

Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2017, (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, pres. Fumo – rel. Di Marzo

Bancarotta prefallimentare - Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento

Nei reati di bancarotta pre-fallimentare la sentenza dichiarativa è condizione obiettiva di punibilità; conseguentemente, il momento consumativo – anche ai fini della competenza territoriale e del decorso della prescrizione – rimane fissato nel momento e nel luogo ove tale condizione si verifica.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Dalle
corti

Maccaroni stare decisis? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva

1. Cenni introduttivi.

L'eterna disquisizione circa il ruolo da assegnare al fallimento nell'economia delle fattispecie di bancarotta sta trovando nuova linfa in una recente notizia di decisione della Suprema Corte, della quale, al momento in cui si scrive, non si conoscono le motivazioni ma che è già stata ampiamente pubblicizzata come uno storico *revirement* della Cassazione. In particolare, nell'informazione provvisoria n. 3/2017 è dato leggere che la V Sezione ha stabilito che *“la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce condizione obiettiva di punibilità. Ciò, peraltro, comporta la conseguenza che il termine di prescrizione decorre, ai sensi dell'art. 158 c.p., dalla data della predetta sentenza e che la competenza territoriale appartiene al giudice del luogo nel quale si verifica tale condizione”*.

Nell'attesa di leggere la parte motiva della pronuncia, pare opportuno svolgere una rassegna degli argomenti che si sono avvicinati nel tempo sul tema della qualificazione penalistica della sentenza dichiarativa di fallimento, evidenziandone le relative caratteristiche e la genesi, nonché mettendo in luce come quest'ultimo precedente sia il prodotto di uno sviluppo le cui cellule embrionali erano forse già individuabili nella più recente produzione giurisprudenziale.

Primo necessario contraltare, da cui prendere le mosse, sarà pertanto l'orientamento tradizionale della V Sezione, il quale com'è noto affonda le sue radici nel “particolarismo fallimentare”: occorrerà metterne in luce il percorso argomentativo per comprendere le insoddisfazioni, concettuali e pratiche, derivanti dal monolitico ossequio di cui è oggetto. In un secondo momento, invece, ci si occuperà delle sentenze più importanti che si sono discostate, esplicitamente o meno, dalla totale svalutazione dei profili di soggettività e offensività del fatto di bancarotta patrimoniale, lumeggiandone tratti comuni e intenti consimili pur nelle profonde diversità di premessa e di esito teorico-pratico.

2. La tesi tradizionale e i dubbi di costituzionalità.

Com'è noto, la Suprema Corte ha un consolidato orientamento che consacra opzioni interpretative del tutto eterogenee rispetto alla recente decisione dalla quale si originano queste brevi riflessioni. È noto, infatti, che la giurisprudenza di legittimità è tetragona nel qualificare le fattispecie di bancarotta quali reati di pericolo, coadiuvate da un non meglio identificato elemento essenziale, o “di esistenza”, del reato¹ (ovvero “*elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato*” o “*elemento normativo interno alla fattispecie*”²; o “*elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti*”³; ovvero ancora “*elemento costitutivo del reato in senso improprio*”⁴).

La non solo apparente equivocità delle formule stilistiche si sposa nondimeno ad un contenuto concettuale identico a se stesso, che ha storicamente condotto ad affermare che “*i reati previsti dalla legge fallimentare, siccome connessi con la struttura del fallimento, sono sottratti alla disciplina comune del codice penale e sono regolati dalla legge fallimentare sia per quanto riguarda l'identificazione degli elementi costitutivi dei reati, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, sia per quanto riguarda le circostanze aggravanti ed attenuanti*”⁵. Più che evidente, in proposito, il contrasto con l'art. 16 c.p., sul quale non occorre neanche soffermarsi.

Volendo sintetizzare i termini della posizione in esame, conviene riprendere testualmente le parole delle Sezioni Unite, secondo cui “*la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obbiettive 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 la esistenza del reato, relativamente*

¹ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, II, 1958, 513 ss.

² Cass. pen., SS.UU., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss.

³ Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234, in *Cass. pen.*, 1990, 1165 ss.

⁴ Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in *Cass. pen.*, 2015, 3727 ss., con nota di PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della “sentenza Corvetta” in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, *ivi*.

⁵ Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 1986, n. 5637, in *CED*, *rv.* 173143; gli accennati “particolarismi” del diritto penale fallimentare, lungi dall'indurre il Giudice delle Leggi ad intervenire, sono stati ratificati, pur implicitamente, in un risalente giudizio costituzionale. In proposito cfr. Corte Cost., 20 giugno 1972, n. 110, in *Giust. pen.*, 1972, I, 459 ss: “*A proposito dell'ipotesi criminosa dell'art. 217, comma secondo, e giusta l'interpretazione che ne dà la Corte di cassazione, il legislatore ha ritenuto che il semplice comportamento dell'imprenditore commerciale [...] non metta in pericolo il bene che con quella ipotesi ha inteso tutelare; ed ha invece ravvisato come attuale, codesta messa in pericolo solo se e all'atto in cui l'imprenditore commerciale venga dichiarato fallito. L'attività dell'imprenditore commerciale, per gli interessi che tocca o su cui incide, è fonte per lo stesso suo autore di responsabilità, collegata al rischio dell'impresa. Ed in relazione ad essa, appare quindi razionale che solo alcuni dei comportamenti che quella attività integrano, siano penalmente riprovati e che lo siano se ed in quanto si presentino con una certa gravità. Il legislatore avrebbe potuto considerare la dichiarazione di fallimento tra l'altro come semplice condizione di procedibilità o di punibilità, ma ha invece voluto – come è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione – richiedere l'emissione della sentenza per l'esistenza stessa del reato. E ciò perché, intervenendo la sentenza dichiarativa del fallimento, la messa in pericolo di lesione del bene protetto si presenta come effettiva ed attuale*”. Inoltre cfr. Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 145, in *Giur. cost.*, 1982, 1272, e Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 146, in *Giur. cost.*, 1982, 1277, nelle quali è dato leggere che il fallimento è elemento costitutivo del delitto di bancarotta semplice.

*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*⁶.

Niente si potrebbe obiettare – in punto di coerenza, e al netto della fondatezza degli argomenti riportati – laddove a simili considerazioni facesse seguito una pari valorizzazione dell'elemento soggettivo dei delitti in esame, tale da abbracciare proprio quell'elemento che si ritiene caratterizzante e “specializzante” le fattispecie di bancarotta patrimoniale. Tuttavia, la nota peculiarità di tale indirizzo sta proprio nel sottrarre l’“elemento costitutivo” alle regole dell'imputazione oggettivo-soggettiva delineate dagli artt. 40, 41, 42, 43 e 44 c.p. e imposte dall'art. 27 Cost.: in particolare, da un lato, non si ritiene necessaria la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta ed il fallimento; dall'altro, il fallimento è pacificamente escluso dall'oggetto del dolo⁷.

La *ratio* dell'orientamento suindicato è chiaramente individuabile in esigenze di marca processuale, oltre che nella semplificazione-formalizzazione del tipo criminoso associato ai fatti di bancarotta.

In effetti, ritenere la dichiarazione di fallimento una mera condizione obiettiva di punibilità escluderebbe ugualmente l'imputazione soggettiva e il nesso di causa, ma imporrebbe l'individuazione del luogo della consumazione in quello della realizzazione dell'azione, non necessariamente coincidente con quello della sede dell'impresa e quindi del Tribunale competente ad emettere la sentenza dichiarativa⁸. Val la pena di ribadire, poi,

⁶ Cfr. ancora Cass. pen., SS.UU., 25 gennaio 1958, n. 2, cit., 513 ss.

⁷ In tema val la pena di ricordare le parole di NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Id.*, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 291, secondo il quale non vi sarebbe modo di spiegare “come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato”. Ancora, FLORA, *Verso una “nuova stagione” del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 896, rileva che si tratterebbe di “un requisito anomalo che non trova riscontro nella teoria del reato, ma serve alla giurisprudenza soprattutto ai fini di individuare più che il tempus (utile a fini prescrizione) il locus commissi delicti”. Infine, DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 2011, 54, il quale richiama l'attenzione sulla “*insanabile contraddizione etica*” della posizione descritta, accedendo alla quale si può affermare che “*si possa restare impuniti per anni per fatti che, se poi invece segue un evento non imputabile – perché non imputiamo l'evento –, comportano pene di grande rilevanza, come quelle previste per la bancarotta dolosa. C'è una discrasia tra il disvalore di azione tipizzato e l'evento, che non viene imputato ma che serve per applicare la sanzione a fatti che possono avere un nesso di rischio con questo evento. [...] La cultura dominante ha sempre cercato di superare questa contraddizione, sostenendo che il comportamento dell'imprenditore, in realtà, è sì sanzionato solo a fallimento avvenuto, ma di fatto la sua condotta era già pressoché un reato anche prima; se il fallimento è una condizione di punibilità, si dice, il fatto era già reato e di qui la qualificazione del fallimento come condizione obiettiva di punibilità (anche se la giurisprudenza non segue nominalmente questa qualificazione). Però la contraddizione segnalata rimane palese, perché mentre prima del fallimento tutto è possibile, dato che il ritorno in bonis prima di un crack santifica ogni distrazione, ogni dissipazione, ogni occultamento, ogni pagamento preferenziale, ogni preconstituzione fraudolenta di titoli di prelazione, poi solo il tracollo rende definitivamente, ma in realtà soltanto in quello specifico momento, punibili quei comportamenti pregressi*”.

⁸ Su tutti, FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova 2015, 328, il quale ulteriormente osserva che “*la giurisprudenza compie un'operazione di politica criminale giudiziaria e ad un tempo di ‘semplificazione’ organizzativa processuale di rara intelligenza. Peccato che ne venga sacrificato un principio costituzionale portante del sistema penale, come quello di personalità della responsabilità penale ed anche [...] un principio cardine più generale dell'ordinamento, come quello di uguaglianza. Senza contare che, comunque, ‘i conti non tornano’: come s'è appena accennato, infatti, se si può convenire che un requisito del reato di-*

che la tesi del delitto condizionato non consentirebbe – come invece costantemente accade – l’impiego dei reati fallimentari quali succedaneo di una generale *untreue* societaria⁹, posta non tanto a presidio non del patrimonio dei creditori, quanto della stessa “fedeltà” degli amministratori all’ente governato.

Al netto degli effetti “indiretti” (processuali e/o di politica criminale), è in ogni caso manifesta la chiara scelta per la minimizzazione del ruolo dell’offesa, posto anche il fatto che la bancarotta patrimoniale è pacificamente un reato a dolo generico: eliminata – o comunque non richiesta – dal fatto tipico, essa non è neanche recuperabile sfruttando allo scopo il fine del dolo specifico (che al contrario ricorre in relazione all’ipotesi dell’esposizione di passività inesistenti).

Ancora. Sulla qualità del pericolo necessario per l’integrazione dei fatti di bancarotta (e segnatamente di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare), la giurisprudenza si è storicamente assestata sulla tesi, per quanto non sempre del tutto esplicitata, del pericolo presunto¹⁰: spostando il *focus* della lesività dalla condotta al fallimento in quanto tale, si è infatti avuto buon gioco a sostenere l’irrilevanza della situazione economico-patrimoniale dell’impresa al momento del fatto, a nulla valendo che le condotte potessero essere ritenute pericolose *ex ante*, ed essendo al contrario centrale una valutazione *ex post*, che retrocede senza ostacoli sino ai momenti in cui il dissesto non era (né previsto, né tantomeno) prevedibile¹¹.

Così, si realizza una triplice presunzione, tesa a sanare tutti i deficit ascrittivi e descrittivi: in tema di nesso di causa¹², di colpa, di lesività¹³.

verso dall’evento, diremmo ‘per definizione’, non debba essere avvinto da nesso causale con la condotta, non si può davvero accettare che esso rimanga fuori dall’oggetto del dolo”. Sul punto, peraltro, la notizia di decisione offrirà notevoli spunti, essendo chiaramente stabilito che la competenza appartiene al giudice del luogo ove è dichiarato il fallimento.

⁹ In questi termini DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1161 ss.

¹⁰ Osserva lucidamente PISANI, *Attualità dell’offesa e “zona di rischio penale” nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in ID. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 9, che “*prende così corpo un disvalore di condotta che rende i fatti di bancarotta patrimoniale in se stessi meritevoli di pena, a prescindere dalla circostanza che le condotte distrattive, depauperative, etc., si colleghino ad una situazione patrimoniale compromessa. Concepite in chiave di pericolo presunto, le fattispecie di bancarotta patrimoniale si trasformano in un potentissimo e temibilissimo strumento di controllo giudiziario sulla gestione delle risorse dell’impresa*”.

¹¹ Per un esempio chiaro della giurisprudenza cui si fa riferimento, cfr. per tutte Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546, in *Il fall.*, 2009, 313 ss.: “[...] i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l’impresa non versava in condizioni di insolvenza. Tutte le ipotesi alternative previste dalla norma di realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio, diminuzione pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede il nesso causale o psichico tra la condotta dell’autore e il dissesto dell’impresa, sicché né la previsione dell’insolvenza come effetto necessario, possibile, probabile dell’atto dispositivo, né la percezione della sua esistenza nel momento del compimento dell’atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell’antigiuridicità penale della condotta”.

¹² Con la quale presunzione, riprendendo gli insuperabili argomenti di PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 900 ss., l’illegittimità delle fattispecie di bancarotta emergerebbe già avendo riguardo ad un significato minimo dell’art. 27 Cost., poiché, non essendo richiesto alcun legame causale tra condotta e fallimento, all’imprenditore potrebbe venire addossata una responsabilità per fatto non proprio.

¹³ In questi termini ZANGHETTI, *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.*,

3. La rivalutazione dell'offesa: l'idoneità lesiva e la bancarotta "riparata".

V'è da dire, tuttavia, che si è progressivamente assistito ad uno sviluppo *in melius* della giurisprudenza di legittimità, la quale – riprendendo talune delle argomentazioni di Pedrazzi – ha cominciato a esplicitare la necessità che le condotte siano intrinsecamente idonee a porre in pericolo l'interesse creditorio *ex art. 2740 c.c.*, ovvero sia che sia presente un'offesa della quale il soggetto attivo possa dirsi cosciente.

Le suggestioni teoriche dalle quali muovono, consapevolmente o meno, le sentenze di cui si dirà appresso si centrano sul fatto che la punibilità sarebbe posticipata per mere ragioni di opportunità e su di una lettura dell'enunciato normativo illuminata dal costante riferimento al bene giuridico, quale lente capace di selezionare efficacemente le condotte penalmente rilevanti¹⁴.

Tre sarebbero le ragioni di fondo a sostegno della tesi in esame.

In primo luogo, assumerebbe rilievo centrale la misura della pena, associata ad una dimensione economico-imprenditoriale sempre più soggetta a violenti e frequenti squilibri, che di per sé imporrebbe oculatezza nelle attribuzioni di responsabilità.

In secondo luogo, occorrerebbe tener presente il bilanciamento degli interessi in gioco: la tutela del patrimonio del fallito in funzione di garanzia per il ceto creditorio, infatti, postula e richiede una spinta uguale e contraria verso la compressione del diritto di proprietà e di impresa, costituzionalmente tutelati (artt. 41 e 42 Cost.), a fronte di un interesse, anch'esso, di natura privatistico-patrimoniale¹⁵.

In terzo luogo, riconosciuta pari dignità costituzionale alla libertà di iniziativa economica (e dunque affermata la piena legittimazione del rischio d'impresa), non sarebbe possibile concepire una tutela incapace di modulazione rispetto al dinamismo patrimoniale della stessa, che deve essere lasciata libera di operare sul mercato con la piena disponibilità dei suoi averi. In effetti, ritenere il contrario sarebbe singolare, considerato anche il fatto che la tutela civilistica (ed in particolare le azioni previste dagli artt. 2900 ss. c.c.) pacificamente richiede che il creditore abbia il fondato sospetto che il patrimonio del debitore

2014, 123 e 125.

¹⁴ Cfr. PEDRAZZI, Sub art. 216, in PEDRAZZI - SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte di GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, Bologna - Roma, 1995, 12: "Solo in apparenza il linguaggio delle norme è puramente descrittivo. 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 ad una soddisfacente determinazione. D'altra parte l'occultamento e la dissimulazione sottintendono un interlocutore concreto (a chi?) reperibile solo nell'orbita dell'oggettività giuridica. La stessa 'distruzione' non può esaurirsi in termini di pura materialità: nessuno penserebbe di punire l'imprenditore che 'distruge' attrezzi divenuti inservibili o scarti di lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo".

¹⁵ Diversi sono i casi, a mero titolo di esempio, dell'art. 423, comma 2, c.p. e dell'art. 499 c.p., laddove il diritto di proprietà viene sì compresso, ma nel bilanciamento con interessi sovra-individuali di rilevante portata (rispettivamente, l'incolumità e l'economia pubblica).

sia incapiente. In breve, la garanzia non potrebbe estendersi al di là della sua funzione: l'obbligo di conservazione dovrebbe essere circoscritto ai valori attivi necessari alla soddisfazione delle obbligazioni, secondo la scadenza di ciascuna di esse¹⁶; in questo senso, gli atti dispositivi esulanti dalla garanzia summenzionata non sarebbero leciti in quanto espressione di un diritto scriminante, bensì in ragione di un limite di tipicità della fattispecie, la quale non potrebbe pertanto annoverarsi tra i reati di pericolo presunto, bensì tra i reati di pericolo concreto¹⁷.

In conclusione, la dichiarazione di fallimento non sarebbe posta “*a carico dell'agente [...] ancorché al suo verificarsi maturino taluni parametri di qualificazione del fatto in senso stretto*”¹⁸; in quanto condizione estrinseca, essa sarebbe immune da censure di costituzionalità. Al contrario, il criterio selettivo della punibilità sarebbe appunto la concreta offensività del fatto rispetto alle ragioni dei creditori, il cui accertamento andrebbe rapportato al momento della condotta, disconnettendolo dal momento dell'intervento della declaratoria civile.

Ecco che, anche in giurisprudenza, si è talora affermato che il disvalore del fatto non può e non deve ridursi al semplice fallimento (la cui funzione è solamente quella di rendere attuale e meritevole di pena l'offesa), ritenendosi altresì necessario il profilo rappresentativo dell'idoneità lesiva della condotta¹⁹; ancora, si è implicitamente richiesta la rappresentazione che, a seguito della condotta, possa derivare un danno alle ragioni patrimoniali dei creditori, alla cui tutela si pone il sistema di tutela delineato dagli artt. 216 ss. l.f.²⁰. A ben vedere, pertanto, si è via via affermato un orientamento, che, pur con equivoche ricadute teorico-sistematiche, ha cominciato a non ritenere più sufficiente la mera consapevolezza dell'atto distrattivo, richiedendo anche la rappresentazione degli effetti dannosi per la classe dei creditori: così delineandosi quantomeno la concretezza del pericolo, ovvero – sotto la lente della celebre sentenza “Corvetta”²¹, sulla quale si tornerà in seguito – la vivificazione implicita della procedura concorsuale in evento (di pericolo) del delitto²².

In una prospettiva simile, ancora, si colloca l'insieme delle pronunce che si è confrontato con il tema della c.d. “bancarotta riparata”: si tratta di tutti quei casi nei quali l'ammacco economico prodotto con la condotta criminale sia stato oggetto di completo ripristino prima del dissesto, o comunque prima della declaratoria civile²³. Questo fascio

¹⁶ Così PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 14; CONTI, *I reati fallimentari*, in Id., *Diritto penale commerciale*, Torino, 1991, 88 ss.; LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 494 ss.

¹⁷ CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 94.

¹⁸ PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 916.

¹⁹ In particolare cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015.

²⁰ Per un esempio, cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED*, *rv.* 246879.

²¹ Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss.

²² Così, in particolare, Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED*, *rv.* 246879; Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 1997, n. 14905, in *CED*, *rv.* 137341; Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178, in *CED*, *rv.* 160107; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1980, n. 5919, in *CED*, *rv.* 145258.

²³ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 1990, n. 15850, in *CED*, *rv.* 185892; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, in *CED*, *rv.* 233604; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2006, n. 523, in *CED*, *rv.* 235694; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006, n. 3622,

di pronunce afferma decisamente l'irrelevanza penale della condotta qualora la riparazione intervenga "prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura, quantomeno, prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva del fallimento", dovendo sussistere la lesività della condotta "al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento [...] non già al momento della commissione dell'atto antidoveroso"²⁴.

Come si è detto, simili – e condivisibili – prospettive ermeneutiche non hanno sinora portato con loro una pari evoluzione nell'interpretazione globale delle fattispecie incriminatrici, con asserzioni talora stridenti e concettualmente incompatibili. Difatti, posporre la valutazione del "danno" al momento della dichiarazione di fallimento – che, peraltro, è spesso cronologicamente lontana nel tempo – equivale a fissare il termine di valutazione del pericolo ad un momento che vede la lesione concreta del bene giuridico, ovvero la completa inoffensività, in ragione delle restituzioni effettuate.

Vi sarebbe, dunque, un disvalore a emersione posticipata, che avrebbe la funzione di illuminare – ora per allora – i fatti commessi dall'imprenditore, insindacabili in assenza della declaratoria fallimentare²⁵. Il che vale quanto dire che la bancarotta (almeno nel caso della "riparazione") costituisce un reato di danno e non già un reato di pericolo, mediante un giudizio *ex post* che si riesce a concepire attraverso la classificazione del fallimento quale elemento "di esistenza"²⁶.

Com'è evidente, ciò che non risulta chiaro è quale sia, al fondo, l'opzione giurisprudenziale, ovvero sia se si possa dir superato, almeno nei fatti, l'orientamento tradizionale.

Naturalmente, accedendo alla tesi del delitto di evento (di pericolo), il giudizio sull'offensività dovrebbe posticiparsi al momento in cui sussiste l'evento pericoloso dello squilibrio fra attività e passività, con la conseguenza che, se durante predetta fase della vita dell'impresa dovesse intervenire una riparazione annullatrice del disavanzo, non si dovrebbe ritenere che il bene giuridico abbia corso un pericolo (concreto) imputabile in ragione del fatto di bancarotta.

Diversamente, si dovrebbe concludere nel senso dell'inefficacia delle condotte restitutorie sull'integrazione del reato di bancarotta, essendo il giudizio sull'offesa da collocarsi al momento della realizzazione della condotta; con la conseguenza, tutt'altro che trascu-

in CED, *rv.* 236051; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in CED, *rv.* 238212; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in CED, *rv.* 249721; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, in CED, *rv.* 255576; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in CED, *rv.* 261347. Per una chiara panoramica cfr. ZANGHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 139 ss.; ZAMPANO, *Bancarotta "riparata" e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss.; CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

²⁴ Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6048, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

²⁵ In questo senso, per tutti, D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 3/2013, 359 ss.

²⁶ È infatti indiscusso insegnamento dottrinale che il pericolo si misura con un giudizio che non può che essere strutturato *ex ante* e collocato contestualmente all'azione posta in essere dall'agente, ovvero alla realizzazione dell'evento di pericolo. Su tutti cfr. ANGIANI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano 1994, 195 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 367 ss.; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1415 ss.

rabile, che gli effetti della restituzione/riparazione sarebbero estranei alla valutazione del giudice²⁷, e con la consacrazione della natura di pericolo presunto degli illeciti in parola (essendo ben possibile che una valutazione così anticipata finisca con l'obliterare la conoscenza delle reali cause dell'insolvenza fallimentare, che potrebbero anche essere – ed in effetti spesso sono – del tutto distinte dalle conseguenze della condotta del reo)²⁸.

4. *In memoriam* della sentenza Corvetta.

La celeberrima sentenza Corvetta è forse l'esempio del picco assoluto della tensione verso la vivificazione dei contenuti offensivi dell'illecito penal-fallimentare: nell'ottica di una ancor maggiore compenetrazione tra i presupposti del fallimento e i delitti di bancarotta patrimoniale, il fallimento sarebbe da considerare come l'evento del reato²⁹. Due sono le considerazioni dalle quali muove l'argomentazione in esame: da un lato, viene rilevata l'impossibilità di legare il dolo specifico di danno all'ipotesi della bancarotta patrimoniale in senso stretto; dall'altro, viene ribadita la necessaria finalità lesiva concreta della condotta tipizzata³⁰.

Quanto al contenuto degli argomenti dottrinali che hanno indotto la V Sezione alla decisione in parola, in prima battuta si osserva che la condotta dell'art. 216, comma 1, l.f. pare incidere sui presupposti sostanziali della sentenza dichiarativa di fallimento, con un dolo che si rivolge alla creazione, all'aggravamento o alla perpetuazione della situazione di disarticolazione patrimoniale o di incapacità irreversibile dell'impresa di far fronte alle obbligazioni assunte.

In secondo luogo, "attivandosi" le fattispecie solo con la formale dichiarazione di fallimento, si rileva che il danno per la massa si concretizzerebbe a quel dato momento, così inscindibilmente legando il disvalore della fattispecie tipica alla sentenza civile³¹. In particolare, si puntualizza che mentre i presupposti sostanziali del fallimento possono essere considerati quali evento del reato, dall'altro lato – e conseguentemente – una sentenza dichiarativa in qualche modo "necessitata" non può che qualificarsi in termini di condizione obiettiva (sebbene abbia pacificamente natura anche costitutiva, e non già meramente

²⁷ In questo senso, per tutti, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 131 ss.

²⁸ Cfr. PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 24 ss. e 72; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 43 ss., secondo cui la situazione di pericolo per il bene protetto deve essere sussistente – e dunque verificata – anche al momento in cui si avvera la condizione obiettiva, con l'esclusione della punibilità delle ipotesi tipiche, ma la cui pericolosità concreta possa ritenersi riassorbita prima della crisi terminale; così, peraltro, limitando l'eventuale infinita regressione temporale che il sistema di tutela potrebbe consentire.

²⁹ ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 143; FLORA, *Verso una "nuova stagione"*, cit., 899; LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.

³⁰ Sul punto PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 16, pur riconoscendo il ruolo esclusivamente condizionante del fallimento, afferma nondimeno che "l'offensività dei reati di bancarotta patrimoniale, normativamente cristallizzata alla fase del pericolo, gravita per definizione sul dissesto: si propone come attitudine vuoi (nelle manifestazioni più gravi) a provocare essa stessa il dissesto, vuoi ad aggravare un dissesto determinato da altri fattori".

³¹ In questi esatti termini FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 339.

dichiarativa³²); quest'ultima, non concentrando in sé tutta la sostanza del disvalore penale del fatto, non può infatti aspirare ad assurgere al rango di elemento costitutivo del reato.

La tesi dottrinale in parola ha l'indiscusso merito di disvelare le ambiguità insite nella sussunzione del fallimento nella categoria delle condizioni obiettive di punibilità e di rivendicare con vigore l'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale fallimentare; cosa che, peraltro, sarebbe coerente anche con la ricostruzione giurisprudenziale del fallimento come elemento costitutivo del reato. Nella sentenza Corvetta – notoriamente contraddetta dalla medesima Sezione, dal medesimo Collegio, il medesimo giorno – la tesi in esame è stata sposata anche – e, forse, soprattutto – proprio per eludere le notevoli questioni di legittimità costituzionale avanzate dalle difese, a mezzo di una propria interpretazione costituzionalmente conforme³³.

La motivazione ruota attorno a due fuochi.

Da un lato, la valorizzazione giurisprudenziale della dichiarazione di fallimento quale “elemento di esistenza” del reato necessiterebbe di una pari valorizzazione in punto di causalità e di inclusione della medesima nell'oggetto del dolo, in termini quantomeno di previsione dell'evento dannoso. È infatti da notare che un certo accadimento o rileva come elemento costitutivo della fattispecie, ovvero come condizione obiettiva, come tale esterna al perimetro del fatto³⁴: *tertium non datur*³⁵. Ogni altra qualificazione sarebbe pertanto scorretta, “sgrammaticata”, e dunque bisognosa di un correttivo interpretativo.

Dall'altro lato, la Suprema Corte ha affermato che, altrimenti, “*sarebbe esente da responsabilità quell'imprenditore che, pur avendo causato il dissesto della sua impresa con gravi atti di spoliazione, riuscisse ad ottenere il consenso ad una procedura di soluzione negoziata della crisi, mentre sarebbe penalmente sanzionato l'imprenditore che compie un atto di distrazione di modesta entità e molto risalente nel tempo, se non incontra il favore dei creditori. E ciò anche se il dissesto dell'impresa dipende esclusivamente da fattori esterni alla sua condotta*”, con ciò concretandosi una chiara violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza. Il che, val la pena di sottolinearlo, è esattamente quanto accade accedendo alla ricostruzione della giurisprudenza assolutamente maggioritaria.

Lo sforzo manifestato nella pronuncia appena menzionata, diretto alla ricomposizione della frattura tra principî costituzionali (soprattutto in tema di imputazione soggettiva del fatto) e la disciplina penale del fallimento, è stata oggetto di più rilievi critici.

In primo luogo, è ben chiara la più semplice delle obiezioni ad un simile argomentare: la dizione letterale delle norme in gioco (artt. 216 e 223 l.f.), essendo diversa, indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia optato per una precisa differenziazione delle fattispecie

³² Così Cass. civ., SS.UU., 4 dicembre 2007, n. 26619, in *Foro it.*, 2008, 803. In tema cfr. PATTI, *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 2002, 1033 ss.; SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 55.

³³ Per una prospettiva privilegiata sulla vicenda fattuale e processuale cfr. MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2016.

³⁴ Così Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *giurcost.it*.

³⁵ MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa”*, cit., 34.

proprio in relazione alla derivazione causale del fallimento rispetto alla condotta; per di più, attesa la – pacifica, almeno in giurisprudenza – punibilità a titolo di colpa per le fattispecie di bancarotta semplice, ci si dovrebbe avvedere dell'antinomia costituita dal fatto che un addebito colposo possa essere ascritto unicamente se prevedibile³⁶.

In secondo luogo, e ancora sul piano letterale, si è correttamente evidenziato come la locuzione “*se dichiarato fallito*” sia semanticamente incapace di ricomprendere un elemento di fattispecie che si caratterizzi per essere l'evento del reato, se non in una prospettiva che si collochi ben oltre i limiti dell'interpretazione, sia essa costituzionalmente orientata o meno. Val tuttavia la pena di ricordare che altro è l'insolvenza, altro è il fallimento: pur vero che la dizione normativa colloca inequivocabilmente quest'ultimo nell'alveo delle condizioni obiettive, la critica in parola non frappone ostacoli alla possibilità di ritenere la prima quale elemento implicito della fattispecie, eventualmente qualificabile come evento³⁷.

In terzo luogo, si è sostenuto che le difficoltà probatorie e di accertamento processuale del nesso di causa comporterebbero la necessità di non ritenerlo sussistente in relazione ai fatti indicati nell'art. 216 l.f.³⁸. Sorprende, tuttavia, la scelta di spendere un simile argomento, sia perché il nesso di causa è pacificamente richiesto per la sussistenza del delitto di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, l.f., sia, e soprattutto, perché la legittimità di modellare in via interpretativa un reato sulla base delle contingenti esigenze processuali è tutt'altro che lampante.

In quarto luogo, e con maggior pregnanza, si obietta alla ricostruzione in esame che essa, centrandosi sull'uniformità disvaloriale espressa dalla (identica) pena prevista, non riuscirebbe a “spiegare” l'omogeneità in punto di pena della bancarotta fraudolenta documentale, in relazione alla quale, proprio in ossequio al principio di uguaglianza, dovrebbe richiedersi una pari derivazione causale del dissesto, in effetti difficilmente concepibile. La sentenza “Corvetta”, peraltro, si occupa della questione, affermando esplicitamente che nulla osterebbe a che la dichiarazione di fallimento assuma una diversa funzione in ragione dell'incriminazione evocata, correlandosi alla consapevolezza della prossimità della dichiarazione, ricavabile dal dolo specifico e dalla fenomenologia dell'illecito.

5. La “restaurazione” della sentenza Parmalat e le incrinature dell'orientamento tradizionale.

L'analisi più severa del contenuto della sentenza “Corvetta” - e della dottrina che l'ha in qualche modo ispirata - è stata sviluppata dalla Suprema Corte nella pronuncia che

³⁶ Così MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2015, 3.

³⁷ In tema cfr. FLORA, *Verso una “nuova stagione”*, cit., 899, osserva che, essendo un “fatto di terzi”, la sentenza dichiarativa di fallimento non può rientrare nel fuoco del dolo, potendo essere prevista ma non voluta, laddove può essere oggetto di previsione e volontà il “fallimento inteso in senso sostanziale, ovvero lo stato di insolvenza [...]”.

³⁸ D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 362 ss.

si è occupata della vicenda “Parmalat” (c.d. sentenza “Parmalat 2015”³⁹): la pronuncia si centra sulla considerazione secondo la quale le condotte indicate all’art. 216 l.f. hanno di per sé una sufficiente carica di offensività, resa attuale dal venire ad esistenza giuridica del fallimento, che sarebbe del tutto estraneo dal fuoco dell’offesa. La sentenza pare così riprendere proprio la teorica tradizionale del fallimento in qualità di condizione obiettiva, quantomeno con riferimento alle premesse del discorso giuridico; tuttavia, trae conseguenze del tutto incongrue, mantenendone la qualificazione quale “elemento essenziale/condizione di esistenza” del reato.

Sono di assoluto interesse le dissertazioni sulle nozioni di “dichiarazione di fallimento”, “fallimento”(insolvenza) e “dissesto”⁴⁰: la Suprema Corte, rilevando il dato - incontestato - per cui la dichiarazione di fallimento è richiamata nelle fattispecie penal-fallimentari nella sua veste di provvedimento giurisdizionale, e che l’insolvenza null’altro è se non il presupposto “sostanziale” del fallimento, disegna un’ulteriore distinzione con riferimento al dissesto, il quale sarebbe un concetto non qualitativo (come il fallimento/insolvenza, il quale, una volta manifestatosi, non ammette alternative), bensì quantitativo, misurabile e finanche suscettibile di essere causato dalla condotta del soggetto agente⁴¹.

Precorritrice della sentenza Parmalat è un’altra pronuncia di legittimità⁴², la quale si pone come un ideale ponte tra quest’ultima e la sentenza Corvetta, pur con un minore sforzo argomentativo sul tema del ruolo della sentenza dichiarativa.

In particolare, la motivazione si slancia verso la copertura psicologica dell’insolvenza/fallimento, recuperando quasi completamente la (necessaria) coscienza dell’offesa per i diritti patrimoniali dei creditori. Nello specifico, si fa chiaro riferimento al fatto che *“l’elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta implica un’adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale e, in genere, patrimoniale e la rappresentazione della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull’attualità del dissesto con volontarietà dell’atto distrattivo; soltanto nella consapevole prospettiva del dissesto finanziario gli episodi distrattivi assumono - anche sotto il profilo psicologico - un potenziale offensivo. Il soggetto agente deve, quindi, prefigurarsi che la sua condotta depauperativa cagionerà verosimilmente il dissesto - cui si correla la lesione del diritto di credito costituente il principale interesse protetto dalla norma incriminatrice - ed accettare questo rischio. Se la situazione di dissesto che dà luogo al fallimento deve essere rappresentata e voluta (o quanto meno accettata come rischio concreto della propria azione) dall’impre-*

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, cit., con nota di BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, *ivi*; cfr. anche ROSSI, *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2015. Sulla sentenza “Parmalat 2014” (Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015, con nota di BALATO, *Sentenze Parmalat Vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, *ivi*).

⁴⁰ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, cit., 95 ss.

⁴¹ In parziale assonanza con quanto già dedotto da DOMINI, *Per uno statuto*, cit., 48.

⁴² Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *Cass. pen.*, 2014, 2638 ss. (con nota di BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, *ivi*).

ditore, non integra il dolo di bancarotta per distrazione la volontà di porre in essere una condotta finalizzata ad estinguere posizioni debitorie della società”.

Col che la perdita di terreno della teorica tradizionale si appalesa chiaramente, lasciando spazio al mutamento giurisprudenziale del quale si attende la motivazione.

6. L'utopia della sistematica e della nomofilachia.

L'orientamento della giurisprudenza, inteso nel suo complesso, suscita perplessità che non possono che essere notevoli.

Una prima perplessità riguarda la posizione tradizionale della giurisprudenza, arroccata su formule stereotipate dal contenuto impalpabile; la teorica dell'“elemento essenziale”, a ben vedere, non è che una sgrammaticatura rispetto alla teoria del reato, un “chimerismo”, quando non si accompagni ad una precisa collocazione concettuale sia in relazione agli elementi oggettivi del fatto, sia con riguardo al nesso psichico con l'autore. Deve chiaramente ribadirsi l'incostituzionalità dell'interpretazione in parola, secondo la quale può esistere nel sistema penale un requisito essenziale, susseguente rispetto alla condotta e che incide in modo decisivo sul disvalore del fatto non qualificabile come evento, o comunque non legato psichicamente all'autore del fatto.

Un secondo ordine di rilievi, più in generale, concerne la perdita della benché minima capacità sistematica e ordinatrice da parte dei precedenti, anche di legittimità. Pur vero che essa è tradizionalmente un appannaggio semi-esclusivo della dottrina, è altrettanto vero che simili contraddizioni, aperte e lampanti – peraltro su tratti certamente essenziali dell'analisi dei delitti di bancarotta –, non giovano né alla giustizia del caso concreto né all'emersione di un'opzione ermeneutica che sia in qualche modo condivisa o condivisibile.

In questo senso, sarà certo dirimente la motivazione della decisione che ha dato spunto a queste riflessioni: ponendosi in una linea che pare chiaramente individuabile, la sentenza ha l'occasione di mettere ordine nella materia, finalmente abbandonando gli equilibrismi dogmatici e concentrandosi sulla reinterpretazione della bancarotta in chiave costituzionalmente orientata.

Par paradossale, in effetti, invocare un simile intervento a fronte della dichiarata qualificazione del fallimento come condizione obiettiva: tuttavia, se ad una consimile interpretazione si accompagnerà, come emerso già nei precedenti citati, la rivalutazione della coscienza dell'offesa ai diritti patrimoniali dei creditori, essa in effetti comporterà un notevole passo in avanti rispetto al diritto vivente, così finalmente ricompattando il diritto penale fallimentare al costituzionalismo penale.

GHERARDO MINICUCCI