Eccetto che per il riconoscimento e l'esposizione di passività inesistenti, che qui non si considerano, orientati da dolo specifico. Non unanime sul punto, per vero, la dottrina, all'interno della quale alcune voci propendono per la necessità di un dolo specifico di pregiudizio ai creditori anche per le ulteriori condotte richiamate dall'art. 216 l.fall.; in tal senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 130; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 392-393; seppur in termini più sfumati, L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 168 ss. *Contra*, evidenziando la chiarezza del dato letterale e la superfluità del riconoscimento del dolo specifico per le condotte diverse dal riconoscimento o dall'esposizione di passività inesistenti, tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 73 ss. Anche sul punto si avrà modo di ritornare: *infra*, cap. VI, § 5.

(143) Così C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 74.

(144) A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 146; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 47, che sottolinea la palese incostituzionalità della previgente versione delittuosa.

(145) Per una panoramica delle critiche alla precedente versione normativa, in dottrina: L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 213; C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 304 ss.; G. COCCO, *Art. 223*, cit., pp. 1267 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 195 ss.

(146) *Infra*, cap. VII, § 4.

pericolo (da rinvenire al momento della realizzazione di uno degli illeciti societari richiamati), negli schemi pregressi di *versari in re illicita* (147).

Raffrontato al modello evocato dal primo comma, nell'art. 223 comma 2 n. 1 l.fall. sembra, in sostanza, opposto il sentiero di incriminazione prescelto dal legislatore, che ha costruito una fattispecie iper-tipizzata, sintonizzata sui due poli della condotta – a forma vincolata e a sua volta iper-selezionata, dovendo sussumersi entro una delle figure societarie enumerate – e dell'evento naturalistico, vero fulcro del disvalore, costituito dalla decozione della società; laddove, peraltro, detto evento – sinteticamente rinchiuso nel "dissesto" – si mostra *prima facie* distinto rispetto all'omologo cristallizzato, nelle figure attigue di bancarotta (con dolo e per effetto di operazioni dolose), nel "fallimento" della società.

(γ) Il quadro sembra infatti mutare in relazione al *n. 2 dell'art. 223 l.fall.*; non solo perché, come puntualmente sottolineato, « la fattispecie (…) riflette una fase più avanzata dell'offesa rispetto alla figura base dell'art. 216 1° comma n. 1 » (148), ma soprattutto per il carattere formale dell'evento indicato dalla norma incriminatrice, difficilmente correlabile – in chiave eziologica – con la condotta e in certa misura assorbente rispetto alla (perdurante) efficacia condizionante della sentenza dichiarativa (149). Giova, in ogni caso, analizzare separatamente le sottoclassi della causazione con dolo e per effetto di operazioni dolose, onde enuclearne gli aspetti differenziali (150).

(γ.1.) La laconica dizione normativa ("cagionato con dolo (…) il fallimento") che descrive la prima figura delittuosa racchiude, quanto meno, un nota di fondo della fattispecie: la necessaria proiezione soggettiva della condotta – in termini, quindi, di rappresentazione e di volizione – verso l'evento tipico: viene così marcata, perimetrandone i contorni rispetto alle figure attigue, la « progressione rispetto all'ipotesi base dell'art. 216 1° comma: là un reato di

(147) Evidenzia tale aspetto M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 53.

(148) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316.

(149) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 317-318. In argomento cfr. più diffusamente *infra*, cap. VII, § 5.

(150) Non si ritiene meritevole di adesione, dunque (e l'analisi che segue varrà a dimostrarne le ragioni), l'orientamento espresso in una recente pronuncia della Suprema Corte, in cui si è statuita la sostanziale identità delle due ipotesi; si è sottolineato, segnatamente, come « l'endiadi "con dolo o per effetto di operazioni dolose" non individui distinte realtà oggettive – peraltro, come detto, distinguibili solo sotto l'aspetto dell'elemento soggettivo, atteso che sotto quello della condotta non si potrebbe che ipotizzare una condotta realizzata attraverso operazioni societarie – bensì rappresenti unicamente una formulazione lessicale che, nel tentativo di essere quanto più omnicomprensiva, ha inteso individuare, nella formulazione di una norma di chiusura, tanto le condotte chiaramente identificabili con singole operazioni che le condotte di portata più complessa, le quali, al di là di singole operazioni chiaramente individuabili come finalizzate al cagionamento del dissesto, determinino la causazione del fallimento attraverso più complessi meccanismi, seppure non evidentemente ed unicamente a ciò predeterminati »: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 6904/2017, in *CED Cass.* (non massimata sul punto).

pericolo con dolo di pericolo, qui un reato di danno con dolo di danno. Una sorta di bancarotta fraudolenta potenziata » (151). Con un primo interrogativo in punto di razionalità del sistema: pur al lume di una identica oggettività giuridica, la sola indagine analitica delle due fattispecie non restituisce le ragioni che inducano, a fronte di un tale "sbalzo" di disvalore, a mantenere una unitaria cornice sanzionatoria.

Tanto più che il delitto in esame sembra naturalmente indirizzarsi alle condotte con cui una società viene deliberatamente pilotata verso il dissesto, in disparte l'emorragia di attività (è il caso, paradigmatico, dell'affossamento di una società per eliminarla dal mercato), ovvero alla creazione di uno stato di insolvenza in realtà inesistente, una apparenza di dissesto, che determini la declaratoria fallimentare: in effetti, anche un dissesto simulato può risultare lesivo degli interessi dei creditori (152).

La tipizzazione causale e a forma libera, accompagnata da un coefficiente soggettivo schiettamente doloso, sembra invero schiudere potenzialità di manifestazione (ancorchè, nella prassi, statisticamente infrequenti) precluse ad altre figure: il riferimento, in particolare, è alla configurabilità del reato in forma tentata (inammissibile a fronte di reati di pericolo concreto, ovvero, come si vedrà tra un attimo, a sfondo preterintenzionale) (153), ipotizzabile (ferma, naturalmente, la verificazione della condizione obiettiva di punibilità) (154), in

(151) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 319.

(152) In argomento C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 315-316; P. NUVOLONE, (voce) *Fallimento*, cit., p. 480.

(153) Il tema della compatibilità dei reati di pericolo con il tentativo è ampiamente dibattuto in dottrina e sarebbe qui impossibile ripercorrerlo, anche per sommi capi. Inclini ad escludere la configurabilità del tentativo di un reato di pericolo: (in termini prudenti) A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte Generale,* II ed., Padova, 2004, p. 376; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2008, p. 470; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 447-448; G. MONTANARA, (voce) *Tentativo (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 133. Propensi, invece, ad ammetterlo, seppur con differenti sfumature: F. ANTOLISEI – G. CONTI, *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 2000, p. 272; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986, p. 628; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*: *i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 693; T. PADOVANI, *Diritto penale*, VII ed., Milano, 2004, p. 261; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1993, p. 517; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, p. 463; M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, pp. 599-600; M. SINISCALCO, (voce) *Tentativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 6.

(154) Sulla generale ammissibilità del reato condizionato in forma tentata, tra gli altri, in dottrina: F. ANTOLISEI – G. CONTI, *Istituzioni*, cit., p. 272; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 262; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 517-518; M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 599. Con specifico riguardo alla configurabilità della bancarotta prefallimentare in forma tentata, per la soluzione negativa fondata sulla natura di reato condizionato cfr. I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 84; per analoga impostazione basata sulla natura di reato di pericolo concreto C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 37.

presenza di serie causali innescate dalla condotta dell'agente, allorquando l'evento subentri quale effetto di fattori sopravvenuti e assorbenti (155).

(γ.2.) Ancora maggiori difficoltà suscita, pur ad uno sguardo sommario, la contigua variante "per effetto di operazioni dolose": fattispecie che riflette un cronico vuoto di determinatezza (e esposta, perciò, ai già descritti straripamenti prasseologici) (156), sulla quale, pertanto, conviene finalmente soffermarsi più in dettaglio.

Nell'indagare i nuclei di disvalore lungo cui corre la grezza tipizzazione delittuosa, il punto di partenza va inevitabilmente radicato nel sostrato testuale, per quanto di assai modesta fattura; va in particolare verificato se il sintagma "operazioni dolose" (157) e l'interrelazione con il "fallimento" possano rivelarsi funzionali allo scopo, riflettendo significati già in parte suscettibili di imbrigliare la vaghezza della locuzione normativa entro tollerabili argini di tassatività. In tal senso, un primo spunto sembra offerto dalla tradizionale (e comunemente accettata) definizione dell' "operazione dolosa" quale « complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori » (158), divenendo, in breve, espressione dell'infedeltà (159) rispetto agli interessi affidati ai titolari di

(155) In tal senso, in dottrina, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 320; *contra*, tra gli altri, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 377.

(156) Cfr. *supra*, cap. II, § 3.

(157) Per una prima cernita delle condotte ricadenti nello schema delittuoso qui analizzato cfr. *supra*, cap. II, §§ 3.1 e 3.2.

(158) La presente definizione si deve originariamente a Nuvolone (cfr. in particolare P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 379; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 493) e ha trovato pressoché unanime condivisione in dottrina; si vedano tra gli altri, con formulazioni sostanzialmente analoghe: C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 321; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 255; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 250; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 337 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 390. Su posizioni sostanzialmente analoghe la giurisprudenza di legittimità; così, ad es., Cass. pen. sez. V, n. 17408/2013, in *CED Cass.*, rv. 259998, ha affermato che « le operazioni dolose di cui all'art 223, comma secondo n. 2, l.fall., attengono alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato ». Sulla stessa scia, in precedenza, Cass. pen. sez. V, n. 17690/2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4422, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose": profili soggettivi della fattispecie*, *ivi*, p. 4438.

(159) La fedeltà alle regole, in particolare, costituisce il momento qualificante della fattispecie di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 pt. II l.fall. ad avviso di G.G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 57.

funzioni societarie. In effetti, la caratterizzazione in chiave "dolosa" dell'operazione ben si attaglia a un intrinseco tratto di infedeltà della condotta gestoria, promettendo un primo beneficio in termini di individuazione del tipo disvoluto e – per quanto qui rileva – restituendo il significativo indice di un robusto disvalore di condotta; invero, « solo l'ancoramento a una patologia di infedeltà può conservare all'incriminazione una plausibile *ratio*, un fondo di omogeneità con la bancarotta patrimoniale, evitando che il suo perimetro si dissolva nell'indeterminato » (160); ancorchè – va osservato – i principali paradigmi di infedeltà si innestino ormai autonomamente nel ceppo della bancarotta, attraverso l'enumerazione dei reati societari contenuta nel n. 1 dell'art. 223 cpv. l.fall.

L'impiego della forma plurale ("operazioni"), in ogni caso, lumeggia un'ulteriore connotazione della condotta, peraltro colta dalla stessa giurisprudenza: non si rivela bastevole, nel dettaglio, una semplice manipolazione da cui scaturisca una lesione della garanzia, occorrendo invece una sequenza comportamentale maggiormente articolata. Correttamente, dunque, si è osservato come il concetto di operazioni dolose « postul[i] una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (…), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato » (161).

Beninteso: una simile infedeltà – volendo qui impiegare ancora una formula definitoria tradizionale (162) – non è punita *ex se*, ma, al pari di quanto avviene nel n. 1 dell'art. 223 l.fall., in quanto antecedente causale del dissesto, o, secondo la dizione della norma, del fallimento (evento del reato, stadio terminale della progressione dell'offesa e vero nucleo del disvalore di fattispecie), imponendo, dunque, una pregnante e puntuale indagine condizionalistica (163). Anzi, si è rilevato, « in una fattispecie così indeterminata e generica quanto alla caratterizzazione della condotta, l'unica *stella polare* di riferimento (…) [è] proprio la necessità di una rigorosa individuazione dell'esistenza di un nesso di causalità tra l'operazione e il successivo fallimento » (164). Con il che,

(160) Così C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 327 (corsivo dell'A.).

(161) Tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 47621/2014, in *Società*, 2015, p. 893, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento,* cit.

(162) Si tornerà più avanti ad esaminare le condotte intercettate, alla luce della novella del 2002 sulla bancarotta da reato societario, dalla fattispecie in commento: cfr. in particolare *infra*, cap. VII, § 4.

(163) Analogamente, in dottrina, tra gli altri, A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 175. Sul tema della causalità in diritto penale dell'economia, A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »: la nuova « bancarotta da reato societario » al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 721. In argomento cfr. *infra*, cap. VII, § 6.

(164) In tal senso, nuovamente, A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 179 (corsivi degli AA.).

specularmente, non sembra azzardato pretendere anche la sussistenza di uno specifico nesso di rischio tra l'operazione e il dissesto: lo sbocco fallimentare sembra infatti certificare, cristallizzandolo, un peculiare rischio illecito scaturente dalla condotta-base dolosa, sicchè l'evento si rivela – riprendendo un'efficace sintesi – l' « attualizzazione sintomatica di un più stringente collegamento eziologico, tale da trasformare il fallimento nel *climax* di un ininterrotto processo (…) innescato dalla condotta tipica » (165).

Ma l'invocazione di una rigorosa verifica eziologica e il tratto di infedeltà nella condotta dei vertici sociali non esauriscono la nascosta "riserva di tassatività" della norma incriminatrice: nello specchio causale, la condotta "infedele" dell'*intraneus* permette di differenziare l'oggettività strutturale della bancarotta per effetto di operazioni dolose da quella della bancarotta fraudolenta impropria per distrazione, così contribuendo a definirne il ruolo di chiusura. Se in particolare, come si è tentato di abbozzare, il modello distrattivo corre sulle direttrici del reato di mera condotta e di pericolo concreto – secondario (quando non del tutto irrilevante) essendo il collegamento eziologico della condotta con il dissesto dell'impresa –, lo spettro dell'art. 223 comma 2 n. 2 l.fall. irretisce, in un tutto unitario, una pluralità di condotte collegate a un evento (il fallimento) la cui verificazione (non solo esprime un livello più avanzato di offesa al bene giuridico (166), ma) sembra altresì esulare dall'orizzonte volontaristico dell'agente, secondo le cadenze della preterintenzione (167).

Ecco, allora, l'affacciarsi sulla scena di un altro elemento del tipo, questa volta nella sua componente soggettiva, celato tra le pieghe della formulazione letterale dell'art. 223 cpv. n. 2 l.fall. (168): un elemento da tempo richiamato dalla

(165) Così, in particolare, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 78 (corsivo dell'A.). In generale, sullo specifico nesso di rischio che contrassegna il rapporto tra illecito di base e conseguenza non voluta nel paradigma preterintenzionale, S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 152.

(166) In dottrina, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316 (e, per la classificazione come reato di danno, p. 324).

(167) Sul carattere preterintenzionale della fattispecie in esame: D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 46; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 178; C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 322; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 83. Peculiare la posizione di A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 335, che ammettono che il fallimento possa – indifferentemente – costituire proiezione della volontà dell'agente ovvero risultare dallo stesso non voluto. *Contra*, nel senso che l'elemento soggettivo andrebbe individuato nel dolo eventuale (laddove la fattispecie di causazione del fallimento "con dolo" sarebbe sorretta da dolo intenzionale o diretto): R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 256; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 326. Nel senso invece che la causazione del fallimento "con dolo" sia caratterizzata da dolo specifico e quella "per effetto di operazioni dolose" da dolo generico A. TRAVERSI – S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 121-122. Opina nel senso di una figura di responsabilità oggettiva, invece, L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 219.

(168) Elemento che, invece, non può essere a nostro avviso individuato nel tradizionale coefficiente doloso, pena l'impossibilità – a costo di improprie forzature – di distinzione con l'affine figura di cagionamento del fallimento "con dolo".

dottrina più autorevole, che ha precisamente tratteggiato la struttura preterintenzionale della fattispecie, colorata da un *quid pluris* non direttamente voluto dall'agente, ancorchè – a differenza che nel classico modello di preterintenzione – non sia richiesto che la condotta-base dolosa sia diretta alla commissione di un reato (169). Pur con le irrisolte criticità dell'ibrido preterintenzionale (170), nel tessuto della bancarotta in esame detto coefficiente soggettivo sembra caricarsi di una ulteriore capacità selettiva, postulando una omogeneità tra l'evento voluto dall'agente e l'evento qualificante, che si pone perciò come sviluppo prevedibile dell'offesa (171). Riletta con queste lenti concettuali, la condotta voluta sembra allora risolversi in una menomazione della garanzia patrimoniale suscettibile di segnare in negativo – *ex ante* e prospetticamente – il futuro equilibrio economico dell'impresa, e, pertanto, di generare un concreto e significativo pericolo di insolvenza: pericolo che, saldato con l'accennato tratto di genetica infedeltà che connota l'operazione, si atteggia a passaggio di quella progressione omogenea di lesività che condurrà all'evento (172), centro di gravitazione dell'offesa preterintenzionale (173). Sul piano della colpevolezza, più in generale, le coordinate esegetiche fissate dalle Sezioni Unite in relazione all'art. 586 c.p. (174) ridimensionano anche le insidie (175) connaturate alla sagomazione preterintenzionale della bancarotta per effetto di operazioni dolose (176), valendo in particolare a rimarcare l'essenzialità del (già

(169) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316. L'adesione alla tesi della natura preterintenzionale della fattispecie, naturalmente, non può sottacerne i caratteri altamente *sui generis*, atteso che – a differenza delle altre figure delittuose costruite su un analogo elemento soggettivo – nella bancarotta "per effetto di operazioni dolose" il fatto base può senz'altro assumere connotati, *ex se*, di liceità penale.

(170) Sul reato preterintenzionale, per tutti, nella manualistica: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 356 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 382 ss.

(171) In tal senso, nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 316-317.

(172) Su questo fondamentale aspetto, in dottrina, per tutti, S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 149 ss.

(173) Su analoghe posizioni D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 48, 73-74, che individua la duplice direzione selettiva della preterintenzionalità proprio nell'elevato pericolo concreto e nella omogeneità lesiva tra l'illecito di base e la realizzazione dell'evento.

(174) Si tratta della notissima pronuncia di Cass. pen. Sez. Un., n. 22676/2009, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4564, con nota di A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, *ivi*, p. 4585. Più in generale, per il coefficiente soggettivo tipico dell'illecito preterintenzionale, *ex aliis*: R. BLAIOTTA, *Art. 43*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, Milano, 2010, pp. 554 ss.; M. ROMANO, *Art. 43*, in *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., pp. 452 ss.

(175) Appare tuttavia pessimista, sul punto, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 61, che amaramente rileva come, mentre nel diritto penale tradizionale le citate Sezioni Unite abbiano ribadito l'importanza del principio di colpevolezza, « nel diritto penale fallimentare c'è una latitanza non solo di qualche fallito, ma anche dei maggiori interpreti del *nullum crimen sine culpa* » (corsivi dell'A.).

(176) Riferimenti in M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*, cit., in particolare pp. 4450 ss. Si tratta, peraltro, di una conclusione che stenta a far

richiamato) nesso di rischio tra l'operazione coperta dal dolo e il tracollo patrimoniale della società, quale vettore della prevedibilità in concreto dell'evento non voluto (177), secondo i dettami di un diritto penale costituzionalmente orientato (178).

Esaurita l'analisi del livello letterale, ulteriori delimitazioni al paradigma delle operazioni dolose – nell'incessante anelito di determinatezza che le affligge – possono estrapolarsi dal contesto in cui la norma incriminatrice si innesta: può essere enucleato, segnatamente, un binomio di requisiti impliciti (179), che conferisce una più marcata ragion d'essere alla fattispecie, incisivamente selezionandone la trama oggettiva e così orientandola a presidiare un'area di rilevanza penale realmente autonoma rispetto ai tradizionali reati fallimentari (180).

Il riferimento, in prima battuta, è all'ambientamento societario che contrassegna l'operazione – insuscettibile di perfezionarsi ad opera dell'imprenditore individuale – e, in secondo luogo, alla strumentalizzazione ("dolosa") cui la forma societaria viene piegata, in vista della artificiosa sottrazione dei beni alla garanzia creditoria attraverso l'impoverimento sociale: come efficacemente rilevato, « le operazioni devono possedere una *precipua connotazione societaria*, che si sostanzia nello *sfruttamento dello schermo offerto dalla persona giuridica*, e dalle molteplici soluzioni tecnico-giuridiche che esso consente, come viatico per una specifica lesione agli interessi dei creditori » (181).

Conviene a questo punto riepilogare gli esiti dell'indagine condotta sull'art. 223 comma 2, n. 2, pt. II, l.fall.: nel prisma preterintenzionale che ne segna l'impronta soggettiva, la bancarotta "per effetto di operazioni dolose" appare orientata dall'infedeltà degli *intranei* che realizzano la condotta dolosa di base,

---

breccia nella giurisprudenza di legittimità (avente ad oggetto l'art. 584 c.p.), ancorata sostanzialmente alla tesi della responsabilità oggettiva in relazione all'evento morte non voluto: cfr., ad es., Cass. pen. sez. V, n. 40389/2012, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2667, con nota di L. PAOLONI, *L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale*, *ivi*, p. 2674, la cui massima invero recita: « l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale è costituito unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato ».

(177) Per ulteriori osservazioni in questo senso S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 153 ss. (riportato anche da R. BLAIOTTA, *Art. 43*, cit., p. 555).

(178) Scettico, nondimeno, sulla reale pregnanza della prevedibilità in concreto come criterio per superare la logica del *versari in re illicita*, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 79 ss., il quale, segnatamente, considera meglio assicurabile il principio di personalità della responsabilità penale attraverso una attenta e rigorosa selezione del fatto base del delitto.

(179) In argomento D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 57 ss.; G.G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., pp. 58 ss.

(180) Volendo, S. CAVALLINI, *La tipicità penalfallimentare*, cit., p. 637.

(181) Così, puntualmente, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 59 (corsivi dell'A.).

declinata nel piegamento dello schema societario a finalità incompatibili con una lecita politica d'impresa, infine pregiudizievoli per i creditori, e doppiamente selezionata dalla connessione – naturalistica (legame causale) e normativa (nesso di rischio e prevedibilità in concreto) – con l'evento insolvenza che tale originaria illiceità riflette.

Volendo nuovamente tradurre in linguaggio matematico le considerazioni ricavabili dalla scomposizione analitica delle diverse fattispecie di bancarotta patrimoniale si avrà pertanto:

*i*) bancarotta fraudolenta societaria (art. 223 comma 1 l.fall.):

$$ds(C) + ds(Id) + \{ds(E)\} = ds(R)$$

*ii*) bancarotta da reato societario (art. 223 comma 2 n. 1 l.fall.):

$$ds(C) + ds(Id) + ds(E) = ds(R)$$

*iii*) cagionamento del fallimento "con dolo" (art. 223 comma 2 n. 2 pt. I l.fall.):

$$ds(C) + ds(Id) + ds(E) = ds(R)$$

*iv*) cagionamento del fallimento per effetto di "operazioni dolose" (art. 223 comma 2 n. 2 pt. II l.fall.):

$$ds(C) + ds(Ip) + ds(E) = ds(R)$$

dove, nuovamente, ds(C) corrisponde al disvalore di condotta, ds(I) al disvalore d'intenzione (nelle due varianti, dolosa – ds(Id) – e preterintenzionale – ds(Ip) –), ds(E), in generale, il disvalore d'evento, e, infine, ds(R) al disvalore complessivo del reato (ancora, com'è ovvio, riassunto nella pena comminata: reclusione da tre a dieci anni); pure in questo caso, le parentesi {} stanno a segnalare la possibile presenza di un evento (anche solo di pericolo) meramente implicito.

Si sono così gettate le basi per saggiare la ragionevolezza complessiva delle strutture tipiche della bancarotta: valutazione cui è giunto finalmente il momento di dedicarsi.

## 9. Un quadro di sintesi sconfortante.

Analizzato secondo le sue cadenze letterali, l'assetto normativo si mostra affetto da macroscopiche irrazionalità. Conviene, peraltro, nuovamente distinguere tra (*a*) le forme di bancarotta semplice – ulteriormente da suddividere in bancarotta semplice (*a-i*) propria (art. 217 l.fall.) e (*a-ii*) impropria (art. 224 l.fall.) – e (*b*) le fattispecie di bancarotta fraudolenta societaria, non risultando il quadro assolutamente omogeneo.

(*a*) Il tema della *ragionevolezza sanzionatoria delle varie classi di bancarotta semplice*, in effetti, merita soluzioni differenziate: complessivamente

accettabile il regime calibrato dall'art. 217 l.fall., più problematico quello in vario modo cementato dall'art. 224 l.fall.

(*a-i*) A prima vista, per vero, le fattispecie di bancarotta semplice riservate all'imprenditore individuale non sembrerebbero autorizzare una prognosi ottimistica (e in tal senso era orientato, infatti, il nostro assioma originario): diversissimi i modelli d'incriminazione, non equiparabili – di conseguenza – i rispettivi nuclei oggettivi di disvalore, neppure coincidenti i sostrati psicologici delle singole varianti. Eventi di danno, eventi impliciti (di pericolo), assenza di evento; colpa (grave) *vs.* dolo (eventuale); accentuati disvalori di contesto contro apparente neutralità dell'ambientamento situazionale di base: a quale stregua, insomma, potrebbe assumersi una razionalità di sistema?

Senz'altro il mosaico appare alquanto variegato e la perfettibile tecnica normativa non aiuta lo sforzo di incasellarne i tasselli. Tuttavia, osservando il quadro complessivo delle varie incriminazioni, il giudizio si attesta su posizioni più caute (182).

Sta in principio, anzitutto, l'identica *ratio* d'incriminazione sottesa alle figure di bancarotta semplice, già sondata (183): diaframmi (e limiti) del sindacato penalistico sulle scelte gestorie, comune retroterra che rende non arbitraria una unitaria risposta sanzionatoria.

La stessa verifica strutturale si presta, poi, a corroborare l'assunto. Si raffrontino, per tutte, le fattispecie a prima vista maggiormente "centrifughe", più distoniche rispetto alla "mediana" del tipo, condensate ai nn. 1 e 4 dell'art. 217: la prima, come visto, interamente orbitante sul disvalore di condotta, marcato dalla eccessività delle risorse destinate alle spese personali rispetto alla capienza del patrimonio, la seconda, invece, decisamente strutturata su un evento quale l'aggravamento del dissesto. Sennonché, l'apparente incomparabilità delle rispettive dimensioni lesive si stempera allorquando si aggiungano al giudizio gli ulteriori elementi di tipicità delle due figure: l'una potenzialmente sorretta anche dal coefficiente doloso (eventuale); l'altra saldamente ancorata nel territorio della colpa (grave), significativamente colorata dal *surplus* selettivo offerto dal disvalore di contesto (il dissesto già in atto).

Lo stesso può osservarsi per le ipotesi residue. Più pregnanti disvalori di condotta – si pensi alla pura sorte e alla manifesta imprudenza che contraddistinguono il n. 2 – trovano invero adeguata "compensazione", ad es., in robusti disvalori situazionali (nel caso della bancarotta "da ritardato fallimento";

(182) Nel senso della compatibilità dell'equiparazione sanzionatoria all'interno dell'art. 217 l.fall. con il principio di ragionevolezza – ancorchè sulla scorta della sola affinità concettuale tra il dolo eventuale e la colpa grave – A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 105 (e, ancora, p. 110, prospettando un tipo intermedio, uniforme, di elemento soggettivo definito come "rischio gravemente colpevole").

(183) *Supra*, cap. I, § 4.

ma non diversamente nel raffronto tra il n. 3 e il n. 1). Ancora, più incisivi disvalori d'intenzione (per rimanere al n. 2) sopperiscono all'assenza di disvalore d'evento, altrove emergente al livello del tipo (per ritornare sul n. 4).

Ne deriva, in definitiva, una parificazione sanzionatoria magari non immune da rilievi critici, ma non radicalmente irragionevole; la frammentarietà del quadro tipico, anche sul piano della tecnica d'incriminazione, ben si presta alla funzione "di frontiera" della bancarotta semplice, breccia per il sindacato del giudice penale sulle scelte gestionali dell'imprenditore, opportunamente limitato nei singoli schemi delittuosi con la valorizzazione, di volta in volta, di tangibili note di disvalore.

(*a-ii*) La prospettiva diviene più incerta al cospetto dell'art. 224 l.fall.

La laconica equiparazione sanzionatoria tra gli artt. 217 e 224 l.fall. si profila in ultima analisi accettabile solo in relazione all'estensione delle figure-base al ceppo della bancarotta societaria, e, dunque, alla sostenibilità dell'art. 224 n. 1 l.fall. (sempre, peraltro, nei limiti talvolta segnati dall'impossibilità di trasposizione): non per un'intima razionalità del sistema (che mostra di non considerare adeguatamente le peculiarità della bancarotta dell'impresa collettiva), bensì perché "rimediabile" – in linea con quanto notato a proposito degli artt. 216 comma 1 e 223 comma 1 l.fall. – attraverso un congruo apprezzamento in concreto del giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p., all'interno della forbice edittale.

Diverso è invece il discorso quando entri in gioco la fattispecie del n. 2, che spariglia la logica complessiva dell'art. 224 l.fall., soprattutto se paragonata con la figura dell'art. 217 ad essa più affine quanto a tecnica di tipizzazione: la bancarotta da aggravamento del dissesto. Identico il paradigma; ma – come si è osservato – alquanto difformi le traduzioni normative. La bancarotta confinata alla sfera societaria palesa un disvalore d'evento assai più pregnante (tanto da ricomprendere nel cono di tipicità anche il cagionamento del dissesto), così emancipandosi dall'innesto della condotta in un quadro aziendale già compromesso, e prescinde sul crinale soggettivo dall'estremo di gravità della colpa: il paradigma causale (colposo) a forma libera, insomma, sembra trovare nell'art. 224 n. 2 l.fall. l'apice delle proprie potenzialità d'incriminazione.

Troppo profonde, allora, le contraddizioni rispetto al *tertium comparationis* dell'art. 217 n. 4 l.fall. (e non diversamente, a cascata, rispetto alle altre sottospecie di bancarotta semplice patrimoniale): incomparabilmente più ampia la piattaforma causale, rarefatta la misura oggettiva della colpa, del tutto assente il disvalore di contesto (se si eccettua, ovviamente, l'ambientamento societario, in alcun modo, però, considerato dalla legge in punto di pena). Senza dimenticare, poi, che, al pari dell'omologo dell'art. 217 l.fall., all'art. 224 l.fall. compete la

"calibrazione" del sindacato giudiziale sulle scelte autenticamente gestorie dei soggetti attivi (184).

Né, per scongiurare l'antinomia, varrebbe rilevare, sul piano dell'evento, che « la differenziazione obiettiva [rispetto all'art. 217 l.fall., n.d.r.] è più apparente che reale » (185), e, quanto al coefficiente soggettivo, che la discrasia tra i gradi della colpa potrebbe essere alleviata da un'interpretazione restrittiva del riferimento agli "obblighi imposti dalla legge" (186). Si tratta infatti, nel primo caso, di un accostamento su base meramente empirica, smentito dalla precisa formulazione letterale dell'art. 224 n. 2 l.fall. – che ha, invero, proprio la funzione di allargare il compasso causale, tipizzando in via autonoma il cagionamento del dissesto (assente nelle figure limitrofe) – e, in definitiva, suscettibile di tradursi in una *interpretatio abrogans* della fattispecie; nel secondo caso, di distinzione scevra di riscontri nel conciso sintagma normativo (il quale parla semplicemente di inosservanza degli obblighi imposti dalla legge, in alcun modo sceverando tra doveri di diligenza, prudenza e perizia), che si scontra con la mancanza, nel tipo, di un atteggiamento colposo qualificato (in termini di gravità), e di ardua praticabilità in concreto, attesi i malfermi confini interni tra le varie *species* della colpa (187).

(*b*) Le *disarmonie più manifeste*, in ogni caso, si condensano *nell'art. 223 l.fall.*

Confrontando i due commi della norma, anzitutto, emerge chiaramente l'insipienza del legislatore nella ponderazione delle risposte sanzionatorie, appiattite su un *unicum* apparentemente inconciliabile con i diversi stadi d'offesa tipizzati dalle singole previsioni incriminatrici; laddove, in particolare, è il modello d'incriminazione forgiato sul pericolo a non trovare – nel perimetro strutturale dell'art. 216 l.fall., al quale rinvia – adeguate "controspinte" all'assenza di un disvalore d'evento naturalistico, per quanto (giustamente, e forse mai

(184) Per analoghe conclusioni, ancorchè fondate *per relationem* sulla illegittimità della parificazione sanzionatoria all'interno dell'art. 223 l.fall., A. MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., p. 517.

(185) Così C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 338, che osserva come l'aggravamento del dissesto, nel contesto dell'art. 217 l.fall., funga da evento non solo rispetto al n. 4, ma anche, implicitamente, nel n. 2, nonché – in linea fattuale – nel n. 3.

(186) In tal senso, nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 339, che limita l'applicabilità della colpa non grave ai casi di negligenza, viceversa – rispetto allo scrutinio della prudenza e della perizia nelle scelte gestionali – dovendo trovare applicazione i più stringenti parametri dell'art. 217 n. 4; del resto, soggiunge l'A., in tal senso militerebbe anche il disposto dell'art. 2236 c.c., che limita la responsabilità professionale, in caso di prestazioni caratterizzate dalla soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, al dolo e alla colpa grave.

(187) Difficoltà che si sperimenta, in tutt'altro settore, nella sua stringente attualità, alla luce del nuovo assetto della responsabilità colposa del sanitario, a seguito dell'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. (con limitazione dell'esclusione del tipo colposo, a fronte del rispetto di linee guida accreditate, unicamente ai casi di imperizia).

abbastanza) si avverta l'esigenza di ricercare una concreta attitudine lesiva nelle pieghe delle condotte (188).

Una simile funzione di bilanciamento non sembra agevolmente assolvibile dal disvalore di condotta traghettato da termini quali "distrazione" o "dissipazione"; pur negativamente caratterizzati, infatti, essi appaiono, da un lato (rispetto al n. 1 del capoverso), insuscettibili di supplire alla ulteriore dimensione di tipicità (penale societaria) che, addirittura, colora le condotte, dall'altro (rispetto al cagionamento doloso del dissesto), insufficienti al cospetto di ulteriori vettori di disvalore che contrassegnano le fattispecie confinanti (segnatamente, la marcata intensità del disvalore d'intenzione, per la proiezione della rappresentazione e della volontà sull'evento-fallimento).

D'altra parte, insuperabili inconvenienti incrinano anche l'equiparazione tra l'archetipo della bancarotta patrimoniale e la bancarotta per effetto di operazioni dolose (che pur si connota per il ridotto disvalore d'intenzione, di stampo preterintenzionale): fattispecie, quest'ultima, che – come si è tentato di evidenziare – deve nutrirsi di un potenziato disvalore di condotta, in tesi persino più intenso di quello tipizzato dall'art. 223 comma 1 l.fall., per sfuggire a incombenti rischi d'incostituzionalità. Ma le armi per un tentativo di recupero a razionalità dell'impianto normativo appaiono spuntate. Basti osservare (189) che, in ragione della povertà descrittiva delle locuzioni normative, « molte operazioni che sono qualificate come distrattive possono trovare (e trovano nella prassi) accoglienza nell'ampia figura delle *operazioni dolose*, aprendo una contraddizione difficilmente sanabile, considerata l'identità della sanzione che colpisce condotte differentemente strutturate ma nient'affatto diverse quanto a disvalore intrinseco » (190).

Ancora, mutando parzialmente prospettiva, gli sforzi per attenuare l'alone di indeterminatezza di quest'ultima figura delittuosa (caricando di disvalore, a livello esegetico, il sintagma "operazioni dolose") non riescono a giustificare razionalmente la parificazione sul piano sanzionatorio (e, ancor prima, l'inclusione in un unico addentellato normativo) tra ipotesi di responsabilità personale "piena" – l'evento essendo soggettivamente imputato all'agente nel rispetto del principio di colpevolezza (vuoi nel "nuovo" art. 223 n. 1, vuoi nel caso della bancarotta "con dolo") – e una fattispecie "a colpevolezza attenuata",

(188) Esprimono perplessità, in proposito, anche A. MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 512-513, e M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., pp. 134 ss.

(189) Cfr. nel dettaglio *supra*, cap. II, §§ 3 ss.

(190) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 26 (corsivi dell'A.).

nella quale l'evento, per sfuggire alle cesoie di incostituzionalità, è ascritto ermeneuticamente a titolo di colpa (191).

Il culmine della irrazionalità si apprezza, peraltro, non appena si concentri l'attenzione sulla bancarotta da reato societario, ovvero, paradossalmente, sull'unica norma incriminatrice, tra quelle qui considerate, su cui il legislatore repubblicano è intervenuto. Evidente il motivo: trasformata in un reato d'evento a forma vincolata, complesso e "iper-tipizzato", la fattispecie risulta schiacciata:

(*i*) verso il basso, di fronte a figure causali assai più blande sul piano della descrizione dei tipi (ben potendo le varianti del n. 2, con la loro imprecisione semantica, di fatto "attirare" tutto ciò che non è possibile, per qualunque motivo, sussumere nella bancarotta da reato societario, come si è già avuto occasione di rilevare) (192);

(*ii*) verso l'alto, rispetto alla distrazione, formula sintetica che varrebbe ad intercettare alcune delle condotte costituenti reato societario.

La cernita dei reati societari compiuta dalla riforma del 2002 ha reso, se possibile, ancor più aggrovigliato il quadro, essendo alcune delle condotte penalmente rilevanti negli schemi penali societari – almeno in prima battuta – più agevolmente sussumibili nell'archetipo distrattivo, con conseguente superfluità della verifica in ordine all'evento e alla dinamica eziologica: emblematico, in tal senso, il richiamo all'art. 2634 c.c., i cui fatti ben potrebbero « essere assunti nella condotta genericamente distrattiva che, se non produttiva di danno, paradossalmente può fare a meno del nesso causale con il dissesto » (193). Coglie in altre parole nel segno la critica di parte della dottrina, laddove ha acutamente osservato che « il numero 1 del capoverso contiene alcune ipotesi di bancarotta *ex* art. 216 legge fall. e 223 1° comma legge fall., per le quali si esige oggi la causazione dolosa del dissesto: vi sono infatti ricompresi anche casi di sottrazione effettiva di beni patrimoniali (si pensi alla restituzione dei conferimenti) che comportano di per sé una "distrazione", e che dunque dovrebbero rilevare già ai sensi del 1° comma dell'art. 223 (e dunque ai sensi dell'art. 216) legge fall., tanto più se commessi in una situazione di pericolo di insolvenza. Sembra allora che

(191) Sottolineano tra gli altri l'aporia: M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 61; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, ne *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 451.

(192) Cfr. *amplius supra*, cap. II, in particolare § 3.2. Anche per tale rilievo M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 60, che sottolinea come la causazione dolosa del fallimento « è oggi un *genus* del numero uno [dell'art. 223 l.fall., nd.r.], perché la condotta dolosa ivi descritta è di per sé idonea a ricomprendere anche i singoli reati societari che cagionano il fallimento, il dissesto ».

(193) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 26. Il tema dei rapporti tra distrazione e atto d'infedeltà gestoria, tipico ai sensi dell'art. 2634 c.c. (e, di riflesso, dell'art. 223 cpv. n. 1 l.fall.), verrà opportunamente approfondito a valle di una più puntuale caratterizzazione del paradigma della bancarotta distrattiva: *infra*, cap. VII, §§ 2 ss. In argomento cfr. anche M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 369.

queste *stesse condotte* possano/potrebbero essere *già punibili o punite ai sensi del primo comma* dell'art. 223, legge fall. Tuttavia, di esse si risponde con identica pena quando abbiano cagionato dolosamente il dissesto: circostanza estranea di per sé all'art. 216 e alla corrispondente ipotesi di cui all'art. 223, 1° comma, legge fall. » (194). Senza considerare che, almeno in apparenza, un fatto – come quello descritto dall'art. 2634 c.c. – obiettivamente caratterizzato da maggior disvalore, in quanto colorato dalla situazione di conflitto di interessi, potrebbe risultare punibile solo ove produttivo del dissesto, requisito non necessario per i fatti distrattivi compiuti in assenza di tale conflitto (195).

Breve: inflazione delle fattispecie, eccessiva "disinvoltura" nelle tecniche (già di per sé scadenti) d'incriminazione, livellamento sanzionatorio. Non stupisce, allora, il risultato empirico (196), ovvero la tendenza all'impiego, nella prassi, delle figure più "malleabili", in aggiunta a (o a discapito di) quelle più ricche sul piano descrittivo e in tesi più confacenti alla sussunzione del caso concreto. Sembra così realizzarsi, nel sistema della bancarotta, quella che è stata autorevolmente definita « un'ultima variante dell'aggiramento legale della stretta legalità nella configurazione del "reato": la previsione di fattispecie antitetiche utilizzabili alternativamente (…), o la contrario di fattispecie concorrenti utilizzabili disgiuntamente (per concorso di norme), o peggio congiuntamente (per concorso di reati), quali figure di qualificazione del medesimo fatto (…) » (197), con ampia discrezionalità per l'interprete (e *in primis* per il giudice) di "denotazione fattuale" e di scelta tra figure delittuose spesso solo nominalmente differenziate, ancorchè nel quadro di identiche comminatorie edittali.

Il tutto, peraltro, aggravato da due ulteriori vettori di complessiva instabilità del sistema: il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nell'economia delle figure di bancarotta prefallimentare e la "posizione" del diritto penale innanzi al fenomeno dell'insolvenza. Due vettori di matrice ben diversa – non fosse altro per la rispettiva genesi: il primo emerso sin dalla promulgazione della legge fallimentare, il secondo affacciatosi chiaramente sulla scena con il susseguirsi delle riforme della normativa extrapenale e l'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall. – ma accomunati dalla evocazione di "macro-questioni" e "meta-problemi" del diritto penale del fallimento, potenzialmente suscettibili di far deflagrare definitivamente un quadro di riferimento già abbondantemente compromesso.

(194) M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 60 (corsivi dell'A.).

(195) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 106; in tema anche V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè: *lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 299 ss.

(196) Cfr. *supra*, cap. II, *passim*.

(197) Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, pp. 738-739, cui si deve anche il concetto, richiamato appena oltre, di "denotazione fattuale".

## 10. Intermezzo.

Eppure, al fondo di un sistema così gravemente segnato, proprio la natura della declaratoria fallimentare e il ruolo delle procedure alternative al fallimento (e, quindi, dell'insolvenza) nel contesto delle figure incriminatrici, paradossalmente, possono gettare le basi per una esegesi rinnovata delle fattispecie di bancarotta patrimoniale.

Presto detta l'ipotesi di lavoro: le varianti di bancarotta patrimoniale, almeno nella loro struttura (198), consentono di recuperare una complessiva razionalità e garantire una applicazione fedele alle premesse teoriche e sistematiche che ne improntano la *ratio* politico-criminale. A condizione, tuttavia, che la prospettiva "molecolare" del diritto penale sia integrata e completata dall'analisi del più ampio quadro di contorno; che, detto altrimenti, la riscoperta della dimensione lesiva dei paradigmi tipici – cui essenzialmente contribuisce lo studio della declaratoria fallimentare – si saldi con l'inserimento dello strumento penale nella congiuntura normativa extrapenale di riferimento (cui ci si accingerà tramite il viatico della esenzione dai reati di bancarotta), divenendone coerente ed attuale prosecuzione, e non già avulsa e logora appendice.

È questo, dunque, il compito al quale verrà ora dedicata la riflessione: si muoverà dall'inquadramento della sentenza dichiarativa – vero *topos* della letteratura in materia (cap. IV) – e riservando a un momento successivo l'indagine sulle intersezioni tra i modelli di bancarotta e le nuove procedure di conservazione e rilancio dell'impresa in crisi (cap. V), che si rivelerà fondamentale nell'orientare gli sviluppi della ricerca.

(198) Resta naturalmente il problema della equivalenza delle cornici edittali, di cui in questo capitolo si è dato conto: problematica rispetto alla quale, ove non emendabile sul piano di una diversa modulazione dei disvalori di fattispecie, l'interprete deve arrestarsi a una presa d'atto, in attesa di un intervento del legislatore ovvero delle cesoie del Giudice delle Leggi, per vero non agevolmente pronosticabili.

# Capitolo IV

## L' "EQUIVOCO" DEL FALLIMENTO QUALE PRIMO TASSELLO PER IL RECUPERO DELLA DIMENSIONE LESIVA DELLE FATTISPECIE DI BANCAROTTA PREFALLIMENTARE

**SOMMARIO: 1.** Premessa: la poliedricità del 'fallimento' alle radici dell' "equivoco". – **2.** Ambientamento: l'oggettività giuridica della bancarotta come "bussola" della ricerca dogmatica. – **2.1.** Le tesi pubblicistiche e miste: critica. – **2.2.** La concezione patrimoniale della bancarotta. – **3.** Dal bene giuridico alla "concretizzazione della lesività": il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nelle ricostruzioni della dottrina. – **3.1.** La tesi di Pedrazzi: la bancarotta come reato di pericolo concreto e la sentenza dichiarativa quale 'condizione obiettiva di punibilità'. – **3.2.** La tesi di Nuvolone: la 'zona di rischio penale' e la sentenza dichiarativa come condizione "qualificata" di punibilità. – **3.3.** La tesi del 'nesso di rischio' tra condotta ed insolvenza. – **3.4.** Le tesi minoritarie: lo *status* di fallito e la sentenza dichiarativa quale condizione di procedibilità. – **3.5.** La prospettiva causale e il 'fallimento' come evento nei reati di bancarotta: le tesi della dottrina e l' "eretico" arresto della sentenza Corvetta. – **4.** Il "sonno dogmatico" della giurisprudenza tradizionale: la sentenza dichiarativa come 'condizione di esistenza del reato' ovvero come elemento costitutivo *sui generis*. – **5.** L'offensività concreta e il dato sistematico-strutturale dietro la folla terminologica: la sentenza dichiarativa come condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità. – **6.** Prospettive dell'analisi: il 'fallimento' come primo passo verso il recupero della dimensione lesiva della bancarotta patrimoniale.

« La bancarotta più non si identifica
con il dissesto: ma il punto critico
della figura rimane il rapporto
fra le condotte incriminate e il dissesto:
poiché è il dissesto che rende attuale,
palese e irreversibile il danno dei creditori
e della pubblica economia » (1)

### 1. Premessa: la poliedricità del 'fallimento' alle radici dell' "equivoco".

Il 'fallimento' – nella sua duplice veste di sentenza dichiarativa ovvero di culmine fenomenico dell'insolvenza – rappresenta, oggi come nel 1942, la pietra angolare dell'intero edificio della bancarotta (2) e il crocevia imprescindibile di qualunque indagine in materia: anche, naturalmente, ai fini della nostra ricerca.

---

(1) C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa*, cit., p. 648.

(2) La bibliografia in ordine al ruolo del fallimento nelle diverse articolazioni della bancarotta ricalca, in larga misura, quella già segnalata in apertura dell'Opera (cfr. *supra*, cap. I, nota 2): C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 3; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 27 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 10 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 48 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati*

Non potrebbe del resto essere altrimenti.

Si tratta, infatti, di una centralità dovuta a molteplici e convergenti significanti: a una (si potrebbe dire intrinseca) importanza semantico-sistematica si affianca, forse superandola, una proiezione programmatico-culturale, oltre che – ed è ciò che si tenterà di seguito soprattutto di approfondire – una spiccata incidenza strutturale. Oltre ad ambientare i fatti tipizzati nelle disposizioni penali del r.d. 267/1942 – che nel complesso assurgono, appunto, a diritto penale "fallimentare" (3) –, il 'fallimento', da un lato, riflette la trama politico-criminale immanente all'intera impalcatura incriminatrice, dall'altro, contrassegna profondamente i paradigmi delle figure di bancarotta, declinandole sul terreno classificatorio e forgiandone l'oggettività giuridica.

Sotto il primo aspetto, l'aggancio (4) delle condotte disvolute all'*exitus* fallimentare condensa la scelta di limitare l'intervento del magistero punitivo alla preventiva espunzione dell'impresa dal circuito produttivo, così scongiurando quel controllo « sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su un'impresa ancora funzionante » (5); sul secondo versante, che ai nostri fini ancor maggiormente interessa, la sistemazione dogmatica nel cuore delle fattispecie incriminatrici contribuisce – seppur "in negativo", come si avrà modo di rilevare (6) – a definirne il contenuto lesivo, con evidenti corollari, tra l'altro, in punto di proiezione dell'elemento soggettivo.

Tre livelli di analisi, peraltro, che si intrecciano e si influenzano reciprocamente, in un *continuum* che muove dalla lettera delle norme

---

*concursuali*, cit., pp. 13 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 286 ss.; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 269; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 101 ss.; A. TRAVERSI – S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 83; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., pp. 239 ss.; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 3; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 385; U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., pp. 21, 418, 454; P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 35 ss.; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, cit., pp. 45 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., pp. 27 ss.; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., pp. 17 ss.; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 358 ss.; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., pp. 19 ss.; G. MONTANARA, (voce) *Fallimento*, cit., p. 283. Tra le numerose voci all'interno di trattati o commentari, si vedano, per tutti, G. COCCO, *Fallimento (nota introduttiva agli artt. 216-237)*, cit., pp. 1151 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 72.

(3) Ancora oggi il luogo ove sono iscritte le "tavole fondamentali dell'etica imprenditoriale", per riprendere una felice espressione di C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 133.

(4) Si utilizza questa espressione, evidentemente atecnica, in quanto neutra sul piano dogmatico, riservando l'indagine sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento ai successivi paragrafi.

(5) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 19; analogamente F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 353.

(6) Giacchè una classificazione della sentenza dichiarativa come condizione obiettiva di punibilità – concezione cui si aderirà nel prosieguo – comporta *eo ipso* l'estraneità della stessa alla concretizzazione dell'offesa, pur corroborando l'oggettività giuridica in termini di patrimonialità: *infra*, §§ 3.1. e 5.

incriminatrici per trascendere al piano della dogmatica e delle opzioni politico-criminali del legislatore, la cui decodificazione si mostra – a sua volta – decisiva per un corretto inquadramento del singolo elemento di fattispecie; sicchè, qui più che altrove, la comprensione del singolo elemento è indispensabile per comprendere l'intero.

Sennonchè, a una simile insostituibilità funzionale non corrisponde – ancora oggi – alcuna condivisa decifrazione del ruolo assunto dal 'fallimento' all'interno della figura archetipica dell'impalcatura penalistica, qual è, indubbiamente, la bancarotta prefallimentare.

L'accennata policromia concettuale del fallimento, invero, non restituisce dubbi, come si vedrà (7), in ordine (*a*) alla natura di evento del reato, nel contesto della bancarotta impropria societaria regolato dall'art. 223 cpv. n. 2) l.fall., e (*b*) alla cristallizzazione quale presupposto del reato nelle ipotesi di bancarotta postfallimentare. Altrettanto non può invece affermarsi con riguardo alla fattispecie-base (8) – descritta, nelle sue varianti fraudolenta e semplice, dagli artt. 216 e 217 l.fall. –, nel cui steccato l'ambivalenza ontologica del termine e una certa imprecisione del dettato normativo ("*se è dichiarato fallito*") hanno originato uno dei più intensi dibattiti dogmatici in ambito penale economico, nonché per lungo tempo l'esempio paradigmatico di incomunicabilità tra le voci della dottrina e la (quasi) monolitica impostazione giurisprudenziale; tanto da far parlare, non a torto, di una « disputa teorico-dogmatica e una contrapposizione fra dottrina e giurisprudenza che hanno pochi eguali nel panorama del dibattito penalistico » (9).

Nette le opzioni che si contendono il campo: a una concezione del 'fallimento' – *rectius*, della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza che dischiude le procedure concorsuali (10) – in termini di condizione obiettiva di punibilità (propria, pur con varietà di accenti, della prevalente dottrina), si è per decenni contrapposto un granitico arroccamento giurisprudenziale (11) (spesso alimentato da semplici massimazioni tralatizie, solo recentemente oggetto di rivisitazione) nel senso della – non meglio precisata – 'condizione di esistenza del reato', sorta di elemento costitutivo "ibrido" in quanto sottratto alle regole

(7) Si veda nel dettaglio *infra*, § 3.

(8) "Fattispecie base" perché, al di là delle radici storiche dell'incriminazione, è proprio sulla bancarotta prefallimentare, e segnatamente su quella dell'imprenditore individuale, che a tutt'oggi (come visto *supra*, cap. III, § 4) risultano modellate le ulteriori figure delittuose fallimentari tratteggiate in ambito societario.

(9) Così G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta: una convivenza difficile, ma obbligata*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 282.

(10) In questo cap. si concentrerà l'attenzione sulla sentenza dichiarativa di fallimento; sulle restanti procedure concorsuali cfr. *infra*, cap. V, *passim*.

(11) A far data dalla sentenza delle Sezioni Unite, 25 gennaio 1958, Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, pt. II, col. 513, con nota di G. SABATINI, *Condizione di punibilità e reati ad evento condizionato*. Su questa pronuncia si tornerà diffusamente in seguito.

dell'imputazione oggettiva e soggettiva del reato (12). Sullo sfondo, nell'orizzonte delle diverse impostazioni teoriche, non marginali esigenze pratiche, di "politica giudiziaria" (13), vale a dire quelle « preoccupazioni (…) che nessun giudice può prendere alla leggera, [che] non si lascia[no] liquidare con censure puramente dogmatiche » (14). La posta in gioco è presto detta: ove attratta nella gamma degli elementi costitutivi del reato, per quanto *sui generis*, la sentenza dichiarativa fisserebbe la consumazione delittuosa (15), facendo così « coincidere *tempus e locus commissi delicti* rispettivamente con la data e il luogo in cui è stata pronunciata » (16).

Lo sviluppo dell'analisi mostrerà che siffatto obiettivo pratico non costituisce esclusivo corollario della prospettiva giurisprudenziale; soprattutto, l'astrazione dogmatica reca con sé una pressante "inquietudine", che sospinge verso la ri-edificazione delle figure prefallimentari sul terreno della offensività concreta. Proprio per placare tale preoccupazione appare anzitutto indispensabile radicare il 'fallimento' nella sua più confacente cornice dogmatica: una operazione che – come dianzi osservato – non può prescindere da una attenta verifica sul bene giuridico presidiato dalle fattispecie di bancarotta e, specularmente (e con precipuo interesse alla declinazione prefallimentare), sul modello di costruzione del tipo e sulla forma di offesa *ivi* veicolata, della cui fisionomia il livello dogmatico risulta senz'altro debitore.

Già da queste prime osservazioni emerge comunque una nota di fondo che vale la pena registrare. La spaccatura, protrattasi sino a tempi recentissimi, tra i formanti dottrinario e giurisprudenziale, che prende(va) l'abbrivio dal non limpido addentellato letterale delle norme incriminatrici di riferimento, rischia(va) di gettare un'ombra di incertezza sull'intero sistema penale fallimentare; possa o meno tale frattura dirsi definitivamente ricomposta, nondimeno, l'avvicinamento del formante giurisprudenziale alla migliore dottrina lascia pronosticare un cauto ottimismo sulla possibilità di irrorare finalmente, a diritto invariato, il tipo della bancarotta di lesività concreta.

Pur con il tasso di precarietà insito in qualunque fondazione meramente interpretativa, infatti, la sentenza dichiarativa di fallimento – oggi più di ieri –

(12) In termini analoghi G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa,* cit., p. 327.

(13) L'espressione è di F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 343.

(14) C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1012 (il passo è stato anche *supra*, cap. I, nota n. 131).

(15) Per una – a quanto consta isolata – eccezione, nell'altrimenti compatto fronte giurisprudenziale, Cass. pen. sez. V, n. 37428/2009, in *CED Cass.*, rv. 244617, in cui si è saldato il momento consumativo della bancarotta preferenziale all'esecuzione del pagamento.

(16) G. CASAROLI, *Art. 44 c.p.*, in *Codice Penale*, a cura di T. Padovani, coordinato da G.A. De Francesco, G. Fidelbo e A. Vallini, VI ed., Milano, 2014, tomo I, p. 352.

sembra trovare un proprio soddisfacente equilibrio, solo che si proceda a una accurata riflessione sulle matrici del sistema.

## 2. Ambientamento: l'oggettività giuridica della bancarotta come "bussola" della ricerca dogmatica.

Anche volendo limitare lo sguardo all'attuale assetto penale del fallimento e ai suoi più diretti e immediati referenti storici – chè una compiuta ricostruzione diacronica, affondante le proprie radici già nell'epoca romana e, soprattutto, nel *furtum in re propria* di medievale teorizzazione (17), condurrebbe troppo lontano (18) –, per vero, emerge immediatamente il cordone ombelicale che ancora lega le formulazioni delittuose del 1942 alla "rottura del banco", e, dunque, alla sostanziale equiparazione tra fallimento e reato (*decoctor, ergo fraudator*) (19): in un contesto in cui l'elaborazione penalistica ha spesso svolto funzione ancillare rispetto alla disciplina commerciale (20), dando vita, più che a un sistema conchiuso, a un « cespuglio di piante selvatiche, fuori dal recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale » (21).

Non stupisce allora se, gemmando il tipo da simile tradizione, al fallimento sia stato inizialmente assegnato il ruolo di evento del reato in senso stretto. In questa prospettiva, in effetti, il fallimento polarizzerebbe l'intero disvalore di fattispecie, giustificando per se stesso le severe sanzioni penali: una volta subentrata la declaratoria fallimentare, la rinvenibilità di condotte corrispondenti a quelle descritte dalla norma incriminatrice darebbe ragione dell'opportunità di punire, degradando in tal modo i comportamenti dell'agente a mere condizioni di punibilità (22).

(17) Sul punto G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., pp. 849 ss.; in tempi recenti, tra gli altri, A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 2.

(18) Per un'ampia panoramica dell'evoluzione storica della repressione dell'insolvenza, per tutti: A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., pp. 17 ss.; nella manualistica penale fallimentare L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 3 ss.

(19) Così la classica espressione di Baldo degli Ubaldi, riportata tra gli altri da M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 356, che sottolinea la continuità della attuale normativa penalfallimentare con una tradizione ispirata all'iperdeterrenza.

(20) In tal senso L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 24.

(21) È questa la famosa definizione data alle fattispecie di bancarotta, e soprattutto alla figura di bancarotta "per effetto di operazioni dolose", da F. CARNELUTTI, *Recensione a P. Nuvolone*, *Il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 254.

(22) La c.d. "tesi privatistica" è compendiata da Bonelli (ma non diversamente, con varie sfumature, da Rocco e Longhi), e riportata tra gli altri da A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 29; G.L. PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta* de iure condendo, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 448. Per una critica implacabile a tali teorie cfr. già G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, cit., pp. 720 ss.; ID., *Studi sulla bancarotta*, cit., pp. 851 ss., 856 ss.

L'insostenibilità di una simile impostazione – frontalmente agli antipodi di un diritto penale improntato al principio di colpevolezza – non abbisogna d'essere rimarcata (23); essa, tuttavia, già lumeggia l'esistenza di un fianco scoperto, relativo alla corretta individuazione del contenuto lesivo della bancarotta (e, in particolare, della bancarotta fraudolenta patrimoniale), occorrendo segnatamente appurare se « l'offesa (…) venga colta dalla norma incriminatrice allo stadio del danno effettivo, oppure anticipata alla messa in pericolo » e, soprattutto, « se il momento dell'offesa affiori al piano della tipicità » (24).

Con ciò, verranno gettate le basi per la collocazione dogmatica del fallimento. Non prima, tuttavia, di aver enucleato il bene giuridico sotteso alle fattispecie di bancarotta: momento essenziale e propedeutico alla stessa calibrazione dell'offesa (25), in quel continuo traghettare dalla dimensione tipologica al livello assiologico che sembra costituire la chiave d'accesso al microcosmo penale fallimentare.

**2.1. Le tesi pubblicistiche e miste: critica. –** Muovendo per progressive approssimazioni, una prima chiave di lettura racchiude le tesi di coloro che riconducono l'oggettività giuridica della bancarotta a una sfera pubblicistica.

(*i*) Si è segnatamente saldata l'offesa alla lesione della pubblica economia (*sub specie* vuoi di "fede pubblica", vuoi di "ordinato esercizio del commercio"), sulla scorta – in estrema sintesi – della fisiologia, per l'imprenditore, nel ricorso al credito, e, quindi, della *potenziale* capacità di *contagio* che caratterizza il suo dissesto: donde la limitazione dei soggetti attivi del reato (dal cui novero esulano i "privati" debitori e gli stessi imprenditori non fallibili) e la peculiare severità della sanzione (26).

Pur nell'innegabile interesse dell'ordinamento a neutralizzare le imprese insolventi prima che perturbino quelle *in bonis*, simile impostazione si espone a critiche insuperabili: su tutte, quella di confondere il reale nucleo lesivo della bancarotta con gli eventuali effetti diffusivi discendenti dal reato, che acquistano rilievo solo in via indiretta. Come autorevolmente rilevato, « lo scenario macroeconomico che fa da sfondo alla bancarotta può spiegare l'intensità della

(23) In dottrina, *ex plurimis*: A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 49 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., pp. 38 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 111 ss.

(24) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 11.

(25) Sull'importanza dell'individuazione del bene giuridico ai fini di un corretto inquadramento del fallimento si veda anche G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., pp. 329 ss.

(26) In generale, per tale impostazione, A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 24 ss.; P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 7 ss.; ID., *Bancarotta e trasformazione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, pp. 91 ss.; con particolare accento sull' "impresa" come bene giuridico, S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, pp. 131 ss.

tutela (il rigore sanzionatorio), ma non appartiene al suo oggetto » (27); già Delitala, in proposito, osservava che « non si deve confondere il motivo della tutela con l'interesse tutelato, l'oggetto immediato del reato con quello mediato (…) Certo, tutelando il credito, si fa cosa vantaggiosa per il commercio e conseguentemente per l'economia della nazione » (28), ma ciò non toglie che il bene giuridico debba più propriamente ricercarsi altrove.

Né, a ben vedere, gli effetti collaterali sul sistema economico rifrangono dalla bancarotta in sè, discendendo, piuttosto, dall'insolvenza dell'impresa, cui non necessariamente la prima si accompagna (29). D'altra parte, è la stessa formulazione delle singole figure delittuose – come si vedrà a breve – sembra precipuamente riferire il portato offensivo a un piano differente (30); senza contare che una marcata impronta pubblicistica nel relativo bene giuridico rischierebbe di stimolare una tendenza espansiva nella esegesi normativa (31) (con gravi problemi di determinatezza) (32), di cui – come già evidenziato (33) – la bancarotta (soprattutto nelle sue più gravi epifanie sul piano sanzionatorio) non ha affatto bisogno.

(*ii*) Nell'ambito delle ricostruzioni pubblicistiche, poi, particolarmente significativa – in quanto *pendant* di una basilare perimetrazione temporale delle condotte punibili (34) – appare l'impostazione "processualistica", che annovera la bancarotta tra i *reati contro l'amministrazione della giustizia*: da tale angolo visuale, si è rilevato, le norme incriminatrici penalfallimentari « tendono ad assicurare la realizzazione delle procedure concorsuali, e, cioè, la massima soddisfazione delle ragioni dei creditori compatibile con l'interesse pubblicistico del concorso paritario » (35). Da questo scopo, dunque, deriverebbero per l'agente

(27) Così C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 8. Analogamente U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 51, che evidenzia come « senza dubbio, la bancarotta offende anche – e spesso – la pubblica economia. Ciò che colpisce l'opinione pubblica è la ciminiera della fabbrica spenta, la saracinesca del negozio abbassata, i dipendenti dell'impresa fallita sul lastrico e costretti ad iscriversi alle liste dei disoccupati. (…) Ma l'ordinamento giuridico fornisce la prova che questo danno è soltanto *un aggravamento, una particolarità* del danno patrimoniale che subiscono i creditori dell'impresa fallita » (corsivi dell'A.).

(28) G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, cit., pp. 841-842; nel medesimo senso ID., *Contributo*, cit., pp. 730-731.

(29) In argomento: A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 5-6; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 41; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 14.

(30) In tal senso L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 91.

(31) In termini analoghi C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 9.

(32) Analogamente N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 17.

(33) Sulla tendenza espansiva della bancarotta fraudolenta patrimoniale e della bancarotta per effetto di operazioni dolose cfr. *supra*, cap. II, *passim*.

(34) Attraverso l'enucleazione della c.d. 'zona di rischio penale', su cui *amplius infra*, § 3.2.

(35) Così P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 18-19, 25, 27; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 478. La tesi è stata poi ripresa dall'A. in P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, cit., p. 293. A diverse conclusioni l'A. giunge invece in relazione ai reati di bancarotta "impropria" da reato societario e da causazione dell'insolvenza (art.

specifici obblighi di conservazione dei beni, di corretta tenuta delle scritture contabili e di veridicità nella loro rappresentazione, affinchè i creditori (il cui interesse trova protezione solo in via mediata) possano soddisfare le proprie legittime pretese (36); vincoli, tuttavia, che postulano l'inadempimento, solo in tale eventualità profilandosi il diritto di garanzia, *ex* art. 2740 c.c., per i creditori (da considerarsi già come "massa", in disparte l'apertura della procedura concorsuale) e, correlativamente, assumendo rilievo le condotte bancarottiere (37).

Pur meritevole di meditata considerazione – specie per l'anelito nell'innalzamento di un limite alla retroazione all'infinito nella ricerca delle condotte tipiche e la valorizzazione del ruolo dell'insolvenza (38) –, simile impostazione è stata criticata lungo una duplice direttrice: per un verso, si perverrebbe « all'assurdo di non ritenere incriminabili tutti i fatti di bancarotta che, avendo cagionato il dissesto, devono necessariamente precederlo e cioè proprio quelli di maggiore gravità » (39), conclusione non autorizzata dalla lettera della legge (40); per l'altro, l'anticipazione dell'insorgenza della "massa" dei creditori a uno stadio anteriore all'apertura della procedura concorsuale rappresenta una *fictio*, la cui problematicità verrebbe acuita dalla mancanza di una precisa definizione del presupposto che la sorregge, vale a dire l'insolvenza (41).

Ora, le anzidette critiche sembrano cogliere solo in parte nel segno. In primo luogo, le preoccupazioni concernenti vuoti di tutela paiono eccessive: ad incriminare il cagionamento del dissesto, infatti, soccorrono le fattispecie dell'art. 223 cpv. l.fall., ben potendo dunque tale situazione fattuale esulare dall'orbita della bancarotta prefallimentare. Se è vero, poi, che il "trapianto" dei creditori come massa nella fase che precede l'*incipit* della procedura concorsuale forza effettivamente l'istituto, è del pari innegabile che l'intera costruzione muove dall'esigenza – come si è accennato e come si vedrà ancora (42) – di confinare il potenziale regresso all'infinito delle condotte punibili, vero *punctum dolens* della bancarotta prefallimentare, entro limiti obiettivi, ancorchè un simile

223 cpv. l.fall.; art. 224 n. 2 l.fall.), che rientrerebbero tra i reati contro la pubblica economia. Nella dottrina successiva, per l'impostazione processualistca, C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., pp. 13 ss.

(36) *Ibidem*.

(37) Così ancora P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 30 ss.

(38) Sottolineano questo indubbio merito, in dottrina, G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 332, e C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 991. Si tratta, invero, di snodi oggi ancora più cruciali di quanto non fossero all'epoca di elaborazione della teoria da parte di Nuvolone, alla luce del mutato contesto normativo (extrapenale) e culturale, come si avrà modo di sottolineare nel cap. seguente.

(39) Così L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 88; G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 90.

(40) In argomento I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 22.

(41) Così ancora L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 89; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 44; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 9-10.

(42) Cfr. *infra*, § successivo.

ambientamento *in apparenza* « non trov[i] riscontro nella fattispecie legale, che non disegna le condotte tipiche sullo sfondo di una situazione aziendale già compromessa » (43), non potendo dunque affermarsi, stando alla lettera delle norme incriminatrici, che « a sostanziare l'offensività della bancarotta prefallimentare siano necessariamente le ombre di una congiuntura già critica » (44).

Piuttosto, a non convincere è l'elevazione ad autonomo bene giuridico della procedura concorsuale in sé considerata, tralasciando il fatto che lo strumento processuale è pur sempre funzionale alla tutela di un interesse sostanziale sottostante (quale, nel dettaglio, il soddisfacimento dei creditori) (45). Le indiscutibili esigenze di *self-restraint* della fattispecie, poi, non ne impongono affatto una oggettività giuridica in chiave processualistica; anche una attenta riflessione del dato testuale e di contesto consente, a ben vedere, di giungere al medesimo risultato pratico (46).

(*iii*) Ancor meno convincente si mostra la tesi della *plurioffensività della bancarotta*, per quanto autorevolmente sostenuta.

Muovendo dalla lamentata parzialità delle ricostruzioni in chiave mono-offensiva della fattispecie, si è in particolare valorizzata la complessità del fenomeno-insolvenza, che irradia gravi ripercussioni sull'economia generale e da cui scaturisce l'interesse « dei creditori ad essere soddisfatti nella maggiore misura e nel minor tempo possibile » (47); sicchè, in definitiva, non potrebbe « negarsi che interessi patrimoniali dei creditori, pubblica economia e, nei fatti postfallimentari, amministrazione della giustizia appaiano, oggi, in connessa e paritaria tutela » (48).

Sennonché, i rilievi formulati in riferimento al bene giuridico "pubblica economia" comportano, in radice, la precarietà del carattere plurioffensivo della bancarotta.

Il presupposto di esistenza dei reati plurioffensivi è innervato infatti, secondo la migliore dottrina, dalla necessaria offesa a più beni giuridici (49). Tuttavia, come si è rimarcato, l'offesa alla pubblica economia non si declina quale invariabile effetto della bancarotta; ma, allora, « dire che una norma tutela più beni giuridici e che per il perfezionamento della stessa è sufficiente che la lesione

(43) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 11-12.

(44) *Ibidem*.

(45) In tal senso C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 984. In termini analoghi A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 15.

(46) *Infra*, § 5 e, ancor più diffusamente, cap. VI, *passim*.

(47) Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 47.

(48) Ancora F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 48.

(49) In tal senso, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 208.

(…) sia apportata ad uno soltanto di tali beni (…) sembra equivalente al negare di essere riusciti ad individuare il vero bene giuridico tutelato » (50). Verrebbe insomma confuso il piano della tutela effettiva con quello della mera finalità di (eventuale) protezione, camuffando l'oggettività giuridica reale della norma incriminatrice e assecondandone interpretazioni estensive (51).

**2.2. La concezione patrimoniale della bancarotta. –** Le osservazioni sin qui svolte conducono senz'altro, nel solco della prevalente dottrina (52), a isolare nella *garanzia per i creditori*, cui il patrimonio dell'imprenditore (ovvero della società) risulta funzionalmente destinato, la vera frontiera dell'oggettività giuridica della bancarotta (53), che si affianca, in reciproco coordinamento, ai mezzi di conservazione patrimoniale enumerati dalla legge civile (54): laddove la soggezione del patrimonio non si traduce in una tutela "atomistica" (55) del singolo rapporto di credito, assurgendo bensì « a tutela collettiva, dei creditori come categoria », « una categoria aperta, soggetta anch'essa (come le componenti attive del patrimonio) a un continuo ricambio » (56). Ciò che, peraltro, non determina una rarefazione della lesività, giacchè, per quanto ad ampio raggio (57), la platea dei creditori è pur sempre finita, restando « in ogni momento e per ciascun debitore il numero e l'identità dei creditori (…) suscettibili di esatta determinazione » (58): la sagomazione collettiva della tutela non incide, insomma, sulla natura dell'interesse presidiato, che rimane individualistica e, in quanto tale, patrimoniale (59).

(50) Così A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 12.

(51) Per considerazioni sostanzialmente analoghe G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 330-331.

(52) Oltre a Pedrazzi, aderiscono a tale prospettiva, pur con diverse sfaccettature, tra gli altri: I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., pp. 24 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 92; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 333; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 59; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 283; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 13 ss.; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 373.

(53) Già G. DELITALA, *L'oggetto della tutela*, cit., p. 836, aveva modo di osservare come « i creditori hanno (…), se non proprio un diritto reale sul patrimonio del debitore, per lo meno un interesse alla conservazione (intesa tale parola non già nel senso statico di conservazione delle singole unità, ma di conservazione di valore) ed alla ostensibilità di tale patrimonio, poiché la garanzia patrimoniale non può praticamente realizzarsi se il debitore non ha beni, o se, pur avendone, i creditori non sono in grado di riconoscere che appartengono a lui ».

(54) Fondamentali in proposito i rilievi di C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 4-5. Il coordinamento tra mezzi penali ed extrapenali di tutela del credito rappresenta una esigenza, scaturente dalla unitarietà dell'ordinamento, di cui occorrerà tenere conto nello studio della 'esenzione' dai reati di bancarotta: cfr. *infra*, cap. V, § 4.2.

(55) L'espressione è di C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 976.

(56) *Ibidem*.

(57) Donde l'impossibilità di riconoscere al singolo creditore la veste di soggetto passivo del reato, ovvero la titolarità di un consenso scriminante: cfr. C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 6.

(58) C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 977.

(59) Seppur come "sintesi di beni individuali": C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 6.

In questo senso, del resto (per quanto incastonata in una ideale pubblicizzazione del livello di tutela), la stessa relazione ministeriale di accompagnamento al r.d. 267/1942 pone al centro la garanzia dei creditori, innalzata ad "altissimo interesse pubblico", con la predisposizione di « tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore, sia dei singoli creditori » (60).

Breve: oggetto di protezione, attraverso il viatico repressivo della bancarotta, è il patrimonio dei creditori, termine di riferimento, di conseguenza, per accertare l'offensività (e, dunque, la punibilità) del comportamento dell'agente (61).

Resta peraltro sul tappeto l'*interrogativo essenziale*, che alberga nella possibilità di una « indiscriminata applicazione [delle fattispecie di bancarotta, n.d.r.] a comportamenti che nessun collegamento hanno con le procedure concorsuali effettuata dalla giurisprudenza, che non reputa sussistere alcun limite, nel caso di apertura di una procedura concorsuale, alla rilevanza penale di fatti che possono essere ricercati procedendo a ritroso nella valutazione della vita dell'impresa » (62); con buona pace dell'indagine in ordine alla reale offensività della condotta all'epoca di effettiva realizzazione (specie se remota rispetto alla declaratoria di decozione) e l'inevitabile *de profundis* quanto all'attualità dell'elemento soggettivo.

Una questione cui né il dato letterale, almeno a prima vista, né la pur meritoria rilettura della norma attraverso le lenti dell'oggettività giuridica riescono a fornire una soddisfacente sistemazione. Sistemazione che sconta dunque, almeno nel più meditato approccio della dottrina, la risposta a un *ulteriore*, preliminare *quesito*: che ruolo gioca, nella partita dell'attuale bancarotta, la sentenza dichiarativa di fallimento?

Le tesi sul campo verranno ora partitamente passate in rassegna. Stante il "silenzio assordante", salve recenti eccezioni, della pressoché totale giurisprudenza, scarsamente incline a irrigidire il tipo entro stringenti confini dogmatici o interpretativi, la disamina dell'impostazione di matrice pretoria in ordine al ruolo del fallimento verrà posticipata a un successivo paragrafo (§ 4); si tenterà da ultimo di tirare le somme, dando conto dell'opzione nella presente sede prescelta (§ 5), che servirà a offrire una prima verifica, al contempo, all'ipotesi di lavoro che ispira la ricerca.

(60) In tal senso la Relazione Ministeriale, n. 3.

(61) In argomento A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 14.

(62) Così, lucidamente, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 68.

### 3. Dal bene giuridico alla "concretizzazione della lesività": il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nelle ricostruzioni della dottrina.

Un dato appare in premessa certo, ed è la compianta lucidità di un Maestro ad averlo gettato sulla scena in tutta la sua urgenza: « la reticenza legislativa non autorizza (…) a concludere, prematuramente, che ci troviamo in presenza di una tipologia formaleggiante, fatta di schemi operativi astrattamente modali, avulsi dal momento effettuale » (63).

È la ricerca di un simile "momento effettuale" nella trama della bancarotta prefallimentare a impegnare, da decenni, la dottrina.

Uno sforzo, peraltro, cui la natura della sentenza dichiarativa contribuisce in termini inequivoci quanto alle fattispecie di bancarotta postfallimentare e di bancarotta societaria *ex* art. 223 comma 2 l.fall.; in entrambi i casi infatti, come accennato, è lo stessa cifra letterale del tipo a suggerire una univoca collocazione dogmatica al fallimento.

Da una parte (bancarotta postfallimentare), segnatamente, esso assume le vesti di presupposto del reato (64): punendo le condotte realizzate "durante la procedura fallimentare", invero, la sentenza dichiarativa precede e ambienta i comportamenti dell'agente, colorando peculiarmente la fattispecie, in quanto priva il fallito della disponibilità dei suoi beni e lo grava di precisi obblighi nei confronti della procedura. Ciò che determina, naturalmente, l'inclusione della declaratoria fallimentare nello spettro del dolo (65).

Dall'altra (art. 223 cpv. l.fall.), venendo in rilievo la causazione del dissesto ovvero del fallimento della società, opera appieno lo schema del reato d'evento (66) – evento rappresentato, tralasciando in questa sede la differente terminologia impiegata dal legislatore, dallo stato materiale, fenomenico, di dissesto –, catalizzatore del disvalore, sicchè dovrà in ogni caso appurarsi il nesso causale tra

(63) Così, fondamentalmente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 12; ID., *Reati fallimentari*, cit., p. 125.

(64) In dottrina, tra gli altri: A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 65; G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 286; C. PEDRAZZI, *Noterelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 27; ID., *Art. 216*, cit., p. 105; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 84; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 51; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 128 ss.

(65) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 111; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 65.

(66) Per questa tesi, in dottrina: C. PEDRAZZI, *Noterelle comparatistiche*, cit., p. 25; G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 291; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 69; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 16; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 72; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 366. Nella dottrina più risalente G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., pp. 858-859, 872.

la condotta e l'evento disvoluto, a sua volta attirato nel fuoco dell'elemento soggettivo (67).

Tuttavia, come anticipato, è la bancarotta prefallimentare (variante delittuosa, come osservato, assai più frequente nella prassi) la vera e propria cartina al tornasole dell' "equivoco" del 'fallimento' nelle disposizioni penali fallimentari.

**3.1. La tesi di Pedrazzi: la bancarotta come reato di pericolo concreto e la sentenza dichiarativa quale 'condizione obiettiva di punibilità'. –** Secondo una prima impostazione (68), che vede nelle implacabili osservazioni di Cesare Pedrazzi la sua più nitida espressione, l'*offensività concreta* della condotta va ipostatizzata a *momento costitutivo della tipicità della bancarotta* (69). Né – in simile prospettiva – potrebbe darsi diversamente, giusta la pluralità di argomenti che sospingono in tal senso, dal livello sanzionatorio (difficilmente conciliabile con lo scarso spessore del pericolo presunto) alla « innegabile tensione dialettica tra diritto di proprietà e salvaguardia della garanzia patrimoniale » (70), ovvero tra la libera iniziativa imprenditoriale (71) (cui si accompagna il potere dispositivo della proprietà) (72), costituzionalmente presidiata, e la tutela degli interessi dei creditori. A ciò si somma il sostrato semantico delle norme incriminatrici prefallimentari, giacchè « nel senso di una offensività concreta orientano (…) esigenze interne alla stessa fattispecie, di esplicitazione dei suoi contenuti. (…) Termini come "distrazione" o "dissipazione" sono impregnati da una connotazione negativa che solo una tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto: intese come modelli astratti di condotta, la distrazione e la dissipazione si sottrarrebbero a una soddisfacente determinazione » (73): scollegata dal fallimento (che si limita a registrare l'insolvenza), l'offesa è organizzata interamente su un momento anteriore, entrando nel fatto tipico dalla porta principale delle condotte tipizzate.

(67) Sul punto cfr. *amplius infra*, cap. VII.

(68) Si tratta della tesi ampiamente maggioritaria in dottrina. Si vedano, *ex plurimis*: L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 95 ss.; ID., (voce) *Fallimento*, cit., pp. 19 ss.; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 374-375; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 52; (pur non ravvisando nella natura della sentenza dichiarativa di fallimento il punto cruciale del diritto penale fallimentare) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 13 ss.; P. RIVELLO, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione pre-fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 1062 ss.

(69) Si rinvia ancora una volta a C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 12.

(70) C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 988.

(71) È nuovamente C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 13, a rimarcare – opportunamente – tale aspetto.

(72) Valorizza il potere dispositivo del proprietario, ancora, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 990-991.

(73) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 12.

A imprimere una conferma decisiva all'assunto, poi, contribuisce la richiamata oggettività giuridica patrimoniale: la 'garanzia' deve costantemente rapportarsi, quale concetto di relazione, all'entità dei crediti che si trova di volta in volta a presidiare, sicchè – oltre tale limite fisiologico, di soddisfacimento delle obbligazioni che giungono a scadenza – si riespande il potere dispositivo del soggetto attivo sui propri beni (ovvero, in caso di portatori di cariche societarie, sui beni sociali), rendendo a-tipiche condotte che non pongano in forse la capienza del patrimonio (74), in quanto scevre del connotato di pericolosità per l'interesse del ceto creditorio (75).

Sul tema si avrà occasione di ritornare, ampiamente, in seguito (76), riprendendo e sviluppando gli spunti appena abbozzati.

Basti per ora rilevare che, in effetti (77), l'isolabilità di profili di concreta incidenza (seppur in termini di pericolo) per la complessiva garanzia dei creditori, assurta a elemento di fattispecie, risponde al duplice imperativo sistematico di precisare le condotte punibili e di agganciare la bancarotta a vettori di sicura offesa per il bene protetto: sono, in definitiva, « esigenze interpretative immanenti alla normativa penale fallimentare a spingere nel senso di una concretizzazione della lesività: a imporci di considerare l'offesa delle ragioni creditorie come un requisito della fattispecie, magari implicito, ma deducibile dal sistema » (78).

Di immediata evidenza i corollari in punto di sentenza dichiarativa di fallimento. Radicata l'offesa, in tutto il proprio portato lesivo, nel momento in cui la condotta viene realizzata, la successiva declaratoria ridonda nell'orbita delle condizioni che – nulla aggiungendo all'offensività intrinseca dei comportamenti disvoluti – travasano nel diritto positivo le *ragioni di opportunità* alla base della scelta punitiva del legislatore (79): con una autolimitazione motivata dalla

(74) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 14; ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 991.

(75) In argomento, con la consueta efficacia, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 993.

(76) Cfr., in particolare, *infra*, cap. VI, *passim*.

(77) Il riferimento è nuovamente a S. CAVALLINI, *La tipicità penalfallimentare*, cit., p. 623.

(78) Così, ancora, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 988; ID., *Art. 216*, cit., p. 53.

(79) La mole bibliografica in tema di condizioni obiettive di punibilità impedisce di renderne conto nello spazio di una nota. Volendo citarne alcuni (e riservando il richiamo ad altri contributi in note apposite): E. DI SALVO, *Art. 44*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, Milano, 2010, p. 563; M. BINDA, *Art. 44*, in *Codice Penale Commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, tomo I, IV ed. agg. da A. Aimi, Milano, 2015, p. 709; F. BRICOLA, (voce) *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 588; P. VENEZIANI, *La punibilità*, ne *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, a cura di P. Veneziani, Milano, 2014, p. 277; ID., *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, 1992; M. ZANOTTI, (voce) *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 524; M. ROMANO, *Art. 44*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 475; G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, ne *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, p. 353; per i caratteri discretivi della "punibilità" rispetto alla "antigiuridicità" e alla "colpevolezza" cfr. anche

preoccupazione di evitare, allorquando l'impresa sia ancora in vita, un sindacato "a tappeto" del giudice penale sulle scelte imprenditoriali (80). Da qui, l'ancoraggio della repressione al fallimento, « sopraggiunto il quale l'imprenditore può essere chiamato al *redde rationem* senza pericolo per la continuità dell'unità produttiva », laddove « una repressione automatica poco gioverebbe agli stessi creditori: finchè la crisi non si dimostri irreversibile essi possono contare su di una ripresa che consenta un soddisfacimento integrale » (81); a questa stregua, è il fallimento a rivelare e rendere punibile – quale *condizione* "estrinseca" *di punibilità* (82) – l'offesa (83).

Dunque, *alcun collegamento eziologico* si rinviene *tra la pericolosità dei fatti di bancarotta e il danno riassunto nell'insolvenza*, che non ne rappresenta lo sbocco né la progressione, l'originaria e immanente pericolosità colorandosi come danno solo in ragione della situazione fallimentare nel frattempo insorta (84). A militare in tale direzione soccorre anche il dato sistematico: equiparata la bancarotta documentale a quella patrimoniale, sia dal punto di vista strutturale sia sotto il profilo della correlazione al fallimento, l'assenza nella prima di qualsivoglia nesso tra condotta e dissesto preclude, evidentemente, che un simile ponte causale definisca il tipo della seconda (85). Il che, ma sul punto si tornerà ampiamente, non autorizza affatto a recuperare a sanzione, una volta subentrata la declaratoria fallimentare, qualunque comportamento astrattamente sussumibile negli schemi veicolati dalla fattispecie, ancorchè in alcun modo lesivo – all'epoca in cui fu realizzato – degli interessi dei creditori. Incentrandosi, come visto, l'intero disvalore sulla condotta, infatti, la tipicità offensiva si esprime nei fatti stessi di bancarotta, concretizzandosi nella misura in cui, per effetto dei comportamenti dell'agente, il patrimonio si prospetti o appaia inadeguato alla funzione di garanzia (86): la tipicità non potrà, allora, « rappresent[are] la proiezione retrospettiva di un fallimento magari sopraggiunto ad anni di distanza

---

F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, cit., p. 11. Con particolare riguardo alla sentenza dichiarativa di fallimento: G.L. PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento*, cit., p. 447.

(80) Nella manualistica, in questo senso, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 426-427; F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, cit., p. 45. Altra, naturalmente, è la tendenza della giurisprudenza, già registrata nel cap. I, § 4, a sindacare diffusamente, in concreto, le scelte imprenditoriali.

(81) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 19 (corsivi dell'A.).

(82) Analogamente A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 56; G. MONTANARA, (voce) *Fallimento*, cit., p. 293.

(83) In questi termini L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 121.

(84) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 18. Ad avviso di L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 102, il fallimento « condiziona la punibilità per i fatti di bancarotta, ma di consueto non è elemento costitutivo della figura di reato in esame, né è legato da nesso eziologico alla condotta del soggetto attivo ».

(85) Per tale ulteriore rilievo C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1002.

(86) In questi termini C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 69; sul punto si rinvia, *amplius*, *infra* cap. VI.

» (87), giacchè dovrà costantemente rapportarsi con la puntuale verifica dell'esposizione a pericolo del bene protetto, in termini di congruità globale della garanzia.

Vero ciò, è pur possibile che, talvolta, il fallimento assuma anche una limitata rilevanza sostanziale, come paradigmaticamente si desume dall'art. 219 l.fall., ove la sentenza dichiarativa si innalza a momento unificatore dei vari episodi di bancarotta eventualmente realizzati (art. 219 cpv. n. 1 l.fall.), ovvero a "punto di emersione" del danno patrimoniale per i creditori (art. 219 comma 1 l.fall.) (88).

Tanto precisato, è lo stesso Maestro a situare l' "*humus*" tendenziale della pericolosità tipica in un *contesto di dissesto*, atteso che l'effetto « di frustrazione della responsabilità patrimoniale, per procurata insufficienza della garanzia, è concettualmente ed empiricamente inseparabile dal dissesto, specie nel caso dell'imprenditore commerciale » (89).

Si assiste così, all'esito del condivisibile (90) sentiero ricostruttivo, a un avvicinamento della tesi – seppur solo al livello dell'empiria – alle premesse di una diversa impostazione teorica, che ha trovato nel pensiero di Pietro Nuvolone la sua primigenia e più autorevole espressione e che conviene passare ora a esaminare.

**3.2. La tesi di Nuvolone: la 'zona di rischio penale' e la sentenza dichiarativa come condizione "qualificata" di punibilità. –** Annoverata tra i reati contro l'amministrazione della giustizia (91), repressiva infine dell'inadempimento del debitore – rispetto ai quali la formazione ideale di una "massa", prima dell'apertura formale della procedura concorsuale, svolge una funzione concettualmente servente –, la bancarotta deve scontare, evidentemente, un *limite immanente* (92), che ne rappresenta il « *problema più grave* », acutamente tratteggiato da Pietro Nuvolone: « *fissare il punto dove incomincia la zona del rischio penale per l'imprenditore* che compie determinati atti. È assurdo,

(87) C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1010.

(88) Nuovamente C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 21 ss.; ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1015 ss.

(89) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 16.

(90) Torneremo sulle varie tesi, come anticipato, in un successivo momento: *infra*, § 5.

(91) Cfr. *supra*, § 2.1.

(92) Non appare sempre chiaro se, nel pensiero di Nuvolone, l'oggettività giuridica processuale comporti necessariamente la teorizzazione della zona di rischio penale, ovvero se, piuttosto, è dall'esigenza *ab imis* di limitare la capacità espansiva della bancarotta (attraverso la fissazione di un momento iniziale di penale rilevanza delle condotte) a incidere sull'analisi del bene giuridico.

infatti, pensare che si possa retroagire indefinitamente nel corso della vita dell'impresa » (93).

Sennonché, i confini di siffatta "zona" non possono che essere scanditi dallo *stato di insolvenza*, quale momento in cui l'incapacità organica, per l'impresa, di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali (94) attualizza l'impossibilità per i creditori di soddisfarsi in via diretta sui beni dell'imprenditore, e, per converso, permea di illiceità i comportamenti dispositivi di quest'ultimo, in quanto frustranti le finalità della imminente procedura concorsuale. Solo nel momento dell'insolvenza, dunque, grava sul debitore un preciso vincolo di destinazione dei beni – analogamente a quanto accadrebbe laddove la procedura concorsuale fosse già aperta – al soddisfacimento dei creditori secondo i criteri di legge (95).

Da ciò discende il riconoscimento di un ruolo della sentenza dichiarativa parzialmente diverso rispetto a quello in precedenza descritto; pur rimanendo nel perimetro delle *condizioni obiettive di punibilità*, infatti, essa acquista un *carattere qualificato*, giacchè imprime definitività al vincolo di indisponibilità dei beni (96). Per sbarrare la strada all'incursione retrospettiva del giudice, erigendo un limite temporale e qualitativo nel cuore della fattispecie, il fallimento viene così recuperato in parte al piano dell'offesa, svestendo i panni di semplice fattore esterno per partecipare – a pieno titolo, ancorchè sempre formalmente dal piedistallo delle condizioni obiettive – al disegno tipico della norma incriminatrice.

D'altra parte, la riconduzione della declaratoria fallimentare alle condizioni di punibilità intrinseche non si mostra affatto isolata nel panorama dottrinale (97), anche ove si impianti *aliunde* l'oggettività giuridica della bancarotta: a detta conclusione si perviene facendo leva, con varietà di accenti, sulla "novità" traghettata dalla sentenza dichiarativa, la quale « implica una vera trasformazione

(93) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 28 (corsivi nostri). A quanto consta, la tesi di Nuvolone è stata riproposta in dottrina, nella sua integralità, unicamente da M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., pp. 243-244, 248 ss.

(94) Sul concetto di insolvenza ci si soffermerà ampiamente nel prosieguo di questo studio: *infra*, diffusamente, capp. V e VI. Per il momento, i riferimenti al fenomeno saranno svolti sulla scorta della definizione tradizionale di insolvenza, riportata nel testo.

(95) Così ancora P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 30-31 (corsivi dell'A.); analogamente, ID., *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, cit., p. 292.

(96) In tal senso P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 26; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 477.

(97) Si richiamano, tra gli altri: F. BRICOLA, (voce) *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., p. 594; P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari*, cit., p. 38; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 364; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., p. 27. Secondo C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 569, la sentenza dichiarativa fornisce alla fattispecie la modalità cronologica essenziale per la rilevazione in concreto dell'interesse tutelato.

dei diritto dei creditori (…) facendo passare (…) l'offesa inerente il reato dall'eventualità all'attualità » (98), ovvero funge da « "marcatore" del *discrimen* tra offesa potenziale e pregiudizio effettivo dell'interesse protetto » (99), o, ancora, « sigill[a] il giudizio di disvalore formulato sulle condotte che integrano le diverse forme di bancarotta prefallimentare » (100). Non è un caso, pertanto, che – sviluppando siffatte premesse in chiave di definizione del tipo – anche nell'ambito di queste impostazioni la rilevanza penale delle condotte sia saldata, se non a una insolvenza conclamata, quantomeno a una fase della vita dell'impresa in cui sia già adombrabile una situazione di pericolo per gli interessi dei creditori (101).

**3.3. La tesi del 'nesso di rischio' tra condotta ed insolvenza. –** Al medesimo ceppo concettuale e assiologico appartengono, sostanzialmente, le posizioni, affiorate più recentemente in dottrina, che mirano a superare la "contraddizione etica" (102) e l'inefficienza economica insite nelle tesi tradizionali (e, soprattutto, in quella di matrice giurisprudenziale): una contraddizione precisamente espressa da Massimo Donini, e data dalla circostanza per cui « un fatto non può diventare illecito per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile (l'insolvenza-fallimento) », giacchè « o l'evento è imputabile, e allora si risponde per averlo cagionato, con condotta *ex ante* pericolosa e idonea a tale effetto, oppure non è imputabile, e allora ciò che rende illecita la condotta deve risiedere nel comportamento stesso, o nella situazione in cui esso viene posto in essere, non nel risultato » (103).

Il rimedio, da tale angolazione, verrebbe offerto dall'arricchimento della fattispecie con un *ulteriore elemento costitutivo* (implicito), definibile alla stregua di un '*nesso di rischio*' tra condotta *ex ante* tenuta e risultato *ex post* verificatosi (104). In tal senso, il sopraggiunto fallimento non assume le sembianze di una condizione che "fa pagare tutto in ritardo", attirando nella sfera del punibile anche violazioni svincolate da qualunque legame – in termini di congruenza – con l'insolvenza, atteso che « le uniche violazioni "di rilevanza fallimentare" saranno (…) quelle strettamente legate allo stato di insolvenza, sul quale devono avere

(98) Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 53.

(99) Così, nella medesima prospettiva, G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 320.

(100) F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 75.

(101) Ancora F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 76.

(102) L'espressione è di M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 55.

(103) Testualmente M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 139 (corsivo dell'A.).

(104) In tal senso M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 57; ID., (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, pp. 699 ss.; A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., pp. 863 ss.

avuto un'incidenza economica e in rapporto alla cui sussistenza o concreta percezione si profila il disvalore d'azione » (105). Detto altrimenti, la condotta acquista il crisma della tipicità solo nella misura in cui crei un rischio giuridicamente disapprovato, che trovi una concretizzazione nella successiva (ma non direttamente causata) insolvenza (106); l'integrazione della fattispecie, in definitiva, postula « un *continuum* temporale tra le "situazioni di rischio": il rischio attivato dalla condotta tipica e la situazione di insolvenza nel[la] quale esso si concretizza » (107).

Duplice il corollario: (*a*) da un lato, la bancarotta prefallimentare gravita pur sempre tra i reati di pericolo, giacchè è bastevole una effettiva relazione *ex ante* tra la condotta e il pericolo dell'insolvenza – quale presupposto ovvero quale conseguenza della prima – per ravvisare la tipicità delittuosa (108); (*b*) dall'altro, la refluenza del 'fallimento' tra le condizioni obiettive di punibilità (attestandosi esso sulla sentenza che lo dichiara) vede disinnescato l'inconveniente di addebitare all'agente fatti non propri, rimanendo ascrivibili al soggetto attivo soltanto rischi dallo stesso ingenerati (109).

In chiave complementare, si è osservato che l'offesa tipica della bancarotta intercetta il passaggio, per l'imprenditore, dalla sfera del rischio lecito a quella del rischio non più lecito, in quanto antecedente di un evento pregiudizievole "intermedio" che, sommato ad altri eventi di analogo tenore, sortirà – quale "effetto cumulo" – l'insolvenza, evento tipico dei reati fallimentari in quanto perdita o diminuzione della garanzia patrimoniale che ha condotto al fallimento (110).

Una prospettiva che – come si vedrà maglio in seguito (111) – può mostrarsi proficua, a patto che riesca a emanciparsi da letture più radicali, fondate su paradigmi causali. Al crocevia tra la zona di rischio penale (112), la necessità di un nesso di rischio tra condotta e insolvenza e la trasfigurazione della bancarotta in reato di danno, tale impostazione rischia infatti nelle conseguenze ultime di collimare, ove non compiutamente perimetrata, con gli approdi di chi, più

(105) M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 142.

(106) Su questa linea A. NISCO, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa,* cit., pp. 385 ss.; ID., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., pp. 865-866.

(107) Così N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 18 (corsivo dell'A.), che pure conferisce al ruolo dell'insolvenza una diversa sfumatura.

(108) M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 57.

(109) In questi termini M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 142.

(110) Per detta ricostruzione A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 4, 20, 32 ss. Anche G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 313, sembra individuare nella diminuzione della garanzia patrimoniale per i creditori, che si verifica prima dell'insolvenza, l'evento della bancarotta prefallimentare.

(111) *Infra*, § 5.

(112) Non a caso richiamata: cfr. A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 33.

decisamente reinterpreta la fattispecie secondo le direttrici della fattispecie di evento (113).

**3.4. Le tesi minoritarie: lo *status* di fallito e la sentenza dichiarativa quale condizione di procedibilità. –** Ancorchè ampiamente minoritarie e sostanzialmente isolate, mette conto di esaminare ulteriori proposte dogmatiche emerse nel dibattito dottrinario: il riferimento, nel dettaglio, è alle impostazioni che ravvisano, rispettivamente, nella sentenza dichiarativa la fonte dello *status di fallito* ovvero una *mera condizione di procedibilità* della bancarotta.

Per un verso, argomentando dall'estraneità del fallimento alla fattispecie sostanziale, si è sostenuto (114) che – in virtù della declaratoria giudiziale – sorge la qualifica, indispensabile per innervare la soggettività propria del reato, di "fallito", da individuare quale reale soggetto attivo della bancarotta (in luogo dell' "imprenditore"); pur non riflettendosi sulla componente sostanziale della fattispecie, dunque, il fallimento lumeggia la peculiare qualità dell'agente, portandola ad esistenza. Stando così le cose, l'acquisto dell'attributo di "fallito", in nulla attingendo il disvalore della condotta, potrebbe senz'altro esulare dall'oggetto del dolo, senza con ciò collidere con il principio di colpevolezza (115).

Nel comune retroterra della negazione di qualsivoglia ruolo sostanziale della sentenza dichiarativa, altra impostazione si è orientata nel senso della natura esclusivamente processuale del fallimento (116). Il confinamento della declaratoria giudiziale a mero presupposto processuale, segnatamente, fa leva sul disposto dell'art. 238 l.fall., che ne attesta, in generale, la funzione di condizione di procedibilità, mutandola a condizione di proseguibilità nella misura in cui il procedimento sia iniziato (secondo quanto consentito dallo stesso art. 238 cpv. l.fall.) anteriormente alla pronuncia fallimentare; con il corollario, tra l'altro, di fissare il momento consumativo del reato all'epoca della condotta (117).

(113) Non stupisce, dunque, che i sostenitori della tesi in commento abbiano favorevolmente accolto l'innovazione giurisprudenziale (ancorchè isolata) maturata con la sentenza Corvetta (sulla quale cfr. *amplius infra*, § 3.5.): così, ad es., A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., p. 861.

(114) La tesi, sviluppata nella sua versione originaria da A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 42 ss., è stata poi ripresa da P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento. Corso di lezioni*, Milano, 1987, pp. 25 ss.

(115) Sul punto P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., pp. 28-29.

(116) La tesi è abbracciata e diffusamente esposta da U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., in particolare pp. 74 ss.; ID., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, pp. 12-13 e, *amplius*, pp. 99 ss.

(117) Così ancora U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., p. 75.

**3.5. La prospettiva causale e il 'fallimento' come evento nei reati di bancarotta: le tesi della dottrina e l' "eretico" arresto della sentenza Corvetta. –** Secondo un ulteriore filone ermeneutico, particolarmente infoltitosi negli ultimi tempi, l'intera fattispecie sarebbe contrassegnata dalla presenza – implicita ma imprescindibile – di un *evento materiale*, rappresentato dalla diminuzione del patrimonio quale conseguenza diretta delle condotte del soggetto attivo (118).

L'abbrivio della ri-calibrazione della bancarotta, ancora una volta, è offerto dall'apparente natura "anfibia" del fallimento, che costringe a ritagliare "su misura" il ruolo condizionante ad esso attribuito dalla dottrina prevalente; un particolarismo dettato dal fatto che il fallimento contribuisce pur sempre a conferire effettività e attualità alla lesione del bene giuridico presidiato dalle figure di bancarotta (119). Stando così le cose, nondimeno, la frizione di fondo sarebbe evidente: al di là della dubbia consistenza dogmatica della categoria delle condizioni intrinseche, l'accentramento della carica di disvalore nel momento fallimentare – momento che segna il "salto di qualità" della condotta, giacchè in sua assenza quest'ultima perderebbe qualunque connotato di illiceità penale ovvero rileverebbe ad altro (meno grave) titolo – stride con l'incasellamento nell'angusto spazio dogmatico delle condizioni di punibilità. Tale non potrebbe ritenersi invero, per riprendere le parole di Giovanni Cocco, l' « unico elemento che (…) può costituire un riscontro sicuro in termini di offensività [delle condotte, n.d.r.], ovvero l'evento dannoso costituito dalla diminuzione della capacità di pagare i creditori concorsuali » (120), illuminato dall'insolvenza con la sua dichiarazione.

Così tratteggiati i contorni della fattispecie, ne conseguono inevitabili *corollari* sul piano del legame – soggettivo e oggettivo – che deve avvincere i comportamenti disvoluti e la successiva dichiarazione d'insolvenza: da un lato, in punto di necessaria previsione di quest'ultima, da parte dell'agente, all'epoca di realizzazione delle condotte (121); dall'altro, in ordine all'efficienza causale rispetto all'evento dannoso. Con la precisazione, tuttavia, che tale evento – che la declaratoria fallimentare sublima in termini di danno per i creditori – non coincide con il fallimento o l'insolvenza in sé, appuntandosi bensì su quanto « del

(118) A questo orientamento interpretativo, pur con alcuni distinguo tra le varie tesi, possono ricondursi, tra gli altri: G. COCCO, *Art. 216*, cit., p. 1181; ID., *Il ruolo delle procedura concorsuali*, cit., pp. 73 ss.; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 329; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 141; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'«essere» e il «non essere» della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 479.

(119) In tal senso G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 73.

(120) Così ancora G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 78.

(121) Nuovamente G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., pp. 79 e 88.

fallimento o del dissesto dipenda dalla condotta illecita, ovvero il *quid minus* patrimoniale a disposizione dei creditori concorsuali per soddisfare i loro crediti causato dalle condotte » (122).

Gli echi di simile impostazione, in particolare, si rinvengono in una pronuncia della V Sezione della Suprema Corte (123) (ribattezzata anche "Ravenna Calcio" o "Corvetta", a seconda dell'accento sulla società fallita ovvero sul nome dell'imputato capofila) (124), che ha "squarciato il velo" dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale (125) accedendo alla concezione del dissesto, prodromico al fallimento, quale evento del reato.

Conviene ripercorrere – ancorchè sommariamente – gli snodi argomentativi essenziali di quest'ultima pronuncia; non solo perché "*unicum*" nel monocromatico panorama giurisprudenziale, ma anche perché ha costituito il propellente del novellato dibattito, in dottrina, in ordine al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento. Per vero, il punto di partenza non si discosta significativamente dal tradizionale canovaccio della giurisprudenza dominante: « il fallimento (e cioè l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza dell'imprenditore) compartecipa intrinsecamente della fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore a una condotta – quella di disposizione dei beni per finalità estranee a quelle proprie dell'impresa – che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante » (126), di talchè esso va iscritto tra gli elementi costitutivi del tipo e, segnatamente, rubricato quale evento del reato.

Su tale premessa classificatoria, nondimeno, la sentenza Corvetta edifica conseguenze "eretiche", ove raffrontate con il pluridecennale insegnamento della giurisprudenza di legittimità; ad avviso della Corte, infatti, dalla riconduzione della sentenza dichiarativa alla galassia degli elementi costitutivi derivano

(122) G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, p. 83 (corsivi dell'A.).

(123) Si tratta della nota sentenza di Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 437 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?* (a quest'ultima pubblicazione si riferiranno le citazioni della sentenza in esame di seguito riportate); in *Società*, 2013, pp. 335 ss., con nota di L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione:* rara avis *o evoluzione della (fatti)specie?*; in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1429 ss., con nota di G.G. 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»*, nonché con nota di A.C. SPAGNUOLO, *Lo stato di insolvenza come elemento essenziale del reato di bancarotta per distrazione*, *ivi*, pp. 2772 ss.; in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, nonché in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 356, con nota di F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*; in *Fall.*, 2013, p. 560, con osservazioni di A. LANZI; in *Ind. pen.*, 2013, p. 117 (s.m.), con nota di A. LANZI, *La Cassazione «razionalizza» la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*.

(124) Di seguito, per comodità, si farà riferimento alla "sentenza Corvetta" per identificare l'arresto in parola.

(125) Sul quale, nel dettaglio, *infra*, § successivo.

(126) Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 438.

sensibili ricadute sia in merito all'efficienza causale delle condotte rispetto all'evento, sia in ordine all'elemento soggettivo che deve orientare i comportamenti dell'agente:

(*i*) per un verso, argomenta la Corte, « non esiste un elemento costitutivo del reato, successivo alla condotta, che non richieda un legame eziologico con questa (…), solo la condizione oggettiva di punibilità può ritenersi causalmente svincolata dalla condotta del reo, ma, come si è detto, questa Corte da oltre cinquant'anni esclude che la dichiarazione di fallimento costituisca una condizione oggettiva di punibilità del reato di bancarotta » (127). Chiaro, dunque, il sillogismo: *a*) gli elementi costitutivi del reato richiedono un legame eziologico con la condotta – *b*) il fallimento (128) è elemento costitutivo della bancarotta – *c*) *ergo*, il fallimento richiede un legame eziologico con la condotta;

(*ii*) per l'altro, rappresentando lo sbocco fallimentare l'evento del reato, è ovvia secondo la Corte la considerazione per cui « il fallimento – o meglio il suo presupposto di fatto, cioè lo stato di insolvenza – deve essere dall'agente preveduto e voluto, quantomeno a titolo di dolo eventuale. Il soggetto, cioè, deve prefigurarsi che il suo comportamento depauperativo porterà verosimilmente al dissesto (il cui risvolto è la lesione del diritto di credito che costituisce l'interesse principale protetto dalla norma penale) ed accettare tale rischio » (129), pena la « violazione dei principi generali di cui agli artt. 42 e 43 c.p., che costituiscono l'ossatura della responsabilità penale personale del nostro ordinamento » (130).

D'altronde, oltre a essere poggiata sulle fondamenta costituzionali del diritto penale, l'esegesi dianzi proposta scongiura – ad avviso della V Sezione – un duplice, ulteriore rischio di scivolamento della fattispecie verso la scure dell'incostituzionalità. Da un lato, infatti, assestandosi su una prospettiva diversa da quella appena sunteggiata, verrebbe rimessa all'arbitrio dei creditori – che, pilotando la crisi d'impresa verso il fallimento ovvero verso una procedura di carattere conservativo (non richiamata dalle disposizioni incriminatrici), di fatto diverrebbero i sovrani delle sorti dell'agente – la punizione di condotte, in ipotesi, di gran lunga anteriori rispetto al fallimento, sconnesso causalmente dalle prime e *illo tempore* non rappresentato né voluto dal soggetto attivo (131). Sotto ulteriore profilo, diversamente opinando si darebbe la stura a una palese irragionevolezza nei trattamenti riservati alla bancarotta patrimoniale "classica" e alla figura di bancarotta "da reato societario" (art. 223 comma 2 n. 1 l.fall.); ciò in quanto si

(127) Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 440.

(128) L'individuazione dell'evento, in realtà, non appare sempre netta nella trama argomentativa della Corte, che si riferisce talvolta genericamente al fallimento, talaltra al dissesto ovvero allo stato d'insolvenza, impiegati quali sinonimi: critico ad es. in proposito, in dottrina, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 448.

(129) Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 439.

(130) *Ibidem*.

(131) Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 441.

assisterebbe alla totale equiparazione sanzionatoria per fattispecie alquanto diverse, l'una (bancarotta patrimoniale prefallimentare) imperniata su una mera condotta (lecita sino al sopraggiungere della sentenza dichiarativa), svincolata da qualsivoglia correlazione materiale o psicologica con il fallimento; l'altra (bancarotta da reato societario) polarizzata su un disvalore d'evento e colorata da condotte già di per sé integrative di distinti reati (132).

Pur apprezzata in alcuni tratti, soprattutto nella netta cesura rispetto al passato in punto di elemento soggettivo (133), la sentenza Corvetta ha suscitato ampie riserve nella dottrina maggioritaria (134) ed è stata immediatamente archiviata come "incidente di percorso" dalla giurisprudenza successiva (135), così avvalorando lo scetticismo sulle difficoltà di "speciazione" (136) dei principi ivi affermati.

## 4. Il "sonno dogmatico" della giurisprudenza tradizionale: la sentenza dichiarativa come 'condizione di esistenza del reato' ovvero come elemento costitutivo *sui generis*.

Non si tratta, per vero, di un esito sorprendente, se solo si pone mente al grado di consolidamento dell'*orientamento tradizionale*, germinato da una risalente pronuncia delle Sezioni Unite e alimentato per oltre mezzo secolo con pigre massime tralatizie; una linea di pensiero il cui abbandono – al di là dei risvolti di criticità pure affliggenti l'ordito argomentativo della sentenza Corvetta – è apparso per lungo tempo sconsigliato, nell'ottica della giurisprudenza di legittimità, da "costi" non sostenibili in termini di certezza del diritto e di "efficienza giudiziaria".

(132) Cfr. nuovamente Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 442.

(133) In tal senso, ad es., F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 451, che pure critica ampiamente le conclusioni della V Sezione in ordine alla natura della sentenza dichiarativa di fallimento.

(134) In termini complessivamente critici rispetto alla pronuncia in parola si sono espressi, in particolare: F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 443 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 341 ss.; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità*, cit., pp. 1441 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa*, cit., pp. 357 ss. *Contra*, in chiave adesiva: G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, pp. 891 ss.; ID., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., pp. 331 ss.; (sostanzialmente, date le peculiarità del caso concreto al vaglio della Corte) A. MELCHIONDA, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 77; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 141.

(135) Basti pensare che in una decisione esattamente coeva alla sentenza Corvetta (camera di consiglio del 24 settembre 2012), la stessa V Sezione ha ribadito l'orientamento precedente: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 733/2013, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*.

(136) Sul punto L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 339.

Ma andiamo con ordine.

Intervenute in una temperie scientifica che vedeva l'elaborazione categoriale delle condizioni di punibilità sprovvista di esiti definitori consolidati (137), nel 1958 le Sezioni Unite, prendendo spunto da un orientamento dottrinale (138), hanno statuito che « la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori del fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti » (139).

Dunque, sentenza dichiarativa quale '*condizione di esistenza*' (140), *o* (il che è lo stesso) *elemento costitutivo del reato* (141), tanto per la bancarotta dell'imprenditore individuale quanto per la bancarotta societaria (142): un principio ribadito, più recentemente, da altra pronuncia delle Sezioni Unite (143),

(137) Specie in relazione alle distinzioni con le condizioni di procedibilità, da un lato, e con le condizioni di esistenza del reato, dall'altro, con queste ultime contemplate nel Progetto preliminare del c.p. ma abbandonate in sede di codificazione dell'attuale art. 44 c.p.: per i necessari riferimenti G.L. PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento*, cit., pp. 454 ss.

(138) Si veda in proposito M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, pp. 92 ss.

(139) Cass. pen. Sez. Un., 25 gennaio 1958, cit. Si osservi che, in altra pronuncia pressoché coeva, le Sezioni Unite hanno ribadito l'assunto, sottolineando che la dichiarazione di fallimento è "elemento" del reato di bancarotta: cfr. Cass. pen. Sez. Un., 29 novembre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, pt. III, col. 65.

(140) In dottrina la categoria delle condizioni di esistenza del reato è stata talvolta associata alle condizioni di punibilità, nell'ambito tuttavia della distinzione – in seno a queste ultime – tra condizioni di punibilità in senso stretto (soggettivamente imputabili all'agente quanto meno a titolo di colpa) e mere condizioni di procedibilità: cfr. F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1445, 1473, 1476 ss. Riprende e sviluppa la tesi dell'imputazione a titolo di colpa delle condizioni obiettive di punibilità, già tratteggiata da F. Angioni, G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., pp. 322 ss.

(141) In tal senso, tra le altre, Cass. pen. sez. I, n. 1825/2007, in *CED Cass.*, rv. 235793; Cass. pen. sez. V, n. 46182/2004, in *CED Cass.*, rv. 231167; Cass. pen. sez. V, n. 15850/1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1142, con nota di G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, *ivi*, p. 1145.

(142) In questo contesto, le poche (e alquanto risalenti) eccezioni meritano di essere segnalate. Nel senso del fallimento quale condizione obiettiva di punibilità, nella giurisprudenza di legittimità: Cass. pen. sez. V, 6 novembre 1958, in *Giust. pen.*, 1958, pt. II, col. 558; Cass. pen. sez. V, 6 maggio 1968, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1969, p. 990.

(143) Così Cass. pen. Sez. Un., n. 24468/2009, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113, con nota di M. GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv., n. 1 l. fall.)* (a questa pubblicazione faranno riferimento le citazioni contenute nel corso dell'Opera), nonché in *Cass. pen.*, 2010, p. 1619, con nota di F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*; in *Riv. it. dir.*

che – investite del quesito in ordine alla *abolitio criminis* delle fattispecie di bancarotta patrimoniale societaria in caso di amministrazione controllata – hanno poggiato il proprio *iter* motivazionale sul presupposto per cui « 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 » (144), e, segnatamente, veicola un elemento normativo che partecipa alla descrizione della fattispecie; donde, infine, l'effetto abolitivo discendente dall'abrogazione della procedura in parola (145).

Sennonché – e qui soprattutto prende corpo il "*monstrum* apolide" lamentato dalla dottrina (146) – alla nobilitazione della sentenza dichiarativa in termini di elemento costitutivo accede, senza alcun imbarazzo, il pronto svuotamento dogmatico e applicativo della premessa, atteso che, a dispetto di tale indicazione, si soggiunge immediatamente la superfluità di qualsivoglia accertamento in punto di derivazione causale del fallimento dalla condotta, nonché in ordine alla copertura psicologica dolosa in sede di realizzazione del comportamento tipico. Viene invero evocato, apertamente, il *mixtum* dell'elemento costitutivo "improprio", giacchè proiettato soprattutto a rimarcare la rilevanza della data e del luogo della dichiarazione di fallimento in funzione di determinati istituti sostanziali e processuali, quali la prescrizione del reato o la competenza territoriale (147).

Emblematici, in proposito, taluni arresti della Suprema Corte (ma i repertori giurisprudenziali offrono una messe copiosissima di massime di identico tenore).

---

*proc. pen.*, 2010, p. 887, con nota di G.L. GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e* abolitio criminis *della bancarotta impropria* ex *art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*; in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 177, con nota di M. SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e* abolitio criminis*: chiaroscuri dalle Sezioni unite*; e in *Società*, 2010, p. 603, con nota di F. D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*.

(144) Cass. pen. Sez. Un., n. 24468/2009, cit., p. 4118.

(145) Osservano infatti le Sezioni Unite, cit., p. 4119, che « il testo vigente dell'art. 236/2° n. 1 r.d. n. 267/42 descrive un "fatto" diverso da quello indicato nel precedente testo; circoscrive, invero, l'area di punibilità alle sole ipotesi di bancarotta così detta concordataria e toglie rilevanza penale a quelle connesse all'amministrazione controllata; ne consegue che, data la ritenuta autonomia di queste ultime rispetto alle prime, l'effetto abrogativo, limitatamente ai fatti espunti dal perimetro del *novum*, si pone come conclusione ineludibile ed opera retroattivamente ».

(146) L'icastica espressione è di G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 328.

(147) In argomento Cass. pen. sez. V, n. 32031/2014, in *CED Cass.*, rv. 261988; già ad avviso di Cass. pen. sez. V, n. 15850/1990, cit., p. 1144, la sentenza dichiarativa di fallimento, per quanto elemento costitutivo, non rientra tra gli elementi "più significativi" della fattispecie, potendo con ciò prescindere dai canoni di imputazione soggettiva.

(*a*) Così, quanto al legame causale, si è evidenziato come non sia affatto necessario dimostrare il nesso eziologico tra la condotta realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo, incidente sulla consistenza patrimoniale di un'impresa commerciale, e il fallimento (148), essendo il dissesto estraneo alla struttura essenziale del reato e, quindi, non inquadrabile quale evento dello stesso (149); anzi, sarebbe addirittura "arbitrario" pretendere un legame causale tra la condotta e il fallimento (150).

Il che, ed è conseguenza di non poco momento, restituirebbe precise conseguenze in punto di condotte rilevanti, giacchè, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti astrattamente conformi al tipo assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati compiuti, quand'anche l'impresa non versasse ancora in condizioni di insolvenza e in disparte l'entità del passivo accertato (151).

(*b*) Quanto al crinale soggettivo, poi, costituisce pressoché *ius receptum* l'affermazione secondo cui, a dispetto delle premesse classificatorie, la dichiarazione di fallimento sarebbe svincolata dal dolo necessario per la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta: il momento rappresentativo del dolo, segnatamente, non dovrebbe attingere il fallimento, sicchè irrilevante si mostra l'eventuale assenza di consapevolezza, in capo all'agente, sia di poter fallire (152), sia della situazione di insolvenza dell'impresa, la cui manifestazione al momento della condotta appare neutrale ai fini della tipicità delittuosa (153). Onde (parzialmente) compensare l'inconsistenza rappresentativa dolosa (che si riduce nella prospettazione mentale dell'eventualità di danno per i creditori), poi, si pone talvolta l'accento sulla componente volontaristica (pur nel contesto del dolo generico), intravvedendola nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa attraverso il compimento di atti dispositivi potenzialmente pregiudizievoli per la garanzia creditoria (154).

Così stilizzata la cornice ermeneutica, il sasso nello stagno dell'immobilismo giurisprudenziale, gettato dalla sentenza Corvetta, non ha sortito, per alcuni anni, alcun apparente turbamento. Come anticipato, invero, la

(148) *Ex aliis*, Cass. pen. sez. V, n. 36088/2006, in *CED Cass.*, rv. 235481.

(149) Tra le moltissime pronunce: Cass. pen. sez. V, n. 34584/2008, in *CED Cass.*, rv. 241349; Cass. pen. sez. I, n. 40172/2009, in *CED Cass.*, rv. 245350; Cass. pen. sez. V, n. 16759/2010, in *CED Cass.*, rv. 246879.

(150) Cass. pen. sez. V, n. 8327/1998, in *CED Cass.*, rv. 211366.

(151) Così, tra le molte, Cass. pen. sez. F., n. 32779/2012, in *CED Cass.*, rv. 253490.

(152) Tra le tante, Cass. pen. sez. V, n. 17044/2001, in *CED Cass.*, rv. 219269.

(153) In tal senso, ad es., Cass. pen. sez. V, n. 44933/2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4205, con nota di F.M. FRASCHETTI, *Per una diversa opzione interpretativa: la bancarotta fraudolenta come reato di danno*; Cass. pen. sez. V, n. 29896/2002, in *CED Cass.*, rv. 222388.

(154) Così, ad es., Cass. pen. sez. V, n. 12897/1999, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 7555/2006, in *CED Cass.*, rv. 233413.

giurisprudenza immediatamente successiva (155) si è prontamente riassestata lungo le consuete direttrici teoriche, arenandosi – salvi taluni isolati distinguo (156) – di nuovo sui rassicuranti lidi della *contradictio in adiecto* data da un elemento costitutivo, ontologicamente separato dalla condotta ma ad essa in alcun modo avvinto sul piano obiettivo e/o psicologico. Emblematico, in tal senso, un ulteriore arresto delle Sezioni Unite, laddove, oltre a cristallizzare l'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento, si è rilevato come « l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte » (157).

## 5. L'offensività concreta e il dato sistematico-strutturale dietro la folla terminologica: la sentenza dichiarativa come condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità.

Il ventaglio di opzioni ricostruttive che si è tentato sin qui di riassumere impone, ora, una serrata analisi critica delle varie soluzioni gemmate in dottrina e in giurisprudenza, al fine di saggiarne la conducenza rispetto allo schema tipico della bancarotta prefallimentare e la compatibilità con lo statuto costituzionale del diritto penale; e, in definitiva, isolare la chiave di lettura *de iure condito* più confacente.

(*i*) A ben vedere, tra le pieghe della precedente rassegna già emerge – plasticamente – l'*insostenibilità dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale*, con efficacia compendiata, ancora di recente, da attenta dottrina: « se davvero la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato, allora deve

(155) Cass. pen. sez. V, n. 232/2013, in *CED Cass.*, rv. 254061; Cass. pen. sez. V, n. 7545/2013, in *CED Cass.*, rv. 254634; Cass. pen. sez. V, n. 27993/2013, in *CED Cass.*, rv. 255567; Cass. pen. sez. V, n. 26542/2014, in *CED Cass.*, rv. 260690; Cass. pen. sez. V, n. 32352/2014, in *CED Cass.*, rv. 261942; Cass. pen. sez. V, n. 47616/2014, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720, con nota di A. PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la* damnatio memoriae *della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*.

(156) Il riferimento è in particolare a Cass. pen. sez. V, n. 15613/2015, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, con nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, su cui si tornerà *infra*, nel § successivo. Per un'analisi della giurisprudenza successiva alla sentenza Corvetta, F. BALATO, *Sentenze Parmalat vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.

(157) Così Cass. pen. Sez. Un., n. 22474/2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1463, con nota di A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, *ivi*, p. 1479, nonché in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2016, con nota di F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 174.

essere colta come tale nell'economia della fattispecie e, dunque, assoggettata ai vincoli sistematici propri degli estremi del fatto punibile » (158).

Né il recupero – per una via dogmaticamente impraticabile (159) – della categoria delle condizioni di esistenza del reato, priva di referenti nell'ambito del diritto positivo (160), vale in alcun modo a rimediare a tali gravi anomalie, sintetizzate nel fatto che – come pure si è evidenziato – la declaratoria fallimentare vale da sola a colmare, *a posteriori* e quasi "magicamente", tutti i *deficit* di offensività e colpevolezza della fattispecie (161). Al di là dell'appartenenza della predetta categoria, in sostanza, al medesimo *genus* concettuale dell'elemento costitutivo, resta pur sempre, infatti, l'efficacia qualificante dell'offesa attribuita alla sentenza dichiarativa. Con il che si ritorna, al netto dei paralogismi e dei *distinguishing* puramente verbali, alla *irrisolta contraddizione di fondo*: se la sentenza dichiarativa è incaricata di definire la tipicità delittuosa, allora deve entrare – quantomeno – nello specchio della colpevolezza (162); se, viceversa, si ritiene estranea alla misura soggettiva del reato, allora deve giocoforza esulare dal *Tatbestand* (163). *Tertium non datur*. Sullo sfondo, l'ulteriore perplessità scaturente dalla riconduzione tra gli elementi costitutivi di un fatto futuro e (s)oggettivamente incerto (164).

Nemmeno nella *descrizione strutturale*, peraltro, l'opzione giurisprudenziale si mostra convincente. Rileggendo in particolare l'art. 216 n. 1 l.fall., come già rilevato, si evince con nettezza – sulle orme della migliore dottrina – che la fattispecie è imperniata su un disvalore d'azione (se non, come verdremo, proprio di contesto) (165) forte, cui il fallimento, "staccato" punto dalla condotta, nulla aggiunge né in termini di radicamento né in termini di progressione dell'offesa. Il che dovrebbe risultare ovvio, se solo si pensi alla (già evidenziata) intima lesività che connota le condotte tipizzate dalla norma

(158) Così F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 346. Analoghe critiche, in dottrina, sono state formulate tra gli altri da L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 120 ss.; in senso analogo F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 56; G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 1156.

(159) In tal senso C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1011.

(160) In proposito, per tutti, M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 267; A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., p. 857.

(161) Per tale icastica annotazione G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 289.

(162) Sottolineano particolarmente l'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva di un elemento costitutivo del reato scaturente dall'impostazione giurisprudenziale A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 40 ss.

(163) Vero è che il Giudice delle Leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della posizione del fallimento veicolata dal diritto vivente, non ha ravvisato profili di contrasto con la Costituzione: cfr. (quasi sempre in tema di bancarotta semplice documentale) Corte Cost., sent. nn. 110 e 190/1972, n. 93/1975, nn. 145 e 146/1982, n. 636/1987, tutte richiamate da C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1011. Le date delle richiamate pronunce, peraltro, ne attestano l'anteriorità rispetto alla rivoluzione copernicana portata dalla sentenza n. 364/1988.

(164) In questi termini P. NUVOLONE, *Il diritto penale degli anni settanta*, cit., pp. 290-291.

(165) *Infra*, cap. VI, *passim*.

incriminatrice (166), ove rapportate alla complessiva garanzia patrimoniale per i creditori nel momento in cui esse trovano realizzazione, e alla discontinuità tra la pericolosità dei fatti di bancarotta e il danno cristallizzato nell'insolvenza (e certificato nella declaratoria fallimentare), cui non compete, dunque, alcuna « funzione di incremento, e neppure di omologazione, dell'offesa immanente ai fatti di bancarotta prefallimentare (…) », « l'originaria pericolosità » stabilizzandosi e colorandosi « come danno non (…) per un fenomeno di progressione offensiva, ma per il mutamento del quadro di contorno » (167). Dalla mancata qualificazione del fallimento quale evento – e, dunque, dalla dedotta prescindibilità di un nesso causale con la condotta – deriva poi, nella esegesi giurisprudenziale, un ulteriore salto logico, facendo slittare il paradigma delittuoso verso il modello del reato di pericolo astratto e spalancando così le porte a un sindacato "a ritroso", senza limiti, del giudice penale, per giunta in un clima fallimentare in cui la deformazione del "senno di poi" è sempre dietro l'angolo (168).

In ultimo, l'elargizione del ruolo di elemento costitutivo alla sentenza dichiarativa non appare neppure l'unico sentiero percorribile per assolvere alle *preoccupazioni di ordine pratico* che traspaiono dalla esegesi giurisprudenziale, in punto di momento e luogo consumativo della bancarotta prefallimentare (169). Quanto al *tempus*, è il dato di diritto positivo, nei reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità, ad ancorare inequivocabilmente la consumazione al verificarsi della condizione (art. 158 cpv. c.p.): sicchè solo la declaratoria fallimentare può segnare lo spartiacque del perfezionamento delittuoso. Quanto al *locus*, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa in tema di reati condizionati, acquista maggior coerenza, sul versante sistematico, la correlazione della competenza per territorio all'avveramento della condizione obiettiva di punibilità, piuttosto che al luogo di realizzazione della precedente condotta (170): anche prescindendo dalla teoria quadripartita (171), resta l'inconfutabile

(166) Oltre alle (insuperabili) osservazioni di Pedrazzi, in argomento R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 53.

(167) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 18-19.

(168) Per il rischio del "senno di poi" C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1025.

(169) In questi termini, puntualmente, F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., pp. 362-363.

(170) M. ROMANO, *Art. 44*, cit., p. 481. *Contra* G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 328, secondo cui, a voler ritenere la sentenza dichiarativa una condizione di punibilità, « il luogo consumativo ai fini della competenza territoriale andrebbe individuato in quello della realizzazione della condotta, non necessariamente coincidente con quello della sede dell'impresa e quindi del Tribunale competente ad emettere la sentenza dichiarativa, normalmente anche sede di «residenza» del curatore e luogo della tenuta (o comunque dell'obbligo di tenuta) delle scritture contabili. Con tutte le conseguenti complicazioni «logistiche» facilmente immaginabili ».

(171) Che, contemplando tra gli *essentialia* del reato anche la punibilità, automaticamente consentirebbe di pervenire a tale esito: per tale impostazione dogmatica, allo stato minoritaria in dottrina, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., *passim*.

osservazione di fondo (172) per cui, anteriormente al verificarsi della condizione, difettano i "termini concreti" di rilevanza penale del fatto di bancarotta (173).

(*ii*) Evidente si rivela, altresì, la fragilità delle impostazioni orbitanti attorno allo "*status*" di fallito ovvero alla mera valenza processuale della sentenza dichiarativa di fallimento.

Da un lato, infatti, appare obiettivamente singolare la manifestazione della soggettività propria di un reato in un frangente successivo alla condotta tipica, la quale – in sostanza – sarebbe astrattamente realizzabile da "chiunque", salvo poi caricarsi di illiceità penale allorquando quello stesso "chiunque" assuma la qualità di "fallito" (174). Senza contare che una simile retroazione nell'individuazione della qualifica soggettiva, che contribuisce senza dubbio a descrivere il fatto sotto il profilo dell'autoria, rischia di risolversi a sua volta in un aggiramento del principio di colpevolezza, atteso che la futura assunzione della qualifica può risultare non solo imprevedibile, ma anche dipendente da un fatto altrui (il fallimento derivando, potenzialmente, da una sconfinata e disparata gamma di fattori). Del resto, la stessa matrice letterale della bancarotta prefallimentare rafforza le perplessità in ordine alla tesi in parola: è l'imprenditore a sorreggere sintatticamente, nella proposizione, le varie condotte di seguito tipizzate, né ad opposta soluzione conduce, di per sé, la coniugazione delle forme verbali al passato prossimo (175).

Non diversamente, la riduzione della sentenza dichiarativa a mera condizione di procedibilità sembra solo minimizzare il problema, a costo tuttavia di trascurare il carattere sostanziale delle ragioni che suggeriscono di subordinare la repressione penale all'intervenuto fallimento (176), ovvero di far forzosamente confluire, nel medesimo alveo dogmatico, condizioni di procedibilità e condizioni di punibilità, ciò che non sembra consentito dal diritto positivo.

(*iii*) Le osservazioni svolte in sede di critica dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale rendono già in parte conto dell'*impossibilità di sottoscrivere la* "fuga in avanti" della *sentenza Corvetta*, e, più in generale, di condividere l'assunto dottrinale a mente del quale il fallimento – o, meglio,

(172) A detta osservazione si accompagna, ad avviso di F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., p. 362, il parametro di riferimento sistematico comunque offerto dall'art. 158 comma 2 c.p.

(173) In tal senso M. ROMANO, *Art. 6*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 127.

(174) Per la critica a tale impostazione, in dottrina: A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 43 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 55; (in relazione ad analoga posizione di Binding) G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., p. 859.

(175) Per tali annotazioni L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 113.

(176) In tal senso C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 21; analogamente ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1021.

l'insolvenza che ne rappresenta il sostrato fattuale – costituisce l'evento del reato di bancarotta (177).

A ostare alla polarizzazione della fattispecie su un evento (a prescindere ora dalla sua precisa conformazione), segnatamente, è la stessa *costruzione letterale* della norma incriminatrice (178), nella cui formulazione la sentenza dichiarativa è relegata a mera protasi (179): tecnica di normazione di un reato d'evento, a ben vedere, piuttosto insolita e palesemente smentita dal raffronto con l'art. 223 cpv. e con l'art. 224 n. 2 l.fall. (che contemplano ipotesi delittuose indubbiamente imperniate sull'evento), in cui le conseguenze naturalistiche della condotta – centrali nell'economia di quelle figure – trovano espressa previsione (180). Sicchè del tutto inconferente – anzi, di segno contrario rispetto a quanto preteso – si rivela l'*argumentum a similis* tratteggiato dalla sentenza Corvetta, che accomuna la lesività dei comportamenti descritti dall'art. 216 l.fall. e dall'art. 223 cpv. l.fall. (in realtà alquanto diversamente modulati dal legislatore) per trarre dalla costruzione della bancarotta societaria lo spunto di una coatta uniformità tra i due paradigmi; una omogeneità smentita invece dal tenore letterale della bancarotta patrimoniale prefallimentare, nel cui perimetro l'aggiunta di un evento naturalistico si risolve in un intervento di ortopedia interpretativa *contra legem* (181). Né può trascurarsi, ancora, che un evento – elemento unificatore delle varie figure di bancarotta, nella impostazione della sentenza Corvetta – non sarebbe in ogni caso innestabile nelle fattispecie documentali: un limite di cui sembra perfettamente consapevole la V Sezione, liquidandolo tuttavia sulla base della mera diversità tra i due reati, che consentirebbe al fallimento di rivestire ruoli differenti (182). Sennonché, per un verso, la natura del fallimento nei *Buchdelikte* resta in tal modo inespressa, per l'altro, la discrasia rispetto alla bancarotta patrimoniale appare (questa sì) davvero sorprendente, atteso che le varianti

(177) Se deve escludersi qualsivoglia rapporto di congruità causale, ovvero di progressione offensiva, tra la condotta e il fallimento, infatti, quest'ultimo non potrà definirsi evento del reato.

(178) Per tutti, magistralmente, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 997.

(179) Come riconosciuto dalla stessa sentenza Corvetta: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 437.

(180) In tal senso, in dottrina: L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 342; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 445-446; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa*, cit., p. 361. *Contra* G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., pp. 99-100.

(181) Sulla stessa linea L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 342; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 445-446.

(182) Cass. pen. sez. V, n. 47502/2012, cit., p. 441; *contra*, tuttavia, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., pp. 861-862, che – sulla base dell'assenza di unità sistematica tra le varianti patrimoniale e documentale (pur entrambe inserite nell'art. 216 l.fall.), e sulla scorta invece di una più marcata affinità tra la prima e la bancarotta societaria *ex* art. 223 l.fall. – ritiene superabile l'argomento sistematico impiegato dai detrattori della sentenza Corvetta, considerando invero maggiormente pregnante la comparazione tra art. 216 n. 1 e art. 223 l.fall. effettuata da quest'ultima.

descritte ai nn. 1 e 2 dell'art. 216 l.fall. sono rette dal medesimo sintagma ("*se dichiarato fallito*") (183).

Privo di efficacia euristica, a ben vedere, si rivela il ragionamento sillogistico prospettato dalla sentenza Corvetta (e posto a fondamento dell'intero impianto motivazionale), che assume quale premessa minore – dunque come *explanans* – il postulato della natura di evento da assegnare al fallimento; laddove è proprio tale asserzione "intermedia" a dover essere oggetto di dimostrazione (184), ben potendosi cucire sulla sentenza dichiarativa vesti dogmatiche differenti dall'evento e ugualmente rispettose dei pilastri costituzionali del diritto penale. Detto altrimenti: difettando una previa dimostrazione della natura di evento, assegnata alla dichiarazione giudiziale di insolvenza, della bancarotta (secondo termine del sillogismo), in quanto tale soggetto alla regola enunciata nella premessa maggiore (l'evento del reato è collegato alla condotta secondo i dettami della teoria condizionalistica), viene a mancare la consequenzialità logica rispetto alla conclusione per cui tra condotta di bancarotta e fallimento debba sussistere il nesso eziologico *ex* artt. 40 e 41 c.p. (185).

Neppure le ulteriori direttrici argomentative profilate dalla pronuncia qui criticata appaiono convincenti. Non lo è senz'altro la lamentata dipendenza della punibilità dalle scelte dei creditori, veri arbitri delle sorti dell'impresa in crisi, giacchè – anche a tralasciare che la perseguibilità di un reato a seconda della volontà punitiva della persona offesa non è istituto sconosciuto all'ordinamento – ciò che conta, laddove si riconduca il fallimento al novero degli elementi costitutivi, è semmai la relativa imputazione oggettiva e soggettiva (186); mentre rimane insoluto, tra i risvolti della sentenza Corvetta, il dilemma della compatibilità della lamentata arbitrarietà dei creditori (e, quindi, della incidenza di fattori causali esterni) ove rapportato addirittura all'asserito evento del reato (187). Ancor meno persuasiva è poi la (pure in apparenza esistente) (188) ravvisata irragionevolezza della dosimetria sanzionatoria tra i due commi dell'art. 223 l.fall., scaturente dalla identità della pena comminata per fatti connotati da un marcato sbilanciamento nel disvalore (mera condotta *vs.* disvalore d'evento), se è vero che – come è stato puntualmente osservato – « l'eventuale irrazionalità della dosimetria sanzionatoria non permette certamente di ridisegnare i nuclei di

(183) In tal senso F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 446.

(184) In proposito F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 445; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa*, cit., p. 361.

(185) Per detto rilievo, nella giurisprudenza successiva, Cass. pen. sez. V, n. 15613/2015, cit., p. 94.

(186) Analogamente L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 342.

(187) In questi termini F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa*, cit., p. 368.

(188) *Amplius*, in argomento, *supra*, cap. III, § 9.

disvalore del reato oltre il limite dalla lettera della legge » (189). Né, infine, sembra cogliere nel segno l'obiezione secondo cui – a voler ritenere la sentenza dichiarativa una condizione di punibilità – si verrebbe a creare una irragionevole disparità di trattamento tra reati fallimentari e reati societari/tributari, laddove l'intervento del magistero punitivo potrebbe del pari portare al tracollo un'impresa ancora in attività e per i quali, nondimeno, il legislatore non ha valorizzato analoghe ragioni di opportunità (190); decisivo si mostra invero, a scongiurare la paventata rima di irrazionalità, la diversa oggettività giuridica delle fattispecie fallimentari rispetto alle ulteriori figure delittuose assunte quale *tertia comparationis*, la bancarotta presidiando la garanzia patrimoniale per i creditori dell'impresa, i reati societari essenzialmente gli interessi – variamente articolati – di quest'ultima, e i reati tributari, in senso lato, addirittura l'interesse erariale alla corretta e puntuale percezione dei tributi.

Più in generale, rimane *oscura la stessa recinzione* del territorio *dell'evento* del reato, oscillando esso – e di ciò appare consapevole la stessa dottrina che per la tesi del reato causalmente orientato opta (191) – tra la situazione di insolvenza/dissesto e la sentenza dichiarativa di fallimento in senso stretto: una ambiguità di non poco momento, giacchè, se è difficile negare che un legame causale – a rigori – può instaurarsi solo tra la condotta e il presupposto sostanziale della procedura fallimentare (l'insolvenza ovvero il dissesto) (192), è pur vero che solo con la formale dichiarazione di fallimento entrano in scena le fattispecie penali, in quanto « il disvalore tipico, c'è poco da fare, è legato proprio alla sentenza dichiarativa » (193).

Se però, all'analisi strutturale della bancarotta nel prisma dell'oggettività giuridica – che come visto esclude qualsivoglia connotazione offensiva della declaratoria fallimentare –, si aggiunge che la pronuncia giudiziale di fallimento rappresenta piuttosto un rimedio per riparare alla lesione della garanzia (194), eliminando l'impresa in decozione e consentendo l'ordinato riparto dei beni tra i creditori, si apprezza definitivamente la necessità di un mutamento di prospettiva: non più dall'angolo visuale interno al tipo, bensì nella prospettiva (di opportunità

(189) Così L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 342. Sulla possibilità di riallineare i nuclei di disvalore delle varie fattispecie dell'art. 223 l.fall. in una più razionale cornice di sistema, conservando la struttura dei differenti paradigmi delittuosi, cfr. ampiamente *infra*, in particolare capp. VI e VII.

(190) In tal senso G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., pp. 77-78.

(191) Sul punto G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., pp. 339 ss.

(192) Peraltro con non pochi problemi quando a venire in rilievo siano condotte fittiziamente depauperative del patrimonio, quali l'occultamento o il riconoscimento di passività inesistenti: in argomento E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 286.

(193) Così ancora G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 339. Sui diversi eventi in questione cfr. *amplius infra*, cap. VII, § 5.

(194) In argomento C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1024.

legislativa, come si evince dagli stessi lavori preparatori) (195) che caratterizza le condizioni di punibilità.

(*iv*) Nondimeno, come si è avuto occasione di rilevare, anche nel campo delle condizioni obiettive di punibilità il fronte interpretativo non si mostra pienamente compatto: alla opzione per la tesi della condizione di punibilità pura, estrinseca, affiancandosi una lettura della sentenza dichiarativa quale condizione intrinseca ovvero qualificata (in quest'ultima sostanzialmente specchiandosi la sfumatura fondata sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento).

Ora, anche l'accento sulla peculiarità del fallimento non appare, a un'attenta riflessione, immune da velature problematiche, non rivelandosi bastevole a fondare una categoria – quella delle *condizioni di punibilità intrinseche* – dalle *fondamenta dogmatiche alquanto precarie* (196).

Pur nelle difficoltà definitorie della categoria (che l'art. 44 c.p., regolando solo il criterio imputativo, non si cura di descrivere), occorre prendere le mosse da un dato pressoché acquisito nell'elaborazione dottrinale: solo nella misura in cui si confronti con un accadimento (concomitante o successivo alla condotta) *toto caelo* distinto e autonomo rispetto al comportamento dell'agente e, in quanto tale, a esso non legato né oggettivamente né soggettivamente (197), l'interprete è autorizzato a "derubricare" la porzione della norma incriminatrice oggetto d'analisi a condizione di punibilità. In altre parole, l'avvenimento condizionante non completa il fatto illecito, ma ne costituisce un supplemento, « limita[ndosi] a rendere punibile il fatto medesimo, già identificato e strutturato secondo le sue note essenziali di disvalore » (198).

Ritenere, dunque, che la declaratoria fallimentare contribuisca, se non a determinarla, quantomeno a definire l'offesa (199) – « non vede[ndo] il suo ruolo

(195) Si legge infatti nella Relazione del Guardasigilli al Re (n. 48): « è naturale che per [i fatti di bancarotta prefallimentare, n.d.r.] la dichiarazione di fallimento funzioni da condizione di punibilità (…). La dichiarazione di fallimento vista come elemento costitutivo del reato diventerebbe, nello stampo del reato, l'evento; vista invece come condizione di punibilità resta collegata causalmente al fatto incriminato, ma non nel senso che questo debba essere l'unica causa. Ed ognuno vede che, anche sotto l'aspetto politico, la configurazione del fallimento come evento del reato indebolirebbe troppo la difesa penale del credito che alimenta le imprese commerciali ».

(196) Definisce addirittura "dogmaticamente pericolosa" la nozione di condizione intrinseca di punibilità V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 654; analoghe critiche alla categoria anche in P. VENEZIANI, *La punibilità*, cit., pp. 280-283.

(197) Per tale definizione, ormai consolidata in dottrina, per tutti: M. BINDA, *Art. 44*, cit., p. 709; E. DI SALVO, *Art. 44*, cit., p. 565. Nella manualistica: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 426 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 783 ss.

(198) M. ROMANO, *Art. 44*, cit., p. 476.

(199) In tal senso G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 321. Sulla inammissibilità di condizioni obiettive intrinseche, in quanto maschererebbero veri e propri elementi costitutivi del reato, nella manualistica: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 427; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 786; più

ridotto a quello di "fotografare" la situazione, "fermando" semplicemente "l'immagine dell'offesa" prodottasi per effetto delle condotte criminose, ma piuttosto, come in un "*selfie*", proietta e "ingloba" anche se stessa nel complessivo quadro offensivo, concorrendo alla sua configurazione » (200) – significa rendere evanescente il concetto di condizione obiettiva, torcendolo verso l'orbita concettuale della tipicità. Se poi a tale anamorfosi non corrisponde un regime ascrittivo compatibile con il principio di colpevolezza, l'impiego dell'etichetta appare funzionale a mimetizzare un vero e proprio elemento costitutivo, sottraendolo alle ordinarie regole di imputazione (201); coglie nel segno, allora, l'obiezione secondo cui l'adesione alla tesi della condizione intrinseca di punibilità si rivela un « *compromesso dogmatico*, che descrive il problema ma certo non lo risolve » (202), rischiando piuttosto di riproporre le stesse ambiguità segnalate in tema di condizione di esistenza del reato.

Sotto diverso aspetto, come pure si è segnalato, chiamando il fallimento a integrare il disvalore della fattispecie, si priverebbero i comportamenti tipici di autonoma offensività, atteso che soltanto la declaratoria « nei suoi contenuti (…) imprime alle condotte il crisma dell'illiceità » (203), con il risultato di approntare « una sorta di giustificazione, volta in sostanza ad avallare la stessa scelta legislativa di tenere ferma quella certa formulazione ellittica, indeterminata, lacunosa delle condotte, discesa dai tempi in cui queste ultime valevano solo quali semplici indici di un "dissesto colpevole" » (204).

Del resto, nella sua primigenia espressione (205), l'attribuzione di un'efficacia qualificante alla sentenza dichiarativa, come visto (206), diveniva servente rispetto a un preciso obiettivo: la creazione del "presupposto concorsuale" (recato solo dal fallimento), a sua volta disvelatore di una definita oggettività giuridica e foriero di una sensibile limitazione alla "zona di rischio penale".

---

problematicamente M. ROMANO, *Art. 44*, cit., pp. 478 ss., che preferisce la suddivisione tra condizioni "proprie" e condizioni "improprie", peraltro ammettendo che – quanto a queste ultime – possa ritenersi consentita un'interpretazione correttiva che le equipari agli elementi costitutivi del tipo.

(200) Così, ancora, G. CASAROLI, *« Fallimento » e bancarotta*, cit., p. 321 (corsivo dell'A.).

(201) Sul punto C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 21-22; analogamente, evidenziando la frizione con il principio costituzionale di colpevolezza, siccome tratteggiato dalle sentenze nn. 364 e 1085/1988 della Corte Cost., P. VENEZIANI, *La punibilità*, cit., p. 281.

(202) Così G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 74 (corsivi nostri).

(203) M.L. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000, p. 156.

(204) Così, ancora, M.L. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit.,, p. 157.

(205) Risalente, come visto, agli studi di Nuvolone; per tutti, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., *passim*.

(206) *Supra*, § 3.2.

Sennonché, ad analogo – essenziale (207) – risultato può pervenirsi mediante una attenta valorizzazione dell'oggettività giuridica e del quadro extrapenale di contorno, che illuminino – fissato nel pericolo concreto il paradigma di riferimento – i due nuclei di disvalore della fattispecie, di condotta e di contesto, tra loro inscindibilmente avvinti (208). Lo si vedrà meglio in seguito (209): valga per il momento richiamare, una volta di più, il concetto di relazione riassunto nella garanzia per i creditori – « che rimanda all'entità garantita, rappresentata dall'insieme delle obbligazioni cui l'imprenditore deve fare fronte », con un obbligo di conservazione « circoscritto al valore necessario a soddisfare le obbligazioni man mano che giungono a scadenza (…), un limite (…) mobile, che varia col continuo variare della situazione patrimoniale (…) » (210) che si rivela solo all'esito di un vaglio della situazione dell'impresa nel preciso momento in cui l'atto viene compiuto – e l'intimo disvalore di cui si colorano le condotte tipiche (211): un disvalore d'azione che controbilancia l'assenza di un evento, riempiendo la porosità del tipo con un consono contenuto offensivo, e stempera l'inquietudine per la comminatoria di pene severissime per comportamenti che prescindono da un nesso materiale e psichico con il dissesto (212).

Tali osservazioni, se non ci si inganna, permettono già, *in parte qua*, di soddisfare l'esigenza di ravvisare un tangibile nesso di rischio tra la condotta e l'interesse protetto, così riportando il fallimento al suo ruolo di semplice "*habitat*" della bancarotta (213), ai margini della fattispecie (214). Detto altrimenti, il condizionamento della punibilità apprestato con la sentenza dichiarativa di fallimento risponde pienamente alla *ratio* « di far operare la minaccia di pena con riserva tutte le volte in cui ragioni di convenienza pratica e/o di opportunità politico-criminale consiglino un *surplus* di riflessione prima di autorizzare l'irruzione della penalità. E l'esitazione può essere dovuta alla presenza di altri interessi, non meno meritevoli di attenzione rispetto a quelli implicati dall'offesa, ovvero alla volontà di evitare, con una penalità affrettata, inconvenienti superiori

(207) La stessa dottrina critica con l'impostazione di Nuvolone ne riconosce obiettivamente, in tal senso, il merito di fondo: cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 991-992; ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1009-1010.

(208) Analogamente L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 343.

(209) *Infra*, cap. VI, *passim*.

(210) C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 991.

(211) Sottolinea la rilevanza penale delle condotte descritte dall'art. 216 l.fall. anche a prescindere dalla declaratoria fallimentare, che dunque nulla aggiungerebbe alla fattispecie in termini di disvalore, V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., p. 668.

(212) L'inquietudine è segnalata da C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., p. 649.

(213) In questo senso già G. DELITALA, *Contributo*, cit., p. 725.

(214) C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 108.

ai vantaggi » (215). La declaratoria fallimentare si atteggia, così, a spia del "bisogno di pena", determinando una restrizione dell'area del punibile (in relazione a fatti di per sé già meritevoli di sanzione) non implicante alcun *vulnus* al principio di colpevolezza (216): l'alternativa tra l'incriminazione immediata del fatto-base di bancarotta e la subordinazione della punibilità a un *quid pluris* a esso esterno, in altre parole, viene risolta nel senso della postergazione dell'intervento penalfallimentare alla pronuncia della sentenza dichiarativa.

Una *prospettiva*, quella qui accolta (217), *che ha finalmente fatto breccia* anche *in giurisprudenza*.

Dapprima si sono registrate timide aperture (ancorchè non impegnative sul versante dogmatico) (218), essendosi rimarcato come « il fallimento *non determin[a] in maniera autonoma l'offesa*, ma (…) la rend[e] attuale e meritevole di pena. Per converso l'*esposizione a pericolo* dell'interesse dei creditori diviene *connotato di tipicità della condotta* proprio *in ragione della funzione che la dichiarazione di fallimento assume nella struttura della fattispecie*. L'esito concorsuale va dunque inteso *non quale progressione dell'offesa, bensì come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta*. In altri termini il fallimento non trasforma la bancarotta in reato di danno, giacché lo stesso non costituisce oggetto di rimprovero e non consegue necessariamente alla consumazione delle condotte incriminate, le quali vengono punite per il solo fatto di aver esposto a pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, indipendentemente da quello che sarà poi l'effettivo esito della procedura concorsuale, del quale, infatti, la norma incriminatrice si disinteressa » (219).

Quindi, si è con più decisione affermato che « *la dichiarazione di 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 la dichiarazione di

(215) Così, nella definizione delle condizioni obiettive di punibilità, M. CAPUTO, In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari, Padova, 2013, p. 37 (corsivo dell'A.). Analogamente, nel senso che con il verificarsi della condizione gli interessi esterni – per la cui tutela quest'ultima viene fissata – divengono sub-valenti rispetto a quelli interni al reato, V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., pp. 665-666.

(216) Critico tuttavia, rispetto al concetto di "meritevolezza di pena", F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., pp.1489 ss.

(217) Sulle procedure concorsuali diverse dal fallimento le considerazioni qui espresse valgono – alla luce del diritto vigente – solo in linea tendenziale: cfr. *amplius infra*, cap. successivo.

(218) Sottolinea questo aspetto, in particolare, D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 475.

(219) Così Cass. pen. sez. V, n. 15613/2015, cit., p. 98 (corsivi nostri).

fallimento » (220). Smascherata, nel solco della dottrina maggioritaria, l'insanabile contraddizione insita nella tradizionale impostazione giurisprudenziale, ha osservato correttamente la V Sezione che « l'offensività tipica dei fatti previsti dal legislatore sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento, la quale, precludendo all'imprenditore ogni margine di autonoma capacità di risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile (perché ritenuta necessaria dal legislatore) la sanzione penale » (221). Perfezionandosi l'offesa – in termini di pericolo concreto per le ragioni creditorie – al momento della condotta tipica, il solo binomio azione-potenzialità lesiva è il termine di raffronto dell'imputazione soggettiva, bastando altresì, ai sensi dell'art. 238 l.fall., a legittimare l'esercizio dell'azione penale; laddove la declaratoria fallimentare – condizione (estrinseca) di punibilità e, in quanto tale, estranea al piano del disvalore – funge da indicatore (oltre che del momento consumativo) anche del *locus commissi delicti*.

Una svolta, nel suo nucleo essenziale, che non può che essere salutata con favore; anche solo considerando, come giustamente sottolineato, che « la qualificazione alternativa (e corretta) del fallimento come condizione obiettiva di punibilità è la spiegazione più semplice e lineare perché riconosce all'estremo in discorso i caratteri di una categoria già sperimentata e accolta senza dover ricorrere alla (accidentata) ricerca di un *novum* dalla fisionomia incerta e ambigua » (222).

Sarebbe forse prematuro affermare che si tratti di *revirement* destinato a un più o meno rapido consolidamento, o piuttosto a incanalarsi in un filone

(220) Cass. pen. sez. V, n. 13910/2017, in *Società*, 2017, p. 897 (corsivi nostri) (da qui verranno tratte le citazioni della sentenza), con nota di F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, *ivi*, p. 903; in *Cass. pen.*, 2017, p. 2197, con note di A. CHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso* revirement *della Cassazione*, *ivi*, p. 2205, e di 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*, *ivi*, p. 2226; in *Giur. it.*, 2017, p. 1679, con nota di A. ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?*, *ivi*, p. 1681 (aderendo, peraltro, alla tesi della declaratoria fallimentare quale condizione di punibilità intrinseca, quanto meno nei casi di bancarotta fraudolenta patrimoniale *ex* artt. 216 e 223 comma 1 l.fall.); in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1158, con nota di N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente* revirement *della Cassazione*, *ivi*, p. 1160; nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1141, con nota di M.N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, *ivi*, p. 1151. In tema si veda altresì E. RECCIA, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2018.

(221) Così, ancora, Cass. pen. sez. V, n. 13910/2017, cit., p. 900.

(222) F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, cit., p. 908 (corsivo dell'A.).

minoritario (223); senz'altro, il rinnovato incasellamento della sentenza dichiarativa non ha al momento sortito una significativa rilettura dello *strato profondo della fattispecie*. Quella che si schiude all'orizzonte, però, è una sfida con cui certamente la giurisprudenza, nell'impostazione appena richiamata, dovrà fare i conti, in un senso o nell'altro: lasciare che la nuova collocazione dogmatica del fallimento si risolva nel mero spostamento di mobili all'interno della stanza (con le altre componenti di fattispecie immunizzate rispetto alla rivoluzione dogmatica) (224), oppure imprimere un deciso riallineamento della bancarotta – segnatamente, in ordine ai cruciali profili del pericolo concreto e del dolo – ai principi fondamentali del diritto penale.

## 6. Prospettive dell'analisi: il 'fallimento' come primo passo verso il recupero della dimensione lesiva della bancarotta patrimoniale.

Resta in ogni caso un nodo, senza la cui soluzione la riconquista della fattispecie al paradigma del pericolo concreto non sembra del tutto compiuta. L'ambientamento della bancarotta prefallimentare al metro della sentenza dichiarativa, infatti, non è ancora bastevole: i limitati riverberi della rinnovata esegesi giurisprudenziale stanno plasticamente a dimostrarlo.

Le riflessioni sul ruolo del fallimento nell'economia della bancarotta hanno comunque suggerito, volendo ora tirare brevemente le somme dell'analisi condotta, che, già a diritto vigente, la fattispecie può risultare compatibile, qualora attentamente setacciata nella sua oggettività giuridica, con i principi fondamentali del diritto penale: l'"indocile provincia", quindi, può soggiacere appieno al "dominio penalistico" (225). Si tratta di un primo e non banale aspetto, utile non solo a meglio perimetrare le condotte disvolute (esigenza che non si dovrebbe mai obliterare, a fronte delle tendenze prasseologiche espansive del formante

(223) La giurisprudenza successiva non sembra, infatti, aver subito "metabolizzato" il radicale cambio di prospettiva, attestandosi su statuizioni più caute: cfr., ad es., Cass. pen. sez. V, n. 17819/2017, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 384 (s.m.), con nota di U. PIOLETTI, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, nonché in *Società*, 2017, p. 1024, con nota di C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, *ivi*, p. 1030 (a questa pubblicazione faranno riferimento le citazioni contenute nei capitoli seguenti). Per l'adesione alla tesi della sentenza dichiarativa quale condizione obiettiva di punibilità, tuttavia, successivamente: Cass. pen. sez. V, n. 53184/2017, in *CED Cass.*, rv. 271590; Cass. pen. sez. V, n. 992/2018, in *CED Cass.*, rv. 271920; Cass. pen. sez. V, n. 4400/2018, in *CED Cass.*, n. 272256. Per una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale M. BRANCACCIO – A. NAPOLITANO, *I reati di bancarotta*, in *Cass. pen.*, 2018, suppl. fasc. 4, p. 108.

(224) E tale atteggiamento prudente, in disparte alcuni riferimenti alla pericolosità delle condotte o alla bancarotta c.d. "riparata", traspare decisamente nella stessa sentenza di Cass. pen. sez. V, n. 13910/2017, ove si sottolinea la continuità tra il nuovo orientamento e la precedente giurisprudenza in materia di *locus* e *tempus commissi delicti*, amnistia e indulto, successione di leggi penali nel tempo.

(225) Entrambe le icastiche locuzioni sono di C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 971.

giurisprudenziale), ma anche a dare conto della chiaroscurale locuzione "*se dichiarato fallito*", fornendo una sistemazione dogmatica all'accidentato rapporto tra il tipo e la sentenza dichiarativa di fallimento.

È tuttavia al crocevia dei rapporti tra lecito e illecito, e più in generale tra conservazione dell'impresa in crisi e repressione dei reati fallimentari, che si gioca la partita più delicata per gli equilibri delle fattispecie di bancarotta: la rilettura della fattispecie nel prisma strutturale e assiologico deve necessariamente fare i conti, oggi, con il mutato contesto culturale in cui il diritto penale viene a innestarsi.

Con questi diversi e in larga misura inesplorati orizzonti è giunto, dunque, il momento di confrontarsi.

# Capitolo V

## IL RACCORDO CON LE PROCEDURE ALTERNATIVE DI SOLUZIONE DELLA CRISI COME SECONDO TASSELLO PER LA SAGOMAZIONE DELLA BANCAROTTA PREFALLIMENTARE

**SOMMARIO: 1.** Inquadramento generale e direttrici della ricerca. – **2.** L'originario punto d'equilibrio della bancarotta "concordataria" e delle bancarotte regolate dall'art. 237 l.fall.: contraddizioni interne all'art. 236 l.fall. e linee evolutive del concordato preventivo. – **2.1.** La liquidazione coatta amministrativa e le evoluzioni dell'art. 237 l.fall. – **2.2.** L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. – **2.3.** La primigenia "quadratura" del concordato preventivo nel sistema della bancarotta e l'irruzione della riforma del 2005. – **3.** La "folla" delle procedure concorsuali minori e i riflessi sulle fattispecie di bancarotta: 'stato di crisi' e sindacato del giudice fallimentare sui "piani attestati". – **3.1.** Piani di risanamento, accordi di ristrutturazione, accordi con intermediari, concordato preventivo. – **3.2.** Linee di convergenza e criticità: relazione del professionista, nozione di 'crisi'. – **4.** La "riduzione" del diritto penale del fallimento a valle delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa: l' 'esenzione' dai reati di bancarotta. – **4.1.** L'ambito applicativo della 'esenzione': un quadro dalla cornice disarmonica. – **4.2.** Natura della 'esenzione' e sindacato del giudice penale sullo sfondo dell'insuccesso dei piani di risanamento. – **5.** La natura "anfibia" del concordato preventivo: quali spazi di autentica autonomia per la bancarotta pre-concordataria? – **6.** La funzione fondativa della punibilità degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. – **7.** Annotazioni interlocutorie sull'impostazione prescelta. – **8.** Oltre l'art. 217 *bis* l.fall.: la 'crisi' e l'insolvenza 'non gestite' come momenti di innesto della oggettività giuridica della bancarotta fraudolenta patrimoniale?

« L'incompletezza non è,
non può essere, un dato positivo (…),
le vecchie, immutate reazioni punitive
possono scattare inappropriatamente (…)
o invece restare inermi di fronte
a nuove aggressioni divenute possibili
nei mutati scenari, aprendo,
in entrambi i casi, voragini di insicurezza
degli operatori e nell'applicazione giudiziale » (1)

### 1. Inquadramento generale e direttrici della ricerca.

L'analisi del ruolo della sentenza dichiarativa nell'economia delle fattispecie di bancarotta prefallimentare ha evidenziato una ambiguità immanente al microsistema penale del fallimento; ambiguità già visibile tra le pieghe dell'impostazione complessiva impressa dal legislatore storico, e che tuttavia,

(1) A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 115.

correttamente sciolta, ha offerto – si è cercato di mostrare – un primo spunto per ricalibrare il tipo all'interno di una congrua dimensione di pericolo concreto.

Si trattava (e si tratta), in ogni caso, di un equivoco essenzialmente interno all'"isola" penale della legge fallimentare, poco influenzato dalle evoluzioni normative che hanno attraversato e in ampia misura trasfigurato, con ritmo negli ultimi anni sempre più incalzante, l'"arcipelago" in cui quell'isola viene a inserirsi, divenendo parte di un sistema.

Uno sguardo anche superficiale al r.d. 267/1942, a tre quarti di secolo dalla sua promulgazione, mostra chiaramente che a mutare non è stata soltanto la realtà fenomenica regolata (con i suoi rigidi schemi di tipizzazione) dal diritto penale, ma soprattutto il *retroterra civilistico*, lo scenario normativo che necessariamente plasma le figure delittuose (2): basti richiamare, per tutti, la riscrittura dei presupposti contemplati dall'art. 1 per la dichiarazione di fallimento, o il tramonto di dogmi come l'indisponibilità dell'insolvenza o la *par condicio creditorum* (3). I pilastri concettuali della legge fallimentare sono stati, dunque, progressivamente novellati – talvolta con sostanziosi restauri, talaltra con vere e proprie rifondazioni – e in alcuni casi addirittura abbandonati alla storia; inedite linee di politica legislativa si sono innestate sulle precedenti, fino a soppiantarne il *rationale* o a metterne in forse il primato, in un disegno peraltro non sempre lineare e di ampio respiro (4).

Ci si limita, per il momento, a osservare che alla logica prettamente liquidatoria originaria, ormai ampiamente recessiva, si è sostituita l'idea dell'*impresa come valore*, che l'apparato della legge fallimentare – e l'aggettivo stesso appare, oggi, quanto meno improprio – tende per quanto possibile a conservare e rilanciare; una spiccata deflessione privatistica nella gestione della crisi d'impresa si è gradualmente affiancata alla direzione pubblicistica dell'insolvenza (5), ancora emblematicamente innervata dal fallimento, conquistando una parità gerarchica che, se il *trend* sarà confermato, non pare azzardato immaginare supremazia in un non remoto futuro.

In questa rinnovata temperie culturale, nuovi istituti sono gemmati accanto a quelli tradizionali: in principio è toccato all'accordo di ristrutturazione (6) e ai piani di risanamento (7), poi agli accordi di ristrutturazione con intermediari

(2) In tema, recentemente, nell'ambito della dottrina penalistica, N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, pp. 1 ss.; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 134 ss.

(3) Emblematica, in tal senso, l'estensione delle ipotesi di esclusione dell'azione revocatoria (art. 67 l.fall.), che della *par condicio creditorum* è lo strumento operativo.

(4) Per una efficace ricostruzione dello stato attuale dei rapporti tra disciplina fallimentare e comparto penalistico, in dottrina, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 1 ss.

(5) Sul punto cfr. anche P. SANDULLI, *Rapporti tra decozione e reati fallimentari*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 85 ss.

(6) Art. 182 *bis* l.fall.

(7) Art. 67 lett. *d*) l.fall.

finanziari (8), passando dal concordato con continuità aziendale (9) e dal concordato "in bianco" (10), in un flusso di interventi tanto tumultuoso quanto frammentato (come testimoniato dal massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza) (11). Il vento riformatore, come accennato, non ha lasciato immuni le procedure storiche, *in primis* il concordato preventivo "tradizionale": il quale, volendo riassumere all'osso e del tutto approssimativamente (ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti), ha visto cambiare i presupposti di ammissione, i rapporti tra continuità e liquidazione, la disciplina dei finanziamenti, la conversione nel fallimento, e, in ultima analisi, le stesse finalità ispiratrici della procedura (12).

A fronte di questa ondata di novità, il *quasi assoluto silenzio del legislatore penalistico*, con le rare eccezioni di cui tra breve si darà conto, riesce ancor più assordante e imbarazzato; quasi che la corteccia del diritto penale, monolite avulso dal contesto, possa ritenersi impermeabile al cambiamento dei presupposti che, in ultima analisi, finiscono per regolarne l'attivazione. Non diversamente da quanto registrato in altri settori, una sorta di "solipsismo" legislativo ha impedito di pensare all'insieme, trascurando che ogni modifica della cornice civilistica, « complessa e minuziosa nel fissare tendenziali punti di equilibrio tra contrapposte esigenze, si riverbera fatalmente su quella penalistica, perché ne muta silenziosamente gli elementi costitutivi » (13), e lasciando perciò all'interprete il compito di riordinare i frammenti del sistema. Si pensi, limitandosi a spunti non immediatamente incidenti sulle questioni che qui ci occupano, alla formale sopravvivenza dell'art. 221 l.fall. pur a fronte dell'abrogazione del procedimento sommario (in precedenza previsto dagli artt. 155 ss. l.fall.), o ai richiami contenuti nell'art. 220 l.fall., invariati rispetto alla primigenia versione, a dispetto del mutamento significativo degli obblighi penalmente presidiati con la tecnica del rinvio (emblematica la riformulazione dell'art. 49 l.fall., con l'eliminazione del

(8) Art. 182 *septies* l.fall.

(9) Art. 186 *bis* l.fall.

(10) Art. 161 comma 6 l.fall.

(11) Volendo solo citare gli interventi legislativi più significativi, in ordine cronologico: il d.l. 35/2005 (conv. in l. 80/2005), il d.lgs. 5/2006, il d.lgs. "correttivo" 169/2007, il d.l. 78/2010 (conv. in l. 122/2010), la l. 3/2012, il d.l. 83/2012 (conv. in l. 134/2012), il d.l. 179/2012 (conv. in l. 221/2012), il d.l. 69/2013 (conv. in l. 98/2013), il d.l. 1/2015 (conv. in l. 20/2015), il d.l. 83/2015 (conv. in l. 132/2015), il d.l. 59/2016 (conv. in l. 119/2016), e la l. 232/2016.

(12) Sul tema, nella misura in cui riverberi sulle fattispecie di bancarotta, si tornerà più approfonditamente *infra*; in generale, per una panoramica, anche in chiave storica ed evolutiva, sulla legge fallimentare: A. JORIO, *Introduzione generale alla disciplina della crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento. Presupposti, processo, organi*, Milano, 2014, pp. 3 ss. Con precipuo riguardo al concordato preventivo: G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, IX ed., Milano, 2015, pp. 1 ss.; a seguito delle novelle del 2015, tra gli altri C. TRENTINI, *Proposta di concordato preventivo, soddisfazione dei creditori e verifica della fattibilità del piano*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 57.

(13) A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 115.

divieto per il fallito di allontanarsi dalla residenza senza l'autorizzazione del giudice delegato) (14).

Da qui, più in generale, la realistica presa d'atto: « oggi l'interprete si trova di fronte a un edificio normativo profondamente disarmonico e segnato da un contrasto (…) di valori (…) tra la parte penalistica e quella civilistica, oltre che da lacune e contraddizioni interne, alcune già esistenti, altre aggravate o del tutto nuove » (15). La mancata sintonizzazione dell'appendice penalistica sulle nuove finalità perseguite dalle disposizioni civilistiche ha oscurato in più punti la stessa *ratio* sottesa alle fattispecie criminose, quasi che gli obiettivi di tutela penale non costituiscano (o non costituiscano più) un segmento « delle finalità globali dei complessi normativi di cui le norme incriminatrici sono parte integrante » (16).

Ancora una volta, all'immobilismo legislativo (o alla pessima cifra tecnica degli sparuti interventi sulla parte penalistica) ha supplito in prima battuta il formante dottrinale, particolarmente consapevole della necessità di leggere in filigrana l'apparato civilistico e quello penalistico, oltre che della fragilità dei paradigmi delittuosi tradizionali di fronte agli stimoli provenienti dalle innovazioni in materia concorsuale.

In questo solco si insinueranno le osservazioni che seguono, proiettate a verificare se, dalle antinomie registrate nel sistema, possa scaturire, in positivo, un "ripensamento", dogmatico e assiologico, delle figure di bancarotta patrimoniale prefallimentare; così da ricondurre, sin dove consentito all'esegesi, a un tasso accettabile di coerenza complessiva, se non proprio a unità sistematica, singoli compartimenti che, in apparenza, comunicano sovente con linguaggi reciprocamente incomprensibili. Ecco tracciato, dunque, il *leitmotiv* di queste pagine: ricomporre i pezzi di un *puzzle* assai complesso e dai contorni malfermi, delineando la trama dei rapporti tra procedure "minori" (17) e (attraverso il viatico degli artt. 236 e 217 *bis* l.fall.) reati di bancarotta, e, per tal via, il "nuovo volto" dei principali paradigmi delittuosi.

(14) In argomento G.A. SANDRELLI, *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 50 ss.

(15) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 1. Analogamente A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 186.

(16) In tal senso, invece, del tutto condivisibilmente, C. PEDRAZZI, *Noterelle comparatistiche*, cit., p. 13.

(17) Aggettivo a sua volta improprio, attesa la centralità delle procedure concorsuali alternative al fallimento nell'attuale contesto normativo, e che dunque si continuerà a impiegare soltanto nella sua componente di convenzionalità.

## 2. L'originario punto d'equilibrio della bancarotta "concordataria" e delle bancarotte regolate dall'art. 237 l.fall.: contraddizioni interne all'art. 236 l.fall. e linee evolutive del concordato preventivo.

Prima di soffermarsi sullo stato dell'arte odierno, mette conto di ripercorrere, brevemente, le direttrici lungo le quali il legislatore del secolo scorso aveva tipizzato la bancarotta in relazione a procedure diverse dal fallimento (segnatamente, con riguardo al concordato preventivo, alla liquidazione coatta amministrativa e, a far tempo dalla sua introduzione, alla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi): *excursus* non superfluo, non solo per opportunamente ambientare le riflessioni sull'attualità, ma anche per segnalare i difetti che già allora rendevano accidentato il terreno penalistico e che si ritrovano oggi, specie nel caso del concordato preventivo, significativamente ampliati. L'analisi che segue muoverà dalle meno problematiche figure della liquidazione coatta amministrativa (§ 2.1.) e della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (§ 2.2.), per poi concentrarsi sulla procedura-cardine del concordato preventivo nell'originaria impostazione dell'art. 236 l.fall. (§ 2.3.).

**2.1. La liquidazione coatta amministrativa e le evoluzioni dell'art. 237 l.fall. –** L'originario comma 1 dell'art. 203 l.fall., nel regolare gli effetti della liquidazione coatta amministrativa, ricollegava all'accertamento dello stato di insolvenza dell'impresa a mente degli artt. 195 e 202 l.fall. l'applicabilità delle disposizioni incriminatrici enumerate dagli artt. 216-219 e 223-225 l.fall. nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, degli amministratori, dei direttori generali, dei liquidatori e dei componenti degli organi di vigilanza delle società (18). Evidente la *ratio*: laddove alla liquidazione coatta – procedura di stampo prettamente amministrativo – fosse acceduto, per iniziativa dei creditori (art. 195 l.fall.), del commissario liquidatore o del Pubblico Ministero (art. 202 l.fall.) l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, le norme penali dettate per il fallimento avrebbero allargato il proprio raggio d'operatività, in ragione del comune retroterra segnato dalla decozione dell'impresa. In via complementare, l'art. 237 l.fall. estendeva al commissario liquidatore la soggettività attiva dei reati propri del curatore (art. 228-229 l.fall.), ai creditori le norme incriminatrici veicolate dagli artt. 232-233 l.fall. e all'imprenditore le inosservanze tipizzate dagli artt. 220-226 l.fall.

Si trattava, per vero, di equiparazione coerente nelle premesse di fondo, ma piuttosto macchinosa nel complesso (trovando la propria *sedes materiae* in parte tra le disposizioni penali della legge fallimentare, in parte tra le norme relative alla

(18) In argomento: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 393; N. MAZZACUVA, *Art. 237*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., pp. 105 ss.

procedura liquidatoria), gravemente lacunosa nella traduzione normativa e foriera di inspiegabili "zone franche": così, ad es., l'omesso richiamo all'imprenditore individuale (pure assoggettabile a liquidazione coatta, secondo quanto desumibile dagli artt. 200 e 205 l.fall.) ne determinava l'immunità penale, e analogamente per l'institore, atteso il mancato riferimento all'art. 227 l.fall. (19); ancora, l'assenza, tra le norme di rinvio contemplate dall'originario art. 237 l.fall., dell'art. 230 l.fall. (omessa consegna o deposito di cose detenute dalla curatela in ragione dell'ufficio), l'omesso riferimento ai terzi rispetto alle figure delittuose elencate dall'art. 232 l.fall. (sebbene realizzabili, in caso di fallimento, da "chiunque") e ai terzi e all'imprenditore rispetto al mercato di voto, ovvero il richiamo puro e semplice all'art. 220 l.fall., a presidio di doveri del fallito in alcun modo "esportabili" nella liquidazione coatta amministrativa (ad es. quello di cui all'art. 16 n. 3 l.fall.) (20), davano la misura di un innesto piuttosto confuso e impreciso.

Ai predetti inconvenienti ha infine posto rimedio, con contestuale abrogazione del secondo periodo dell'art. 203 comma 1 l.fall., il "nuovo" art. 237 l.fall., introdotto dal d.lgs. 270/1999 (21): mentre il primo comma equipara ora integralmente, sul terreno delle norme incriminatrici applicabili, la sentenza dichiarativa di fallimento e l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza regolato dagli artt. 195 e 202 l.fall. (22), il capoverso infoltisce la gamma dei reati ascrivibili al commissario liquidatore, in particolare comprendendovi anche la figura delittuosa descritta dall'art. 230 l.fall.

**2.2. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. –** Con l'introduzione, ad opera della l. 95/1979 (di conversione del d.l. 26/1979), della nuova procedura concorsuale destinata a regolare i dissesti di imprese di grandi dimensioni – e, dunque, con allarmanti ricadute sul piano economico e sociale – si registra la *prima vistosa deviazione* dalle finalità prettamente liquidatorie della legge fallimentare, avamposto della progressiva valorizzazione del bene-impresa accanto alle (o in disparte dalle) legittime pretese dei creditori al manifestarsi dell'insolvenza: deviazione circoscritta sulla scorta della peculiarità strutturali dell'impresa (che deve in ogni caso manifestare i tratti dell'insolvenza)

(19) In tal senso ancora R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 393.

(20) N. MAZZACUVA, *Art. 237*, cit., pp. 104-105; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 394.

(21) Con precipuo riguardo alla liquidazione coatta amministrativa delle banche A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 199 ss.

(22) Alcun problema di successione di norme è stato ravvisato dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alle modifiche apportate dal d.lgs. 270/1999: cfr. in proposito Cass. pen. sez. V, n. 3229/2013, in *CED Cass.*, rv. 253931, secondo cui « l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza dell'impresa soggetta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa è presupposto necessario e sufficiente per l'applicabilità delle norme incriminatrici in materia di bancarotta ancorchè effettuato in epoca antecedente alla modifica degli artt. 203 e 237 legge fall. ad opera del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 ».

e declinata nel recupero dell'equilibrio economico attraverso interventi di "ristrutturazione" (in linea generalissima, tramite cessione dei complessi aziendali o piani di risanamento economico-finanziario, di durata pari a uno o due anni) (23).

Al netto di tale scarto prospettico (l'amministrazione straordinaria essendo sul piano funzionale improntata, almeno formalmente, alla conservazione del valore dell'impresa), il comune ambientamento della procedura in una cornice d'insolvenza giustificava il richiamo, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 1 l. 95/1979, all'art. 203 l.fall. allora vigente in tema di liquidazione coatta amministrativa quanto alle disposizioni incriminatrici applicabili alla nuova procedura, e oggi giustifica il disposto dell'art. 95 d.lgs. 270/1999 (24), che ha *in toto* equiparato la dichiarazione prodromica all'accesso all'amministrazione straordinaria alla sentenza dichiarativa di fallimento quanto all'operatività delle figure delittuose della legge fallimentare (25).

La finalizzazione della procedura in esame al salvataggio dell'impresa, peraltro, ha indotto una parte della dottrina a criticare siffatta equiparazione, che sorregge l'estensione, « mediante la tecnica del rinvio, [di] figure di reato concepite e strutturate per operare all'interno di procedure connotate da scopi essenzialmente satisfattori-liquidativi, ad una procedura nata per la riconosciuta necessità di attribuire maggior spazio ad interessi diversi – ed opposti – rispetto a quelli che costituiscono il motivo del ricorso alle tradizionali procedure concorsuali » (26). Se è vero che la Corte Costituzionale ha ritenuto infondate le questioni ispirate a tali dubbi, rilevando la coesistenza della finalità di soddisfazione dei creditori, oltre che la non remota profilabilità di una componente liquidatoria (27) (e la possibilità, per il Tribunale, di convertire anche d'ufficio la procedura straordinaria nel fallimento ne rappresenta la plastica traduzione normativa), simili perplessità (28) aprono tuttavia una prima breccia nella trama complessiva del diritto penale fallimentare, che l'odierna fisionomia del concordato preventivo – ove identiche perplessità, invero esponenzialmente accresciute, si ripropongono – vale a rendere vistoso squarcio.

(23) Riferimenti in A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 2; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 395; N. MAZZACUVA, *Art. 237*, cit., p. 106.

(24) Cfr. nuovamente R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 395.

(25) Con l'unica precisazione, rispetto all'art. 220 l.fall., tratteggiata dal capoverso dell'art. 95 in parola. Il successivo art. 96, poi, estende al commissario giudiziale, al commissario straordinario e ai loro ausiliari le incriminazioni contenute negli artt. 228, 229 e 230 l.fall.

(26) Così N. MAZZACUVA, *Art. 237*, cit., p. 107.

(27) Corte Cost., 20 maggio 1987, n. 187, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 880.

(28) Ritengono ancora attuali le perplessità esposte nel testo, in relazione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 202.

**2.3. La primigenia "quadratura" del concordato preventivo nel sistema della bancarotta e l'irruzione della riforma del 2005. –** La norma di riferimento in tema di concordato preventivo è data dall'art. 236 l.fall., e, in particolare, dal capoverso della previsione incriminatrice, non a torto definita « un guazzabuglio di regole penali (…) messe lì alla rinfusa, senza alcuna logica o sistematica da cui ricavare una qualsivoglia *ratio legis* degna di questo nome » (29). Con ulteriore costruzione *per relationem*, segnatamente, l'art. 236 comma 2 n. 1 l.fall. – ora come allora – rende applicabili le disposizioni degli artt. 223 e 224 l.fall. ai vertici societari, nel caso in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato preventivo (30).

Il meccanismo repressivo, tuttavia, trova(va) ospitalità nel delicatissimo *habitat* segnato dal sistema extrapenale di riferimento, da cui traeva la propria razionale legittimazione; il baricentro dell'*equazione tra fallimento e concordato preventivo*, a ben vedere, andava rinvenuto nella peculiare calibrazione delle rispettive fisionomie civilistiche. Alla procedura concordataria, infatti, in continuità con il diretto predecessore del 1903, nella legge del 1942 competeva sostanzialmente – e in estrema sintesi – la regolamentazione degli interessi tra debitore e creditori *nel contesto dell'(irreversibile) insolvenza*: presupposto indefettibile della procedura, tesa a garantire all'imprenditore "onesto e sfortunato" (31) (unico legittimato a chiederne l'accesso) di regolare le pendenze con i creditori – donde la spiccata funzione liquidatoria, calibrata sulle esigenze satisfattive di questi ultimi (in tesi più efficacemente assecondate di quanto non consentisse l'epilogo fallimentare) –, mentre rimanevano ampiamente sullo sfondo il risanamento dell'impresa e, quindi, la continuità aziendale. A tale finalità, piuttosto, rispondeva, almeno sulla carta, l'*amministrazione controllata*, la quale, in presenza di crisi reversibile, era destinata al superamento delle difficoltà temporanee manifestate dall'impresa mediante l'irrorazione di nuove risorse ad opera di terzi e il trasferimento della titolarità d'impresa (32).

(29) Così, icasticamente, A. LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 242.

(30) Oltre alle opere già citate, in apertura del cap. I, in riferimento all'art. 236 l.fall. si vedano, in generale: N. MAZZACUVA, *Art. 236*, cit., pp. 81 ss.; G. COCCO, *Art. 236*, cit., pp. 1311 ss.

(31) L'art. 160 l.fall., nella versione del 1942, limitava la platea dei soggetti legittimati ad accedere alla procedura all'imprenditore iscritto nel registro delle imprese, dotato di regolare contabilità, non dichiarato fallito o ammesso al concordato preventivo nei cinque anni precedenti né condannato per taluni reati. D'altra parte, nella proposta di concordato, l'istante doveva impegnarsi a pagare almeno il 40% dei crediti chirografari ed esporre le cause dell'insolvenza.

(32) In argomento, più in generale, A. JORIO, *Introduzione generale*, cit., p. 24. Vale osservare, peraltro, che nella costruzione legislativa dell'amministrazione controllata il risanamento passava comunque attraverso il pagamento integrale delle passività; sennonché, difettando una biunivoca convergenza tra risanamento (in tesi perseguibile anche in situazione di illiquidità) e pagamento delle passività (a valle del quale non necessariamente l'impresa può dirsi risanata), la procedura appariva scarsamente funzionale agli obiettivi a essa assegnati dalla legge,

A questa stregua, l'eventuale prognosi di prosecuzione dell'attività d'impresa, ancorchè non preclusa dall'accesso al concordato, sfocava leggermente l'immagine complessiva, ma non minava l'unitarietà della traiettoria politico-criminale di fondo: il comune orizzonte dell'insolvenza (33) cementava infatti le valutazioni del legislatore circa l'opportunità dell'intervento repressivo, suggerendo una identica funzionalizzazione (rispetto alla operatività delle figure di bancarotta) dei provvedimenti giurisdizionali d'ammissione al concordato preventivo e di dichiarazione del fallimento (34).

Il sistema rifletteva, insomma, un suo, per quanto insoddisfacente, equilibrio (35): di fronte all'insolvenza, fosse essa sfociata nel fallimento ovvero nel concordato preventivo, che entrambi conforma(va), diveniva « naturale (…) » che agli organi di quest'ultimo « si estendessero quelle fra le norme penali dettate per l'imprenditore, per il curatore o per i creditori (…). A ciò provvedono gli articoli 236 e 237. Con questi si garantisce la energica difesa dei diritti dei creditori da qualunque causa criminosa di perturbamento » (36). Era proprio l'unitario retroterra civilistico, in altre parole, a consentire « un dialogo con il tessuto delle incriminazioni penali lungo traiettorie convergenti » (37), laddove le figure di bancarotta « assumevano il concordato quale soluzione dell'insolvenza alternativa a quella del fallimento, ma gravata da un *disvalore omogeneo*, qualora la meritevolezza non avesse trovato sviluppo nella reale e adeguata soddisfazione dei creditori » (38).

Le criticità, peraltro, imputabili in particolare a una cifra letterale tutt'altro che cristallina, oltre che a « un'esasperata logica punitiva, a sua volta enfatizzata dalla giurisprudenza che faceva (e fa) spesso ricorso alla semplificazione probatoria delle presunzioni » (39), non mancavano.

Al netto del consueto ricorso alla tecnica del rinvio, nell'art. 236 comma 2 l.fall. non rinveniva (e ancora non rinviene), ad es., alcuna plausibile giustificazione l'esclusione dai soggetti attivi (in certo senso speculare a quella

---

con il risultato di trasformarla in una sostanziale moratoria e di una salvaguardia della continuità aziendale alquanto modesta: cfr. in proposito ancora A. JORIO, *Introduzione generale*, cit., p. 25.

(33) Le osservazioni svolte alla nota precedente quanto alle criticità dell'amministrazione controllata consentono di non rimeditare l'assunto esposto nel testo, per il sol fatto che in origine l'art. 236 l.fall. richiamasse anche tale procedura, formalmente non caratterizzata dall'insolvenza bensì da una situazione (la temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni) in sostanza assimilabile allo stato di crisi: in argomento F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 832.

(34) Riferimenti in N. MAZZACUVA, *Art. 236*, cit., pp. 82 e 97.

(35) Analogamente, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 4.

(36) Così la Relazione ministeriale, n. 60.

(37) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 3.

(38) A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 118 (corsivi nostri).

(39) *Ibidem*. Sul tema delle presunzioni probatorie cfr. *supra*, cap. I, § 5.

del primo comma) (40) dell'imprenditore individuale: « maggiore severità nei confronti di chi amministra i beni altrui » (41) che la legge non ha invece riservato nel quadro della bancarotta "tradizionale", ove al contrario si assiste alla sistematica equiparazione tra l'imprenditore e i vertici societari (42). Si era per vero tentato di ricomporre siffatta disparità di trattamento assumendo l'inevitabilità del fallimento, in caso di accertamento di fatti di bancarotta in corso di concordato preventivo, solo in relazione all'imprenditore individuale (43); sennonché, tale pur insoddisfacente spiegazione si scontra oggi con il superamento dell'automatismo tra revoca del concordato e declaratoria di fallimento, contemplato dalla precedente versione dell'art. 173 l.fall. (44).

L'incomprensibile selezione dei soggetti attivi non costituiva, d'altronde, l'unica ragione di perplessità (45). Ulteriori dubbi si addensa(va)no sulla portata

(40) Tra i soggetti attivi delle figure incriminatrici descritte dall'art. 236 comma 1 l.fall. non rientrano infatti, come più volte segnalato, i vertici societari: circostanza che « rende l'incriminazione di modestissima incidenza concreta »: così G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo* cit., p. 462; ID., *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 37 ss.; in tama cfr. anche *supra*, cap. III, § 4. Preme qui evidenziare che la discrasia risulta oggi ancor più problematica, essendo stato espressamente ampliato il novero dei legittimati all'accesso al concordato preventivo anche alle società (come comprovato dal disposto dell'art. 161 comma 4 l.fall.): in tal senso G. MONTANARA, (voce) *Fallimento*, cit., pp. 322-323. Ritengono invece non priva di fondamento sistematico la scelta legislativa R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 371, che osservano come l'attribuzione di attività inesistenti ovvero la simulazione di crediti compiuta dai vertici societari valga già a integrare le fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 – 2622 c.c.) e, attraverso il richiamo all'art. 223 cpv. n. 1 l.fall., in caso di fallimento, la figura di bancarotta da reato societario. In generale, sulla incriminazione dell'art. 236 comma 1 l.fall., G.G. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare,* cit., pp. 329 ss. Peraltro, se l'esclusione degli organi societari poteva giustificarsi con l'automatismo tra inammissibilità del concordato e declaratoria fallimentare, contemplata nel precedente assetto normativo, oggi, caduto tale automatismo, tale scelta appare ancora più incomprensibile: riferimenti in A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., pp. 119-120.

(41) Suggerisce questa spiegazione, pur ritenendola non logicamente incontrovertibile, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 232. Lo stesso A. tuttavia, in altra sede, evidenzia come « non si comprend[a] esattamente perché si preveda solo il concordato preventivo (…) delle società, e non dell'imprenditore individuale, tanto più che, successivamente, cui si riferisce generalmente all'institore dell'imprenditore e poi al commissario del concordato preventivo »: P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali*, cit., p. 295.

(42) In argomento cfr. più diffusamente *supra*, cap. III, §§ 3 e 4.

(43) In tal senso, in dottrina, G. COCCO, *Art. 236*, cit., p. 1314. Analogamente S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa*, cit., p. 139.

(44) Norma che, invece, a seguito delle modifiche apportate nel 2007 e nel 2012, subordina ora la sentenza dichiarativa all'accertamento dello stato di insolvenza; non diversamente, con la novella dell'art. 162 l.fall., come rilevato, è venuta meno qualunque forma di automatismo tra inammissibilità della domanda di concordato preventivo e declaratoria fallimentare. La stessa Cassazione a Sezioni Unite ha osservato che l'obiettivo del legislatore consiste chiaramente nell' « agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, riducendo i margini di discrezionalità giudiziale in ordine alla valutazione delle condizioni di salute economica dell'imprenditore-debitore ed evitando che, in caso d'insolvenza o di rigetto della domanda di ammissione, il tribunale dichiari per ciò solo il fallimento, secondo l'automatismo prima previsto »: cfr. Cass. pen. Sez. Un., n. 24468/2009, cit., pp. 4119 ss.

(45) Tra i soggetti attivi senz'altro non rientra il liquidatore, come hanno infine statuito le Sezioni Unite: cfr. Cass. pen. Sez. Un., n. 43428/2010, in *Società*, 2011, p. 327, con nota di L.

dei rinvii contenuti nel n. 1 dell'art. 236 cpv. l.fall. alle fattispecie delineate dagli artt. 223 e 224 l.fall., sotto un duplice profilo: (*i*) l'estensione della bancarotta da concordato preventivo alle varianti "pre-concorsuali", oppure – con opzione ampiamente restrittiva del tipo – la limitazione alle sole condotte tipiche compiute in costanza di procedura; (*ii*) la declinabilità in chiave concordataria delle figure d'evento descritte nel capoverso dell'art. 223.

(*i*) Non sono mancate impostazioni, anche autorevoli, tese a circoscrivere lo spettro della bancarotta da concordato alle condotte "post-concorsuali"; così, nella lettura di Pietro Nuvolone (imperniata per vero, come già accennato, su una oggettività giuridica di stampo squisitamente processuale), difettando la possibilità di ravvisare nel concordato preventivo, diversamente dal fallimento, una condizione obiettiva di punibilità – « in quanto il principio del pagamento dei creditori, secondo il criterio della *par condicio*, ispira per definizione la proposta di concordato, e non è semplicemente il fine della procedura concursuale », tanto che, con quest'ultima, « il vincolo nascente dall'insolvenza si risolve e si trasforma in un vincolo diverso, che ha la sua base appunto nel concordato » (46) – i fatti di bancarotta condensati nel n. 1 dell'art. 236 cpv. l.fall. si riducono a quelli commessi posteriormente al provvedimento di ammissione al concordato, il quale, del resto, neppure accerta l'insolvenza; con il che, in definitiva, l'ammissione al concordato preventivo (tra l'altro caratterizzata, allora, dalla meritevolezza soggettiva del debitore) si assume strutturalmente incompatibile con i fatti di bancarotta in tesi già realizzati (47).

Ora, a prescindere dalla sopraggiunta inattualità di taluni dei suoi presupposti argomentativi (il dogma della *par condicio* o l'insolvenza quale antefatto della procedura concordataria: aspetti su cui si tornerà in seguito), la tesi appena sintetizzata sembra sopravvalutare, nell'economia della primigenia versione della legge fallimentare, le differenze, più che altro "quantitative", tra sentenza dichiarativa e provvedimento di ammissione al concordato preventivo: pur non determinando la cessazione dell'unità produttiva e l'estromissione dell'imprenditore, l'assimilazione di quest'ultima alla declaratoria fallimentare sul piano penale (e, in particolare, in punto di opportunità dello strumento repressivo) appariva evidente, entrambe implicando un intervento giurisdizionale nella vita dell'impresa insolvente che, nel sistema delineato dal legislatore storico, « spiana[va, n.d.r.] la via al sindacato penalistico » (48). D'altra parte, oltre

---

LUPARIA, *Liquidatore del concordato e bancarotta societaria: il ripudio di una analogia* in malam partem.

(46) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 233 (corsivi dell'A.); ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 501.

(47) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 234; ID., *Problemi legislativi e giurisprudenziali*, cit., p. 295.

(48) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 20; ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1015. Per analoga posizione, in dottrina, N. MAZZACUVA, *Art. 236*, cit., pp. 96 ss.; G. COCCO, *Art. 236*, cit., pp. 1314-1315; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del*

all'assenza di indicazioni di segno contrario nei lavori preparatori, nessuna limitazione ai fatti post-concordatari era (ed è, non essendo mutato sul punto l'art. 236 cpv. l.fall.) desumibile dal dato letterale, che, richiamando puramente gli artt. 223 e 224 l.fall., in astratto depone per la tipicità anche di comportamenti anteriori all'apertura della procedura (49). Anzi, la natura di condizione obiettiva di punibilità (estrinseca) dell'ammissione al concordato potrebbe sembrare, a un esame sommario, persino rafforzata nell'attuale scenario normativo: veicolando la finalità di risanamento dell'impresa, come si vedrà tra breve, il provvedimento di apertura della procedura in alcun modo acquisterebbe significatività nell'economia della bancarotta, non contribuendo a esprimerne il disvalore (50).

Semmai, viene da chiedersi se, alla luce dei differenti presupposti per l'accesso al concordato preventivo, la scelta del legislatore penale storico – a dispetto dell'invariato dato letterale – sia ancora sostenibile: infatti, « se la procedura concordataria è oggi possibile anche in una situazione di crisi, ma non d'insolvenza, è ugualmente congetturabile l'applicabilità di fattispecie d'incriminazione che scontano come elemento di fattispecie la dichiarazione di fallimento che a sua volta presuppone lo stato d'insolvenza ?» (51). Resta, dunque, ancora tutta da verificare l'equiparabilità *sic et simpliciter* tra declaratoria fallimentare (*id est*: accertamento giudiziale dell'insolvenza irreversibile) e ammissione al nuovo concordato preventivo (*id est*: sussistenza di una situazione di mera crisi): il tema, com'è facile intuire, è decisivo, e verrà ripreso più avanti (§ 5).

(*ii*) Incerto, già nella prospettiva storica, si è altresì rivelata la riproduzione delle figure d'evento delineate dal capoverso dell'art. 223 (e, analogamente, nel n. 2 dell'art. 224 e nell'art. 217 n. 4, da esso richiamato) nel quadro della bancarotta concordataria; particolarmente ostico, in questo caso, lo stesso enunciato linguistico delle norme richiamate, soprattutto in riferimento alle fattispecie di cagionamento con dolo o per effetto di operazioni dolose del 'fallimento'. La soluzione affermativa, nel ridimensionare l'ostacolo letterale, per un verso ha valorizzato il sostrato economico del 'fallimento' (vale a dire l'insolvenza, come

*concordato preventivo*, cit., pp. 462-463; F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., pp. 1624-1625.

(49) In tal senso L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 407. Su questa linea si attesta, con apparente unanimità, anche la (scarna) giurisprudenza: cfr., *ex aliis*, Cass. pen. sez. V, n. 26444/2014, in *CED Cass.*, rv. 259849: « in tema di reati fallimentari, le condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, L.F. il quale, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 223 L.F., punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 L.F., commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite ».

(50) Così N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 1166.

(51) L'interrogativo è di F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 839.

visto comune – nel sistema del 1942 – al concordato preventivo) (52), per altro verso ha semplicemente postulato che il richiamo dell'art. 236 l.fall. implichi la sostituzione del termine 'fallimento' con la locuzione 'concordato preventivo' (53). Sul versante opposto si è sottolineato, riconoscendo l'ovvietà dell'osservazione, che « la condotta di cui all'art. 223 2° comma n. 2 legge fall., ove si punisce la causazione dolosa del fallimento, è del tutto estranea e inestensibile all'ipotesi di concordato preventivo » (54): assurgendo il fallimento, in tali ipotesi, a elemento costitutivo di fattispecie, la tipicità sarebbe, in questa prospettiva, strettamente ancorata al sopraggiungere della sentenza dichiarativa (55) (l'impostazione in discorso, come si vedrà a suo tempo, appare peraltro l'unica sostenibile nell'attuale contesto) (56).

Le *riforme* succedutesi a ritmo alluvionale a far tempo dal 2005, in ogni caso, hanno *trasfigurato la fisionomia dell'istituto concordatario* e, con essa, spezzato il pur fragile equilibrio di sistema di cui s'è detto. Univoca la linea di tendenza sul fronte civilistico, conformato quale « nuovo strumento destinato a realizzare le aspettative della privatizzazione dell'insolvenza, privilegiando il risanamento dell'impresa ed il recupero dei valori aziendali, abbandonando la figura dell'imprenditore onesto e sfortunato o meritevole del beneficio, rimettendo all'esclusiva decisione dei creditori la validità del piano ed esigendo un ampio arretramento del potere giurisdizionale » (57); evoluzione colta appieno dalla stessa giurisprudenza penale, laddove ha preso atto del « chiaro (…) obiettivo perseguito dal legislatore: agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, riducendo i margini di discrezionalità giudiziale in ordine alla valutazione delle condizioni di salute economica dell'imprenditore-debitore ed evitando che, in caso d'insolvenza o di rigetto della domanda di ammissione, il tribunale dichiari per ciò solo il fallimento, secondo l'automatismo prima previsto » (58).

Volendo limitarsi ai soli aspetti più significativi (59), anche nell'economia del presente discorso, a tale stregua si comprendono il venir meno di taluni dei requisiti soggettivi d'ammissione (la c.d. "meritevolezza", già a più riprese

(52) F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., p. 838 (sottolineando la sostenibilità dell'assunto, con certezza, solo nel quadro previgente alle modifiche in tema di concordato preventivo); ID., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., p. 1629.

(53) G. COCCO, *Art. 236*, cit., p. 1316.

(54) Così N. MAZZACUVA, *Art. 236*, cit., p. 100.

(55) L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 408.

(56) *Infra*, § 5.

(57) G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 85. In argomento, altresì, N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 16 ss.

(58) Cass. pen. Sez. Un., n. 24468/2009, cit., p. 4119; le Sezioni Unite, peraltro, ricostruiscono l'istituto del concordato ancora in ottica puramente liquidatoria.

(59) In tema, nella dottrina penalistica, tra gli altri, C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 757 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., pp. 40 ss.

richiamata), il decisivo arricchimento dello stesso presupposto di fatto della procedura (non più ancorato all'insolvenza bensì inglobante anche situazioni di mera "crisi"), con conseguente caducazione del rigido meccanismo di conversione nel fallimento in caso d'inammissibilità o di insuccesso del concordato (60), lo sganciamento del piano di risanamento proposto dal creditore da rigidi vincoli contenutistici (non più la necessaria soddisfazione dei creditori chirografari nella misura minima del 40%, ma la ristrutturazione dei debiti e il pagamento dei crediti in qualsiasi forma) (61), la riperimetrazione dei poteri del Tribunale fallimentare (cui vengono sottratti poteri di sindacato in ordine al merito della proposta del debitore, riservato esclusivamente ai creditori) (62).

Delega al mercato, privatizzazione della procedura, flessibilità e libertà di contenuto (63), anamorfosi del vaglio giurisdizionale, estensione dei presupposti soggettivi e oggettivi, soppressione dei vecchi automatismi di conversione: il tutto sublimato dalle nuove declinazioni dell'istituto concordatario, vale a dire il "pre-concordato" (o concordato "in bianco": art. 161 comma 6 l.fall.) e il concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis* l.fall.). Non solo: sul versante penalistico, per effetto del d.l. 83/2015 (conv. in l. 132/2015), attraverso l'aggiunta di un nuovo comma 3 all'art. 236 l.fall., al concordato preventivo si sono affiancati, a fondare la punibilità secondo gli schemi degli artt. 223 e 224 l.fall., gli *accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari* e le *convenzioni di moratoria*, così rendendo ancor più nebuloso un quadro tutt'altro che nitido.

Spontaneo, infatti, l'interrogativo: possono conciliarsi (ed eventualmente in quale modo) le novità del "moderno" con gli schemi "antichi" della bancarotta? Prima di abbozzare una risposta, conviene analizzare anche le ulteriori direttrici lungo le quali la riforma del diritto fallimentare si è dispiegata: istituti il cui collegamento con la bancarotta è spesso soltanto indiretto e mediato (postulando il naufragio delle prospettive di risanamento e con ciò il sopraggiungere della

(60) Si osservi che la mancanza di poteri officiosi di conversione del concordato preventivo nel fallimento è stata ritenuta costituzionalmente legittima dal Giudice delle Leggi, che l'ha ricondotta all'esercizio della discrezionalità del legislatore: cfr. Corte Cost., ord. 222/2017, in *Fall.*, 2018, p. 20, con nota di C. MANCUSO, *Risoluzione del concordato preventivo ed abolizione del fallimento d'ufficio: la Corte Costituzionale conferma la coerenza del sistema*, *ivi*, p. 23.

(61) Con il d.l. 83/2015, convertito in l. 132/2015, nondimeno, è stata reintrodotta – attraverso l'aggiunta di un comma all'art. 160 l.fall. – una misura minima di soddisfacimento dei crediti chirografari, che la proposta di concordato deve assicurare, fissata nel 20%.

(62) In argomento, nella giurisprudenza civile, Cass. civ. Sez. Un., n. 1521/2013, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, pp. 1 ss., con nota di A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, e in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, p. 185 (s.m.), con nota di A. NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, nonché in *Fall.*, 2013, p. 149, con nota di M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 156 (a quest'ultima pubblicazione faranno riferimento le citazioni successive). Condivide la lettura delle Sezioni Unite A. JORIO, *Introduzione generale*, cit., p. 88.

(63) In tal senso G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., p. 459.

sentenza dichiarativa di fallimento), ma che – come si vedrà – offrono uno spaccato decisivo sull'attuale fisionomia del diritto penale fallimentare.

## 3. La "folla" delle procedure concorsuali minori e i riflessi sulle fattispecie di bancarotta: 'stato di crisi' e sindacato del giudice fallimentare sui "piani attestati".

Centrale nella rinnovata prospettiva legislativa, e retroterra culturale di tutte le riforme susseguitesi a far tempo dal 2005, l'idea della "gestione negoziata della crisi" trova i più immediati referenti nella gamma di istituti disegnata dagli artt. 67, comma 3, lett. *d*) ed *e*), l.fall., 182 *bis* l.fall. e, dal 2015, 182 *septies* l.fall., disciplinanti rispettivamente i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (e convenzione di moratoria).

Conviene analizzarli partitamente, ancorchè in essenziale sintesi (circoscrivendo l'attenzione sui profili che più direttamente investono le riflessioni che qui ci occupano), lasciando per ultima la disamina più in dettaglio, per quanto non ancora osservato, del concordato preventivo, e riservando ai §§ 5 e 6 la verifica dei riverberi più prettamente penalistici.

**3.1. Piani di risanamento, accordi di ristrutturazione, accordi con intermediari, concordato preventivo. –** (*i*) L'art. 67 l.fall. espunge dallo spettro dell'azione revocatoria fallimentare, alla lett. *d*) (64), "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", precisando in proposito i requisiti di indipendenza del professionista, selezionato dal debitore, cui spetta il compito di attestare "la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano" medesimo; la successiva lett. *e*), poi, mette al riparo da revocatoria anche gli atti e i pagamenti effettuati, nonché la garanzie concesse, in esecuzione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, ovvero in seguito alla domanda di ammissione alla procedura concordataria.

Si tratta, dunque, nel caso del *piano di risanamento*, di istituto di natura schiettamente privatistica (65), che non necessita di alcuna omologa giudiziale ai fini della propria efficacia: l'eventuale sindacato del giudice – si vedrà appresso, quanto al giudice penale, in che termini e con quali limiti (66) – essendo riservato

(64) Nel testo risultante dalle modifiche apportate con d.l. 83/2012, conv. in l. 134/2012.

(65) Ad avviso di F. DI MARZIO, (voce) *Crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, p. 520, sia i piani attestati sia gli accordi di ristrutturazione costituiscono propriamente figure contrattuali.

(66) *Infra*, § 4.2.

a un momento successivo (67) e meramente eventuale, di fatto scaturente dall'insuccesso dell'iniziativa.

(*ii*) Con l'art. 182 *bis* l.fall., introdotto dal d.l. 35/2005 e oggetto di plurime rivisitazioni normative negli anni successivi, gli spazi di autonomia privata nella gestione della crisi si sono ampliati alla possibilità, per l'imprenditore, di richiedere al Tribunale l'omologazione di un *accordo di ristrutturazione dei debiti*, sottoscritto dai creditori rappresentanti almeno il 60% del totale dei crediti, "unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei". Triplice la modalità del controllo del Tribunale, funzionale all'omologazione dell'accordo (68): (*a*) fisiologicamente, ovvero a valle della domanda di omologazione da parte del debitore e della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese; (*b*) con parziale variante della prima, allorquando, entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo, insorgano opposizioni da parte dei creditori o di altri interessati; (*c*) in più fasi, ogniqualvolta il debitore "anticipi" gli effetti dell'accordo (vale a dire le preclusioni alle azioni esecutive e cautelari dei creditori da esso derivanti: c.d. "*automatic stay*") depositando presso il Tribunale la proposta di intesa con i creditori, ancora oggetto di trattative, la documentazione che la correda e l'attestazione del professionista circa l'idoneità della proposta, in caso di stipula, all'integrale pagamento dei creditori esclusi dalle trattative (verificata la documentazione, il Tribunale in tal caso dispone l' "*automatic stay*" e assegna il termine di sessanta giorni per il deposito dell'accordo definitivo) (69).

Alquanto più delicato, ai fini che qui interessano, l'esatto inquadramento del sindacato del Tribunale in sede di omologa dell'accordo: inquadramento che sul terreno penalistico, come si vedrà *postea*, potrebbe contribuire non poco a demarcare lo spazio d'intervento delle fattispecie di bancarotta. Un dato, al netto della varietà delle impostazioni teoriche, sembra comunque acquisito: per quanto il potere di verifica del Tribunale possa lambire il merito dell'accordo (nel senso di un compiuto esame valutativo della documentazione di supporto), in alcun modo la valutazione giudiziale potrà sconfinare in un giudizio sulla convenienza economica dell'operazione (70), di esclusiva competenza dei creditori (71). Deve

(67) La dottrina in argomento è ormai ampia: riferimenti in F. DE SANTIS, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, p. 1044, nota 6.

(68) In tema, per tutti, F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., p. 1046.

(69) *Amplius*, nella dottrina fallimentaristica, nuovamente F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., pp. 1046 ss.

(70) In tal senso, tra gli altri, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, pp. 160 ss.

anzi registrarsi, nella giurisprudenza di legittimità in sede penale, l'opzione per lo sfondo essenzialmente negoziale dell'accordo, che la successiva omologazione non vale a ricalibrare in chiave pubblicistica (72). Nonostante talune voci contrarie emerse nella dottrina privatistica (73), coglie dunque nel segno l'accento sull'ampia discrezionalità rimessa all'autonomia privata nella concreta strutturazione degli accordi in esame, a fronte della quale « l'intervento dell'autorità giudiziaria è posto solo a garanzia dei soggetti che non hanno "stipulato" il piano, rimanendone estranei », ponendosi quindi in « funzione di garanzia di legalità » (74).

Certo (e il dato non appare incoraggiante per il penalista), le novità che hanno via via interessato l'istituto – valenza paradigmatica, in tal senso, acquista il nuovo accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, su cui si tornerà tra un attimo – hanno annebbiato l'assunto, suscitando l'impressione di una progressiva "concorsualizzazione" degli accordi *ex* art. 182 *bis* l.fall.; non tuttavia al punto (almeno per il momento) da riempire « il guado che separa gli accordi dalla concorsualità (…) perché il debitore non è spossessato, perché non esiste un provvedimento di apertura di un procedimento, perché i creditori aderenti possono essere trattati differentemente (anche se, ora, forzatamente), perché non c'è un organo che vigila sul procedimento, anche se, poi, pur non esistendo una regola parallela a quella dell'art. 184 l.fall., alcuni effetti di questa disposizione si applicano » (75).

(*iii*) A sua volta, infatti, l'art. 182 *septies* l.fall., di conio più recente, ha enucleato una *figura speciale dell'accordo di ristrutturazione*, dal cui tronco è gemmata la variante per le situazioni in cui almeno la metà dell'indebitamento

(71) In tema, con esclusivo riferimento alla dottrina penalistica: F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1484; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, in *Società*, 2011, pp. 210 ss.

(72) Così, in particolare, Cass. pen. Sez. Un., n. 24468/2009, cit., p. 4120.

(73) Tra gli altri, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 82; G. TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2010, pt. I, p. 548. Per l'accostamento del controllo del giudice in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (in punto di attuabilità) alla verifica giudiziale in sede di esame del concordato preventivo (in punto di fattibilità), soprattutto a seguito della citata Cass. civ. Sez. Un., n. 1521/2013, F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., p. 1056.

(74) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 88. Analogamente F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 856; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 54.

(75) Così M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182* septies *l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fall.*, 2016, pp. 924-925. Nel senso del carattere concorsuale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, tuttavia, sembra propendere una parte della giurisprudenza civile: cfr. Cass. civ. sez. I, n. 9087/18, in *Fall.*, 2018, p. 984, con nota di C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, *ivi*, p. 988.

complessivo dell'impresa intercorra con banche e intermediari finanziari (76): possono così essere riproposte, anche per il nuovo istituto, pur nel solco di una innegabile ibridazione, le considerazioni appena formulate con riguardo allo stampo privatistico della disciplina di riferimento (77).

Segnatamente, le disposizioni dettate dall'art. 182 *septies* l.fall. ritagliano nella cornice normativa dell'art. 182 *bis* l.fall. talune peculiarità: così, ad es., l'accordo può individuare categorie omogenee di creditori soggettivamente qualificati (banche o intermediari finanziari, appunto), ciò che consente al debitore – in deroga ai principi generali in materia di contratto (artt. 1372 e 1411 c.c., richiamati nell'articolo in commento) – di formulare istanza di estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti (che rappresentino, al massimo, il 25% del totale dei crediti omogenei) appartenenti alla stessa categoria. Analogo effetto estensivo può inoltre prodursi nel caso in cui tra l'impresa debitrice e uno o più istituti bancari o intermediari finanziari sia stipulata una convenzione di moratoria temporanea (a condizione, nuovamente, che essa intervenga con i rappresentanti di almeno tre quarti dei crediti "bancari" complessivi, oltre che un professionista – munito dei requisiti di cui all'art. 67 lett. *d*) l.fall. – attesti l'omogeneità della posizione giuridica dei creditori interessati alla moratoria) (78).

Simili peculiarità non possono non riverberarsi sul sindacato demandato al Tribunale – peraltro del tutto eventuale in caso di convenzione di moratoria, il comma 6 dell'art. 182 *septies* prevedendo l'intervento giurisdizionale solo a seguito di opposizione da parte dei creditori non aderenti – in sede di omologa: non solo con riguardo alla corretta formazione delle classi o al rispetto dei diritti informativi dei creditori non aderenti (temi, per vero, già di per sé ampiamente dibattuti nella dottrina fallimentaristica) (79), ma, soprattutto, in relazione all'accertamento che i creditori estranei all'accordo, che ai relativi effetti sono

(76) Sullo scarso impiego pratico di tali accordi, dovuto alla variabilità degli interessi che orientano gli operatori bancari ovvero alla frequente registrazione di comportamenti opportunistici di taluni di essi, F. BONATO, *L'art. 182* septies *l.fall. e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza"*, in *Fall.*, 2017, p. 881. Si osservi, peraltro, che l'art. 5 della legge delega per la riforma del diritto fallimentare (l. 155/2017) prevede, alla lett. *a*), l'estensione della disciplina dell'art. 182 *septies* l.fall. a tutti i tipi di creditori, a condizione che vi sia il consenso di almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee.

(77) Anche sulla natura degli accordi in esame la dottrina fallimentaristica non appare unanime: per la tesi secondo cui si tratterebbe di nuova procedura concorsuale, *ex aliis*, M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall soc. comm.*, 2015, pt. I, p. 537; per la tesi privatistica, per tutti, M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti*, cit., pp. 927 ss.

(78) Nella dottrina di settore, in relazione ai non pochi problemi interpretativi scaturenti dalla formulazione legislativa, per tutti, F. BONATO, *L'art. 182* septies *l.fall.*, cit., pp. 885 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali.

(79) Per un quadro dei problemi e delle opzioni sul tappeto, in generale, nuovamente, F. BONATO, *L'art. 182* septies *l.fall.*, cit., pp. 888 ss.

assoggettati, possano risultare soddisfatti in termini non deteriori rispetto alle "alternative concretamente praticabili" (art. 182 *septies* comma 4 lett. *c*) l.fall.), secondo un meccanismo non dissimile da quello contemplato per il concordato preventivo.

(*iv*) Centrale anche nella dimensione di quest'ultima procedura (il cui affresco è stato già abbozzato, e su cui dunque non si tornerà oltre), la relazione del professionista deve attestare, in uno alla veridicità dei dati aziendali, la "fattibilità" del piano con cui il debitore si propone di adempiere agli impegni assunti richiedendo l'ammissione (che, nuovamente, può prevedere la suddivisione dei creditori in classi sulla scorta di posizioni giuridiche e interessi economici omogenei). Non potendo *amplius* soffermarci sulla natura e i limiti del sindacato del giudice, e segnatamente sulla concreta declinazione della valutazione giudiziale della "fattibilità" del piano, basti qui rilevare che le Sezioni Unite della Suprema Corte – probabilmente senza soddisfare del tutto le attese di chiarezza – hanno statuito come « il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di *legittimità* sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosene l'*effettiva realizzabilità della causa concreta*: quest'ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al *superamento della situazione di crisi* dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un *soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*, da un altro » (80). Una lettura, quella della Corte, che, come subito rilevato, pure al netto di talune ambiguità, compie « qualche passo in più nella direzione che premia il valore dell'accordo fra le parti e quello della volontà dei creditori » (81), secondo una linea non diversa da quanto già osservato, da altro angolo visuale, dalla dottrina penalistica, quanto meno rispetto alla fase di ammissione alla procedura (82). Né tale caratterizzazione sembra venir meno per il sol fatto che, in caso di contestazione sulla convenienza della proposta (da parte di un creditore di una classe dissenziente, in caso di suddivisione dei creditori in classi; ovvero di almeno un quinto dei creditori ammessi al voto, in assenza di suddivisione in classi), il Tribunale possa comunque procedere all'omologazione del concordato

(80) Cass. civ. Sez. Un., n. 1521/2013, cit., p. 149 (corsivi nostri).

(81) M. FABIANI, *La questione "fattibilità"*, cit., p. 156.

(82) Cfr. sul punto, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 835; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 117.

laddove reputi che i creditori dissenzienti risulteranno soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle "alternative concretamente praticabili" (83).

Sino a che punto l'eventuale successiva rivalutazione del giudice penale arretri o avanzi a seconda dell'ampiezza del sindacato del giudice civile nel contesto dei vari istituti di cui s'è detto, però, è questione che resta sul tappeto e che verrà trattata appresso, al momento di sperimentare l'incidenza delle novità del comparto civilistico sulle vecchie figure di bancarotta.

**3.2. Linee di convergenza e criticità: relazione del professionista, nozione di 'crisi'. –** Duplice, volendo sintetizzare, il comun denominatore degli istituti cui si è per sommi capi accennato.

(*a*) Per un verso, vengono in rilievo il 'piano' e le relazioni che lo accompagnano (84), attorno a cui « il legislatore organizza le "nuove" procedure di gestione della crisi, la valenza privatistica delle quali – pur in diverse gradazioni – ne risulta ulteriormente confermata » (85), e che esprimono l'*idea della programmazione in vista del superamento della crisi*, cui si correla un giudizio (di "ragionevolezza", secondo il dettato dell'art. 67 l.fall.; di "attuabilità", secondo il disposto dell'art. 182 *bis* l.fall. e, *per relationem*, dell'art. 182 *septies* l.fall.; di "fattibilità", a mente dell'art. 160 l.fall.) eminentemente prognostico, di probabilità di risanamento (86), presidiato penalmente dall'art. 236 *bis* l.fall. (87).

Già da queste annotazioni, in effetti, si evicen che il ventaglio di opzioni in capo all'imprenditore in crisi è condizionata da un duplice finalismo, innervato dalle funzioni di soddisfazione delle pendenze con i creditori *e* di superamento programmato della crisi, la quale – a sua volta – è convogliata entro schemi normativamente fissati, « che qualificano il giudizio dell'attestatore in termini di rischio, con valutazione di seria probabilità » (88).

(*b*) La 'crisi', per altro verso, costituisce il secondo elemento trasversale alle procedure in esame, conformate, appunto, sulla razionale prospettiva di

(83) Vale peraltro osservare che l'art. 6 lett. *f*) della legge delega di riforma delle procedure concorsuali prescrive ora il controllo del Tribunale anche in ordine alla fattibilità economica del piano che accompagna la proposta concordataria.

(84) In argomento, in generale, A. MAZZOLENI, *Verità o correttezza nell'attestazione dei progetti di risanamento della crisi d'impresa?*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 493.

(85) Così F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 835.

(86) Non ci si sofferma qui in dettaglio sull'oggetto delle informazioni che il professionista attesta: per un quadro completo e puntuale, in dottrina, G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, pp. 798 ss.; A. MAZZOLENI, *Verità o correttezza*, cit., pp. 498 ss.

(87) Introdotto dal d.l. 83/2012, conv. in l. 134/2012.

(88) Così G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., p. 793. In tema, cfr. ancora ampiamente, oltre a quanto si osserverà più avanti nel presente cap., *infra*, cap. VI.

risanamento (in quanto tale *ex ante* pianificabile) di una situazione non ancora compromessa. Sennonchè, azzardare una soddisfacente nozione della 'crisi' è compito tutt'altro che agevole per il giurista, scontando essa, anche sul piano semantico, un gergo aziendalistico che la (quasi tautologica) precisazione veicolata dall'art. 160 comma 3 l.fall. ("per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza") poco contribuisce a rimediare, marcando un semplice rapporto di genere a specie di pressoché nulla valenza definitoria (89); difficoltà accresciute ove si tenti di isolare, nel *continuum* della vita aziendale, i momenti di passaggio dalla crisi alla vera e propria insolvenza, nonché in considerazione dell'impiego, nel tessuto delle norme incriminatrici, dell'ulteriore concetto di "dissesto".

In attesa di (auspicabili) più pregnanti indicazioni legislative (90), in via di provvisoria (91) *ipotesi di lavoro*, possono essere polarizzati gli estremi di siffatto *continuum* attraverso la verifica della *irreversibilità o meno dello stato di decozione dell'impresa*: nel primo caso la situazione refluisce nella vera e propria insolvenza, nel secondo, risolvendosi in uno squilibrio ancora rimediabile, si attesterebbe nella mera crisi (92). La crisi insomma, pur annoverando in potenza « tutte le situazioni di anormalità economica negativa, incluse quelle caratterizzate dall'insolvenza » (93), orbita concettualmente su uno stadio anteriore a quest'ultima, mentre le figure di bancarotta – in quanto condizionate alla declaratoria fallimentare, a sua volta postulante lo stato di insolvenza – gravitano essenzialmente sull'insolvenza (e sul dissesto) (94), che, in quanto connotata da un tratto di irreversibilità, rimane necessariamente ai margini delle soluzioni negoziali della crisi, nell'ampia gamma di gradazioni intermedie che la caratterizza (95); elemento da non trascurare, nell'approccio al tema dei rapporti tra le fattispecie delittuose e la crisi, momento unificante delle varie alternative al fallimento, con cui le norme incriminatrici sono oggi costrette a misurarsi.

Di seguito verranno quindi indagati i riverberi della crisi sul fronte penalistico (96), nella lente delle soluzioni negoziali disegnate dal legislatore: sia

(89) Cfr., in proposito, F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., p. 1626, che evidenzia come « sul piano logico la nozione di "stato di insolvenza" costituisce un sotto-insieme interamente iscritto in quello maggiore disegnato dalla locuzione "stato di crisi", non molto se ne ricava però sul piano della portata definitoria della locuzione stessa ».

(90) Formulano tale auspicio, in dottrina, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 381.

(91) Una più approfondita disamina del concetto verrà svolta nel cap. seguente, § 4.1.

(92) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 81.

(93) Così invece F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 829. Analogamente M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 412.

(94) In argomento, nuovamente, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 82.

(95) Nella dottrina aziendalistica, sulle diverse fasi evolutive della crisi, per tutti, L. GUATRI, Turnaround. *Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1996, *passim*; per una ricognizione delle prospettive delle scienze aziendali F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, pp. 69 ss.

(96) Nella dottrina civilistica, tra gli altri: R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, pt. I, p. 304; R. RORDORF, *Doveri e*

come fattore di regressione, sia come propellente per la potenziale espansione della penalità. Su tutto, infatti, campeggia l'*attivazione a intermittenza* delle figure di bancarotta, che le procedure alternative al fallimento vanno a integrare lungo una *triplice direttrice*, fungendo (*i*) da limitatori dell'area di intervento (volendo per ora utilizzare una terminologia non impegnativa sul fronte dogmatico) delle fattispecie, (*ii*) da condizioni obiettive di punibilità di queste ultime, al pari della declaratoria fallimentare, ovvero (*iii*) da elementi "anfibi", portatori del bisogno (astratto) di punire e, al contempo, selettori della sfera di liceità (97).

Nell'analizzare, sulla base delle considerazioni sin qui esposte, tali interrelazioni, si è deciso di principiare dalla funzione limitativa delle figure delittuose della legge fallimentare (§ 4), passando poi alle altre funzioni segnalate (§§ 5-6); verranno infine tirate le fila di un discorso (§§ 7-8) che, pur faticando a trovare un punto soddisfacente di quadratura, viene a costruirsi come un mosaico di cui si inizia a intuire la figura.

## 4. La "riduzione" del diritto penale del fallimento a valle delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa: l' 'esenzione' dai reati di bancarotta.

L'irruzione sulla scena del diritto fallimentare delle procedure di soluzione negoziata della crisi, come a più riprese evidenziato, non si è immediatamente tradotta in una coerente normazione dei relativi effetti sul versante penale, così delegando anzitutto all'interprete il compito di riavvolgere i fili tra i due settori.

Stava infatti, da un lato, il dato certo dell'assenza di effetti diretti d'incriminazione dei nuovi istituti, non direttamente richiamati (quali ulteriori condizioni obiettive di punibilità) nelle fattispecie penalfallimentari (98), a tanto conducendo il divieto di analogia (99); occorreva tuttavia comprendere, dall'altro lato, l'incidenza delle nuove figure nelle ipotesi (tutt'altro che trascurabili) di un conclamato insuccesso del tentativo di risanamento, e, quindi, di successivo

*responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., p. 669; A. PATTI, *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Fall.,* 2018, p. 129.

(97) Il riferimento alla "liceità" non è casuale, come si vedrà oltre (*infra*, § 4.2.).

(98) Se si eccettua il concordato preventivo (e, oggi, l'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari): il discorso viene qui condotto, in via d'introduzione, su un piano generale e giocoforza approssimativo, che andrà affinandosi progressivamente.

(99) Valgano, in proposito, le acute osservazioni di F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., pp. 836-837 e pp. 860 ss.: « la circostanza che l'art. 236 l.f. non contenga alcun rinvio diretto alle disposizioni degli artt. 67, comma 3, e 182 *bis* l.f. autorizza ad escludere con sicurezza che il richiamo alle norme incriminatrici della legge fallimentare, operato dal comma 2 del rammentato art. 236 l.f., possa svolgere effetto alcuno con riguardo alle fattispecie disciplinate, rispettivamente, dai citati artt. 67, comma 3, e 182 *bis* l.f.: il canone di legalità (…) rende persuasi di siffatta conclusione (…) [atteso] il comunque non controvertibile rilievo che siffatta ricostruzione sarebbe null'altro se non un'interpretazione analogica *in malam partem*, per ciò solo preclusa in sede penale ». In tema, seppur con sfumature critiche, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 88-89.

fallimento dell'impresa, misurandone gli eventuali riverberi *in bonam partem* sul perimetro delle singole varianti di bancarotta.

Un tema che ha impegnato da subito il formante dottrinale, che ha tratteggiato soluzioni articolate e all'atto pratico largamente condivisibili (100) (in quanto tese ad attenuare la contraddizione di un comportamento lecito in sede civile e purtuttavia oggetto di rimprovero sul fronte penalistico) (101), innanzi alle quali la stessa giurisprudenza non era apparsa insensibile (102); sino all'intervento del legislatore, che ha convogliato in un nuovo (ancorchè già a più riprese novellato) art. 217 *bis* l.fall. (103) una *inedita esenzione dai reati di bancarotta*, con l'"inapplicabilità" delle fattispecie di bancarotta semplice e di bancarotta preferenziale a pagamenti e operazioni compiuti, tra l'altro, in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 *bis* l.fall. o di un piano di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (104). Il tutto, nondimeno, in un contesto di « sprovvedutezza tecnica (…), utilizzando un termine completamente estraneo al lessico penalistico e soprattutto ai suoi istituti » (105).

Sembra opportuno, allora, soffermarsi, seppure a grandi linee, sulla disciplina della norma di recente conio, prima di evidenziarne i non trascurabili risvolti problematici e tentare di declinare sistematicamente l'istituto.

(100) Cfr. *amplius*, per tutti, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., pp. 845 ss.

(101) In tema, diffusamente, A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche*, cit., pp. 906 ss.

(102) Per l' "incompatibilità" tra strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in funzione di un riequilibrio patrimoniale dell'impresa, e bancarotta preferenziale, si veda ad es. Cass. pen. sez. V, n. 31168/2009, in *CED Cass.*, rv. 244490.

(103) Sulla norma in esame, *ex aliis*, in dottrina: F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1474; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 201; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, XXXXXX Agg., Milano, 2011, p. 53; E. BASILE, *Art. 217*-bis *l.fall. e gruppi di società*, in *BBTC*, 2013, pt. II, p. 204; R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*: *una riforma che tradisce le aspettative,* in *Fall.*, 2010, p. 1366; G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., p. 789; M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217* bis *l.fall.*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 393; G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel «nuovo» art. 217* bis *della legge fallimentare*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 5; F. BONATO, "How to get away with bankruptcy" *ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta* ex *art. 217* bis *l.fall.*, in *Fall.*, 2018, p. 269; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 159 ss. In tema cfr. anche L. TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, pp. 158 ss. Nella manualistica, per tutti: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 397 ss.

(104) Oltre che di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 l. 3/2012, nonché a pagamenti e operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice *ex* art. 182 *quinquies* l.fall. e a operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22 *quater*, comma 1, d.l. 91/2014 (conv. in l. 116/2014), e a pagamenti e operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

(105) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 60-61.

**4.1. L'ambito applicativo della 'esenzione': un quadro dalla cornice disarmonica. –** Merita in prima battuta sottolineare un *tratto caratteristico dell'esenzione*, che si rivelerà decisivo ai fini di un corretto inquadramento della figura: l'individuazione dei "pagamenti" e delle "operazioni" espunti dal raggio operativo delle norme incriminatrici passa, nella trama dell'art. 217 *bis* l.fall., da un *vincolo di scopo*, essendo indispensabile che essi siano compiuti "*in esecuzione*", per quanto qui soprattutto rileva, di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ovvero di un piano di risanamento. Segnatamente, « detti "pagamenti" e "operazioni" (…), nel caso in cui al piano segua il fallimento, non soffrono il rischio penale rappresentato dalla bancarotta preferenziale e dalla bancarotta semplice » (106).

Come si vedrà tra un attimo, è proprio il *rationale* funzionalistico la bussola per orientarsi nel fitto groviglio di questioni che si addensano a una verifica più attenta della disposizione: per toccarne con mano la consistenza, del resto, è sufficiente riguardare più da vicino il laconico dettato normativo.

Già l'assolutezza dell'esclusione (impiegando un termine volutamente atecnico) dal novero delle figure delittuose della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice non sembra reggere a un esame più meditato. Nonostante il generico richiamo agli artt. 216 comma 3 e 217 l.fall., infatti, le condotte tipiche ivi enucleate non risultano tutte agevolmente riportabili sotto l'ombrello dell'art. 217 *bis* l.fall.; non lo è certamente la variante di bancarotta preferenziale veicolata dalla simulazione di titoli di prelazione (107), giacchè « una condotta di tal genere non può in alcun modo essere ricompresa fra le operazioni poste in essere in esecuzione di una delle procedure finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa, proprio per la natura simulatoria della stessa (…) Comportamenti caratterizzati in tal senso ben difficilmente possono essere fatti rientrare in un piano o in accordo, che necessitano, proprio per la loro stessa natura, di essere una rappresentazione fedele non soltanto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, ma anche dei vari passaggi attraverso i quali si sviluppa il piano per il superamento razionale della crisi » (108). Ma non diversamente quanto alla bancarotta semplice: l'eccentricità delle figure delineate dai nn. 1 e 5 dell'art. 217 rispetto al superamento della crisi depone già nel senso dell'estraneità all'esenzione delle condotte in quella sede tipizzate (109), mentre la manifesta

(106) R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 398.

(107) In tal senso, ancorchè sulla scorta di una lettura restrittiva del concetto di simulazione, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 64-65.

(108) F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1476; *contra*, nel caso di trasformazione di un credito da chirografario a privilegiato, N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 74, e A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 184.

(109) Così F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 212; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1477; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e*

imprudenza delle operazioni postulate dal n. 2 ne rende quanto mai problematica la coerenza rispetto alla *ratio* risanatoria sottesa all'art. 217 *bis* l.fall. e, di conseguenza, la traduzione nelle soluzioni negoziali (110); più in radice, la stessa struttura tipica dei nn. 1 e 2 dell'art. 217 importa un ambientamento delle condotte (111) in una fase della vita d'impresa anteriore all'insorgere della crisi, con ciò recidendo la compatibilità tra tali comportamenti e le vicende regolate dall'esenzione.

Già queste prime osservazioni riflettono, in trasparenza, un dato essenziale, con cui occorrerà immediatamente fare i conti: uno studio dell'esenzione attraverso le lenti dell'*approccio letterale* risulta *scarsamente proficuo*, attesa la modestissima fattura del prodotto normativo, confortando invece, come anticipato, un deciso ambientamento funzionalistico.

Alcune ulteriori riflessioni basteranno a trasformare l'ipotesi in certezza.

Se è certo che l'esenzione non può operare con riguardo a fatti di bancarotta postfallimentare (il fallimento sopravvenuto recidendo il cordone tra pagamenti/operazioni e prospettiva di risanamento, ormai tramontata), la formulazione della norma non si presta a riflettere univocamente la prevalenza del criterio teleologico ovvero del dato cronologico nei casi in cui i *pagamenti e* le *operazioni*, non compiuti a procedura già incardinata, siano tuttavia strettamente *propedeutici alla realizzazione del piano di risanamento o dell'accordo*. Pur non sottovalutandosi lo steccato frapposto dal divieto di analogia, comunque *in bonam partem* (e radicato su una ravvisata eccezionalità della previsione in commento che – lo si vedrà tra un attimo – non appare condivisibile), la soluzione più estensiva ha il pregio di un solido aggancio all'esperienza prasseologica, ove si assiste frequentemente a moratorie, prestiti-ponte o altre tipologie di finanziamento direttamente prodromici alla predisposizione del progetto risanatorio. Iscrivere una gamma tipologica tanto ampia e frequente di situazioni oltre il perimetro dell'esenzione significherebbe, dunque, pagare un prezzo troppo alto a una lettura rigorosa del significante "in esecuzione", ricorrendo allo strumento punitivo irragionevolmente (in quanto le condotte punite non si connotano per apprezzabili differenze strutturali rispetto a quelle coperte dall'art.

---

*gli altri reati fallimentari*, cit., p. 402; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 62.

(110) A favore della inapplicabilità a tali condotte della clausola d'esenzione: F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1478; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 212, secondo cui suonerebbe « a dir poco paradossale ritenere che comportamenti erosivi della consistenza patrimoniale connotati dalla mera sorte o dalla manifesta avventatezza possano essere valutati come coerenti con un piano o con un accordo volti al superamento della crisi d'impresa ». In termini più problematici R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 402-403. Nel senso della applicabilità anche alla fattispecie in parola, invece, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 183-184.

(111) Cfr. *supra*, cap. III, § 7.

217 *bis* l.fall.) e disfunzionalmente (giacchè, a detta stregua, a venire incrinata è la stessa "appetibilità" per gli operatori dei piani di risanamento, al cui ricorso il legislatore intende al contrario incentivare). Più convincente appare insomma, nuovamente, l'esegesi finalistica dell'esenzione, fondata sulla strumentalizzazione delle condotte rispetto « al perseguimento del risultato prefigurato dal legislatore » (112), anche considerando che i comportamenti tenuti nella fase in parola non sfuggono a responsabilità civile, quantomeno a mente del combinato disposto degli artt. 182 *sexies* l.fall. e 2486 c.c. (113).

Soltanto muovendosi lungo la medesima direttrice funzionalistica, poi, è possibile dare ragione dell'*intervento ortopedico imposto dal riferimento*, nell'art. 217 *bis* l.fall., *alla sola lett.* d*) dell'art. 67 comma 3* l.fall.: riferimento che suscita il dubbio in ordine all'esclusione dall'esenzione degli altri comportamenti indicati nelle ulteriori lettere dell'art. 67, pure accomunati da un tratto di liceità sul piano civilistico (in quanto non assoggettati all'azione revocatoria). È evidente in particolare che, qualora risolto in aderenza al rigido tenore letterale dell'art. 217 *bis* l.fall., il dubbio in parola moltiplicherebbe le perplessità, finendo « con l'accreditare un profilo di illegittimità costituzionale della disposizione: la norma sarebbe infatti applicabile, senza una ragione attendibile, soltanto ad alcune fattispecie e non ad altre, pur sostanzialmente analoghe » (114). Ne deriva pertanto, anche in nome di un superiore principio di non contraddizione (115),

(112) F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1478, che tuttavia ricollega l'interpretazione proposta alla possibilità di leggere estensivamente il campo semantico della clausola "in esecuzione", così formalmente rimanendo entro l'esegesi letterale; nella medesima prospettiva indicata nel testo A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 62-63; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 64. *Contra* F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 213 (più problematicamente, tuttavia, ID., *Le disposizioni penali*, cit., p. 39); M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 409; N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 71. Opta per una tesi intermedia A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 179-180, secondo cui le condotte qui esaminate sarebbero "coperte" dall'esenzione solo se successivamente riprese e trasfuse nel piano di risanamento. Peculiare invece la posizione di E. BASILE, *Art. 217*-bis *l.fall.*, cit., pp. 210 ss., in coerenza con l'inquadramento dogmatico dell'esenzione (quale causa di non punibilità) indicato dall'A.

(113) L'art. 182 *sexies* l.fall., infatti, prescrive la sospensione della causa di scioglimento delle s.p.a. e delle s.r.l. per riduzione o perdita del capitale sociale a far tempo dal deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (ovvero della proposta dell'accordo *ex* art. 182 *bis* comma 6 l.fall.), mantenendo tuttavia ferma l'applicazione dell'art. 2486 c.c. (e, quindi, la responsabilità degli amministratori per atti di gestione eccedenti la finalità meramente conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio sociale cui al verificarsi della causa di scioglimento sono espressamente tenuti) per il periodo intercorrente tra la perdita o la riduzione oltre il terzo del capitale sociale e la data di deposito delle domande e delle proposte dianzi richiamate; in tema, *ex aliis*, R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., pp. 672 ss.

(114) Così F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1476, che peraltro rileva la possibile impraticabilità dell'interpretazione analogica, a fronte della eccezionalità dell'art. 217 *bis* l.fall. e della intenzionalità della lacuna legislativa. Analogamente R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 411.

(115) Insiste particolarmente sul punto F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., pp. 205 ss., che sottolinea come, già prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall., il principio di unitarietà dell'ordinamento ostasse al recupero a sanzione penale di comportamenti ritenuti

l'ampliamento di operatività dell'imperfetta formulazione normativa alla totalità delle operazioni annoverate nell'art. 67 l.fall. (116).

Da qui allora, volendo astrarre, la *coerente induzione* (che tornerà utile al momento di tirare le somme su un piano di sistema): l'art. 217 *bis* l.fall. non si riduce a norma eccezionale, costituendo bensì « *l'espressione (maldestra) di un principio immanente* » (117), in base al quale non rilevano penalmente (vedremo appresso secondo quale categoria di teoria del reato) operazioni e pagamenti funzionali al raggiungimento di un assetto d'interessi preferibile per i creditori: un assetto che, anzi, in alcuni casi viene cristallizzato in un accordo con i creditori stessi, in un'ottica di '*procedimentalizzazione della crisi*' (in vista – ecco tornare la prospettiva teleologica – di un suo razionale superamento), che ridefinisce profondamente i confini della penalità, del lecito e dell'illecito.

È la medesima *coloritura funzionale* dei comportamenti serbati dall'imprenditore la chiave di volta per la soluzione di un'ultima, altrettanto delicata questione, ovvero dell'*individuazione delle figure delittuose* che dell'esenzione rappresentano il termine di riferimento. La buona volontà esegetica, in effetti, ove confinata al dato letterale dell'art. 217 *bis* l.fall., deve arenarsi al cospetto di condotte – pure realizzate "in esecuzione" dei piani e delle procedure concordate ivi contemplati – ricadenti in schemi delittuosi diversi da quelli di bancarotta semplice o preferenziale espressamente richiamati dalla disposizione in esame, quali, su tutti, la distrazione o la dissipazione (118). D'altra parte, anche la sostanziale diversità astratta di tali comportamenti rispetto ai paradigmi della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice deporrebbe per l'inflessibilità dell'indicazione letterale veicolata dall'art. 217 *bis* l.fall. (119), a questi ultimi circoscritta.

---

intangibili in sede civile, al momento della loro realizzazione, in vista di uno scopo legislativamente perseguito quale quello di risanamento dell'impresa: principio che, secondo l'A., va ribadito all'indomani della esenzione, pure a fronte dell'ambiguo richiamo alla sola lett. *d*) dell'art. 67 comma 3 l.fall.

(116) Sul punto si veda anche R. BRICCHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Società*, 2013, p. 687. *Contra*, attesa la ravvisata eccezionalità dell'art. 217 *bis* l.fall., N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 110; M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 413 (ove, tuttavia, si ipotizza l'applicabilità, in tali situazioni, della norma generale dell'art. 51 c.p.); A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 181-182.

(117) Così, acutamente, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 66-67 (corsivi nostri).

(118) Si fa riferimento qui alla eventualità in cui alla procedura negoziata della crisi sia seguito il fallimento; la soluzione appare invece più articolata, in caso di concordato preventivo, laddove non sopraggiunga la sentenza dichiarativa di fallimento, tema su cui si tornerà nel § 5.

(119) Nel senso della inapplicabilità della esenzione a condotte di bancarotta fraudolenta, del resto, è orientata la maggioranza della dottrina; *ex aliis*, F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 1480-1481; G.L. PERDONÒ, *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, cit., p. 65; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 169, 182, 191; precedentemente all'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall., inoltre, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 865.

Ma, in uno alle notevoli criticità nella concreta demarcazione tra i singoli archetipi delittuosi (specie nel diritto vivente) (120), ancora una volta, viene da chiedersi se la prospettiva sistematica non suggerisca all'interprete uno sforzo ulteriore di razionalizzazione complessiva (121): atteso che l'esenzione concretizza un *principio sovraordinato*, già in controluce rinvenibile anteriormente all'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall. (122), nulla « impedisce che quel principio operi estesamente » (123), sempreché (e su questo si tornerà tra un attimo) l'accesso alle soluzioni negoziate della crisi non sia viziato da elementi di frode. La legge, in altre parole, permette la prosecuzione dell'attività d'impresa – a determinate condizioni – anche di fronte all'emersione della crisi, quando ricorrano fondate possibilità di recupero dell'equilibrio economico-finanziario: da ciò l'esenzione anche dalle *figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale* (124), allorquando le "operazioni", rispetto a esse teoricamente tipiche, siano realizzate in conformità agli schemi del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione, o addirittura di piani di risanamento unilateralmente predisposti dall'imprenditore (125)?

La risposta sconta, a monte, la verifica della reale natura dell'esenzione. Riassumiamo, nondimeno, quanto sin qui osservato: lo spettro dell'art. 217 *bis* l.fall. va calibrato non sulla sua involuta versione letterale (ai limiti della dannosità rispetto al principio che pure intende affermare), ma sul terreno della sua attitudine ricognitiva, generale, dei rapporti tra la sfera della liceità civile e

(120) Cfr. *supra*, cap. II, *passim*.

(121) Nel senso della perdurante rilevanza delle condotte distrattive commesse in costanza di concordato è orientata una parte della giurisprudenza: si veda Cass. pen. sez. V, n. 50289/2015, in *CED Cass.*, rv. 265903, secondo cui « la distrazione di somme da una società ammessa al concordato preventivo configura un'ipotesi di bancarotta fraudolenta postfallimentare in relazione alla quale la restituzione della somma distratta non realizza una forma di cosiddetta bancarotta "riparata", poiché, per determinare l'insussistenza della materialità del reato, l'attività di segno contrario che annulla la sottrazione deve reintegrare il patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento o del decreto che ammette il concordato preventivo, evitando che il pericolo per la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza ». Assai più prudente, invece, un altro orientamento della Suprema Corte, che afferma la penale rilevanza entro lo schema distrattivo o dissipativo solo nei casi in cui la procedura concordataria sia stata utilizzata in frode ai creditori: cfr. Cass. pen. sez. V, n. 50675/2016, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3726, con nota di A. PANTANELLA, *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, *ivi*, p. 3729, che verrà ripresa in seguito (*infra*, § 4.2).

(122) Quando, non a caso, la dottrina giustamente propendeva per l'irrilevanza penale di condotte ulteriori (in particolare in riferimento all'art. 218 e all'art. 223 n. 2 l.fall.) rispetto a quelle tipiche ai sensi degli artt. 216 comma 3 e 217 l.fall.: cfr., in argomento, F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 1480-1481.

(123) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 63; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 118-119. *Contra* M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 417.

(124) Per l'implicita inclusione anche delle fattispecie di bancarotta societaria causalmente orientate nell'area dell'esenzione A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 119-120; *contra* N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 112 ss.

(125) In senso positivo A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 195-196.

l'area della (il)liceità penale. Il dato sistematico, anche nel solco della sequenza storica degli interventi legislativi, non può essere obliterato: per quanto goffa e insipiente, l'esenzione getta un ponte tra la cittadella penalistica e le novità dell'assetto civilistico, ridisegnandone gli equilibri e imponendo – ora anche espressamente – una lettura degli antichi paradigmi al lume della rinnovata realtà extrapenale di riferimento. È questa presa d'atto ad autorizzare l'interprete a oltrepassare, in prospettiva teleologica, l'esame "nucleare" dell'istituto, per giunta il più recente – se non proprio l'unico – intervento di ampio respiro nella sezione penale della legge fallimentare. L'analisi successiva tenterà ulteriormente di mostrare in quali forme e lungo quali sentieri.

**4.2. Natura della 'esenzione' e sindacato del giudice penale sullo sfondo dell'insuccesso dei piani di risanamento. –** Prima di condurre una simile esplorazione, mette conto – sulla scorta del programma d'azione in precedenza tracciato – di soffermarsi anzitutto sui residui (ma cruciali) risvolti dell'art. 217 *bis* l.fall., e poi, in via di progressiva approssimazione, di verificare gli effetti almeno potenzialmente espansivi dell'area della penalità veicolati dalle nuove procedure.

(*a*) Alla luce delle considerazioni precedenti, per vero, anche l'accidentata riflessione sulla *natura della esenzione* (126), nozione ignota al lessico del penalista, può essere impostata su basi più solide. L'impianto della legge fallimentare tende ad anticipare l'accesso alle soluzioni negoziali (tra le quali si innesta il concordato preventivo, ormai sganciato dall'insolvenza) alla situazione di mera crisi, il cui tempestivo affioramento diviene invero presupposto essenziale per la pianificazione del risanamento, nell'ottica di conservazione, per quanto possibile, dei fattori produttivi e dell'impresa intesa come valore.

Le prospettive di razionale superamento della crisi, ove realmente profilabili, confinano lo sbocco liquidatorio ad *extrema ratio*, da percorrere a fronte dell'insuccesso dei tentativi di rilancio dell'impresa oppure di insolvenza ormai conclamata e irreversibile. L'imprenditore in crisi viene così incentivato a "proceduralizzare" l'attività di impresa attraverso l'*esteriorizzazione della situazione aziendale* e la *programmazione delle iniziative di salvataggio* – breve: la "gestione" trasparente della temporanea difficoltà – nonché, almeno nel caso degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, la *condivisione con i creditori* e la sottoposizione a un giudice del progetto di risanamento.

Al sopraggiungere della crisi, dunque, gli assetti di interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa si (ri)plasmano, schiudendo nuovi orizzonti:

(126) L'esatto inquadramento dell'istituto, naturalmente, non si riduce ad astratto concettualismo o a sterile dogmatismo, spiegando significative ricadute concrete: in proposito F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1475 (nota 3).

laddove l'imprenditore, abdicando parzialmente alla propria autonomia gestoria (e la locuzione "in esecuzione" ben si presta a esprimere tale ridotto margine operativo), si dedichi razionalmente al risanamento, viene a ritagliarsi una *zona di rischio lecito sul piano penale fallimentare* (127), in quanto l'ordinamento – tra l'interesse alla *par condicio* o alla conservazione della garanzia patrimoniale, da un lato, e l'interesse al rilancio dell'impresa (effettivamente e, quindi, realisticamente programmabile), dall'altro – bilancia i valori in gioco assecondando le iniziative risanatorie, naturalmente con le condizioni e i limiti dettati dalla legge. È questa *ri-definizione degli interessi* (128) a conferire sostegno dogmatico alla natura di *causa di giustificazione speciale* dell'art. 217 *bis* l.fall. (129): scriminante innervata dall'ampio spettro di soluzioni offerte dai "tipi" dei piani, degli accordi e del concordato, e dalla notevole varietà di declinazioni nella concreta esecuzione degli stessi, che l'ordinamento autorizza per salvaguardare un bene – l'impresa – ritenuto, sino al sopraggiungere dell'irreversibile decozione, *ancora* prevalente (130); e "speciale" (131) (o relativa) (132), giacchè scaturente da un bilanciamento di interessi limitato al comparto penale fallimentare, non mutuabile in altri settori dell'ordinamento penale.

L'art. 217 *bis* l.fall., in altre parole, enuclea ora *expressis verbis* all'interno del diritto penale dell'insolvenza una causa di giustificazione (133), riecheggiante

(127) Di liceità del rischio parlano anche A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 115 ss. Nella dottrina civilistica, tra gli altri, F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., p. 122, secondo cui, nel momento in cui subentra la crisi, il principio di solvenza, in funzione di tutela per i creditori, assume un peso specifico sempre maggiore, diversamente da quanto avviene con l'impresa *in bonis*, allorquando prevale la prospettiva dell'impresa stessa e, dunque, la gestione deve improntarsi ai principi di continuità e di redditività (rispetto ai quali la solvenza appare meramente strumentale).

(128) Nella manualistica, quanto al giudizio di bilanciamento di interessi sotteso alle scriminanti, per tutti: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 269 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 235 ss.

(129) Per la tesi condivisa nel testo, in dottrina: M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 401 ss.; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 168; seppur sinteticamente, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., p. 491.

(130) Già nel sistema precedente la stagione delle riforme, per l'assenza di antigiuridicità, in termini di bancarotta preferenziale, in caso di raggiungimento di accordi stragiudiziali tra l'imprenditore e la totalità dei creditori, sulla scorta del consenso consapevolmente espresso (in quanto fondato sulla completezza informativa della situazione aziendale) da questi ultimi, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 126-127.

(131) Sulle cause di giustificazione "speciali", in generale, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 237.

(132) Di cause di giustificazione "relative", applicabili cioè a singole norme o a determinati gruppi di norme, parla G. MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 136.

(133) *Contra* R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 1372, che nega la ravvisabilità di una causa di giustificazione sulla scorta della pretesa assenza, nel caso in esame, di una contrapposizione di interessi, in quanto, nel momento in cui le condotte astrattamente tipiche ai sensi degli artt. 216 comma 3 e 217 l.fall. vengono realizzate la lesione della parità di trattamento tra i creditori ovvero della garanzia patrimoniale appare solo eventuale, ricorrendo invero la

la norma codicistica dell'art. 51 c.p. (134), che era già ricavabile, sul piano sistematico, prima della sua introduzione (135): il diritto dell'imprenditore in crisi (di compiere atti anche pregiudizievoli per i creditori, ma funzionali al risanamento) può poi declinarsi in forma pura (è il caso dell'esecuzione di piani di risanamento che possono anche non passare per il *placet* dei creditori) ovvero combinarsi con il consenso del soggetto passivo del reato (che diviene, in questi casi, requisito o condizione imprescindibile di esercizio del diritto) (136), con ovvie ricadute (su cui si tornerà tra un attimo) in punto di ampiezza scriminante.

Ecco, dunque, il motivo per cui non appare possibile derubricare la previsione in parola a norma eccezionale – beninteso, nell'alveo del diritto penale del fallimento (137) – né risulta precluso il parziale ricorso all'analogia

---

"speranza" che il fallimento non sopraggiunga. Ora, a prescindere dal fatto che lo sbocco fallimentare – che resta comunque sullo sfondo, come eventualità concreta in caso di insuccesso – costituisce una mera condizione obiettiva di punibilità (in quanto tale, come visto, non collegata sul piano psichico alla sfera dell'agente), è proprio il fatto che « il legislatore rit[enga] *maggiormente* meritevole di tutela il tentativo di salvataggio dell'impresa, rispetto ai beni della *par condicio creditorum* (…) e del patrimonio del fallito in funzione delle ragioni creditorie » (così l'A., *ibidem*, corsivi nostri) a lumeggiare il bilanciamento d'interessi, ancor più evidente nei casi (come quello dell'art. 67 comma 3 lett. *d*) l.fall.) in cui la realizzazione delle condotte potenzialmente tipiche dipenda da una iniziativa unilaterale dell'imprenditore.

(134) Per il richiamo alla scriminante dell'esercizio del diritto (in uno all'adempimento del dovere) quale causa di giustificazione più facilmente prospettabile in materia penalfallimentare si veda P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 512. Non stupisce, invero, che l'illustre Autore abbia dedicato, già negli anni cinquanta del secolo scorso, un intero capitolo della sua opera ai limiti scriminanti delle fattispecie concorsuali.

(135) *Ex aliis*, G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 7; M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 399; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 203; (pur nell'ottica del carattere innovativo dell'art. 217 *bis* l.fall.) A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 151 ss.

(136) Si tratta del resto di meccanismo non nuovo; si pensi, in particolare, al settore dell'attività medico-chirurgica, in cui il consenso del paziente assurge a elemento costitutivo della causa di giustificazione descritta dall'art. 51 c.p. La teorizzazione di una efficacia *lato sensu* scriminante del consenso dei creditori, quale elemento dell'esercizio del diritto, non sembra collidere con la tradizionale negazione dell'operatività di tale scriminante nel settore penale fallimentare, motivata – anteriormente all'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall. – dalla "impersonalità" del soggetto passivo (cfr. C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 6). Non si tratta, infatti, di riconoscere attitudine scriminante generalizzata, in qualunque momento della vita dell'impresa, al consenso di un creditore o della totalità dei creditori, in quanto la 'crisi' anticipa di fatto la situazione "statica", la "fotografia" del ceto creditorio al momento dell'insolvenza "irreversibile", e che viene dalla legge stessa considerata nel disciplinare le procedure alternative al fallimento; si può dunque affermare, senza smentire le premesse, che il consenso dei creditori, al momento della crisi, costituisca un ulteriore requisito di liceità della condotta dell'imprenditore, la cui autonomia viene limitata proprio per favorire – attraverso la 'procedimentalizzazione' – il superamento della condizione di difficoltà economica.

(137) Il bilanciamento di interessi espresso dal legislatore è infatti circoscritto al rapporto tra garanzia per i creditori e *par condicio* tra i creditori stessi, da un lato (bene giuridico tutelato dalle figure di bancarotta patrimoniale e preferenziale), ed esigenze di conservazione e rilancio dell'impresa in crisi, dall'altro: da qui, invero, il ravvisato tratto di "specialità" della scriminante in esame. Ciò che importa, in linea teorica, la potenziale perduranza della illiceità penale dei medesimi fatti – ferma la totalità degli elementi costitutivi della singola fattispecie, oggettivi e soggettivi – sulla scorta di differenti oggettività giuridiche (ad es., rispetto al diritto penale societario o ad alcune figure del diritto penale comune): sul punto G. MARINUCCI, (voce) *Cause di*

(strettamente imposto dall'altrimenti irrimediabile irragionevolezza della disposizione in parola) (138), così includendo nel raggio operativo della disposizione anche presupposti non previsti (ad es. le ulteriori situazioni contemplate dall'art. 67 l.fall.) ovvero condotte astrattamente riconducibili negli schemi della bancarotta fraudolenta patrimoniale (altro è invece il discorso per le fattispecie causalmente orientate *ex* art. 223 comma 2 l.fall., incentrate su un evento di danno e prescindenti da qualunque disvalore di contesto, rispetto alle quali, comunque, tale estensione non sarebbe neppure necessaria) (139).

Nessun dubbio, invece, che i comportamenti realizzati in esecuzione delle soluzioni negoziali della crisi ricadano nello specchio di tipicità delle norme incriminatrici penalfallimentari; la liceità garantita dalle previsioni civilistiche (*in primis* l'esclusione delle operazioni e dei pagamenti in esame dallo spettro dell'azione revocatoria) – di cui l'art. 217 *bis* l.fall. è impacciato vettore – ne impone nondimeno un giudizio analogo di liceità anche sul versante penale (140), in nome dell'unità dell'ordinamento (141).

---

*giustificazione*, cit., p. 138, ove si riporta l'esempio della legittima difesa che scrimina un fatto di omicidio ma non il porto in luogo pubblico in assenza di autorizzazione dell'arma utilizzata per la reazione difensiva omicidiaria.

(138) *Contra*, sul punto, M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 401 ss., che dal carattere speciale della causa di giustificazione deduce un regime di stretta interpretazione.

(139) Il riferimento è all'assenza del disvalore di contesto (e, quindi, dell'ambientamento delle condotte in situazione di 'crisi') che connota dette figure di bancarotta: oltre a quanto già accennato *supra*, cap. III, cfr. *amplius infra*, cap. VII, §§ 3 ss.

(140) Nel senso dell'esclusione dell'antigiuridicità determinata dall'accesso alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, anteriormente all'introduzione dell'art. 217 *bis* l.fall., G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., p. 468. *Contra*, nel senso della impossibilità di istituire un parallelismo tra non assoggettabilità a revocatoria e liceità penale, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 141 ss. L'A. sottolinea come l'atto revocato sia unicamente inopponibile alla massa dei creditori, ma lecito ed efficace tra fallito e terzo (tanto che quest'ultimo può successivamente insinuarsi al passivo fallimentare) e soggiunge che revocatoria e bancarotta preferenziale hanno destinatari naturalmente diversi: il che sarebbe dimostrato dalla possibilità che condotte escluse dalla revocatoria rimangano penalmente rilevanti – si porta l'esempio del creditore che riceva il pagamento di un credito, ignorando lo stato di insolvenza del debitore – ovvero che condotte penalmente irrilevanti ricadano nel perimetro della revocatoria (ad es. l'adempimento di una obbligazione genuinamente di salvataggio al di fuori di soluzioni negoziate della crisi). Impostata in termini così netti, la tesi in esame sembra provare troppo. Senza soffermarsi diffusamente sul punto, resta il dato di fondo, costituito dalla tendenziale omogeneità delle situazioni regolate dal presidio civile e da quello penale (entrambi del resto finalizzati, in via complementare, alla tutela della *par condicio creditorum*): non tanto sul piano dell'elemento psicologico, quanto, piuttosto, della "materialità" della vicende in considerazione. Significativi, in proposito, gli esempi formulati dall'A.: quello di atto non revocabile ma penalmente rilevante, da un lato, guarda non già alla condotta tipica del soggetto attivo (il pagamento, con finalità di favorire il creditore a danno della massa), quanto, piuttosto, al coefficiente soggettivo *a latere creditoris* (sorvolando sulla estrema problematicità di ravvisare il concorso nel delitto in esame del creditore favorito); dall'altro, quello di atto revocabile, ma penalmente irrilevante, è polarizzato sulla finalità che accompagna l'atto dispositivo, incompatibile con il dolo specifico tratteggiato dalla norma incriminatrice (ma lo stesso potrebbe dirsi, ad es., nel caso di pagamento imposto al debitore dall'esercizio di un'azione esecutiva individuale anteriormente al fallimento). Se, dunque, di mancata coincidenza tra revocatoria e

Non si tratta, quindi, di "schegge" di bancarotta semplice o preferenziale (142) espulse dalle rispettive figure, con le cadenze delle cause di esclusione del tipo o dei limiti esegetici alle fattispecie delittuose (143), secondo l'opinione espressa dalla maggioranza della dottrina (144). Si afferma, segnatamente, che « l'art. 217 bis l.fall. stabilisce che determinati comportamenti (pagamenti e operazioni), qualora tipici rispetto ai delitti degli artt. 216, comma 3, e 217 l.fall., non rientrano nell'ambito di operatività di dette figure di reato se posti in essere in una condizione predefinita (…). Sicché il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi disegnati dalle incriminazioni viene ad essere ridotto (…). Attraverso l'inserzione di un elemento specializzante (appunto l'essere realizzati in esecuzione), il perimetro e il contenuto dei delitti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice vengono modificati in senso limitativo sul versante della tipicità » (145).

Pagamenti e operazioni esecutivi di un piano o di un accordo, infatti, non esulano dalla sfera di tipicità delle norme incriminatrici penalfallimentari (e solo,

---

bancarotta prefallimentare è possibile discorrere, non è in punto di obiettiva fisionomia delle situazioni regolate, sostanzialmente assimilabili, ma di differente colorazione degli atteggiamenti soggettivi del debitore, da un lato (bancarotta preferenziale), e del creditore, dall'altro (revocatoria). D'altra parte, se è vero che la revocatoria fallimentare è subordinata a determinate condizioni di tempo, è del pari indubbio – lo si mostrerà meglio in seguito (cfr. *infra*, cap. VI, § 4.2.) – che anche le fattispecie di bancarotta patrimoniale prefallimentare in realtà presuppongono lo stato di crisi, che, pur non potendo coincidere esattamente con i limiti fissati per l'azione civile, con essi presentano una sostanziale analogia: in argomento P. NUVOLONE, (voce) *Fallimento*, cit., p. 481. Ciò che, invero, risponde a intuitive ragioni di coerenza sistematica, che suggeriscono allo strumento penale di rimanere entro i confini tracciati dai rimedi civilistici. Nella prospettiva qui accolta, tra gli altri: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 182-183; (sostanzialmente) A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 129; (pur nella ricostruzione di una oggettività giuridica penale fallimentare di carattere processuale) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 118.

(141) Giova osservare che la giurisprudenza ha recentemente ascritto portata liceizzante, ai sensi dell'art. 51 c.p., al provvedimento giudiziale di ammissione al concordato preventivo (che "paralizzi" il pagamento di debiti anteriori alla procedura), rispetto al reato di omesso pagamento di Iva (consumato successivamente all'ammissione al concordato), sciogliendo l'antinomia tra il dovere tributario e la previsione della legge fallimentare con la prevalenza di quest'ultima (e l'assenza di antigiuridicità dell'omissione): cfr. Cass. pen. sez. IV, n. 52542/2017, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2018, con nota di E. BASILE, *Omesso versamento Iva e obblighi nascenti dal concordato preventivo: la Cassazione dirime il conflitto di doveri*.

(142) Le uniche suscettibili di esenzione, a mente dell'impostazione in discorso, attesa l'impossibilità di estensione analogica delle clausole limitative del tipo.

(143) Per le cause di esclusione del tipo, in dottrina, tra gli altri: M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo II, Milano, 2006, in particolare pp. 1735 ss.; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., pp. 1519 ss. (e ulteriori riferimenti dottrinali *ivi* richiamati).

(144) Per tale impostazione, tra gli altri: F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 1474-1475; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 61-62; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 203, G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., p. 794; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 399-400; R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 1372; N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 66 ss.

(145) F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1475.

a questa stregua, di quelle richiamate nell'art. 217 *bis* l.fall., norma eccezionale non predicabile di correttivi analogici), per il semplice fatto che dette condotte non cessano affatto, per la sola circostanza di essere realizzate in esecuzione di un piano o di un accordo, di ledere i beni giuridici presidiati dalle fattispecie di bancarotta semplice e preferenziale: a valle di essi ben può risultare alterata la gerarchia dei crediti contemplata dalla legge o, del pari, concretamente assottigliato il patrimonio dell'impresa e, dunque, la garanzia per i creditori (146). Tipici (e offensivi), dunque, al lume dell'oggettività giuridica delle figure di bancarotta; ma non penalmente illeciti in ottica penale fallimentare, in quanto (su tale versante) autorizzati e addirittura, nel quadro d'insieme, "caldeggiati" in funzione del superamento della crisi, contro-interesse prevalente – in prospettiva *ex ante* (147) – rispetto a quelli offesi dalle condotte di bancarotta (148).

D'altra parte, non si vede come la pur giustamente riconosciuta portata generalizzante (nei limiti di cui s'è detto) dell'art. 217 *bis* l.fall. possa conciliarsi, sul piano teorico, con le strettoie imposte da una causa d'esclusione del tipo, irreggimentata nei binari dell'interpretazione restrittiva (149). Non solo: a difettare, del limite esegetico alla fattispecie (o causa limitativa del tipo) è altresì un elemento sintomatico, vale a dire la tendenziale, perdurante rilevanza delle condotte espulse dalla cornice della fattispecie quali illeciti in altri rami dell'ordinamento (150), evenienza nella specie esclusa dal tessuto delle norme extrapenali di riferimento.

Neppure appare possibile circoscrivere l'incidenza dell'art. 217 *bis* l.fall. al mero bisogno di pena, quale fattore opportunistico di rinuncia alla sanzione da parte del legislatore (151); gli effetti della previsione, a ben vedere, si apprezzano prima di giungere all'orbita esterna della punibilità, intercettando il nucleo di (il)liceità dei comportamenti tipici. Senza contare che, in ogni caso, la verifica della punibilità dovrebbe superare l'ostacolo – comunque impegnativo – della

(146) La stessa dottrina che, con riguardo all'art. 217 *bis* l.fall. (cui pure è ascritta una funzione di "chiarimento"), opta per la causa di esclusione del tipo anteriormente alla sua introduzione osservava, con riguardo alla bancarotta preferenziale, che « l'alternativa alla soluzione liquidatoria è quella gradualistica e negoziata, che *necessariamente* è trapuntata da momenti di transitoria violazione della *par condicio* »: A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 125 (corsivi dell'A.).

(147) Sulle cause di giustificazione fondate su giudizi strutturalmente *ex ante*, per tutti, in dottrina, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 276-277.

(148) Per la distinzione tra cause di esclusione del tipo e cause di giustificazione fondata sul criterio assiologico-teleologico della sussistenza (nelle scriminante) o meno (nelle limitazioni al tipo) dell'offesa insita nella fattispecie descritta dalla norma incriminatrice, in particolare, F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., p. 1520.

(149) Si allude alla impostazione di A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 61 ss., in cui convivono tali postulati.

(150) In argomento M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1279-1280.

(151) Così, invece, in dottrina E. BASILE, *Art. 217*-bis *l.fall.*, cit., in particolare pp. 214-215.

colpevolezza, tutt'altro che scontata in presenza di condotte quali quelle in esame: ove il giudizio di penale rilevanza si infrangesse sullo scoglio del contegno psicologico dell'agente (che pur sempre realizza quei fatti nella prospettiva – razionale, e in certo modo "rafforzata" dalla relazione del professionista – del superamento della crisi), l'indagine sull'esclusione della punibilità finirebbe per rivelarsi superflua.

(*b*) Esaurita l'analisi della disciplina e completato l'inquadramento dogmatico dell' 'esenzione', resta ancora da verificare se, e in quale misura, il giudice penale, al cui vaglio è rimessa la valutazione delle condotte tenute in seno all'impresa fallita, possa estendere il proprio *sindacato* alle soluzioni concordate, e in particolare al "progetto" in cui i tentativi di salvataggio avevano trovato effettiva concretizzazione.

Già si è sottolineato (152) che il tratto unificante dei vari istituti negoziali è costituito dal 'piano', in cui, sulla base di una rappresentazione fedele della realtà aziendale, si fonda il giudizio prognostico di idoneità delle soluzioni proposte/concordate al risanamento dell'impresa e al superamento della crisi: un piano, in particolare, che si articola in una componente ricognitiva (descrizione della situazione di fatto dell'impresa) e in una componente valutativa (prognosi di ragionevolezza/attendibilità/fattibilità) (153). Occorre, allora, sperimentare la possibilità di ripercorrere l'esercizio del diritto da parte dell'imprenditore, e, quindi, di rimettere in discussione la liceità delle condotte serbate in costanza delle soluzioni negoziali; il tutto, peraltro, *ex post*, di fronte al naufragio dei propositi di risanamento al banco di prova della dura realtà dei fatti e alla declaratoria fallimentare. Breve: è sufficiente l'esistenza di un piano/accordo per assicurare una volta per tutte a liceità le condotte (tipiche), ovvero quest'ultima è comunque subordinata alla valutazione del giudice penale in ordine all'attitudine del primo al raggiungimento dello scopo (vale a dire: il superamento della crisi)?

Giova metodologicamente organizzare l'analisi attorno a una *duplice coppia concettuale*, data dai binomi (*i*) verità *vs.* falsità dei dati di fatto riportati nel piano (e asseverati dal professionista attestatore) e (*ii*) unilateralità dell'iniziativa di salvataggio *vs.* multilateralità della soluzione risanatoria.

(*i*) Sta anzitutto un'osservazione, che la dottrina più attenta coglie nella pienezza del suo significato e delle sue implicazioni, e sulla quale conviene subito soffermarsi: « non sarà mai eccessivo il richiamo al fatto che i "dati" [aziendali] non sono tali *oggettivamente*, non costituiscono il rispecchiamento di una realtà che non attende altro se non di essere conosciuta. I "dati" non sono "fatti", bensì espressione di un sapere e di un agire *convenzionale*, nel senso che essi sono il

(152) *Supra*, §§ 3.1. e 3.2.

(153) Sottolinea chiaramente questo duplice aspetto F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 835.

frutto di una rappresentazione ottenuta mediante l'applicazione di determinate regole conoscitive » (154). Scontando una ineliminabile componente valutativa (si pensi, emblematicamente, alla quantificazione del valore delle rimanenze di magazzino, o alla determinazione del valore di un credito), la bontà del dato non si apprezza quindi, propriamente, sul terreno del vero o del falso, bensì rispetto alla correttezza metodologica del portato valutativo, « posta da un lato l'esattezza della rilevazione del dato fattuale e, dall'altro, la conformità delle stime ai criteri di valutazione adottati » (155).

Fatte queste premesse, la corretta e completa rappresentazione della situazione dell'impresa (ovvero delle informazioni a essa relativa), nel linguaggio convenzionale della scienza aziendalistica, cementa la piattaforma su cui si strutturano le procedure di soluzione negoziale (156): in mancanza di un quadro esauriente, ai creditori (ma non diversamente al giudice civile) sarà con ogni evidenza preclusa una effettiva valutazione in ordine all'idoneità risanatoria del piano. Non è un caso, del resto, che, *specularmente*, l'*art. 236* bis *l.fall.* (157) – norma, come giustamente rimarcato, di « *fondamentale significato sistematico* » (158), in quanto « rende (…) manifesta l'importanza attribuita dal legislatore al perseguimento del modello della soluzione concordata, al punto da apprestare all'interesse al corretto perseguimento delle finalità che di quel modello sono proprie una tutela anticipata di tipo schiettamente strumentale » (159) – appunti la propria tipicità, in prima battuta, sui contenuti comunicativi, veicolati nell'attestazione del professionista, concernenti i "dati", sui quali sono poi edificate le valutazioni prognostiche (160).

(154) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 71 (corsivi dell'A.).

(155) Così F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 842. In giurisprudenza, con riguardo al falso c.d. "valutativo" (e alla sua perdurante rilevanza negli schemi delittuosi di cui agli artt. 2621-2622 c.c.), Cass. pen. Sez. Un., n. 22474/2016, cit. In tema cfr. anche S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, in particolare pp. 1505 ss.

(156) Per tutti, F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., p. 1050.

(157) Introdotto con d.l. 83/2012, conv. in l. 134/2012. Sulla norma incriminatrice in discorso, in dottrina, tra gli altri: F. CONSULICH, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra* nuovi responsabili *e* antiche forme di responsabilità « paracolpevole »*: spunti a partire dal nuovo art. 236* bis *l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 613; S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 1184; F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 675; F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, p. 1116; F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236* bis *l.fall.) tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 537; D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Crisi dell'impresa*, cit., p. 565.

(158) Così A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 187 (corsivi nostri); analogamente F. CONSULICH, Nolo Cognoscere, cit., p. 618.

(159) S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni*, cit., p. 1185.

(160) Che il falso del professionista, delineato dalla norma incriminatrice in esame, concerna senz'altro la rappresentazione della situazione aziendale complessivamente fornita dall'agente in sede di attestazione è opinione pacifica in dottrina. Assai più problematico, semmai,

Stando così le cose, in presenza di una manipolazione dei dati contabili, ovvero di una loro mendace rappresentazione, alcuna scriminante può legittimamente conferire liceità alle condotte tipiche: il tratto genetico di fraudolenza è ontologicamente incompatibile con l'esercizio del diritto – postuli o meno esso il consenso dei creditori quale requisito costitutivo – e finisce per inquinare la stessa adeguatezza prospettica del programma di superamento della crisi (161).

Allorquando, in definitiva, sopraggiunga il fallimento a certificare, anche nei fatti, l'insuccesso del piano impostato su dati scorretti, « non vi sono ostacoli a una valutazione penalistica della condotta dell'imprenditore (…). Una condotta decettiva che si colloca agli antipodi della *trasparenza* perseguita dai nuovi istituti quale presupposto basilare di tutte le soluzioni alternative della crisi, che assumono come elemento indispensabile la *discovery* completa della situazione aziendale » (162).

(*ii*) Vale, tuttavia, anche l'inverso: a fronte di un consenso consapevolmente e legittimamente espresso, previa valutazione da parte dei creditori della idoneità (attestata anche dal professionista) della proposta risanatoria al raggiungimento del proprio scopo d'elezione, gli spazi per un eventuale sindacato *ex post* del giudice penale – innanzi alla sconfessione del programma e allo scivolamento della crisi nel fallimento – devono ritenersi preclusi.

Ma si proceda con ordine.

(*ii-a*) Viene in rilievo, in primo luogo, l'*opzione meno impegnativa* sul terreno "procedurale", attesa l'assenza di qualsivoglia filtro giurisdizionale sulla proposta di risanamento tratteggiata dall'imprenditore: il riferimento, naturalmente, è ai piani attestati contemplati dall'art. 67 comma 3 l.fall. Ora, è chiaro che a tali ampliati margini di manovra – che si traducono, anzi, nella completa privatizzazione dell'iniziativa di superamento della crisi – corrisponde per l'imprenditore un *rischio di successiva incriminazione* proporzionalmente più elevato, non potendosi rimettere ad atti di esclusiva autonomia privata effetti di totale neutralizzazione del presidio penale.

Sono, in altre parole, i tratti di accentuata flessibilità e di ridotto controllo esterno connaturali al referente normativo extrapenale (della potenziale liceità dei

il tema riguardante l'inclusione o meno, nell'alveo dell'art. 236 *bis* l.fall., anche degli esiti delle valutazioni offerte dal professionista sulla scorta dei dati appena richiamati. In argomento, S. FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni*, cit., p. 1192; F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza*, cit., pp. 682 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., pp. 551 ss.

(161) In tal senso, in termini particolarmente efficaci, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 77-78; in argomento cfr. anche A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 185-187.

(162) Così ancora A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 78 (corsivi dell'A.).

comportamenti dell'agente) a fondare il riconoscimento, in capo al giudice penale, di un penetrante potere di controllo sul piano attestato, non solo (in generale) in relazione alla veridicità dei dati in esso contenuti e alla correttezza delle relative valutazioni, ma anche, più specificamente, rispetto al giudizio di concreta idoneità *ex ante* del programma a raggiungere l'obiettivo di salvataggio dell'organismo produttivo (163).

Breve: il giudice, secondo le cadenze della prognosi postuma, dovrà idealmente collocarsi al tempo della redazione del piano, verificandone l'attitudine al conseguimento dello scopo legislativamente fissato, previo « apprezzamento della sua congruità metodologica rispetto alla situazione data, piuttosto che (…) del "merito" del piano stesso » (164). Sullo sfondo, peraltro, resta l'eventuale rilievo scusante dell'affidamento – qualora legittimamente riposto – da parte dell'imprenditore sul giudizio di idoneità espresso dal professionista (165).

(*ii-b*) L'angolo visuale muta radicalmente, invece, al cospetto degli *accordi di ristrutturazione* dei debiti *e* del *concordato preventivo*.

Quanto a quest'ultima procedura, gli spazi tradizionalmente riservati al sindacato del giudice penale, nelle riflessioni della dottrina, si sono rivelati alquanto ridotti, almeno anteriormente alla citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2013: vuoi sulla scorta dell'estensione dello scrutinio, da parte del Tribunale

(163) Pressochè unanime la dottrina sul punto: F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1483; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 70-71, 77; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 207. *Contra*, tuttavia, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., pp. 171 ss., valorizzando la portata semantica del concetto di "esenzione" e la necessità di evitare il sindacato giudiziale sul merito delle scelte imprenditoriali (nonché tratteggiando un parallelismo, sul terreno della insindacabilità da parte del giudice penale, tra sentenza dichiarativa di fallimento e piani attestati di risanamento, che costituirebbero elementi di fattispecie, simili, ad es., al "contratto" richiamato nell'art. 641 c.p.). Tuttavia, al di là della ambiguità concettuale del termine "esenzione", altro è assumere l'insindacabilità di un dato cristallizzato in un provvedimento del giudice, altro è affermare l'intangibilità dei presupposti fissati in un atto di autonomia privata; senza considerare, più in generale, che l'equiparazione sconta, in radice, una disomogeneità di fondo tra le funzioni assolte dagli "elementi" qui in considerazione, la sentenza dichiarativa di fallimento valendo, come visto (*supra*, cap. IV, *passim*), a fondare la punibilità dei fatti di bancarotta, i provvedimenti assunti in seno alle soluzioni concordate valendo, invece, quali elementi di una scriminante, naturalmente esterna alle norme incriminatrici: motivo per cui, specularmente, il piano attestato di risanamento non può essere assimilato a un "elemento di fattispecie", vero e proprio elemento costitutivo, quale il contratto nel reato di insolvenza fraudolenta, del quale, peraltro, la giurisprudenza afferma l'insindacabilità solo per ribadire la rilevanza penale della condotta anche in presenza di vizi del consenso (escludendola, per converso, unicamente in caso di radicale nullità del negozio, in quanto improduttivo di effetti).

(164) In tal senso F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., pp. 852-853; l'A. condivisibilmente sottolinea, peraltro, che non può ritenersi "tipico" ai sensi dell'art. 67 comma 3 lett. *d*) l.fall. soltanto il "migliore dei piani possibili", pena l'introduzione di indesiderabili fattori di ulteriore incertezza e il rischio di cadute nella logica del "senno di poi".

(165) Riferimenti, tra gli altri, in F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., pp. 207-208; M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 422 ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 72.

fallimentare, anche alla fattibilità del piano collegato alla soluzione concordataria (da cui la preclusione per qualsivoglia rivisitazione di tale giudizio in sede penale) (166), vuoi valorizzando il ruolo del commissario giudiziale (167), vuoi, ancora, comunque limitando il vaglio del giudice penale alla veridicità dei dati aziendali (168).

La distinzione tracciata nel 2013 dalle Sezioni Unite tra fattibilità "giuridica" (da intendersi quale causa ovvero funzione economica della procedura e soggetta al controllo del Tribunale) e fattibilità "economica" (da individuarsi nella realizzabilità in concreto del piano, il cui scrutinio è rimesso alla esclusiva competenza dei creditori) non ha certamente contribuito a rischiarare le zone d'ombra: la fluidità dei concetti lascia pronosticare riempimenti giurisprudenziali, con inevitabile rischio, sul versante penale, di soluzioni casistiche, determinate dalle peculiarità delle vicende concrete (169).

D'altra parte, una logica a geometria variabile sembra orientare la dottrina quanto alla possibilità, per il giudice penale, di sindacare, a fallimento avvenuto, gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Secondo l'opinione prevalente, di stampo squisitamente pragmatico, infatti, la conformazione dei poteri d'intervento del giudice penale sugli accordi riposa sull'incisività, concretamente declinata nella singola vicenda, del vaglio del Tribunale in sede di omologa: (*a*) nelle forme di una integrale rivisitazione dell'accordo, in caso di precedente ratifica meramente formale da parte del giudice civile (similmente a quanto osservato in relazione ai piani di cui all'art. 67 comma 3 lett. *d*) l.fall.); (*b*) all'estremo opposto, in una radicale preclusione, laddove il controllo del Tribunale abbia investito, in uno alla veridicità dei dati aziendali, anche l'adeguatezza dell'accordo e l'idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori non aderenti; (*c*) in una sfumatura intermedia, tesa a garantire il controllo, da parte del giudice penale, sulla veridicità delle informazioni fornite dall'imprenditore e dal professionista, qualora a ciò non abbia provveduto in sede di omologa il giudice civile, che pur abbia valutato il merito dell'accordo (170). Alla stessa stregua, si è osservato che la

(166) Così F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1485.

(167) In proposito F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 51.

(168) F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 210.

(169) Alcuni Autori, del resto, propendono per la conservazione, da parte, del giudice penale, di un ampio potere di accertamento e valutazione in ordine alla veridicità dei dati e alla fattibilità del concordato preventivo: cfr. R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 408.

(170) Per tale impostazione F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 1484-1485; ID., *Stato di crisi,* cit., pp. 857 ss. Analogamente M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 420. Cfr., in argomento, anche F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, cit., p. 211, il quale, pur ammettendo in astratto la possibilità per il giudice penale di compiere una autonoma valutazione dell'accordo, in caso di ratifica puramente formale del giudice fallimentare, sottolinea la problematicità di tale impostazione, in quanto l'omologazione vale essenzialmente a conferire stabilità agli atti compiuti in esecuzione dell'accordo in parola (in senso analogo ID., *Le disposizioni penali*, cit., p. 57).

modulazione del sindacato del giudice penale si specchia nella tipologia del controllo effettuato dal Tribunale fallimentare, solo ancorando le diverse variabili di quest'ultimo alla ricorrenza o meno di opposizioni dei creditori (eventualità che, imponendo una più penetrante verifica di fattibilità al giudice dell'omologa, si frappone a un analogo successivo giudizio ad opera del giudice penale) (171).

Non sono mancate, tuttavia, impostazioni più radicali: sia nel senso di un'illimitata sindacabilità *ex post* da parte del giudice penale, a prescindere dal concreto controllo esercitato in sede d'omologa dal giudice civile, in quanto « nessuna norma (…) impedisce al giudice penale di compiere detto accertamento. E l'art. 2, comma 1, c.p.p. attribuisce al giudice penale il potere-dovere di risolvere ogni questione da cui dipenda la sua decisione, salvo che sia diversamente stabilito » (172); sia, specularmente, nel senso che, fatta eccezione per i piani *ex* art. 67, comma 3, lett. *d*), l.fall., « l'intervenuto decreto di omologazione, tanto del nuovo concordato preventivo quanto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, *letto nella prospettiva* dell'art. 217-*bis* l.fall., precluda al giudice penale qualsivoglia ri-valutazione del piano [o] della proposta » (173).

È proprio quest'ultima soluzione, alla luce delle notazioni che precedono, la più rispondente all'impianto sistematico della legge fallimentare: un impianto, come detto, in cui la prospettiva liquidatoria – e, con essa, i beni giuridici che in tale sfondo assumono preminente centralità (quali la *par condicio* e il patrimonio dell'imprenditore in funzione di garanzia) – appare ormai recessiva, a tutto vantaggio dei sentieri alternativi di soluzione della crisi, in vista del rilancio dell'impresa (valore preminente, stante la reversibilità della situazione di tensione economico-finanziaria che la caratterizza), e nel quale, a orientare nel senso della impercorribilità di un sindacato *ex post* del giudice penale in caso d'insuccesso, sovviene, essenzialmente, un'*esigenza di intrinseca razionalità complessiva* (pure rozzamente approntata dall'art. 217 *bis* l.fall.) tra strumenti civilistici e presidi penalistici (174). Detta esigenza impone – laddove la procedura negoziale passi attraverso il consenso dei creditori e l'intervento di un organo giurisdizionale, dunque in caso di reale 'procedimentalizzazione' della crisi – di assegnare stabilità alle operazioni compiute *in esecuzione* del tentativo negoziato di

(171) Sulla differente ampiezza del controllo del Tribunale in sede di omologa a seconda della presenza o meno di opposizioni, per tutti: A. PALUCHOWSKY, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Fall.*, 2011, pp. 102 ss.; F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Fall.*, 2011, p. 110; per ulteriori riferimenti dottrinali si veda F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1483 (in particolare nota n. 31).

(172) Così R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 406-407. Nello stesso senso R. BRICCHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., pp. 688-689, e N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 101 ss.

(173) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 77 (corsivi dell'A.); analogamente G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta*, cit., pp. 11 ss.

(174) Sottolineano questo aspetto anche A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 128-129.

salvataggio (chè, con la spada di Damocle di un illimitato rischio penale verrebbe profondamente disincentivato, in palese contraddizione con la logica di sistema) (175), in quanto espressive di un rischio lecito, poiché coerente con le regole dettate dalla legge e dall'autonomia privata per gestire un contesto d'incertezza quale quello della crisi (176). È un bisogno di coerenza interna al sistema a sconsigliare una diffusa rivalutazione *ex post* del giudice penale: anche in situazione di crisi, infatti, rimane il carattere "imprenditoriale" degli atti gestori esecutivi del progetto di risanamento, la cui razionalità *ex ante* si apprezza nella completezza dei dati su cui si fonda la prognosi di superamento delle difficoltà dell'impresa e nel coinvolgimento nella gestione del ceto creditorio. Si tratta, dunque, di uno schema non dissimile da quello osservato in tema di gruppi e nel decifrare la dicotomia "bancarotta fraudolenta-bancarotta semplice", ma con la significativa radicalizzazione impressa dall'obiettivo ultimo di salvataggio dell'impresa; diversamente, si spalancherebbero anche su questo versante le porte a un pervasivo sindacato penalistico, *a posteriori*, sulle scelte imprenditoriali (177), in particolare sull'area di rischio tollerata dai creditori pur di evitare il fallimento (178).

(175) È la stessa dottrina che riconosce l'illimitata estensione del sindacato *ex post* del giudice penale ad ammettere tale (ovvia) conseguenza: cfr. N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 103 ss.

(176) Per questa impostazione, acutamente, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 77.

(177) In tema, in generale, *supra*, cap. I, § 4.

(178) La stessa giurisprudenza di legittimità, in una delle (rare) occasioni in cui si è occupata del tema, non è apparsa insensibile – pur senza soverchio impegno dogmatico – all'impostazione qui accolta. Il riferimento è a Cass. sez. V, n. 50675/2016, cit., pp. 3737-3728, che rimarca la punibilità dell'imprenditore per condotte distrattive o dissipative realizzate in costanza della procedura di concordato soltanto allorquando « il piano sia congegnato in maniera frodatoria, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese o la loro liquidazione: sempre, però, nel rispetto dei principi che sovrintendono all'esercizio dell'attività imprenditoriale e alla definizione concordata delle crisi. Ciò comporta che l'imprenditore, il quale si rivolga al ceto creditorio per coinvolgerli nella gestione della propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, debba farlo in maniera trasparente e attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica », soggiungendo, a implicita conferma dell'impossibilità, per il giudice penale, di sindacare l'idoneità del piano (già valutata – quantomeno – dai creditori), che « il carattere frodatorio del piano va accertato in concreto e deve consistere in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale. La "frode" non può consistere, quindi, in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione – nel piano – di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento obbiettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, *ex* art. 173 legge fall. ». In linea con siffatte premesse, la Corte censura la decisione del giudice del merito, che aveva ravvisato la tipicità distrattiva nella cessione di un bene a un prezzo ritenuto (dal commissario giudiziale) significativamente inferiore al valore reale, a fronte tuttavia della valutazione di congruità precedentemente compiuta dai creditori (oggetto di omologa da parte del Tribunale fallimentare), non potendo il giudice penale

Accanto alla prospettiva "pan-penalistica", non colgono neppure nel segno le ulteriori alternative prospettate dalla dottrina. Modellare i poteri del giudice penale *per relationem* rispetto a un dato estrinseco e in certa misura contingente, quale la presentazione di opposizioni da parte dei creditori, appare soluzione non irresistibile, rimettendosi per tal via la decifrazione di una questione di sistema a variabili intrinsecamente instabili (si pensi alla molteplicità dei motivi che possono fondare la scelta del singolo creditore di formulare o non formulare opposizione, che spaziano da valutazioni opportunistiche circa l'entità del credito e la probabilità di realizzo al mero errore), a tacer del fatto che il termine valutativo dell'opposizione può essere costituito, più che dal piano nel suo insieme, dal singolo credito per tal via tutelato (179).

Più in generale, al di là del rilievo sistematico di cui s'è detto, le soluzioni che ancorano il sindacato del giudice penale alla fisionomia concreta del vaglio del Tribunale fallimentare al momento dell'omologazione (anche sorvolando sulla considerazione che un ruolo puramente "notarile" del giudice civile, tanto in riferimento agli accordi di ristrutturazione quanto in tema di concordato preventivo, appare tutto da dimostrare) (180), pure di spiccata fruibilità nella prassi, sembrano scolorire in un non-criterio, alimentando il tasso di incertezza. Davvero illuminanti, in proposito, le riflessioni di Alberto Alessandri, laddove rileva come, a voler così opinare, « non solo si aprirebbe una falla sul piano dell'uguaglianza, subordinando la possibilità dell'intervento penalistico all'ampiezza con cui è stato compiuto il vaglio civilistico; si violerebbe anche la parità di condizione dei debitori, i quali si rivolgono al tribunale aspettandosi che esso emetta un determinato provvedimento, senza poter incidere sulla natura delle operazioni accertative o valutative che lo precedono. È un'*esigenza di giustizia*, *espressione di uguaglianza*, *che gli effetti del decreto di omologazione siano gli stessi, in tutti i casi*, anche a tacere del (…) discorso sull'affidamento legittimamente risposto dall'imprenditore » (181).

Riassumendo: salvi i casi di manipolazione dei dati aziendali o del piano di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*) l.fall. (rispetto al quale alcun limite si pone alla rivalutazione del giudice penale, secondo un giudizio di prognosi postuma), comportamenti leciti al momento della relativa realizzazione non potranno acquistare *ex post* i crismi dell'antigiuridicità, in forza del sopravvenuto fallimento: fallimento che, giova ricordarlo, resta una condizione obiettiva di

---

sostituirsi (salvi appunto i casi di frode) al giudizio di convenienza della proposta concordataria espresso da questi ultimi: giudizio che non si esaurisce nella valutazione, comunque opinabile, di un singolo cespite, ma assume carattere globale e refluisce tra le prerogative del ceto creditorio, sfuggendo dunque al sindacato del giudice penale.

(179) Così, ancora, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 74-75.

(180) Per la sostanziale identità del controllo del Tribunale fallimentare nel caso del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, sulla scorta dell'arresto delle Sezioni Unite, F. DE SANTIS, *I controlli del giudice*, cit., pp. 1053 ss.

(181) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 76.

punibilità, che impone quindi di ricercare altrove (anche) i tratti di illiceità delle condotte, segnatamente nel rischio non procedimentalizzato – e, di conseguenza, non giustificato in ambito penalfallimentare – scaturente dalla crisi.

Da qui tuttavia, un *interrogativo più generale*, che verrà ripreso nel prosieguo. Si è visto che il sindacato del giudice penale sulle scelte dell'imprenditore, che trova la sua massima dilatazione in caso di insolvenza non preceduta da una delle descritte forme di 'procedimentalizzazione' della crisi, subisce una significativa regressione già in costanza di quest'ultima (quando, appunto, la stessa venga incanalata in vista di un suo superamento); ma, allora, potrà quel sindacato appuntarsi – dove ciò non sia espressamente imposto dalla costruzione della fattispecie incriminatrice (182) – su condotte compiute quando alcuna difficoltà economico-finanziaria caratterizzava la situazione dell'impresa? Detto altrimenti: se il bene-impresa (per usare un'espressione generica) risulta, nelle valutazioni politico-criminali del legislatore, ancora (potenzialmente) prevalente al cospetto della crisi (reversibile) rispetto agli interessi tutelati dalle fattispecie penalfallimentari, in che modo i diversi valori si combinano nella fisiologia della dinamica imprenditoriale (e, dunque, in presenza di un bilanciamento virtuoso delle componenti patrimoniali-finanziarie), in cui l'autonomia gestionale riconosciuta all'imprenditore tocca il proprio apice?

La soluzione al quesito, come è agevolmente intuibile, è cruciale, costituendo il banco di prova della tipicità della bancarotta fraudolenta patrimoniale quale reato di pericolo (183).

## 5. La natura "anfibia" del concordato preventivo: quali spazi di autentica autonomia per la bancarotta pre-concordataria?

Riprendendo la tripartizione tra le funzioni degli istituti alternativi al fallimento tracciata in precedenza (come si ricorderà: fondazione della punibilità; individuazione di una sfera di comportamenti leciti; combinazione di tali elementi) (184), la risposta all'interrogativo appena formulato torna, per il momento, già utile per sagomare i *contorni della bancarotta da concordato preventivo*.

Si è osservato che comportamenti tipici nello specchio penalfallimentare, ove tenuti nel contesto ("in esecuzione") di una procedura concordataria orientata al salvataggio dell'impresa in crisi, devono ormai ritenersi leciti (nelle forme che si è cercato di tratteggiare), pur innanzi all'insuccesso del progetto di risanamento.

(182) È il caso, come osservato in precedenza (cfr. ancora cap. I, § 4, nonchè cap. III, § 7), delle figure di bancarotta semplice delineate dai nn. 1 e 2 dell'art. 217 e dal n. 2 dell'art. 224; sulle ipotesi tipizzate al n. 2 dell'art. 223 l.fall., invece, cfr. più in dettaglio *infra*, cap. VII, § 4.

(183) Sul punto si tornerà ampiamente *infra*, cap. VI.

(184) *Supra*, § 3.2.

Nessuno dubita, in via complementare, sulla scorta di un (logico) ragionamento *a fortiori*, che allo stesso risultato debba giungersi in caso di esito "fausto" della procedura, vale a dire di effettivo superamento della crisi: l'antinomia tra valenza liberatoria dell'ammissione al concordato preventivo (di cui l'art. 217 *bis* l.fall. è spia, già nell'eventualità del naufragio della procedura) e valenza fondativa della punibilità (anche) dei fatti postconcordatari, formalmente spiegata dall'art. 236 comma 2 l.fall. (185), non può che risolversi con l'eclissi di quest'ultima.

D'altra parte, condotte tipiche nelle maglie delle fattispecie descritte dagli artt. 216 ss. l.fall., distoniche rispetto a quanto convenuto nel programma di risanamento, traghetteranno in via di principio la revoca della procedura concordataria, a mente dell'art. 173 l.fall., e (al ricorrere dell'insolvenza) la pronuncia del fallimento: in tali eventualità, dunque, è la sopravvenuta declaratoria fallimentare a dar ragione dell'intervento repressivo attraverso le figure delittuose pre-fallimentari, riducendo sensibilmente l'autonomia del concordato preventivo quale presupposto del reato.

Il discorso diviene invece più complesso, almeno di primo acchito, in riferimento alle condotte di bancarotta (nei limiti dei rinvii contenuti nell'art. 236 comma 2 n. 1 l.fall.) commesse anteriormente alla procedura, rispetto alle quali – come accennato (186) – viene in gioco l'originaria funzione condizionante della punibilità assegnato all'accesso al concordato (187).

Il retroterra dell'incriminazione, lo si è rilevato, è però profondamente mutato rispetto al primigenio assetto normativo. Anzitutto, la possibilità di accedere alla procedura concordataria anche (e, con ogni probabilità , soprattutto) in presenza di una mera crisi dovrebbe fugare i dubbi circa l'implicita espunzione, dallo spettro delle norme richiamate al n. 1 dell'art. 236 cpv. l.fall., delle figure che gli artt. 223 e 224 l.fall. (specie il n. 2, ma anche il n. 1 in relazione all'art. 217 n. 4) incentrano su eventi quali il dissesto o il fallimento. All'immanente ostacolo strutturale, già visibile nella precedente sistemazione, rappresentato dal rischio di ricadute analogiche *in malam partem* (l'applicabilità delle fattispecie in parola, infatti, era ricavata dal comun denominatore dato dall'insolvenza: argomento già un passo oltre l'interpretazione analogica, a fronte della descrizione letterale, non flessibile, degli eventi tipici nell'art. 223 cpv. l.fall.) (188), si aggiunge oggi l'inattualità – nelle ipotesi prasseologicamente più frequenti – della identità di *ratio* tra fallimento e concordato preventivo alla base

(185) In tema N. MAZZACUVA, *Art. 236*, cit., p. 97.

(186) *Supra*, § 2.3., cui si rimanda anche per l'illustrazione delle posizioni dottrinali anteriormente alle riforme dell'istituto concordatario.

(187) L'ammissibilità della bancarotta pre-concordataria è affermazione ricorrente e quasi scontata sia in dottrina che in giurisprudenza; in senso contrario tuttavia, come visto, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 232-233.

(188) Nella dottrina più risalente, per tale esegesi, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 234.

della soluzione estensiva, in alcun caso la crisi (concetto di genere) potendo coincidere con l'insolvenza o con il dissesto (concetti di specie), richiamati dalle figure incriminatrici in parola (189).

Resta, allora, da verificare la compatibilità tra le condotte tipizzate agli artt. 216 e 217 (nn. 2 e 3) l.fall. (in relazione agli artt. 223 comma 1 e 224 comma 1 l.fall.) realizzate prima dell'accesso alla procedura e il "nuovo" concordato preventivo.

La riflessione, nuovamente, non può prescindere dalla prospettiva sistematica, deputata invero a corroborare l'equiparazione – sul piano della opportunità di ricorso alla sanzione penale – tra bancarotta prefallimentare e bancarotta preconcordataria. Ora, se un simile allineamento rifletteva – come detto – un problematico ma non irragionevole equilibrio nella misura in cui le procedure concorsuali erano entrambe colorate dal presupposto dell'insolvenza (il che può ancora affermarsi, laddove ad accedere al concordato preventivo sia, appunto, l'imprenditore insolvente) (190), il *rationale* dell'accostamento viene meno con la semplice crisi, 'gestita' attraverso lo strumento concordatario in funzione della conservazione del valore dell'impresa (191). È, quindi, anzitutto sul piano della tipicità, correttamente intesa, che si misura lo scarto dell'ipotesi in esame rispetto alle figure *ex* artt. 223 (comma 1) e 224 (n. 1, in relazione ai nn. 2-3 dell'art. 217) richiamate dall'art. 236 n. 1) l.fall., che sembrano scontare l'accertamento giurisdizionale della decozione irreversibile dell'impresa (192).

Il salvataggio dell'impresa, in effetti, mina alla radice la stessa ragione "opportunistica" dell'inflizione della pena per le figure di bancarotta (l'espulsione dell'impresa dal mercato), frantumando la continuità di tali ipotesi rispetto al fallimento: il ricorso alla sanzione, a fronte di un'impresa ancora attiva, ed anzi recuperata all'equilibrio economico-patrimoniale, si risolverebbe in un palese

(189) F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., pp. 838-839, ID., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., p. 1629; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 42; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 380-381, Autori che non escludono peraltro del tutto spazi operativi alle norme incriminatrici dell'art. 223 cpv. l.fall. in caso di concordato preventivo, qualora esso si connoti per la vera e propria insolvenza. *Contra*, per la piena applicabilità delle norme incriminatrici in esame anche in caso di concordato preventivo basato sulla semplice crisi, G. COCCO, *Art. 236*, cit., p. 1316; (nel caso di cagionata "recrudescenza" della crisi) N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., pp. 125-126.

(190) Una parte della dottrina, peraltro, dubita che l'odierno concordato sia destinato anche all'imprenditore insolvente: cfr. in proposito G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 7-9.

(191) In termini alquanto problematici circa l'attualità dell'equiparazione, in tal caso, anche F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., p. 1630; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 188-189; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 412-413.

(192) Pur ritenendo già *de lege lata* il richiamo contenuto all'art. 236 comma 2 l.fall. limitato alle sole procedure concordatarie connotate dall'insolvenza, auspicano un chiarimento in tal senso del legislatore A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 241.

tradimento dell'opzione limitativa (in chiave di condizione obiettiva di punibilità) tradizionalmente accolta dal sistema penale del fallimento (193).

Insomma, come lucidamente osserva Alberto Alessandri, « estendere l'operatività delle figure richiamate anche al caso in cui il concordato è stato richiesto sul presupposto di uno stato di crisi (…) conferma e amplifica la distonia intrinseca della fattispecie (…) [e] esaspera la pretesa punitiva della figura: si introduce una punibilità di tipo fallimentare *a chi non è fallito*, in altri termini nei confronti di un soggetto che non è stato raggiunto da una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza » (194). Una irrazionalità dilatata dalla identità delle cornici edittali ritagliate per la bancarotta fallimentare e quella concordataria, con un meccanismo che – lo si è già rilevato (195) – induce seri dubbi di legittimità costituzionale (196); rispetto alle figure di bancarotta concordataria, quantomeno, il dato sistematico riesce a correggere la povertà dell'elemento letterale, ottusamente fisso a dispetto della rivoluzione del quadro di contorno.

Sottratto il concordato da mera crisi allo spazio operativo dell'art. 236 comma 2 l.fall., i fatti di bancarotta commessi anteriormente alla procedura concordataria potrebbero dunque, se non ci si inganna, conservare penale rilevanza in un duplice ordine di situazioni: (*a*) quando ad accedere al concordato preventivo sia la società insolvente e la soluzione privatistica abbia funzione essenzialmente liquidatoria (197); (*b*) quando al concordato preventivo segua comunque la declaratoria fallimentare. Solo in riferimento alla prima sottoclasse, tuttavia, è possibile affermare la funzione incriminatrice della norma in discorso, che proprio in tali ipotesi riveste il ruolo (originariamente) assegnatole nel contesto normativo in cui si inserisce. Al contrario, nella seconda variante l'ammissione alla procedura concordataria non dispiega alcuna effettiva funzione, le condotte tipiche essendo in tal caso "rette", sul piano della punibilità, dalla

(193) *Contra* F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., pp. 840-841.

(194) Così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 86 (corsivi dell'A.).

(195) *Supra*, cap. III, § 4.

(196) Sulla irragionevolezza della parificazione sanzionatoria tra le figure-tipo di bancarotta (rette dalla declaratoria fallimentare) e le fattispecie concordatarie, in dottrina: M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 149; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 326. Critico, in proposito, anche M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 65.

(197) La giurisprudenza, peraltro, non sembra preoccuparsi della potenziale diversità dei presupposti che legittimano l'accesso al concordato preventivo rispetto al fallimento, ascrivendo genericamente all'ammissione alla procedura in esame la medesima funzione riconosciuta alla declaratoria fallimentare: si veda, ad es., Cass. pen. sez. V, n. 26444/2014, in *CED Cass.*, rv. 259849. In altra pressoché coeva pronuncia (cfr. Cass. pen. sez. V, n. 15712/2014, in *CED Cass.*, rv. 260220), invero, la Suprema Corte sembra muovere dalla sovrapponibilità delle situazioni a fondamento delle due procedure concorsuali (salvo poi diversificare queste ultime sul piano della disciplina e, come si vedrà oltre, degli effetti, specie in punto di decorso dei termini prescrizionali), nel senso tuttavia di assimilare – con operazione non consentita, per i motivi che si è cercato sin qui di descrivere – la crisi all'insolvenza.

pronuncia fallimentare (198); la quale, anzi, ha anche in tempi recenti offerto alla giurisprudenza l'occasione di mostrare il suo volto più arcigno e intransigente. Si è giunti infatti ad affermare, in uno allo slittamento del *tempus commissi delicti* alla data del fallimento (199), che « le condotte distrattive compiute prima dell'ammissione al concordato preventivo di una società poi dichiarata fallita integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale anche nel caso in cui l'agente abbia ottenuto l'ammissione al concordato preventivo, si sia adoperato per il buon esito della procedura, e questo non sia stato conseguito per fatti indipendenti dalla sua volontà, in quanto, laddove si verifichi il fallimento, ai fini della configurabilità del dolo, è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte » (200).

Oltre il rigore giurisprudenziale, viene tuttavia da chiedersi, in generale, in quale misura la sopraggiunta declaratoria possa attirare entro la soglia della punibilità comportamenti commessi anche a notevole distanza dall'*exitus* fallimentare (e non necessariamente in situazioni di dissesto), così riproponendosi, anche da questo ulteriore punto d'osservazione, la necessità di setacciare meditatamente la tipicità – nella relazione tra condotta e insolvenza – dei fatti di bancarotta, riannodando i fili del complesso discorso che si viene svolgendo (201).

## 6. La funzione fondativa della punibilità degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari.

Non tutti gli effetti collaterali dell'adeguamento "rapsodico" (per non dire del tutto estemporaneo) del comparto penalistico sembrano peraltro rimediabili *via interpretationis*; anzi, i peggiori difetti s'annidano, paradossalmente, là dove il legislatore è intervenuto direttamente sulla struttura delle norme incriminatrici.

L'equilibrio faticosamente raggiunto in tema di concordato preventivo (con la sincronizzazione esegetica delle vecchie fattispecie con la nuova fisionomia della procedura) appare infatti scompaginato dall'inserimento di un nuovo comma nell'art. 236 l.fall., che reca l'estensione della punibilità, per i fatti *ex* artt. 223 e 224 l.fall., ai casi di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o di

(198) Per tutti, F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 50.

(199) Cfr. Cass. pen. sez. V, n. 15712/2014, cit., sulla scorta della ravvisata diversità tra le procedure con riguardo ai rispettivi effetti; analogamente, Cass. pen. sez. V, n. 31117/2011, in *CED Cass.*, rv. 250588. Per la medesima soluzione, ancorchè fondata sulla specialità della bancarotta sorretta dal fallimento rispetto alla bancarotta concordataria, Cass. pen. sez. V, n. 39307/2007, in *CED Cass.*, rv. 238183.

(200) Così Cass. pen. sez. V, n. 33268/2015, in *CED Cass.*, rv. 264354.

(201) Cfr. in particolare *infra*, cap. successivo.

convenzione di moratoria (art. 182 *septies* l.fall.) (202); una novella cui, per giunta, non fa da contrappunto una corrispondente 'esenzione' nel contesto dell'art. 217 *bis* l.fall. Con il duplice (voluto?) risultato:

(*i*) di spalancare le porte della bancarotta a una procedura (203) spiccatamente privatistica (non essendo ad es. contemplata, a differenza di quanto avviene nel concordato, la nomina di un commissario), connaturata (quanto alla convenzione di moratoria) per la fisiologica assenza di controllo giurisdizionale (204), nonché speciale – anche in ordine al presupposto: la mera crisi – rispetto ad altra (quella regolata dall'art. 182 *bis* l.fall.) che sul fronte penale riceve una disciplina diametralmente opposta (sia per l'omesso richiamo nell'art. 236, sia per la valenza liceizzante all'interno dell'art. 217 *bis* l.fall.);

(*ii*) di rendere invariabilmente operanti le figure incriminatrici, vuoi in relazione a condotte compiute prima della stipula degli accordi, vuoi per condotte realizzate nell'esecuzione degli stessi (con ovvia eterogenesi dei fini: il legislatore "rafforza" gli accordi attraverso il presidio penale, il quale, tuttavia, finisce per disincentivare l'accesso all'istituto).

Un pessimo esempio di legislazione (e ancor prima di coerenza politico-criminale), dunque, forse il più stravagante dell'intero, non certo tranquillizzante, panorama affrescato in queste pagine.

Se, non senza qualche forzatura (la lacuna nell'art. 217 *bis* l.fall. apparendo in questo caso intenzionale, atteso il coevo inserimento dell'art. 182 *septies* nell'art. 236 l.fall.), l'inspiegabile omissione in sede di esenzione può essere nuovamente colmata mediante il ricorso all'analogia *in bonam partem* (205) (residuando, in caso contrario, soltanto la strada dell'intervento additivo del Giudice delle Leggi), l'interprete deve arrendersi di fronte alla approssimativa elargizione della natura di condizione di punibilità agli accordi con intermediari

(202) Per un primo commento sulla novella, recata dal d.l. 83/2015 (conv. in l. 132/2015), C. SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015*, in *Fall.*, 2016, p. 129.

(203) *Supra*, § 3.1.

(204) In argomento N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 131.

(205) Evidente l'identità di *ratio* tra l'istituto in parola e quelli compresi nella esenzione; il ricorso all'analogia, poi, è consentito dalla descritta natura scriminante dell'art. 217 *bis* l.fall. *Contra* A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 61. Non convince, invece, l'applicazione dell'esenzione agli accordi in commento attraverso il richiamo all'art. 182 *bis* l.fall., contenuto nell'art. 182 *septies* l.fall. e, come detto, compreso tra gli istituti che escludono le figure di bancarotta. Al di là della debolezza dell'argomento basato solo sul rinvio "incrociato", sta il fatto che esso si mostra alquanto scivoloso, prestandosi a essere impiegato come arma "a doppio taglio": potrebbe invero sostenersi, a questa stregua (e muovendo in senso inverso), che – richiamando il primo comma dell'art. 182 *septies* l'art. 182 *bis* – in forza di analogo meccanismo gli accordi di ristrutturazione "tradizionali" entrino nello spettro dell'art. 236 l.fall. (che contempla, appunto, gli accordi con intermediari finanziari), esito interpretativo frutto di analogia *in malam partem* evidentemente non voluto né desiderabile.

finanziari (206) e, ancor peggio, al negozio puramente privatistico sotteso alla convenzione di moratoria.

Ciò che preme evidenziare è il *completo fuor d'opera* della scelta legislativa, che accresce esponenzialmente la disarmonia e l'irragionevolezza del sistema (207), anche sul terreno sanzionatorio (una bancarotta da mera crisi, infatti, viene punita esattamente come l'archetipo incentrato sull'insolvenza irreversibile) (208); resta quindi solo l'auspicio che, in attesa di un ripensamento del legislatore o delle cesoie della Corte Costituzionale, un simile infortunio normativo non finisca per sdoganare letture iper-effettive della contigua bancarotta concordataria (legittimandone quale presupposto la semplice crisi) o, peggio, "flessibilizzare" la tassatività dei richiami contenuti nell'art. 236 l.fall. (attirandovi la figura generale degli accordi, vale a dire l'art. 182 *bis* l.fall.).

## 7. Annotazioni interlocutorie sull'impostazione prescelta.

Nelle pagine precedenti si è tentato di arare un terreno comune di confronto e di dialogo tra normativa extrapenale e fattispecie di bancarotta, attraverso la chiave di lettura offerta dalla evoluzione (al netto di qualche brusca battuta d'arresto) del retroterra civilistico che impronta e silenziosamente plasma l'appendice penalistica della legge fallimentare. Ciò naturalmente (lo si era anticipato) non ha consentito, sul versante penale, di sopperire *in toto* alle inspiegabili mancanze o di emendare le ancor più incomprensibili presenze: in alcuni casi all'interprete, disarmato, non resta che registrare l'incoerenza dell'assetto complessivo che gli viene offerto (paradigmatico, in proposito, il caso appena richiamato della valenza estensiva della penalità degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari).

Un dato, tuttavia, è apparso in tutta la sua nitidezza: il legislatore delle varie riforme del diritto fallimentare (209) ha messo mano alla gerarchia dei valori in gioco, optando decisamente per la conservazione dell'impresa in crisi, regolando e moltiplicando le modalità di risanamento, favorendo l'emersione delle situazioni di difficoltà e incentivando – anche con la leva penale della esenzione dai reati di bancarotta – l'attivazione di procedure di composizione con l'intervento fattivo dei creditori. Specularmente, il fallimento – principale procedura liquidatoria – ha

(206) In tema A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 85 e 89.

(207) Sul punto, nuovamente, N. GIANESINI, *Il rischio penale*, cit., p. 131.

(208) Segnala invece le incertezze in tema di individuazione del momento consumativo del reato, attesa la difficoltà di isolare un momento preciso in cui gli accordi possano dirsi raggiunti, C. SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni*, cit., p. 130.

(209) E la linea di tendenza non sembra arrestarsi al cospetto di una ulteriore e complessiva novella, già oggetto di legge delega: il riferimento è alla già citata legge delega (l. 155/2017).

perso la propria tradizionale centralità, assumendo, nel rinnovato disegno (210), un rango sussidiario, operativamente subordinato all'insuccesso delle altre procedure (conservative).

Si è dunque deciso – ma non poteva, forse, essere altrimenti – di affidare a valutazioni privatistiche la reale selezione degli imprenditori suscettibili di accedere alle soluzioni negoziali della crisi, per tal via al riparo da effetti penalfallimentari, e, specularmente, di quelli destinati al fallimento (con il pesante corredo di conseguenze sanzionatorie), rivelandosi il relativo salvataggio scarsamente "appetibile" per il ceto creditorio (211). Da qui la penetrante e amara critica formulata da una parte della dottrina, secondo cui « il quadro che complessivamente appare è (…) segnato da profonda disuguaglianza, (…) perché l'esito finale della crisi d'impresa è determinato, nei fatti, da elementi che nulla hanno a che vedere con le condotte effettivamente tenute dall'imprenditore, dipendendo dal giudizio del *mercato* » (212). A questa stregua, i nuovi istituti – « *strumenti tecnocratici* di gestione della crisi d'impresa, basati su considerazioni svolte prevalentemente in chiave di *law and economics* » (213) – e la disuguaglianza da essi generata « esaspera[no] il carattere oggettivo e presuntivo della disciplina penale fallimentare, acuito nell'applicazione giurisprudenziale, e rend[ono] insopportabile un'applicazione in chiave sfrenatamente liberistica e probabilmente incostituzionale di fattispecie che possono non applicarsi, a parità di condotte, qualora il debitore abbia la *fortuna* di essere appetibile per un salvataggio » (214).

Indubbiamente l'impianto attuale, anche per la modesta fattura delle formule legislative e per l'inesistenza di un organico ed esplicito disegno complessivo (vale a dire di una chiara osmosi tra i sottosistemi civile e penale, allo stato ricavabile, come si è provato ad abbozzare, solo in via esegetica), acuisce sensibilmente i non lievi difetti che già contrassegnavano il diritto penale

(210) Altro, naturalmente, è l'impatto pratico, dal momento che il fallimento rimane nella prassi soluzione di notevole frequenza, come giustamente rileva A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 6.

(211) In tal senso, lucidamente, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 7 ss., che individua in particolare nei soggetti di piccole/medie dimensioni gli imprenditori destinati a fallire, a fronte di chi invece, « in forza della sua esposizione debitoria, trasformata paradossalmente in un viatico a soluzioni meno traumatiche, gradite anche ai creditori, o in ragione dell'interesse economico connesso alla sua attività, può (…) ottenere un'uscita morbida dalla crisi ».

(212) Così, ancora, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 10 (corsivo dell'A.).

(213) *Ibidem* (corsivi dell'A.).

(214) Nuovamente A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 10-11 (corsivo dell'A.). Sul fronte civilistico si è invece sottolineato che « il controllo ordinamentale dell'insolvenza », attraverso gli istituti degli artt. 182 *bis* e 160 l.fall., non necessariamente comporta conseguenze disfunzionali, in quanto « la sottoposizione al controllo della magistratura del risanamento (…) corrisponde all'esigenza di incentivare l'adesione al tentativo di risanamento dei creditori recalcitranti, o comunque spinti da considerazioni opportunistiche (c.d. *hold out*), soprattutto attraverso l'adozione della regola maggioritaria », riducendo altresì il rischio del conflitto di interessi: cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 199 (corsivi dell'A.).

del fallimento; d'altra parte, la talvolta incoerente traduzione penalistica delle linee di fondo del settore fallimentare – si pensi alla funzione incriminatrice degli accordi con intermediari finanziari di cui s'è detto, con assegnazione a una procedura negoziale, intrinsecamente non liquidatoria, del ruolo di condizione di punibilità – non incrina la sostanza ultima delle critiche appena richiamate, valendo anzi a completarle da altra angolazione.

Ora, non v'è dubbio che il sistema normativo così congegnato (?) possa generare, e in concreto generi, disuguaglianza; alcune osservazioni, tuttavia, meritano di essere svolte. Anzitutto attraverso una considerazione ovvia: se le misure alternative di risanamento – attivabili anteriormente all'insolvenza; ciò che, come detto, sconsiglierebbe comunque l'automatica applicazione dei reati di bancarotta alle situazioni da esse intercettate – non sortiscono gli effetti sperati, verosimilmente, non potrà che sopraggiungere il fallimento (ovvero l'amministrazione straordinaria o la liquidazione coatta amministrativa, identiche a esso ai presenti fini) e, di conseguenza, in astratto, il *redde rationem* per l'imprenditore, quantomeno per i fatti commessi prima dell'ammissione alle soluzioni negoziali (altro è valutare in quale situazione di contorno quei fatti siano stati realizzati, ma si tratta di profilo su cui non conviene qui dilungarsi) (215).

Ma al di là di tale aspetto sovviene un'ulteriore annotazione, che ruota, più in radice, attorno alla subordinazione della punibilità alla declaratoria fallimentare (o a provvedimenti a essa equiparati): scelta di per sé foriera di squilibri, poiché situazioni in cui l'imprenditore commette le peggiori nefandezze resterebbero prive di rilievo penale fallimentare qualora, per le più disparate e fortunose evenienze successive, non si materializzi la declaratoria d'insolvenza; laddove, al contrario, una modesta distrazione cui segua per tutt'altre ragioni il fallimento verrebbe attratta nello spettro della bancarotta. Un *certo tasso di disuguaglianza*, dunque, sgorga dalla stessa conformazione strutturale delle fattispecie di bancarotta patrimoniale prefallimentare (216), impostate su una condizione di punibilità estrinseca che funge sì da elemento "rivelatore" dell'offesa (la mente corre a quanto osservato nel capitolo precedente in tema di pericolosità concreta delle condotte) (217), ma del tutto prescindente dalle dimensioni dell'impresa (nei limiti naturalmente della fallibilità, ai sensi dell'art. 1 l.fall.), dalla tipologia di comportamenti che l'hanno preceduta o dalle cause che hanno determinato il tracollo. Sicchè, anche a voler per ipotesi espungere dal sistema i nuovi istituti, con la loro spiccata inflessione privatistica, i dubbi esposti in precedenza

(215) Oltre alle brevi osservazioni in coda al presente cap., si veda in particolare il cap. successivo.

(216) Lo evidenziava del resto già nel 1979, con la consueta lucidità, Cesare Pedrazzi, allorquando osservava che la grande impresa risulta(va) di fatto sottratta al fallimento in ragione delle sue stesse dimensioni, così godendo di una sostanziale immunità: cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 133.

(217) *Supra*, cap. IV, in particolare §§ 3.1. e 5. Ma si veda anche *infra*, cap. seguente, § 3.1.

finirebbero comunque per riproporsi – appena corretti dal potere di iniziativa riservato al Pubblico Ministero quanto all'istanza di fallimento – in relazione alla sentenza dichiarativa, ben potendo in concreto il fallimento essere evitato per l'interesse dei creditori a privilegiare soluzioni meno "traumatiche" all'insolvenza (218).

Si tratta, quindi, di inconveniente connaturale alla scelta di ancorare il rimedio penale fallimentare all'accertamento della decozione irreversibile cristallizzato in un rimedio giurisdizionale (attivabile anche, se non soprattutto, dai portatori dell'interesse tutelato), presupposto per l'esame retrospettivo delle condotte tenute dall'imprenditore; mentre la conservazione dell'impresa e la sua perdurante operatività hanno da sempre giustificato l'arretramento delle figure di bancarotta, lasciando il campo ad altre branche dell'ordinamento penalistico (su tutte il diritto penale societario).

Qui il punto, che riprende e completa riflessioni già esposte (219). Optando per il rilancio, sin dove possibile, dell'impresa in crisi (o, comunque, in insolvenza non ancora irreversibile), il legislatore ha recuperato a liceità penalfallimentare (220) – per il tramite della maldestra disposizione dell'art. 217 *bis* l.fall. – comportamenti di per sé tipici alla stregua delle fattispecie di bancarotta; lo "spazio libero dal diritto penale fallimentare" così venutosi a creare non rimane tuttavia vuoto, andandosi invero a riempire con le figure incriminatrici che ontologicamente (e con massima approssimazione) tutelano l'impresa nel suo dinamico divenire, vale a dire con il diritto penale societario (almeno, com'è ovvio, nelle imprese strutturate in forma di società) (221) e con le fattispecie appositamente deputate a presidiare la fase immediatamente prodromica alla 'gestione controllata' dell'impresa in crisi (si pensi alla pur infelice previsione dell'art. 236 comma 1 l.fall., ovvero all'art. 236 *bis* l.fall.) e a quest'ultima prettamente strumentale. L'eventuale intervento del diritto penale del fallimento rischierebbe, per contro, di trasformarsi in una decisa deviazione sul piano assiologico, poiché, ancorato com'è a condizioni opportunistiche calibrate sull'espulsione dell'impresa dal circuito produttivo, andrebbe a ricomprendere, contraddittoriamente, i casi in cui invece per definizione l'impresa rimane sul mercato, generando, in definitiva, un'aporia valoriale.

(218) Sul fallimento come istituto tipico della economia di mercato, in dottrina, F. DI MARZIO, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., p. 528.

(219) *Supra*, § 4.

(220) Sulla natura di scriminante speciale, ancorchè *sui generis* (in quanto suscettibile di limitata estensione analogica, onde evitarne l'ingiustificabile e probabilmente incostituzionale irragionevolezza, alle ulteriori fattispecie di bancarotta delineate dall'art. 216 l.fall.), *supra*, § 4.2.

(221) La mancanza del presidio costituito dal diritto penale societario nel caso dell'impresa individuale imporrà un *surplus* di approfondimento rispetto alle osservazioni riportate nel testo in via di generale ricognizione: sul punto si tornerà meglio *infra*, cap. seguente, § 4.3.

Non è, del resto, un esito sorprendente: a una rinnovata composizione di interessi consegue una scala di beni giuridici diversamente modulata secondo le nuove direttrici politico-criminali e, dunque, una ripartizione dei compiti tra le branche penalistiche che su quei beni di riferimento rispettivamente si organizzano.

Stando così le cose, la questione – in prospettiva *de lege ferenda* – non verte tanto (o non verte solamente) sul recupero di uniformità nella applicazione delle figure di bancarotta (che, anzi, rischierebbe di tramutarsi in una criminalizzazione a tappeto dei tentativi di salvataggio delle imprese in crisi), bensì sulla iniezione di un congruo livello di effettività al diritto penale societario e ai reati collaterali all'accesso alle soluzioni concordate, per renderli veramente in grado di tutelare l'ampia gamma di interessi che l'impresa intercetta fintantoché non subentri l'irreversibile decozione ovvero, in ogni caso, in vista o nel corso della 'gestione controllata' della crisi.

## 8. Oltre l'art. 217 *bis* l.fall.: la 'crisi' e l'insolvenza 'non gestite' come momenti di innesto della oggettività giuridica della bancarotta fraudolenta patrimoniale?

Volendo testare gli effetti della ricerca sul terreno più strettamente concernente le figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale (segnatamente l'archetipo tratteggiato dall'art. 216 l.fall.), la *gestione controllata della crisi e dell'insolvenza* (222), connotandosi per l'assoluta centralità sistematica, sembra porsi quale promettente punto di partenza.

Si è osservato, infatti, che l'imprenditore in crisi si trova innanzi a un significativo *bivio*:

(*i*) ignorare la condizione economico-finanziaria dell'impresa, scegliendo così di non intraprendere alcuna iniziativa coinvolgente i creditori per il superamento della crisi, ovvero optare per una gestione puramente privatistica dell'insolvenza attraverso un piano *ex* art. 67 comma 3 lett. *d*) l.fall.; qualora dovesse sopraggiungere il fallimento, nel primo caso l'applicazione delle fattispecie di bancarotta non soffrirà in linea astratta alcuna limitazione, mentre,

(222) Il termine "insolvenza" viene qui implicitamente colorato con l'aggettivazione "reversibile" e in tal senso parificato alla "crisi" – in parziale difformità rispetto a quanto in linea generale osservato *supra* (§ 3.2.) – in attesa di una più completa esplorazione del concetto: *infra*, cap. VI, § 4.1. È evidente, per contro, che alcun tipo di "gestione" è ipotizzabile per l'insolvenza "irreversibile", che impone all'imprenditore unicamente di portare i libri in Tribunale e chiedere il proprio fallimento; mette qui conto di osservare, ancora richiamando quanto già in parte evidenziato e anticipando riflessioni che verranno riprese più avanti, che l'insolvenza ormai irreversibile altro non è che l'evoluzione terminale di uno stato pregresso di tensione trascurato o non "gestito" attraverso alcuna delle soluzioni disegnate dalla legge, né rimediato da accadimenti ulteriori suscettibili di ristabilire, per altra via, l'equilibrio della situazione economico-finanziaria in seno all'impresa.

nel secondo, l'unico argine alla bancarotta fraudolenta patrimoniale (quanto alle condotte realizzate in esecuzione del piano) sarà dato dalla positiva (ri)valutazione del giudice penale quanto alla ragionevolezza *ex ante* dell'iniziativa di salvataggio;

(*ii*) decidere di 'procedimentalizzare' la crisi attraverso la ricerca di soluzioni concordate con il ceto creditorio e nel quadro di un più o meno intenso controllo giurisdizionale: in tal caso, ferma la ricorrenza di tutti gli ulteriori requisiti (in particolare in ordine alla correttezza dei dati aziendali esposti in sede di accesso alla procedura negoziale), per le operazioni oggetto di accordo con i creditori non residuerà spazio per le figure dell'art. 216 l.fall., ancorchè, all'esito, dovesse comunque subentrare il fallimento.

Tocca ora ricavare i dovuti *corollari*, in primo luogo rispetto al prototipo di bancarotta fraudolenta patrimoniale, che conviene allo stato formalizzare in termini di sintetico interrogativo, non impegnativo sul versante dogmatico: se, in negativo, la 'gestione controllata' della crisi preclude – in funzione scriminante – l'operatività della norma incriminatrice in relazione a comportamenti tenuti in costanza della stessa, può espandersi la sfera della fattispecie fallimentare sino a includere condotte realizzare addirittura in assenza di un simile contesto (di crisi o di insolvenza, appunto)? Non è forse, allora, la crisi, o l'insolvenza suscettibile di 'gestione controllata', l'ambientamento proprio dei reati di bancarotta patrimoniale, vale a dire il potenziale innesco di una oggettività giuridica di stampo penalfallimentare (223)?

Affrontando tali questioni, nel capitolo che segue si tenterà anche, sin dove possibile, di dotare di maggiore consistenza concetti, quali la crisi o l'insolvenza, in larga misura inesplorati nella riflessione penalistica, sì da verificarne la servibilità per gli *standard* del diritto penale. Si chiuderà idealmente il cerchio, in questo modo, sulla figura di bancarotta fraudolenta "di pericolo", prima di ricercare conferme all'impostazione prescelta in riferimento alle fattispecie di bancarotta imperniate sull'evento 'dissesto' o 'fallimento'.

(223) Sempre, naturalmente, con riguardo alle ipotesi dell'art. 216 l.fall.; il discorso muta sensibilmente, invece, al cospetto delle figure causalmente orientate dell'art. 223 cpv. l.fall., come si vedrà *infra*, cap. VII, *passim*.

# Capitolo VI

## LA 'CRISI D'IMPRESA' QUALE CHIAVE DI VOLTA PER L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PREFALLIMENTARE

**SOMMARIO: 1.** Ricognizione: la bancarotta patrimoniale prefallimentare come punto di ingorgo tra prassi e lineamenti di sistema. – **2.** L'insufficienza del concetto di distrazione nelle impostazioni tradizionali della dottrina e della giurisprudenza: quadro d'insieme. – **3.** I 'correttivi' dottrinali e giurisprudenziali alla espansione della bancarotta fraudolenta prefallimentare. – **3.1.** Primo 'correttivo': la sentenza dichiarativa di fallimento come "bussola" per la ricerca *aliunde* dell'offensività concreta dei fatti di bancarotta. Parzialità dell'opzione ricostruttiva e rinvio. – **3.2.** Secondo 'correttivo': la bancarotta riparata quale limitatore *a posteriori* della tipicità dei fatti di bancarotta. Critica. – **3.3.** La bancarotta prefallimentare come fattispecie qualificata dalla "non desistenza"? Critica. – **4.** 'Crisi d'impresa' e bancarotta fraudolenta prefallimentare. – **4.1.** 'Crisi' e 'insolvenza': possibili definizioni per la semantica penalistica. – **4.2.** La crisi ('non gestita') quale *habitat* dei fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare. – **4.3.** (*segue*) Disvalore di contesto e soggettività attiva nei reati di bancarotta patrimoniale: sdoppiamento dei paradigmi o modello unitario di condotta? – **5.** Le ulteriori ricadute selettive del tipo veicolate dalla 'crisi': dal sindacato sulle scelte gestorie alla consistenza dell'elemento soggettivo. – **6.** (*segue*) 'Crisi d'impresa' e parificazione sanzionatoria tra paradigmi di pericolo e tipi causali di bancarotta.

« Fino al momento in cui
non vi è lo stato di insolvenza,
la garanzia rappresentata dai beni
del debitore è irrilevante:
acquista rilevanza in quel momento;
e in quel momento il debitore
ha il dovere di destinare i suoi beni (…)
*al soddisfacimento dei creditori* » (1)

### 1. Ricognizione: la bancarotta patrimoniale prefallimentare come punto di ingorgo tra prassi e lineamenti di sistema.

L'analisi svolta nei capitoli precedenti ha restituito l'immagine della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare come momento di convergenza di pressioni contrapposte; da un lato, le tensioni veicolate dalle applicazioni prasseologiche della fattispecie, sostanzialistiche e de-tassativizzanti; dall'altro, gli stimoli provenienti dalla collocazione dogmatica della sentenza

(1) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 30-31 (corsivi dell'A.).

dichiarativa di fallimento e dalla trasfigurata cornice di sistema, che addensano inediti interrogativi sull'impronta "strutturale" del paradigma tipico.

Lo scorcio sui più significativi orientamenti della Suprema Corte ha delineato, segnatamente, la tendenza della giurisprudenza a iniettare nel modello normativo massicce dosi di versatilità e, di conseguenza, a dilatare per via interpretativa il già ampio spettro operativo della fattispecie: dalla potenziata fruibilità processuale alla sostanziale invasione di territori presidiati da altre figure, accentuata dalla "snellezza" strutturale del tipo disegnato dalla norma incriminatrice; dall'approccio spiccatamente "effettuale" nella individuazione dei soggetti attivi nel contesto societario sino allo sconfinamento nel merito delle scelte autenticamente imprenditoriali (2). Una logica punitiva apparsa sovente esasperata, resa ancor più allarmante dalle disarmonie che il raffronto tra le varie ipotesi di bancarotta enucleate dagli artt. 216, 217, 223 e 224 l.fall. ha scolpito in tutta la loro evidenza (3).

Da opposta angolazione, la riflessione sul ruolo della sentenza dichiarativa ha messo a nudo l'esigenza di rifuggire da letture impalpabilmente formaleggianti, ancorando viceversa la fattispecie a solide fondamenta di pericolosità concreta (4). Una consapevolezza perfettamente compendiata dalle acute osservazioni di Cesare Pedrazzi, quando rilevava che la ragione del rigore punitivo della bancarotta, « se non scaturisce da un collegamento materiale e psicologico col fallimento, (…) deve essere immanente alla struttura delle figure tipiche (…). L'alternativa è rappresentata da un'insanabile irrazionalità della vigente disciplina » (5); irrazionalità, invero, nuovamente acuita dalla identità delle cornici edittali della bancarotta patrimoniale "base" (artt. 216 e 223 comma 1 l.fall.) e della variante impropria *ex* art. 223 cpv. l.fall., a fronte di nuclei di disvalore, nell'unitarietà del bene giuridico presidiato, in alcun modo comparabili. A sua volta, la razionale declinazione degli interventi legislativi sul fronte extrapenale nello spartito delle fattispecie incriminatrici è sembrata promettere il recupero di accettabili tassi di determinatezza e offensività nel modello della bancarotta prefallimentare, attraverso la fenditura offerta dalla possibile incidenza della 'crisi' sugli elementi costitutivi del tipo (6).

È giunto il momento, dunque, di ricomporre i segmenti dell'indagine sin qui condotta, verificando se le spinte propulsive appena richiamate riescano finalmente, in una sintesi coerente, a riallineare il sistema – *in primis* la sua figura archetipica – su quell' « imperativo di proporzionalità, non privo di echi

(2) Cfr., diffusamente, *supra*, capp. I e II.
(3) Cfr. in particolare *supra*, cap. III, §§ ss.
(4) *Supra*, cap. IV, *passim*.
(5) C. PEDRAZZI, *Introduzione*, cit., p. 2.
(6) *Supra*, cap. V, §§ 4, 7 e 8.

costituzionali, fra strutture oggettive e soggettive dell'illecito e trattamento punitivo » (7).

All'uopo verrà preso nuovamente a campione il modello della bancarotta per distrazione (8), di seguito impiegata, per comodità, quale formula di sintesi, riassuntiva delle rimanenti voci verbali elencate dall'art. 216 n. 1 l.fall. (con l'eccezione della esposizione di passività inesistenti, attesane la diversità di paradigma) (9). Si muoverà, dapprima, da una ricostruzione delle definizioni tradizionalmente prospettate dai formanti dottrinale e giurisprudenziale (§ 2) e dei 'correttivi' esegetici elaborati per arginare lo straripamento applicativo della figura (§ 3). Verranno quindi gettate le basi per l'elevazione della 'crisi' ovvero della 'insolvenza non irreversibile', non gestite, quale presupposto e ambientamento proprio dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale (§ 4), soppesando i vantaggi dell'opzione prescelta (§ 5) e soffermandosi, infine, sui riflessi nei rapporti con le fattispecie causalmente orientate (§ 6).

## 2. L'insufficienza del concetto di distrazione nelle impostazioni tradizionali della dottrina e della giurisprudenza: quadro d'insieme.

Nella disamina dei principali orientamenti dei due formanti in tema di distrazione una avvertenza sembra *in limine* doverosa. Laddove chiamata a impegnarsi nel compito definitorio, come si vedrà, la giurisprudenza si è ormeggiata su lidi non distanti da quelli battuti dalla prevalente dottrina; approdi non privi di una qualche aderenza alla realtà fenomenica, ma di scarsa pregnanza ove intesi come effettivi selettori di tipicità della fattispecie. Non si tratta di un esito sorprendente, se è vero che, al netto della centralità programmatica nell'economia della bancarotta, al concetto penalistico di 'distrazione' corrisponde, in generale, un tratto caratteristico alquanto sfocato, inidoneo, da solo, a restituire un appoggio immediatamente servibile per l'interprete della

(7) Così ancora C. PEDRAZZI, *Introduzione*, cit., p. 2.

(8) I motivi della scelta, riconducibili alla elevatissima frequenza statistica della bancarotta distrattiva nelle applicazioni giurisprudenziali, sono già stati illustrati *supra*, cap. II, § 2, al quale dunque si rinvia il lettore; con ciò, beninteso, non si intende affatto obliterare le peculiarità di alcune di queste voci, quali ad es. la dissipazione, di cui pure si è dato conto in precedenza (cfr. *supra*, cap. I, § 4), bensì semplicemente individuare, nel *continuum* disegnato dal legislatore con la tipizzazione di singole condotte omogenee, un concetto che meglio si presti a ripetere caratteristiche comuni di comportamenti, contrassegnati da identica specificità lesiva: in tema, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 53-54; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 77; A. TRAVERSI – S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 90.

(9) Nel caso della esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, infatti, l'incriminazione verte non su una manipolazione dell'attivo, bensì su un fittizio incremento delle passività: una simulazione di passività pure eventualmente prodromico alla sottrazione di attività (in tal caso funzionalizzate al soddisfacimento di crediti inesistenti), tuttavia a essa non direttamente equiparabile, attesa altresì la peculiare connotazione dell'elemento soggettivo (dolo specifico di pregiudizio ai creditori) che la sorregge: in argomento, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 64.

specifica norma incriminatrice: illuminanti, in proposito, le osservazioni di Giorgio Marinucci, che sottolineava come « un tratto comune alle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste (…). È però una nota così generica che si stempera nella fisionomia di ogni singola fattispecie » (10) (11).

Da qui, allora, già un primo significativo corollario: una analisi proficua non può prescindere da una lettura integrata del vocabolo, che tenga conto, con sguardo globale, del complesso normativo (extrapenale) in cui è inserito e, con visuale più specifica, delle altre figure di reato che compongono il sottosistema in cui la previsione che lo ospita è innestata; ma si proceda per gradi.

Un primo ausilio all'opera definitoria sembra giungere all'interprete dalla valorizzazione della prospettiva storico-teleologica (sul cui sentiero, del resto, si è mossa tutta l'elaborazione successiva), distinguendo la Relazione ministeriale tra i casi di "sottrazione" – comprensivi della distruzione, della dissipazione, dell'occultamento e della dissimulazione – e la condotta di "distrazione" dei beni, e contrassegnando quest'ultima come destinazione del patrimonio a uno scopo estraneo a quello proprio dell'impresa (12), ovvero « come deviazione da uno scopo prefissato » (13). In effetti, l'eccentricità dell'atto di disposizione patrimoniale rispetto allo scopo sociale assurge spesso – tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza – a breviloquio per l'inquadramento concettuale della distrazione nel campo della bancarotta, pur nella varietà di accenti che sfuma le singole tesi: sennonché – qui la criticità – nel punto di partenza l'indagine finisce spesso per arenarsi.

Principiando dal formante dottrinale, in effetti, si è da più parti evidenziato come la condotta distrattiva, vero perno della bancarotta fraudolenta patrimoniale, « è idonea a riassumere le altre ipotesi fino a potersi ritenere riferibile indifferentemente a *tutte* le condotte di destinazione del patrimonio dell'impresa a scopi *diversi* da quelli dovuti » (14), e, segnatamente, agli atti di "storno" di beni dal patrimonio assoggettato alla garanzia creditoria, in assenza di corrispettivo oppure con procurata indisponibilità ai creditori del corrispettivo conseguito (15).

Non diversamente, venendo al formante giurisprudenziale, nell'indagare la base del momento rappresentativo del dolo di fattispecie si è sottolineato come «

(10) G. MARINUCCI, (voce) *Distrazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 310.

(11) Sottolinea, peraltro, il carattere prettamente normativo della distrazione nel contesto della bancarotta (intesa come destinazione, negativamente connotata, impressa dall'imprenditore ai suoi beni) C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., p. 611.

(12) Si veda, sul punto, la Relazione ministeriale, n. 49.

(13) In questo senso ancora G. MARINUCCI, (voce) *Distrazione*, cit., p. 310.

(14) Così G. COCCO, *Art. 216*, cit., p. 1175 (corsivi dell'A.).

(15) In argomento L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 156; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 42 ss. Sostanzialmente conforme anche U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 269 ss., che identifica la distrazione nella destinazione del bene a uno scopo diverso da quello, doveroso, di garanzia per i creditori.

la condotta distrattiva, idonea a determinare uno squilibrio tra attività e passività – e cioè un pericolo per le ragioni creditorie – [debba] risult[are] assistita dalla consapevolezza di dare al patrimonio sociale, o ad alcune attività, una *destinazione diversa rispetto alla finalità dell'impresa* e di compiere atti che possano cagionare danno ai creditori » (16). Del pari, rimarcando la superfluità del nesso causale tra condotta e insolvenza, si è concentrata « la condotta sanzionata dal reato di bancarotta non (…) [nell'] avere cagionato lo stato di insolvenza o (…) provocato il fallimento della società, bensì (…) [nell'] avere depauperato l'impresa, consisten[do essa] nella *destinazione delle risorse ad impieghi estranei alla dinamica imprenditoriale* » (17).

Ora, che il distrarre significhi imprimere al bene una destinazione difforme da quella pretesa dall'ordinamento, di per sé, non può essere revocato in dubbio; ma si tratta di una nozione tanto vaga da risultare tautologica. Tanto che, a ritrarne i diretti corollari, immediatamente si apprezza la scarsa conducenza di una nozione tanto stilizzata, per non dire indeterminata.

Viene in considerazione, in primo luogo, la commistione con oggettività giuridiche distinte da quelle fondanti il diritto penale fallimentare, ancorchè a esso complementari. Ove ridotta a semplice scarto astratto dall'oggetto sociale, infatti, la distrazione, oltre a inaridirsi in giudizi formalistici (18), finisce per traghettare la fattispecie di bancarotta impropria, adombrata dai riferimenti alle "finalità dell'impresa", nel campo d'elezione dei reati societari (e, in specie, dell'infedeltà patrimoniale). In luogo della precipua tutela dei creditori sociali, in particolare, assurge a bene giuridico di categoria il patrimonio della società in quanto tale, obliterando la fondamentale distinzione tra il patrimonio quale fonte di garanzia per i creditori (presidiato dalla bancarotta) e quale strumento per il perseguimento degli interessi sociali (presidiato, in senso lato, dalle fattispecie penali societarie): ben potendo i due piani, come accennato a più riprese, in concreto coincidere, ma anche decisamente divaricarsi (19). In assenza di una diretta incidenza sulla

(16) Cass. pen. sez. V, n. 7555/2006, in *CED Cass.*, rv. 233413 (corsivi nostri).

(17) Cass. pen. sez. V, n. 38325/2014, in *CED Cass.*, rv. 260378 (corsivi nostri).

(18) Sottolineano, non a torto, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 139, nel criticare il frequente atteggiamento della giurisprudenza, che, « rinvenendo l'unico o decisivo sintomo della "distrazione" fallimentare nella (…) estraneità formale [all'oggetto sociale, n.d.r.] », si giunge a far discendere « la sussistenza della bancarotta fraudolenta patrimoniale dall'adozione di parametri che si rifanno in ultima istanza alla semplice squama verbale delle espressioni utilizzate nel documento riassuntivo dell'oggetto sociale ». Sulla stessa linea N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 8, che rimarca « il rischio di risolvere l'accertamento della dimensione lesiva del patrimonio dei fatti di distrazione pre-fallimentare (…) nella mera stigmatizzazione di condotte di impresa contrarie ai principi di corretta amministrazione »

(19) Sul punto N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale*, cit., pp. 100-101, che richiama l'esempio di un aumento di capitale sociale di una società di un gruppo, da cui discenda la sottoscrizione delle quote da parte di un ente estraneo al perimetro dell'aggregazione societaria: operazione che potrebbe in prima battuta apparire estranea agli obiettivi della società, ma che –

funzione di garanzia, il riferimento al cambiamento di destinazione appare pertanto ambiguo, potendo persino determinare « una dilatazione dell'oggettività giuridica in termini di economia pubblica, che finisce per assegnare alle incriminazioni della legge fallimentare una funzione dirigistica, di promozione produttiva » (20).

Più in generale, l'appiattimento euristico sulla (pur ricorrente) nota di fondo costituita dalla discrasia tra destinazione in concreto imposta al bene e destinazione doverosa origina un criterio di *ridotta capacità selettiva*, e, perciò, particolarmente permeabile a *massicci riempimenti interpretativi*; è la stessa dottrina che accede all'impostazione in esame, del resto, ad ammettere, all'esito dello sforzo definitorio, che la distrazione « continua a svolgere nel sistema penale (…) [la funzione di] grande contenitore semantico messo dal legislatore a disposizione dell'interprete per consentire la repressione di condotte di abuso qualificato del possesso » (21). Soprattutto, una definizione tanto "minimalista" non coglie appieno le potenzialità offensive che una attenta lettura della voce verbale utilizzata dal legislatore, al lume dell'oggettività giuridica, restituisce: valore decisivo, come si vedrà tra un attimo, assume la relazione dell'atto dispositivo con l'entità del patrimonio, in funzione di garanzia per i creditori (22). D'altra parte, seguendo l'opzione qui criticata, si fatica a inquadrare il fenomeno nel contesto dell'impresa individuale (che costituisce invero l'archetipo legislativo), giacchè, naturalmente, l'imprenditore che si limiti a « trasferi[re] i propri beni da una destinazione all'altra nell'àmbito del suo patrimonio, in modo però che questi siano sempre reperibili e raggiungibili, non li distrae » (23) (24).

Il punto di rottura di tale impostazione, peraltro, è già stato affrontato dal lato dell'ampiezza del sindacato penalistico sulle scelte imprenditoriali; giova ribadire quanto allora evidenziato (25). Laddove l'atto gestorio appaia *ex ante* economicamente giustificabile (è il caso in cui alla fuoriuscita di una posta attiva si accompagni l'immissione, nell'asse patrimoniale, di un idoneo corrispettivo) – con la precisazione per cui la congruità va misurata non già in termini "matematici", bensì in relazione all'utilità attesa nel singolo contesto

sotto diversa prospettiva – potrebbe altresì tradursi in concrete prospettive di finanziamento della stessa, a vantaggio dei creditori sociali.

(20) Così C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 55.

(21) A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 73.

(22) Cfr. *infra*, § 3.1.

(23) Così, ancora, G. MARINUCCI, (voce) *Distrazione*, cit., p. 310.

(24) Non desta invece eccessiva preoccupazione, in ragione del comune denominatore sotteso alle singole condotte disvolute, il pur esatto rilievo secondo cui, così inquadrando la distrazione, a stento essa si emanciperebbe dalle figure contigue (si pensi, ad es., alla dissipazione, che pure presuppone la destinazione del bene a uno scopo diverso da quello istituzionalmente fissato).

(25) *Supra*, cap. I, § 4.

imprenditoriale (26) – non residua alcuno spazio per la distrazione. Ciò – si osservi – quand'anche, in ipotesi, all'esito dell'operazione il compendio patrimoniale risulti meno "liquido", e, dunque, il soddisfacimento per i creditori di minor immediatezza e più incerto, non potendosi confondere la consistenza con la liquidità della garanzia (27); in effetti, « il punto di vista penalistico, vincolato dalla tipologia legislativa, è più ristretto: di distrazione non può parlarsi fin tanto che l'attivo a disposizione dei creditori non risulti diminuito » (28). Semmai, ricorrendone gli estremi, condotte di cattiva gestione imprenditoriale potranno ricadere nelle maglie della bancarotta semplice; ma la refluenza nel paradigma fraudolento è esclusa.

Non che *ulteriori criteri* elaborati dalla dottrina, a ben vedere, sortiscano miglior esito. Vengono in rilievo, da un lato, l'impostazione che – scomponendo le condotte di cui all'art. 216 n. 1 l.fall. – annovera la distrazione tra le modificazioni fittizie dell'attivo (a differenza, tra l'altro, della distruzione o della dissipazione, innervanti ipotesi di effettiva diminuzione patrimoniale), onde impedirne l'apprensione da parte dei creditori (29); dall'altro, la variante della tesi maggioritaria, che salda la condotta distrattiva alla estromissione del bene dalla sfera patrimoniale del fallito (30).

Per un verso, la suddivisione tra fittizietà ed effettività del decremento patrimoniale assolve a una funzione meramente analitico-descrittiva, infeconda nel decrittare l'essenza delle singole condotte, accomunate dalla norma incriminatrice sul piano del disvalore (31). Per l'altro, non v'è dubbio che – a livello empirico – la distrazione si connoti tendenzialmente quale fuoriuscita di una posta attiva dall'asse patrimoniale dell'imprenditore; tuttavia – al pari della impostazione tradizionale – il correttivo imperniato sulla estromissione del bene sembra incagliarsi su tale intuitiva evidenza, senza promettere tangibili progressi definitori (il problema non ponendosi tanto nelle forme di una notazione naturalistica, quanto piuttosto su un piano normativo). Non diversamente da quella tradizionale, la tesi in parola, del resto, rischia anche di peccare per eccesso, poichè l'estromissione dal patrimonio non acquista valenza risolutiva nella variegata congerie di situazioni, già richiamate e assai frequenti nella prassi,

(26) Con implacabile lucidità, nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 57, che formula l'esempio di un bene strumentale, acquistato a caro prezzo ma di elevata utilità per l'impresa.

(27) In questi termini anche G. COCCO, *Art. 216*, cit., p. 1177.

(28) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 57.

(29) In dottrina, tra gli altri, per questa tesi, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 107 ss.

(30) In argomento: M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 390; (ancorchè all'interno della 'zona di rischio penale') P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 210; ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 481.

(31) In tal senso A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 162.

in cui alla alienazione del bene corrisponda l'ingresso nel patrimonio di un valore di segno positivo, dato da un congruo corrispettivo (32).

Trova dunque conferma l'impressione iniziale: l'indagine prettamente letterale soffre di un respiro troppo corto, esponendo la fattispecie a letture formalistiche, echeggianti un mero pericolo astratto. *Triplice*, in definitiva, il *rischio*, in progressivo approssimarsi all'*ubi consistam* del paradigma normativo (33):

(*a*) valorizzando il mero scarto tra destinazione astrattamente doverosa e destinazione in concreto fissata, pure condotte *ex ante* patrimonialmente neutrali (emblematica, di nuovo, la cessione del bene al giusto prezzo) potrebbero assumere, a fallimento avvenuto (34), contorni distrattivi; con l'inconveniente – già segnalato e criticato – di una *delega a vasto raggio al giudice penale sul merito delle scelte imprenditoriali* (35), e di trasformare la bancarotta « in un reato di infedeltà ai principi di 'buona amministrazione' – mercè la pubblicizzazione del bene giuridico –, (…) [con] un macroscopico aggiramento del principio di tassatività-determinatezza (…) allorquando il giudice sia chiamato a dar concretezza (…) alla nozione di 'distrazione', in se stessa priva di concretezza empirica, sganciandola dal riferimento al piano dell'offesa attuale al patrimonio e, quindi, dalla funzione di garanzia per i creditori che le è propria » (36);

(*b*) in secondo luogo, riconducendo la condotta, con espressione tralatizia, alla semplice emorragia patrimoniale in assenza di contropartita o con corrispettivo inadeguato, anche atti dispositivi che in concreto non intacchino l'idoneità della consistenza patrimoniale rispetto alla funzione di garanzia per i creditori verrebbero attratti nel cono di tipicità: così incappando in quella « *tutela troppo rigida*, che [fa] della garanzia patrimoniale un *feticcio paralizzante*, esiziale per l'impresa e deprimente in prospettiva generale » (37);

(*c*) da ultimo, astraendo dal quadro di contorno in cui l'atto dispositivo si inserisce l'*indagine a ritroso* del giudice penale appare *pressoché illimitata*, così alimentando l'incombente tentazione del regresso all'infinito nella ricerca di fatti

(32) Sul punto, condivisibilmente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 56.

(33) In argomento, volendo, S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 187 ss.

(34) Seppur nella giurisprudenza meno recente, si è affermato ad es. che l'utilizzo del denaro di una banca per l'acquisto di dipinti integri una condotta distrattiva: cfr., in proposito, Cass. pen. sez. V, n. 16094/1978, in *CED Cass.*, rv. 140647. Più in generale, si vedano gli esempi abbozzati poco sopra in questo § e, *amplius*, *supra*, cap. I, § 4.

(35) Rischio segnalato, in dottrina, anche da R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 76.

(36) N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 17.

(37) Così, lucidamente, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 990 (corsivi nostri).

distrattivi, a prescindere da qualsivoglia « valutazione concreta e contingente, attenta all'*hic et nunc* dell'impresa, (…) alla luce della situazione in cui [l'atto, n.d.r.] viene compiuto » (38), e, specularmente, esponendo il versante soggettivo doloso di fattispecie al rischio di svanire in una « prospettazione senza contorni né confini, praticamente "in bianco" » (39). Preoccupazioni non eccessive, se si pone mente alle coordinate di principio tracciate – seppur attraverso un *obiter dictum* – da un recente arresto delle Sezioni Unite: « i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualsiasi momento essi siano stati commessi e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza (…), essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività » (40).

### 3. I 'correttivi' dottrinali e giurisprudenziali alla espansione della bancarotta fraudolenta prefallimentare.

Se il rischio sintetizzato al punto (*a*) può essere sterilizzato, come si è già tentato di mostrare, soprattutto 'dall'esterno' della fattispecie di bancarotta fraudolenta, per il tramite di una corretta impostazione dei rapporti con le figure di bancarotta semplice, i rischi delineati ai punti (*b*) e (*c*) impongono la ricerca di 'correttivi interni' al tipo dell'art. 216 n. 1 l.fall., cui occorre – quindi – dedicare un *surplus* di riflessione.

Volgendo lo sguardo alle più mature elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, detti 'correttivi' possono proficuamente suddividersi, a fini espositivi, in due classi, a seconda dell'elemento di fattispecie valorizzato: l'uno, per così dire, "*sincronico*", essendo in particolare improntato al contenimento della tipicità già al momento di realizzazione della condotta attraverso una più accurata analisi delle caratteristiche a essa intrinseche (§ 3.1.); l'altro, invece, in un certo senso "*diacronico*", facendo leva sul quadro emergente al momento del fallimento per verificare la conservazione dell'attitudine lesiva originariamente veicolata dai fatti di bancarotta (§ 3.2.).

A margine di tali impostazioni, data l'evidente affinità funzionale, verrà esaminata (e sottoposta a critica) la tesi – rimasta, a quanto consta, isolata in dottrina – che ricostruisce i reati di bancarotta prefallimentare attraverso il parallelismo con il paradigma del tentativo, segnatamente quali delitti qualificati dalla "mancata desistenza" del soggetto attivo (§ 3.3.).

(38) C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 991 (corsivi dell'A.).

(39) Così, icasticamente, C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 302.

(40) Cass. pen. Sez. Un., n. 22474/2016, cit. Nella giurisprudenza precedente, in senso analogo, *ex aliis*: Cass. pen. sez. V, n. 3229/2013, in *CED Cass.*, rv. 253932; Cass. pen. sez. V, n. 11633/2012, in *CED Cass.*, rv. 252307; Cass. pen. sez. V, n. 44933/2011, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 39546/2008, in *Leggi d'Italia*.

**3.1. Primo 'correttivo': la sentenza dichiarativa di fallimento come "bussola" per la ricerca *aliunde* dell'offensività concreta dei fatti di bancarotta. Parzialità dell'opzione ricostruttiva e rinvio. –** Seguendo la tassonomia di rischi tracciata poco sopra, stanno in principio le stringenti annotazioni di Cesare Pedrazzi, di seguito riprese dalla migliore dottrina e, da ultimo, finalmente gemmate anche all'interno del formante giurisprudenziale: annotazioni che muovono da una lettura sinergica dei due essenziali vettori di tipicità della bancarotta prefallimentare – la conformazione strutturale e la pregnanza lesiva delle condotte tipizzate – e dell'elevato rigore edittale, e, in definitiva, dalla stessa obiettività giuridica di fattispecie (41).

È infatti la *corretta classificazione della sentenza dichiarativa di fallimento* – si è già avuto modo di sottolinearlo (42) – come condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità a sospingere verso un radicamento *aliunde* dell'offesa, strettamente ancorata alla realizzazione della condotta tipica, che – già negativamente contrassegnata sul piano letterale – si carica, quindi, di un precipuo *momento effettuale*; per riprendere le parole del Maestro, « l'offensività matura nel momento in cui, per effetto dell'assottigliamento reale o fittizio delle attività, il patrimonio del debitore viene reso inadeguato, o fatto apparire inadeguato, alla sua funzione di garanzia » (43).

La ricerca, quindi, deve affondare le radici nel più fecondo terreno della genetica pericolosità concreta – rispetto alla garanzia per i creditori – che impregna, colorandola di disvalore, la condotta. Con l'avvertenza già tratteggiata: in quanto correlato a un concetto di relazione (la garanzia), rapportato alla entità complessiva dei crediti al cui soddisfacimento il patrimonio è vincolato, il vaglio di pericolosità concreta si risolve in un *giudizio di inadeguatezza prospettica* (44), nella valutazione del « rapporto tra due grandezze: da un lato il fabbisogno di garanzia, dall'altro il costo dell'atto di disposizione (…) in termini di attivo

(41) *Supra*, cap. IV, in particolare § 3.2.

(42) *Supra*, cap. IV, § 5.

(43) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 69. Ricostruiscono la lesione all'integrità della garanzia per i creditori in termini di evento in senso stretto A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 155.

(44) Senza che ciò, con ogni evidenza, importi la possibilità di parcellizzare il giudizio sui singoli atti di disposizione, magari *ex se* non incidenti sulla consistenza funzionale del patrimonio, allorquando essi si rivelino, globalmente considerati, quali momenti di emersione di una complessiva distorsione della gestione (ferma peraltro restando, in tali evenienze, e in caso di impresa societaria, la possibilità di ricorso al diverso schema della bancarotta d'evento, laddove detta strategia prenda corpo con l'impresa ancora *in bonis* e si riveli prodromica al fallimento dell'ente: cfr. *amplius infra*, cap. successivo): in argomento, nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 70-71.

patrimoniale » (45), al metro di una soglia mobile di penale rilevanza, dipendente dalla situazione dell'impresa al tempo della condotta.

Ne deriva allora un corollario indiretto, ma rilevante, del quale occorrerà tenere conto nello sviluppo dell'analisi (46): se necessariamente espressiva di una relazione di probabilità (47) con la lesione ai diritti patrimoniali dei creditori, in tanto albergando il giudizio di pericolo nel contesto della bancarotta patrimoniale, la condotta si situerà *tendenzialmente*, "di fatto", *in una fase della vita dell'impresa già negativamente adombrata*, se non da una insolvenza conclamata, quantomeno da un rischio d'insolvenza, solo tale situazione "qualificata" potendo riverberare, in concreto, i presupposti del pericolo come elemento del tipo proscritto. Cadono a proposito i rilievi di Alberto Alessandri: « il transito all'area dell'illecito avviene solo se [le] condotte siano tenute in una situazione *imprenditoriale* nella quale il patrimonio a *garanzia* delle pretese creditorie è appena sufficiente a soddisfarle, tocca il suo limite. Solo da questo punto *in poi*, la distrazione incide negativamente sui diritti dei creditori, giacchè erode il patrimonio sufficiente a garantirli » (48).

(45) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 70.

(46) Il discorso non sembra peraltro mutare – lo si osserva solo incidentalmente (in quanto esulante dall'oggetto dell'indagine) – per le figure di bancarotta fraudolenta documentale. Sta in principio la considerazione per cui le fattispecie documentali condividono un'oggettività giuridica analoga a quella della bancarotta patrimoniale (tutelando da diversa angolazione, ovvero tramite un presidio alla corretta e completa ostensione della situazione patrimoniale del debitore, pur sempre l'interesse dei creditori al massimo soddisfacimento, alla cui garanzia è funzionalizzato appunto il patrimonio), ciò che – in uno alla identità nella tecnica di formulazione del precetto – sconsiglia una differenziazione dei paradigmi; il dolo specifico (di ingiusto profitto ovvero di pregiudizio ai creditori) della prima parte dell'art. 216 n. 2 l.fall. e la gravità dell'evento tipizzato nella seconda parte della norma incriminatrice, in effetti, restituiscono inequivocabilmente la strumentalizzazione delle manipolazioni contabili penalmente rilevanti al pregiudizio delle posizioni dei creditori in sede di liquidazione dell'attivo (per tutti, sul punto, C. PEDRAZZI, Art. *216*, cit., pp. 101 e 103-104). D'altra parte, se è vero che la bancarotta documentale si sintonizza su precisi obblighi civilistici di tenuta della contabilità (art. 2214 c.c.), che compongono lo statuto dell'imprenditore commerciale e che risultano connaturali – ben prima dell'esito concorsuale – allo stesso "autocontrollo" dell'attività d'impresa, è del pari indubbio che tale tutela "mediata" nulla aggiunge alla fattispecie penalfallimentare, che sconsiglia anzi, anche in ottica costituzionale (di rispetto del diritto di difesa), una criminalizzazione della violazione degli obblighi di documentazione contabile sganciata dalla finalizzazione (e, quindi dalla limitazione) all'interesse sostanziale (patrimoniale) dei creditori tutelato in via diretta; ed è significativo, in tal senso, che la bancarotta semplice documentale ancori la penale rilevanza delle condotte a una cornice temporale precisamente individuata. In argomento, per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 979-985; ID., *Art. 216*, cit., pp. 89 ss. Nel senso di un necessario "collegamento" anche tra le manomissioni contabili (e, quindi, le figure di bancarotta documentale) e la situazione complessiva dell'impresa, in dottrina, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 34.

(47) Per la fondamentale definizione del pericolo come relazione, in dottrina, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994, pp. 9 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 182 ss.

(48) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 21 (corsivi dell'A.).

Si tornerà più avanti su questi spunti, che meritano una chiarificazione ulteriore sul piano dogmatico per coglierne coerentemente le conseguenze nella focalizzazione degli elementi costitutivi di fattispecie.

Per quanto apprezzabilmente orientati al recupero di una soddisfacente proiezione lesiva della condotta (attraverso il richiamo al pericolo concreto per la garanzia da essa scaturito), infatti, gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali sembrano rimanere a metà del guado, non recidendo alla radice il nodo fondamentale della questione, in precedenza riassunto nel rischio *sub* (*c*): fino a che punto è consentito spingersi, sopraggiunto il fallimento, nella rilettura della vita economica dell'impresa, posto che persino la giurisprudenza più "dialogante" con la migliore dottrina ancora muove dal presupposto per cui, una volta intervenuta la declaratoria fallimentare, i fatti di distrazione assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi (49)?

La giurisprudenza di legittimità (50), in effetti, non si è mostrata insensibile alle sollecitazioni dottrinali, sul piano vuoi del recupero della fattispecie al modello del pericolo concreto, vuoi di una (reale) colpevolezza in capo all'agente: il riferimento è, in particolare, a due recenti sentenze, quasi coeve, della V sezione della Suprema Corte. Nella prima si è rimarcato che il pericolo contemplato dalla previsione incriminatrice (e che ne costituisce l'evento "giuridico") « non può che essere correlato alla idoneità dell'atto di depauperamento a creare un *vulnus* alla integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura di procedura concorsuale (…), con una analisi che deve riguardare in primo luogo l'elemento oggettivo, per investire poi in modo omogeneo l'elemento soggettivo e che certamente deve poggiare su criteri "*ex ante*", in relazione alle caratteristiche complessive dell'atto stesso e della situazione finanziaria della società, laddove l'"anteriorità" di regola è tale relativamente al momento della azione tipica » (51): vistoso l'accento, dunque, sulla congruenza lesiva tra atto dispositivo e pericolo per la massa, con le conseguenti implicazioni in punto di rafforzamento del versante soggettivo tipico. In una pronuncia di poco successiva, poi, tali osservazioni di principio sono state ribadite, arricchite e sviluppate sul fronte dell'accertamento processuale, con un monito al giudice del merito a ricercare nella specifica vicenda – tanto a corroborare l'estremo del pericolo concreto, quanto a irrorare le componenti del coefficiente psicologico – precipui 'indici di fraudolenza' (52), « rinvenibili, ad

(49) Cfr. ancora Cass. pen. sez. V, n. 38396/2017, cit., pp. 184 e 186.

(50) Utili spunti, in argomento, nella giurisprudenza più recente, si rinvengono nella già citata Cass. pen. sez. V, n. 15613/2015, pp. 97-98, nonché in Cass. pen. sez. V, n. 47616/2014, in *CED Cass.*, rv. 261683, di poco precedente.

(51) Cass. pen. sez, V, n. 17819/2017, cit., p. 1027; la Cassazione soggiunge, peraltro, che dalla valutazione del giudice non è esclusa la permanenza o meno della situazione fino all'epoca che precede l'apertura della procedura concorsuale: sul tema della bancarotta riparata si veda appena oltre nel testo.

(52) Sugli 'indicatori' del dolo, in dottrina, per tutti, G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., pp. 451 ss.; in giurisprudenza, per una dettagliata tassonomia di criteri ai fini della distinzione tra dolo

esempio, nella disamina del fatto distrattivo, dissipativo, etc. alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e della congiuntura economica in cui la condotta pericolosa per le ragioni del ceto creditorio si è realizzata; nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'imprenditore o dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte nei fatti depauperativi; nella "distanza" (e, segnatamente, nell'irriducibile estraneità) del fatto generatore di uno squilibrio tra attività e passività rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale: con la precisazione, in merito a quest'ultimo, possibile, "indice di fraudolenza", che la riconducibilità della condotta ad una anomala gestione dei beni dell'impresa (…) viene in rilievo al solo fine dell'accertamento del dolo secondo i consueti canoni utilizzati, come subito si vedrà, dalla giurisprudenza e non certo per operare un sindacato sull'opportunità delle scelte discrezionali dell'imprenditore » (53).

Ancora una volta, tuttavia, le buone intenzioni di partenza sembrano mantenere meno di quanto lasciano sperare. Beninteso: il tentativo di acquisizione della bancarotta prefallimentare ai principi di offensività e colpevolezza è un merito indiscusso della giurisprudenza più recente, da salutare con favore; impossibile non convenire con le premesse da cui questo impegno prende le mosse. Tuttavia, gli approdi non sono ancora risolutivi, e i motivi ricalcano perplessità già evidenziate, orbitanti attorno alla illimitata possibilità di rivalutazione delle vicende dell'impresa poi fallita da parte del giudice penale.

Lo dimostra, del resto, la stessa enucleazione dei marcatori di fraudolenza effettuata dalla Suprema Corte (54): scarsamente selettivi i criteri del contesto "soggettivo" e della estraneità all'oggetto sociale – il primo in quanto incapace di discernere oggettività giuridiche penali societarie e penali fallimentari (55); il secondo in ragione dell'incombente rischio di sconfinamento giudiziale nel merito delle scelte gestorie, dato il ridotto *appeal* applicativo delle figure di bancarotta

---

eventuale e colpa cosciente, Cass. pen. Sez. Un., n. 38343/2014, in *Società*, 2015, p. 215, con nota di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, *ivi*, p. 219; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1925 (a quest'ultima pubblicazione si riferiranno le successive citazioni), con note di G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, p. 1938, e di M. RONCO, *La riscoperta della volontà del dolo*, *ivi*, p. 1953; nonchè in *Cass. pen.*, 2015, p. 426, con nota di K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso* Thyssen Krupp. *Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, *ivi*, p. 490.

(53) Così Cass. pen. sez. V, n. 38396/2017, in *Giur. it.*, 2018, p. 185, con nota di S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione"*, cit., p. 187; la sentenza è altresì pubblicata in *Società*, 2018, p. 641, con nota di F. BREMBATI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza"*, *ivi*, p. 645. Le citazioni successive della sentenza in esame saranno riferite alla prima delle indicate pubblicazioni.

(54) Verranno di seguito riprese considerazioni già svolte in S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione"*, cit., pp. 194 ss.

(55) Le "cointeressenze" del soggetto attivo potrebbero infatti integrare elementi costitutivi di reati societari, paradigmaticamente della infedeltà patrimoniale.

semplice (56) –, unico indice pregnante si rivela l'ambientamento della condotta in una cornice economica "significativa". Il motivo è facilmente intuibile: in una situazione di insolvenza, o di prossimità a essa, gli atti dispositivi a sfondo patrimoniale acquistano immediata potenzialità lesiva rispetto alla garanzia.

Rimane dunque in tutta la sua problematicità, anche seguendo l'impostazione della giurisprudenza più recente, l'esigenza di conciliare la primazia del quadro di contorno quale "spia" della fraudolenza dell'atto dispositivo e la non decisività del dato temporale in cui quest'ultimo si inserisce: non solo sul terreno della pericolosità concreta, ma altresì del dolo di bancarotta, che va escluso « se anche tale sbocco [il dissesto, n.d.r.] non entri, almeno a livello di possibilità (ma di possibilità apprezzabile, con cui sia necessario fare i conti), nell'orizzonte mentale del debitore » (57).

**3.2. Secondo 'correttivo': la bancarotta riparata quale limitatore a posteriori della tipicità dei fatti di bancarotta. Critica. –** Un rimedio al rischio di regresso all'infinito del vaglio del giudice penale – rimedio ormai pressoché unanimemente condiviso in giurisprudenza (58) – è stato per vero concettualizzato entro la macro-categoria della 'riparazione' (59), segnatamente mediante la locuzione '*bancarotta riparata*' (60). Sono ancora le riflessioni di Cesare Pedrazzi a tratteggiarne nitidamente la fisionomia di « limite all'efficacia della condizione di punibilità che (…) opera nei soli confronti dei fatti tipici *tuttora significativi* nell'economia dell'offesa, mentre lascia immuni da sanzione quelli la cui potenzialità lesiva si sia esaurita prima della crisi terminale », atteso che « la punibilità (…) presuppone che i parametri di tipicità dei fatti di bancarotta (…) siano riscontrabili come attuali, indici di un pericolo ancora in essere per l'interesse protetto » (61). Vengono così espunte dallo spettro di tipicità offese ormai riassorbite, a condizione, naturalmente, che la "resipiscenza" dell'agente – ma analogamente una congiuntura fortunata, *medio tempore* intervenuta a ricostituire il patrimonio *quo ante* – abbia annullato per intero la portata lesiva

(56) *Supra*, cap. I, § 4, e in questo cap., § 4.

(57) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 76; ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1012-1013.

(58) Volendo citare solo alcune delle pronunce più recenti: Cass. pen. sez. V, n. 7212/2006, in *CED Cass.*, rv. 233604; Cass. pen sez. V, n. 3622/2007, in *CED Cass.*, rv. 236051; Cass. pen. sez. V, n. 39043/2007, in *CED Cass.*, rv. 238212; Cass. pen. sez. V, n. 8402/2011, in *CED Cass.*, rv. 249721; Cass. pen. sez. V, n. 28514/2013, in *CED Cass.*, rv. 255576; Cass. pen. sez. V, n. 52077/2014, in *CED Cass.*, rv. 261347; Cass. pen. sez. V, n. 4790/2016, in *CED Cass.*, rv. 266025.

(59) Sul reato riparato, in dottrina, per tutti (anche per ulteriori riferimenti), M. DONINI, Il *delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 236.

(60) Per un quadro d'insieme, in dottrina: P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

(61) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 24-25 (corsivi dell'A.).

dell'atto in precedenza compiuto, secondo un giudizio di ripristino non già di uno specifico bene ovvero di un dato rapporto, bensì del valore complessivo della garanzia (62). L'ampiezza, anche cronologica, del sindacato retrospettivo del giudice viene insomma mitigata e compensata attraverso un'ampia valutazione, prospettica, sulla perdurante proiezione lesiva delle condotte pericolose già realizzate, tesa ad appurarne la permanente incidenza sullo stato di insolvenza definitivamente cristallizzato nel fallimento (63).

Siffatta esigenza di attualizzazione della idoneità lesiva dell'atto dispositivo, come anticipato, non è rimasta ignota alla giurisprudenza, pure oscillante nell'individuazione della soglia temporale estrema per il riassorbimento dell'offesa: da alcune pronunce fissata, sulle orme della dottrina, al momento estremo della declaratoria fallimentare – così configurandosi « la bancarotta "riparata" (…) quando la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, *non rilevando, invece, il momento di manifestazione del dissesto come limite di efficacia della restituzione* » (64) –, da altre temporalmente limitata sino alla sopravvenienza della situazione di dissesto produttiva del fallimento (65), così di fatto esaurendo a un momento anteriore alla consumazione del reato l'indagine sulla efficacia riparatoria della condotta dell'agente.

Analogamente – sul postulato, tuttavia, della natura intrinseca della condizione obiettiva segnata dalla sentenza dichiarativa (66) – si è sottolineato, tornando alla dottrina, come, dovendosi declinare il giudizio di pericolosità in concreto al tempo del fallimento (che vale a catalizzare l'offesa, solo latente nelle singole condotte), a quel momento andrà apprezzata la permanenza offensiva dei fatti di bancarotta, « con la conseguenza che allorquando la condotta abbia annullato ogni effetto pregiudizievole per l'interesse tutelato prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura viene meno la stessa oggettività giuridica della fattispecie » (67). D'altra parte, la bancarotta riparata trova naturale cittadinanza muovendo dalla diversa prospettiva che ravvisa nel fallimento – o, meglio, nel danno per i creditori che la declaratoria certifica – l'evento delle figure di bancarotta prefallimentare (68): palese, infatti, l'assenza di

(62) Riferimenti, in argomento, in A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 45-46.

(63) In questi termini C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 72, e, con riferimento alla bancarotta semplice, ID., *Art. 217*, cit., p. 160.

(64) In tal senso Cass. pen. sez. V, n. 4790/2016, cit. (corsivi nostri).

(65) Così Cass. pen. sez. V, n. 8402/2011, cit.

(66) Per questa impostazione cfr. *supra*, cap. IV, § 3.2.

(67) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 55; nel medesimo senso P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 43, e, più recentemente, A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 45 ss., 78 ss.

(68) *Supra*, cap. IV, § 3.5.

un elemento costitutivo del reato se, all'epoca della sentenza dichiarativa, alcun effetto dannoso discendente dalle precedenti manipolazioni patrimoniali sia concretamente riscontrabile (69).

Già si sono evidenziate le ragioni che non consentono, a nostro avviso, di condividere l'arricchimento sostanzialistico della condizione di punibilità oppure di elevare il fallimento a evento dei reati di bancarotta prefallimentare (70); benchè, come si vedrà tra un attimo, soltanto accedendo a queste ultime impostazioni sia possibile logicamente fondare l'operatività dell'istituto che qui si va analizzando.

Merita per ora rilevare che – nella prospettiva da noi accolta – l'operatività del 'correttivo' necessariamente si coglie, più che nella struttura tipica in sé, in prospettiva diacronica, misurando l'efficacia "neutralizzante" di comportamenti prefallimentari, o più semplicemente di evoluzioni economico-patrimoniali, di segno contrario alla lesione per gli interessi del ceto creditorio, in chiave di pericolo, pur già maturata: una valenza (nuovamente) in fatto, quindi, posto che alcuna continuità normativa, in termini di progressione dell'offesa, per definizione insiste tra le condotte descritte dall'art. 216 l.fall. e il fallimento.

Ora, nessun dubbio che si tratti di limitazione temporale della efficacia della condizione di punibilità funzionale alla più ampia valorizzazione dell'offensività immanente alla fattispecie, cui si aggiunge l'opportunità « di equo contenimento della repressione, evitando di risalire indefinitamente nella ricerca di episodi riconducibili alla tipologia della bancarotta », ovvero di « rivitalizza[re] offese ormai disinnescate » (71). Pur non potendosi sottacere la difficile traducibilità pratica – in ragione dell'assenza di un preciso evento quale termine di riferimento (72), nonché considerando « l'enorme quantità e varietà dei comportamenti gestionali, l'aleatorietà delle loro ricadute nel contesto in cui opera l'impresa, la difficoltà di rinvenire condotte esattamente neutralizzanti » (73) –, la soluzione in esame si mostra, sul piano assiologico, complessivamente condivisibile.

È *sul terreno dogmatico*, comunque, che la bancarotta riparata *non* riesce *convincente* (74).

(69) Così, infatti, coerentemente sviluppando le conseguenze della propria impostazione teorica, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., pp. 86-87.

(70) *Supra*, cap. IV, § 5.

(71) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 25.

(72) Per considerazioni di segno diverso nelle fattispecie causalmente orientate cfr. cap. successivo, § 6.

(73) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 34.

(74) Una critica recentemente formulata all'istituto in esame ne ha sottolineato, più che i risvolti dogmatici, gli inconvenienti in punto di offensività, quantomeno ove esteso ai casi di "reintegrazione" della garanzia non dipendente da una diretta condotta dell'agente (si pensi a una contingenza successiva favorevole): così C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione,* cit., pp. 1038-1039; in precedenza ID., *I reati di bancarotta*, cit., pp. 86 ss.

Rilievo essenziale, ancora una volta, assume il ruolo della sentenza dichiarativa nelle fattispecie di bancarotta prefallimentare: la quale, ove saldamente ancorata al ceppo delle condizioni di punibilità (estrinseche), alcuna incidenza sostanziale riflette su un reato già perfetto (75), non potendo invero « le modificazioni della dimensione lesiva del fatto sopraggiunte (…) "retroagire" sulla tipicità di una condotta che ha ormai dispiegato i propri effetti in modo compiuto, assurgendo a rilevanza penale » (76). Vale la pena ribadirlo: la subordinazione della punizione all'intervenuto fallimento non trova la propria ragion d'essere in un rapporto di evoluzione lesiva, ovvero di ratifica in termini di danno dell'offesa (in chiave di pericolo) costitutiva delle condotte di bancarotta (77). Altro è dunque dedurre dalla condizione di punibilità – che tale rimane – l'esigenza di rinvenire altrove la cifra lesiva della fattispecie, valorizzando al massimo i residui elementi verso il recupero, non privo di echi costituzionali, dell'attitudine offensiva per il bene protetto (78). Diverso è invece sbiadire l'estraneità della condizione obiettiva al piano dell'offesa assegnandole, in positivo, il compito sostanziale di selezionare le condotte tipiche sulla scorta della loro perdurante attitudine dannosa; con l'effetto, però, di tramutare il pericolo in danno (79), trasfigurando la struttura del precetto normativo. Come efficacemente sottolineato da Alberto Alessandri, infatti, qualora si affermi che « quelle condotte sono punibili sempre che non siano state nel frattempo neutralizzate, si dice per forza anche che quelle condotte sono punibili in quanto *cause concorrenti* a provocare il dissesto » (80).

Un prezzo troppo alto in termini di coerenza complessiva, che tra l'altro – come si passerà tra breve a verificare – non appare neppure indispensabile per giungere al (giusto) risultato (81).

Valore decisivo, sul piano sistematico, non mostra del resto il riferimento all'art. 219 l.fall., nella parte in cui ricollega efficacia aggravante o attenuante,

(75) In riferimento alle condotte di occultamento e dissimulazione L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 158-159.

(76) Così A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 64. Sostanzialmente del medesimo avviso U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 99 ss., che rileva come, in tali situazioni, sia semmai di ardua prova la ricorrenza dell'elemento soggettivo.

(77) In tal senso, pur, come visto, optando per la configurabilità della bancarotta riparata, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 17-18; ID., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1024-1025.

(78) Critico rispetto alla fondatezza dogmatica della bancarotta riparata anche M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., pp. 322 ss., che riconosce valenza alla "restituzione" unicamente in punto di elemento soggettivo.

(79) Sottolinea l'affinità tra la bancarotta riparata e la tesi che riconduce la bancarotta prefallimentare ai reati di danno anche M.N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità*, cit., p. 1158.

(80) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 29 (corsivi dell'A).

(81) Rimarca l'incoerenza nella valorizzazione della bancarotta riparata, ove si acceda alla tesi del fallimento quale condizione di punibilità, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 87.

rispettivamente, al danno patrimoniale di rilevante gravità o di speciale tenuità, chiaramente da sperimentare nell'orizzonte temporale del fallimento e rispetto ai contributi lesivi riflessi nei precedenti fatti di bancarotta (82): si è osservato, segnatamente, che, se la valutazione dell'incidenza dannosa delle condotte tipiche va inevitabilmente riportata al momento del fallimento, essa « ha (…) senso nei soli confronti delle condotte tipiche che nel momento in cui interviene la condizione di punibilità conservino un'attualità di attitudine offensiva » (83). Non va tuttavia sopravvalutato il peso di una norma che, in ultima analisi, assegna all'entità del danno un rilievo puramente accidentale (mediante tipizzazione di circostanze, aggravanti o attenuanti), postulando quindi un reato già "completo", e che per giunta, secondo un orientamento ormai consolidato (84), opera, quanto a effetti attenuanti, anche in assenza di qualsivoglia profilo di danno (siano le condotte indifferentemente patrimoniali o documentali): con il che non si comprenderebbe come conciliare l'attitudine limitativa del tipo all'efficacia puramente attenuante della pena, contemporaneamente assegnata all'assenza di dannosità della condotta in sede di rilevazione del nocumento (85). Sembra, poi, che fondare sull'art. 219 l.fall. la costruzione della bancarotta riparata finisca per provare troppo. L'aumento o la riduzione di pena si giustificano infatti, su un piano politico-criminale, per la trasformazione in danno – nell'ottica del sopraggiunto fallimento – del pericolo già immanente ai comportamenti tipici, ma non implicano affatto, *a contrario*, che la rilevanza penale dipenda immancabilmente dalla protrazione della portata lesiva delle condotte (e della loro conseguente modificazione in danno) al tempo della declaratoria fallimentare. La legge, quindi, non si preoccupa di regolare effetti sostanziali, sul terreno del 'fatto', della sentenza dichiarativa, bensì di valorizzare, in punto di sanzione,

(82) Sull'art. 219 l.fall., in dottrina, per tutti, F. SGUBBI, *Art. 219*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., p. 202.

(83) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 24.

(84) Si veda, in argomento, Cass. pen. sez. V, n. 9911/1978, in *CED Cass.*, rv. 139797, che, sulla scia di Corte Cost. n. 93/1975, ha ritenuto l'attenuante applicabile *a fortiori* quando un danno patrimoniale sia del tutto assente. In dottrina, tra gli altri: F. SGUBBI, *Art. 219*, cit., p. 212; C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 23-24.

(85) La giurisprudenza prevalente, peraltro, argomentando sulla scorta di una altrimenti palese irrazionalità di sistema, ritiene la norma in esame applicabile anche alle fattispecie dell'art. 223 comma 2 l.fall., costruite in termini condizionalistici (e rispetto alla quali, dunque, alcun problema di attualizzazione di una precedente lesione in chiave di mero pericolo si porrebbe), ad onta del mancato riferimento, all'interno dell'art. 219 l.fall., al successivo art. 223: così, *ex aliis*, Cass. pen. sez. V, n. 17690/2010, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 10791/2012, in *CED Cass.*, rv. 252009, e, in dottrina, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 330 ss. *Contra* tuttavia la prevalente dottrina, che ritiene l'impostazione giurisprudenziale maggioritaria, quanto all'estensione della circostanza aggravante della particolare gravità del danno alle figure di bancarotta impropria, viziata da analogia *in malam partem*: cfr., ad es., F. SGUBBI, *Art. 219*, cit., p. 211; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 58; in giurisprudenza, per una isolata adesione a quest'ultima tesi, Cass. pen. sez. V, n. 8829/2010, in *CED Cass.*, rv. 246154. Quanto alla peculiare figura di reato continuato disegnata dall'art. 219 comma 2 n. 1 l.fall. si rinvia alle osservazioni già svolte *supra*, cap. III, § 4.

eventuali « convergenze cronologiche » (86) tra le condotte di bancarotta e le loro conseguenze al tempo del fallimento.

Solo se così intesa, anzi, la verifica cui l'art. 219 l.fall. richiama l'interprete conserva una *coerenza interna al sistema* della legge fallimentare, il quale (87) affianca a fattispecie di pericolo figure decisamente impostate su eventi dannosi: qualora, infatti, la relazione di pericolo, all'interno delle prime, si ipotizzasse in termini non di probabilità, bensì di implicazione necessaria (nel senso che il pericolo, ai fini dell'integrazione del reato, dovrebbe senz'altro tramutarsi in danno), il fatto pericoloso coinciderebbe con il fatto dannoso e perderebbe autonomo significato. Verrebbe in tal modo privata di senso, per citare le parole di Francesco Angioni, « la legge stessa, laddove prevede fattispecie di pericolo accanto a fattispecie di lesione, e il concetto di pericolo accanto a quello di danno (*id est* lesione) » (88), tanto più in quanto – nel caso della bancarotta – il danno rappresenterebbe « la progressione di *tutto* il pericolo di base, esaurendone il disvalore » (89).

Riguardata al lume della *teoria del pericolo*, in effetti, la valenza della riparazione nel quadro dell'art. 216 l.fall. si rivela ancor meno persuasiva. Sta in principio una premessa, che, non potendo trovare in questa sede (per ovvie ragioni) adeguato approfondimento dogmatico, viene qui richiamata come postulato (90). Pur dovendosi ricorrere a un giudizio su 'base totale' (91), segnatamente, non è consentito, nel procedimento di accertamento del pericolo, l'impiego di metodi *ex post* (92), ovvero riferiti a un momento in cui il decorso degli avvenimenti si è ormai concluso (nel caso di specie, al tempo del fallimento) e basati sulla considerazione di elementi sopravvenuti al fatto (93): la totalità dei

(86) Così lo stesso C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1025-1026, e ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1003, ove si osserva che il danno precipuamente imputabile alla condotta può acquistare rilievo giuridico, eccettuati i casi di bancarotta impropria, unicamente come circostanza.

(87) *Supra*, in particolare cap. III, *passim*.

(88) F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 22 (corsivi dell'A.).

(89) F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 266 (corsivo dell'A.).

(90) Sul tema del pericolo la bibliografia è ovviamente amplissima: volendo qui limitarsi alle principali opere monografiche della dottrina italiana, a esse rinviando per ulteriori riferimenti, si vedano in generale i lavori di F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., e di M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit.

(91) Soluzione non pacifica in dottrina. Nel senso indicato nel testo, per tutti: F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., pp. 97 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 241.

(92) In dottrina, per una valutazione "mista", insieme *ex ante* ed *ex post*, del pericolo nelle figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale (non richiamando direttamente la figura della bancarotta riparata), E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2643 ss., nonché, adesivamente, P. RIVELLO, *Recenti orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 1074.

(93) Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., pp. 64-65, 98 e (per le condivisibili critiche alle impostazioni fondate su metodi *ex post*) 78 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 184, 328, 346.

dati fattuali che vanno a comporre la base del giudizio deve sussistere al momento della condotta tipica, cioè in una fase giocoforza anteriore a quella in cui il risultato dannoso – che del pericolo costituisce immediato referente concettuale – si è ormai verificato o non può più verificarsi (94). Né è possibile recuperare accadimenti futuri alla base del giudizio: essi potranno al più, laddove dotati di probabilità, contribuire alla descrizione del futuro e più probabile decorso causale, ma non concorrono a formare la piattaforma di fattori da cui muove il giudizio di prognosi postuma. Detto altrimenti, « sia perché sono soltanto probabili e non certe, sia perché non fanno parte di quelle circostanze che costituiscono e colorano il fatto tipico concreto oggetto del giudizio di pericolo » (95), gli avvenimenti futuri non potranno in ogni caso rientrare nella base del giudizio. D'altra parte, nelle situazioni in cui l'(eventuale) esito dannoso risulti differito rispetto al fatto oggetto del giudizio, la fissazione del momento su cui edificare la prognosi postuma non può che risolversi sulla scorta della *ratio* della tipizzazione di fattispecie di pericolo, la cui funzione primaria consiste nell'approntare una tutela anticipata (e, quindi, rafforzata) di determinati beni giuridici; se così è, allora, quel momento andrà individuato – nel *continuum* degli avvenimenti – nel segmento che riflette la maggiore misura di probabilità di realizzazione dell'evento lesivo (la c.d. "prognosi più sfavorevole") (96).

Si tratta di considerazioni particolarmente significative nella cornice della bancarotta patrimoniale prefallimentare: fattispecie affiancata, nel caso dell'impresa societaria, da figure di evento dannoso (dunque contrassegnanti uno stadio più avanzato di lesione al bene giuridico di categoria) (97) e modulata su uno iato cronologico, più o meno ampio, tra condotta (*i.e.* insorgenza del pericolo) e punibilità (*i.e.* declaratoria fallimentare, con cristallizzazione definitiva dell'offesa). Riportare all'epilogo fallimentare la valutazione di tipicità (ovvero di effettiva offensività) dei comportamenti tipici pone dunque l'interprete – ancora una volta – dinnanzi a un bivio: mantenere le incriminazioni dell'art. 216 l.fall. nell'orbita dei reati di pericolo, scompaginandone tuttavia le direttrici del giudizio e, in definitiva, frustrandone l'autonoma funzione di tutela; ovvero espungerle dalla categoria del pericolo, al prezzo però di una anamorfosi del fallimento, non più mera condizione di punibilità ma anche, in parte, costitutivo di un evento dannoso *rilevante* (ancorchè nel suo presupposto fattuale – l'insolvenza – non imputabile né obiettivamente né soggettivamente all'agente). Volendo chiosare con le lucide annotazioni di Francesco Angioni, in ambedue i casi il pericolo come elemento di fattispecie sarebbe « superflu[o] o impropri[o]: superflu[o] le

(94) In tema si veda ancora F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 99.

(95) Nuovamente F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 108.

(96) F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., pp. 185 ss. Per la fissazione del momento del giudizio di pericolo in una fase precedente la lesione, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 205.

(97) Quali le ipotesi dell'art. 223 cpv. l.fall.: *supra*, cap. III, § 8, e *infra*, cap. successivo, *passim*.

volte in cui accanto a una fattispecie di pericolo sia posta una corrispondente fattispecie di lesione; e impropri[o] le volte in cui esista la sola fattispecie di pericolo, perché occorrendo la presenza della lesione per dichiarare la presenza del pericolo, la fattispecie di pericolo sarebbe in effetti una fattispecie di lesione » (98).

D'altronde, e conclusivamente sul punto, l'approfondimento dell'indagine sulla pericolosità delle condotte al tempo della sentenza dichiarativa non riesce neppure a debellare del tutto il rischio di surrettizi sconfinamenti in presunzioni di lesività (e, quindi, a centrare compiutamente l'obiettivo prefissato), atteso che, in ultima analisi, anche condotte di gran lunga antecedenti rispetto alla decozione fallimentare (magari realizzate in situazione di floridezza economica), solo perché non neutralizzate da successivi comportamenti reintegrativi, potrebbero ridondare nello schema distrattivo (99).

Ne deriva, insomma, che, se si vuole *de iure condito* mantenere la fattispecie entro i binari del reato di pericolo e il fallimento quale condizione obiettiva di punibilità, è la *situazione del momento in cui sono realizzate le condotte* (con giudizio *ex ante*) *a certificare la pericolosità dei fatti di bancarotta*, che la successiva pronuncia fallimentare consente unicamente, quale « naturale punto di gravitazione » (100) delle condotte prefallimentari, di riesaminare retrospettivamente.

**3.3. La bancarotta prefallimentare come fattispecie qualificata dalla "non desistenza"? Critica. –** Merita infine soffermarsi su una proposta ricostruttiva della dottrina (101) che ripete sostanzialmente gli approdi sostanziali della bancarotta riparata, pur rivisitandone l'impianto dogmatico. La premessa è data dall'inquadramento della sentenza dichiarativa quale elemento costitutivo del reato (102), in quanto tale suscettibile di radicarne il tempo e il luogo di consumazione; nell'economia della fattispecie, secondo la tesi in commento, la declaratoria risulta deputata a soddisfare un « preciso ruolo temporale » (103), fungendo da limite « temporalmente certo, unico e tassativamente determinato e determinabile », ovvero da « "confine temporale" appartenente ad un dinamismo cronologico interno al fatto di bancarotta, per questo verso appartenente al

(98) F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 177.

(99) Per rilievi sostanzialmente simili M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 376.

(100) Così, icasticamente, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 997.

(101) Il riferimento è a D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., in particolare pp. 479 ss.

(102) Non a caso la dottrina in commento aderisce all'impostazione che ravvisa nel fallimento l'evento del reato di bancarotta: *supra*, cap. IV, § 3.5.

(103) D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 481.

formante strutturale, costitutivo della norma incriminatrice » (104). La polarizzazione della fattispecie sui due estremi della condotta e del limite temporale così individuato avvisa, dunque, di una tipicità « su due tempi » (105): il primo incaricato di selezionare il comportamento lesivo del bene giuridico presidiato, il secondo chiamato, invece, ad appurarne la perdurante attitudine offensiva. Una incriminazione, dunque, scandita su due fasi, congiunte dall'attesa dell'ordinamento – il cui termine ultimo è fissato appunto nella declaratoria fallimentare – di eventuali atti di segno contrario da parte dell'imprenditore, in assenza dei quali il reato sarà definitivamente consumato.

Stando così le cose, si osserva, il modello della bancarotta prefallimentare ricalca l'archetipo del tentativo e della causa di non punibilità della *desistenza volontaria*, a esso correlata nella trama dell'art. 56 c.p. (106). Se, infatti, nello schema-base del reato tentato, « solo dopo una non-desistenza il fatto è reso passibile di pena (…) », mentre « il configurarsi *in positivo* di un atteggiamento desistente porta a negare qualsivoglia considerazione alla frazione di condotta esecutiva già realizzata: "rinnegare" il compiuto col desistere, rendendolo quindi inesistente (salva l'irreversibilità dell'avvenuta consumazione di altri illeciti penali) attraverso una immediata, operativa ed efficace regressione, impedisce (…) di addivenire ad una valutazione in termini penali di quegli atti che, compiuto il fatto della desistenza, non esistono più » (107); nella forma "derivata" dell'art. 216 l.fall., « la descrizione normativa (…), dopo aver selezionato la rilevanza penale di un certo comportamento (per tutti, la distrazione), si impegna ad *attendere* per un definito lasso cronologico (fino alla sentenza dichiarativa di fallimento) nelle cui more l'efficace realizzazione di una contrapposta modalità comportamentale è riconosciuta capace di estirpare l'idoneità offensiva segnalata dalla condotta precedente. Tanto varrà ad escludere la punibilità dell'agente per insussistenza del fatto (tipico) di reato, posto che gli indizi della condotta dolosa trascolorano in meri fattori naturalistici inadatti a suscitare l'interesse penale » (108).

La modulazione del paradigma delittuoso sulla (implicita) clausola speciale di desistenza così individuata, nella medesima prospettiva, per un verso darebbe conto della impossibilità di configurare la forma tentata in relazione alle varianti

(104) Così ancora D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 481.

(105) D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 482.

(106) In tema di tentativo, oltre agli Autori già citati nel cap. III (nota n. 153) e più avanti nelle note, merita segnalare, per la profondità della riflessione, la dettagliata ricostruzione storica dell'istituto e l'ampia analisi di diritto comparato, l'Opera di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012 (a essa rinviando anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

(107) D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 482 (corsivi dell'A.).

(108) Così, nuovamente, D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 482 (corsivo dell'A.).

prefallimentari di bancarotta, per l'altro si presterebbe ad agevole applicazione anche nelle figure postfallimentari, rispetto alle quali il termine di riferimento temporale sarebbe costituito dalla chiusura della procedura (109).

Già i prospettati vantaggi in punto di *locus/tempus commissi delicti* ed esclusione della forma tentata appaiono notevolmente ridimensionati, solo a considerare che ad analoghe conclusioni si perviene agevolmente anche accedendo, da un lato, al più confacente inquadramento della sentenza dichiarativa quale condizione obiettiva di punibilità (bastevole in proposito rivelandosi il richiamo all'art. 158 c.p.) (110), dall'altro, alla compiuta classificazione della fattispecie entro i reati di pericolo concreto, rispetto ai quali l'ulteriore anticipazione della tutela alla stregua del tentativo non è concettualmente ammissibile (111).

La *scarsa persuasività* della elaborazione appena descritta si coglie peraltro, a nostro avviso, tanto dal lato della conformazione impressa alle figure di bancarotta prefallimentare, quanto dal lato della eccentrica declinazione – nel tessuto tipico di queste ultime – della (mancata) desistenza volontaria.

Conviene muovere proprio da una preliminare definizione di quest'ultima, richiamando le coordinate teoriche strettamente funzionali al discorso che ci occupa. Con la previsione dell'art. 56 comma 3 c.p., in particolare, il legislatore tratteggia una *causa personale sopravvenuta di esclusione della punibilità* (112), collegata al mutato atteggiamento dell'agente che, dopo aver compiuto atti già di per sé costituenti tentativo, rinunci a realizzare gli atti ulteriori che ancora poteva compiere affinchè il reato si perfezionasse (113); con una demarcazione – essenziale nei reati di evento – rispetto alla contigua figura del recesso attivo (contrassegnata da identica *ratio* politico-criminale, ancorchè disegnata quale mera circostanza attenuante) che fa leva sulla "signoria" che l'agente ancora mantiene (desistenza) ovvero non conserva ulteriormente (recesso attivo) sul decorso causale attivato con la precedente condotta (114).

(109) In tal senso, ancora, D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 482.

(110) *Supra*, cap. IV, § 5; in giurisprudenza, ora, Cass. pen. sez. V, n. 13910/2017, cit.

(111) Riferimenti *supra*, cap. III, § 8.

(112) Accede a tale inquadramento la dottrina nettamente maggioritaria. Si vedano, tra gli altri: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 425 e 479; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 453; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 630; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 266; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi*, cit., p. 381; F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 463; M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 612; S. BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003, p. 109.

(113) Alla base dell'istituto la logica, generalpreventiva, dei "ponti d'oro" al nemico che fugge, in uno alle componenti specialpreventiva – riflessa nella scarsa propensione a delinquere manifestata dall'agente – e premiale (meritevolezza dell'impunità in forza del libero ritorno al diritto): sul punto, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 453.

(114) Per la tesi che, nei reati di evento, fonda sulla "signoria" del reo sul decorso causale scaturito dalla condotta la differenza tra i due istituti, in dottrina: M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 609;

Tanto premesso, viene in rilievo, anzitutto, la difficoltà di verificare il perdurante *dominio sul processo causale* originato da manipolazioni patrimoniali compiute dal soggetto attivo, almeno ove scollegato da un preciso referente fenomenico (altro, infatti, è l'orizzonte in caso di fissazione dell'evento nell'insolvenza) (115). Volendo esemplificare, la restituzione di un *asset* societario precedentemente distratto a proprio favore dall'agente potrebbe senz'altro rientrare nella sfera di efficace "contro-azione", ma *quid iuris*, in caso di trasferimento di un bene a un terzo?): difetto, è vero, che la tesi in esame condivide in generale con la bancarotta riparata, ma assai più rilevante nella prospettiva qui criticata, che include la declaratoria fallimentare – intesa come accadimento della cui realizzazione il soggetto attivo pone le premesse, omettendo poi di sterilizzare il decorso causale – nell'*oggetto del rimprovero*. Senza contare, inoltre, che l'estensione del paradigma dell'art. 56 c.p. alla bancarotta postfallimentare non tiene conto della ontologica diversità di struttura della fattispecie contemplata dall'art. 216 cpv. l.fall., la quale – a tacere di ulteriori tratti differenziali rispetto all'omologa figura prefallimentare (116) – logicamente si consuma al verificarsi di ogni singolo episodio delittuoso: potendo, dunque, bensì operare, eventualmente, l'attenuante comune dell'art. 62 n. 6 c.p., ma non la desistenza, inconcepibile al cospetto di un reato già perfetto (117).

L'accento sul carattere personale della desistenza, poi, ne rende ulteriormente problematica l'equiparazione con le riparazioni in seno all'impresa in caso di realizzazione plurisoggettiva dell'illecito: mentre queste ultime, escludendo l'attitudine lesiva dei precedenti comportamenti, rilevano con ogni evidenza oggettivamente, e, quindi, anche se in ipotesi realizzate da uno solo dei concorrenti nel reato, la desistenza rimarrebbe strettamente connessa all'annullamento degli effetti del proprio precedente contributo da parte del singolo agente, non potendo in ogni caso l'impunità estendersi *eo ipso* agli altri compartecipi (118). L'equipollenza tra riparazione e desistenza appare smentita, da ultimo, dalla radicale diversità di effetti che le caratterizza, dal momento che la prima, assai più incisivamente dell'istituto codicistico (che s'appunta sulla mera

(implicitamente) F. PALAZZO, *Corso*, cit., pp. 465-466; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 453-454. *Contra*, nel senso che il discrimine ruoterebbe sulla coppia concettuale "tentativo compiuto/tentativo incompiuto": A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi*, cit., p. 381; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 632; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 264.

(115) Cap. VII, §§ 5 e 6.

(116) Su tutti, la natura di presupposto del reato della declaratoria fallimentare, con il conseguente "spossessamento" dell'imprenditore dai suoi beni: per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 104 ss.

(117) Per la configurabilità, al più, dell'attenuante comune del c.p. in caso di integrale restituzione di attività anteriormente alla chiusura della procedura concorsuale, in dottrina, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 116.

(118) Le "combinazioni" tra desistenza e concorso di persone nel reato sono alquanto complesse: nel senso indicato nel testo, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 542-543.

esclusione della punibilità), marcherebbe addirittura, negli sviluppi della tesi qui criticata, l'insussistenza del tipo legale (119).

Più in radice, è la stessa analogia descrittiva tra bancarotta e tentativo a piegare la fattispecie verso sagomazioni prive di appiglio nella struttura dell'incriminazione, di fatto plasmandola quale reato a *forma mista*, per il tramite di un obbligo di rimediare alle diminuzioni patrimoniali già realizzate (dunque, a tutti gli effetti, una posizione di garanzia in capo al soggetto attivo) insorgente dalla realizzazione di un precedente fatto pericoloso e di un elemento soggettivo, di conseguenza, costantemente sintonizzato (sino al fallimento) sull'omesso impedimento. Una costruzione che non solo non sembra dar conto della responsabilità penale dei vertici societari per la mancata neutralizzazione di *altrui condotte pericolose* per il bene presidiato (120) (si osservi: con una fonte dell'obbligo impeditivo originaria, scaturente direttamente nelle norme del codice civile che regolano i ruoli dei *gatekeepers*, non già dedotta dalla stessa norma incriminatrice) (121), ma neppure promette maggiore aderenza al principio di colpevolezza, atteso che non spiega le sorti dell'agente in caso di manipolazioni patrimoniali non rimediate per impossibilità assoluta sopravvenuta all'azione.

Un sommario richiamo alle annotazioni già svolte in punto di necessaria offensività della condotta (122) informa, del resto, della impossibilità di biforcare la tipicità delle figure prefallimentari, facendo gravitare l'offesa essenzialmente sull'evento fallimento (la cui causazione risulta già tipizzata in via autonoma dall'art. 223 cpv. l.fall.): al contrario, la lesione matura a valle della diminuzione, reale o fittizia, dell'attivo patrimoniale, per l'effetto divenuto inadeguato alla funzione di garanzia (123). Giova ribadirlo nuovamente: « riportare l'illegittimità delle condotte di bancarotta alla violazione di un precetto coevo, ancorchè condizionato nell'effetto giuridico-penale (…) è la sola via per far salva la costituzionalità dell'edificio legislativo, la sua stessa compatibilità con la vocazione imperativistica della norma penale » (124).

È su questo piano che occorre quindi, in conclusione, coerentemente riassestare l'indagine, arricchendo semmai la tipicità della fattispecie sul versante della condotta per "ottimizzare" la valutazione diagnostica del pericolo, vale a dire la prognosi postuma razionalmente fondata sulla relazione di probabilità (prognosi *ex ante*) di lesione (125). Fondamentale diviene, in altre parole,

(119) In tal senso D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale*, cit., p. 483.

(120) *Supra*, cap. I, § 3.

(121) Per l'esclusione della legge penale quale fonte di posizioni di garanzia, *ex aliis*, in dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 162.

(122) *Supra*, cap. IV, §§ 3.1. e 5, nonchè, in questo cap., § 3.1.

(123) Fondamentale, sul punto, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 69.

(124) C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1009.

(125) Riferimenti, in argomento, in F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., pp. 26, 36 ss.

verificare la ricorrenza di ulteriori "attributi" della condotta, o meglio della "*situazione tipica*" in cui essa va ad ambientarsi, che con più decisione esprimano la relazione probabilistica con la successiva (ma pur sempre incerta) lesione del patrimonio in funzione di garanzia.

Non si tratta, peraltro, di una ricerca priva di basi, di un salto nel buio; si tratta, piuttosto, di riprendere e definitivamente sviluppare spunti già disseminati nel corso della ricerca, in particolare nel raffronto con il quadro extrapenale di riferimento. È il momento, in altre parole, di riannodare il filo spezzato che lega le fattispecie fraudolente prefallimentari alla realtà normativa che ne permea la struttura, del tutto trascurata dai 'correttivi' variamente ritagliati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in ciò accomunati dalla mancanza di un congruo 'ambientamento situazionale' della condotta, che marchi il cambio di oggettività giuridica e accompagni l'ingresso sulla scena della figura di bancarotta patrimoniale.

## 4. 'Crisi d'impresa' e bancarotta fraudolenta prefallimentare.

Riflettendo sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento, si è osservato che storicamente la valorizzazione del ruolo dell'insolvenza, all'interno del fatto tipico della bancarotta prefallimentare, si deve alle acute annotazioni di Pietro Nuvolone (126). Difficilmente confutabile la premessa del suo pensiero, del resto non distante dalle considerazioni sopra svolte, pur sullo sfondo di un diverso ancoraggio dell'oggettività giuridica: l'illimitata possibilità per il giudice di risalire lungo il corso della vita dell'impresa alla ricerca di fatti di bancarotta, esponendo la fattispecie a un grave *vulnus* ai principi di legalità e tassatività, comporta conseguenze razionalmente inaccettabili, « principale fra tutte l'indefinita retroattività della illiceità, purchè a un certo punto sia stato dichiarato il fallimento, a momenti della vita dell'impresa, in cui i cosiddetti fatti di bancarotta non ledevano, neppure potenzialmente, alcun legittimo interesse o ne ledevano uno completamente diverso » (127). Da qui, oltre al conferimento di un portato sostanziale alla declaratoria fallimentare (in parte recuperato al piano dell'offesa), l'individuazione di una 'zona di rischio penale', che illumina la *ratio* stessa della incriminazione, vale a dire la « conservazione dei beni dell'imprenditore, allorchè si trova, anche senza sua colpa, in istato di *insolvenza* » (128): è il compimento di certi atti in pendenza dello stato di insolvenza – presupposto delle procedure concorsuali allora vigenti –, infatti, nella prospettiva dell'Autore, ad assumere i crismi della tipicità, in quanto idoneo a frustrare le

(126) *Supra*, cap. IV, § 3.2.

(127) P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali*, cit., p. 291.

(128) P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali*, cit., p. 291 (corsivo dell'A.); ID., (voce) *Fallimento*, cit., p. 481.

finalità dell'imminente procedura (129). L'insolvenza segna dunque, in positivo, il limite di rilevanza penale delle manipolazioni patrimoniali del soggetto attivo, da essa scaturendo concretamente per l'imprenditore il dovere di non sottrarre i propri beni ai creditori, e, in negativo, « per la contraddizione che non lo consente » (130), la sfera di liceità garantita dalla norma incriminatrice, non residuando alcun vincolo immediato di destinazione dei beni ai creditori quando l'impresa sia in grado di soddisfare le proprie obbligazioni con gli ordinari mezzi di pagamento.

Inevitabili le conseguenze: in quanto presupposto del reato, « l'accertamento dello stato di insolvenza al momento del fatto è (…) pregiudiziale per l'affermazione della responsabilità penale » e, con riguardo alla bancarotta prefallimentare, va condotto dal giudice caso per caso (131).

Non occorre ritornare sulla questione dell'oggettività giuridica della bancarotta, né tantomeno sul ruolo della sentenza dichiarativa, aspetti diffusamente sviscerati; bensì, piuttosto, appurare se il richiamo all'insolvenza (o, eventualmente, ad altri indicatori temporali) quale limite cronologico al paradigma dell'art. 216 n. 1 l.fall. – ovvero a un diverso *incipit* dell'area di rischio penale intercettata dalla norma incriminatrice – sia ancora attuale, se non addirittura più solido, alla luce dell'odierno contesto normativo. È necessario insomma, finalmente, accertare se la ricerca dell'offensività concreta che agita lo studio della fattispecie possa completarsi con una più decisa caratterizzazione dell'*habitat* in cui le condotte tipiche vengono a realizzarsi.

Prima di tutto, però, appare necessaria una verifica terminologica e concettuale lasciata in precedenza in sospeso, funzionale – benchè forse non risolutiva sul piano definitorio – a una più puntuale impostazione della esposizione che seguirà.

**4.1. 'Crisi' e 'insolvenza': possibili definizioni per la semantica penalistica. –** Una provvisoria definizione della 'crisi' già è stata abbozzata allorquando – nel sottolinearne il ruolo di comune denominatore alle soluzioni negoziali tratteggiate dalla legge fallimentare – ne sono stati esaminati i riverberi espansivi e restrittivi della penalità, e più in generale si è preso atto del mutato bilanciamento dei valori in gioco da parte del legislatore delle recenti riforme del diritto dell'insolvenza (132).

In quella sede si era rilevato che il tratto essenziale della 'crisi' – concetto di matrice spiccatamente aziendalistica – sembra cogliersi nel suo essere "in potenza", vale a dire suscettibile *ex ante* di evolvere vuoi in una conclamata

(129) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 29.
(130) P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali*, cit., p. 292.
(131) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 31.
(132) *Supra*, cap. V, §§ 3.2., 7 e 8.

decozione, vuoi in un ritorno *in bonis* dell'impresa; di talchè la linea di confine rispetto alla vera e propria 'insolvenza' era stata tracciata nel carattere irreversibile o meno della difficoltà dell'impresa, solo una crisi ormai irrimediabile potendo renderla, appunto, insolvente. Si trattava, allora, soltanto di una ipotesi di lavoro, essenzialmente servente alla misurazione degli effetti della crisi, seguita o meno dalla declaratoria fallimentare, sui reati di bancarotta: un concetto, dunque, operante soprattutto dall'esterno dei paradigmi penalistici, come presupposto per l'attivazione di determinati istituti (le procedure di risanamento), combinati con le fattispecie delittuose in funzione essenzialmente scriminante (quanto alle operazioni realizzate in seno a tali soluzioni negoziali, pur con le incomprensibili eccezioni di cui si è dato conto) (133).

Di seguito verranno più analiticamente ripercorse – seppure per sommi capi (134) – alcune delle elaborazioni offerte dalla dottrina commercialistica, per accertare l'eventuale esistenza di nozioni proficuamente impiegabili in ambito penalistico, ovvero, quantomeno, integrare la definizione provvisoria sin qui adottata: sarà così possibile, a valle della breve ricognizione, sperimentare con maggior consapevolezza il rilievo della crisi (o dell'insolvenza) "all'interno" della intelaiatura tipica della bancarotta patrimoniale prefallimentare, segnatamente quale "innesto" delle condotte tipizzate.

(*a*) Impegnata soprattutto a inquadrare l'insolvenza, attesa la comparsa relativamente recente della crisi nel linguaggio legislativo, la giurisprudenza civile maggioritaria rinviene nel carattere finanziario il tratto essenziale dello stato di insolvenza, definito, in genere (in certa misura tautologicamente rispetto al disposto dell'art. 5 l.fall.), come situazione di impotenza strutturale – dunque non meramente transitoria – a soddisfare le proprie obbligazioni alle scadenze prefissate con mezzi "normali", in ragione del venir meno delle condizioni di liquidità e di accesso al credito indispensabili all'attività d'impresa e a prescindere dalla genesi delle cause che ne hanno determinato l'insorgenza (135); una inidoneità solutoria (di cui l'inadempimento è la manifestazione più evidente) da valutare non già staticamente, bensì prospetticamente e in ottica complessiva, secondo le emergenze desumibili dai bilanci, dalle scritture contabili e dallo stesso stato passivo nel frattempo formato (136), e nella quale la sfera patrimoniale e la componente economica acquistano rilievo soltanto sintomatico (137).

Variegate le posizioni della dottrina civilistica, che sarebbe impossibile persino compendiare. Conviene però registrare l'affacciarsi, accanto alle teorie

(133) Cfr. ancora *supra*, cap. V, §§ 4 ss.

(134) Rinviando agli Autori richiamati in nota per gli opportuni approfondimenti.

(135) Tra le altre, Cass. civ. sez. I, n. 5215/2008, in *CED Cass.*, rv. 602233-01; Cass. civ. sez. I, n. 26217/2005, in *CED Cass.*, rv. 586575-01.

(136) Così Cass. civ. sez. VI, ord. n. 23437/2017, in *CED Cass.*, rv. 646038-02.

(137) Sul punto D. GALLETTI, *Art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, tomo I (Artt. 1-63), Milano, 2010, p. 77.

tradizionali (variamente impostate su matrici personalistiche, patrimonialistiche o miste) (138), di una impostazione evolutiva, tendente in sintesi a intravvedere nell'insolvenza l'epifenomeno di una *carenza di programmazione* dell'imprenditore, in cui l'incapacità strutturale di adempiere – ancora declinata in una dimensione schiettamente finanziaria – è il frutto di una disfunzione della pianificazione e in cui l'avverbio "regolarmente" si riferisce ai mezzi preventivati nell'ambito della programmazione monetaria dell'impresa (139) – attributo essenziale alla nozione stessa di "imprenditore" (quale predicato della "economicità" dell'attività) (140) –, che rappresenta la « tipica risposta dell'impresa (…) al problema dell'imprevisione, che si situa alla base dell'evento-insolvenza » (141). Così tratteggiata, l'insolvenza sarebbe dunque irriducibile sia alla mera illiquidità – che potrebbe risultare superabile mediante una ri-pianificazione degli *assets*, in assenza di esternalità negative (142) – sia alla inidoneità dell'impresa ad "autoalimentarsi", soddisfacendo le obbligazioni sulla scorta dei mezzi ricavati dalla propria attività: quest'ultima opzione ricostruttiva – si osserva – rischierebbe invero di far emergere troppo tardi il fenomeno, limitandolo a situazioni eclatanti che certo vi refluiscono, ma non lo esauriscono (143) (rischio non estraneo neppure all'impostazione della giurisprudenza prevalente, del resto formatasi soprattutto in materia di fallimento, e, quindi, in contesto liquidatorio).

Da qui, secondo la tesi in commento, il carattere temporalmente elastico dell'insolvenza (144): non più inferibile dalla dicotomia 'reversibilità/irreversibilità' della situazione di difficoltà dell'impresa, ma anticipato nel termine iniziale e dilatato diacronicamente, giacchè « quando è già in atto la cessazione dei pagamenti le carenze programmatorie rilevano come cause dell'insolvenza, (…) se invece il debitore ancora sta pagando, sia pur non regolarmente, (…) la disfunzione costituirà l'antecedente di una futura

(138) Per i riferimenti dottrinali rispetto a ciascuna delle tre teorie F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., pp. 169 ss.; ID., *Ancora sullo « stato di insolvenza ». Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, p. 45.

(139) In tal senso D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., p. 94; ID., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., pp. 173 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., pp. 112 ss.; ID., *Ancora sullo « stato di insolvenza »*, cit., pp. 48-51.

(140) *Amplius* D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., pp. 82 ss.; ID., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., pp. 167 ss.

(141) Così D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., p. 80

(142) Sul punto, ancora, D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., p. 88.

(143) D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., p. 90.

(144) Pone l'accento sulle varie sfumature dell'insolvenza anche F. DI MARZIO, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., pp. 506-507, che suggerisce di abbandonare l'impiego del termine "crisi" a vantaggio proprio di "insolvenza" quale concetto di genere (declinato poi, a seconda dei casi, in pericolo di insolvenza, pre-insolvenza, temporanea difficoltà di adempiere, insolvenza reversibile e insolvenza irreversibile).

interruzione forzata dei flussi monetari in uscita » (145). Con la conseguenza di un radicamento della crisi in uno stadio ancora anteriore, ricollegato alla verifica negativa in ordine alla razionalità delle previsioni trasfuse nella programmazione (e, quindi, a una disfunzione non ancora "esplosa"), allorquando cioè – pur riuscendo l'imprenditore, magari con difficoltà (146), a onorare i propri debiti alle scadenze convenute – sia profilabile il sospetto di un prossimo deterioramento della situazione finanziaria (147), ovvero, in altri termini, un *rischio di insolvenza*; più precisamente, secondo l'impostazione in parola, per 'crisi' occorre intendere l' « *incapacità, attuale o potenziale, dell'impresa di esercitare una regolare attività solutoria, tale da [cagionare uno stato di insolvenza ovvero tale da] prospettare in maniera ragionevole uno stato di insolvenza in un prevedibile futuro, in mancanza di una ristrutturazione dei debiti* » (148).

Si è pure sottolineato come il rischio di insolvenza possa non solo concretizzarsi in uno squilibrio finanziario, ma anche risultare da un *deficit* economico o patrimoniale, ovvero dalla combinazione di tutte le tipologie (149). In effetti, riprendendo spunti delle scienze aziendalistiche e delle fonti europee (150), come a uno squilibrio duraturo tra costi e ricavi d'esercizio conseguirà nel tempo la compromissione del quadro finanziario e patrimoniale, così la componente finanziaria finisce per influenzare le sorti delle voci economiche (il ricorso all'indebitamento, infatti, in condizioni di leva finanziaria negativa, inciderà sulla situazione economica e patrimoniale), mentre uno squilibrio

(145) D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., p. 96. In tal senso, sostanzialmente, anche F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., p. 283 e ID., *Ancora sullo « stato di insolvenza »*, cit., p. 61. Una parte della dottrina, addirittura, esclude che il carattere della irreversibilità sia associabile all'insolvenza anche in caso di procedure liquidatorie quali il fallimento, il significato dell'avverbio "più" contenuto nella definizione dell'art. 5 l.fall. dovendosi riferire alle cause dell'insolvenza e alla impossibilità di rimuoverle senza l'intervento del diritto concorsuale: cfr. G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, pp. 778 ss.

(146) Sulla difficoltà nei pagamenti come indice della crisi, con un parallelo rispetto a una delle alternative situazioni contemplate dalla legge in materia di sovraindebitamento, F. PACILEO, *Ancora sullo « stato di insolvenza »*, cit., pp. 55 e 59.

(147) D. GALLETTI, *Art. 5*, cit., pp. 99-100; ID., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., pp. 195 ss.

(148) Così F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., pp. 334-335 (corsivi e [ ] dell'A.).

(149) Allo stato di crisi come squilibrio patrimoniale, economico e finanziario fa riferimento, tra gli altri, F. PACILEO, *Ancora sullo « stato di insolvenza »*, cit., p. 64.

(150) Si veda, in particolare, l'ampia nozione di "impresa in difficoltà" fornita – in materia di aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione – dalla Commissione Europea nella Comunicazione datata 1 ottobre 2004 (avente efficacia dal 9 ottobre 2012), secondo cui l'impresa è in difficoltà quando non è in grado, con le risorse proprie o che può ottenere dai proprietari o dai creditori, di contenere le perdite che, senza l'intervento delle Autorità pubbliche, condurranno quasi certamente al collasso economico nel breve o nel medio periodo, dovendosi in particolare fare riferimento, quali sintomi della situazione di difficoltà, al livello crescente delle perdite, alla diminuzione del fatturato, alla diminuzione del flusso di cassa, all'aumento delle scorte, all'aumento dell'indebitamento e degli oneri per interessi e alla riduzione o all'azzeramento del valore netto delle attività: una nozione, pertanto, che contempla le diverse tipologie di "crisi".

patrimoniale (eccedenza del capitale di terzi rispetto al capitale proprio) potrà pregiudicare nel tempo le componenti economica e finanziaria (151).

(*b*) Tradotta nel lessico del penalista, in ogni caso, il "rischio" di deterioramento della situazione dell'impresa sembra richiamare, sostanzialmente, una "probabilità" – breve: un *pericolo* – di insolvenza (152).

Ai fini che qui interessano, la nozione appena abbozzata sembra allora rivelarsi utile sotto un triplice aspetto: (*i*) perché coglie, di riflesso, il carattere di "razionalità" insito nei piani di risanamento che variamente colorano le soluzioni negoziali delineate dal legislatore (153); (*ii*) perché vale indirettamente a definire la crisi, quale *quid minus* quantitativo, agganciandola a parametri della scienza aziendalistica – cumulativamente o alternativamente valorizzati – come la ridotta rimunerativitá della gestione tipica (disequilibrio reddituale), l'inefficiente rapporto tra le fonti di capitale (disequilibrio patrimoniale) e la scarsa capacità di far fronte, anche nel breve periodo, agli impegni di pagamento (disequilibrio monetario), proficuamente impiegabili dal giudice penale in sede processuale; (*iii*) di conseguenza, sul piano dell'accertamento, perché, in quanto pericolo di insolvenza, il sindacato del giudice penale può incanalarsi sui consueti binari della prognosi postuma, *ex ante* e a base totale, verificando dunque se le condizioni dell'impresa, al tempo dell'atto dispositivo predicato di tipicità penale, deponevano nel senso di una probabile evoluzione – ove non "gestite" – in termini di insolvenza irreversibile.

Rispetto alle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza civilistiche, va tuttavia segnalata l'imprescindibilità, per il penalista, di appurare la reversibilità o meno della situazione di crisi dell'impresa: limite imposto sia, in chiave teleologica, quanto alla praticabilità delle procedure di risanamento (e, dunque, alla eventuale ricorrenza della 'esenzione' dai fatti di bancarotta), sia, in ottica sistematica, dal sistema stesso delle incriminazioni, alcune delle quali, invero, costruite su eventi di danno attualizzato proprio dall'irreversibilità

(151) Su tali aspetti, anche per ulteriori approfondimenti, R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l.fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2015, p. 388. Nella dottrina aziendalistica, sulla necessità di "sincronia" tra i vari equilibri di azienda, per tutti, G. AIROLDI – G. BRUNETTI – V. CODA, *Corso di economia aziendale*, Bologna, 2005, pp. 256-257 (più in generale, sul tema della economicità, anche con esempi di "asincronie" tra i diversi equilibri, pp. 161 ss.).

(152) Non si vuole con tale "equiparazione" trascurare la profonda differenza concettuale – qui impossibile da ripercorrere anche per sommi capi – che corre tra rischio e pericolo (nozioni alimentate la prima da un sapere "nomologico", da calcolabilità probabilistica, il secondo basato essenzialmente su stime in situazioni di incertezza cognitiva: per tutti, anche per gli indispensabili riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., pp. 74 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 107 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., *passim*); essendo il richiamo al "rischio", contenuto nel testo, influenzato da un lessico essenzialmente aziendalistico, ai fini che qui interessano (ovvero nella sua "traduzione" penalistica) si ritiene che i due termini possano essere assunti quali sinonimi.

(153) Cfr. *supra*, cap. V, § 3.1.

dell'insolvenza (e dal conseguente fallimento) (154). Da un lato, infatti, in tanto saranno attivabili le soluzioni negoziali in quanto la prospettiva della reversibilità della crisi/insolvenza sia effettivamente (→razionalmente) perseguibile (in caso contrario cessando le esigenze di conservazione di un valore – l'impresa – ormai totalmente perduto); dall'altro, le norme incriminatrici fallimentari gravitano, in punto di opportunità dell'intervento repressivo, proprio sulla definitiva espulsione dell'impresa dal mercato e, quindi, sulla irrecuperabilità dell'organismo produttivo ormai decotto, non potendosi pertanto valorizzare la mera crisi quale referente sul piano della punibilità dei reati fallimentari (155).

Conviene ribadirlo: sarebbe inconcepibile un diffuso utilizzo (allo stato fortunatamente non attuale) del concetto, così inteso, in funzione incriminatrice (156), rimettendo in definitiva al giudice penale – in difetto di provvedimenti giurisdizionali che certifichino la crisi, a differenza di quanto avviene con il fallimento o il concordato preventivo (157) – il sindacato sull'esistenza del fenomeno economico – peraltro neppure irreversibile – alla base dell'opportunità punitiva. La conferma si trova proprio nella curvatura dinamica del concetto di crisi/insolvenza reversibile e nel suo carattere sintomatico di una disfunzione programmatoria nell'organizzazione di impresa, a fronte della staticità della insolvenza ormai irrimediabile. Mentre quest'ultima integra il presupposto per l'espulsione dell'impresa dal mercato (e, con essa, attiva le ragioni di opportunità dell'intervento repressivo penalfallimentare) (158), la prima si traduce in uno scenario aperto, suscettibile di sfociare tanto in una decozione non più emendabile – in assenza di una razionale gestione della situazione, di una soluzione

(154) Cfr. *infra*, cap. VII, §§ 5 e 6.

(155) Quanto al fallimento, cfr. *supra*, *amplius*, cap. IV; quanto al concordato preventivo, *supra*, cap. V, § 5.

(156) Come si è visto in generale nel cap. V, in alcun caso le fattispecie di bancarotta possono ritenersi condizionate da provvedimenti o accordi postulanti una mera crisi, con l'eccezione dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (artt. 182 *septies* e 236 u.c. l.fall.).

(157) Rispetto al quale deve per identiche ragioni escludersi il ruolo di condizione di punibilità allorquando basato sulla mera crisi: *supra*, cap. V, § 5.

(158) Neppure il concetto di insolvenza *ex* art. 5 l.fall. si è mostrato, come accennato, di univoca interpretazione: il problema risulta parzialmente ridimensionato – sul versante della condizione obiettiva di punibilità – dalla impossibilità, per il giudice penale, di rivalutare autonomamente i presupposti (tra i quali, appunto, la sussistenza dello stato di insolvenza) a fondamento della pronuncia del giudice civile. In argomento Cass. pen. Sez. Un. 19601/2008, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592, con nota di E.M. AMBROSETTI, *La successione nel tempo di leggi: il diverso fenomeno delle modifiche c.d. immediate e mediate della fattispecie penale*, *ivi*, p. 3602, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 482 (s.m.), con nota di A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*. In dottrina, critici verso l'impostazione seguita dalle Sezioni Unite, tra gli altri: A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 49 ss.; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., pp. 46-47; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, cit., pp. 64 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., p. 362. Nella dottrina precedente alla novella dell'art. 1 l.fall. ad opera dei d.lgs. 5/2006 e 169/2007, per la tesi della insindacabilità dei presupposti della sentenza dichiarativa da parte del giudice penale, costituendo quest'ultima un elemento di fattispecie "infungibile", C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 26 ss.

pianificatoria di superamento delle difficoltà dell'impresa – quanto in un ritorno all'equilibrio: idoneo, dunque, a rilevare non già, a posteriori, quale presupposto del punire, bensì, in via anticipata, quale *presupposto della condotta*, espressivo – in breve – del 'rischio situazionale' sul quale gemmano le figure di bancarotta patrimoniale prefallimentare.

Ne consegue, allora, che l'abbandono delle variabili "reversibilità" e "irreversibilità" quali significanti della crisi e dell'insolvenza deve essere inteso solo in termini relativi (159): nel senso, cioè, che i due concetti possono anche risultare in larga misura sovrapponibili, ma solo fintanto che la situazione non evolva a definitività, a mancanza irrimediabile di continuità d'impresa. Potrebbe trattarsi dell'epilogo naturale di una gestione trascinata nel tempo sebbene non più remunerativa; ma non è escluso che tale evoluzione dipenda in concreto da una mera indisponibilità di mezzi per il risanamento, ovvero da una indisponibilità o da un disinteresse dei protagonisti del "salvataggio" a investirli allo scopo (160). È comunque questo momento di passaggio effettivamente isolabile, precludendo qualunque spazio a tentativi di salvataggio, a imprimere la virata verso procedure strettamente liquidatorie, vuoi con il ricorso al fallimento (che, anzi, l'imprenditore è tenuto tempestivamente a richiedere: art. 217 n. 4 l.fall.), vuoi con la modulazione in tal guisa del concordato preventivo, aprendo così le porte alle figure di bancarotta. Solo tenendo fermo questo *caveat* crisi e insolvenza possono – nell'economia del discorso che si viene facendo – essere assunte (anche) quali sinonimi, e come tali saranno – in mancanza di diverse indicazioni – impiegate nei paragrafi seguenti.

È proprio lungo il crinale reversibilità/irreversibilità, del resto, che si è mossa la dottrina penalistica, che – soprattutto in base a diversità rinvenibili nella disciplina delle procedure alternative al fallimento – è giunta a individuare nella « razionale programmabilità di un percorso di risanamento » (161) il discrimine tra la più generica crisi e l'insolvenza in senso stretto. La dicotomia è stata sciolta ricorrendo alla definizione « più semplice (…), [che] è quella che assegna all'insolvenza uno statuto di *irreversibilità*, mentre la crisi allude ad una situazione ancora *sanabile* e si esprime in uno squilibrio finanziario o patrimoniale e/o economico » (162). Già prima della comparsa delle soluzioni

(159) La stessa dottrina civilistica che sottolinea la non decisività dell'estremo della (ir)reversibilità, del resto, ammette che non è agevole la distinzione tra stato di crisi e insolvenza reversibile: F. PACILEO, *Continuità e solvenza*, cit., p 349.

(160) Su tale ultimo aspetto insiste particolarmente D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 207.

(161) F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi,* cit., p. 832; ID., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, cit., pp. 1625-1626.

(162) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 81 (corsivi dell'A.). In senso analogo A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., pp. 852-853; N. SELVAGGI, *In tema di ricorso abusivo al credito*, cit., p. 486; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 136-137.

negoziali (e, quindi, della stessa necessità di definire giuridicamente la crisi), invero, si era osservato che la posizione del problema in ordine all'individuazione di un confine preciso tra la crisi (163) e l'insolvenza si giustifica unicamente nell'ambito del diritto civile, poiché o « la situazione di crisi può essere superata (per la capacità reattiva dell'azienda o per l'intervento di favorevoli congiunture esterne) o non può essere superata. In quest'ultimo caso, essa sfocerà nell'insolvenza. Ma, agli effetti penalistici (…), l'insolvenza non dovrà essere intesa che come situazione di crisi in un particolare momento di evoluzione e, simmetricamente, la situazione non dovrà essere intesa che come insolvenza in un particolare stadio di incubazione » (164).

Volendo ricapitolare sinotticamente i risultati dell'indagine e tratteggiarne i conseguenti sviluppi, l'ingresso della crisi (ormai inevitabile, alla luce del complesso extrapenale di riferimento) nel diritto penale del fallimento:

(*a*) sotto il profilo '*nozionale*' può giovarsi di una definizione – disfunzione della programmazione; '*rischio di insolvenza*' – che vale a delimitarla:

(*a-1*) verso il basso, ovvero rispetto a una situazione, fisiologica, di equilibrio delle componenti aziendali (in particolare di quella finanziaria);

(*a-2*) verso l'alto, ovvero rispetto alla insolvenza irreversibile, con l'indicatore impresso dal carattere rimediabile o meno della disfunzione;

(*b*) sotto il profilo '*teleologico*' è legittimo/doveroso, alla duplice condizione:

(*b-i*) che, *in negativo* (salve le non emendabili ma circoscritte eccezioni già richiamate), ne sia esclusa una portata ampliativa della penalità, mediante ancoraggio delle condizioni obiettive di punibilità all'accertamento, non sindacabile dal giudice penale, della insolvenza irreversibile (*a-2*);

(*b-2*) che, *in positivo*, acquisti, ove possibile, un *preciso vincolo di scopo*, che la renda funzionale:

(*b-2-i*) alla ridefinizione del complesso di interessi coinvolti dall'attività di impresa e, quindi, alla *potenziale giustificazione delle condotte tipiche* (ove commesse in un contesto di 'gestione controllata' della crisi stessa): funzione assolta per il tramite dell'art. 217 *bis* l.fall., nelle forme già delineate (165);

(*b-2-ii*) alla *limitazione della stessa tipicità* delle fattispecie di cui all'art. 216 l.fall.

(163) Di nozione "gergale" e "assai più impalpabile" di quella dello stato di insolvenza parla A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 82

(164) M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., p. 232.

(165) *Supra*, *amplius*, cap. V, §§ 4 ss.

È giunto allora il momento di verificare proprio quest'ultimo punto, appurando, in concreto, se sia possibile la fondazione della crisi – nella nozione sopra esplicitata – quale elemento costitutivo delle figure di bancarotta fraudolenta prefallimentare; nel farlo, non sembra potersi prescindere dalle conclusioni già raggiunte in ordine all'attitudine liceizzante della gestione procedimentalizzata della crisi, da cui occorre anzi prendere l'abbrivio.

**4.2. La crisi ('non gestita') quale *habitat* dei fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare. –** Nel capitolo precedente, mediante l'esame dell'art. 217 *bis* l.fall., sono stati, in effetti, ampiamente tratti i corollari della direttrice teleologica intrinseca alla nozione di crisi, delineata al precedente punto (*b-2-i*). Allorquando sopraggiungano anomalie rispetto agli assetti programmati, e in particolare alterazioni del fisiologico equilibrio monetario in seno all'impresa, si ridefinisce la gerarchia di interessi attinti dall'attività imprenditoriale, balzando sulla scena, accanto alla conservazione e al rilancio della stessa, una più stringente esigenza di tutela dei creditori (166): tutela che, anzi, condiziona l'autonomia gestoria, ponendo l'imprenditore innanzi all'alternativa tra la prosecuzione dell'attività omettendo di coinvolgere il ceto creditorio e la ricerca di soluzioni di razionale superamento della disfunzione pianificatoria concordate con i creditori, con ciò giustificandosi eventuali comportamenti lesivi della *par condicio* o del patrimonio quale garanzia delle passività.

Da qui l'interrogativo: se, ai sensi dell'art. 217 *bis* l.fall., persino condotte in tutto tipiche di bancarotta prefallimentare, tenute in una fase di fibrillazione della vita d'impresa, appaiono meritevoli, a date condizioni, di essere giustificate, sarà possibile attirare nel fuoco dell'incriminazione comportamenti neppure segnati dalla realizzazione in siffatto contesto? Può, in altre parole, dedursi una "penetrazione" della crisi nella struttura tipica della fattispecie (vincolo di scopo *sub b-2-ii*)?

In questi termini, per vero, la domanda potrebbe suonare dogmaticamente malposta: l'art. 217 *bis* l.fall. getta, infatti, un ponte con l'esercizio del diritto (dunque con l'elemento dell'antigiuridicità), sicchè non potrebbero da esso ricavarsi conseguenze restrittive sul piano della tipicità.

L'obiezione ha indiscutibilmente un nucleo di verità, ma non sposta i termini del discorso. Con l'esenzione il legislatore penale si limita a riconoscere

(166) In argomento, dalla prospettiva dell'imputazione oggettiva dell'evento, A. NISCO, *Il nesso oggettivo*, cit., p. 387, che sottolinea come « all'apparire [dei segnali di crisi, gli amministratori, n.d.r.] diventano destinatari di *doveri fiduciari*, non più solo nei confronti dei soci, ma anche verso i creditori » (corsivi dell'A.), donde la necessaria inclusione, nei processi decisionali in costanza di crisi, anche del sacrificio per i creditori generato dall'attività imprenditoriale.

una diversa inflessione dei beni giuridici investiti dall'attività di impresa, traducendola finalmente in via espressa a livello normativo; che detta traduzione sia avvenuta in forma di scriminante si comprende ponendo mente al fatto che – nel momento di crisi – l'aspirazione dei creditori alla conservazione della garanzia (o alla *par condicio*) non può non essere preso in considerazione, essendo proprio la fase di difficoltà dell'impresa il momento di emersione del pericolo di pregiudizio per i beni presidiati dalle fattispecie di bancarotta. Ovvio, quindi, che, a fronte di due interessi in potenziale conflitto (quello macro- e micro-economico alla continuità dell'attività d'impresa, avente efficacia frenante sull'intervento repressivo, e quello dei creditori a un pronto soddisfacimento) (167), la sintesi sia individuata in un bilanciamento, all'esito del quale uno – nella specie, la soddisfazione dei creditori mediante il congelamento dell'attivo e la conseguente ripartizione secondo cadenze concorsuali, in vista della quale la garanzia viene penalmente tutelata – divenga a date condizioni recessivo rispetto all'altro (il rilancio, razionalmente praticabile, dell'impresa, preservata in quanto valore). L'art. 217 *bis* l.fall. riflette, dunque, la preoccupazione di regolare – coerentemente con le direttrici cui s'ispira la normativa extrapenale di riferimento – l'affioramento di un altro preminente interesse, quello appunto dei creditori a preservare la garanzia (o a non alterare i criteri di soddisfazione dei crediti), oltre o accanto a quello alla prosecuzione nell'attività di impresa: donde il descritto bivio (168), per l'imprenditore in difficoltà, tra la '*neutralizzazione*', attraverso l'accesso alle procedure richiamate nell'art. 217 *bis* l.fall., e la '*attivazione*', ignorando il mutato quadro di contorno, del rischio penale fallimentare (169).

L'annotazione non può allora risultare indifferente, per il diritto penale del fallimento, quanto al periodo pregresso al subentro della crisi (ovvero del

(167) Su questo aspetto di conflittualità di interessi, di fatto tendente alla limitazione della repressione penale, si veda già C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 8-9.

(168) Nelle forme e con i limiti ricostruiti nel capitolo V, § 4.2. (ostensione completa e puntuale dei dati aziendali; diretta partecipazione dei creditori, o di parte di essi, alla soluzione di risanamento, etc.).

(169) Non varrebbe, se non ci si inganna, invocare un duplice ordine di obiezioni. Da un lato, non sembra del tutto pertinente il rilievo secondo cui la "*discovery*" della crisi da parte dell'imprenditore, in vista di una soluzione concordata con i creditori, si tradurrebbe nell'autoincriminazione per i reati comuni o societari commessi nel corso della precedente gestione; sta infatti all'imprenditore soppesare le conseguenze delle proprie condotte, che l'ordinamento gli pone chiaramente innanzi, scegliendo di incorrere (*i*) in un rischio penale, comune o societario, immediato (ma complessivamente assai più mite, quanto a risposte sanzionatorie) a fronte però dell'azzeramento di un ben più grave benchè solo potenziale rischio penale fallimentare, ovvero (*ii*) in un rischio di futura incriminazione per bancarotta, senza tuttavia contribuire a svelare eventuali abusi di gestione che abbiano preceduto la crisi. Né, dall'altro lato, porta a rimediare l'assunto qui esposto la sostanziale ineffettività del diritto penale societario (oggi, probabilmente, in ciò accomunato al diritto penale comune, attesa la generalizzata procedibilità a querela anche dell'appropriazione indebita in ambito societario). A tale ineffettività si deve semmai porre rimedio in sede di riforma delle fattispecie societarie, non attraverso l'anamorfosi dell'oggettività giuridica dei reati di bancarotta (lo si è accennato già in apertura del cap. I). in argomento, efficacemente, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici*, cit., p. 116; S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, p. 740.

presupposto per il descritto riallineamento dei beni in gioco). Affermare che gli interessi penalmente presidiati dalle fattispecie di bancarotta siano disciplinati, bilanciati, al sopraggiungere della crisi significa, anzi, prendere atto che *solo in quel momento* essi divengono *attuali* agli occhi del diritto penale fallimentare (*rectius*: delle fattispecie dell'art. 216 n. 1 l.fall.), non avendo di regola ragion d'essere l'incriminazione, a detta stregua, di manipolazioni patrimoniali che, proprio perché compiute al di fuori del *contesto significativo* rappresentato dalla crisi – ovvero del viatico dell'attualizzazione del bene giuridico di categoria – non acquistano alcuna incidenza lesiva entro il modello di pericolo disegnato dalla norma incriminatrice, esulandone perciò dallo schema tipico.

Discende, quindi, dalla stessa posizione della *dicotomia* '*procedimentalizzazione*' *vs.* '*non-procedimentalizzazione*' della crisi l'esigenza di postulare l'insolvenza (reversibile) quale elemento costitutivo (presupposto della condotta) dei reati di bancarotta prefallimentare, ovvero – detto altrimenti, in negativo – di rilevare l'atipicità ai sensi dell'art. 216 l.fall. di manipolazioni patrimoniali realizzate in assenza di quest'ultima, potendo (e dovendo) semmai applicarsi, in tal caso, le fattispecie del diritto penale comune o societario (170) (nonché le figure dei nn. 1 e 2 dell'art. 217 e le incriminazioni causalmente orientate dell'art. 223 cpv. e dell'art. 224 n. 2 l.fall., sulle quali torneremo).

È in altre parole la crisi, in quanto situazione di difficoltà dell'impresa nei suoi equilibri programmati, a segnare – salve le eccezioni ricordate (171) – lo spartiacque nelle finalità di tutela a favore del diritto penale del fallimento (172): sganciati dal cambio di prospettiva segnato dal rischio di insolvenza, volendo riprendere le osservazioni della migliore dottrina (che, pure, negava autonoma valenza costitutiva al contesto in cui le condotte vengono integrate, valorizzando piuttosto – come osservato in precedenza – la pericolosità concreta connaturata al tipo) (173), « gli atti di disposizione, comunque lessicalmente etichettabili, rientrano nell'esercizio del diritto e quindi nei limiti dell'accettabilità: in forza, si badi, non di una causa di giustificazione reperibile nell'art. 51 c.p., bensì di un limite connaturato alla fattispecie, secondo una lettura restrittiva rispondente, essa sola, alla *ratio legis* » (174).

(170) Eventualmente (come si vedrà meglio *infra*, cap. VII, § 4 ss.) anche in collegamento con il dissesto, dunque nel cono repressivo di altre figure di bancarotta. Sulla applicabilità dei soli reati societari in caso di cattiva gestione dell'impresa ancora *in bonis*, postulando invece la bancarotta distrattiva lo stato di insolvenza, pur sommariamente, in dottrina, A. MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., pp. 520-521.

(171) *Supra*, cap. III, § 8, e *infra*, cap. VII, § 4.

(172) Per una più marcata valorizzazione della crisi (comunque non assunta a estremo di tipicità della fattispecie) quale ambientamento dei fatti di bancarotta prefallimentare, in giurisprudenza, Cass. pen. sez. V, n. 17819/2017, cit., pp. 1026-1027.

(173) *Supra*, § 3.1.

(174) C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 993 (corsivi dell'A.). Pone invece maggiormente l'accento sulla scriminante dell'esercizio del diritto, sebbene con

Non si tratta, infatti, di verificare la sussistenza di scriminanti, in quanto l'inattualità della lesione tipica rende superflua l'eventuale calibrazione delle condotte con potenziali fonti d'esclusione dell'antigiuridicità dei fatti di bancarotta. La tendenziale uniformazione dell'archetipo distrattivo con la bancarotta preferenziale, che del primo specifica l'oggettività giuridica nella forma della *par condicio creditorum* (175), in tal senso, oltre a risultare coerente con l'unitaria sede normativa che ospita entrambe, appare in linea con le finalità di tutela delle due fattispecie: come il comma 3 richiama l'imprenditore che versa in situazione patrimoniale critica (una incapienza che lasci presagire l'impossibilità di soddisfacimento di tutti i creditori) (176) al rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.), vietandone comportamenti solutori altrimenti persino doverosi, così il comma 1 impone all'imprenditore in crisi un "cambio di passo" nella gestione dell'impresa, altrimenti libera alla stregua dell'art. 216 l.fall., vincolandola – ove insuscettibile di rilancio con il ricorso a soluzioni alternative al fallimento – *anche* alla tutela della garanzia patrimoniale in vista dell'eventuale riparto concorsuale.

Si tratta, in altre parole, di prendere atto di un limite imposto da ragioni di coerenza sistematica, nuovamente sottolineate dalla dottrina più attenta nel rapporto con il fronte civilistico: se la bancarotta si inserisce in una tutela preventiva dei diritti di credito, composta in prima battuta da strumenti privatistici (*in primis* le azioni revocatoria e surrogatoria, ma anche l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2394 c.c.) che si organizzano sulla potenziale insufficienza del patrimonio del debitore (quindi su una situazione di difficoltà del soggetto obbligato), « un'esigenza di proporzione le vieta di debordare dai confini tracciati dai più blandi rimedi civilistici » (177). Lo confermano, del resto, le riflessioni della dottrina civilistica in ordine all'incidenza della crisi sugli obblighi (e la correlativa responsabilità) dell'organo amministrativo – « in funzione del più oculato impegno gestorio comportato in particolare dalla scelta della via da percorrere per affrontarla », anche attraverso le soluzioni di risanamento basate sulla prosecuzione dell'attività –, i quali assumono « addirittura una diversa conformazione, dipendente dall'obbligo (fino ad allora inedito) di gestione conservativa del patrimonio sociale (…), determinandone una curvatura

particolare riferimento alla condotta di distruzione, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 196 ss.

(175) In tal senso la dottrina prevalente: per tutti: C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 116; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 165; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 37

(176) Sulla necessità di ravvisare quale elemento implicito di fattispecie la situazione di difficoltà dell'impresa, in dottrina, *ex aliis*: G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., pp. 157 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 185; C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 117-118, 124. In giurisprudenza, tra le molte, Cass. pen. sez. V, n. 31894/2009, in *CED Cass.*, rv. 244498.

(177) Così, ancora, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 14.

liquidatoria » (178). Mentre, infatti, in condizioni di equilibrio le scelte gestionali sono civilisticamente orientate, nel rispetto dei limiti di legge, dall'interesse dei soci, in presenza di rischi per la continuità aziendale (cioè di crisi) assume peculiare rilievo l'interesse dei creditori (donde la disposizione, già richiamata, dell'art. 2486 c.c., al ricorrere di cause di scioglimento): la sintesi del potenziale conflitto (179) (ove effettivamente praticabile) è data dalle soluzioni negoziali (180), che esprimono il « capovolgimento del normale rapporto fra interesse dei soci e interessi dei creditori. In assenza di pericoli per la continuità aziendale (…), l'interesse (o meglio, gli interessi) dei soci è l'obiettivo dell'agire sociale, mentre quello dei creditori ne costituisce solo un limite; in una situazione di crisi dell'impresa [ma solo allora, n.d.r.], l'interesse dei creditori sociali assume un ruolo primario e quello dei soci degrada a limite dell'azione della società » (181).

Tornando alla prima delle domande formulate in apertura (vale a dire la possibilità di recupero a tipicità di condotte compiute anteriormente alla crisi), rimane pertanto, al fondo, un'urgenza di razionalità complessiva che suggerisce di rispondere negativamente. Non sulla scorta di una rilettura del ruolo della sentenza dichiarativa ovvero di una conformazione della tutela su uno stampo processuale (così, invece, nell'impostazione della zona di rischio penale di Pietro Nuvolone) (182), o, ancora, di una pur pregevole, ma atomistica, esegesi letterale della fattispecie; bensì, al contrario, proprio valorizzandone al massimo

(178) A. PATTI, *Crisi d'impresa*, cit., pp. 129-130.

(179) Evidenzia R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., pp. 318-319, infatti, che in presenza di rischi per la continuità aziendale i soci potrebbero essere propensi all'adozione di iniziative rischiose o altamente speculative (che, in caso di buon esito, potrebbero reintegrare il capitale di rischio), essendo ormai definitivamente eroso il capitale sociale e, quindi, non avendo essi ormai nulla da perdere (tali operazioni, invero, in caso di insuccesso si rivelerebbero per loro sostanzialmente neutre); al contrario, per i creditori sociali l'insuccesso di operazioni ad altissimo rischio potrebbe ridurre o azzerare la percentuale di realizzazione dei crediti.

(180) Per la tripartizione della responsabilità degli amministratori in situazione di crisi, in relazione (*i*) alla rilevazione dei fattori di rischio per la continuità aziendale, (*ii*) all'individuazione delle soluzioni da adottare per ripristinare l'equilibrio economico/finanziario/patrimoniale e (*iii*) all'attuazione di tali soluzioni, *ex aliis*, in dottrina: R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., p. 305; A. PATTI, *Crisi d'impresa*, cit., p. 130; (sostanzialmente) R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., pp. 670 ss.

(181) R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., p. 320. Sul carattere dannoso soprattutto per i creditori di una gestione inefficiente della crisi d'impresa (perciò sfociata nel fallimento) F. DI MARZIO, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., p. 523.

(182) Ripresa integralmente, come visto, da M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, cit., pp. 236-237. Anche secondo P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari*, cit., p. 20, l'insolvenza si presenta come "matrice di fatto", che diventa tuttavia "di diritto", dei fatti di bancarotta, limitando la libera disponibilità dei beni in precedenza goduta dall'imprenditore. Muovendo dalla diversa prospettiva della "pubblica economia" come bene giuridico dei reati di bancarotta, a conclusioni non dissimili giunge P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico*, cit., pp. 5-7, secondo cui il limite di penale rilevanza delle condotte dell'imprenditore è dato dal sopravvenire dello stato di insolvenza, che impone una destinazione dei beni anche in vista del soddisfacimento dei creditori (dunque della tutela della garanzia) e del rispetto della *par condicio*.

l'oggettività giuridica patrimoniale, nel *dialogo con il complessivo sistema normativo di riferimento* (183). Solo ricostruendo questo dialogo sovviene all'interprete un ulteriore elemento costitutivo – implicito: lo stato di crisi dell'impresa (184) –, che qualifica *ab origine* la verifica di offensività concreta della condotta, disegnandone – con felice espressione – l'« *humus* offensivo » (185).

In questa più ampia cornice trovano appropriata sistemazione dogmatica i tentativi della migliore dottrina penalistica – senz'altro nella sostanza meritevoli di condivisione – di perimetrare la rilevanza temporale delle condotte di bancarotta, risalenti nelle prime formulazioni addirittura a Giacomo Delitala: « se durante lo stato di equilibrio economico o di solvenza il debitore può disporre delle sue sostanze solo in quanto non restino pregiudicate le ragioni dei creditori, una volta sopravvenuto lo stato di squilibrio economico o di insolvenza, qualunque successivo atto di disposizione è, senza alcun dubbio, illegittimo, dacchè si è manifestamente sorpassato il limite, entro il quale il debitore conserva la facoltà di disposizione » (186). Non dissimile nelle conseguenze pratiche, ancora, il pensiero di Cesare Pedrazzi, allorquando, con il consueto acume, ammette che « è (…) innegabile che la preesistenza di una situazione di crisi aziendale fornisce un'indicazione di imponente rilevanza: quando già si prospetti un'insufficienza della garanzia, qualunque diminuzione dell'attivo risulterà *ipso facto* lesiva. Il discorso vale anche per il dissesto non ancora in atto, ma che si profili all'orizzonte come eventualità non trascurabile: ogni volta che l'impresa attraversi un periodo di difficoltà di esito incerto, si dimostrano concretamente lesive le manipolazioni patrimoniali atte a far precipitare la situazione, o anche solo ad aggravare un dissesto che potrà derivare da cause incolpevoli » (187);

(183) Secondo M.N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità*, cit., p. 1159, la concretizzazione dell'offesa tipica della bancarotta prefallimentare data dallo stato di insolvenza è comprovata dall'art. 238 l.fall., che consente l'esercizio anticipato dell'azione penale proprio sulla scorta di uno stato di insolvenza attuale; sembra, tuttavia, che con l'art. 238 l.fall. la legge semplicemente anticipi la valutazione di opportunità dell'intervento punitivo (l'espulsione dell'impresa dal mercato) al suo presupposto sostanziale (l'insolvenza irreversibile), non ancora formalizzato nel relativo provvedimento giurisdizionale (la sentenza dichiarativa), piuttosto che deporre nel senso dell'ambientazione delle condotte in contesto di crisi o di insolvenza.

(184) Peculiare la proposta di G.A. SANDRELLI, *Riflessi penalistici*, cit., pp. 49-50: l'A., infatti, individua l'insorgenza della 'zona di rischio penale' nella norma del c.c., infine abrogata dalla riforma del 2003, con cui si imponeva agli amministratori, comminando apposite sanzioni penali, l'adozione di determinati provvedimenti in caso di perdita oltre il terzo del capitale sociale.

(185) Così, con riguardo all'insolvenza, quale situazione di rischio qualificato entro cui le condotte si colorano di disvalore penale, N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 8 (corsivo dell'A.), pur nella diversa opzione per la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento.

(186) G. DELITALA, *Contributo*, cit., p. 712; si vedrà oltre in che termini – nella impostazione qui accolta – sia ipotizzabile la rilevanza penalfallimentare delle condotte compiute dal soggetto attivo in situazione di equilibrio economico/finanziario.

(187) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 71 (corsivi dell'A.); ID., *Reati fallimentari*, cit., pp. 126-127.

fermo restando, secondo quanto si è in precedenza osservato (188), che l'attualizzazione della lesività non s'avvera, *ex post*, misurando gli effetti della condotta al tempo della declaratoria fallimentare, ma *ex ante*, al momento del comportamento tipico, attraverso la valutazione sinergica della pericolosità dell'atto di disposizione *e* del contesto in cui lo stesso è compiuto, dal quale dunque non può normativamente (e non solo in via puramente fattuale) prescindere (189). Comune, del resto, è il tratto prognostico che accomuna entrambi i momenti, riflesso dal dinamismo dell'impresa: se, nel verificare la sussistenza della crisi, il giudice dovrà riportarsi al tempo della condotta per verificare, con prognosi postuma, se la situazione aziendale presentasse un disequilibrio suscettibile ove non gestito di evolvere (a prescindere dagli effetti del comportamento contestato all'agente) in irreversibile insolvenza, a marcare l'offensività dell'atto di disposizione è il pericolo concreto, da valutarsi con analogo giudizio di prognosi postuma, per l'integrità della garanzia.

Né tale conclusione si porrebbe in contraddizione con la ravvisata preclusione, per il giudice penale, di rivisitare i presupposti (tra i quali, segnatamente, l'insolvenza) che hanno condotto il Tribunale a dichiarare il fallimento (190); al netto della possibile diversità tra le due forme di "insolvenza" (la situazione che ambienta le condotte potendo non assumere i crismi dell'irreversibilità), altro è l'insolvenza quale presupposto della declaratoria, altro invece è l'insolvenza risalente a un tempo precedente rispetto alla pronuncia di fallimento, che vale a colorare le condotte: si tratta, infatti, di assetti di cognizione diversi, in cui il vaglio del giudice penale si orienta su questioni ben distinte da quelle devolute al giudice fallimentare (191).

Ne consegue, quindi, un significativo corollario, che vale a saldare la prospettiva dell'offensività concreta (192) con il limite cronologico appena tratteggiato: come una diminuzione patrimoniale compiuta in situazione di floridezza economica non s'inquadrerà nel tipo della bancarotta prefallimentare (difettando il presupposto della condotta), così un atto dispositivo realizzato in situazione di crisi (non gestita con i creditori) non refluirà, per ciò solo, nello schema distrattivo, dovendosi comunque indagare – in concreto – che quell'atto sia anche pericoloso (ad es., in relazione alla tipologia di beni distratti, al valore economico, alla sussistenza di corrispettivi, etc.) per la garanzia patrimoniale

(188) *Supra*, § 3.2.

(189) In argomento N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale"*, cit., p. 18, ad avviso del quale « l'idoneità della condotta distrattiva a compromettere la garanzia patrimoniale deve valutarsi in relazione alla situazione di rischio di decozione (zona di rischio) che qualifica il pericolo, concretizzandolo ».

(190) *Supra*, in questo cap., nota n. 158.

(191) Per tale convincenti osservazioni, M.L. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., pp. 215-216 (cfr. anche p. 178).

(192) *Supra*, § 3.1.

(193). Esclusa qualunque presunzione, è peraltro innegabile, in linea tendenziale, la pericolosità di manipolazioni patrimoniali perfezionate nonostante il rischio di insolvenza (194); ma la semplificazione probatoria che ne deriva risulta largamente compensata dall'accresciuto tasso di determinatezza della fattispecie.

Un'ultima annotazione, che completa l'analisi sui nuclei di disvalore già condotta in precedenza (195). In quella sede, senza addentrarsi nella riflessione in ordine al disvalore di contesto che invece, come visto, attinge le figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale, si era rilevato come i paradigmi degli artt. 217 nn. 1 e 2 (e, di conseguenza, 224 n. 1, ove ritenuto *in parte qua* applicabile), 223 cpv. e 224 n. 2 l.fall. prescindano da un significativo ambientamento "situazionale" delle condotte. Ebbene, si armonizzano (e come si armonizzano) le osservazioni sin qui svolte in ordine agli artt. 216 e 223 comma 1 l.fall. (le varianti dei nn. 3 e 4 dell'art. 217 l.fall. già *ictu oculi* restituiscono l'esistenza di una dimensione di crisi che impronta i comportamenti ivi richiamati) con l'ontologica diversità che contrassegna le altre ipotesi di bancarotta? Vedremo tra un attimo che tale accentuata diversità, più che un inconveniente, rappresenta l'unica soluzione per recuperare a razionalità complessiva (non ultimo sul terreno sanzionatorio) il sistema penale del fallimento. Prima, però, conviene fugare un dubbio residuo, che s'appunta sulla diversa conformazione della bancarotta fraudolenta nell'impresa individuale e nell'impresa societaria: l'assenza, quanto alla prima, di figure analoghe a quelle dell'art. 223 cpv. l.fall. (di fattispecie, cioè, che presidiano direttamente la garanzia patrimoniale dalla causazione dell'insolvenza), ovvero, nella seconda, di un rapporto immediato con il patrimonio (funzionale alla garanzia) consiglia – per l'uno o per l'altro modello – l'abbandono della collocazione cronologica dei fatti in un quadro di crisi o d'insolvenza?

**4.3. (*segue*) Disvalore di contesto e soggettività attiva nei reati di bancarotta patrimoniale: sdoppiamento dei paradigmi o modello unitario di condotta? –** In effetti, si era a suo tempo registrata una diversità nei modelli criminologici alla base delle fattispecie di bancarotta individuale e societaria, alla cui radice sta, da un lato, il carattere originario nel rapporto con il proprio patrimonio – unico limite essendo, in tal senso, proprio il complesso di norme del diritto penale fallimentare –, dall'altro la natura derivativa dei poteri dell'amministratore e, dunque, la funzionalizzazione del patrimonio e della qualifica in seno all'impresa societaria all'esercizio della impresa collettiva, cui

(193) Sottolinea l'esigenza di ridefinire gli spazi del sindacato del giudice sulle scelte imprenditoriali, al di fuori delle soluzioni di gestione negoziata della crisi, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 205.

(194) In giurisprudenza, in proposito, Cass. pen. sez, V, n. 17819/2017, cit., p. 1025.

(195) *Supra*, cap. III, §§ 7 ss.

corrispondono plurime direttrici di tutela (il diritto penale societario e il diritto penale fallimentare) (196).

Non riteniamo tuttavia, sciogliendo il dubbio che si era allora lasciato in sospeso, che a tale indubbia diversità debba affiancarsi una differente interpretazione della cornice tipica delle fattispecie dell'art. 216 e dell'art. 223 comma 1 l.fall.: né ritagliando per l'imprenditore individuale un'area di rischio penale fallimentare più estesa, in funzione compensativa della mancanza di presidi offerti dal diritto penale societario; né, specularmente, definendo la condotta tipica distrattiva nella cornice societaria in termini più radicali rispetto al modello dell'art. 216 l.fall.

Le considerazioni esposte in sede di analisi dei due paradigmi e il richiamo alla unitaria oggettività giuridica valgono, semmai, ad affermare il contrario.

In primo luogo, una dilatazione della tipicità – quindi, un'anticipazione della tutela – nei reati fallimentari commessi nell'impresa individuale apparirebbe quanto mai sorprendente, al punto da risolversi in un totale fuor d'opera sistematico e politico-criminale. Si rammenterà, infatti, che l'unico limite alla libertà di disposizione del patrimonio nell'impresa individuale è dato dal pericolo di incapienza rispetto alla garanzia dei creditori (art. 2740 c.c.): le criticità del parallelismo, letterale e sanzionatorio, tra bancarotta individuale e bancarotta societaria, dunque, si trasformerebbero in palesi censure di legittimità costituzionale, ove si giungesse addirittura a una criminalizzazione più estesa per situazioni meno gravi sul piano del disvalore, attesa l'assenza di ulteriori vincoli di destinazione giuridicamente doverosi in capo all'imprenditore individuale. A questa stregua, anzi, l'innesto della condotte sulla crisi, oltre a risultare coerente con l'ampia sfera di libertà nelle scelte patrimoniali del soggetto attivo, contribuisce decisivamente alla determinatezza della fattispecie, fissando un "varco d'accesso" all'area di rischio penale fallimentare temporalmente definito e obiettivamente individuabile.

Da opposta angolazione, proprio la tecnica legislativa (con un richiamo puro e semplice, nell'art. 223 comma 1, allo schema dell'art. 216 l.fall.) (197) e la correlazione dei rispettivi paradigmi a una identica oggettività giuridica (198) sconsigliano una differenziazione delle condotte tipiche, sospingendo verso una ricostruzione unitaria delle voci verbali impiegate dal legislatore, pur con gli

(196) *Supra*, cap. III, § 3.

(197) *Supra*, cap. III, §§ 3 e 4.

(198) In entrambi i casi a sfondo patrimoniale: *supra*, cap. IV, § 2.2. *Contra* la dottrina che ravvisa, almeno in parte, nell'impresa stessa (o più in generale la pubblica economia) come bene giuridico dei reati di bancarotta, distinguendosi – secondo tale impostazione – la bancarotta dell'imprenditore individuale (orientata prevalentemente alla tutela degli interessi dei creditori) da quella realizzata nell'impresa societaria (orientata soprattutto alla tutela degli scopi dell'impresa stessa): in tal senso, ad es., S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa*, cit., pp. 139-141.

adattamenti imposti in ambito societario dal diverso oggetto materiale (199). Certo, il rilievo nell'impresa societaria di ulteriori destinazioni vincolanti del patrimonio sociale schiude altre direttrici di tutela penale, sconosciute per l'impresa individuale; ma, come si è efficacemente osservato, « si tratta (…) di prospettive di tutela nettamente distinte, che non ammettono contaminazione. Sarebbe arbitrario piegare le fattispecie criminose della legge fallimentare a una tutela patrimoniale della società, e indirettamente dei soci » (200); senza ignorare che l'ampia forbice edittale permette, se del caso, una modulazione della pena in aderenza alle plurime note di disvalore che contrassegnano i fatti di bancarotta commessi in seno all'impresa societaria.

Anzi, in questo senso l'inserimento dello spartiacque rappresentato dal subentro della crisi vale a isolare più nitidamente i piani di tutela, consentendo di tenere ben distinte le due più importanti ramificazioni del diritto penale commerciale e recuperando a razionalità, come vedremo (201), l'unica espressa correlazione disegnata, nel diritto penale del fallimento, dall'art. 223 cpv. n. 1 (attraverso l'istituzione di un preciso nesso di derivazione causale tra il reato societario e il dissesto dell'impresa). D'altra parte, imprenditore individuale e impresa societaria appaiono accomunati, una volta manifestatisi i sintomi della crisi, dalla cornice procedimentale, declinata dalle varie figure di soluzione concordata, entro cui il legislatore incentiva il rilancio, sin dove possibile, dell'organismo produttivo: ulteriore argomento per non distinguere gli schemi di condotta tipizzati dalle rispettive norme incriminatrici, che in tale presupposto trovano, altresì, un significativo raccordo con i dettami dell'offensività concreta.

## 5. Le ulteriori ricadute selettive del tipo veicolate dalla 'crisi': dal sindacato sulle scelte gestorie alla consistenza dell'elemento soggettivo.

I riflessi più immediati dell'impostazione qui adottata si misurano, peraltro, considerando il "rischio" (§ 2, *sub c*) che l'enucleazione dello stato di crisi come presupposto implicito del reato mirava a scongiurare, vale a dire il regresso – altrimenti illimitato – del giudice penale nel sindacato sui fatti compiuti durante la vita dell'impresa.

(199) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 291. Per la sostanziale unitarietà del concetto di distrazione, in dottrina, si vedano altresì: G. COCCO, *Art. 223*, cit., p. 1260; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 139. Nel senso che la bancarotta societaria non trasfigura i caratteri della figura delittuosa ritagliata sull'imprenditore individuale si vedano anche A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 303. Parzialmente *contra* C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., pp. 178, secondo cui, se è vero che il nucleo essenziale del comportamento rimane identico, le condotte dei vertici societari sono soggette a vincoli più stringenti, giustificandosi perciò l'estensione del paradigma delittuoso, nel contesto societario, ad atti di disposizione semplicemente difformi rispetto a una destinazione rispettosa dell'oggetto sociale.

(200) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 292.

(201) In argomento cfr. *infra*, cap. VII, § 3.

Ancorando la tipicità delle condotte di bancarotta fraudolenta prefallimentare allo stato di crisi, infatti, si restringe significativamente lo spazio di (ri)valutazione *a posteriori* sulla singola scelta imprenditoriale, la cui razionalità economica risulterà condizionata dalla peculiare situazione in cui versa l'impresa al momento dell'atto dispositivo (e dalle conseguenti esigenze di tutela) (202). Una restrizione modulata, certamente, su un criterio mobile, qualitativo, e, sul piano dell'antigiuridicità, ulteriormente segnata dall'accesso alle procedure di gestione controllata (la sussistenza, o meno, della c.d. 'procedimentalizzazione della crisi'); ma saldamente vincolata a un referente fenomenico – la situazione di insolvenza –, esistente nel mondo dei fatti e, quindi, idoneo a entrare nell'accertamento processuale, innalzando il tasso di determinatezza (203) della fattispecie (204).

In effetti, secondo quanto si era rilevato, il *limite estremo del sindacato giudiziale* sul merito imprenditoriale, al lume delle fattispecie fallimentari, è essenzialmente scolpito, verso il basso, dalle figure di *bancarotta semplice* (205). L'espunzione dal tipo dell'art. 216 n. 1 l.fall. delle condotte risalenti a epoche di equilibrio economico-patrimoniale promette allora – insieme a una evidente riduzione della penalità, che scongiura la criminalizzazione *a posteriori* dell'impresa stessa – una razionale armonizzazione, all'interno del sistema, delle figure di bancarotta patrimoniale fraudolenta con le omologhe varianti tipizzate dall'art. 217 l.fall.; soprattutto rispetto all'ipotesi del n. 2, la più problematica nei rapporti con la dissipazione e la distrazione. Ormai radicalmente alternativa rispetto alle figure fraudolente (al pari della vicina fattispecie del n. 1) (206), essa riacquista una reale funzione di indicatore della rilevanza penale del rischio d'impresa, in quanto unica via d'accesso del giudice penale a *operazioni autenticamente imprenditoriali*, *prive di legami causali con il dissesto* eppure pericolose per l'integrità della garanzia. Non a caso: prescindendo da qualsivoglia disvalore di contesto (dunque, da qualunque elemento immanente alla condotta, che immediatamente ne attualizzi la lesività di stampo fallimentare), la previsione in esame intercetta situazioni interamente ambientate in uno schietto rischio

(202) Sull'importanza del disvalore di contesto ai fini della riduzione delle operazioni "imprenditoriali" potenzialmente oggetto di sindacato del giudice penale al lume delle fattispecie di bancarotta, recentemente, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale?*, cit., p. 206.

(203) Si allude qui alla nozione di 'determinatezza' quale esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e dimostrati processualmente: per tale definizione, in dottrina, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 74 ss.

(204) Risulta con ciò rispettato il monito stringente di Alberto Alessandri, proprio in ordine alla valorizzazione del rapporto tra i fatti di bancarotta e la situazione dell'impresa, al di là delle ambigue espressioni impiegate dalla giurisprudenza nel ricostruire il legame tra condotte e sentenza dichiarativa di fallimento: « il rispetto del principio di legalità non può essere affidato a formule contenutisticamente inidonee a essere accertate come esistenti nel mondo dei fatti e, in quanto tali, capaci di essere *provate* »: così A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 21 (corsivo dell'A.).

(205) *Supra*, cap. I, § 4.

(206) *Supra*, cap. III, § 7.

d'impresa, con il notevole contenimento del tipo – tuttavia – mediante l'oggettivazione di note modali della condotta, agevolmente verificabili (207).

Ma non diversamente rispetto alle articolazioni dei nn. 3 e 4, sebbene a loro volta ambientate in un contesto di crisi dell'impresa: vuoi (quanto al n. 4) per la radicale alterità strutturale (costruita su un paradigma colposo di evento), vuoi (quanto al n. 3) per la significativa caratterizzazione del dato temporale (qui costituito quale imminenza rispetto all'esito fallimentare) e la particolare finalizzazione della condotta (il reale disvalore della fattispecie poggiando, come visto, sulla strumentalità dell'espediente al procrastinamento della declaratoria di insolvenza) (208).

Non sfuggirà, inoltre, che la condizione di insolvenza dell'impresa "sacrificata" costituiva uno dei principali limiti – secondo alcuni addirittura il *discrimen* (209) – per la invocabilità della clausola dei 'vantaggi compensativi' all'interno del gruppo (210). Anche il limite in parola acquista, ora, una più definita consistenza dogmatica e operativa: (*i*) restringendo invero il campo del sindacato giudiziale sulla politica di gruppo, la rilevanza penalfallimentare dell'atto di disposizione patrimoniale in favore di altra società del gruppo, ove intervenuto al di fuori di una condizione di crisi dell'entità sacrificata, non potrà, in effetti, essere scrutinata al lume dell'art. 223 comma 1 l.fall.; (*ii*) specularmente, attualizzando il rischio penalfallimentare, il pericolo di insolvenza (che impone la 'procedimentalizzazione' della crisi) riduce la fondatezza della prognosi in ordine a vantaggi futuri conseguibili (almeno nel medio o lungo periodo) dall'ente sacrificato, così rendendo più agevole la valutazione del giudice.

È possibile semmai, sotto diverso profilo, che la valutazione esclusivamente *ex ante* della pericolosità della condotta (attesa l'impraticabilità della bancarotta 'riparata'), pur rinvigorita dalla valorizzazione del contesto, lasci residuare la tipicità, ai sensi dell'art. 216 l.fall., di manipolazioni patrimoniali integrate in concomitanza di una crisi (non gestita) poi superata, allorquando in epoca successiva si manifesti una nuova insolvenza che porti al fallimento. Non si tratta,

(207) Sulla funzione di limite della repressione e, al contempo, di agevolazione del compito del giudice sottesa al carattere "manifesto" dell'imprudenza, in particolare, C. PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., p. 158.

(208) Alla figura dell'art. 217 n. 4 l.fall. potrebbe farsi riferimento altresì nei casi – per vero più teorici che effettivamente riscontrabili nella prassi (attesa la diretta signoria dell'agente sull'impresa, propria o amministrata) – in cui si riconoscesse l'errore del soggetto attivo in ordine allo stato di crisi dell'impresa, qualora esso sia dovuto a colpa e la condotta risulti efficiente rispetto all'aggravamento del dissesto; accenni al tema dell'errore nei reati di bancarotta in P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 508.

(209) In tal senso, nella dottrina commercialistica, P. MONTALENTI*, Conflitto di interesse nei gruppi di società*, cit., p. 732.

(210) Tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 30212/2017, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 20039/2013, cit.

tuttavia, di una rediviva presunzione di lesività (211). A escludere qualsivoglia automatismo sovvengono, infatti, la naturale gravitazione del giudizio di pericolo (conviene ribadirlo: comunque imprescindibile) al momento della condotta e la base totale del giudizio (ferma l'irrilevanza di fattori sopravvenuti): indicazioni coerenti, del resto, con la natura di mera condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa. La marginale frequenza prasseologica dell'evenienza appena segnalata, peraltro, riduce sensibilmente l'effettiva portata pratica della questione.

I benefici maggiori dell'impostazione qui accolta, in ogni caso, si apprezzano sul terreno dell'*elemento soggettivo*, finalmente ricondotto in entrambe le sue componenti a un referente di effettiva consistenza (212). Arricchita con l'ambientamento nella crisi di impresa, in funzione di presupposto del reato e di ulteriore vettore di disvalore complessivo, la condotta diviene infatti – assai più incisivamente – pregnante sul versante soggettivo, in quanto qualificata, oltre che dalla negativa cifra semantica (e, dunque, dall'estremo imprescindibile del pericolo concreto per le ragioni creditorie), da un appagante condizionamento temporale (213). Immediate le conseguenze: dalla più stringente focalizzazione dell'elemento rappresentativo – inglobante anche l'estremo situazionale, « governato da regole » (214), che contestualizza il comportamento dell'agente – alla più intensa declinazione di quello volitivo, segnatamente in riferimento al pericolo di lesione della garanzia, che lo stato di crisi dell'impresa attualizza in tutta la sua concretezza. Un dolo (generico) di pericolo (215), quindi, senza necessità di recuperare l'insolvenza o il dissesto, cacciati dalla porta della struttura tipica, dalla finestra del finalismo soggettivo della condotta, quali sbocchi potenziali dell'atto dispositivo (secondo una rima di dannosità invece

(211) Si tratta del rilievo critico formulato da C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1004, alla norma incriminatrice della bancarotta inserita dal legislatore tedesco del 1976 (§ 283). Sulla fattispecie del § 283, nella dottrina tedesca, per tutti, K. TIEDEMANN, *Il nuovo diritto penale fallimentare tedesco da un punto di vista comparatistico*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 429.

(212) Che quello dell' "irrobustimento" del dolo, altrimenti "appiattito" sulla fattispecie oggettiva, sia un problema di non marginale momento si comprende immediatamente ove si rammenti il passaggio motivazionale di Cass. pen. Sez. Un., n. 22474/2016, cit., già riportato *supra*, cap. IV, § 4, secondo cui ai fini del dolo di bancarotta fraudolenta prefallimentare è bastevole la consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione difforme dalla funzione di garanzia.

(213) Per la definizione di fattispecie "soggettive pregnanti" come figure di reato che, tra l'altro, « ipotizzano una condotta, che, qualificata da elementi pregnanti o specificamente condizionata da riferimenti temporali o modali, appare univoca oggettivamente e soggettivamente », F. BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., pp. 7 e 163.

(214) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 22; su tutte, le regole contabili che presiedono la valutazione della situazione economica, finanziaria e reddituale dell'impresa (dunque dell'eventuale ricorrenza dello stato di crisi).

(215) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 75. *Contra* A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 23, secondo cui l'elemento soggettivo va ricostruito – onde rispettare il principio di personalità della responsabilità penale – quale dolo di danno.

sconosciuta alla fattispecie): con queste precisazioni (216) può convenirsi, dunque, che « non è ipotizzabile un dolo di bancarotta fraudolenta (…) se anche tale sbocco non entri, almeno al livello di possibilità (ma di possibilità apprezzabile, con cui sia necessario fare i conti), nell'orizzonte mentale del debitore. Non necessariamente, beninteso, quale conseguenza del proprio operato, ma quale "scenario", sia pur solo eventuale: nella consapevole prospettiva di un dissesto eventuale (a maggior ragione se già in atto) gli episodi di distrazione di attività si caricano, anche psicologicamente, di potenziale offensivo » (217).

Riguardato il segmento psicologico di fattispecie da questo angolo visuale (218), anzi, si stempera l'urgenza di livellare soggettivamente – elevando il dolo specifico, espressamente previsto solo per l'esposizione di passività inesistenti, a comun denominatore di tutti i comportamenti tipici – le varie ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale (219), secondo una simmetria che la norma incriminatrice non contempla. Dove tipizzato, il dolo specifico vale a conferire una precisa direzionalità soggettiva a una condotta, di per sé, potenzialmente equivoca quanto al contegno psicologico dell'agente (l'esposizione di passività inesistenti potrebbe, ad es., risultare preordinata a frodare il fisco, oppure il frutto di semplice errore) (220); alcun nesso finalistico, diversamente, serve a colorare l'orizzonte psicologico dell'agente, allorquando esso debba rapportarsi a condotte tenute in situazione di crisi e (anche per tale ragione) dotate di autonoma, isolabile attitudine offensiva, ovvero di una incidenza patrimoniale che, fondandone la pericolosità concreta, non può esulare dalla sfera rappresentativa (e volitiva) dell'agente.

S'avvia inoltre a più appagante sistemazione la scivolosa questione del dolo eventuale all'interno dell'art. 216 n. 1 l.fall. Ferma l'impossibilità di ricondurre a quest'ultimo paradigma le condotte sorrette dalle causali previste dai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 217 l.fall. (221), da un lato l'inattualità dell'offesa di bancarotta fraudolenta in mancanza di crisi rende superflua l'indagine sulla tipicità

(216) Diversamente, la fattispecie verrebbe sostanzialmente strutturata in termini causali, ciò che giustificherebbe naturalmente l'inclusione della insolvenza nell'orizzonte rappresentativo e volitivo dell'agente: in proposito, tra gli Autori che optano per la ricostruzione della bancarotta prefallimentare quale reato d'evento, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., p. 88.

(217) C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 76. Riprende integralmente tale impostazione F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, cit., pp. 908 ss.

(218) Vengono qui riprese considerazioni svolte in S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione"*, cit., p. 193.

(219) Per la tesi secondo cui la totalità delle condotte di bancarotta patrimoniale andrebbe riletta in chiave di dolo specifico, oltre agli AA. già richiamati *supra*, cap. III, nota 142, G. CASAROLI, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, cit., p. 309.

(220) In tal senso P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 71-72.

(221) Sulla compatibilità dei fatti di bancarotta semplice dei nn. 1-3 con tale forma di dolo si veda *supra*, cap. III, § 7.

soggettiva dell'accettazione del rischio (222); dall'altro, l'inserimento dello stato di crisi nella piattaforma cognitiva dell'agente contribuisce a dare sostanza a quella rappresentazione "chiara e lucida" (223) e al conseguente bilanciamento tra il fine perseguito – qui, come visto, inteso in termini di persistente conduzione dell'impresa senza il coinvolgimento dei creditori (attraverso le procedure di gestione controllata) – e il pericolo per il bene protetto, accettando dunque effettivamente la verificazione della lesione (224). In effetti, « la presenza di un presupposto della condotta è in grado di condizionare la struttura del dolo (…), per la particolare pregnanza del momento conoscitivo: il che avviene però non tanto perché si tratta di un elemento che sfugge per sua natura all'oggetto della volizione (…) ma soprattutto perché essendo massima la intensità del momento rappresentativo, poco conta, per lo meno ai fini dell'accertamento, il grado della volizione » (225).

## 6. (*segue*) 'Crisi d'impresa' e parificazione sanzionatoria tra paradigmi di pericolo e tipi causali di bancarotta.

Da ultimo, ma non meno importante, l'impostazione delineata in queste pagine consegna un più tangibile *rationale* alla altrimenti problematica equivalenza sanzionatoria tra i modelli di pericolo e gli schemi causali rispettivamente tipizzati ai commi 1 e 2 dell'art. 223 l.fall. (226). La lievitazione del contesto a elemento costitutivo implicito delle fattispecie di pericolo, aggiungendo una nota di disvalore compensativa dell'assenza di un evento naturalistico, assicura infatti un bilanciamento più solido con le figure causalmente orientate, con ciò rendendone meno anomala la parificazione edittale e – al contempo – approntando una *ratio* più definita alla novellata fattispecie di bancarotta da reato societario.

L'uniformità tra le varie figure di bancarotta impropria, infatti, appare ulteriormente avvalorata dalla radicale alterità tra i vari paradigmi d'incriminazione contemplati dall'art. 223 l.fall., ove riguardati al metro della situazione dell'impresa al tempo della condotta. Se le ipotesi del comma 1

(222) Fatta salva l'eventuale efficienza causale della condotta così tenuta, in caso di impresa societaria, rispetto al cagionamento del dissesto: *infra*, cap. VII, §§ 3, 5 e 6.

(223) Così Cass. pen. Sez. Un., n. 38343/2014, cit., p. 1929.

(224) Viene insomma restituito al momento intellettivo, ancor più significativo nel dolo eventuale, quel ruolo di « zoccolo duro del dolo, filtro razionale senza cui non può darsi un volere consapevolmente indirizzato »: così C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 303. Per la compatibilità tra bancarotta fraudolenta e dolo eventuale, pur con varie sfumature, in dottrina: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 130; C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., pp. 77 ss.; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 174. *Contra*: A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 85 ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., pp. 39-40.

(225) Così G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., pp. 468-469.

(226) In argomento cfr. *supra*, cap. III, § 9.

tipizzano le diminuzioni patrimoniali, concretamente pericolose per la garanzia, tenute in costanza di crisi/insolvenza, le fattispecie descritte nel capoverso potrebbero prestarsi, piuttosto, a incriminare condotte direttamente causative del dissesto, dunque serbate in un contesto di impresa *in bonis*: detta ricostruzione sarebbe coerente, tra l’altro, anche con l’astratta attitudine – segnalata in apertura del lavoro – delle figure d’evento (specie quelle del n. 2 dell’art. 223 l.fall.) a legittimare, in uno alle ipotesi di bancarotta semplice, il sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali.

Quest’ultimo assunto va tuttavia verificato, onde sgombrare il campo da possibili ambiguità: è chiaro, infatti, che non guadagnerebbe in persuasività una proposta ricostruttiva che, dopo aver faticosamente circoscritto i più vistosi inconvenienti della figura-cardine del sistema, consentisse la reviviscenza di analoghe (o persino più gravi) criticità attraverso un diffuso impiego di strumenti repressivi alternativi, per giunta decisamente carenti in punto di traduzione normativa (227).

Conviene allora testare la fondatezza dell’ipotesi appena tratteggiata, saggiandone la compatibilità con le opzioni politico-criminali alla base dell’odierno sistema penale del fallimento, così definitivamente valutando se un’attenta lettura dei paradigmi causali di bancarotta confermi o falsifichi le direttrici di fondo della presente indagine. A questa conclusiva esplorazione sarà dedicato il capitolo seguente, che completerà l’orizzonte ideale della nostra ricerca.

(227) Cfr. ancora *supra*, cap. II, § 3, e soprattutto cap. III, § 8.

# Capitolo VII

## AI CONFINI DEL SISTEMA: LE FATTISPECIE CAUSALI DI BANCAROTTA QUALI PARADIGMI DI 'VERIFICAZIONE' E 'FALSIFICAZIONE' DELL'OPZIONE PRESCELTA

**SOMMARIO: 1.** Premessa: punti fermi e nuove prospettive per le fattispecie di bancarotta causalmente orientate**.** – **2.** La 'verificazione' della tesi: le ondivaghe posizioni della giurisprudenza sui rapporti tra la distrazione e le figure di evento. – **3.** (*segue*) La scarsa persuasività degli orientamenti giurisprudenziali e la necessità di reimpostare la questione al lume della 'crisi' come elemento di fattispecie della bancarotta distrattiva. – **4.** La 'falsificazione' della tesi: le fattispecie d'evento quali chiavi d'accesso al merito delle scelte gestorie? – **5.** L'evento tipico: 'dissesto', 'insolvenza', 'fallimento'. – **6.** La "chiusura del cerchio": spunti per una paradigmatica dell'accertamento causale… – **7.** (*segue*) … e corollari sul versante della colpevolezza.

*Le preoccupazioni repressive*
*non devono prendere la mano: le falle*
*del sistema sanzionatorio non si*
*chiudono indebolendo i presupposti*
*sostanziali della responsabilità (la certezza…*
*della condanna quasi a surrogare*
*la svanita certezza della pena)* » (1)

### 1. Premessa: punti fermi e nuove prospettive per le fattispecie di bancarotta causalmente orientate.

Non diversamente dall'indagine sulle fattispecie di pericolo, di cui si sono appena tirate le somme, l'approccio ai paradigmi causali di bancarotta deve prendere le mosse da considerazioni già sviluppate in precedenza, segnatamente in sede di analisi "molecolare" delle diverse varianti delittuose contemplate dalla legge fallimentare (le figure degli artt. 223 cpv. e dell'art. 224 n. 2 l.fall.) (2). Si era allora registrata l'intrinseca irragionevolezza di un comparto normativo calibrato su una comune piattaforma sanzionatoria, ad onta di nuclei di disvalore tra loro profondamente diversi: non solo nel raffronto tra fattispecie di pericolo e fattispecie di danno, ma – aspetto ancor più sorprendente – addirittura all'interno delle diverse figure imperniate su un evento naturalistico. La "de-costruzione" delle singole fattispecie aveva in effetti confermato (salvo marginali eccezioni, per giunta concernenti ipotesi di scarso impatto prasseologico) l'impressione in

(1) C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 304.
(2) *Supra*, cap. III, in particolare § 9.

ordine a un uso poco accorto della discrezionalità legislativa quanto alla individuazione delle comminatorie edittali, con una *reductio ad unum* incurante dei differenti stadi d'offesa di volta in volta tipizzati, delle peculiarità in punto di elemento soggettivo o più semplicemente, all'interno di specifiche figure, delle variabili modalità di selezione delle condotte delittuose.

A poco erano allora valsi, invece, almeno per rimeditare una simile constatazione, i tentativi di "ri-costruzione" ermeneutica delle condotte descritte dall'art. 223 cpv. l.fall., e in particolare delle ipotesi del n. 2; tentativi improntati vuoi alla scoperta di nuovi sentieri interni di offensività, nel solco di una valorizzazione estrema della formulazione letterale di ciascuna norma incriminatrice (talvolta profondamente carente) (3), vuoi alla reazione tassativizzante a fronte di applicazioni giurisprudenziali estensive e iper-effettive, specie della bancarotta per effetto di operazioni dolose (4). L'analisi strettamente letterale, per quanto della massima importanza, non aveva del resto emendato l'apparente "fungibilità" dei vari tipi delittuosi, tradottasi vuoi nella possibilità di contestazione simultanea di plurimi titoli di reato, vuoi, osservando la prassi, nel ricorso alle fattispecie meno impegnative in punto di accertamento, per l'assenza di nesso causale ovvero per l'ampio spettro semantico delle condotte tipiche (5).

Da ultimo, tuttavia, l'ambientazione del tipo dell'art. 216 l.fall. in un contesto di crisi dell'impresa è apparsa schiudere una dimensione inedita – su un terreno più prettamente sistematico – per una *più appagante fondazione esegetica dei paradigmi di bancarotta*, organizzata su una nitida focalizzazione delle aree d'incriminazione da ciascuno presidiate. In effetti, per sottrazione alle figure di pericolo sembrano cogliersi i contorni della bancarotta causalmente orientata, sublimata nella propria funzione residuale: ancorate le prime al presupposto dell'insolvenza, quest'ultima, in coerenza con lo stadio più avanzato dell'offesa al bene tutelato, varrebbe in prima battuta ad attrarre condotte svincolate dall'attualità di un contesto "critico", al lume – tuttavia – di una limpida efficacia condizionalistica con l'evento-danno.

Si tratta allora di sviluppare fino in fondo tale *nuova prospettiva*, lungo una *duplice direttrice* che si potrebbe definire di '*verificazione*' *e* di '*falsificazione*'. Di verificazione, anzitutto: è necessario infatti misurare in concreto le conseguenze dell'opzione prescelta, appurandone gli eventuali benefici al banco di prova della classificazione di condotte astrattamente "*polimorfiche*", dunque sussumibili entro plurime figure di bancarotta: questione sin qui risolta dalla giurisprudenza (§ 2) in termini del tutto insoddisfacenti (§ 3), ricorrendo alla dicotomia '*concorso apparente di norme* vs. *concorso di reati*'. Ma occorre anche

(3) *Supra*, cap. III, § 8.
(4) *Supra*, cap. II, §§ 3.1. e 3.2.
(5) *Supra*, cap. II, *passim*.

– se non soprattutto – sottoporre l'impostazione esegetica a un attento esperimento di falsificazione, ovvero a un *test* di resistenza della tesi, a fronte del (possibile) rovescio della medaglia cui s'è accennato in chiusura del capitolo precedente: dell'incognita, cioè, di rivitalizzare un *diffuso sindacato del giudice* penale sulle scelte imprenditoriali (seppur limitato all'imprenditore organizzato in forma societaria), cui anche le fattispecie in discorso – su tutte la bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale e la bancarotta per effetto di operazioni dolose (6) – paiono di primo acchito fatalmente prestarsi. È chiaro che, ove detto rischio si materializzasse, l'adesione alla impostazione qui accolta si risolverebbe nella più classica vittoria di Pirro, con la definitiva "legittimazione" di uno dei più gravi rischi del diritto penale fallimentare a far da beffardo contrappasso alla – a questo punto pressoché inutile – restrizione del tipo distrattivo e alla ritrovata organicità sistematica (§ 4); per giunta, per il tramite del modello del reato (di evento) che sulla carta, gravitando su un risultato tangibile (rispetto al quale si ricollega la condotta – tipica in quanto causativa – e si sintonizza il coefficiente soggettivo), appare invece il più convincente, avendo « il pregio di una trasparenza che l[o] rende particolarmente idone[o] a essere recepit[o] dalla coscienza comune e a interiorizzarsi in imperativo morale » (7).

Solo positivamente superata questa insidia sarà possibile, infine, procedere a una migliore disamina degli ulteriori pilastri di tipicità delle fattispecie di bancarotta qui esaminate, l'evento (§ 5) e il nesso causale (§ 6) (non del tutto indifferenti, peraltro, rispetto alla soluzione del dubbio dianzi profilato), per concludere con i corollari in punto di colpevolezza (§ 7).

## 2. La 'verificazione' della tesi: le ondivaghe posizioni della giurisprudenza sui rapporti tra la distrazione e le figure di evento.

Seguendo il programma d'azione appena abbozzato, conviene in primo luogo mettere in luce i percorsi – nient'affatto lineari – battuti dalla giurisprudenza al momento di valutare la possibile refluenza di una identica condotta materiale entro plurimi schemi di bancarotta (di pericolo e di evento), raffrontandone poi gli esiti con gli approdi suggeriti dall'impostazione qui accolta.

Anticipando in parte le conclusioni, si osserverà che le linee interpretative seguite dal diritto vivente, adagiandosi alla superficie letterale delle norme incriminatrici, scontano, a monte, una scarsa focalizzazione degli elementi costitutivi dei rispettivi paradigmi tipici, non riuscendo perciò a spiegarne – anche laddove la soluzione imbocchi la via del concorso apparente di norme – in termini soddisfacenti la pur evidente diversità ontologica.

(6) Su quest'ultimo accenni già *supra*, cap. I, § 4.
(7) Così C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 143.

Ma procediamo con ordine, distinguendo (e si vedrà che la distinzione non è priva di conseguenze pratiche nelle applicazioni giurisprudenziali) tra i binomi (*i*) 'distrazione *vs.* infedeltà patrimoniale' (8) e (*ii*) 'distrazione *vs.* operazioni dolose'.

(*i*) L'analisi delle sentenze di legittimità che hanno risolto la prima dicotomia (9) restituisce la tendenza della giurisprudenza maggioritaria ad affrontare la questione non dall'angolo visuale di una alternativa sussuntiva, bensì, piuttosto, dalla prospettiva di un concorso formale di reati (10) tra la bancarotta da reato societario e la bancarotta per distrazione (11): conclusione che, almeno astrattamente, « da un lato, porrebbe la bancarotta "da reato societario" tuttora in linea con l'atteggiamento di maggior rigore verso i fatti commessi in seno alla società; e, dall'altro lato, implicherebbe che, ove manchi il rapporto di causalità con l'insolvenza, resti impregiudicata l'operatività della bancarotta per distrazione » (12).

A sostegno dell'assunto, frequente è il richiamo, per un verso, alla diversità degli interessi tutelati dalle due figure – a presidio l'una, quella societaria, del patrimonio sociale, l'altra, quella fallimentare, della garanzia per i creditori –, per l'altro, al rapporto di specialità reciproca che ne disegna il raffronto strutturale: se l'art. 2634 c.c. « presuppone un conflitto di interessi da cui consegua un danno per la società ed esige una finalità di ingiusto profitto per l'agente o di vantaggio per i terzi », la distrazione postula una finalità di danno per i creditori, di talchè sarebbe ipotizzabile « non solo un'attività distrattiva che non integri l'infedeltà patrimoniale, per mancanza di conflitto di interessi, ma anche un'infedeltà patrimoniale che non integri distrazione, come ad esempio la stipulazione, in situazione di conflitto di interessi, di un appalto di servizi oneroso » (13). Su tutto, in ogni caso, campeggia un argomento *ad absurdum*: l'accoglimento di una

(8) Si assume qui l'infedeltà patrimoniale quale prototipo dei reati societari, sia perché il tema che si sta trattando è stato affrontato dalla giurisprudenza essenzialmente muovendo dalla fattispecie dell'art. 2634 c.c., sia perché, effettivamente, la figura dell'infedeltà patrimoniale si mostra più immediatamente affine alla distrazione contemplata dall'art. 216 l.fall. (per gli adattamenti e le precisazioni in ordine alle fattispecie di false comunicazioni sociali cfr. *infra*, § 6).

(9) In dottrina, in argomento, tra gli altri: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 232; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 61 ss.

(10) In tal senso, tra le varie pronunce: Cass. pen. sez. V, n. 43001/2012, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 141, con nota di D. FALCINELLI, *La fattispecie con condotta tipizzata dal soggetto. Osservando il delitto di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*; Cass. pen. sez. V, n. 26083/2008, in *CED Cass.*, rv. 242323; Cass. pen. sez. V, n. 13110/2008, in *CED Cass.*, rv. 239394.

(11) Critico con la ricostruzione giurisprudenziale maggioritaria V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 294. Ritengono comunque il sistema riconducibile a razionalità invece: A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 86 ss.; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 150 ss.; N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale*, cit., p. 103.

(12) V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 306.

(13) Così Cass. pen. sez. V, n. 13110/2008, cit.

diversa impostazione – si rileva – riverbererebbe la paradossale conseguenza per cui « la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto di interessi, sarebbe punibile solo se abbia determinato il dissesto della società, mentre la distrazione, commessa senza conflitto di interessi, sarebbe punibile di per sè, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto » (14).

Diversamente, un filone minoritario della giurisprudenza (15) ha optato per il drastico ridimensionamento applicativo della bancarotta da reato societario, a tutto vantaggio della contigua fattispecie distrattiva; al prezzo, però, di condannare l'infedeltà patrimoniale alla pratica irrilevanza. Si è evidenziato, nel dettaglio, che l'aderenza al paradigma del reato societario postulerebbe la conformità degli atti di disposizione del patrimonio sociale, per quanto infedeli (giacchè viziati da conflitto di interessi), ai poteri di gestione, viceversa esulando dal quadro tipico dell'art. 2634 c.c. – oltre ai comportamenti puramente "predatori" – gli atti « estranei all'oggetto sociale, inteso quest'ultimo non già soltanto nella sua formale previsione statutaria, ma quale programma imprenditoriale capace di perseguire l'attività sociale prescelta e concordata dai soci e, di poi, consacrata nel patto fondamentale della società », ovvero l'atto dispositivo di beni « sociali che non possa collocarsi in una prospettiva strumentale e di effettiva idoneità al raggiungimento degli interessi dell'organismo. Valutazione che deve collocarsi *ex ante* rispetto alla conclusione del negozio, ma che deve delinearsi per rigorosi tramiti propri della scienza economica (e che, in ogni caso, quando non risulti evidente, sia offerta dall'interessato) » (16).

L'idoneità dell'atto a soddisfare, anche in via diretta o mediata, un interesse economico della società diviene, a questa stregua, il selettore della tipicità penale-societaria; non ricorrendo in concreto alcun beneficio, neppure prospettico, per il patrimonio sociale inciso dall'operazione (ad es. in caso di finanziamento ad altra società del gruppo non destinato alla conservazione del valore della partecipazione detenuta dalla società depauperata), il ricorso alla figura dell'infedeltà patrimoniale sarebbe in radice precluso, pienamente espandendosi di conseguenza – in caso di fallimento – lo schema distrattivo.

(*ii*) Volgendo lo sguardo alla dicotomia 'distrazione *vs.* operazioni dolose', va invece rilevata la tendenza della giurisprudenza – in ciò coerente con la

(14) Così ancora Cass. pen. sez. V, n. 13110/2008, cit. Considerano decisivo l'argomento, in dottrina, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 239-240.

(15) Si vedano, in particolare, Cass. pen. sez. V, n. 33306/2016, in *CED Cass.*, rv. 268023; Cass. pen. sez. V, n. 29036/2012, in *CED Cass.*, rv. 253032; (per l'inquadramento, tuttavia, nell'ambito del cagionamento doloso del fallimento, in tema di rilascio di fideiussioni bancarie ad altra società del gruppo in condizioni di insolvenza) Cass. pen. sez. V, n. 11019/2007, in *CED Cass.*, rv. 236936.

(16) Così Cass. pen. sez. V, n. 11019/2007, cit.

"preferenza" accordata allo schema dell'art. 216 l.fall. in caso di situazioni di incerta decifrazione (17) – a sciogliere l'astratta pluralità sussuntiva di una determinata condotta (in tesi pericolosa per l'integrità della garanzia ed eziologicamente efficiente rispetto al dissesto dell'impresa) ricorrendo all'assorbimento del modello causale entro il più ampio schema distrattivo, predicato quale reato « a causalità aperta, [che] può realizzarsi attraverso i più vari comportamenti e non richiede, perciò, come elemento indefettibile la compresenza degli elementi costitutivi di altri reati »; sicchè, « quando l'azione diretta a causare il fallimento si identifichi nella medesima condotta sussunta nel modello descrittivo della bancarotta fraudolenta, in quest'ultimo reato deve ponderarsi assorbita la bancarotta impropria » (18), alla prima accomunata anche in punto di elemento soggettivo. Con la conseguenza che, mentre è impossibile configurare un concorso formale tra i due reati, « è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta *ex* art. 216 L.F., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento » (19).

### 3. (*segue*) La scarsa persuasività degli orientamenti giurisprudenziali e la necessità di reimpostare la questione al lume della 'crisi' come elemento di fattispecie della bancarotta distrattiva.

Nessuno degli orientamenti giurisprudenziali si mostra a nostro avviso convincente.

(*a*) Non lo è senz'altro il riconoscimento della pluralità di illeciti, nelle vesti del concorso formale, a fronte di manipolazioni patrimoniali di primo acchito riconducibili all'art. 2634 c.c. e all'archetipo distrattivo.

Riservando l'esame dell'argomento definito "per assurdo" al fondo del paragrafo, fuorviante risulta, in primo luogo, il radicamento dell'infedeltà patrimoniale nella sua originaria oggettività giuridica, circoscrivendola alla protezione del patrimonio sociale quale oggetto immediato di tutela del diritto penale societario. Saldato causalmente al dissesto della società, infatti, l'atto

(17) Per la tendenza giurisprudenziale all'inquadramento entro il tipo distrattivo di vicende più propriamente sussumibili entro le operazioni dolose cfr. *supra*, cap. II, § 2.1.

(18) Cass. pen. sez. V, n. 533/2017, in *CED Cass.*, rv. 269019.

(19) Cass. pen. sez. V, n. 24051/2014 (già citata rispetto ad altri profili), in *CED Cass.*, rv. 260142. In senso conforme, tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 34559/2010, in *CED Cass.*, rv. 248167; Cass. pen. sez. V, n. 17978/2010, in *CED Cass.*, rv. 247247; Cass. pen. sez. V, n. 29431/2006, in *CED Cass.*, rv. 235216; Cass. pen. sez. V, n. 4400/2018, cit.

dispositivo non può prescindere dall'ottica del fallimento (20): attraverso questa diversa lente, la condotta acquista invero una rinnovata attitudine lesiva, « l'intenzionale depauperamento del patrimonio sociale per finalità extrasociali – in cui tale fattispecie si sostanzia – attent[ando] alla garanzia dei creditori allo stesso modo della distrazione » (21). Detto altrimenti, il richiamo all'art. 2634 c.c. (nel n. 1 dell'art. 223 l.fall.), nell'elenco degli antecedenti causali al dissesto, assolve a una specifica funzione di tutela – ulteriore e differente rispetto a quella originaria – dei creditori della società fallita, in ragione dell'offesa da questi patita in conseguenza del dissesto stesso (22).

D'altra parte, il raffronto strutturale tra le fattispecie in termini di specialità reciproca, così delineato, appare malfermo; non solo nei suoi esiti pratici – la specialità reciproca ben potendo, in tesi, condurre all'affermazione del concorso apparente di norme (23) – ma anche nei suoi presupposti argomentativi, se è vero che l'elemento soggettivo della bancarotta prefallimentare (ovvero l'unico elemento ritenuto specializzante rispetto all'infedeltà patrimoniale) non si organizza su una finalità di danno per i creditori (24). Senza contare – in ciò plasticamente corroborando il rischio di moltiplicazione degli addebiti, a suo tempo evidenziato (25) – che così opinando il medesimo fatto, ogniqualvolta il reato societario rappresenti antecedente causale del dissesto, dà luogo a una

(20) In argomento, in dottrina: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 238; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 372.

(21) Così, puntualmente, V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 307. Secondo A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., p. 80, i reati societari contemplati dall'art. 223 cpv. n. 1 l.fall. (in particolare l'infedeltà patrimoniale) presenterebbero un disvalore sociale meno intenso rispetto ai fatti di distrazione puniti dall'art. 223 comma 1 l.fall. (in quanto non necessariamente integrati da atti di "distacco irreversibile" dal patrimonio sociale, come nei casi di finanziamento infragruppo), motivo per cui la bancarotta da reato societario richiederebbe un nesso causale tra la condotta e il dissesto e l'ambito applicativo della bancarotta fraudolenta patrimoniale sarebbe destinato a restringersi. La tesi, tuttavia, da un lato non considera che il disvalore del reato societario va riletto nell'ottica del sopraggiunto fallimento (nel cui contesto il disvalore di quel fatto – in ragione della cornice edittale dell'art. 223 cpv. n. 1 l.fall. – agli occhi del legislatore è, peraltro, identico a quello della bancarotta per distrazione) e, dall'altro, non sembra confermata in relazione a tutte le tipologie di aggressioni patrimoniali riconducibili allo schema dell'art. 2634 c.c. (non certo limitato ad atti di disposizione infragruppo, nei quali, comunque, il bene non rimane – a ben vedere – neppure nella "disponibilità" della società sacrificata).

(22) Analogamente A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 151.

(23) La possibilità di riconoscere l'operatività del principio di specialità tratteggiato dall'art. 15 c.p. in caso di bilateralità degli elementi specializzanti di due fattispecie è discussa in dottrina (per il carattere soltanto "unilaterale" della specialità, pur aderendo a impostazioni pluralistiche in tema di concorso apparente di norme, attraverso i diversi criteri di sussidiarietà e consunzione, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 518 ss.). Nondimeno, ove ammessa in linea teorica, la specialità bilaterale viene, in dottrina, impiegata quale presupposto per l'affermazione del concorso apparente di norme: per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 466-467.

(24) *Supra*, cap. VI, § 5.

(25) *Supra*, cap. III, § 9.

duplicazione punitiva, soltanto temperata dall'applicazione della continuazione fallimentare (art. 219 cpv. n. 1 l.fall.) (26).

La via interpretativa seguita dal diverso filone giurisprudenziale per escludere detto inconveniente (possibilità di ravvisare l'infedeltà patrimoniale unicamente nei casi di perseguimento in concreto dell'interesse sociale da parte dell'agente) (27), peraltro, non si mostra maggiormente persuasiva, in quanto condannerebbe nei fatti la fattispecie societaria alla inapplicazione (28). Anche a voler intendere la conformità all'oggetto sociale nella sua accezione "concreta", infatti, la condotta infedele *ex* art. 2634 c.c. comunque ne esulerebbe, essendo in ogni caso incompatibile con l'oggetto sociale (anche il più concreto) il perseguimento da parte dell'amministratore di un interesse a esso antagonista, che preesiste alla condotta. Sul punto si tornerà (29), ma occorre evidenziarlo: essendo orientato dal conflitto tra gli interessi dell'agente e gli interessi dell'ente (nella trama dell'incriminazione, per definizione, confliggenti), l'atto di disposizione intenzionalmente diretto a danneggiare la società non può, in radice, risultare finalizzato al raggiungimento di un interesse economico dell'impresa. Il parallelismo con i rimedi civilistici (che prevedono l'annullabilità del negozio concluso dall'amministratore in conflitto di interessi: artt. 1394 e 2475 *ter* c.c.) appare ancora una volta istruttivo: « pretendere la conformità all'oggetto sociale non sembra (…) più plausibile che il subordinare l'applicabilità dell'art. 2634 c.c. alla piena validità dell'atto dispositivo di cui si discute » (30).

Preme ribadirlo, trattandosi di un punto decisivo in vista delle considerazioni che seguiranno: è il conflitto di interessi – esprimendo l'essenza stessa dell'"abuso", la « situazione basilare dell'infedeltà » (31) – a selezionare, a monte, le condotte tipizzate dall'art. 2634 c.c., forgiando la fattispecie (in raccordo con la disciplina extrapenale) (32), anzitutto, su un « concreto dato di

(26) Sul punto V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 307.

(27) Inconveniente, per giunta, escluso solo allorquando l'illecito societario causativo del dissesto sia proprio l'infedeltà patrimoniale, le considerazioni dell'orientamento qui criticato non potendo evidentemente estendersi oltre il tipo dell'art. 2634 c.c. Sulla necessità di definire l'"interesse sociale" sul piano concreto, in riferimento all'interesse economico della società, M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., pp. 338 ss.; *contra*, nel senso che la valutazione dell'interesse sociale non possa prescindere da un riferimento all'oggetto e allo scopo dell'ente, siccome fissati nell'atto costitutivo, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 381.

(28) V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 310, che evidenzia come l'orientamento giurisprudenziale qui criticato « cozza contro un ostacolo di fondo: risolvendosi, di fatto, in una *interpretatio abrogans* dell'art. 2634 c.c. » (corsivi dell'A.). Nel senso che, invece, l'infedeltà patrimoniale rappresenti una "anticipazione" della bancarotta – sul presupposto (non condiviso) secondo cui l'impresa costituirebbe il bene giuridico proprio di quest'ultima – U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., pp. 399 ss.

(29) *Infra*, § 4.

(30) Così, ancora, V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., pp. 310-311.

(31) M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 33.

(32) Il riferimento è soprattutto all'art. 2391 c.c., che impone all'amministratore di informare il consiglio d'amministrazione e il collegio sindacale in ordine a eventuali interessi

fatto espresso dalla sussistenza di un interesse privato, non necessariamente patrimoniale, antitetico all'interesse sociale proiettato, in assenza di contrastanti esigenze meritevoli di tutela, verso una massimizzazione dell'utile » (33); e a limitare, a valle, il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte gestorie, come si appurerà più avanti.

(*b*) Condivisibile nel precipitato pratico che evita la simultanea applicazione delle due norme incriminatrici, neppure la ricostruzione dei rapporti tra la distrazione e la bancarotta per effetto di operazioni dolose si rivela nei suoi risvolti teorici soddisfacente. Si esclude infatti il concorso di reati sulla scorta di una generica identità sostanziale di condotta, sorvolando tuttavia sul raffronto strutturale tra le fattispecie (in cui quella di evento, arricchendosi di elementi costitutivi ulteriori rispetto alla distrazione, dovrebbe in tesi trovare applicazione, assorbendo quest'ultima) e, soprattutto, dilatando a dismisura i contorni di tipicità della bancarotta di pericolo; sino a restituirne l'impressione di un comodo *passepartout* punitivo, sganciato da qualunque profilo di offensività concreta e più agevolmente "maneggiabile" in sede processuale (34).

L'ancoraggio della bancarotta distrattiva a un preciso '*rischio situazionale*' (individuato dal subentro della crisi, dunque dal rischio di insolvenza), per contro, promette di mitigare – già sul piano della condotta – le criticità appena segnalate, consentendo di impostare i rapporti tra i due commi dell'art. 223 l.fall., almeno nelle situazioni-base, in termini di *alternatività strutturale* e restituendo ai differenti paradigmi, in via di principio, *contenuti d'incriminazione* tra loro *complementari* (35). Attualizzando il pericolo per l'integrità della garanzia, la crisi rende infatti operativo il paradigma "tradizionale" di bancarotta fraudolenta; viceversa, assente detto elemento costitutivo delle figure di pericolo, possono pienamente ri-espandersi le residue varianti del capoverso dell'art. 223 l.fall., non a caso foggiate su uno stadio più avanzato dell'offesa (il danno) rispetto alle prime. Declinato nella oggettività giuridica della bancarotta, a questa stregua, il reato societario si presta anzitutto a intercettare situazioni non regolate dalla figura-cardine distrattiva; verificando se l'attitudine lesiva per la garanzia creditoria, latente all'epoca di realizzazione del reato societario o del diverso antecedente causale (ma già oggetto del dolo dell'agente), si sia poi trasformata in danno (attraverso l'incidenza sull'evento cristallizzato con il fallimento), si permette invero il recupero a tipicità fallimentare di comportamenti tenuti in stato di teorica "inattualità penalfallimentare". Una volta che la situazione della società

propri o di terzi in una determinata operazione (nonché, se si tratta di amministratore delegato, di astenersi dalla delibera e, se si tratta di amministratore unico, anche di darne notizia alla prima assemblea utile), in ogni caso prescrivendo l'obbligo di adeguata motivazione delle ragioni e della convenienza per la società dell'operazione nella delibera del consiglio.

(33) S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 758.

(34) In argomento *supra*, cap. II, *passim*.

(35) In relazione all'art. 2634 c.c., seppur in diversa prospettiva d'insieme, sul punto A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 152.

evolva nella crisi, diviene invece recessivo lo stesso *rationale* politico-criminale che ispira l'art. 223 cpv. l.fall., rendendo pertanto superfluo (36) l'apprezzamento di un legame causale tra la condotta e il dissesto (37).

Si tratta, tra l'altro, di proposta interpretativa coerente con l'opzione politico-criminale di maggior rigore nei confronti dell'impresa societaria, calibrata sull'assenza (o sulla riduzione) della correlazione tra rischio economico e potere gestionale, e, quindi, con l'arricchimento del quadro tipico della bancarotta riservato ai gestori dell'ente collettivo. Con una avvertenza, che previene un'obiezione. È pur vero che – a voler circoscrivere l'analisi alla condotta in senso stretto – non può escludersi l'eventualità che, in concreto, uno stesso comportamento, realizzato in situazione d'insolvenza dell'impresa, assommi le stimmate della distrazione e dell'infedeltà patrimoniale (ovvero dell'operazione dolosa); tuttavia, il concorso formale di reati risulterà comunque escluso, se solo si estende la riflessione alla particolare modulazione del nesso condizionalistico in seno alle fattispecie dell'art. 223 comma 2 l.fall. (38).

Resta intatta, però, la constatazione fondamentale: così calibrato, il sistema sembra riacquistare una sua coerenza di fondo, con l'"arretramento" nella ricerca di tratti di bancarotta nei comportamenti dei vertici societari anteriori al manifestarsi della crisi "compensato" (anche in punto di determinatezza) dalla più specifica caratterizzazione del segmento iniziale (almeno quanto ai reati societari) e di quello finale delle fattispecie dell'art. 223 cpv. Risulta così confermato, in tal modo, il consistente riallineamento dei nuclei di disvalore delle diverse figure (39), la cui comparazione, altrimenti dagli esiti largamente deficitari (40), assume contorni di maggiore ragionevolezza, essendo il più accentuato disvalore di contesto dell'art. 223 comma 1 incaricato di sopperire al *surplus* di lesività offerto dalla polarizzazione sull'evento-danno delle figure limitrofe.

Si avvia inoltre a soluzione la nota di irrazionalità segnalata dal primo degli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, che aveva condotto all'affermazione del concorso formale tra la bancarotta per distrazione e la bancarotta da infedeltà patrimoniale; irrazionalità scaturente, secondo l'orientamento in parola, dalla applicazione "solitaria" di quest'ultima quale fattispecie speciale, in quanto originante un trattamento più favorevole a un fatto connotato da più elevato disvalore (dovuto alla più minuziosa tipizzazione del reato societario, altresì collegato causalmente con il dissesto, rispetto alla mera distrazione, svincolata da

(36) *Supra*, capp. IV e VI, *passim*.

(37) Di qui, pertanto, la concentrazione dell'offesa nel pericolo concreto, già suscettibile – attesa la situazione dell'impresa – di divenire penalmente rilevante nella prospettiva della tutela dei creditori.

(38) *Infra*, § 6.

(39) *Supra*, cap. VI, § 6.

(40) *Supra*, cap. III, §§ 8 e 9.

qualunque legame causale con la decozione dell'impresa) (41). La radicale alterità nella costruzione normativa dei paradigmi consegna invece a entrambi un autonomo spazio di tipizzazione, evitando opposti eccessi: (*i*) da un lato, di svuotare l'art. 223 comma 1, riconducendo *in toto* la distrazione compiuta nel contesto societario alla bancarotta da infedeltà patrimoniale (e ingenerando una intollerabile disparità di trattamento rispetto al regime destinato all'imprenditore individuale, la cui distrazione non sconterebbe l'iper-tipizzazione di quella tratteggiata in seno all'impresa societaria); (*ii*) dall'altro, ritenendo sempre e comunque applicabile la bancarotta per distrazione, di rendere pressoché inutile l'inserimento dell'art. 2634 c.c. nel novero dei reati societari suscettibili, nel disegno del legislatore, di porsi quali antecedenti causali del dissesto (42). Con un corollario di non secondario momento: la demarcazione di distinti spazi di intervento per i due paradigmi stempera la "tentazione" esegetica, pure affiorata in dottrina, di inferire dalla novella del 2002 una differente conformazione strutturale della bancarotta distrattiva (re-interpretandola quale reato di evento) (43), così optando per una rilettura incongrua rispetto alla formulazione dell'art. 216 l.fall. e al ruolo occupato dalla norma nel ventaglio delle fattispecie di bancarotta.

## 4. La 'falsificazione' della tesi: le fattispecie d'evento quali chiavi d'accesso al merito delle scelte gestorie?

Rimane, semmai, un dubbio, con cui è giunto il momento di fare i conti; l'interrogativo, cioè, che accomuna tutte le fattispecie descritte dall'art. 223 cpv. l.fall., in ordine alla possibile convalidazione dogmatica di un diffuso sindacato del giudice penale sulla gestione dell'impresa *in bonis*, al metro del semplice insuccesso dell'operazione economica e, quindi, della incidenza causale rispetto al dissesto (44). Una risposta affermativa, lo si è evidenziato in premessa, sortirebbe effetti paradossali, di fatto neutralizzando il contenimento del tipo distrattivo nella zona di rischio penale segnata dalla 'crisi'.

In effetti, la tendenza al regresso all'infinito del giudice penale nella ricerca di fatti potenzialmente tipici al lume delle figure di bancarotta, cacciata dalla "porta principale" dell'archetipo fraudolento prefallimentare, rientrerebbe, nel

(41) Senza optare per la soluzione offerta dalla giurisprudenza, evidenziano il problema, in dottrina: V. NAPOLEONI, Le mariage qui a mal tournè, cit., p. 305; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., pp. 371 ss.

(42) Sul punto si vedano anche A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 151.

(43) Così invece, sostanzialmente, M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 374.

(44) Sulla apparente apertura – allora assunta come ipotesi di lavoro – alla valutazione del merito imprenditoriale, veicolata dalla fattispecie di bancarotta per effetto di operazioni dolose, cfr. già *supra*, cap. I, § 4.

caso dell'impresa societaria, dall'"ingresso secondario" delle figure d'evento dell'art. 223 l.fall., appena mitigata dal necessario collegamento causale col dissesto imposto da queste ultime; una preoccupazione di cui era ben consapevole Pietro Nuvolone, quando, nel confutare la ricostruzione della bancarotta distrattiva in termini causalmente orientati, ammoniva che « per incriminare la causazione dell'insolvenza occorrerebbe quasi sempre risalire molto indietro nel tempo; e allora si verrebbe a creare una zona eccessivamente ampia di rischio penale, col risultato di rendere precaria la vita dell'impresa, inibendo, in ultima analisi, anche ogni utile iniziativa » (45).

Una corretta esegesi delle varianti delittuose tipizzate dal capoverso dell'art. 223 l.fall., anche nei rapporti con la bancarotta prefallimentare, previene senz'altro – lo si anticipa – questa preoccupazione, già sulla scorta di un corretto *inquadramento dei disvalori di condotta* delle tre figure in considerazione. Conviene peraltro partitamente soffermarsi su ciascuna di esse, in scala crescente di problematicità, per conferire sostegno argomentativo all'assunto appena abbozzato.

(α) Il rischio di incursioni del giudice penale sul merito delle scelte gestorie sembra, anzitutto, radicalmente estraneo alla prospettiva del *cagionamento del fallimento con dolo*.

La stessa tipizzazione normativa si mostra, in tal senso, tranquillizzante: come osservato in precedenza (46), l'espressione legislativa si presta essenzialmente a ricomprendere – oltre alla artefatta creazione di una insolvenza in realtà inesistente, spunto per la declaratoria fallimentare – forme patologiche di conduzione dell'impresa societaria, vicende di « ordinaria follia imprenditoriale » (47) che, quando non ricadenti nell'archetipo distrattivo (48), si pongono agli

(45) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 32.

(46) Cfr. nuovamente *supra*, cap. III, § 8.

(47) L'espressione è di F.M. IACOVIELLO, *Contratti di prestazione professionale e di lavoro: suscettibilità di distrazione*, in *Fall.*, 2006, p. 1382.

(48) Perché realizzate quando l'impresa ancora non si trovava in situazione di crisi: si pensi, ad es., alla cessione gratuita del marchio o dell'avviamento. In dottrina, per la configurabilità della distrazione, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 46, secondo cui « anche i beni che non hanno consistenza economica autonoma, ma rappresentano piuttosto una qualità dell'insieme (tipico il caso dell'avviamento) possono rivestire interesse per i creditori (…) », essendo pertanto « suscettibili di dispersione ai danni dei creditori ». Nel senso della tipicità quali operazioni dolose Cass. pen. sez. V, n. 9813/2006, in *Fall.*, 2006, p. 1381, con nota F.M. IACOVIELLO, *Contratti di prestazione professionale e di lavoro*, cit.; A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria*, cit., pp. 257-258, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 60. Depone invece per la sussunzione nel paradigma della distruzione F.M. IACOVIELLO, *Contratti di prestazione professionale e di lavoro*, cit., pp. 1384 ss.: prospettiva per vero recepita da una parte della giurisprudenza, che ha riconosciuto la distraibilità dei singoli fattori che compongono l'avviamento commerciale dell'impresa (quali, ad es., i rapporti giuridici, economicamente valutabili, intrattenuti con clientela e dipendenti), allorquando siano ceduti in assenza di adeguata contropartita, laddove invece la volontaria dispersione dell'avviamento integrerebbe l'ipotesi di bancarotta per distruzione. In argomento Cass. pen. sez. V, n. 3817/2013, in *Società*, 2013, p. 428,

antipodi di una gestione ispirata da criteri di imprenditorialità, cui perfettamente s'acconcia un elemento soggettivo proiettato sull'evento-fallimento.

Gli espedienti per mandare a picco una società possono essere nella realtà multiformi, donde la costruzione della fattispecie a forma libera, con un comun denominatore costituito dal deliberato sabotaggio che conduce al fallimento dell'impresa: dall'affossamento con oneri finanziari esorbitanti rispetto alle reali necessità, sino all'acquisizione del controllo di una concorrente, per espellerla dal mercato attraverso il fallimento. La casistica in effetti si rivela, anche a uno sguardo superficiale, quanto mai variegata (ancorchè spesso inquadrata, dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina, nello schema delle operazioni dolose): dalla cessione del ramo d'azienda (49) alle più sottili e fantasiose manovre societarie (classico l'esempio del c.d. *leveraged buy-out*) (50); ma, non diversamente, ai casi di sistematica violazione dell'oggetto sociale da parte degli amministratori (51), ovvero, come già rilevato (52), di scissione eseguita nel formale rispetto delle norme procedurali a tutela dei creditori, ma in concreto

---

con nota di R. BRICCHETTI, *Avviamento e oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale*.

(49) Per la sussunzione della cessione di ramo d'azienda nello schema delle operazioni dolose (che altra parte della giurisprudenza inquadra nella bancarotta patrimoniale distrattiva) Cass. pen. sez. V, n. 10778/2012, in *CED Cass.*, rv. 252008. Per il maggioritario riferimento alla bancarotta patrimoniale per distrazione, tra le altre, Cass. pen. sez. V, n. 24123/2012, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen. sez. V, n. 3942/2008, in *CED Cass.*, rv. 238367.

(50) Con tale locuzione si intende, generalmente, un'operazione finanziaria strutturata trilateralmente, e consistente – in sintesi – nell'acquisizione di una società "bersaglio" (*target*) mediante un veicolo societario appositamente costituito (*newco*) con fondi in larga misura provenienti non già da capitale di rischio della stessa *newco*, bensì da finanziamenti bancari, *lato sensu* garantiti (risolvendosi la società veicolo in un semplice "guscio vuoto") dalla struttura patrimoniale della *target*, le cui azioni o i cui beni sono costituiti in pegno dalla *newco* – che si avvale in tal modo dell' "effetto leva" (*leveraged*) – a seguito dell'acquisizione. Ottenuto il controllo della società bersaglio, quest'ultima viene incorporata nella controllante, di talchè il debito contratto dalla *newco* ricadrà, in definitiva, sulla *target* incorporata (il pegno, così, si estingue all'estinguersi delle azioni su cui insisteva, mentre il debito sottostante viene di regola onorato attraverso gli utili futuri ovvero con la cessione di beni della *target*). Nella dottrina penalistica, tra gli altri, G.P. ACCINNI, *Operazioni di* leveraged buyout *ed un preteso caso di illiceità penale*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 193 ss. Nella dottrina commercialistica, per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 649. Sulla rilevanza penalfallimentare del *leveraged buy-out* Cass. pen. sez. V, n. 23730/2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3256, con nota di L. CRISARI, *La rilevanza penale dei negozi inquadrabili nello schema del* leveraged buy-out *dopo la riforma del diritto societario*. Esclusane la tipicità ai sensi del riscritto art. 2630 c.c. (e, in particolare, a seguito dell'abolizione del precedente n. 2 della norma incriminatrice, che sanzionava la violazione dell'art. 2358 c.c.), la rilevanza penale del fenomeno è stata peraltro innestata « nel contesto della residuale fattispecie di bancarotta societaria, L. Fall., art. 223, comma 2, n. 2 (quale "operazione dolosa"), ma alla sola condizione che il *leveraged buy out*, attuato attraverso il procedimento di fusione, non sia, al momento del suo avvio, sorretto da un effettivo progetto industriale e risulti, pertanto, proiettato verso un'attività incapace di generare effettiva ed adeguata ricchezza, sicché i rischi ad esso indubitabilmente sottesi non siano giustificabili con la doverosa tutela del patrimonio societario, garanzia dei creditori ».

(51) In tema G.G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 60.

(52) *Supra*, cap. II, § 2.1.

determinante lo spolpamento (e l'inevitabile fallimento) della scissa, ovvero, ancora, « cessioni di quote con trasferimento del gruppo manageriale, (…) storno di dipendenti, istituzione di una *newco* parallela, affitti d'azienda, locazione di magazzino » (53): patologie societarie che, talvolta, l'astratta causa lecita dei negozi giuridici impiegati rende estremamente ardue da dimostrare prima del fallimento, sia nella loro componente finalistica sia nell'estremo dell'atto di disposizione patrimoniale e, in definitiva, nella lesione della garanzia.

Senza contare, infine, le imprese "geneticamente" fraudolente, in cui la società viene piegata a strumento per la perpetrazione di reati e perciò destinata al fallimento: a condizione, beninteso, che ricorra una omogeneità lesiva tra il reato-base e gli interessi rilevanti nel contesto del fallimento (54). Si pensi all'acquisizione attraverso la realizzazione di una serie di truffe, per il tramite dello schermo societario, di beni o denaro, poi sottratti dal soggetto attivo (55).

Il paradigma in discorso insomma – qui il punto – riassume *espressioni di politica societaria intrinsecamente pilotate al dissesto*, cui per definizione sfugge qualsivoglia razionalità operativa: in alcun modo, dunque, sembra profilarsi un'area di intersezione tra genuina scelta imprenditoriale e cagionamento doloso del fallimento.

(β) Viene in secondo luogo in rilievo la *bancarotta da reato societario* e nuovamente, al suo interno, soprattutto la bancarotta da infedeltà patrimoniale. In effetti, distinguendo tra la distrazione in senso stretto e la più generica figura di infedeltà gestoria, una parte della dottrina – echeggiando in parte il filone giurisprudenziale propenso a escludere il concorso delle figure di bancarotta patrimoniale e da infedeltà patrimoniale – ha ravvisato il criterio discretivo proprio nell'attitudine di quest'ultima a ricomprendere qualunque atto gestionale pregiudizievole, realizzato dal titolare del potere, munito di significato economico – seppure deviante – ancorchè rivelatosi dannoso per l'ente amministrato; a detta stregua, l'operazione infedele si connoterebbe comunque per il carattere "imprenditoriale", in ciò smarcandosi dal tratto "predatorio" o puramente "appropriativo" della distrazione, frontalmente in contrasto, in quanto tale, con qualsivoglia logica economica (56).

(53) Così, riconducendo tuttavia gli esempi riportati alla fattispecie di bancarotta per effetto di operazioni dolose, D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 60.

(54) Sulla impossibilità, a tale stregua, di ricondurre il fallimento di società puramente "cartiere" all'oggettività giuridica della bancarotta *supra*, cap. II, § 3.1.

(55) Si ricorderà che proprio detta tipologia comportamentale era stata esclusa dal perimetro della distrazione, l'oggetto materiale di quest'ultima non potendo essere costituito da beni di illecita provenienza: *supra*, cap. I, § 2.

(56) In tal senso A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 152-153, che sottolineano la necessità di espungere dalla bancarotta fraudolenta le « operazioni compatibili con un disegno imprenditoriale non fittizio »; in termini sostanzialmente analoghi N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale*, cit., pp. 103-104.

Ora, è pur vero che, anche accedendo alla tesi appena sintetizzata, il margine per un sindacato giudiziale sulle scelte gestorie sarebbe – almeno in teoria – alquanto ridotto, attesi gli stretti paletti di tipicità impiantati nell'art. 2634 c.c. (57). Tuttavia, più in radice, l'istituzione di un collegamento tra imprenditorialità dell'atto dispositivo e infedeltà patrimoniale – come accennato (58) – non trova corrispondenza nella fattispecie societaria, apparendo semmai vero il contrario: oggetto di incriminazione è la deliberata compromissione dell'interesse sociale, a vantaggio di un interesse proprio dell'agente con il primo in conflitto e a questo preesistente (59). Assoluta centralità, nella dimensione delittuosa dell'infedeltà patrimoniale, acquistano infatti la situazione di conflitto di interessi, su cui l'intera figura si organizza, e la produzione del danno per la società amministrata: elementi strettamente connessi, il cui connubio esprime compiutamente – attraverso il « doppio livello di selettività » (60) – la scelta legislativa di sganciare l'incriminazione, da un lato, da violazioni puramente formali dell'obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto di interessi (così invece, secondo la lettura più formalistica, il previgente art. 2631 c.c., costruito *in parte qua* come reato di pura infedeltà) (61), dall'altro, dalla mera constatazione di un pregiudizio patrimoniale per la società, soluzione che avrebbe in sostanza dilatato la rilevanza penale « a qualunque atto gestionale *ex post* rivelatosi dannoso » (62). Giungono a proposito le parole di Cesare Pedrazzi, allorquando – riflettendo su una norma incriminatrice dell'ordinamento francese, alla quale l'attuale infedeltà patrimoniale sembra sostanzialmente ispirarsi (63) – osservava (64) che « l'accento cade sul contrasto con l'interesse sociale, che connota il momento effettuale del danno (…), nell'ottica di una disposizione volta

(57) Sembra che, d'altra parte, sia proprio questo l'obiettivo della tesi qui esaminata.

(58) *Supra*, § 3.

(59) Fondamentale sul punto, per tutti, S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 758.

(60) Così Cass. pen. sez. V, n. 22495/2016, in *CED Cass.*, rv. 267140.

(61) In giurisprudenza era stata ritenuta conforme al tipo, addirittura, l'omessa astensione dell'agente dalla delibera assunta in conflitto di interessi in un caso in cui la società ne aveva infine tratto vantaggio: Cass. pen. sez. V, n. 6899/2001, in *CED Cass.*, rv. 218272. Sul punto si veda anche C. PEDRAZZI, *Noterelle comparatistiche*, cit., pp. 42-43; ID., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., pp. 600 ss.

(62) Così, del tutto condivisibilmente, S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 758 (corsivi dell'A.).

(63) In argomento A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 339.

(64) In riferimento alla fattispecie di infedeltà dell'amministratore contemplata nell'ordinamento francese (legge 24.7.1867, in particolari nn. 6 e 7), siccome modificata dal d.l. 8.8.1935 (e da ultimo confluita nell'art. 242 del codice di commercio), tipizzante, in sintesi, la condotta dei titolari di poteri di gestione in seno alla società che in mala fede fanno uso dei beni o del credito di quest'ultima, oppure dei poteri a essi conferiti, in modo consapevolmente contrario agli interessi della società stessa, per fini personali o per favorire un'altra società o impresa in cui sono direttamente o indirettamente interessati; fattispecie ricalcata in larga misura dall'odierno art. 2634 c.c, in cui anzi la situazione di conflitto non si riduce a mera proiezione psicologica, ma è tradotta in un presupposto oggettivo della condotta.

a tutelare la società nei confronti dei detentori del potere sociale »; proprio perchè « sottile e malcerto il confine tra il rischio normale, come tale consentito, e il rischio che, in quanto anomalo, contrasta con l'interesse sociale » (65), invero, la punibilità si fonda sulla preesistenza di un interesse del soggetto attivo, configgente con quello della società. L'obiettiva situazione di conflitto, del resto, illumina la finalità dell'agente: è lo scopo cui mira e che ottiene dall'attività rischiosa, insomma, il rapporto di contraddizione o di indifferenza tra il vantaggio perseguito e conseguito dall'amministratore e l'interesse sociale (66), a caratterizzare l'abuso del patrimonio della società, vale a dire « il rischio in quanto corso a beneficio di interessi che non sono quelli sociali, per raggiungere scopi che non sono l'utile della società » (67).

La disciplina dei vantaggi compensativi infragruppo (68) rappresenta, in tal senso, un'ideale cartina di tornasole. Dovendo regolare una situazione di "istituzionale" conflitto di interessi – dal momento che gli amministratori di una entità societaria (paradigmaticamente la controllata) sono fisiologicamente portatori di interessi, quelli della società amministrata, in potenziale contrasto con quelli di altra appartenente al gruppo (di regola la controllante) – il comma 3 dell'art. 2634 c.c. (pur con infelice formulazione) (69) polarizza la valutazione dell'operazione sull'assenza di danno per la società in prima battuta sacrificata (70), traducendola in termini di "non ingiustizia" del profitto per il gruppo. Viene così ridefinita la gamma di scelte che all'amministratore è permesso assumere nel corso della gestione: « il profitto maturato da terzi non contraddice l'osservanza dei doveri di corretta gestione, né contrassegna un abuso dei poteri, se è funzionale al conseguimento di vantaggi per la società amministrata, o comunque non li impedisce » (71). È dunque la finalizzazione obiettiva al perseguimento – anche prospettico, ma secondo una prognosi "fondata" (72) – di una utilità per l'ente amministrato che motiva, nel disegno del legislatore, l'impossibilità di configurare l'infedeltà patrimoniale; il che, evidentemente, non si verifica nella fattispecie-base tipizzata dall'art. 2634 comma 1 c.c., che *a contrario* contempla

(65) C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., pp. 144-145.

(66) Illuminanti, ancora, le considerazioni di C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale*, cit., p. 581.

(67) C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale*, cit., p. 579.

(68) Sulla rilevanza del gruppo rispetto ai reati di bancarotta, più in generale, *supra*, cap. III, § 5.

(69) Sottolinea le perplessità suscitate dalla scelta legislativa di modulare la disposizione sulla non ingiustizia del profitto, piuttosto che – come sarebbe stato più corretto – sulla esclusione del presupposto di un reale conflitto di interessi, V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi*, cit., p. 3796.

(70) In argomento, per tutti: S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, cit., pp. 761-762; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., pp. 230 ss.

(71) M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 245.

(72) Sul carattere decisivo della motivazione delle decisioni, quale presupposto per verificarne la razionalità e valutare la ricorrenza di un affidamento ragionevole del beneficio atteso, A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 109.

situazioni di cesura tra finalità oggettiva del potere conferito all'amministratore e finalità effettivamente perseguita e conseguita mediante il suo esercizio, in ciò radicando – appunto – il giudizio di infedeltà. Ne risulta confermata, dunque, la struttura dell'infedeltà patrimoniale, caratterizzata da una nota di fondo di incompatibilità tra l'utile della società e il vantaggio dell'agente, che asservisce il suo potere all'interesse di terzi (73): la tutela comunque assicurata all'interesse sociale attraverso il conseguimento (o la razionale possibilità di conseguimento) di vantaggi esclude invece, a mente del comma 3, l'ingiustizia del profitto, e, con essa, definisce « un ambito oggettivo di liceità della gestione sociale » (74), del tutto estranea allo spettro dell'incriminazione.

Non è, in breve, la scelta imprenditoriale economicamente discutibile, l'errore di gestione, il contenuto di incriminazione espresso dall'infedeltà patrimoniale (75) e – per suo tramite – dalla bancarotta da reato societario.

(γ) Il quadro potrebbe apparire meno nitido per la figura delle *operazioni dolose*, di cui – non a caso – la prassi sperimenta una applicazione sempre più frequente e, come rilevato, sovente un passo oltre il sindacato sul merito delle scelte gestorie (76). Si è già rimarcata, del resto, la necessità di scandagliare la fattispecie fino alle frontiere estreme dell'interpretazione conforme, onde restituirle legittimazione sul piano sostanziale (dei principi di tassatività e offensività) e processuale (di verificabilità nel momento dell'accertamento) (77), e, in definitiva, evitare che « una minaccia penale sfumata, nei suoi contorni, da un alone di indeterminatezza finisc[a] per esercitare un'azione disincentivante a raggio troppo vasto, al di là dei reali intendimenti del legislatore » (78). In particolare, in uno allo sfondo preterintenzionale (con i dovuti corollari in punto di prevedibilità in concreto dell'evento-fallimento non voluto), erano stati evidenziati, quali selettori del tipo, l'intimo nesso di rischio tra il comportamento-base e l'evento, nonché l'ambientamento societario.

Sul terreno della condotta, peraltro, si era richiamata la tralatizia definizione, risalente alle riflessioni di Pietro Nuvolone e ancora attuale anche in giurisprudenza, che ne individua il tratto caratteristico nella "infedeltà" all'impresa (e, dunque, nell'abuso) dei vertici societari, declinata in una sequenza comportamentale articolata, irriducibile a un singolo atto di disposizione. Sennonché, la maggior parte delle concrete variabili di infedeltà gestoria sembrano oggi rientrare – lo si è ampiamente rilevato, dianzi, con riguardo all'art.

(73) Analogamente M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., pp. 245 ss.

(74) M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., p. 249.

(75) In tal senso anche M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, cit., pp. 278 e 280.

(76) *Supra*, cap. I, § 4, e cap. II, § 3.

(77) *Supra*, cap. III, § 8.

(78) C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 138.

2634 c.c. – nella oggettività giuridica della bancarotta per il tramite del novellato n. 1 dell'art. 223 cpv. l.fall. (79); di qui, allora, l'acuirsi del rischio che la rinnovata formulazione di quest'ultima sospinga la limitrofa bancarotta per effetto di operazioni dolose – in ciò senz'altro agevolata dal più blando coefficiente soggettivo tipico, specie nel legame con l'evento-fallimento – verso l'incriminazione dell'insuccesso gestionale.

La corretta sistemazione della figura nella trama del diritto penale del fallimento, tuttavia, dovrebbe risultare bastevole a disinnescare un simile rischio: rilette nella cornice di sistema, in trasparenza all'intera gamma delittuosa dell'art. 223 l.fall., le operazioni dolose si prestano infatti ad attrarre le situazioni (non contemplate, appunto, dalle residue ipotesi, donde la funzione residuale) di perseguimento "deviato", "anomalo" dell'interesse sociale, di curvatura patologica nella ricerca del profitto, ben compendiata dalla tassonomia di situazioni già emersa all'inizio della ricerca (80). Si erano allora enucleati, quali ipotesi paradigmatiche di operazioni dolose, non solo i reati comuni commessi – si può ora aggiungere: al netto della situazione di crisi dell'ente – in danno della società (e, di rimbalzo, nell'ottica del sopraggiunto fallimento, dei creditori sociali: tipico l'esempio dell'appropriazione indebita, laddove non sussumibile già nella causazione dolosa del fallimento), ma anche i casi in cui l'immediato conseguimento di benefici patrimoniali per l'ente inneschi, per le modalità illecite che lo hanno caratterizzato, il fallimento (81); a condizione, si era rilevato e verrà ribadito appresso (82), che possa ravvisarsi una stretta affinità tra la direzionalità del comportamento-base e l'esito fallimentare (83). Risultano così comprese nella nozione di operazioni dolose, evitando che la fattispecie evapori nell'indeterminatezza, iniziative in prima battuta lesive di interessi distinti da quelli della società, e anzi in prima battuta profittevoli per l'ente, ma che determinino infine, conducendo la società al fallimento, effetti rovinosi sul patrimonio e, quindi, sulla garanzia. Tornano a proposito i casi della raccolta del

(79) Lo stesso Nuvolone, del resto, esemplifica nell'operazione compiuta dall'amministratore in conflitto di interessi con la società la figura paradigmatica di operazione dolosa: P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 383 ss.; ma non diversamente, nell'ipotizzare una condotta – non espressamente ricadente in alcuno dei reati societari allora previsti – inquadrabile entro lo schema delle operazioni dolose, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 324.

(80) *Supra*, cap. II, § 3.1.

(81) Dominante in dottrina la tesi estensiva, qui accolta, che non riconduce il significato di operazioni dolose ai "fatti costituenti reati dolosi". Per tutti, in tal senso, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 324; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 378-379. A favore invece della concezione restrittiva M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, pp. 178 ss., nonché, più recentemente, G. COCCO, *Art. 223*, cit., p. 1274.

(82) *Infra*, § 6.

(83) Di tale affinità, si era osservato, non può parlarsi in caso di mera reazione dell'ordinamento alle violazioni in seno alla società (ad es. per il semplice omesso versamento dei tributi) ovvero di insussistenza, in radice, di uno sfondo imprenditoriale involgente una pluralità di creditori (ad es. in relazione alle mere "cartiere"): cfr. più diffusamente *supra*, cap. II, § 3.1.

risparmio tra il pubblico in assenza di autorizzazione e la conseguente concessione di credito senza preventiva verifica del merito dei debitori beneficiari, ovvero dello sconto bancario di crediti in realtà inesistenti; ma sovvengono alla mente, altresì, fenomeni a fatica inquadrabili in specifiche fattispecie di reato, quali, ad es., la creazione di fondi extrabilancio finalizzata alla corruzione di funzionari pubblici per il conseguimento di appalti (84) (poi revocati una volta emerso l'illecito) o al finanziamento illecito di partiti politici in vista di futuri "favori", ovvero, più in generale, comportamenti abusivi genericamente finalizzati allo "sviluppo" dell'impresa.

In controluce alle operazioni racchiuse nella fattispecie, insomma, si coglie una fenomenologia di situazioni frodatorie, caratterizzate da decettività ("dolose", appunto), che si smarcano « da tutti gli altri fatti societari per una nota *normativa* di partenza, che qualifica di per sé quel comportamento come "illecito" » (85), in una sorta di « simbiosi di bancarotta, di truffa e di appropriazione indebita » (86).

Con ciò, ed è quel che preme qui maggiormente sottolineare, non si aprono inopportuni spazi di sindacato giudiziale su scelte imprenditoriali; a meno di non voler forzare etimologicamente l'attributo fino ad estenderlo a iniziative votate alla massimizzazione dell'utile per la società, ma sin dal principio contrassegnate da intrinseca illiceità, che si attualizza in danno per i creditori al momento del fallimento. Il vaglio del giudice penale su operazioni rischiose, ma autenticamente imprenditoriali (le decisioni in merito alla produzione; la pianificazione finanziaria; le scelte di mercato; etc.), resta insomma confinato nei territori della bancarotta semplice: nelle prime due ovvero nella terza e quarta ipotesi dell'art. 217 l.fall., a seconda che l'errore gestionale si ambienti o meno in una situazione aziendale già negativamente segnata dalla crisi, alle quali si assomma, per l'impresa societaria, il paradigma (con i problemi già evidenziati, quanto a razionalità complessiva nella equiparazione dei nuclei di disvalore tra le varie figure di bancarotta semplice) (87) dell'art. 224 n. 2 l.fall. Anzi: la previsione di una figura, assai dilatata, di bancarotta semplice costruita sulla causazione del dissesto – istituendo un parallelismo tra le varie fattispecie causalmente orientate (ricalcante in larga misura l'analogo istituito dall'art. 217 n. 2 rispetto al tipo

(84) Sulla impossibilità di ravvisare l'appropriazione indebita in caso di semplice "deviazione" dallo scopo, ovvero di violazione o abuso del titolo e di sviamento del possesso, si rinvia alle fondamentali osservazioni di C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell' « appropriazione »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1441 ss. *Contra*, più di recente (anche per ulteriori riferimenti), A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., pp. 332 ss.

(85) D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 62 (corsivo dell'A.).

(86) P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 377.

(87) *Supra*, cap. III, § 7.

dell'art. 216 n. 1 l.fall.) – restituisce, almeno in ordine al *rationale* politico-criminale (88), una complessiva coerenza all'assetto normativo.

## 5. L'evento tipico: 'dissesto', 'insolvenza', 'fallimento'.

L'indagine appena condotta ha permesso, seppur di riflesso, di meglio focalizzare le condotte tipizzate dalle fattispecie causalmente orientate dell'art. 223 l.fall.; rimangono ancora da puntualizzare i residui poli di tipicità, vale a dire il nesso causale e l'evento, per completare l'analisi e, al contempo, definitivamente neutralizzare il "rischio" alla base del *test* di 'falsificazione'.

Rinviando al § seguente le osservazioni sulla causalità, è opportuno qui anticipare le considerazioni sull'*evento* tipizzato dalle diverse figure delittuose: lo suggeriscono esigenze di sequenzialità logica nell'analisi degli elementi costitutivi di fattispecie, dal momento che la relazione causale si struttura su un termine finale di riferimento, da cui non si può evidentemente prescindere nel giudizio di derivazione rispetto a un definito antecedente.

Sta in principio una annotazione che appare indispensabile alla luce di quanto rilevato in precedenza; allora, quando si trattava di demarcare la 'crisi' e l' 'insolvenza', si era ammessa la fungibilità dei due concetti, a condizione che a quest'ultima fosse connesso il predicato della "reversibilità" (89). L'assunto deve essere ora significativamente ribadito, al lume del vincolo teleologico, "in negativo", ascritto al concetto di 'crisi', che ne impedisce l'impiego in funzione ampliativa della penalità (90). Le fattispecie dell'art. 223 cpv. l.fall., ma non diversamente il n. 2 dell'art. 224 l.fall., si strutturano su eventi orbitanti sul momento terminale della vita dell'impresa, sulla situazione irreversibile cristallizzata nel fallimento; inconcepibile dunque, in questo scenario, l'impiego della 'crisi' (91).

A tale puntualizzazione, peraltro, immediatamente si accompagna la constatazione della *differenza lessicale* impiegata nella descrizione degli eventi tipici. Mentre il n. 1 dell'art. 223, in ciò specchiato dall'art. 224 l.fall. (92), fissa nel 'dissesto' il segmento finale del decorso causale, la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose si incentra invece nel 'fallimento'; d'altra parte, ampliando l'orizzonte alla novellata fattispecie di ricorso abusivo al credito, 'dissesto' e 'stato di insolvenza' rappresentano – disgiuntamente – i termini di riferimento della condotta dissimulatoria del soggetto attivo.

(88) Diversamente, come si è visto, da quanto osservabile in punto di traduzione sanzionatoria: *supra*, cap. III, § 9.

(89) *Supra*, cap. VI, §§ 4. ss.

(90) Cfr. ancora *supra*, cap. VI, §§ 4.1. e 4.2.

(91) Con riferimento al concordato preventivo *supra*, cap. V, § 5.

(92) Il dissesto compare, tra l'altro, nell'art. 217 n. 4 e nell'art. 232 l.fall., mentre il fallimento è richiamato nell'art. 217 n. 3 l.fall.

Occorre dunque chiedersi se i diversi vocaboli – *in primis* dissesto e insolvenza, potendo il fallimento rimandare alla situazione formale trasfusa nella relativa sentenza dichiarativa – esprimano nozioni concettualmente distinte, ovvero si risolvano in una sostanziale sinonimia. Una parte della dottrina, in effetti, ha rinvenuto una « eterogeneità di fondo » (93) tra l'insolvenza e il dissesto, giacchè, mentre la prima indicherebbe l'incapacità dell'imprenditore di assolvere regolarmente le proprie obbligazioni (attenendo quindi al rapporto debitore-creditore), il dissesto si appunterebbe sulla crisi strutturale dell'impresa, irreversibile o meno, di cui l'insolvenza costituisce uno dei più importanti indici sintomatici (94); nel medesimo solco (seppure nel contesto dell'art. 218 l.fall.), si è osservato che il dissesto consisterebbe in un consolidato squilibrio economico-patrimoniale (derivante soprattutto da sovraindebitamento), laddove l'insolvenza – a esso collegata – « sembra da intendersi come incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni in rapporto alla continuazione dell'impresa e quindi, in un certo senso, "irreversibile" » (95).

Ora, se è pur vero che una qualche differenza tra i due sostantivi è imposta da un'elementare applicazione del "rasoio di Ockham" (che vieta di moltiplicare i concetti ove non necessario) (96), occorre tuttavia prendere atto che, a fini penalistici, la *costruzione* di due *nozioni realmente separate* risulta *pressoché impossibile* (a meno di non voler limitare i caratteri discretivi nel profilo "qualitativo" insito nell'insolvenza e nel tratto "quantitativo" che connota il dissesto) (97); che, insomma, « sono giochi di parole – smentiti dalla realtà – quelli che distinguono tra dissesto e stato di insolvenza, l'uno può essere guardato come causa dell'altro, la sua proiezione esterna, ma non sono reperibili criteri

(93) Così S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa*, cit., p 135.

(94) S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa*, cit., p. 134.

(95) N. SELVAGGI, *In tema di ricorso abusivo al credito*, cit., p. 486; analogamente, sempre in riferimento all'art. 218 l.fall., E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 334. Distingue invece tra situazione di impotenza economica di carattere strutturale, essenzialmente finanziaria (insolvenza), e situazione di squilibrio patrimoniale A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta*, cit., pp. 863-864; sul punto si veda anche A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 724-726.

(96) Un elemento distintivo, irrilevante ai fini che ci occupano, potrebbe consistere nella "esteriorizzazione" dell'insolvenza, secondo la definizione contenuta nell'art. 5 l.fall., non prevista per il dissesto: in argomento C. PEDRAZZI, *Art. 218*, cit., p. 195. Ad avviso di F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 20, la distinzione, all'interno dell'art. 218 l.fall., andrebbe individuata nel fatto che l'insolvenza si riferirebbe all'impossibilità di adempiere l'obbligazione che il soggetto attivo sta contraendo, con ciò tracciando un parallelismo con l'art. 641 c.p., mentre il dissesto postulerebbe una valutazione estesa all'intero patrimonio dell'imprenditore.

(97) Così invece M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 49, che nondimeno precisa come il dissesto sia qualificato dall'insolvenza, nel senso che, mentre non può sussistere dissesto senza insolvenza, quest'ultima può anche prescindere dal dissesto (ad es. in caso di società patrimonialmente solida, ma priva di adeguata liquidità per fronteggiare i debiti in scadenza).

distintivi sostanziali » (98). Se, pertanto, coglie nel segno la dottrina dominante, che tende a equiparare i concetti (99), può senz'altro condividersi la definizione prospettata da Cesare Pedrazzi, secondo cui « il termine "dissesto" riflette il substrato economico-patrimoniale dell'insolvenza, lo squilibrio tra attività e passività » (100): entità, senz'altro, *astrattamente* "graduabile" (101), vale a dire suscettibile tanto di essere causata quanto di essere aggravata, dunque "bidimensionale", « nel senso di una sua misurabilità sia temporale che quantitativa, attesa l'astratta possibilità di redigere un bilancio (verosimilmente di liquidazione) in qualsiasi momento della vita della società » (102).

Analogo fenomeno di assimilazione non sembra, invece, agevolmente praticabile con riguardo al 'fallimento', evento cui la legge correla le condotte a forma libera della bancarotta con dolo e le operazioni dolose; inteso come declaratoria, cioè come provvedimento giurisdizionale, il fallimento non contempla alternative: o esiste o non esiste (103). La sentenza dichiarativa potrebbe, semmai, essere influenzata nel "quando": l'efficienza causale della condotta dovrebbe, a detta stregua, rapportarsi alla data della pronuncia, quindi a *quel fallimento*, « storicamente individuato » (104). Di qui un apparente corollario, che, al di là delle diverse scelte terminologiche del legislatore (105), avvicinerebbe sostanzialmente l'evento-dissesto all'evento-fallimento: tipiche, nella cornice dell'art. 223 n. 2 l.fall., sarebbero non solo le condotte di causazione del fallimento attraverso la creazione di un dissesto che altrimenti non si sarebbe verificato (ovvero mediante la simulazione di un dissesto in realtà inesistente), ma anche attraverso l'anticipo di una sentenza che sarebbe comunque intervenuta in epoca successiva (106).

(98) A. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., p. 29. Sul dissesto come riflesso sostanziale dell'insolvenza si veda anche M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., pp. 131-132.

(99) In tal senso, *ex plurimis*: L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 289; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 396; C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 335; ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1000; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 338.

(100) C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 335.

(101) Per tale nota caratteristica del fenomeno C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316.

(102) A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., p. 727.

(103) Lucidamente, sul punto, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316.

(104) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 317.

(105) In argomento, ancora, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 144-145; analogamente A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 723-724. *Contra*, per la sostanziale equivalenza tra dissesto e fallimento nel contesto dell'art. 223 l.fall.: G. COCCO, *Art. 223*, cit., pp. 1269 e 1272; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 375-376; D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 69.

(106) Nuovamente C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 317; A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., p. 723. Il differimento del fallimento potrà invece rilevare solo quale bancarotta semplice, in particolare ai sensi dei nn. 3 e 4 dell'art. 217 l.fall.

Dunque, almeno nella loro squama verbale, gli eventi descritti dalle norme incriminatrici (*rectius*: i referenti fenomenici che li caratterizzano) appaiono elastici, variamente declinabili, aperti a modalità di causazione sia nell'*an* sia nel *quantum* (sarà l'aggravamento di un dissesto, in ultima analisi, a far « precipitare la situazione e [a] provoc[are] un anticipo significativo della declaratoria ») (107); resta da verificare, tuttavia, se la modulazione del nesso causale che impronta le singole fattispecie confermi una simile versatilità.

## 6. La "chiusura del cerchio": spunti per una paradigmatica dell'accertamento causale…

Non desta stupore che a una perimetrazione scarsamente selettiva degli eventi tipici – esito comunque pronosticabile, trattandosi di cogliere fenomeni economici difficili da isolare in una definita componente naturalistica – abbia fatto seguito una lettura estensiva del legame causale nella giurisprudenza di legittimità. Pacifico l'*assunto di fondo del diritto vivente*: tipico è l'antecedente – il reato societario o la condotta sussumibile nelle locuzioni dell'art. 223 cpv. n. 2 l.fall. – anche soltanto aggravatore di un tracollo causato da altri fattori, ovvero – in altre parole – che si inserisca in un dinamismo causale già *ex se* proiettato verso l'*exitus* fallimentare (108), pur concedendosi (!) che « l'aggravamento del dissesto (…) va considerato globalmente e non già con riferimento a singole situazioni debitorie per cui, qualora l'entità complessiva del medesimo sia comunque rimasta invariata o sia stata persino ridotta, la circostanza che la condotta abusiva dell'amministratore abbia incrementato determinate voci di passivo non giustifica di per sé un'affermazione di responsabilità (…), salvo che venga (…) accertato che la diminuzione del passivo con riguardo ad altre voci si sia verificata al di fuori dell'azione dell'amministratore, per effetto di fattori autonomi: solo in questo caso potrebbe affermarsi che, essendo per altre cause migliorata la situazione, l'opera di tale soggetto (…) ha comunque peggiorato la stessa » (109).

A una ricostruzione delle fattispecie dell'art. 223 comma 2 l.fall. in termini tanto estesi osta tuttavia una considerazione fondamentale, data dal *raffronto con gli artt. 217 n. 4 e* (soprattutto) *224 n. 2 l.fall.*: figure, queste ultime, che, diversamente dalle prime, incriminano in via autonoma il mero aggravamento del dissesto, ovvero, ancor più significativamente, equiparano il cagionare e l'aggravare. È quindi, anzitutto, il superiore divieto di analogia *in malam partem*,

(107) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 317.

(108) Costante in giurisprudenza l'affermazione della penale rilevanza anche dell'aggravamento di un dissesto già esistente: Cass. pen. sez. V, n. 15613/2015, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 40098/2014, cit.; Cass. pen. sez. V, n. 8413/2014, in *CED Cass.*, rv. 259051; Cass. pen. sez. V, n. 17021/2013, in *CED Cass.*, rv. 255090.

(109) Così Cass. pen. sez. V, n. 19806/2003, cit.

corollario del non flessibile principio di legalità, a rendere impercorribile il sentiero battuto dalla giurisprudenza (110).

Con ciò – beninteso – non si esclude l'applicazione degli ordinari principi della *teoria condizionalistica*, cristallizzati nell'art. 41 c.p.; ma con la deviazione – meglio, con la *correzione* – impressa nella formulazione dei tipi di bancarotta che si vanno esaminando, calibrati su una *prospettiva causale più ristretta*. Alcun dubbio, infatti, sulla efficacia interruttiva di fattori sopravvenuti: anzi, la bancarotta riparata trova nelle fattispecie in esame una piena capacità operativa, consentendo di valorizzare la neutralizzazione del fattore causale rispetto all'evento in concreto occorso (111). Ovvero quanto al concorso di cause concomitanti, l'efficacia causale della condotta non essendo paralizzata dalla compresenza di fattori esterni (112): lo suggerisce, del resto, la stessa sagomazione dell'art. 223 l.fall., laddove (almeno nel n. 1) si riferisce a reati societari che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto. Il discorso muta al cospetto di un *dissesto già autonomamente manifestatosi*, ovvero suscettibile *ex se* di fondare la declaratoria fallimentare (dunque, volendo impiegare le categorie dell'art. 41 c.p., innanzi a cause preesistenti determinanti l'evento, nei fatti verificatosi prima della condotta dell'agente), che *tronca qualunque ulteriore indagine causale*: lo sbarramento frapposto dalla diversa modulazione dell'art. 224 l.fall. – peraltro, e la circostanza non appare di

(110) *Contra* A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 736 ss., secondo cui lo scarto con l'art. 217 n. 4 l.fall. è imposto dal carattere peculiare dell'incriminazione da quest'ultimo tipizzata (imperniata sull'omessa tempestiva richiesta di fallimento, il che postulerebbe di necessità un dissesto già *in fieri*), mentre la differenza rispetto all'art. 224 n. 2 l.fall. è ascrivibile al carattere eccezionale della figura colposa, derogatoria rispetto agli ordinari principi in tema di causalità delineati dal c.p. e, come tale, insuscettibile di valorizzazione al di fuori della singola previsione incriminatrice, di talchè la dicotomia cagionare/aggravare non sarebbe esportabile alle residue figure delittuose, pena la violazione del divieto di anologia. Agevole, peraltro, l'obiezione: per un verso, l'art. 217 n. 4 contempla l'omessa richiesta di fallimento soltanto come una delle modalità di aggravamento del dissesto (affiancando a essa, invero, l'"altra grave colpa"); per l'altro, anche a voler ritenere eccezionale l'autonoma tipizzazione dell'aggravamento all'interno dell'art. 224 n. 2 l.fall., rimane, da un lato, il dato – oggettivo – della diversa articolazione del modello condizionalistico proprio all'interno del sistema penale del fallimento, dall'altro, l'inversione logica dell'argomento fondato sull'analogia, non trattandosi evidentemente di applicare analogicamente *in bonam partem* l'art. 224 n. 2 l.fall., bensì, piuttosto, di non interpretare analogicamente *in malam partem* l'art. 223 cpv. l.fall., richiamando principi generali del c.p. cui il legislatore, in materia fallimentare, proprio con l'art. 224 n. 2 l.fall. ha mostrato di voler derogare.

(111) Diversamente da quanto avviene nelle figure di pericolo dell'art. 216 n. 1 l.fall. (richiamate dall'art. 223 l.fall.): cfr. *supra*, cap. VI, § 3.2. Per una compiuta ricostruzione del procedimento di verifica eziologica si veda D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., pp. 72-73, che scompone il giudizio nella previa "storicizzazione" del rapporto causa-effetto (isolando la specifica condotta e il dissesto dai fattori causali esterni), nella "segmentazione" della realtà aziendale (onde inserire la valutazione dell'operazione nel pertinente settore di operatività dell'impresa) e nella verifica delle ricadute dell'operazione in termini globali sul patrimonio dell'ente. Quanto alla individuazione delle leggi di copertura (da ritrarre dalle scienze aziendalistiche), A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 739-740.

(112) In argomento, tra gli altri: C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 316; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 399.

secondario momento, non replicata in seno all'art. 223 n. 1 in sede di riforma – risulta in tal senso insuperabile (113). Breve: « il dissesto rilevante deve essere individuato unicamente nella situazione nella quale *per la prima volta* si determina lo squilibrio fra attività e passività, irrilevanti essendo condotte, pur costitutive dei reati societari richiamati, che intervengono dopo che il dissesto si sia già verificato » (114).

Né, a ben vedere, verrebbero in tal modo a crearsi lacune repressive (115), atteso che manipolazioni patrimoniali compiute nel contesto di una situazione aziendale già compromessa (ovvero « attività predatori[e] realizzat[e] in extremis, alla vigilia del fallimento ») (116) difficilmente sfuggiranno alle maglie delle figure di pericolo, che proprio in tale contesto si ambientano: l'espunzione dell'aggravamento dal quadro tipico dell'art. 223 comma 2 l.fall., in tal senso, contribuisce anzi a restituire razionalità al sistema delle incriminazioni, scongiurando definitivamente la duplicazione di titoli di reato a fronte di una identica condotta (117).

L'applicazione del modello condizionalistico necessita, peraltro, di un *duplice chiarimento ulteriore*.

(*i*) Vengono per un verso in considerazione, nella platea di reati societari elencati dall'art. 223 n. 1 l.fall., le fattispecie di *false comunicazioni sociali* (novellate nel 2015).

Su un piano generale, l'istituzione di un collegamento repressivo, in punto di protezione penalmente assicurata, tra le fattispecie societarie e la bancarotta appare in linea di principio giustificata dalla omogeneità degli interessi dei creditori sociali: da qui la *ratio* del recupero a tipicità penalfallimentare di attentati alla garanzia già costruiti in termini di danno, di cui – ove non rimediati da accadimenti *medio tempore* sopraggiunti – il fallimento cristallizza la comune

(113) Così la prevalente dottrina. Si vedano in proposito: C. PEDRAZZI, *Art. 224*, cit., p. 335; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 424-426; E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 325; pur in termini problematici, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 218 (apparentemente *contra*, nondimeno, quanto alla fattispecie dell'art. 223 cpv. n. 2 l.fall., p. 256); F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali*, cit., p. 82. *Contra*, tuttavia: G. COCCO, *Art. 223*, cit., pp. 1269 e 1272; A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., p. 735; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 149-150; M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella « nuova » bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 95 ss.

(114) Così F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, cit., pp. 448 ss. (corsivi nostri).

(115) In tal senso, invece, aderendo *in parte qua* all'impostazione giurisprudenziale, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 226, che rilevano come, opinando diversamente, si attribuirebbe una sorta di "licenza di saccheggiare" all'amministratore di un'impresa già in dissesto.

(116) Così A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., p. 736, che le ritiene tipiche ai sensi dell'art. 223 cpv. l.fall.

(117) Cfr. *supra*, § 3.

oggettività giuridica (118). Appare allora, a detta stregua, meno disagevole ricostruire l'efficacia causale rispetto al dissesto di fatti – quali quelli descritti nelle disposizioni penali societarie richiamate, diverse dalle false comunicazioni sociali – senz'altro lesivi del patrimonio sociale, del capitale sociale ovvero delle riserve (119) (breve: dell'integrità della garanzia) anche a prescindere dall'esito fallimentare.

Di evidenza non altrettanto immediata si rivela, per contro, la saldatura tra le figure di false comunicazioni sociali e la fattispecie, di stampo prettamente patrimoniale, disegnata dall'art. 223 n. 1 l.fall. Non tanto per l'attuale (opportuna) fisionomia degli artt. 2621 e 2622 c.c. quali reati di pericolo (120), quanto per la difficoltà di ipotizzare un diretto riverbero causale di una falsità trasfusa in bilancio sull'evento tipico del reato fallimentare; e ciò ancor più se – accedendo alla impostazione che si è cercato in precedenza di evidenziare – la struttura condizionalistica postulata dalla bancarotta da reato societario non ammette il semplice aggravamento di un dissesto già esistente. In effetti, lo spazio applicativo della bancarotta da falso in bilancio risulterebbe piuttosto angusto: sul piano prasseologico, frequentemente, il mendacio nel bilancio o negli altri veicoli comunicativi contemplati dagli artt. 2621 e 2622 c.c. vale a mascherare uno squilibrio già delineatosi (oppure a camuffare manipolazioni patrimoniali già perfezionate), al più (consentendo alla società di continuare a operare) accrescendone la portata; ma difficilmente assurge a fattore scatenante del dissesto.

Di qui, per non costringere l'esegesi nei panni di una *interpretatio abrogans* del richiamo alle false comunicazioni sociali nell'art. 223 l.fall., l'abbandono dell'opzione restrittiva in ordine all'aggravamento del dissesto?

Né la lettera della legge né esigenze di conservazione dei valori giuridici depongono, a nostro avviso, per una rivisitazione di quanto sopra osservato. A ben vedere, infatti, la decettiva rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società potrebbe costituire l'avamposto di ulteriori abusi degli amministratori, concorrendo con essi alla produzione del dissesto: classico il caso della concessione del credito ottenuta attraverso un bilancio falso

(118) Diversamente da quanto accadeva nel vigore della precedente norma incriminatrice, non solo per l'assenza tra gli elementi costitutivi del nesso causale tra reato societario ed evento, ma anche per la cernita irragionevole delle fattispecie societarie "presupposto": in argomento, per tutti, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., pp. 304 ss.

(119) Sul punto, tra gli altri: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 234-235; M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 132; A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 741 ss.; G. COCCO, *Art. 223*, cit., p. 1271.

(120) Sulle difficoltà di verifica eziologica tra la commissione di un fatto ricadente nello schema della precedente versione contravvenzionale dell'art. 2621 c.c. (in cui era assente l'evento-danno) e il dissesto, in dottrina, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, cit., pp. 452-453.

(121). Laddove il mendacio fosse preordinato unicamente all'occultamento di precedenti manipolazioni patrimoniali ovvero di illeciti anteriormente commessi, non assumendo quindi valenza causale (nel senso sopra indicato) rispetto al dissesto (122), d'altra parte, non per ciò solo si creerebbero vuoti di tutela: ben potendo operare, in tal caso, o le tradizionali figure di pericolo (qualora le manipolazioni in questione già si inserissero in un contesto di crisi dell'impresa), ovvero, qualora realizzate in situazione di floridezza patrimoniale, altre ipotesi di bancarotta da reato societario o la contigua fattispecie dell'art. 223 n. 2 l.fall., nella misura in cui possa predicarsi un contributo causale al dissesto (e nel rispetto dei criteri di imputazione soggettiva). Senza considerare, in ogni caso, che, qualora la falsità attinga anche la documentazione contabile sottostante al bilancio, troverà terreno d'elezione la bancarotta fraudolenta documentale, caratterizzata da identica comminatoria edittale (123).

(*ii*) Se, all'estremo finale, il margine ultimo per la ricerca di antecedenti causali dell'evento è costituito dalla sussistenza di un dissesto per prima volta manifestatosi in conseguenza delle condotte (e suscettibile di fondare la declaratoria), l'*estremo iniziale* non può rimanere indefinito, rimettendo così al giudice una incondizionata possibilità di risalita, a ritroso, di comportamenti (penalmente rilevanti o meno) in qualche misura incidenti sul dissesto infine accertato in sede fallimentare, ancorchè – all'epoca di realizzazione – in alcun modo lesivi della garanzia patrimoniale. Lo impongono, ancor prima che intuibili esigenze in punto di colpevolezza, le oggettività giuridiche di fattispecie; l'inclusione nel tipo della bancarotta, al metro della valenza causale rispetto al dissesto, è giustificata, su un piano politico-criminale, solo sulla scorta di una *omogeneità offensiva*, che – qualora *ex ante* inesistente – non potrebbe essere recuperata *a posteriori* con il mero sopraggiungere del fallimento. Verrebbe altrimenti ripescata a tipicità penale fallimentare la semplice insolvenza, solo perché cronologicamente (ma non causalmente!) preceduta da una qualche

(121) In argomento M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., p. 132.

(122) Si osservi, per inciso, che, anche a voler accedere alla prospettiva qui criticata, la sussistenza del nesso causale sarebbe, in tali casi, ancora tutta da dimostrare, dovendosi fornire, anche in dette situazioni, una rigorosa prova – all'esito del giudizio controfattuale – che, eliminando mentalmente il bilancio mendace (ovvero ipotizzando la presentazione di un bilancio veritiero) non si sarebbero verificate con probabilità prossima alla certezza le successive condotte, in concreto aggravatrici del dissesto (verifica particolarmente problematica, specie in contesti societari di piccole dimensioni in cui è scarso o nullo lo iato tra proprietà e organo amministrativo): in proposito A. PERINI, *Il « cagionamento del dissesto »*, cit., pp. 752 ss.

(123) In giurisprudenza, per l'applicazione della bancarotta documentale nel caso in cui, oltre alla falsità veicolata nel bilancio d'esercizio, siano rintracciabili alterazioni nella esposizione dei dati riportati nella contabilità a esso sottostante e servente, Cass. pen. sez. V, n. 47683/2016, in *CED Cass.*, rv. 268503 (in motivazione si è rilevato invero che la falsificazione del bilancio, non rientrando esso tra i libri e le scritture contabili, risulta *ex se* atipica ai sensi dell'art. 216 n. 2 l.fall.); in dottrina, invece, per l'inclusione anche del bilancio nell'oggetto materiale della bancarotta documentale – sulla scorta del richiamo a quest'ultimo contenuto nell'art. 2217 c.c. –, C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 302.

condotta lesiva dell'integrità patrimoniale, in una logica non distante dall'automatismo "fallimento-bancarotta" (124).

È, dunque, un *correttivo* '*normativo*', altrove definito come 'nesso di rischio' tra la condotta-base e l'evento (125), che contribuisce a selezionare, anche *ex ante*, le cause rilevanti, circoscrivendole a quegli accadimenti che facciano precipitare la situazione dell'impresa sino al dissesto e alla conseguente declaratoria fallimentare, in una « linea continua e non interrotta tra l'atto vietato e la dichiarazione d'insolvenza » (126) (ovvero, nel caso dell'art. 224 n. 2 l.fall., tra l'inosservanza di regole cautelari a presidio dell'integrità del capitale sociale e il dissesto), effetto della condotta (solo) in quanto « repentina ricaduta di una stringente relazione causale, che conferisce all'insolvenza il carattere di "prodotto", "sviluppo", "evoluzione diretta" della condotta illecita (…) realizzata dal soggetto agente » (127). Restano esclusi, dunque, gli « effetti patrimoniali ritardati » (128) o i « falliment[i] a distanza » (129), che declassano il cagionamento del dissesto alla creazione di « un debito (…) che solo col successivo verificarsi dell'insolvenza apparirà *un contributo all'aumento del passivo* » (130): l'alternativa, per impiegare una felice espressione di Cesare Pedrazzi, è uno sbalzo punitivo, una « eccessiva sproporzione di scala » (131), ovvero una "bagattellizzazione" della fattispecie di bancarotta societaria, « *approfondimento di una logica di responsabilità oggettiva, perché accolla un reato fallimentare a una condotta sì illecita, ma per ragioni di tipo non fallimentare* » (132).

### 7. (*segue*) … e corollari sul versante della colpevolezza.

Così ricostruita, la trama normativa mantiene le fattispecie di bancarotta a sfondo causale ben salde entro il *dominio del principio di colpevolezza*, non solo sviluppandone sino in fondo i postulati (laddove già formalmente rispettato nella tipizzazione dei precetti), ma anche smussando le frizioni che ancora si addensano su talune figure (il riferimento è, naturalmente, alla bancarotta per effetto di

(124) *Supra*, cap. IV, § 2.

(125) *Supra*, cap. III, § 8.

(126) G.G. SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo*, cit., p. 58.

(127) Così D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 77. Ad avviso di A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 75, l'irrilevanza del "pregresso" può argomentarsi solo in presenza del ripristino *medio tempore* della garanzia, dunque valorizzando la bancarotta riparata.

(128) M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 51.

(129) D. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., p. 74.

(130) Così ancora M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 51 (corsivi dell'A).

(131) C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 147.

(132) Nuovamente M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 52 (corsivi dell'A).

operazioni dolose): in sintesi, sventando fenomeni più o meno marcati di « responsabilizzazione a posteriori » (133).

Quanto alle figure dell'art. 223 n. 1 e n. 2 prima parte l.fall. (causazione del fallimento con dolo), infatti, l'effetto di immediato approfondimento dell'offesa nella oggettività propria del diritto penale del fallimento vale a irrobustire il coefficiente doloso, valorizzandolo appieno quale dolo di danno ed evitando, per converso, sostanziali evaporizzazioni verso generiche rappresentazioni di "dannosità" (magari attraverso l'incremento del passivo) in caso di futuro, eventuale, fallimento (134); d'altra parte, solo se non proiettata in un indefinito futuro la prevedibilità dell'evento-danno, insita nel paradigma colposo dell'art. 224 n. 2 l.fall., conserva le sembianze di effettiva riconoscibilità, in concreto, delle conseguenze dell'inosservanza, scongiurandone l'annacquamento in una indeterminata prevedibilità astratta, ai limiti della responsabilità oggettiva. Quanto allo scenario preterintenzionale della bancarotta per effetto di operazioni dolose (135), non diversamente, solo lo stretto collegamento tra la condotta e l'evento restituisce pienamente la fattispecie allo statuto costituzionale del diritto penale.

Con conseguenze più generali, di sistema, che s'accordano con il filo conduttore su cui si è snodata l'intera ricerca; con l'idea, cioè, di costruire, all'interno della vigente normativa penale del fallimento, le premesse per una « repressione illuminata » (136), nella consapevolezza che la « funzione della giustizia penale nello Stato di diritto non può essere di placare le ansie collettive di fronte all'insuccesso economico che, per quanto doloroso, rappresenta pur sempre un possibile esito del rischio d'impresa » (137).

(133) L'espressione è di M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 69.

(134) Sul punto, ancora, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., p. 53.

(135) In tema cfr. *supra*, cap. III, § 8.

(136) C. PEDRAZZI, *Introduzione*, cit., p. 1.

(137) *Ibidem*.

# Conclusioni

Duplice l'immagine che del diritto penale del fallimento s'affaccia al termine dell'indagine. L'una, per così dire, statica, di '*cronaca*' di una iper-effettività, ben compendiata negli orientamenti particolaristici della giurisprudenza di legittimità e germogliata su un terreno normativo – per usare le parole di Cesare Pedrazzi – tra i « più carenti, al limite della stravaganza, di tutto il diritto penale » (1). L'altra, invece, dinamica, del '*progetto*' di re-inquadramento delle principali figure di bancarotta su basi rinnovate, attente alle evoluzioni del diritto (extrapenale) dell'insolvenza. Nel mezzo, a mo' di collante, una *critica* severa, certo non nuova in dottrina, al sistema edificato dal legislatore penale del 1942 e di fatto transitato indenne sino ad oggi, con le sue miopie politico-criminali, la sua modestia tecnica, la scarsa delimitazione reciproca tra le singole fattispecie incriminatrici.

(*i*) Da un lato, si diceva, la cronaca di un *particolarismo giurisprudenziale*, già visibile nell'approccio all'oggetto materiale e nella declinazione processuale delle fattispecie, con pochi eguali nel diritto vivente: non solo per il ricorso pressoché automatico ai tipi delittuosi più snelli sotto il profilo strutturale (ma connotati da comminatoria identica, ovvero addirittura più elevata, rispetto a fattispecie, pure applicabili, assai più consistenti in termini di tipizzazione), ma anche per la tendenza ad attrarre nell'ambito delle figure fraudolente le operazioni espressive di autentiche scelte imprenditoriali del fallito, con conseguente eclissi della bancarotta semplice (e delle relative cornici edittali, pari a un quinto di quelle fissate nelle ipotesi fraudolente!).

Un esito, tuttavia, annunciato, alla luce del vigente assetto penale fallimentare; vale a dire di un sistema impostato ritagliando la regola sulla eccezione e affetto – ove scomposto nei soli nuclei "visibili" delle singole figure delittuose – da macroscopiche irrazionalità. Paradigmatica l'elevazione della figura dell'imprenditore individuale a centro gravitazionale del sistema, con i tre principali corollari (vere e proprie esternalità negative, per usare il linguaggio dell'economia): (*a*) il ribaltamento (rispetto alla gravità delle varie fattispecie di bancarotta propria e societaria; e rispetto alla frequenza statistica di queste ultime nella prassi) assolutamente ingiustificato sul banco dell'odierna realtà economica; (*b*) la faticosa ricerca di veri e propri equilibrismi nel raccordo tra le singole fattispecie-base; (*c*) l'inevitabile presenza di lacune (si pensi al silenzio in ordine al gruppo di società, fenomeno economico sempre più diffuso e oggetto di normazione da parte del diritto penale societario). Non solo: la de-costruzione

(1) C. PEDRAZZI, *Art. 223*, cit., p. 289 (che faceva riferimento, in particolare, alla disciplina della bancarotta societaria, rispetto al diritto penale d'impresa).

delle singole fattispecie nei rispettivi nuclei di disvalore ha confermato (salvo marginali eccezioni, peraltro concernenti ipotesi di scarso impatto prasseologico) un impiego poco accorto della discrezionalità legislativa quanto alla individuazione delle comminatorie edittali, con una *reductio ad unum* incurante (α) dei differenti stadi d'offesa di volta in volta tipizzati (pericolo *vs.* danno), (β) delle peculiarità in punto di elementi soggettivi (dolo *vs.* preterintenzione), o più semplicemente, all'interno di unitarie classificazioni dogmatiche, (γ) delle variabili modalità di selezione delle condotte delittuose (n. 1 *vs.* n. 2 dell'art. 224 l.fall.).

(*ii*) Nell'evidenziare siffatte criticità, nondimeno, è stato delimitato il campo per una *rifondazione interpretativa* delle figure di bancarotta patrimoniale, in linea con la pregiudiziale teoretica anticipata in sede di introduzione.

La sistematizzazione della sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità "estrinseca" delle varianti prefallimentari si è rivelata fondamentale, in prima battuta, nella individuazione dell'oggettività giuridica di fattispecie e dell'offesa veicolata dall'archetipo di bancarotta.

A chiave di volta del progetto di riposizionamento del diritto penale del fallimento, tuttavia, è assurta la 'crisi' di impresa, baricentro degli istituti che in sede extrapenale disegnano il nuovo diritto dell'insolvenza e ne scolpiscono il *rationale* di conservazione, sin dove possibile, dell'organismo produttivo, relegando le soluzioni liquidatorie a una funzione residuale; una prospettiva, si è osservato, da cui lo *ius terribile* non può prescindere, pena l'antinomia di valori all'interno dell'ordinamento, e che ha trovato infine sul fronte penalistico una traduzione per il tramite dell'art. 217 *bis* l.fall.

Solo intendendo l'esenzione dai reati di bancarotta in termini funzionalistici, in linea dunque con la matrice ideologica dell'istituto, peraltro, è risultato possibile assicurarne uno spazio applicativo razionale e coerente, rimediando alla scarsa conducenza della formulazione letterale. Simile approccio è apparso consentito dall'inquadramento dogmatico della disposizione tra le cause di giustificazione (trattandosi, segnatamente, di causa di giustificazione speciale rispetto all'art. 51 c.p., in quanto ancorata agli istituti civilistici di risanamento e applicabile per i soli reati fallimentari), in ragione del rinnovato bilanciamento di interessi espresso dall'art. 217 *bis* l.fall. In effetti, tra la lesione all'integrità della garanzia o alla *par condicio* e il rilancio dell'impresa, il legislatore ha optato decisamente per quest'ultimo, procedimentalizzandolo attraverso le soluzioni negoziate della crisi e tratteggiando così (con i limiti di cui si è detto) un'area di liceità per incentivare le iniziative di recupero dell'impresa.

Colta nella sua esatta veste dogmatica, l'esenzione ha subito restituito l'esigenza di verificare l'incidenza della crisi sul tipo stesso della bancarotta patrimoniale prefallimentare: se infatti – ci si è chiesti – condotte tipiche, tenute in

concomitanza con uno stato di crisi, possono trovare giustificazione nel contesto di una 'gestione controllata' dell'impresa, come s'inquadreranno comportamenti serbati prima di tale spartiacque temporale? Da qui l'iniezione, nell'archetipo della bancarotta patrimoniale prefallimentare, di un elemento costitutivo implicito – lo stato di crisi dell'impresa, espressivo del disvalore 'di contesto' e presupposto del reato – decisivo per limitare l'astrattezza del tipo e per circoscrivere il perimetro stesso di sindacabilità giudiziale delle scelte autenticamente gestorie, non senza ricadute in punto di colpevolezza.

L'opzione ricostruttiva prescelta, d'altra parte, ha permesso una più razionale decifrazione dei rapporti tra le figure di bancarotta prefallimentare "tradizionali" e le fattispecie causalmente orientate contemplate dall'art. 223 cpv. l.fall.: non solo grazie al consistente riequilibrio dei rispettivi disvalori (e dando perciò sostegno alla scelta legislativa, altrimenti irragionevole, di integrale parificazione sanzionatoria), ma anche attraverso una più lineare ripartizione dei rispettivi ambiti d'applicazione, in tal modo nettamente differenziati.

***

Una *postilla* conclusiva.

Fedeli all'insegnamento di Giacomo Delitala, abbiamo cercato in questo studio di tratteggiare una proposta ricostruttiva "alternativa" della bancarotta patrimoniale prefallimentare: una proposta che ovviasse il più possibile ai rischi congeniti al sistema disegnato dal legislatore del 1942, ma, in ogni caso, ben salda nel quadro del diritto vigente.

Sembra azzardato prevedere quale direzione prenderanno le evoluzioni del diritto vivente. Quel che è certa è l'urgenza di una profonda riflessione *de iure condendo*, secondo il monito di Giorgio Marinucci: « dobbiamo comunque continuare a pensare e a lavorare in termini progettuali, quale ne sia lo sbocco: altrimenti, torneremo a parlare e a discutere di pericolo astratto e pericolo concreto come dogmi, a categorizzare e a classificare l'esistente, appartandoci dai problemi reali, rinunciando ad influire sui processi legislativi, e abdicando ai nostri doveri culturali e politici » (2).

Solo all'esito di una simile riflessione – magari prendendo criticamente spunto proprio da queste pagine, dai loro eventuali pregi e dai loro sicuri difetti – potrà dirsi completata l'altra « metà del lavoro »: anche a quest'ultima rimandiamo fiduciosi l'attento lettore.

(2) G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 364.

# BIBLIOGRAFIA


ACCINNI G.P., *Operazioni di* leveraged buyout *ed un preteso caso di illiceità penale*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 193

AIROLDI G. – BRUNETTI G. – CODA V., *Corso di economia aziendale*, Bologna, 2005

ALAGNA R., *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, pt. II, p. 614

ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016

ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1479

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010

ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 111

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534

AMBROSETTI E.M., *La successione nel tempo di leggi: il diverso fenomeno delle modifiche c.d. immediate e mediate della fattispecie penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3602

AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, III ed., Bologna, 2012

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994

ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440

ANGIONI F., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, p. 59

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, XII ed., Milano, 2008

ANTOLISEI F. – CONTI G., *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 2000

ARMELI B., *Profili della disciplina fallimentare in numeri*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, vol. IV, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, p. 197

BALATO F., *Sentenze Parmalat vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015

BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769

BARTOLI R., *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Società*, 2015, p. 219

BASILE E., *Omesso versamento Iva e obblighi nascenti dal concordato preventivo: la Cassazione dirime il conflitto di doveri*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2018

BASILE E., *Art. 217*-bis *l.fall. e gruppi di società*, in *BBTC*, 2013, pt. II, p. 204

BELTRANI S., *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003

BENDONI M., *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 693

BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 424

BETTIOL G. – PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986

BIANCA M., *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2015, pt. I, p. 529

BINDA M., *Art. 44*, in *Codice Penale Commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, tomo I, IV ed. agg. da A. Aimi, Milano, 2015, p. 709

BLAIOTTA R., *Art. 43*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, Milano, 2010, p. 301

BONATO F., "How to get away with bankruptcy" *ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta* ex *art. 217* bis *l.fall.*, in *Fall.*, 2018, p. 269

BONATO F., *L'art. 182* septies *l.fall. e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza"*, in *Fall.*, 2017, p. 881

BORSARI R., *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Società*, 2014, p. 867

BOZHEKU E., *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragruppo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 340

BOZHEKU E., *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2640

BRANCACCIO M. – NAPOLITANO A., *I reati di bancarotta*, in *Cass. pen.*, 2018, suppl. fasc. 4, p. 108

BRAY C., *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015

BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza"*, in *Società*, 2018, p. 645

BRICCHETTI R., *Sì al sequestro preventivo per equivalente se la persona fisica è uno schermo fittizio*, in *Guida dir*., 2014, p. 95

BRICCHETTI R., *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Società*, 2013, p. 687

BRICCHETTI R., *Avviamento e oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Società*, 2013, p. 428

BRICCHETTI R., *Nota a Cass., Sez. Un., 27.1.2011 (dep. 26.5.2011), n. 21039, pres. Cosentino, rel. Milo, ric. P.M. in proc. Loy* (unità e pluralità di reati in materia di bancarotta), in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2011

BRICCHETTI R., *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, p. 83

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017

BRICOLA F., (voce) *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 588

BRICOLA F., Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960

BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte Generale,* II ed., Padova, 2004

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, VII ed. a cura di M. Campobasso, Milano, 2011

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, ne *I criteri di imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Milano, 2017, p. 15

CANESTRARI S., *« Rischio d'impresa » e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 545

CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989

CAPPITELLI R., *Brevi osservazioni intorno ai limiti applicativi della garanzia della non utilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1985

CAPUTO M., *Dalla teoria dei « segnali di allarme » alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in

*Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 247

CAPUTO M., In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura R. Borsari, Padova, 2013, p. 27

CARACCIOLI I., *Sul continuo allargamento della figura dell' "amministratore di fatto"*, in *Impr. comm. ind.*, 2005, p. 501

CARACCIOLI I., *Gruppi di società e valenza "strategica" dell'art. 2634, comma 3, del codice civile*, in *Impr. comm. ind.*, 2003, p. 882

CARMONA A., *La bancarotta semplice: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare*. *Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 25

CARMONA A., *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4585

CARNELUTTI F., *Recensione a P. Nuvolone*, *Il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 254

CASAROLI G., *« Fallimento » e bancarotta: una convivenza difficile, ma obbligata*, in *Crisi dell'impresa*, *procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015 p. 281

CASAROLI G., *Art. 44 c.p.*, a cura di T. Padovani, coordinato da G.A. De Francesco, G. Fidelbo e A. Vallini, VI ed., Milano, 2014, tomo I, p. 330

CASAROLI G., *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 303

CASAROLI G., *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 403

CASAROLI G., *La causazione del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 407

CASELLATO M., *Nota a Cass. pen. sez. V, n. 29036/2012*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 854

CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 757

CATENACCI M., *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di 'dolo eventuale'*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 71

CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 187

CAVALLINI S., *Art. 10* bis, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XIII, *Reati tributari*, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, Torino, 2017, p. 313

CAVALLINI S., *La tipicità penalfallimentare della scissione parziale, tra archetipo distrattivo e ipotipo preterintenzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 613

CAVALLINI S., *Bancarotta documentale e omesso deposito delle scritture contabili: nel più sta (sempre) il meno?*, in *Società*, 2014, p. 595

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009

CERQUA F., *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, p. 1116

CHIARAVIGLIO P., *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in *Società*, 2015, p. 894

CHIARAVIGLIO P., *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015

CHIBELLI A., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso* revirement *della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2205

COCCO G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 67

COCCO G., *Esenzione dai reati di bancarotta nel «nuovo» art. 217* bis *della legge fallimentare*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 5

COCCO G., *Fallimento (nota introduttiva agli artt. 216-237)*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 1141

COCCO G., *Art. 216*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 1169

COCCO G., *Art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 1260

COCCO G., *Art. 224*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 1276

COCCO G., *Art. 236*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, p. 1311

COCCO G., *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 1022

COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987

CODAZZI E., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 764

CONSULICH F., Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra* nuovi responsabili *e* antiche forme di responsabilità « paracolpevole »*: spunti a partire dal nuovo art. 236* bis *l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 613

CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Società*, 2012, p. 555

CONTI L., *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 433

CONTI L., (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 7

CONTI L., *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991

CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013

CORUCCI E., *I reati di bancarotta e l'operazione "squilibrata" infragruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1011

CRISARI L., *La rilevanza penale dei negozi inquadrabili nello schema del* leveraged buy-out *dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3256

D'ALESSANDRO F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236* bis *l.fall.) tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 537

D'ALESSANDRO F., *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 356

D'ALESSANDRO F., *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*, in *Società*, 2011, p. 201

D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, vol. IV, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, p. 13

D'ALESSANDRO F., *L'abrograzione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in *Società*, 2010, p. 603

D'ASCOLA V.N., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 652

D'AVIRRO A. – DE MARTINO E., *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, Milano, 2013

DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti*. *Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 703

DELITALA G., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti*. *Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 835

DELITALA G., *Studi sulla bancarotta*, ora in ID., *Raccolta degli scritti*. *Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 849

DELL'OSSO A.M., *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le*

*sezioni unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 401

DE MARSICO A., *Questioni in tema di truffa, bancarotta fraudolenta e concorso tra i due reati*, in *Dir. fall.*, 1953, pt. II, p. 589

DEMURO G.P., *Il dolo*, vol. II, *L'accertamento*, Milano, 2010

DEMURO G.P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845

DE SANTIS F., *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, p. 1043

DE SIMONE G., *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1145

DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, VI ed., Milano, 2006

DIDONE A., *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, p. 1

DI MARZIO F., (voce) *Crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, p. 503

DI SALVO E., *Art. 44*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. II, Milano, 2010, p. 563

DONINI M., Il *delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 236

DONINI M., *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne « specialità »*, in *Jus*, 2011, p. 35

DONINI M., (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 635

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004

DONINI M., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2858

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

FABIANI M., *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182* septies *l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fall.*, 2016, p. 917

FABIANI M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, p. 156

FALCINELLI D., *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'«essere» e il «non essere» della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 469

FALCINELLI D., *Riflessioni* in progress: *la clausola dei* vantaggi compensativi infragruppo *e i principi di sistema dell'offensività (penale) in concreto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 435

FALCINELLI D., *La fattispecie con condotta tipizzata dal soggetto. Osservando il delitto di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 141

FASANI F., *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1477

FASSI E., *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, p. 2226

FERRAJOLI L.*, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989

FERRI JR. G., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 765

FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1938

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2008

FIORE S., *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 1184

FIORELLA A. – MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2012

FLORA G., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 325

FLORA G., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 891

FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009

FRASCHETTI F.M., *La fattispecie di cui all'art. 217, comma 1, n. 1, l.fall. non è riferibile all'amministratore di società di capitali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4584

FRASCHETTI F.M., *Per una diversa opzione interpretativa: la bancarotta fraudolenta come reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4208

GALLETTI D., *Art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, tomo I (Artt. 1-63), Milano, 2010, p. 77

GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006

GAMBARDELLA M., *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv., n. 1 l. fall.)*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113

GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella « nuova » bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 88

GAMBARDELLA M., *Contributo alla delimitazione del concetto di «distrazione» nel reato di ricettazione fallimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 638

GATTA G.L., *Abolizione dell'amministrazione controllata e* abolitio criminis *della bancarotta impropria* ex *art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 887

GIANESINI N., *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016

GIOVANARDI E., *Sull'impossibilità di estendere i « vantaggi compensativi » ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1366

GIUDETTI L., *La responsabilità omissiva degli amministratori di società nel diritto penale tributario*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2971

GIULIANI N.F., *Per il concorso dell'amministratore di diritto con quello di fatto nel reato di bancarotta fraudolenta è sufficiente il dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4178

GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, VI ed., Torino, 2012

GIULIANI BALESTRINO U., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966

GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale*: *i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689

GROSSO C.F., *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 564

GUATRI L., Turnaround. *Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1996

GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa,* Milano, 2005

IACOVIELLO F.M., *Contratti di prestazione professionale e di lavoro: suscettibilità di distrazione*, in *Fall.*, 2006, p. 1382

INGRASSIA A., *Rischio di impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Pavia, 2018

INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 2, p. 173

INSOLERA G., *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani,Torino, 2010, p. 35

INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, pt. I, p. 459

JORIO A., *Introduzione generale alla disciplina della crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento. Presupposti, processo, organi*, Milano, 2014

LA MONICA M., *I reati fallimentari*, Milano, 1995

LANZI A., *La Cassazione «razionalizza» la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 117

LANZI A., *Osservazioni a Cass. pen. Sez. V, n. 47502/2012*, in *Fall.*, 2013, p. 565

LANZI A., *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 223

LEONCINI I., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, IX ed., Milano, 2015

LORUSSO M., *Profili problematici in tema di responsabilità dei soggetti di fatto nel diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 620

LOTTINI R., *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.*: *una riforma che tradisce le aspettative,* in *Fall.*, 2010, p. 1366

LUMINO F., *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1384

LUPARIA L., *Liquidatore del concordato e bancarotta societaria: il ripudio di una analogia* in malam partem, in *Società*, 2011, p. 327

MANCUSO C., *Risoluzione del concordato preventivo ed abolizione del fallimento d'ufficio: la Corte Costituzionale conferma la coerenza del sistema*, in *Fall.*, 2018, p. 23

MANGANO P., *Bancarotta e trasformazione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 91

MANGANO P., *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998

MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento. Corso di lezioni*, Milano, 1987

MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 891

MANNA A., *La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 493

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015

MARINO R. – CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l.fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2015, p. 385

MARINUCCI G., (voce) *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 130

MARINUCCI G., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, ne *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, p. 353

MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, p. 329

MARINUCCI G., (voce) *Distrazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 309

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 2017

MASUCCI M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006

MASULLO M.N., *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1151

MASULLO M.N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani,Torino, 2010, p. 123

MAZZACUVA N., *Art. 236*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Disposizioni penali. Art. 232-241,* Tomo III, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 81

MAZZACUVA N., *Art. 237*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Disposizioni penali. Art. 232-241,* Tomo III, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 104

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983

MAZZOLENI A., *Verità o correttezza nell'attestazione dei progetti di risanamento della crisi d'impresa?*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 493.

MELCHIONDA A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 61

MESSORI L., *La bancarotta per dissipazione nella "vicenda Alitalia": profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3856

MICHELETTI D., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 39

MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 609

MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 367

MINICUCCI G., *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali" all'amministratore di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 305

MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1758

MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, pt. I, p. 710

MONTANARA G., (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.,* Annali, VI, 2013, p. 283

MONTANARA G., (voce) *Tentativo (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 117

MORGANTE G., *Il reato come elemento del reato: analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013

MUCCIARELLI F., *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa*, in *Diritto penale dell'impresa*, diretto da C. Parodi, vol. II, Milano, 2017, p. 3

MUCCIARELLI F., *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in *Società*, 2017, p. 903

MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 174

MUCCIARELLI F., *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 343

MUCCIARELLI F. – PALIERO C.E., *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2015, 4, p. 246

MUCCIARELLI F., *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 443

MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1474

MUCCIARELLI F., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1619

MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 825

MUCCIARELLI F., *La bancarotta societaria impropria*, ne *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 443

MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei « vantaggi compensativi » nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, pt. I, p. 630

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007

NAPOLEONI V., Le mariage qui a mal tournè: *lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 294

NAPOLEONI V., *La bancarotta preferenziale prima e dopo la "cura"*, in *SI*, 2009, p. 1332

NAPOLEONI V., *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e « vantaggi compensativi »)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3787

NAPOLEONI V., *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 151

NARDECCHIA A., *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, p. 185

NISCO A., *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 365

NISCO A., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 851

NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009

NUVOLONE P., *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta. Studi*, Padova, 1982, p. 290

NUVOLONE P., (voce) *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 476

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017

PACILEO F., *Ancora sullo « stato di insolvenza ». Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, pt. II, p. 43

PADOVANI T., *Diritto penale*, VII ed., Milano, 2004

PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956 – 2008*, vol. II, Milano, 2009

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1993

PAGLIARO A., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 516

PAJARDI P. – FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ I., *I reati fallimentari. Le responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, II ed., Milano, 1994

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005

PALAZZO F., *Il fatto di reato*, Torino, 2004

PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430

PALIERO C.E., « Minima non curat praetor ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985

PALUCHOWSKY A., *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Fall.*, 2011, p. 98

PANNAIN R., *Truffa e bancarotta fraudolenta. Distrazione di cose provenienti al fallito da delitto*, in *Arch. pen.*, 1955, pt. II, p. 452

PANTANELLA A., *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3729

PANTANELLA A., *La Corte di Cassazione e la* damnatio memoriae *della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3727

PAOLONI L., *L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2674

PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990

PATTI A., *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Fall.,* 2018, p. 129

PEDRAZZI C., *Noterelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 13

PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 129

PEDRAZZI C., *L'evoluzione del diritto penale economico*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 253

PEDRAZZI C., *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 543

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 605

PEDRAZZI C., *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 741

PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 815

PEDRAZZI C., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare, Varia*, Milano, 2003, p. 971

PEDRAZZI C., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, ora in ID., *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare, Varia*, Milano, 2003, p. 1005

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 301

PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, p. 99

PEDRAZZI C., *Introduzione*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 1

PEDRAZZI C., *Art. 216*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 3

PEDRAZZI C., *Art. 217*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 136

PEDRAZZI C., *Art. 218*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 192

PEDRAZZI C., *Art. 223*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 255

PEDRAZZI C., *Art. 224*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 327

PERDONÒ G.L., *Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già* de iure condito?, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 429

PERDONÒ G.L., *Bancarotta (esenzioni in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, XXXXXX Agg., Milano, 2011, p. 53

PERDONÒ G.L., *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010

PERDONÒ G.L., *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 373

PERDONÒ G.L., *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta* de iure condendo, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 447

PERINI A., *Frodi Iva e bancarotta fraudolenta patrimoniale: limiti della normativa penale tributaria e supplenza del diritto penale fallimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 231

PERINI A., *Il « cagionamento del dissesto »: la nuova « bancarotta da reato societario » al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 721

PERINI A. – DAWAN D., *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010

PERINI C. – CONSULICH F., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito del prof. C.E. Paliero*, Milano, 2006

PICCARDI M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose": profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4438

PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012

PIERDONATI M., *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 187

PIOLETTI U., *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 384

PIOLETTI U., *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015

PISANI N., *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, p. 1160

PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 3

PISTORELLI L., *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4562

PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Crisi dell'impresa*, *procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 565

PROSDOCIMI S., *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 131

PUNZO M., *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957

PUNZO M., *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953

RECCIA E., *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2018

RIVELLO P., *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione pre-fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1055

ROLFI F., *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Fall.*, 2011, p. 106

ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1269

ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo II, Milano, 2006, p. 1721

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004

RONCO M., *La riscoperta della volontà del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1953

RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, p. 669

ROSSI A., *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1681

ROSSI VANNINI A., *Art. 232*, *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Disposizioni penali. Art. 232-241,* Tomo III, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 1

SABATINI G., *Condizione di punibilità e reati ad evento condizionato*, in *Giust. pen.*, 1958, pt. II, col. 513

SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, pt. I, p. 304

SANDRELLI G.A., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 49

SANDRELLI G.G., *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, p. 1440

SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, p. 789

SANDRELLI G.G., *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione e operazioni dolose* ex *art. 223 cpv. n. 2 l.fall. nelle operazioni* "intercompany", in *Fall.*, 2000, p. 50

SANDRELLI G.G., *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta. Il ruolo del curatore nel processo penale*, Milano, 1990

SANDULLI P., *Rapporti tra decozione e reati fallimentari*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 85

SANTORIELLO C., *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Società*, 2017, p. 1030

SANTORIELLO C., *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015*, in *Fall.*, 2016, p. 129

SANTORIELLO C., *Profili penali della disciplina in tema di restituzione delle somme versate dai soci a titolo di finanziamento (il nuovo art. 2467 c.c.)*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 209

SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, Torino, 2000

SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, IV ed., Milano, 2012

SCALERA I., *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969

SCARCELLA A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 482

SCOLETTA M., *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217* bis *l.fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 393

SCOLETTA M., *Abrogazione dell'amministrazione controllata e* abolitio criminis*: chiaroscuri dalle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 177

SELVAGGI N., *In tema di ricorso abusivo al credito*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 481

SELVAGGI N., *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, p. 97

SEMINARA S., (voce) *Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, p. 725

SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1498

SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012

SGUBBI F., *Art. 219*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, *Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995, p. 202

SINISCALCO M., (voce) *Tentativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1

SPAGNUOLO A.C., *Lo stato di insolvenza come elemento essenziale del reato di bancarotta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2772

SUMMERER K., *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso* Thyssen Krupp. *Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 490

TARZIA G., *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2010, pt. I, p. 543

TERRACINA D., *La responsabilità penale del cosiddetto « amministratore formale » nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 227

TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 675

TIEDEMANN K., *Il nuovo diritto penale fallimentare tedesco da un punto di vista comparatistico*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, p. 429

TRAVERSI A. – GENNAI S., *Diritto penale commerciale*, II ed., Padova, 2012

TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall.*, 2018, p. 988

TRENTINI C., *Proposta di concordato preventivo, soddisfazione dei creditori e verifica della fattibilità del piano*, in *Crisi dell'impresa*, *procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 57

TRIPODI A., *La bancarotta fraudolenta per distrazione di denaro di provenienza delittuosa*, in *Giur. it.*, 2015, p. 208

TRIPODI A., *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010 , p. 169

TROYER L., *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 141

TROYER L. – INGRASSIA A., *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione:* rara avis *o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Società*, 2013, p. 339

VARRASO G., *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni «inespresse» delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2806

VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, p. 1021

VENEZIANI P., *La punibilità*, ne *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, a cura di P. Veneziani, Milano, 2014, p. 277

VENEZIANI P., *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, 1992

VENTURATI P., *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 579

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016

VIGANÒ F., *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013

VIGANÒ F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013

VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, a cura di M. Bonfantini, Torino, 1995

ZANCHETTI M., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 111

ZANCHETTI M., *Diritto penale fallimentare*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2013

ZANOTTI M., (voce) *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 524