



UNIVERSITÀ COMMERCIALE "LUIGI BOCCONI"
SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La bancarotta "impropria" colposa. Problemi di accertamento.

Relatore:

Prof. FRANCESCO MUCCIARELLI

Controrelatore:

Dott. ENRICO BASILE

Tesi di Laurea Magistrale di:
FRANCESCA LONGO
matricola n. 1604982

Anno Accademico 2015-2016

La mia più sincera gratitudine
al Prof. Avv. Mucciarelli, per essere stato un'inesauribile fonte di ispirazione
e al Prof. Avv. Basile, per l'infinito incoraggiamento e la guida paziente.

Inoltre, un ringraziamento particolare va
A zia Patrizia, per aver ispirato una bimba piccola ad avere sogni molto grandi
e all'Avv. Longo per aver dissipato ogni dubbio su cosa avrei fatto da grande;
A zia Angela e Maria, per non aver mai lasciato la mia mano;
Ai miei nonni, per essere la mia forza;
Ad Aldo, Fabio, Federico e Simone, per essere stati il mio faro nei momenti tempestosi;
A zia Anna e zio Alfredo, per essere stati la bussola sempre in tasca quando non conoscevo la via.

Ma soprattutto, grazie
Al mio Papà, per avermi spinto a nuotare lì dove non si tocca,
perché chi sogna l'oceano non può sopravvivere in un acquario;
Alla mia Mamma, per essere stata instancabile guida e porto sicuro,
e per avermi insegnato che la libertà di scegliere è il valore più grande che si possa avere,
ma il coraggio di scegliere è la virtù che ci contraddistingue.
Ai miei genitori, perché non sarebbero potuti essere esempio di vita migliore
di quello che sono stati e che sempre saranno.

Indice

Premesse	3
CAPITOLO 1 - La bancarotta semplice e le procedure concorsuali: il ruolo dell'aggravamento del dissesto	7
1. L'evoluzione della disciplina fallimentare	7
2. Il rapporto tra procedure alternative e responsabilità penale alla luce delle numerose riforme	14
2.1. Il concordato preventivo e l'aggravamento del dissesto	18
3. I reati di bancarotta.....	28
3.1. Oggettività giuridica	31
4. La bancarotta semplice: dal Codice di commercio del 1882 alla Legge Fallimentare	41
CAPITOLO 2 - La bancarotta semplice societaria da aggravamento del dissesto	48
1. La bancarotta "societaria"	48
2. Il soggetto attivo	55
3. L'elemento soggettivo	73
4. Sanzione ed aggravante	77
5. Le condotte	81
5.1. L'astensione dalla richiesta di fallimento od altra grave colpa	81
5.2. La causazione colposa del dissesto della società	89
6. Il rapporto fra l'aggravamento e le operazioni dolose	95
7. Il rapporto fra l'aggravamento colposo e la causazione dolosa	102
8. Il rapporto fra le due ipotesi di aggravamento del dissesto	109

CAPITOLO 3 - L'aggravamento del dissesto	114
1. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento e dell'insolvenza nelle fattispecie di bancarotta	114
1.1. La posizione della dottrina	114
1.2. La posizione della giurisprudenza	132
2. I limiti delle concezioni condizionalistiche e l'irrilevanza della c.d. zona di rischio penale	143
2.1. La tesi della condizione obiettiva di punibilità	146
2.2. La tesi dell'elemento costitutivo	154
2.3. Una tesi fuori dagli schemi	158
3. L'accertamento dell'aggravamento del dissesto: il momento consumativo ..	162
3.1. La nozione di dissesto	164
3.2. La nozione di aggravamento	169
4. Causazione ed aggravamento del dissesto: l'accertamento	175
4.1. Aggravamento del dissesto e reati societari	176
4.2. Gli effetti dannosi dei fatti di bancarotta	178
Conclusioni	182
Bibliografia	185
Giurisprudenza	191

Premesse

“Il diritto di ogni creditore di soddisfarsi sui beni del debitore sorge nel momento dell'inadempimento dell'obbligazione; ma il diritto di tutti i creditori di soddisfarsi sui beni del debitore sorge con il manifestarsi dell'insolvenza, che ai beni stessi imprime questa destinazione soddisfattoria”¹.

Così uno dei più importanti giuristi italiani del Novecento introduceva il suo trattato sul diritto fallimentare. Da allora la Legge Fallimentare è rimasta immutata (anzi, essa è ancora più risalente, essendo figlia del periodo monarchico), se non per alcune modifiche che spesso non hanno contemplato anche la parte relativa ai reati di bancarotta. I dubbi che la dottrina più attenta, in altre parole, aveva cercato di dipanare, sono tuttora presenti e formano oggetto di richieste di riforma sempre più pressanti verso il legislatore, attento più ad altri aspetti che non ad una revisione unitaria della materia. Allora, nel confuso panorama della disciplina penale fallimentare la questione si focalizza sul desiderio di tutelare i creditori come anche il buon funzionamento delle procedure concorsuali, la cui evoluzione sembra ormai centro nevralgico delle spinte riformatrici. Ma cosa segna il punto di rottura? In altre parole, cosa autorizza a comminare una sanzione penale a soggetti che, operando all'interno di una realtà imprenditoriale, si sono resi responsabili di fatti di bancarotta, ledendo la fiducia riposta nel loro operato da chi con quella realtà interagisce? Sicuramente è il verificarsi di uno stato di insolvenza che colpisce il patrimonio della società, evento che viene considerato dal legislatore fallimentare in tutte le sue sfaccettature, anche nel suo aggravarsi per violazione di obblighi che lo stesso aveva imposto a soggetti che rivestono peculiari funzioni all'interno dell'impresa. Il reato di cui si parla è la bancarotta semplice da aggravamento del dissesto ed obiettivo di questo lavoro è comprendere le caratteristiche di tale figura delittuosa ed i problemi che il giudice incontra nell'accertare la presenza di questi requisiti ai fini dell'imputazione di responsabilità di soggetti che, se non proprietari dell'impresa, la gestiscono, e le cui decisioni hanno riflessi sulla sfera giuridico - sociale di tutti coloro i quali si relazionano con tale realtà economica. I dubbi interpretativi non riguardano un solo aspetto, bensì la fattispecie nei suoi singoli elementi e nel suo complesso.

¹ P. NUVOLONE, Il Diritto penale del fallimento, Milano, 1955, 3.

Possiamo pensare anche soltanto alle questioni attinenti i reati consumati all'interno di organi collegiali: il reato di bancarotta può configurarsi quale fattispecie plurisoggettiva o è necessario qualificare l'importanza di ogni singolo contributo? Se, invece, a tenere la condotta incriminata fosse stato un amministratore senza potere personale di intervento? Ovviamente, la risposta varia in base anche alla posizione che si assume in merito all'attribuzione di obbligo giuridico o di diritto delle singole funzioni di gestione e controllo della società, non essendo semplice neanche definire quali siano gli obblighi la cui violazione ben potrebbe aggravare un dissesto già in atto. La questione si sposta sul contenuto del potere - dovere di attivarsi al fine di richiedere la dichiarazione di fallimento della società, per la previsione di cui agli artt. 217, n. 4 e 224, n. 1 l. fall. Esiste un obbligo giuridico a carico di coloro i quali svolgono funzioni amministrative oppure è un semplice diritto che questi hanno? Se si protende per la prima ipotesi, il reato consiste nella violazione di quest'obbligo? Numerosi dubbi ed ipotesi interpretative hanno connotato la fattispecie di bancarotta semplice anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo; in particolare, se sia possibile riunire tutte le ipotesi di tale tipologia di bancarotta sotto l'ala della responsabilità per colpa o se, in realtà, sia necessario operare alcune distinzioni.

Nondimeno, gli sforzi interpretativi in merito al reato di bancarotta da aggravamento del dissesto si sono orientati verso la definizione di dissesto stesso: quale dissesto è rilevante ai fini dell'integrazione del reato? Ovviamente, la risposta influenzerà il concetto di aggravamento, sia che lo si intenda come peggioramento sia come nuova manifestazione causativa dello stato di insolvenza. Quest'ultima accezione ha fatto sorgere non poche perplessità su un'ipotetica sovrapposizione di piani fra le ipotesi di cui agli artt. 224, n. 2 e 223, co. 2 n. 1 l. fall. "Cagionare" ed "aggravare" il dissesto possono alternativamente indicare il medesimo evento naturale prodotto da due comportamenti, entrambi penalmente rilevanti ma diversi nella sostanza e nelle conseguenze sanzionatorie? Ma ancor di più è necessario chiedersi: una volta che questo aggravamento si è verificato, che ruolo ha la sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura del reato? La sua presenza pare essere necessaria ai fini dell'incriminazione, ma non per questo la sua qualificazione giuridica sembra essere chiara ed indubbia.

Un illustro aziendalista scriveva che “a partire dagli anni '70, e con ritmo crescente, le crisi d'impresa hanno cessato di essere fenomeni episodici, legati all'incapacità di imprenditori e di managers, o addirittura a loro comportamenti colposi o delittuosi, e sono divenute fenomeni ricorrenti, segnalati ogni giorno dalle cronache. Le crisi d'impresa appaiono in tal modo una componente del sistema industriale, della quale occorre tenere conto come di un dato permanente”². Ed il legislatore si è adoperato al fine di far fronte a questo crescente fenomeno sociale. La spinta legislativa verso il risanamento delle imprese in crisi attraverso nuove soluzioni negoziali, la cui peculiarità è insita proprio nel deciso arretramento del ruolo dell'autorità giudiziaria e, quindi, del controllo pubblicistico, affonda le proprie radici nell'idea che lo stato di crisi, pur nella sua manifestazione quale stato di insolvenza, può essere gestito in un'ottica di conservazione e, soprattutto, in chiave non punitiva. Seppur l'intento pregevole, lasciare maggior spazio di autonomia ai creditori sociali, tendenzialmente soggetti tutelati dalla normativa penale fallimentare, non assicura comunque il rispetto del principio di legalità e di colpevolezza. Al momento della dichiarazione di fallimento, come può l'organo giudicante affermare la responsabilità di un amministratore che ha violato gli obblighi di legge in un periodo risalente e all'interno di una procedura alternativa? In questo panorama così disconnesso e poco omogeneo, non è più facilmente intuibile cosa sia il dissesto e ancor di più il suo aggravamento. Alla stessa stregua non è più facile accertare quale nesso, psichico od eziologico, intercorra fra l'aver disatteso gli obblighi imposti dalla legge ed il peggioramento, non soltanto della situazione debitoria, quanto anche delle condizioni e capacità della società in quel dato momento; a maggior ragione se non si è in grado di valutare se il comportamento dell'agente sia stato mosso dal mero desiderio di un risanamento, come nel caso peculiare di apertura di una procedura alternativa al fallimento finalizzata al risanamento dell'impresa in crisi, o abbia agito nella consapevolezza di uno stato economico e giuridico della società tale da non trovare altro approdo se non il fallimento stesso. Perché la legge in vigore mantiene questo carattere di specialità e non ha subito riforme contestuali a quelle che hanno investito il diritto societario e la disciplina delle procedure concorsuali? Ed infine,

² Pensiero di L. GUATRI, in *Crisi e risanamento delle imprese*, p. 3, riportato da C. PEDRAZZI nell'introduzione ai reati fallimentari all'interno del *Commentario Scialoja - Branca* (fondamentale per questa trattazione e numerosissime volte citato).

come rapportarsi ad un diritto penale fallimentare rimasto ancorato ad un'ottica quasi puramente sanzionatoria? Questi sono i dubbi a cui si cercherà di trovare risposta o almeno di affrontare dalle diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza passate e presenti.

Al fine di comprendere appieno le problematiche e le soluzioni offerte, si partirà dalla disamina del contesto storico e dell'evoluzione dei reati fallimentari, fino ad analizzare le norme di interesse. Si giungerà, quindi, con maggiore consapevolezza alla discussione sul problema dell'accertamento del reato di bancarotta semplice da aggravamento del dissesto che l'autorità giudiziaria si trova ad affrontare costantemente.

CAPITOLO 1

La bancarotta semplice e le procedure concorsuali: il ruolo dell'aggravamento del dissesto

1. L'evoluzione della disciplina fallimentare

“Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. L'articolo 2740 del Codice Civile, insieme alla disposizione di cui all'articolo 2741, la quale sancisce la regola della *par condicio creditorum*, costituiscono le fondamenta dell'istituto dell'obbligazione e, di conseguenza, delle norme giuridiche che ad esso appartengono regolanti la disciplina fallimentare.³ Da questa osservazione è, preliminarmente, necessario porsi una domanda: qual è l'interesse tutelato nel diritto di obbligazione? Potremmo accogliere l'opinione di Alfredo Rocco secondo cui la tutela è volta a garantire l'interesse alla cooperazione altrui per il soddisfacimento dei propri bisogni.⁴ Tuttavia, sorge un altro interrogativo: come si può soddisfare questo interesse? I diritti di credito sono solo mediamente coercibili, dunque è l'ordinamento giuridico che predispone i mezzi per attuarne l'esecuzione. Si possono individuare, dal punto di vista storico, due sistemi: il primo consiste nel concedere al creditore la facoltà di agire coercitivamente sulla persona o sul patrimonio del debitore, allo scopo di pressare la sua volontà al fine di indurlo ad eseguire la prestazione; il secondo si contraddistingue per l'azione sul patrimonio

³ Nello stesso senso, Lanzi afferma che il rapporto creditore – debitore trova le proprie fondamenta nell'art. 2740 c.c., che si pone come vincolo e come limite all'attività privata. Per tale motivo assume penale rilevanza soltanto il fatto del debitore che disperda la garanzia ex art. 2740 c.c., nel momento in cui sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi. In particolare, dal punto di vista soggettivo è necessario che il soggetto si sia rappresentato la violazione della garanzia ex lege; mentre a livello oggettivo vi deve essere, anche solo potenzialmente, la possibilità di instaurarsi di una procedura esecutiva individuale o collettiva sui beni del debitore. Seguendo tale ragionamento e trasponendolo nell'ambito fallimentare, l'Autore conclude che la declaratoria deve essere qualificata quale condizione obiettiva di punibilità, eccetto il caso degli artt. 223, co. 2 n. 2 e 224, n.2 l. fall. per cui l'insolvenza costituisce evento del reato. Tale impostazione sarà successivamente ripresa nel capitolo 3. In A. LANZI, Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, 30, 493 - 497.

⁴ A. Rocco, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Milano Torino Roma, 1917, 225.

invece che sulla persona, con l'idea che colpire il debitore nei beni, qualora ne abbia, può essere altrettanto efficace per vincere la sua ostinazione quanto il colpirlo nella persona.

I due sistemi appena descritti mostrano, inoltre, l'evoluzione dell'approccio del diritto penale al fallimento, la cui trattazione dal punto di vista dello sviluppo storico non può assolutamente prescindere dalla consapevolezza del contesto economico circostante. Rilevante appare l'affermazione del Cuzzi: "La storia dell'istituto è la storia stessa del commercio"⁵. L'origine del diritto fallimentare, dunque, può essere individuata proprio nella necessità di colpire quei comportamenti volti a ledere o porre in pericolo i diritti dei creditori sorti all'intensificarsi degli scambi e all'accrescersi dell'entità e del volume degli affari.⁶ In questo contesto di economia mercantile e marinara, l'idea che informa tutto lo svolgimento del processo romano dalle XII Tavole in poi è che le sanzioni, le quali presidiano il diritto del creditore, siano volte ad ottenere coattivamente la prestazione ossia indurre il debitore a pagare. Da questo possiamo cogliere il duplice carattere dell'esecuzione dei debiti: privato e penale. Tuttavia, il Diritto Romano non è rimasto fermo alle XII Tavole e al principio secondo cui il debitore insolvente risponde con la sua persona, senza possibilità di giustificazione⁷, ma si è evoluto fino ad una iniziale elaborazione dell'azione revocatoria e, elemento ancora più importante, elaborazione della distinzione tra debitore in buona fede ed in mala fede. Tali orientamenti erano già stati recepiti nella Lex Paetelia Papiria del 428 d.C. (secondo alcuni 441 d.C.), la quale sembrava accogliere in parte il secondo sistema sopra descritto, per cui la vera garanzia delle obbligazioni deve ricercarsi nel patrimonio e non nella persona del debitore. In tal modo, la legge iniziava ad introdurre quella distinzione tra buona e mala fede così importante per la normativa odierna, in quanto considerata, secondo alcuni, base della ripartizione tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice. A

⁵ CUZZI, Del fallimento, Verona, 1901, 656, citato da M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, Torino, 1953, 4.

⁶ L. CONTI, I reati fallimentari, Torino, 1955, 1 - 18.

⁷ Si ritiene necessario aggiungere che, nonostante l'intero sistema fosse orientato verso una sorta di giustizia privata, vi era qualche eccezione. Ad esempio, l'VIII Tavola per la prima volta enunciò il principio secondo cui deve distinguersi, in ordine al castigo, tra la volontà di non poter pagare e l'impossibilità di pagare e tra coloro i quali causarono il danno per mala fede e coloro i quali lo causarono per negligenza o per caso.

definire ulteriormente questa classificazione è intervenuta la Lex Julia Bonorum del 737 d.C., la quale attribuì conseguenze diverse al grado di consapevolezza del soggetto agente: sopprime l'esecuzione personale, consentendo di evitare l'infamia, potendo il debitore in buona fede usufruire del beneficium competentiae; mentre stabilì che colui il quale avesse agito in mala fede sarebbe sempre stato considerato infames e avrebbe subito pesanti sanzioni penali. È necessario aggiungere che la Lex Paetelia Papiria ha steso le basi di due principi cardine del moderno diritto fallimentare: da un lato, il principio secondo cui è diritto dei creditori quello di disporre dei beni del debitore fallito e, dall'altro, il principio della par condicio creditorum. Infatti, secondo il Diritto Romano, il creditore che inizia l'esecuzione sui beni del debitore lo fa anche per tutti gli altri creditori, i quali si uniscono al procedimento. Tale previsione è stata successivamente elaborata dallo Jus Praetorium, il quale introdusse per la prima volta la possibilità di revocare gli atti stipulati in frode ai creditori a mezzo dell'Actio Pauliana, operante soltanto qualora si fossero verificate tre condizioni: vi fosse stato un danno effettivo per i creditori, il debitore avesse agito con l'intenzione di ingannare i suoi creditori e fosse stata presente una collusione fra debitore e controparte nella transazione di cui si richiedeva la revocazione. Tale azione poteva essere esercitata sia prima che dopo la missio in bona, la quale presupponeva la presenza di un curator bonorum, figura che richiama quella attuale del curatore fallimentare. Altra importante evoluzione è stata quella di richiedere l'esistenza di un rapporto di causa ad effetto tra condotta fraudolenta ed evento dannoso per poter effettivamente predisporre la revocatoria. In questo senso, l'illecito veniva punito soltanto qualora si fosse qualificato come "bancarotta" (termine di origine successiva), la cui definizione sarebbe già potuta essere "fraudolenta causazione della propria insolvenza al fine di danneggiare i creditori"⁸. Tuttavia, i Pretori introdussero un'ulteriore modifica aggravante la situazione del debitore in mala fede, a cui poteva essere comminata persino la pena capitale.

Il traguardo raggiunto in merito alla differenziazioni di trattamento tra buona e mala fede scomparve durante l'epoca dell'Alto Medioevo, precisamente come

⁸ M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, cit., 3 - 23.

conseguenza della caduta dell'Impero Romano d'Occidente e della diffusione del Diritto Germanico. La Lex Salica, come anche l'Editto di Chilperico e similmente l'Editto di Liutprando, disposero, in prima istanza, una punizione per il debitore insolvente, la quale si sarebbe trasformata in concessione al creditore della facoltà di decidere in merito alla vita e alla morte del suo debitore soltanto qualora l'insolvenza fosse persistita. Questa parentesi buia del diritto penale fallimentare si concluse con l'affermarsi dell'Era dei Comuni nell'Italia Settentrionale. Gli Statuti dei Mercanti ripresero l'originale distinzione tra debitori in mala fede ed in buona fede e utilizzarono per la prima volta il termine giunto fino a noi e che ha trovato fortuna anche nelle legislazioni estere: bancarotta⁹. Nondimeno, esso fu utilizzato in un senso più ampio, non qualificando un delitto ma qualsiasi forma di insolvenza del commerciante. La severità delle sanzioni non scomparve, anzi si rafforzò contro i "deceptores et fraudatores", i quali potevano subire punizioni esemplari quali il bando, la galera, la tortura e perfino la pena capitale. L'Anno 1000 portò ad importanti cambiamenti, soprattutto nel modo di concepire la giustizia, non più personale ma avente funzione pubblica. Per poter ottenere la soddisfazione dei propri interessi, i creditori avrebbero dovuto necessariamente rivolgersi ai magistrati ad hoc istituiti¹⁰, i quali avevano il compito di accertare i crediti e di disciplinare il concorso sui beni del fallito. Tra le sanzioni più gravi che il legislatore aveva previsto vi erano l'indegnità, la privazione dei diritti politici ed il bando, escludendo le sanzioni corporali¹¹. Una degli aspetti di maggiore interesse della disciplina fallimentare, oltre alla possibilità di nominare rappresentanti dei creditori, consisteva nella libertà di azione, seppur limitata, lasciata all'insolvente. In particolare, egli avrebbe potuto richiedere garanzie e fideiussioni, usufruire di moratorie, soprassessorie e dilatorie; ma ancora di maggior rilievo era la possibilità di attivare una procedura concordataria.

Durante il XVI secolo, un importantissimo e stimatissimo Avvocato di Ancona, Benvenuto Stracca, fu uno tra i primi a considerare il diritto commerciale come un complesso di norme distinto dal diritto civile, ad elaborarlo sia dal punto di vista

⁹ Da "banca rotta", per l'uso medievale di rompere il banco al banchiere insolvente.

¹⁰ Tra le speciali magistrature si annoveravano a Venezia i giudici di petizion ed i sopraconsoli dei mercanti, a Genova il magistrato dei rotti, mentre a Firenze l'atto di guardia e balia.

¹¹ Tuttavia l'indegnità comportava forme di capitis deminutio.

pratico sia da quello teorico e a darne un'esposizione sistematica. Egli distinse per la prima volta tra comportamenti tenuti con colpa, con dolo e per caso, contrapponendosi al pensiero di Baldo degli Ubaldi, le cui idee all'epoca erano condivise sia dalla dottrina che dal legislatore. La presunzione *juris et de jure* di frode che caratterizzava la disciplina penale veniva rigettata da Stracca, la cui posizione era orientata verso una presunzione *juris tantum*, dunque ammettendo la possibilità di prova contraria da parte del fallito che riteneva di non aver agito in mala fede. La presunzione operava nel momento in cui venivano ad esistenza alcuni fatti descritti dallo stesso Autore: episodi di falso, soppressione, mancanza et similia dei libri contabili; sottrazioni, dissimulazioni et similia delle mercanzie; atti sospetti per la data in cui furono compiuti; ed infine, attività dirette a procrastinare o dissimulare il fallimento imminente. Queste previsioni sono tutte, in parte o in toto, riprese dalla nostra Legge Fallimentare, ed in particolare l'ipotesi di aggravamento del dissesto, prevista dagli artt. 217, co. 1 n. 4 e 224 l. fall., pare aver colto l'eredità dell'ultima previsione formulata dallo Stracca. Infine, l'Eminente Giurista aggiunse un'ulteriore ipotesi: la fuga del commerciante, meglio definita *ruptura*, termine che non può non richiamare immediatamente quello di bancarotta. Da questo sviluppo teorico sorge la distinzione tra fallimento fortuito, fallimento colposo e fallimento doloso, che costituirà una delle basi dell'attuale disciplina, contrariamente a quanto accadde all'epoca in cui furono formulate a causa delle Tirannie e delle Signorie, imperversanti in quegli anni.

Tra il secolo XVI e il secolo XVII, venne alla luce la legislazione che più influenzò quella italiana a seguito degli avvenimenti storici che seguirono. La legislazione di Francia ha segnato un'epoca di cambiamenti e di sviluppi della precedente disciplina, soprattutto in materia penale, accogliendo quelle che erano state le teorie di Benvenuto Stracca. L'Ordinanza del 1673 di Luigi XIV¹², qualificata da alcuni come primo Codice di Commercio, ha costituito una svolta epocale nella regolamentazione del fallimento, in particolare gli articoli 10 e 11¹³, i quali riflettevano perfettamente le

¹² Non mancano tentativi più risalenti di disciplinare la materia, come ad esempio l'Ordinanza di Francesco I del 1536, l'Ordinanza di Francesco II del 1569 e l'Ordinanza di Enrico IV del 1629.

¹³ Art. 10. "Déclarons banqueroutiers frauduleux ceux qui auront diverti leurs effets, supposé des créanciers, ou déclare plus qu'il n'estoit deu aux véritable créanciers."

opposte posizioni di Stracca e di Baldo. L'articolo 10 prevedeva una presunzione *juris et de jure* di frode¹⁴, ispirandosi agli scritti del secondo giurista, non ammettendo dunque la possibilità di alcuna prova contraria da parte del debitore fallito e caratterizzandosi come illecito penalmente punito commesso dallo stesso. L'articolo 11, dall'altro lato, ispirandosi al pensiero di Stracca, predisponendo una presunzione *juris tantum* con possibilità di prova contraria, andando quindi a punire un fallimento dolosamente causato. Poco più di un secolo dopo, con il Codice del 1791, veniva abolita la pena capitale¹⁵. Successivamente entrò in vigore il Code Napoléon, il 22 settembre del 1807, testo che cercava di mediare fra le differenti posizioni dottrinali e che finì con il collocarsi in alcuni casi in posizioni forse troppo estreme. La summa divisa operata dal Codice prevedeva, da un parte, la disciplina della bancarotta semplice; dall'altra, quella della bancarotta fraudolenta. Le fondamenta del fallimento per colpa dovevano individuarsi nell'articolo 11 dell'Ordinanza del 1673 e, di conseguenza, negli scritti di Stracca; in particolare, l'articolo 586 disciplinava i fatti che importavano *ipso jure* l'instaurazione di un procedimento per la bancarotta semplice, salva la prova dell'erroneità della presunzione da parte del debitore. Allo stesso modo, l'articolo 587 ricomprendeva sotto l'alveo di tale tipologia di bancarotta anche i fatti che subordinavano il sorgere della procedura alla discrezionalità delle persone elencate dall'articolo 588. Al contrario, la disciplina del fallimento per dolo si contraddistingueva per una maggiore severità dal punto di vista sanzionatorio, individuando le diverse ipotesi che ricadevano nella fattispecie di bancarotta fraudolenta: l'art. 593 prevedeva sette ipotesi di presunzione *juris et de jure* di frode, riprendendo la disposizione di cui all'art. 10 dell'ordinanza sopra citata; mentre, l'art. 594 regolava una sola ipotesi di presunzione *juris tantum*. E proprio quest'ultima, insieme a quelle previste per la bancarotta semplice, fu soppressa dalla Legge francese del 28 maggio 1838, modificativa del Codice Napoleone in vigore. Tale impostazione sarebbe stata successivamente d'ispirazione alle legislazioni italiane,

Art. 11. "Les négociants et marchands tant en gros qu'en détail, et les banquiers, qui lors de leur faillite ne représenteront pas leurs registres et journaux signés et paraphés comme nous avons ordonné ci dessus, pourront ester réputés banqueroutiers frauduleux."

¹⁴ "Decoctor, ergo fraudator", definizione a lungo prevalsa negli statuti medievali, attribuita al giureconsulto Baldo degli Ubaldi.

¹⁵ Precedentemente prevista dall'articolo 12 dell'Ordinanza del 1673, che recitava: "Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement, et punis de mort."

come il Codice delle Due Sicilie del 1819, il Codice di Parma del 1820, il Regolamento Pontificio del 1830, il Codice Albertino del 1842 ed il Codice di Commercio per il Regno d'Italia del 1865; soltanto con il Codice di Commercio del 1882 verrà reintrodotta la bancarotta fraudolenta, testo successivamente abrogato dalla Legge Fallimentare attualmente in vigore, il Regio Decreto del 16 marzo 1942 n. 267. Tale norma si inserisce in un contesto storico particolare, il Fascismo, e si caratterizza per essere, come per tutta la storia del diritto penale fallimentare, un diritto speciale. Osservazione che fa sorgere un interrogativo: perché la legge in vigore mantiene questo carattere di specialità e non ha subito riforme contestuali a quelle che hanno investito il diritto societario e la disciplina delle procedure concorsuali? Anzi, alcuni sostengono che le modifiche intervenute nella parte prettamente penalistica del Regio Decreto abbiano accentuato i caratteri di specialità.¹⁶

Il Regio Decreto n. 267 del 1942, intitolato "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", ha subito molte riforme nel corso dei settant'anni successivi alla sua entrata in vigore. Le più importanti, però, hanno riguardato il diritto societario e le procedure concorsuali, mentre solo marginalmente, e secondo molti in maniera non adeguata ai tempi e alle riforme coeve, la parte penalistica. Quest'ultima è disciplinata dal Titolo VI della Legge Fallimentare, suddiviso in quattro capi.¹⁷ Numerosi sono stati i tentativi di riforma, iniziati fin dagli anni '50, con iniziative quali il Progetto Punzo del 1957, i Progetti dell'Ordine dei Dottori Commercialisti del 1970 e del 1979, nonché il Progetto Pajardi del 1982 e poi del 1989. L'unica andata effettivamente in porto, ma poco meditata nonostante l'exkursus storico, è stata quella degli anni 2000. La riforma intervenuta nel 2002 ha chiaramente mostrato un

¹⁶ M. DONINI, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», in *JUS: rivista di scienze giuridiche*, 2011, 1 - 2, 39.

¹⁷ Per quanto riguarda il primo Capo, le uniche modifiche intervenute riguardano l'articolo 218 ("Ricorso abusivo al credito"), operate dalla Legge 28 maggio 2009 n. 262; inoltre, è stato aggiunto l'articolo 217bis, intitolato "Esenzioni dai reati di bancarotta fraudolenta" (dall'art. 48, co. 2bis d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e successivamente rinnovato dall'art. 33 d.l. 83/2012 e dall'art. 18, co. 2bis d.l. 179/2012). Il Capo II è stato, invece, sottoposto ad una minima ma importantissima modifica dell'art. 223, cpv. n. 1 (operata dall'art. 4 d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61), ed ha subito inoltre un forte influsso a seguito della modifica intervenuta con la Riforma del diritto societario a causa del rinvio operato dall'articolo stesso al Codice Civile. Per le modifiche intervenute al Capo III si rinvia al paragrafo successivo, mentre il Capo IV è rimasto quello originario.

forte limite già al momento della sua entrata in vigore, operando un'inversione cronologica nell'approvazione dei testi che avrebbero inciso, da una parte, sulla disciplina penalistica e, dall'altra, sulla disciplina civile. Quest'ultima è stata redatta successivamente, nonostante si palesasse la necessità di adattare ai tempi prima la disciplina societaria e, solo successivamente, le sanzioni ricollegate alla stessa in ambito fallimentare. La riforma del 2005 - 2006 ha, invece, seguito differenti direttrici: da una parte, la riqualificazione di alcune fattispecie e, dall'altra, limitare le sanzioni soltanto ai comportamenti realmente lesivi degli interessi creditorî. Pur tuttavia, come accennato, il problema è da individuarsi nella modifica solo mediata della parte penalistica¹⁸, permanendo i problemi che hanno caratterizzato la Legge Fallimentare fin dal 1942; in particolare, in merito al sistema casistico che connota la disciplina e ad i rinvii a catena, i quali hanno mostrato tutti i loro limiti con l'accennata riforma del diritto societario. Il mancato rimaneggiamento di questa parte fondamentale della disciplina fallimentare si è palesata soprattutto attraverso l'abissale distanza tra il contesto penalistico e le procedure concorsuali, la cui ultima riforma risale all'anno corrente, avendo il legislatore in mente un progetto il cui obiettivo è il recupero delle imprese in crisi, mirando dunque ad abbandonare un esclusivo approccio sanzionatorio.¹⁹

2. Il rapporto tra procedure alternative e responsabilità penale alla luce delle numerose riforme

Nella mente del legislatore del 1942 cinque erano le procedure concorsuali ammissibili: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo,

¹⁸ Sandrelli parla di "estinzioe per «devitalizzazione» del precetto, nel senso di perdita di significato delle norme penali, senza alcuna espressa modificazione". Alcuni esempi sono l'abrogazione del procedimento sommario, con i connessi problemi del permanere dell'art. 221 l. fall., in quanto attenuante ad effetto speciale simile al danno di particolare tenuità previsto dall'art. 219, co. 3 l. fall. Oppure l'istituto della riabilitazione previsto dall'art. 50 l. fall. con il quale il fallito poteva cancellare il suo nominativo dal registro dei falliti, mai istituito ed anzi abrogato, mantenendo tuttavia in vigore l'art. 241 l. fall. Altri esempi di riforme mediate, che mostrano carenze dovute alla mancanza di una visione complessiva, sono quelli degli articoli 49 e 1 l. fall., quest'ultimo in relazione alla riforma del 2007 e alla Sentenza Niccoli del 28 febbraio 2008 n. 19601. Sandrelli G., "Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare", in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 49 - 59.

¹⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale: leggi complementari*. Vol. 2, XIII Edizione, C. F. GROSSO (a cura di), Milano, 2014, 3 - 7.

amministrazione controllata e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.²⁰ Il Regio Decreto individuava quale interesse preponderante quello dello Stato nella gestione delle procedure di crisi, perseguendo diversi obiettivi, tra cui la determinazione della responsabilità del dissesto, l'eliminazione delle ulteriori conseguenze del fallimento e la liquidazione di tutti i beni del fallito nell'ottica del perseguimento della parità di trattamento tra creditori. Da questo si può desumere che mancasse una visione complessiva del circuito economico nazionale, trovando il Regio Decreto le proprie basi nell'economia degli anni quaranta caratterizzata dalla prevalenza dei rapporti proprietari. Tuttavia l'evolversi degli assetti macroeconomici ha portato ad una centralità del ruolo dell'impresa nell'economia nazionale quale fonte di produzione e di sviluppo.²¹

Per questi motivi e per la profonda crisi economica che colpì il nostro Paese, molte sono state le riforme delle procedure concorsuali che si sono susseguite, fino alla più recente con il D.L. 3 maggio 2016, n. 59 elaborato dalla Commissione Rordorf. Il precedente intervento non era di molto risalente; si tratta del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 definito come "La mini Riforma del Diritto Fallimentare". Questa frenetica spinta riformatrice mostra chiaramente come ci si trovi di fronte ad un edificio normativo profondamente disarmonico e segnato da un forte contrasto fra la parte penalistica e quella civilistica. Nonostante fin dagli anni '40 si fosse preso atto che il fallimento non era l'unico e più efficiente strumento per affrontare la crisi d'impresa, la parte penalistica non è in toto mai cambiata, imbrigliando il debitore dichiarato insolvente nelle maglie delle conseguenze penali anche se l'impresa seguiva un percorso differente, molte volte di ripresa. I difetti sia tecnici che di

²⁰ Il fallimento era descritto come un procedimento di esecuzione forzata collettiva, avente come presupposto l'insolvenza dell'imprenditore fallito; la liquidazione coatta amministrativa era considerata un procedimento esecutivo concorsuale affidato all'autorità amministrativa, quindi sottratto alla gestione da parte di quella giudiziaria; il concordato preventivo era qualificato come un procedimento di natura esecutiva e concorsuale condotto dall'autorità giudiziaria, come per il fallimento; l'amministrazione controllata aveva come obiettivo quello di realizzare un controllo sull'amministrazione dell'impresa e sul patrimonio del debitore ad opera dell'autorità giudiziaria con la partecipazione dei creditori, la quale poteva sfociare in risanamento, concordato preventivo o, nella peggiore delle ipotesi, fallimento; infine, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi mirava alla conservazione mediante un piano di risanamento, a meno che il dissesto non fosse stato irreversibile, nel qual caso l'azione sarebbe stata volta a cedere l'attività a terzi.

²¹ M. VIETTI et al., Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi, II Edizione, Torino, 2008, Capitolo I.

trattamento, già presenti nel tessuto normativo originario, si sono accentuati con i numerosi interventi riformatori. Il difetto di tassatività, un'esasperata logica punitiva, la scarsa considerazione dei principi di personalità della responsabilità penale e di necessaria offensività del fatto di reato sono solo alcuni esempi delle questioni che l'interprete si è trovato di fronte. L'attenzione dei padri della riforma si è rivolta alle nuove soluzioni negoziali della crisi d'impresa, il cui tratto comune è costituito dal deciso arretramento dell'intervento giudiziale e, quindi, di un controllo pubblicistico; in altre parole, ampio spazio è lasciato all'autonomia privata e al mercato. Ma come rapportarsi al diritto penale fallimentare rimasto ancorato ad un'ottica quasi puramente sanzionatoria? Ed è qui che si inserisce l'annosa questione della difficile distinzione tra crisi e stato di insolvenza, i cui riflessi ricadono chiaramente anche sull'applicazione delle fattispecie penali fallimentari, in particolare sul reato di bancarotta da aggravamento del dissesto. E quando si può parlare di dissesto? Quando si può ritenere che il soggetto attivo abbia aggravato lo stesso andando a ledere gli interessi creditori? E come si comporta il diritto penale fallimentare di fronte all'intervento di una procedura concorsuale che mira a ripristinare l'attività d'impresa, compromessa dal comportamento del debitore? Queste e altre questioni saranno trattate nel prosieguo di questo lavoro.

Ad ogni modo, il quadro disegnato dalle diverse e numerose riforme sembra mostrare una profonda disuguaglianza. Come nota Autorevolissima Dottrina²², "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. [...] La disuguaglianza esaspera il carattere oggettivo e presuntivo della disciplina penale fallimentare, acuito nell'applicazione giurisprudenziale, e rende 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". A questa riflessione si aggiunge il problema, largamente discusso (e che verrà trattato approfonditamente nel capitolo 3 di questo lavoro), del ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento. In questo contesto la questione si sposta ad un

²² A. ALESSANDRI, Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme, Milano, 2016, 10 - 11.

momento precedente, quello in cui l'impresa è ancora in crisi e non è intervenuta in tal senso l'autorità giudiziaria: dipendentemente dall'accoglimento della teoria per cui la dichiarazione è condizione obiettiva di punibilità o elemento costitutivo del reato, è possibile individuare il momento nel quale valutare la sussistenza o meno della condotta di aggravamento del dissesto.²³ Tuttavia, sorge un problema di non poca rilevanza: per quanto attiene sia alla bancarotta semplice che a quella fraudolenta, quale momento si sostituisce alla dichiarazione di fallimento nel caso di conclusione dell'accordo stesso?

Nonostante si sia passati da una logica punitiva nei confronti dell'imprenditore indegno di rimanere nel sistema economico produttivo ad una logica di recupero e reinserimento nel tessuto economico dell'impresa in crisi, come più volte sottolineato, non vi è stato un adeguamento delle fattispecie penali fallimentari, eccetto per l'inserimento dell'art. 217 bis l. fall. Dunque, le figure penali sono rimaste ancorate alla presunzione che la condotta tipizzata è causa del fallimento, presunzione che non richiede necessità di accertamento né di nesso psicologico né di nesso eziologico²⁴; inoltre, permane un trattamento sanzionatorio draconiano, aggravato dall'asimmetria tra le previsioni circostanziali e le pene accessorie. Per quanto attiene quest'ultimo aspetto, basti pensare che se anche la procedura concorsuale si chiudesse con l'integrale pagamento (e, dunque, piena soddisfazione del ceto creditorio), il debitore potrebbe giovare soltanto dell'attenuante comune di cui all'articolo 62, n. 6 c.p. A questo fine, Autorevole Dottrina ha tentato di interpretare la normativa con l'obiettivo di adeguare la disciplina penale fallimentare ai principi generali.²⁵

²³ Ad esempio, Santoriello sottolinea come uno degli obiettivi della riforma del 2015 sia stato quello di equiparare l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari a qualsiasi altra procedura fallimentare o di risoluzione della crisi d'impresa. C. SANTORIELLO, La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, 2, 129 s.

²⁴ Differente è il caso della sussistenza del nesso causale tra reato presupposto e fallimento richiesto dall'art. 223 l. fall. come conseguenza della Riforma del 2003.

²⁵ Partendo sempre dalla questione sul ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, alcuni Autori sono giunti alla conclusione che tale dichiarazione deve configurarsi come condizione obiettiva di punibilità, tuttavia non partendo sempre da premesse comuni. Delitala²⁵ partiva dalla considerazione per cui il disvalore penale risiede nelle condotte di diminuzione reale o fittizia del patrimonio destinato alla garanzia creditoria, dunque il fallimento non poteva che essere visto come condizione che

Certamente le procedure concorsuali rendono punibile i fatti di bancarotta, al pari del fallimento. Tale impostazione è stata ulteriormente confermata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270. La questione controversa sta nel difficile accertamento della condotta sussumibile in una delle fattispecie di bancarotta in assenza della sentenza dichiarativa di fallimento. Si potrebbe rispondere che l'accertamento di un fatto di bancarotta non rende di per sé automatica la pronuncia della declaratoria fallimentare, ed "i fatti da cui dipende la concorsualità del credito sono le condizioni della bancarotta e non si limitano al solo fallimento"²⁶. Viene in tal modo superata la tradizionale e risalente tesi per cui la bancarotta è frutto della dichiarazione di fallimento.

2.1. Il concordato preventivo e l'aggravamento del dissesto

Come già detto, sempre più il legislatore si è spinto verso procedure alternative al fallimento, che potessero, quindi, tentare di approcciare lo "stato di crisi" da angolature differenti, mirando a sanare e risollevare imprese con margini di recupero. Questo approccio sembra essere giustificato, tra le altre cose, anche dal fatto che il fallimento assume il ruolo di procedimento definitivo, tale da smantellare un'entità che fa parte del panorama economico nazionale, coinvolgendo diversi agenti degni di tutela. In particolare, dal punto di vista penale fallimentare, si deve sempre tener conto del ceto creditorio, essendo i diritti dello stesso, almeno secondo l'orientamento dominante, il punto centrale della disciplina in questione, la cui ratio è tendenzialmente quella di garantire la restituzione dei debiti assunti dall'impresa nel legittimo esercizio della propria attività. Negli ultimi anni, il legislatore pare aver

"attualizza" un'offesa già incarnata nella condotta. Medesima conclusione Pedrazzi²⁵, per cui i comportamenti tipizzati devono possedere una loro specifica idoneità a produrre quello squilibrio che sfocia nell'insolvenza e nella dichiarazione di fallimento; infatti, secondo l'Autore, il dolo deve necessariamente investire anche le conseguenze della condotta in ordine alla conservazione delle garanzie creditorie. Invece, Nuvolone²⁵ ha focalizzato la propria attenzione sul bene giuridico protetto, sostenendo che questo dovesse ravvisarsi nell'interesse di natura processuale del regolare svolgimento delle procedure concorsuali a soddisfacimento delle ragioni creditorie; dunque, le condotte incriminate, per poter possedere la lesività espressa nel modello legale, devono essere tenute in un periodo temporale definito come "zona di rischio penale" in cui l'impresa si trova in stato d'insolvenza. Da ciò, l'Autore poneva in luce l'irragionevolezza della parificazione, *quoad poenam*, di fatti che fossero causativi dell'insolvenza rispetto ai fatti di bancarotta commessi in momenti "neutri" rispetto al rischio di insolvenza e del tutto scollegati, causalmente, con il dissesto. G. FLORA, Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2012, 4, 894 - 896.

²⁶ U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, V Edizione, Milano, 2006, 129 s.

rivolto la propria attenzione ad un particolare istituto: il concordato preventivo. Chiaramente, tale smania riformatrice ha influenzato indirettamente anche le fattispecie di bancarotta. Infatti, un contesto alternativo che aiuti l'impresa in crisi a risollevarsi dalle sue sorti non può esimere il giudice dal comminare una sanzione penale qualora l'imprenditore concordatario, amministratore, direttore generale, sindaco o liquidatore²⁷ di società assoggettate al concordato preventivo si rendano responsabili di condotte penalmente rilevanti. Per questo motivo, il legislatore non ha lasciato impunito colui il quale ponga in essere, tra gli altri, uno dei fatti di bancarotta previsti dagli artt. 223 e 224 l. fall., in assenza di declaratoria fallimentare ma sulla scorta di un accertato stato di "insolvenza". L'art. 236, co. 2 l. fall. è l'esempio principale di questa spinta legislativa: attraverso questa disposizione, la disciplina penale del fallimento viene estesa alla procedura di concordato preventivo.²⁸ Nondimeno, seppur l'intento può definirsi pregevole e necessario, l'utilizzo della tecnica del rinvio ha creato non pochi problemi di coordinamento fra le varie fattispecie. In particolare, qui si tratta di rinvio plurimo, ossia per pervenire alla norma incriminatrice è necessario passare attraverso una catena di altre norme di rinvio, ciascuna delle quali richiama la successiva.²⁹ Per questa ragione, alcuni hanno

²⁷ La giurisprudenza considera possibili soggetti attivi anche i liquidatori di società in scioglimento ovvero quelli nominati nel concordato preventivo con cessione di beni ai fini della liquidazione del patrimonio del debitore (Cass. Pen., Sez. V, 11 aprile 2003 n. 22956, in Cass. Pen., 2004, 10, 1047); mentre esclude i liquidatori dei beni del concordato preventivo con cessio honorum di cui all'art. 182 l. fall. (Cass. Pen., Sez. Un., 30 settembre 2010 n. 43428, in Riv. it. di dir. proc. pen., 2011, 1, 333).

²⁸ L'art. 147 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha abrogato il Titolo IV della l. fall., che prevedeva la procedura di amministrazione controllata. Conseguentemente tutti i riferimenti alla stessa sono stati soppressi, dunque anche quelli dell'art. 236 l. fall., che rimane rivolto esclusivamente a quella relativa al concordato preventivo.

²⁹ In merito all'abuso del rinvio tra norme: L. CONTI, I reati fallimentari (II Ed.), cit., 28; N. MAZZACUVA, sub art. 236 l. fall., in Commentario Scialoja – Branca alla Legge Fallimentare, cit., 94 s. Si osserva che l'avvalersi di tale metodo provoca non pochi problemi a livello non solo interpretativo, ma soprattutto applicativo; si parla della disciplina in merito al soggetto attivo, elemento soggettivo ed oggettivo, condotta materiale, et similia, non sempre estensibile senza alcuna osservazione a casi diversi per il solo fatto che alcune previsioni vengono richiamate da altre norme incriminatrici, calate in un contesto differente e con vincoli legislativi non coincidenti. In realtà, c'è chi non ha mancato di sottolineare che di differenze sostanziali non si può parlare in quanto bene giuridico tutelato da entrambe le fattispecie (disciplina del concordato e norme penali fallimentari) è la tutela delle procedure concorsuali ed il buon andamento della giustizia. Nondimeno, tale affermazione diviene fallace qualora condividiamo un differente orientamento in merito all'oggetto giuridico dei reati di bancarotta, anche solo affermandone la plurioffensività. U. GUERINI, Fattispecie penali delle procedure diverse dal fallimento, in E. CARLETTI et al. (a cura di), Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento

proposto di limitare il rinvio soltanto agli elementi che definiscono la condotta punibile, escludendo tutti gli aspetti meramente formali o sostanziali che si riferiscono al fallimento.

Ad ogni modo, il primo problema che deve essere affrontato riguarda il soggetto attivo del reato. Perché viene escluso l'imprenditore individuale? Questo soggetto ben potrebbe rendersi responsabile di aver aggravato il dissesto, a maggior ragione che l'art. 224, n. 1 l. fall. fa espresso richiamo alle ipotesi di cui all'art. 217 l. fall., tra le quali figura l'aver aggravato il proprio dissesto non avendo chiesto il proprio fallimento o con altra grave colpa. Per quale ragione, dunque, lasciare impunte queste violazioni che, qualora si verificasse il fallimento, verrebbero sanzionate? Questo provoca un'evidente disparità di trattamento tra gli organi societari soggetti a duplice rimprovero ed imprenditori individuali i quali rispondono dei fatti di bancarotta soltanto all'interno della procedura fallimentare. Al fine di evitare una censura di costituzionalità, la dottrina ha tentato di colmare questa lacuna. La risposta fornita ruota intorno al maggior disvalore che i comportamenti in violazione della normativa penale fallimentare dovrebbero avere nel caso in cui vengano commessi da coloro i quali gestiscono imprese organizzate in forma societaria, rispetto a coloro i quali operano, invece, in imprese di più modeste dimensioni. Questo orientamento non convince, anche solo pesando al fatto che il bene giuridico protetto è il medesimo e viene lesa in entrambi i casi, per cui una tutela dovrebbe comunque essere approntata e non si può esentare un soggetto che pone in essere fatti di bancarotta per il solo fatto che l'impatto della sua condotta è minore se non opera all'interno di un contesto societario.³⁰ L'empasse dottrinale è

e nelle altre procedure concorsuali, in Giurisprudenza sistematica di diritto penale (diretto da) F. BRICOLA - V. ZAGREBELSKY, 1990, 563.

³⁰ Come Guerini nota, in questo caso la differenza risiederebbe solo sul piano del "grado" e non della "qualità", per cui la conseguenza dovrebbe essere quella di un differente trattamento sanzionatorio e non di punibilità in concreto. Inoltre, proprio il bene giuridico tutelato metterebbe in evidenza l'ingiustificata disparità di trattamento fra i due soggetti in questione. Si parla dell'art. 173 l. fall., applicabile esclusivamente alle imprese organizzate non in forma societaria; in questo modo creditori di un imprenditore individuale e creditori di una società verrebbero trattati in maniera diseguale anche se le situazioni in cui si trovano sono sostanzialmente le medesime. U. GUERINI, *Fattispecie penali delle procedure diverse dal fallimento*, op. cit., 567 ss.

In altre parole, le soluzioni fornite dalla dottrina sono le più diverse: da chi ha sostenuto che coloro i quali operano all'interno di società hanno obblighi e doveri che l'imprenditore individuale non ha; a chi ha affermato che le fattispecie penali previste dal secondo comma della norma in questione non sono

stato risolto dalla Corte Costituzionale, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 236, co. 2 n. 1 l. fall., in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui dichiara applicabili, nel caso di concordato preventivo, le disposizioni di cui agli artt. 223 e 224 l. fall. agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società e non anche agli imprenditori individuali.³¹

Anche per quanto riguarda le condotte, dobbiamo distinguere fra le varie ipotesi in cui, per propria colpa, l'agente abbia aggravato il dissesto. La questione ruota sempre intorno alla compatibilità della fattispecie oggettiva con la procedura concorsuale del concordato preventivo. Il richiamo effettuato dall'art. 224, n. 1 l. fall. non aiuta di certo a rendere più facilmente applicabile l'art. 236 del Regio Decreto, che, come detto, soffre l'utilizzo della tecnica del rinvio plurimo. In particolare, come ritenere applicabile anche al concordato preventivo l'ipotesi di aggravamento del dissesto per astensione dal richiedere il proprio fallimento? Si parla espressamente di fallimento, dunque sembra chiaro che tale ipotesi sia uno dei casi di limitazione in via interpretativa delle fattispecie applicabili alla procedura concorsuale in questione. La seconda ipotesi prevista dall'art. 217, n. 4 l. fall., invece, sembra compatibile con il concordato preventivo: "poiché l'aggravamento del dissesto si realizza con riferimento ad una grave colpa, se si superano positivamente le obiezioni di illegittimità della norma per violazione del principio di tassatività prospettata da autorevole dottrina (Nuvolone), essa sarà compatibile con la procedura di concordato preventivo"³². Il secondo comma dell'art. 224 l. fall. punisce l'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge ad amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori di società (in questo caso non dichiarate fallite, bensì) sottoposte alla procedura di concordato.

"ontologicamente" applicabili all'imprenditore individuale. Per il primo approccio vedi P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 232; per la seconda impostazione, invece: G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 994.

³¹ La Corte ha giustificato la propria scelta sulla base del fatto che l'estensione normativa ai fatti commessi anteriormente e posteriormente all'ammissione al concordato preventivo è preordinata alla conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori in vista dell'eventualità del loro non completo soddisfacimento. Cass. Pen., Sez. V, 29 settembre 1983 n. 10517, in *Giur. Fall.*, 1984, 5; Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 268 in Cass. Pen., 1989, 7, 1403.

³² U. GUERINI, *Fattispecie penali delle procedure diverse dal fallimento*, op. cit., 579.

Presupposti per l'apertura di tale procedura concorsuale sono lo stato di crisi e l'assenza di dichiarazione di fallimento. Come diremo nel corso del terzo capitolo di questo lavoro, il dissesto è generalmente equiparato allo stato di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall.; ma è possibile considerare equiparabili dissesto-insolvenza e lo status di cui all'art. 160 l. fall.? Secondo Autorevole dottrina, lo stato di crisi presupposto del concordato preventivo è sostanzialmente il medesimo dello stato di insolvenza presupposto al fallimento, e questo per tre ordini di ragioni: in primo luogo, il fatto che queste due procedure siano alternative; in secondo luogo, la possibilità di conversione da concordato a fallimento nel caso in cui si verificano determinate condizioni, tra cui quelle previste dall'art. 173 l. fall.; infine, lo stesso art. 160, u.c. suddetta legge impone di considerare come presupposto obiettivo di tale procedura quel medesimo stato di insolvenza posto a base del fallimento.³³ Tuttavia, non si può ritenere che l'insolvenza che viene in rilievo per le due procedure concorsuali abbia la medesima gravità, altrimenti sarebbe indifferente ricorrere all'una o all'altra e perderebbe senso la ratio legislativa di entrambe. Chiaramente, lo status giuridico - economico richiesto ai fini del concordato preventivo deve essere tale da spingere il giudice a ritenere meritevole di "salvataggio" l'impresa in crisi, omologando la procedura in esame.³⁴ Ma anche in questo caso non si deve travisare il concetto di "reversibilità", utilizzato da alcuni per scindere i due momenti; infatti, lo stato di insolvenza ex art. 5 l. fall. potrebbe anche essere sanabile, difettando dunque del criterio dell'assoluta irreversibilità. Si può ravvisare la differenza, secondo alcuni, nell'attualità dello stato di insolvenza: ai fini del fallimento, l'insolvenza deve essere imminente tale per cui è possibile legittimare la richiesta della dichiarazione di

³³ Il concetto di 'stato di crisi' è stato introdotto con la l. n. 80/2005, aprendo un complesso dibattito sul rapporto fra questi e lo stato di insolvenza. Per questa ragione, il legislatore è nuovamente intervenuto con il d.l. n. 273/2005 (convertito in l. n. 51/2005), il quale ha modificato nuovamente l'art. 160 l. fall. introducendo un ultimo comma, ai sensi del quale "Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

³⁴ A. BONSIGNORI, sub art. 160 l. fall., in Commentario Scialoja - Branca alla Legge Fallimentare, cit., 27 s. In realtà, a seguito delle riforme del 2005 - 2007, il termine 'preventivo' che accompagna il concordato sembra connotare diversamente lo stato di crisi, inteso come "una condizione economico-finanziaria del debitore non necessariamente coincidente con lo stato di insolvenza, potendo accedere allora al concordato anche l'imprenditore che si rovi in pericolo di insolvenza. Da questo punto di vista, è possibile dire che il concordato è (può essere) preventivo, in quanto previene (può prevenire) il manifestarsi dello stato di insolvenza." A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Bologna, 2012, 345.

fallimento; ai fini del concordato, invece, lo stato di crisi ricomprende anche il mero pericolo di insolvenza.³⁵ Al riguardo anche la Cassazione è intervenuta, cercando di trovare un compromesso fra i diversi orientamenti dottrinali; in particolare, la Corte ritiene che tra stato di crisi e stato di insolvenza intercorra un rapporto di genere a specie, comprendendo il primo "sia situazioni in cui l'impresa versa nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni in scadenza, sia situazioni di squilibrio irreversibile, sia situazioni in cui è agevolmente pronosticabile il verificarsi, nell'immediato, di uno di tali inconvenienti"³⁶. Dunque, presupposto oggettivo del concordato preventivo è una situazione in cui non è ravvisabile una continuità aziendale, ma neanche una situazione caratterizzata da insolvenza.

Conseguentemente, dobbiamo chiederci se sia possibile sostituire la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità con la domanda di ammissione al concordato. In particolare, la questione ruota intorno a due opzioni: considerare, ai fini della consumazione del reato di bancarotta societaria o della sua punibilità, sufficiente l'introduzione della procedura di concordato preventivo con il decreto di apertura ex art. 163 l. fall., ovvero se occorra la chiusura della procedura con una sentenza di omologazione passata in giudicato. Al riguardo dottrina e giurisprudenza hanno dato soluzioni differenti: da un lato, la giurisprudenza risalente³⁷, ribadendo il ruolo di elemento costitutivo (ovvero evento nelle fattispecie che qui ci interessano) del reato della dichiarazione di fallimento, ha esteso tale qualifica al decreto del Tribunale con il quale si ammette il concordato preventivo; dall'altro, la dottrina³⁸,

³⁵ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, 353. Gli Autori parlano, in merito all'attualità dell'insolvenza, di 'oggettiva probabilità' di non riuscire ad adempiere, nel breve periodo, le obbligazioni assunte.

³⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009 n. 24468, in CED Cass., rv. 243587.

³⁷ Tribunale di Sulmona, 7 maggio 1991, in *Giur. merito*, 1992, 663. Concorde anche parte della dottrina, che ravvisa nel decreto di apertura ex art. 163 l. fall. la condizione di punibilità del reato in esame; vedi U. GUERINI, *op. cit.*, 588. Secondo questo orientamento, dunque, la responsabilità penale trova il proprio fondamento nella procedura di concordato preventivo, essendo completamente svincolata al fallimento. In tal senso, anche un successivo risanamento del dissesto, dovuto alla buona riuscita della procedura concorsuale, non farebbe venir meno la responsabilità penale in capo ai soggetti che si sono resi responsabili di fatti incriminanti durante la procedura stessa.

³⁸ S. SATTA, *Sull'interpretazione dell'art. 236 Legge Fallimentare*, in *Riv. it. di dir. pen.*, 1952, 596 s.; P. NUVOLONE, *Reati in materia di fallimento, sub Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVI, Milano, 1958, 501; G. Ferri, *Sulla interpretazione dell'art. 236 secondo comma n. 1 della Legge sul fallimento*, in *Riv. it. di dir. pen.*, 1952, 735.

invece, ha ritenuto che un'interpretazione letterale della norma avrebbe portato a sciogliere questa questione, limitando l'applicabilità dell'art. 236 l. fall. soltanto ai fatti commessi durante la procedura, difettando altrimenti la condizione di punibilità del fallimento, non ravvisabile nel concordato preventivo. Seguendo quest'ultimo orientamento, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in merito al presunto contrasto con il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 della Cost., questione però dichiarata infondata dalla stessa Corte³⁹.

Sulla base di queste argomentazioni, come definire il dissesto rilevante ai fini della bancarotta semplice societaria? Si parla di un dissesto che viene aggravato dalle condotte poste dagli agenti in violazione degli obblighi ad essi imposti dalla legge. In questo caso, il peggioramento dello stato economico - giuridico dell'impresa non riguarderà una situazione per cui sia necessario il fallimento, bensì una situazione che vede la presenza di condizioni per il recupero dell'impresa stessa. Per queste ragioni, le condotte penalmente rilevanti saranno quelle riferibili alle operazioni di cui agli artt. 167 e 173 l. fall., ossia quelle che si inseriscono all'interno della procedura concorsuale, dopo che il giudice ha ammesso il concordato preventivo.⁴⁰ Condizione obiettiva di punibilità sarà, come sostenuto dalla dottrina, la dichiarazione di fallimento, susseguente alla revoca del decreto di ammissione al concordato. In particolare, le condotte di aggravamento del dissesto possono essere rinvenute negli atti in frode di cui all'art. 173 l. fall., che giustificano l'apertura, a seguito di avviso da parte del commissario giudiziale, del procedimento per la revoca. Le operazioni rilevanti devono essere intese quali condotte in violazione degli obblighi previsti dalla legge; nel caso di apertura della procedura di concordato preventivo, tali obblighi

³⁹ Corte Cost., 16 maggio 1989 n. 268, cit.

⁴⁰ Non è mancato chi ha sostenuto che, condividendo la tesi per cui i fatti di bancarotta rilevanti sono soltanto quelli accaduti nel corso della procedura concorsuale, si finisce per abrogare parzialmente in via interpretativa la previsione di cui all'art. 236, co. 2 l. fall. Tale opinione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica della normativa fallimentare, per cui aver previsto che i fatti rilevanti ai fini dell'integrazione degli artt. 223 e 224 l. fall. sono quelli verificatisi prima della dichiarazione di fallimento spinge a considerare estesa tale previsione anche al concordato preventivo, essendo le due norme espressamente richiamate. Ovviamente, questo assunto è condivisibile o meno sulla base della posizione assunta in merito agli elementi della bancarotta societaria che possono dirsi applicabili anche al caso di procedura concorsuale alternativa. G. LO CASCIO, op. cit., 995.

sono quelli di ordinaria e straordinaria amministrazione⁴¹ dei beni durante la procedura stessa da parte dell'imprenditore concordatario ovvero degli altri soggetti preposti alla società.⁴² Tuttavia, persistono dubbi in merito alla incriminazione di queste condotte in un contesto che abbiamo definito parzialmente differente da quello prefigurato dal legislatore nell'art. 224 l. fall. Infatti, un conto è punire condotte di diminuzione della garanzia patrimoniale di una società "insolvente", intesa nel senso di presupposto del fallimento; un altro è punire con la stessa severità le medesime condotte, ma inserite in un contesto diverso, ossia quello di una società "in crisi", per cui gli interessi creditori non sono ancora posti in concreto pericolo. È opportuno ricordare che la bancarotta semplice societaria richiede, ai fini dell'integrazione del reato, l'esistenza di un nesso di causalità fra i fatti di bancarotta e lo stato di dissesto od il suo aggravamento, e non lo stato di crisi. Non essendo, in altre parole, equiparabili i momenti del dissesto e della crisi, essendo il primo più incisivo del secondo, non si può neanche ritenere ammissibile un'ingiustificata estensione della rilevanza penale delle condotte di bancarotta semplice societaria per aggravamento del dissesto al semplice peggioramento di uno stato di crisi. Per questa ragione, si deve ritenere che l'art. 224, n. 2 l. fall. operi soltanto nel caso in cui, comunque, un dissesto (così come lo definiremo nel capitolo terzo di questo lavoro) si sia verificato.⁴³ Una soluzione a tale problema applicativo è stata proposta

⁴¹ Ai sensi dell'art. 167, co. 1 l. fall., durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Per quanto riguarda, in particolare, la straordinaria amministrazione, i limiti sono quelli posti dal medesimo articolo al comma 2.

⁴² In proposito, è opportuno ricordare che, a seguito della riforma del 2005 - 2007, il concordato preventivo ha subito una sorta di 'privatizzazione'; con questo termine si intende far riferimento all'accresciuto ruolo sia del debitore che dei creditori nella procedura in esame. Infatti, il legislatore ha lasciato maggior autonomia alle parti nella gestione della situazione di crisi, riducendo l'intervento degli organi della procedura. Alcuni parlano di "accentuata contrattualizzazione" del concordato preventivo, la quale trova le sue basi nella modica della disciplina riguardante l'accesso alla procedura, il contenuto del piano, l'estensione del giudizio di omologazione e la legittimazione a richiedere la risoluzione del concordato stesso. A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, 346.

⁴³ Altro profilo rilevante è quello dell'accertamento dei fatti di bancarotta in un contesto concordatario. Sarebbe opportuno, al riguardo, che il legislatore fallimentare dia delle direttive che orientino il giudice penale, a maggior ragione nel caso di trasformazione per inadempimento della procedura in fallimento ai sensi dell'art. 186, co. 3 l. fall., la quale non richiede necessariamente la verifica che le difficoltà finanziarie si inquadrino nella nozione di insolvenza. Dunque, ex art. 236, co. 2 n. 1 l. fall. ben potrebbe essere possibile che uno fra i soggetti indicati dall'art. 224 suddetta legge venga considerato

da Castiello d'Antonio⁴⁴, il quale, sulla base di un'interpretazione letterale - sistematica, ha dato rilievo alla terminologia utilizzata dal legislatore. Sulla base di questa argomentazione, non è possibile equiparare il dissesto di cui all'art. 217, n. 4 con quello richiamato dall'art. 224, n. 2 l. fall.; questo perché, per quanto riguarda la prima ipotesi, il termine usato è "stato di dissesto" che richiama fonicamente lo stato di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall.; mentre, nel secondo caso è richiesto un nesso causale con il semplice dissesto, che mostra, quindi, una sorta di *quid minoris* rispetto al primo termine. Conseguentemente, è possibile estendere l'incriminazione per bancarotta societaria semplice anche qualora si verifichi un mero stato di crisi ricollegabile alla violazione degli obblighi imposti dalla legge da parte di amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori di società in concordato preventivo. Tuttavia, non il mero stato di crisi legittima un'incriminazione in tal senso, bensì sarà necessario che il giudice accerti che la crisi societaria sia caratterizzata da una particolare gravità, ossia la procedura concorsuale si sia aperta su uno stato di dissesto già in atto.

Nondimeno, intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, non tutti i fatti di bancarotta intervenuti nel corso della procedura possono dirsi penalmente rilevanti; sarà necessario che un nesso eziologico fra questi e l'aggravamento dello stato di dissesto vi sia stato. Ma come valutare *ex post* se i presupposti oggettivi e soggettivi della fattispecie di bancarotta semplice societaria sono stati integrati? Primariamente è necessario distinguere, anche alla luce delle recenti riforme che hanno teso "privatizzare" la procedura di concordato preventivo, l'incidenza del piano *ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.* ovvero dell'accordo omologato *ex art. 182 bis l. fall.*⁴⁵

penalmente responsabile per aver violato gli obblighi ad esso imposti dalla legge, ma che non hanno causato alcun aggravamento del dissesto, ma semplicemente un peggioramento dello stato di crisi già in atto. R. BRICCHETTI - F. MUCCIARELLI - G. SANDRELLI, sub art. 236 l. fall., in *Il nuovo diritto fallimentare*. Vol II (diretto da) A. JORIO, Bologna, 2010, 2744 s.

⁴⁴ A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Profili penali delle procedure concorsuali diverse dal fallimento*, cit., 1370.

⁴⁵ Sulla comprensione fra le ipotesi di concordato preventivo soggette all'art. 236 l. fall. non vi è unità di vedute. In particolare, Alessandri ritiene che l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis l. fall. non rientri fra le ipotesi di concordato preventivo, differenziandosi in modo netto dalla previsione dell'art. 160 suddetta legge. Questo per diverse ragioni: in primo luogo, i criteri e la tipologia di maggioranza richiesta per raggiungere l'accordo, che rendono la procedura in questione maggiormente "privatizzata" rispetto a quella che possiamo definire tradizionale; in secondo luogo, il debitore esaurisce il proprio ruolo nella nomina di un esperto per il giudizio sulla "attuabilità" dell'accordo, mentre l'autorità giudiziaria limita il proprio operato ad un vaglio di regolarità dell'accordo

sui comportamenti degli agenti, che per la sola conclusione di questi rapporti non vuol dire non siano punibili. A tal fine, il giudice dovrà valutare la "ragionevolezza" ed "idoneità" del piano, ovvero la "attuabilità" dell'accordo, con un giudizio, necessariamente ex ante ed a prognosi postuma, in merito alla presenza della condizione dalla quale la legge fa dipendere la non applicabilità della norma incriminatrice.⁴⁶ Chiaramente il controllo successivo, per quanto possa allontanarsi dai criteri generali di accertamento della responsabilità penale nel caso di specie, è necessario, non potendo lasciare alla quasi totale e sempre più crescente autonomia delle parti il vaglio di punibilità.⁴⁷ La domanda seguente è: quanto a fondo può scendere il giudice penale, o meglio fino a che punto deve spingersi la valutazione di meritevolezza della incriminazione? La risposta varia in base al tipo di omologazione che sta a supporto della procedura successivamente sfociata in fallimento. In primo luogo, il Tribunale potrebbe aver provveduto all'omologazione con una semplice ratifica dell'accordo redatto dalle parti; in questo caso sarà necessario un più attento

redatto fra le parti, non potendo neanche nominare un commissario della procedura; infine, le regole da applicarsi non possono essere quelle a presidio del concordato preventivo, essendo le due procedure sostanzialmente differenti. Questo non implica che una sanzione penale non venga comminata qualora l'agente si renda responsabile di una delle condotte incriminate ed il reato venga integrato in tutti i suoi elementi; tuttavia, in questo caso, l'accertamento non si inserirà all'interno della procedura concorsuale di cui all'art. 182 bis l. fall., bensì in un procedimento nuovo che trova la sua origine nella dichiarazione di fallimento. Esempio è proprio l'art. 217, co. 1 n. 4 l. fall., la cui applicazione potrebbe essere dovuta nel caso in cui l'accordo non fosse stato altro che un espediente per ritardare la dichiarazione di fallimento stessa. A. ALESSANDRI, Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 1, 123 s.

⁴⁶ Ragionevolezza, idoneità ed attuabilità dovranno essere valutate sulla base dei criteri posti dalla legge a presidio di queste due figure dagli artt. 67, co. 3 lett. d) e 182 bis l. fall.

⁴⁷ Il vaglio di punibilità non può essere omesso neanche nel caso di accordo di ristrutturazione dei debiti, nonostante lo stesso richieda la validazione giudiziale in merito alla sua fattibilità. Sicuramente si potrebbe pensare che la possibile incriminazione postuma disincentivi l'utilizzo della procedura concorsuale, ma così non è in quanto il soggetto non sarà portato a considerare rilevante nella sua scelta la severità della comminatoria penale, quanto le tipologie di comportamento che egli stesso ha tenuto e se queste rientrano nelle fattispecie di bancarotta qui in esame. È chiara, tuttavia, la lacuna legislativa che deve essere necessariamente sanata in via interpretativa; si devono contemperare due opposte esigenze: da un lato, individuare in modo più obiettivo possibile i comportamenti incriminabili anche successivamente all'apertura delle procedure, potendo comunque intervenire la successiva dichiarazione di fallimento; dall'altro, evitare meccanismi che esonerino i soggetti che si sono resi responsabili di fatti di bancarotta dalla relativa responsabilità penale per il solo fatto di essere ricorsi ad una procedura concorsuale alternativa al fallimento e averne ottenuto l'ammissione. F. MUCCIARELLI, Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economica*, 2009, 4, 854 s.

esame in sede di accertamento della responsabilità penale, non avendo il giudice posto in essere alcuna valutazione preliminare sulla fattibilità dell'accordo. Una seconda ipotesi potrebbe essere quella per cui il giudice ha vagliato l'accordo prima della sua omologazione, ma tale operazione si è limitata alla completezza, coerenza, ragionevolezza ed idoneità dell'accordo, ma non alla veridicità di quanto statuito nel piano; in sede penale sarà necessario, quindi, implementare soltanto quest'ultimo aspetto. Infine, potrebbe sussistere il caso in cui il Tribunale ha sfruttato i propri poteri istruttori, estendendo la propria valutazione anche alla veridicità dei dati aziendali; in questo scenario si potrebbe pensare che un successivo controllo possa ledere l'autorità dei giudici che hanno agito in prima istanza, ma così non è in quanto, in sede di omologazione, i profili penali con gli annessi accertamenti probatori non saranno tendenzialmente stati considerati.⁴⁸ Questo discorso non deve, tuttavia, prescindere dalla verifica dell'esistenza di un elemento fondamentale, la cui assenza determina l'impossibilità di muovere qualsiasi rimprovero a titolo di bancarotta semplice societaria: la colpevolezza. In particolare, il giudice deve sempre valutare se l'agente ha agito in violazione degli obblighi ad esso imposti dalla legge considerando il piano o l'accordo come idonei al perseguimento dello scopo normativamente fissato, quindi capaci di evitare la dichiarazione di fallimento della società. In altre parole, qualora il nesso psicologico fra fatti di bancarotta e aggravamento del dissesto sia inficiato da un errore sulla valutazione dell'idoneità del piano o dell'accordo da parte del soggetto attivo, il reato di cui all'art. 224, n. 2 l. fall. non potrebbe dirsi integrato, eccetto per il caso in cui lo stesso errore non abbia natura colposa.

3. I reati di bancarotta

Prima di approfondire la trattazione degli elementi del reato e le questioni in merito all'accertamento dello stesso, anche se dal punto di vista della spinta riformatrice che ha investito le procedure concorsuali è stato già fatto, è opportuno un breve excursus sui reati di bancarotta, al fine di comprendere il contesto e le

⁴⁸ F. MUCCIARELLI, Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali, cit., 856 - 858.

principali problematiche che riguardano la fattispecie di aggravamento del dissesto, argomento centrale di questo lavoro.

“La figura della bancarotta costituisce il più classico reato fallimentare”⁴⁹; tuttavia, non vi è una nozione univoca del reato in esame, bensì è possibile individuare due filoni dottrinali. Da una parte, c'è chi ritiene che esso sia costituito dal “complesso degli atti di dolo o di colpa per presunzione di legge determinanti od aggravanti il fallimento”⁵⁰; dall'altra, alcuni Autori vedono il reato nel fatto stesso del fallimento e definiscono la bancarotta come “la caduta in fallimento di un commerciante, preceduta o seguita da circostanze di colpa o di dolo specificatamente designate dalla legge”⁵¹. La differenza fra queste due posizioni consiste nella qualificazione della presunzione: la prima è di natura oggettiva, mentre la seconda di natura soggettiva. Il primo elemento in comune individuabile tra queste teorie risiede proprio nella prima critica che può essere mossa alle stesse, i.e. nell'ammissione dell'esistenza di una presunzione: la prima del nesso causale fra il fatto colposo e l'evento, la seconda della colpa.⁵² Contrariamente, Alfredo Rocco⁵³ rigettava sia l'accostamento del reato al fatto di bancarotta sia al fallimento, affermando che il reato stesso fosse “quel complesso di atti non individualmente determinati, né singolarmente accertati, la cui esistenza fosse presunta in base al fatto di bancarotta”. Discostandosi da queste teorie, sembra potersi accogliere la proposta di Delitala⁵⁴, il quale definisce il reato di bancarotta come “l'offesa arrecata dal debitore alle ragioni dei creditori, ora col renderne frustranea l'esecuzione (danno effettivo), ora col frapporvi illeciti ostacoli (danno parziale effettivo e danno potenziale presunto), ed attuata mediante la violazione di particolari doveri a lui imposti”. Questo perché l'ultima definizione sembra l'unica a tenere in considerazione la ratio del dettato normativo, in particolare l'intenzione del legislatore, nel formulare la

⁴⁹ F. ANTOLISEI, op. cit., 18.

⁵⁰ S. LONGHI, Bancarotta ed altri reati in materia commerciale, in Enciclopedia del Diritto Penale Italiano. Vol. XIV, (a cura di) E. PESSINA, Milano, 1913, 484.

⁵¹ G. BONELLI, Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio). Vol. III, Milano, 1939, 307.

⁵² G. DELITALA, op. cit., 721.

⁵³ A. ROCCO, Il fallimento: teoria generale ed origine storica, cit., 114 - 127.

⁵⁴ G. DELITALA, op. cit., 724.

disciplina fallimentare, di tutelare il diritto dei creditori a veder soddisfatte le proprie pretese lese dal comportamento illegittimo del debitore insolvente.⁵⁵

Tantomeno il Regio Decreto n. 267 del 1942 fornisce una definizione di bancarotta, ma disciplina al Titolo VI le disposizioni penali in merito alla materia fallimentare. Il legislatore del '42 ha individuato differenti qualificazioni del reato di bancarotta: dipendentemente dal soggetto attivo, distinguiamo fra bancarotta propria e bancarotta impropria; dipendentemente dal momento consumativo, si può avere bancarotta prefallimentare ovvero post-fallimentare; ed infine, dipendentemente dalla condotta, si possono configurare le fattispecie di bancarotta patrimoniale, documentale o preferenziale. Distinzione di difficile categorizzazione è quella fra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice; al riguardo, importante pare essere la clausola di sussidiarietà che apre l'art. 217, co. 1 l. fall., "fuori dai casi preveduti dall'articolo precedente", il cui ruolo è in prima istanza quello di evitare un concorso formale tra le due ipotesi di bancarotta, assegnando a quella semplice carattere residuale. Tra gli Autori che apprezzano la scelta del legislatore vi è Cesare Pedrazzi, il quale sostiene che una semplificazione della figura in termini di causazione od aggravamento colposo del dissesto avrebbe comportato un'indiscriminata criminalizzazione dello stesso rischio d'impresa.⁵⁶ Tale impostazione non è stata unanimemente condivisa dalla dottrina; in particolare, Francesco Antolisei giunse alla conclusione che le due figure in esame fossero state delineate dalla legge fallimentare con metodo casistico, riscontrando il problema di una eccessiva eterogeneità e frammentarietà.⁵⁷ Altra importante differenza fra le due figure delittuose è la configurabilità della sola bancarotta prefallimentare per l'ipotesi di

⁵⁵ Tesi non unanimemente condivisa, ma maggioritaria. Questo argomento verrà approfondito nel prosieguo del paragrafo.

⁵⁶ C. PEDRAZZI, sub art. 217 l. fall., op. cit., 136. Nello stesso senso F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, Napoli, 1962, 4.

⁵⁷ "Francesco Antolisei ha da sempre sollevato critiche allo sbrigativo sistema, che non è certo impeccabile dal punto di vista della tecnica legislativa, perché, lamenta il Maestro, la formula che ne è derivata potrebbe far pensare che per la sua applicazione basti sostituire al termine "imprenditori" i termini "amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori" e al fallimento individuale il fallimento della società. Così non è: nella bancarotta impropria è diverso anche l'oggetto materiale del reato, in quanto l'attività criminosa non deve svolgersi, come nella bancarotta propria, sui beni propri (del fallito), bensì sui beni della società nella quale l'agente esercita funzioni di gestione o controllo". F. ANTOLISEI, op. cit., 200.

bancarotta semplice, mancando una specifica clausola di estensione della sanzione penale anche a quella postfallimentare ed avendo il legislatore disegnato soltanto condotte che possono configurarsi in un momento successivo a quello di definitiva decozione.

La bancarotta semplice è regolata dall'articolo 217 l. fall. Se a tenere le condotte descritte dal numero 1 al numero 5 del co. 1, le quali rientrano nella bancarotta patrimoniale, ovvero le condotte di cui al co. 2, descrittive della bancarotta documentale, è stato un imprenditore individuale, si configura il caso di bancarotta semplice propria; mentre, l'articolo 224 l. fall. disciplina la bancarotta semplice impropria o societaria, ossia quella posta in essere da soggetti qualificati, in particolare amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società di persone o di capitali dichiarate fallite.⁵⁸ Tuttavia, la classificazione come l'accertamento dei reati di bancarotta non è così semplice come può apparire. In realtà, una prima fondamentale domanda da porsi è: qual è l'oggetto della tutela? Cosa la bancarotta vuole garantire? In merito vi è una nutrita dottrina non concorde.

3.1. Oggettività giuridica

Il principale contributo dottrinale, le cui critiche hanno dato vita ad una copiosa letteratura in tema di oggettività giuridica della bancarotta, è stato fornito da Pietro Nuvolone⁵⁹, eminente giurista ed allievo di Giacomo Delitala. L'Autore parte dalla considerazione che il fallimento deve essere considerato come un processo di esecuzione forzata, secondo quanto affermava all'epoca la dottrina prevalente.⁶⁰ Seguendo tale ragionamento si giunge ad affermare che le disposizioni fallimentari hanno ad oggetto la tutela della realizzazione delle procedure concorsuali⁶¹, quindi la massima soddisfazione delle ragioni creditorie compatibilmente con l'interesse

⁵⁸ C. MARINI, La bancarotta semplice impropria (art. 224 legge fall.), in *Reati in materia economica*, (a cura di) A. ALESSANDRI, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*. Vol. VIII, (diretto da) F. PALAZZO - C. E. PALIERO, Torino, 2012, 423. La bancarotta semplice impropria o societaria sarà oggetto di trattazione nel Capitolo 2.

⁵⁹ P. NUVOLONE, op. cit., 18 - 27.

⁶⁰ Tra gli altri, Nuvolone cita Azzolina, Candian, Carnelutti, De Semo, Provinciali e Satta. A tale posizione si contrapponeva la tesi essenzialmente privatistica sostenuta dalla dottrina precedente, per esempio dal Bonelli. P. NUVOLONE, op. cit., 18.

⁶¹ Nuvolone chiarisce che anche per quanto riguarda il concordato preventivo e l'amministrazione controllata si può parlare di procedure concorsuali. Cfr. nota 59.

pubblicistico del concorso paritario. "Questo scopo si attua col sancire determinati obblighi di conservazione e di veridicità della documentazione contabile, perché i creditori o chi per essi possano rinvenire i beni disponibili e ripartirli secondo i criteri della legge."⁶²

Secondo quanto si è detto nel primo paragrafo di questo capitolo, la fonte dell'istituto fallimentare può essere rinvenuta nell'art. 2740 c.c.; tuttavia, dipendentemente dall'approccio utilizzato si può giungere a conclusioni differenti. Continuando a seguire il ragionamento di Nuvolone, il dovere di adempiere in capo al debitore è in prima istanza il dovere di non compiere atti che rendano impossibile l'adempimento. A questo fine, il creditore, avendo diritto all'adempimento, ha anche il diritto di cautelarsi contro il pericolo di inadempimento, quindi un diritto sui beni del debitore diversi da quelli oggetto dell'obbligazione sorge solamente in conseguenza dell'inadempimento: o come mezzo di esecuzione coattiva dell'obbligazione o come mezzo per ottenere il risarcimento del danno. Si può concludere che "il creditore non ha un diritto di garanzia sui beni del debitore, ma solo la facoltà di servirsi di determinati mezzi giuridici per non restare privato del suo avere."⁶³

Prima che l'inadempimento si sia verificato, non può sussistere alcuna pretesa creditoria; essi hanno solo il diritto di esercitare alcune azioni di carattere cautelare. Essendo l'inadempimento identificato nel fallimento, prima ancora della dichiarazione di questo non vi sarà dunque possibilità di esercitare un diritto di garanzia. Questo è il caso dei reati prefallimentari, tra cui spicca la bancarotta, per cui la punibilità è subordinata al verificarsi delle condotte in un lasso temporale definito zona di rischio penale. Al verificarsi dell'inadempimento non si può tantomeno parlare di diritto di garanzia, in quanto da questo momento nasce un nuovo diritto dei creditori sui beni rimanenti.

Non si può, inoltre, negare che il diritto fallimentare tuteli anche il diritto di credito; tuttavia, è necessario chiarire che tale garanzia non deve essere intesa come individuale, ossia di ciascun creditore considerato come singolo, ma da un punto di vista collettivo: interesse pubblicistico al massimo soddisfacimento di tutti i creditori

⁶² Ibidem, 19.

⁶³ Ibidem, 22.

secondo i criteri della par condicio. Da questo si desume che "l'interesse giuridico immediatamente leso è un interesse pubblicistico - processuale"⁶⁴. Questo non esclude che interesse tutelato sia anche quello patrimoniale, ma la sua garanzia è soltanto mediata rispetto a quella pubblicistico - processuale, considerata centrale. Questa tesi è sostenuta da diversi elementi, tra cui il fatto che i reati commessi durante la procedura fallimentare si caratterizzano come atti non autorizzati di disposizione dei beni costituenti sottrazione dei medesimi ad un vincolo processuale. Lo stesso ragionamento può essere svolto per i reati prefallimentari, essendo questi equiparati a livello di identità di fattispecie con quelli fallimentari. Altro importante argomento è la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento (che sarà oggetto di più approfondita trattazione nel capitolo 3), in quanto, assumendo che questa sia una condizione intrinseca, la punibilità non è subordinata alla lesione di un interesse patrimoniale bensì di un interesse processuale.

Per concludere il punto vista di questo Autorevolissimo Giurista, egli stesso chiarisce che "oggetto generico di tutte le norme penali propriamente concorsuali è pertanto l'interesse processuale all'attuazione dei fini delle procedure concorsuali, consistenti nella ripartizione di tutto l'attivo secondo i criteri della par condicio: in altre parole è il processo esecutivo concorsuale. I reati corrispondenti sono, quindi, reati contro l'amministrazione della giustizia".⁶⁵ Nonostante tale presa di posizione, Nuvolone stesso pone in luce un'eccezione: i reati che concernono la documentazione contabile dell'impresa.⁶⁶ Per queste previsioni, l'interesse direttamente tutelato è quello patrimoniale, in particolare la garanzia della consistenza patrimoniale; interesse mediato è quello processuale, in quanto tale garanzia si sostanzierà nella equa ripartizione del preservato attivo fra i creditori.⁶⁷

⁶⁴ Ibidem, 25.

⁶⁵ Ibidem, 27.

⁶⁶ Nuvolone sottolinea l'importanza rivestita dai reati di falso all'interno della categoria dei reati documentali. I primi si distinguono ulteriormente tra falsi reali, in cui la cosa falsificata rappresenta la realtà primaria e quindi ha un suo valore autonomo, ed i falsi strumentali, in cui la cosa falsificata è un bene secondario, che serve alla prova della realtà primaria. Per quanto concerne la materia dei reati concorsuali, viene in considerazione questa seconda categoria di falsi.

⁶⁷ Parte della dottrina ritiene che ulteriore eccezione sia quella che riguarda i falsi strumentali, per i quali l'oggetto dell'offesa è la pubblica fede. L'Autore chiarisce in merito che non può ritenersi ammissibile una tale impostazione in quanto la ragione ultima dell'incriminazione non può stare nel solo fatto dell'inganno, essendo la pubblica fede offesa anche in assenza di un falso punibile. Quindi,

L'Autore, inoltre, non si ferma ad un esame generale dell'oggetto della bancarotta, ma sottolinea come alcune fattispecie, nonostante siano inserite fra i reati concorsuali, non possiedono le caratteristiche tipiche degli stessi e a tal fine sarebbe opportuno definirli come reati impropriamente concorsuali. Ai fini di questa trattazione, rilevano in particolare i reati di cui agli artt. 223, co. 2 nn. 1 e 2 e 224, n. 2 l. fall.; in questi casi l'oggettività giuridica non riguarda più l'interesse processuale. Tenendo sempre presente quale bene la legge vuole tutelare attraverso quella specifica previsione incriminatrice, il fine ultimo dell'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. può rinvenirsi nel "complesso di interessi che confluiscono nelle società commerciali e che giuridicamente vengono qualificati nel linguaggio del codice penale dal denominatore pubblica economia". Mentre le fattispecie previste dagli artt. 223, co. 2 n. 2 e 224 n. 2, identificandosi l'illecito nella causazione dell'insolvenza o del suo aggravamento e non avendo questa carattere di presupposto come per gli altri reati concorsuali, possono qualificarsi come reati contro la pubblica economia.

Come precedentemente affermato, moltissime critiche sono state mosse alla tesi sostenuta da Nuvolone, il cui pregio è stato anche quello di creare una copiosa letteratura in merito. Uno dei pareri più autorevoli è quello di Giuliani – Balestrino⁶⁸, il quale parte dalla considerazione che il credito commerciale ha peculiari caratteristiche che non permettono l'assimilazione con il credito tradizionale, avendo il primo natura concorsuale. Nondimeno, la critica più rilevante mossa dall'Autore riguarda il punto centrale della teoria del Nuvolone: la considerazione dei creditori quale massa e non quali singoli soggetti aventi un diritto di credito. A tal riguardo, Giuliani - Balestrino ribadisce che accogliendo tale impostazione si finirebbe con il

qual è il fine ultimo del reato di falso? Essendo l'oggetto della tutela l'interesse al cui soddisfacimento l'atto è predisposto nel sistema dell'ordinamento giuridico, non è possibile dare una definizione unitaria per quanto riguarda questa tipologia di reato, ma occorre esaminare la fattispecie caso per caso. Tuttavia, tenendo in considerazione la distinzione tra falso reale e falso strumentale e l'analisi della fattispecie di falsificazione dei documenti contabili (per la distinzione fra falso reale e falso strumentale e l'utilizzo del "mezzo" della falsificazione in merito alla definizione dell'oggetto del reato si rimanda a P. NUVOLONE, op. cit., 34 - 36) , non tralasciando quanto detto in merito all'oggetto generico dei reati concorsuali, Nuvolone conclude che anche l'interesse nel reato di falso è quello processuale inerente all'accertamento della verità sulla situazione patrimoniale dell'impresa e sui relativi movimenti contabili ai fini della ripartizione di tutto l'attivo secondo i criteri della par condicio creditorum.

⁶⁸ U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit., 179 - 182.

rendere non punibile la causazione dell'insolvenza, "perché fino a quando non vi è insolvenza i creditori non possono essere considerati come massa; viceversa, quasi tutti i fatti più gravi di bancarotta sono anteriori al sorgere dell'insolvenza e anzi ne sono la causa". In aggiunta a ciò, le premesse del Nuvolone sembrano contrastare con le ragioni argomentative utilizzate dallo stesso: ammettendo che la bancarotta patrimoniale può consistere anche nella dissipazione di beni personali del fallito e riconoscendo il differente trattamento riservato ai creditori danneggiati da quelli non danneggiati ex art. 240 l. fall., le norme incriminatrici in questione paiono tutelare interessi ben più estesi del semplice funzionamento delle procedure concorsuali. Da queste considerazioni, che secondo Giuliani – Balestrino lo stesso Nuvolone condivide, si può giungere ad una conclusione completamente differente: il reato di bancarotta si configurerebbe come delitto contro il patrimonio. E questa risulta essere la tesi prevalente sia attualmente sia prima dell'entrata in vigore del R.D. del 16 marzo 1942 n. 267 e, dunque, con riguardo alle norme incriminatrici del Codice di Commercio del 1882.

Per esempio, Delitala⁶⁹ parte dalla considerazione che il mezzo di tutela normale dei diritti di credito sia la realizzazione patrimoniale e questa può avvenire soltanto se il debitore possiede i beni necessari a soddisfarla; dunque, i creditori hanno un interesse alla conservazione del valore ed alla ostensibilità del patrimonio del debitore. Tuttavia, tale pretesa deve necessariamente rapportarsi al diritto di proprietà del debitore, il quale deve possedere la facoltà di gestire ed usufruire dei propri beni. La tutela delle pretese creditorie è strutturata differentemente se il soggetto agente è un debitore commerciante o no; in particolare, il trattamento sarà differente per una serie di ragioni: il ricorso al credito per un non commerciante è considerato un'eccezione; il commerciante è obbligato a tenere una determinata condotta contabile; ed infine la tutela del credito nei confronti del commerciante deve assicurare anche la par condicio creditorum. Da tali premesse la conclusione appare scontata all'Autore, ossia il fallimento tutela "i diritti di credito che insistono, per così dire, sul patrimonio del debitore, ma poiché interessa allo Stato di assicurare un ordinato svolgimento del credito commerciale, quel soddisfacimento ha luogo col

⁶⁹ G. DELITALA, op. cit., 835 - 845.

rispetto del diritto di pari trattamento. L'interesse dello Stato influisce perciò sul modo di essere della tutela, ma non ne costituisce, esso stesso, l'oggetto"⁷⁰.

Molti altri Autori, con riferimento alle fattispecie previste dalla Legge Fallimentare attuale, hanno seguito questa impostazione partendo da premesse più o meno comuni e giungendo alla medesima conclusione, seppur diversificandosi anche all'interno di questa⁷¹. Anche la Relazione Ministeriale al R.D. n. 267 del 1942 sembra dare un'indicazione in merito: "la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori"⁷². Tuttavia, anche tale asserzione può destare alcuni dubbi che possono essere dissipati proseguendo nella lettura; in particolare, riferendosi agli artt. 236 e 237 l. fall., il Ministro Guardasigilli Grandi evidenzia che l'intenzione del testo normativo è quella di garantire "la energica difesa dei diritti dei creditori da qualunque causa criminosa di perturbamento"⁷³, indipendentemente dalla effettiva lesione del diritto stesso. In tal modo, il legislatore del '42 ha inteso evidenziare che oggetto della tutela penale in materia di bancarotta è l'intenzione patrimoniale dei creditori⁷⁴. Sempre con riferimento alle procedure concorsuali diverse dal fallimento,

⁷⁰ G. DELITALA, op. cit., 839. Tuttavia, anche in merito alla definizione dell'oggettività giuridica dei reati di bancarotta disciplinati dal Codice di Commercio del 1882 non vi era completa unità di vedute; per fare un esempio, Noto - Sardegna scriveva che "l'obbietto della tutela penale, in relazione ai delitti preveduti nel Titolo VIII del Libro III del cod. di comm. è l'economia pubblica, perché la cessazione dei pagamenti produce effetti generali e vasti, sebbene sia un atto compiuto da un commerciante o da una società commerciale". G. NOTO - SARDEGNA, I reati in materia di fallimento, 1906, 61.

⁷¹ Antolisei chiarisce che all'interno dell'opinione, nettamente prevalente in dottrina, per cui la bancarotta è un delitto contro il patrimonio, è necessario distinguere le diverse posizioni assunte dagli autori; in particolare, alcuni ravvisano quale oggetto giuridico il diritto di garanzia, altri il diritto dei creditori all'egualitaria distribuzione dei beni dell'imprenditore fallito, mentre altri ancora il diritto di credito vantato dai soggetti che hanno intrattenuto rapporti commerciali con l'imprenditore o l'impresa sociale falliti. F. ANTOLISEI, op. cit., 25.

⁷² Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi, art. 3.

⁷³ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi, art. 60.

⁷⁴ In tal senso Castiello d'Antonio il quale riporta oltre alla Relazione Ministeriale anche, tra gli altri, il pensiero di Giuliani - Balestrino in opposizione alle teorie del Nuvolone. A. CASTIELLO D'ANTONIO, Profili penali delle procedure concorsuali diverse dal fallimento, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1997, 6 - I, 1364 ss. Sempre nella stessa direzione ma con un punto di vista particolare dipendentemente dalla posizione sulla ratio della normativa che assumiamo, De Semo scrive: "considerando poi i delitti fallimentari in relazione al loro oggetto giuridico, notiamo che la bancarotta appartiene alla categoria dei reati contro il patrimonio, tenuto presente il danno patrimoniale che, direttamente o indirettamente, essa ha cagionato ai creditori del fallito. [...] Tuttavia, se consideriamo

per cui a maggior ragione potremmo estendere tale ragionamento a tutti i reati di bancarotta non avendo alcun fondamento affermare che soltanto con l'avvenuto fallimento la tutela è riferibile all'interesse processuale piuttosto che a quello patrimoniale, il bene giuridico tutelato dall'art. 236, co. 2 l. fall. è stato individuato nella "conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento"⁷⁵.

In realtà, le tesi per cui la legge fallimentare configurerebbe delitti contro la pubblica economia, contro la fede pubblica ovvero contro l'amministrazione della giustizia non sono da escludersi a priori, nonostante siano considerate minoritarie.⁷⁶

le finalità dell'istituto del fallimento, e gli interessi anche pubblici che esso si propone di tutelare, sembra che, da tale aspetto, i reati fallimentari ledano anche la pubblica fede e la pubblica economia". G. DE SEMO, *Diritto fallimentare: principi generali, fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, reati in materia fallimentare*, IV Edizione, Padova, 1964, 486. Infine, distanziandosi dalle premesse dei predecessori e contemporanei giunti alla sua medesima conclusione, Punzo ritiene che "Il patrimonio è quindi l'oggetto giuridico specifico del delitto di bancarotta; anche se è vero che la commissione di tale reato intacchi la fiducia che è l'anima del commercio stesso e di tutta l'economia ed arrechi perfino danno all'Amministrazione della giustizia intralciando, per lo meno, nella maggior parte dei casi, il regolare svolgersi della procedura fallimentare. Tutto ciò però avviene di riflesso, e cioè appunto per la lesione arrecata a que diritto la cui natura patrimoniale è, come si è visto, indiscutibile". M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 27 - 29.

⁷⁵ Corte Costituzionale, 16 maggio 1989, n. 268 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 989/1989) in Cass. Pen., 1989, 7, 1403. Pare opportuno riportare integralmente la parte della sentenza rilevante per tale trattazione: "Considerato che l'estensione - disposta dall'art. 236, secondo comma, n. 1, della legge fallimentare - delle ipotesi di reato degli artt. 223 e 224 ai fatti commessi anteriormente e posteriormente all'ammissione alla procedura di amministrazione controllata è preordinata alla conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento; che tale essendo l'oggetto dell'incriminazione, ragionevolmente questa prescinde dall'effettivo avveramento, accertabile ex post, di un danno patrimoniale a carico dei creditori suddetti nel senso prospettato dall'ordinanza di rimessione [...]".

⁷⁶ Non si possono non tenere in considerazione le riforme che si sono susseguite nel corso di più di settant'anni dall'entrata in vigore della Legge Fallimentare. Rilevante per la trattazione l'art. 33, co. 1 lettera l) del Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83 che ha introdotto l'art. 236 bis l. fall., il quale disegna una nuova figura di reato: falso in attestazioni e relazioni di cui agli artt. 67, co. 3 lett. D), 161, co. 3, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis l. fall.. Alla luce di tale modifica, il bene giuridico oggetto di tutela sembra identificarsi con l'affidamento di cui devono godere le relazioni e attestazioni in relazione al loro contenuto ed in funzione del certo e sollecito svolgimento delle procedure paraconcorsuali cui le stesse accedono, qualificando in definitiva la nuova fattispecie come reato contro la fede pubblica (P. DE GENNARO, *La bancarotta: problemi di diritto sostantivo e processuale*, Napoli, 1930, 38). C'è da chiedersi se questo e le altre riforme possano aver inciso in linea generale sulla qualificazione dell'oggetto giuridico nei reati di bancarotta.

Pagliari⁷⁷ offre un'analisi di tutte le posizioni in merito all'oggettività giuridica dei reati di bancarotta, evidenziandone i pro e i contro. In particolare, l'Autore parte dalla considerazione necessaria che il bene giuridico è un momento dello scopo della norma penale, quindi la definizione dell'oggetto tutelato non può prescindere dallo stesso. Nonostante ciascuna posizione dottrinale fondi le proprie basi su premesse pregevoli, per ognuna di esse si possono facilmente individuare diversi punti deboli. L'opinione che il reato di bancarotta offenda un diritto garanzia del creditore e, dunque, sia configurabile come reato contro il patrimonio fonda le proprie convinzioni sulla distinzione tra due momenti: quello del debito e quello della responsabilità; in realtà, questi due rapporti giuridici non sono distinti ed autonomi, ma fanno parte del medesimo rapporto obbligatorio. Dunque oggetto giuridico del delitto di bancarotta non può essere il diritto di obbligazione, né tantomeno il diritto di credito, sussistendo alcune ipotesi di bancarotta non lesive in tal senso, come ad esempio i "reati sui libri". Si deve, allo stesso modo, respingere l'assunto per cui se un atto illecito dal punto di vista del diritto penale lo è anche per il diritto civile, tale atto configura un delitto contro il patrimonio; come si deve rigettare anche l'opinione per cui il reato di bancarotta è lesivo dei diritti soggettivi dei creditori, in quanto la lesione costante dell'interesse patrimoniale dei creditori è strettamente connessa con il verificarsi dell'insolvenza. La bancarotta non è neanche qualificabile come reato contro l'amministrazione della giustizia perché non è ammissibile considerare i creditori come "massa", quindi ritenere che l'interesse leso sia di natura pubblicistico - processuale. Secondo tale ipotesi, la bancarotta patrimoniale costituirebbe reato contro l'interesse processuale alla conservazione dei beni dell'imprenditore insolvente; la bancarotta documentale dovrebbe categorizzarsi come reato contro l'interesse processuale alla conservazione e veridicità della prova; l'art. 217, n. 4 l. fall. sarebbe un reato contro l'interesse alla legittima instaurazione delle procedure concorsuali; mentre l'art. 217, n. 5 l. fall. avrebbe a fondamento l'inosservanza di un ordine del giudice. Queste premesse possono essere facilmente smentite dall'analisi delle singole ipotesi: ad esempio, con riguardo alla par condicio creditorum, alla base della bancarotta preferenziale, l'uguaglianza della tutela è un momento implicito del singolo diritto e non una sostituzione del creditore singolo con la "massa". Ma

⁷⁷ A. PAGLIARO, Il delitto di bancarotta, Palermo, 1957, 5 - 38.

argomento maggiormente rilevante per questo lavoro è l'impossibilità di spiegare il rapporto fra i numeri 2 e 4 dell'art. 217 suddetta legge; infatti, se la prima ipotesi potesse verificarsi soltanto qualora si fosse già verificata l'insolvenza, questa coinciderebbe con l'ipotesi di aggravamento del proprio dissesto. Dunque, l'interesse a che sia proposta la richiesta di fallimento determina solo le modalità della norma, non la finalità della stessa. Infine, non può neanche accogliersi la tesi per cui la bancarotta sia un reato contro la fede pubblica⁷⁸, in quanto la nozione di "fede pubblica", intesa come fiducia usuale che lo stesso ordinamento dei rapporti commerciali e l'attuazione pratica di esso determinano tra i singoli, non coincide con la nozione tecnica di tale bene giuridico, ossia come "fiducia che la società ripone negli oggetti, nei segni e nelle forme esteriori". Pagliaro conclude abbracciando l'ultima ipotesi rimasta: oggetto giuridico della bancarotta è l'ordinato esercizio del commercio. Tale assunto sarebbe supportato da diverse premesse, prima fra tutte la storia dell'istituto che mostra che il delitto in esame è legato ad un determinato ordine economico della società; in secondo luogo, la necessaria presenza della dichiarazione di fallimento evidenzia come il legislatore abbia voluto escludere qualsiasi addebito a titolo di responsabilità penale nel caso in cui l'impresa sia ancora economicamente positiva. Dunque, conclude l'Autore, "la bancarotta deve essere collocata tra i delitti lesivi dell'ordinato esercizio del commercio", attribuendo a quest'ultima espressione un significato economico e non giuridico. Nondimeno, anche questa posizione è stata criticata dalla dottrina⁷⁹ sulla base del fatto che qualora si ritenesse effettivamente che il reato di bancarotta sia rivolto a tutelare la pubblica economia, si "provverebbe semmai la rilevanza pubblicistica non già del fatto di bancarotta, violatore dei principi che regolano l'attività commerciale, bensì quella soltanto delle sue ripercussioni esterne, sul piano dei rapporti intersoggettivi".

⁷⁸ Secondo il Carrara, "E poiché la vita del commercio si connette con a vita delle nazioni non è interesse soltanto di pochi particolari ma interesse di tutta la società che la fidanza sia mantenuta in rispetto: laonde chi a quella reca nocimento e discredito col tradirla maliziosamente offende tal cosa al mantenimento della quale ha interesse e diritto tutta la società: ed ecco come la bancarotta del negoziante dovette da ogni popolo civile punirsi come delitto: ed ecco come questo delitto trovi la versa sua fede fra i reati sociali contro la pubblica fede". In F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale ossia esposizione dei delitti i specie. Vol. VII, II Edizione, Lucca, 1871, 67.

⁷⁹ I. SCALERA, La bancarotta fallimentare, Milano, 2001, 20 s.

Per concludere, sembra potersi affermare con certezza la condivisibilità della tesi dell'Antolisei⁸⁰, soprattutto alla luce delle recenti riforme le quali hanno evidenziato la forte contraddittorietà dell'intera disciplina, avendo il legislatore perseguito fini differenti nel corso degli anni. Il Maestro incardina la propria opinione su una visione plurioffensiva dell'ipotesi di bancarotta, prendendo avvio dalla concezione per cui oggetto giuridico del reato in esame è il processo esecutivo concorsuale. Infatti, i fatti che precedono la dichiarazione di fallimento costituiscono la grande maggioranza delle ipotesi di bancarotta ed in tal caso la formazione della massa dei creditori non può avvenire se non dopo l'apertura della procedura concorsuale; per tale ragione non si può condividere l'opinione del Nuvolone nella parte in cui sostiene che le norme incriminatrici in ogni caso considerano i creditori come massa, in quanto si escluderebbe l'esistenza della rilevanza dei fatti che precedono la dichiarazione di cui sopra. Seguendo tale impostazione, sicuramente è possibile affermare che per la bancarotta postfallimentare l'offesa è rivolta agli interessi dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, la questione non può essere così esemplificata in quanto è opportuno tenere in considerazione che tali fatti offendono anche altri interessi: "il processo non è altro che uno strumento per l'attuazione di interessi sostanziali", sostiene l'Autore. "Questi interessi appaiono concretizzabili in prima istanza negli interessi patrimoniali dei creditori; interessi, che, come risulta anche dalla struttura dei fatti medesimi, più direttamente sono pregiudicati dai fatti incriminati a titolo di bancarotta". Come precedentemente affermato, all'interno della categoria del delitto contro il patrimonio sono state sostenute differenti teorie in merito all'interesse tutelato; in questo caso l'Autore sembra raccogliere tutte le ipotesi possibili e ritenerle tutte ammissibili. In particolare, il diritto dei creditori può essere inteso come interesse alla garanzia sul patrimonio del debitore, come interesse a conoscere la consistenza del patrimonio e del movimento degli affari dello stesso, come interesse al trattamento paritetico in caso di insolvenza, ovvero come interesse ad essere soddisfatti nella maggiore misura e nel minor tempo possibile. In seconda istanza occorre considerare "le fattispecie di bancarotta anche poste a protezione ed a tutela dell'economia pubblica"; tale oggetto, tuttavia, è soltanto mediato rispetto a quello immediato del patrimonio. Antolisei chiarisce che l'interesse

⁸⁰ F. ANTOLISEI, op. cit., 30 - 35.

dell'economia pubblica non deve essere inteso nel senso di semplice interesse pubblico, bensì come "interesse specifico e concreto che ha grande importanza nella vita della nazione". Infine, non si può tantomeno escludere che la plurioffensività dei reati di bancarotta non comprenda anche l'offesa all'amministrazione della giustizia per quanto attiene al "gruppo di fatti incriminati dalla legge [...] che si verificano dopo la dichiarazione di fallimento"⁸¹. Pertanto, gli interessi alla tutela dell'economia pubblica, della pubblica fede e dell'amministrazione della giustizia sono beni giuridici solo indirettamente garantiti dal fatto di bancarotta e soltanto se la loro tutela rimanga all'interno dell'ambito dello scopo diretto ed immediato della norma: l'interesse dei creditori alla garanzia offerta dai beni del debitore insolente, "nel contenuto e nell'ampiezza riconosciuta dalla legge in correlazione alla dichiarazione di fallimento ed anche nell'interesse alla posizione di quella cellula fondamentale dell'economia - motore imprescindibile della vita stessa dello Stato - quale è l'impresa commerciale".⁸²

4. La bancarotta semplice: dal Codice di commercio del 1882 alla Legge Fallimentare

Gli articoli 217 e 224 l. fall. trovano il loro immediato precedente legislativo negli artt. 856, 857, 858, 859, 861 e 863 del Codice di Commercio del 1882⁸³ (la cui storia

⁸¹ Anche la Suprema Corte ha talvolta statuito sulla plurioffensività dei fatti di bancarotta, affermando che detto reato va a ledere anche l'interesse patrimoniale alla conservazione della garanzia patrimoniale dei singoli creditori. Vedi Cass. Sez. I, 9 giugno 1997 in Riv. trim. dir. pen. ec., 1997, 4, 1369.

⁸² I. SCALERA, op. cit., 42.

⁸³ Per completezza di trattazione si riportano gli articoli maggiormente rilevanti del Codice di Commercio del 1882:

Art. 856. "E' colpevole di bancarotta semplice il commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti, e si trova in uno dei casi seguenti:

1. se le sue spese personali, o quelle della sua famiglia, furono eccessive rispetto alla sua condizione economica;
2. se ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;
3. se allo scopo di ritardare il fallimento ha fatto comprare coll'intenzione, seguita dal fatto, di rivendere al disotto del valore corrente, ovvero ha fatto ricorso a prestiti, a girate di effetti od altri mezzi rovinosi di procurarsi fondi;
4. se dopo la cessazione dei pagamenti ha pagato qualche creditore a danno della massa;
5. se non ha tenuto i libri prescritti, od almeno il libro giornale."

legislativa è stata descritta al paragrafo 1 di questo Capitolo). Per quanto riguarda l'ipotesi di bancarotta semplice propria, l'elencazione dei casi in cui poteva configurarsi tale fattispecie si sono in parte modificati: l'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 856 è oggi punita a titolo di bancarotta fraudolenta; la fattispecie di cui al n. 3 del predetto articolo costituisce attualmente delitto di ricorso abusivo al credito; l'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 857 configura il delitto di cui all'art. 220 l. fall.; mentre non trovano più riscontro nell'attuale legislazione penale fallimentare le ipotesi di bancarotta semplice relative al commerciante che, avendo contratto matrimonio, non si fosse uniformato alle disposizioni di cui agli artt. 16 e 18 del predetto Codice di Commercio ed al mediatore caduto in fallimento.⁸⁴ L'articolo 863 configura, invece, il caso di bancarotta semplice impropria, estendendo in parte l'applicabilità anche agli amministratori e ai direttori di società in accomandita per azioni o società anonime le fattispecie previste per la bancarotta semplice impropria.

In merito all'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 217 co. 1 l. fall., un riferimento può essere rinvenuto nel n. 3 dell'art. 856 cod. comm. Tuttavia, tra le due disposizioni ricorrono differenze tali da renderle applicabili in casi molto diversi: oltre ad essersi

Art. 857. "E' anche colpevole di bancarotta semplice il commerciante dichiarato fallito, il quale si trova in uno dei casi seguenti:

1. se non ha fatto esattamente l'inventario annuale, ovvero se i suoi libri od inventarii sono incompleti o irregolarmente tenuti, o non presentano il suo vero stato attivo e passivo, benché non siavi frode;
2. se avendo contratto matrimonio non si è conformato alle disposizioni degli articoli 16 e 18;
3. se entro i tre giorni dalla cessazione dei pagamenti non ha fatta la dichiarazione prescritta nell'articolo 686, o se trattandosi del fallimento di una società la fatta dichiarazione non indica i nomi di tutti i soci obbligati in solido;
4. se senza legittimo impedimento non si è presentato personalmente al giudice delegato, alla delegazione dei creditori od al curatore, nei casi e nei termini stabiliti, o se presentandosi ha dato loro false indicazioni, o dopo avere ottenuto un salvacondotto non ha obbedito all'ordine di presentarsi, o si è allontanato senza permesso dal suo domicilio durante il fallimento;
5. se non ha soddisfatto alle obbligazioni assunte nel concordato ottenuto in un precedente fallimento."

Art. 859. "E' colpevole di bancarotta fraudolenta il commerciante che anche prima della dichiarazione del fallimento, nel solo fine di facilitarli il conseguimento di una moratoria, siasi scientemente attribuita contro verità qualche parte dell'attivo, ovvero abbia simulate passività non esistenti per far intervenire nelle adunanze creditori in tutto o in parte simulati."

Art. 863. "Nel caso di fallimento di una società in accomandita per azioni od anonima, gli amministratori e i direttori di essa sono puniti giusta la prima parte dell'articolo 861, [...] se sono colpevoli di uno dei fatti indicati nei numeri 2°, 3°, 4° e 5° dell'articolo 856, e nei numeri 1°, 3° e 4° dell'articolo 857. [...]"

⁸⁴ F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 1 – 5.

allargata l'area dei soggetti attivi, il reato previsto dalla prima si realizza per il ritardo con cui il debitore ha aggravato il dissesto proprio o della società; mentre nel secondo caso il ritardo si riferisce al fallimento proprio o della società, quindi ad un momento successivo essendo il dissesto precedente alla dichiarazione di fallimento. Nonostante la differenza sembri molto chiara, è necessario anche tener conto del momento consumativo, che sembra essere il vero discrimine fra le due figure, ed in tal caso la collocazione non sembra così chiara né per l'una né per l'altra, tenendo anche in considerazione la difficile qualificazione della nozione di dissesto (per cui si rimanda al capitolo 3).

Il filo che unisce la bancarotta propria e quella societaria è l'incriminabilità delle persone preposte all'amministrazione e al controllo della società da parte della seconda categoria attraverso un semplice rinvio fatto alla prima. Molte critiche sono state sollevate in merito a questa scelta, in particolare la mancata considerazione degli aspetti peculiari della bancarotta impropria, la quale richiederebbe una disciplina ad hoc e non un mero richiamo agli artt. 216 e 217 l. fall., soprattutto alla luce di un differente oggetto materiale fra le due fattispecie. Prima di tutto, vi è un problema di compatibilità di fattispecie costruite in chiave di offensività del patrimonio dell'imprenditore individuale, e quindi di tutela dei creditori personali dello stesso, con ipotesi di reato lesive del patrimonio della società e dell'interesse dei creditori sociali.⁸⁵

In particolare, trasponendo ogni singola condotta descritta dall'art. 217 l. fall. nel contesto della bancarotta societaria si evidenziano tutti i limiti di tale rinvio. Ad una prima analisi è già possibile escludere il riferimento alle cariche sociali per l'ipotesi prevista dal n. 1, concernente il compimento di spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alle condizioni personali dell'imprenditore. Infatti, per la bancarotta impropria la garanzia creditoria risiede nel patrimonio della società e non in quello personale di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori della società dichiarata fallita.⁸⁶ Per quanto attiene alle altre ipotesi, previste dai nn. 2, 3 e 4 è

⁸⁵ C. MARINI, La bancarotta semplice impropria (art. 224 legge fall.), op. cit., 423.

⁸⁶ "Si osserva inoltre che se l'amministratore utilizzasse fondi sociali per esigenze personali o familiari sarebbe più pertinente il richiamo alla fattispecie di distrazione. Qualora lo stesso gestore ricoprisse

necessario modificare in via interpretativa alcune espressioni, come nel caso del patrimonio personale inteso come patrimonio sociale ovvero nel caso del fallimento o dissesto dell'imprenditore individuale come eventi che colpiscono la società.⁸⁷ Tuttavia, è necessario tenere in considerazione che, avendo i soggetti agenti particolari obblighi giuridici differenti gli uni dagli altri, non tutti possono essere considerati responsabili delle condotte penalmente rilevanti descritte dall'art. 217 l. fall. In tal senso, soltanto gli amministratori e i direttori generali potranno rispondere del reato di bancarotta semplice per aver compiuto operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti consumando una notevole parte del patrimonio sociale (di cui al n. 2 dell'articolo suddetto). Invece, per quanto attiene alla figura del sindaco, la sua responsabilità potrà essere ravvisata qualora lo stesso abbia omesso la doverosa vigilanza, ispezione e controllo impostagli dagli artt. 2403 c.c. e 40, cpv., c.p., contribuendo in tal modo alla condotta illecita dei gestori; mentre i liquidatori esercitano le medesime funzioni degli amministratori, dunque sono soggetti agli stessi obblighi giuridici ex artt. 2267 e 2489 c.c., ma con la peculiarità che la loro

anche la qualità di socio illimitatamente responsabile verrebbe invece in rilievo l'ipotesi prevista dall'art. 222 l. fall.". C. MARINI, op. cit., 424.

⁸⁷ La Cassazione ha chiarito che "il rinvio operato dall' art. 224 della legge fallimentare alle varie ipotesi in cui si articola l'art. 217 stessa legge non può ritenersi pieno, ma limitato a quelle ipotesi inquadrabili, sul piano logico normativo, anche nel fallimento di società oltretutto nel fallimento di imprese individuali, per il quale dette ipotesi sono state definite, si assume, con riferimento al caso di specie, che non può ritenersi applicabile al fallimento della società l'ipotesi dell'art. 217, primo comma, n. 2 della legge fallimentare , non potendosi parificare il patrimonio personale degli amministratori con il patrimonio della società, che tra l'altro, nel caso in esame, era una società di capitali, essendo oggetto della previsione normativa il primo e non il secondo. [...] Ciò posto, se è pur vero che il rinvio previsto dall'art. 224 della legge fallimentare non può estendersi a tutte le ipotesi previste dall'art. 217, rimanendovi ovviamente escluse le ipotesi non computabili con la struttura societaria, quali quella prevista dal primo comma, n. 1, attinente alle eccessive spese personali o per la famiglia fatte dall'imprenditore individuale, non può ritenersi tuttavia che il rinvio operato dall' art. 224 della legge fallimentare non sia applicabile alle ipotesi di cui all'art. 217, primo comma, n. 2 della legge fallimentare . La circostanza che il testo della norma in questione usi il possessivo "suo", riferendosi al patrimonio che l'imprenditore individuale abbia consumato in notevole parte in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, non è di per sé sufficiente per ritenere la norma non applicabile alle società, essendo di tutta evidenza che il legislatore, mediante il rinvio dell' art. 224 della legge fallimentare, ha inteso fare riferimento al patrimonio della società e non certo ai patrimoni personali degli amministratori, direttori, sindaci o liquidatori, che non hanno rilevanza alcuna nelle ipotesi di bancarotta impropria. Conseguentemente, ben può ritenersi ipotizzabile, in astratto, il reato di bancarotta semplice impropria nel caso in cui l'amministratore e i soggetti ad esso assimilati dall' art. 224 della legge fallimentare, abbiano consumato una notevole parte del patrimonio sociale in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti." Cass. Pen., Sez. V, 05 dicembre 1996 n. 894, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1997, 4, Padova, 1375 s.

attività è limitata agli atti necessari per la liquidazione della società. Stesse considerazioni valgono per l'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 217 l. fall., concernente il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, con l'unica precisazione che, al fine di qualificare la condotta come bancarotta semplice o fraudolenta, la giurisprudenza valuta la sussistenza dell'interesse o vantaggio dell'ente.⁸⁸

Dalle parole di Antonioni⁸⁹ possiamo comprendere le ragioni delle severe critiche mosse al legislatore circa le norme sulla bancarotta impropria, in particolare il coordinamento tra l'art. 224, n. 2 l. fall. sulla causazione od aggravamento del dissesto e l'art. 223, n. 2 predetta legge in merito alle operazioni dolose. L'Autore osserva che probabilmente il legislatore ha commesso alcuni errori nel voler riprendere le norme del Codice di Commercio del 1882, creando una figura ibrida; Punzo⁹⁰ si riferirà al reato di bancarotta semplice societaria come di "una specie di incrocio mal riuscito fra le due ipotesi, talché può dirsi piuttosto un mostro". Infatti, l'ipotesi di causazione dolosa del fallimento di cui all'art. 223, n. 2 l. fall. non trova alcun riscontro, sotto il profilo della causazione colposa, nell'articolo in esame. Inoltre, qualora si ritenga l'amministratore, il direttore generale, il sindaco o il liquidatore della società responsabile penalmente, si sarà precedentemente accertata la violazione di un obbligo giuridico in capo a tale soggetto imposto dalla legge o dallo statuto sociale; ma anche l'ipotesi di bancarotta semplice prevista dall'art. 224, n. 4 l. fall. presuppone il venir meno ad un obbligo giuridico, quindi perché replicare la fattispecie? Antonioni ammette che l'elemento soggettivo ascrivibile all'agente sia diverso nelle due fattispecie, nella prima dolo e nella seconda colpa, ma sottolinea come il dettato normativo non risulti chiaro come, invece, dovrebbe essere rispettando i principi che informano il diritto penale.

A questo problema se ne ricollega un altro, tanto rilevante quanto discusso: la verificabilità delle condotte omissive che integrano il reato di cui all'art. 217 l. fall. e che sono operanti, grazie al rinvio di cui all'art. 224, co. 1 predetta legge, anche per

⁸⁸ C. MARINI, op. cit., 425.

⁸⁹ F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 251 – 259.

⁹⁰ M. PUNZO, La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, Padova, 1957, 193.

gli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società di persone o di capitali dichiarate fallite. In particolare, l'art. 217 predetta legge prevede i casi di mancata richiesta di fallimento (ed è questo il caso di aggravamento, oggetto di questo lavoro), di inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato giudiziale e specialmente l'inosservanza degli obblighi relativi alle scritture contabili. Nel nostro ordinamento la punibilità dei fatti omissivi è sempre subordinata all'esistenza in capo al soggetto agente di un dovere giuridico di attivarsi, la cui sussistenza ed operatività devono essere esaminate nel caso concreto. La questione è ulteriormente complicata dalla fonte da cui quest'obbligo deriva, la quale può trovarsi sia nella legge sia nell'atto costitutivo della società in relazione alle funzioni organiche esercitate dai singoli soggetti, come anche nell'ordinamento interno della società medesima.⁹¹ In realtà, alcuni Autori non sembrano riscontrare in merito alcuna questione dubbia: essendo la condotta descritta genericamente come violazione, sottoforma di inosservanza, degli obblighi imposti dalla legge, si deve escludere come fonte impositiva sia lo statuto che l'atto costitutivo della società.⁹²

Queste considerazioni mostrano, come già precedentemente accennato, numerose mancanze nella normativa in questione, la cui soluzione potrebbe essere rinvenuta in un coordinamento fra le varie ipotesi criminose. A tal riguardo, Antolisei sosteneva che "l'interprete deve sforzarsi di supplire alla deficienza della dizione normativa, e precisamente – tenendo sempre avanti agli occhi gli scopi che il legislatore si è proposto –:

- a) coordinare le varie ipotesi che la legge ha previsto casisticamente;

⁹¹ F. ANTOLISEI, op. cit., 200 - 210. Inoltre, l'Autore chiarisce i punti controversi in merito alla responsabilità dell'istitutore, il quale è sottratto per la sua peculiare qualifica ad alcune ipotesi previste dall'art. 217 l. fall.: eccessive spese personali o per la propria famiglia; mancato adempimento delle obbligazioni assunte dal fallito in un precedente concordato, essendo la sua responsabilità circoscritta nell'ambito della gestione affidatagli; omessa od irregolare tenuta delle scritture contabili.

⁹² Antonioni fornisce alcuni esempi di obblighi la cui inosservanza può costituire l'illecito di cui all'art. 224 l. fall.. Ad esempio, "sarà punibile ai sensi dell'art. 224 n. 2 L. Fall. in quanto causi od aggravi il dissesto, l'amministratore che non abbia controllato la valutazione contenuta nella relazione di stima in caso di conferimento di beni in natura, poiché è evidente che la differenza tra il valore reale ed il valore di stima in caso di conferimento (quest'ultimo da prendersi in considerazione nella divisione degli utili od in caso di scioglimento della società) può incidere nell'aumentare il dissesto della società." F. ANTONIONI, op. cit., 252.

- b) riunirle in gruppi sulla base dell'omogeneità che risulta dalla loro intrinseca natura;
- c) rintracciare e mettere in evidenza il concetto superiore che è sottointeso nei vari gruppi: quel concetto che avrebbe dovuto essere e non è stato espresso dalla legge".⁹³

In particolare, al fine di creare degli insiemi armonici è necessario individuare l'elemento unificante, che l'Autore identifica nella intrinseca natura delle ipotesi di bancarotta. In altre parole, sarebbe opportuno, prima di ogni altro esame sul reato di bancarotta semplice, prendere posizione in merito all'oggettività giuridica e al riguardo, come precedentemente affermato⁹⁴, pare potersi condividere la pregevole tesi proposta dallo stesso Antolisei in merito alla plurioffensività del reato in questione.

⁹³ F. ANTOLISEI, op. cit., 24.

⁹⁴ Si fa riferimento per la trattazione dell'oggettività giuridica della bancarotta al paragrafo 3.1 di questo capitolo.

CAPITOLO 2

La bancarotta semplice societaria

1. La bancarotta "societaria"

Le fattispecie di bancarotta cosiddetta "impropria" sono disciplinate dal Capo II del R.D. n. 267 del 1942, titolato Reati commessi da persone diverse dal fallito. I termini "impropria" e "societaria" non sono presenti nell'attuale legge fallimentare e soltanto il primo ha una sua origine storica all'interno del panorama del nostro ordinamento, mentre il secondo deriva da una recente elaborazione dottrinale. Il Codice di Commercio del 1882 fu il primo a coniare l'espressione bancarotta impropria⁹⁵, ma con un significato parzialmente differente da quello contemporaneo: indica ora come allora i reati commessi da persona diversa dall'imprenditore fallito (probabilmente risentendo delle radici dell'istituto, nato quando l'attività d'impresa era normalmente esercitata in forma individuale), ma nel Codice del 1882 coloro i quali rientravano in questa categoria, e dunque potevano essere puniti per il reato di bancarotta semplice impropria, erano soltanto gli amministratori ed i direttori di una società in accomandita per azioni od anonima.⁹⁶

All'interno del Capo II spiccano le prime cinque norme incriminatrici: gli artt. 223 - 227, i quali si configurano appunto per una nuova soggettività attiva che coinvolge amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori ed institori di società dichiarate fallite. Per individuare le condotte penalmente rilevanti il legislatore ha scelto di utilizzare la modalità, poco condivisa, del richiamo alle fattispecie di cui agli artt. 216 e 217 l. fall.. Tuttavia, vi sono alcune particolarità sia per quanto riguarda il reato di bancarotta fraudolenta sia per quello di bancarotta semplice: le ipotesi di cui all'art. 223, co. 2 nn. 1 e 2, equiparate quoad poenam all'art. 216, consistono nella causazione del dissesto della società commettendo alcuni dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c. e nell'aver cagionato

⁹⁵ La bancarotta impropria fu disciplinata per la prima volta con il Codice di Commercio del 1865.

⁹⁶ L'art. 863 cod. comm. del 1882, disciplinando i casi di bancarotta semplice impropria, riporta: "Nel caso di fallimento di una società in accomandita per azioni od anonima, gli amministratori e i direttori di essa sono puniti giusta la prima parte dell'articolo 861 [..]"

con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società; mentre l'art. 224, n. 2 l. fall. sanziona il concorso nella causazione od aggravamento del dissesto in violazione degli obblighi di controllo e gestione della società stessa.⁹⁷ Il contrasto giurisprudenziale sulla rilevanza penale delle condotte poste in essere dai soggetti che non possono essere dichiarati falliti è stato risolto dalle Sezioni Unite, statuendo l'insidacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento da parte del giudice penale, sia in merito al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, sia in merito ai presupposti soggettivi per la fallibilità dell'imprenditore commerciale previsti dall'art. 1 l. fall.⁹⁸

La bancarotta impropria si distingue da quella propria non soltanto per i soggetti attivi, ma anche in riferimento all'oggetto materiale dell'attività criminosa, costituito non più dai beni dell'imprenditore ma da quelli dell'ente, sui quali l'autore esercita poteri di amministrazione e controllo.⁹⁹ Tuttavia, non tutto il patrimonio dell'ente è soggetto alla scure della responsabilità penale, ma soltanto quella parte che si tramuta in rapporto giuridicamente rilevante ed economicamente valutabile, escludendo quindi le mere aspettative di profitto.¹⁰⁰ "Nel caso di dissociazione tra

⁹⁷ G. Cocco, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 l. fall., in Commentario breve alle leggi penali complementari, (diretto da) F. C. PALAZZO - C. E. PALIERO, 2007, 1243.

⁹⁸ La Corte sottolinea: "A ben leggere gli articoli 216 e 217, L.F., appare chiaro che in essi il termine "imprenditore" non rileva di per sé ma solo in quanto individua il soggetto "dichiarato fallito": esso compone cioè un'endiadi che ha lo stesso valore connotativo del più breve riferimento al "fallito" contenuto nell'articolo 220, L.F., del tutto analogo alla espressione "società dichiarate fallite" usata negli articoli 223 e 224, L.F. per il caso dei "reati commessi da persone diverse dal fallito"; e nessun indizio logico-giuridico può desumersi da dette fattispecie acchè possa a ragione ritenersi che al giudice penale sia demandato il compito di accertare in capo all'imputato la veste di "imprenditore" ovvero, per la ipotesi di bancarotta impropria, di sindacare la veste societaria assunta dalla fallita." Cass. Pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008 n. 19601, in Cass. Pen., 2008, 10, 3592.

⁹⁹ Tale asserzione trova un'eccezione per quanto riguarda i soci illimitatamente responsabili dichiarati falliti, i quali potranno rispondere anche dei fatti illeciti commessi sui propri beni.

¹⁰⁰ A tal riguardo la Cassazione ha escluso il reato di bancarotta nella condotta dell'amministratore di una società, poi fallita, consistita nella cessazione ad altra società delle quote sociali, con conseguente distrazione della clientela e dell'avviamento. In particolare, la Corte ha statuito che "Benché sembri risultare il contrario da un lontano precedente giurisprudenziale (Cass., Sez. V, 24 maggio 1982, Marcucci, n. 155357), deve poi escludersi che l'avviamento commerciale di un'azienda possa essere di per sé oggetto di distrazione. Non v'è dubbio che, perché sia configurabile il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, sia sufficiente, in particolare quando si tratti di imprese sociali, l'utilizzazione dei beni per finalità diverse da quelle dell'impresa cui sono destinati e la loro sottrazione alla stessa funzionalità dell'azienda (Cass., Sez. V, 18 novembre 1983, Bandini, m. 162387, Cass., Sez. V, 28 marzo 1985, Cass., Sez. V, 10 luglio 1985, Bedeschi, m. 170792, Cass., Sez. V, 15 novembre

proprietà, vale a dire rischio economico, e potere di gestione, specie in imprese di grandi dimensioni, c'è un atteggiamento di maggiore rigore legislativo che si traduce in un arricchimento delle fattispecie e sottende valutazioni di presumibile maggiore gravità e diffusività delle conseguenze dannose¹⁰¹, a cui non ha seguito un inasprimento sanzionatorio. Infatti, il legislatore ha tenuto in considerazione, piuttosto che le conseguenze che potrebbero derivare dalle condotte penalmente rilevanti poste in essere da coloro i quali hanno il controllo e la gestione della società, le ricadute criminogene di quei fattori strutturali che esaltano il dinamismo degli organi societari e ne fanno i protagonisti dell'odierna scena economica. Dunque, maggior rigore rispetto alla penalizzazione dell'attività dell'imprenditore individuale che pare essere giustificato dalla limitazione della responsabilità del socio al solo conferimento, fattore che potrebbe ben far diminuire l'interesse dello stesso alla "corretta" gestione degli asset societari, a maggior ragione se socio di minoranza. Essendo l'oggetto materiale non più qualcosa di strettamente connesso alla figura dell'imprenditore, nel caso della bancarotta impropria è irrilevante che l'autore del reato sia un imprenditore commerciale.

Ma è possibile soprassedere, come ha effettivamente fatto il legislatore, a queste importanti ed imprescindibili peculiarità delle società e degli organi che ne fanno parte e semplicemente estendere la punibilità delle condotte di cui agli artt. 216 e 217 l. fall. anche ai soggetti qualificati nel Capo II? Come accennato nel primo capitolo di questo lavoro, il rinvio sia alla descrizione della fattispecie che alla pena non è stato in toto colto positivamente dal mondo del diritto. Tra questi vi è Antolisei, il quale non soltanto ha sottolineato la differenza difficilmente superabile in merito

1985, Vicario, m. 171858, Cass., Sez. V, 20 novembre 1987, Cartotto, m. 177518, Cass., Sez. V, 7 marzo 1989, Bruzzese, m. 182141) o anche solo alla disponibilità degli organi fallimentari (Cass., Sez. V, 23 marzo 1988, Fabbri, m. 179047). Tuttavia, perché si abbia bancarotta, è pur sempre necessario che oggetto di distrazione siano rapporti giuridicamente rilevanti ed economicamente valutabili. La stessa Cass., sez. V, 24 maggio 1982, Marcucci, citata, che pure risulta massimata nel senso del riconoscimento dell'avviamento come possibile oggetto di distrazione, esclude in realtà che oggetto del reato possano essere le mere aspettative, perché si riferisce, tra l'altro, al trasferimento da un'impresa all'altra di ordinazioni già ricevute e dei materiali necessari ad eseguirle". In Cass. Pen., Sez. V, 8 marzo 2006 n. 9813, in Giur. It., 2007, 10, 2309. Contra: Cass. Pen., Sez. V, 5 ottobre 1982 n. 8598, in Foro It., 1987, II, 234.

¹⁰¹ C. MARINI, La bancarotta fraudolenta <<impropria>> (art. 223 legge fall.), in op. cit., 394; C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 288 s.

all'oggetto materiale del reato e alla soggettività giuridica¹⁰², ma ha sollevato un ulteriore ed interessante profilo: il rapporto tra bancarotta semplice impropria e propria con riguardo alle ipotesi omissive descritte dall'art. 217 l. fall.¹⁰³

Un'altra questione, seppur in apparenza soltanto terminologica ma che nasconde in sé l'evoluzione ed applicazione dell'istituto, è quella che riguarda l'uso del termine "societaria" piuttosto che "impropria" per indicare la bancarotta commessa da persone diverse dall'imprenditore individuale fallito. Secondo Giuliani - Balestrino¹⁰⁴, la seconda espressione è ormai inadeguata allo sviluppo che ha subito l'economia moderna: il numero e la gravità delle bancarotte che colpiscono le società sono incomparabilmente più ampi rispetto a quelle che coinvolgono l'imprenditore individuale, dunque non può più sostenersi che la figura impropria sia una semplice eccezione di quella propria.¹⁰⁵ Un esempio può essere dato dal fatto che un tempo la bancarotta commessa da persone diverse dal fallito veniva definita "quasi bancarotta", come a creare una sorta di spazio marginale, negli eventi che potevano colpire l'economia nazionale, al fallimento delle società rispetto a quello che accadeva nella vita di un'impresa individuale, la cui bancarotta era considerata principale. Elemento ancor più importante, che permette di poter sostenere l'adozione del termine "societaria", è il riflesso che la scelta potrebbe avere sulla percezione della struttura della fattispecie: non muta la bancarotta in sé, ma soltanto il rapporto tra l'illecito e l'immunità commerciale. Infatti, a seguito dell'evoluzione delle imprese commerciali non è stato più possibile subordinare la perseguibilità della bancarotta all'avvenuto fallimento dell'imprenditore. Gli organi societari possono essere chiamati a rispondere dei reati che attengono la loro attività e la vita della società anche prima

¹⁰² Pedrazzi parla di "gestione patrimoniale nomine alieno" per indicare il mutato quadro di contorno della bancarotta impropria rispetto a quella propria. In C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 255 S.

¹⁰³ F. ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari, cit., 200 - 210. Si rimanda per un approfondimento sul problema del rinvio legislativo al paragrafo 4 del capitolo I.

¹⁰⁴ U. GIULIANI - BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit., 419 - 425.

¹⁰⁵ Nello stesso senso, Marini afferma: "È evidente che allo stato attuale l'attività d'impresa è organizzata prevalentemente nella forma dell'ente collettivo e i responsabili degli atti di depauperamento del patrimonio vanno normalmente individuati nei gestori del patrimonio altrui, tanto da apparire ormai preferibile la definizione di «bancarotta societaria», anche se la stessa non consente di ricomprendere gli illeciti rispetto agli interessi dei creditori della società dichiarata fallita". In C. MARINI, La bancarotta fraudolenta «impropria» (art. 223 legge fall.), in op. cit., 393.

del fallimento e questo per diverse ragioni: il fatto che le società commerciali si rivolgano ad un pubblico indeterminato di soggetto; la maggiore pericolosità dal punto di vista del rischio economico verso l'esterno che le contraddistingue; ed infine l'impossibilità dei soggetti esterni di controllare le grandi società commerciali con cui vengono a relazionarsi. L'Autore parla al riguardo di "evento lesione della garanzia [che] ben può sussistere insieme con un reato prefallimentare ed essere rivelato da un reato prefallimentare".¹⁰⁶ Basti pensare che il reato cui questo lavoro è dedicato vede la propria consumazione ben prima del fallimento, essendo rivolto al dissesto ed al suo aggravamento a seguito delle condotte attive ed omissive poste in essere dai soggetti qualificati. Infatti, alla bancarotta societaria può seguire anche il processo penale senza cessazione dell'impresa: può esservi punizione senza morte dell'impresa, avendo come conseguenza soltanto la sostituzione degli organi sociali considerati penalmente responsabili. Da qui si può cogliere un'altra peculiare differenza fra la fattispecie propria e quella impropria: la fiducia. I soggetti che si relazionano con l'imprenditore individuale pongono la propria fiducia alla base del rapporto con questi; mentre i soggetti esterni alla società commerciale entreranno in rapporti con questa per motivi che prescindono dalla persona dell'amministratore, piuttosto che direttore generale, sindaco o liquidatore, ma per ragioni che attengono all'andamento economico della società. Questo è uno dei presupposti per cui non avrebbe ragion d'essere far morire una realtà economica di più o meno vaste dimensioni, contrariamente alla cessazione dell'impresa dopo che l'imprenditore individuale si è reso penalmente responsabile di condotte di bancarotta, ledendo la fiducia che stava alla base delle relazioni imprenditoriali. Quindi, per quanto riguarda la sfera societaria, ogni qualvolta un soggetto qualificato sia imputato per un reato prefallimentare dovrebbe rendersi possibile prevenire la bancarotta.¹⁰⁷ Tuttavia, tale opinione non è unanimemente condivisa. Se si ritiene inammissibile la bancarotta

¹⁰⁶ U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit., 421.

¹⁰⁷ Giuliani - Balestrino offre alcuni esempi di quest'opera di prevenzione: legittimando il Pubblico Ministero ad agire ogni volta che un processo penale riveli gravi irregolarità nell'ambito di una società commerciale nonché a sospendere dalle funzioni di amministratore, sindaco, institore chi - essendo imputato di reati economici e raggiunto da prove gravi - non dia affidamento di essere fedele agli interessi dei creditori; dando al Pubblico Ministero la possibilità di sequestrare le azioni del socio occulto o tiranno ogni qualvolta in sede penale risulti che dette azioni sono servite a porre in pericolo gli interessi dei creditori. U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit., 423.

senza il fallimento, non è consentito agire preventivamente. È un bilanciamento di interessi che deve essere fatto tenendo prioritariamente in conto l'interesse dei creditori, che secondo l'Autore è il bene tutelato dalla normativa penale fallimentare.¹⁰⁸

Nonostante vi siano, alla luce di quanto detto, rilevanti differenze fra bancarotta propria e bancarotta impropria, la fattispecie impropria rientra sempre nello schema generico della bancarotta, e ciò per una peculiare ragione: l'imputazione dei fatti di bancarotta è in ogni caso subordinata all'apertura di una procedura concorsuale e all'offensività dei fatti medesimi rispetto agli interessi dei creditori e della società dichiarata fallita.¹⁰⁹ La bancarotta, che sia propria o societaria, si distingue inoltre per essere un reato proprio, dunque incriminante condotte che possono essere commesse soltanto da chi possieda determinate qualità o si trovi in determinate

¹⁰⁸ Lo stesso Autore avvalorava la propria posizione con un esempio, il caso del Banco Ambrosiano. Egli sottolinea come il non aver agito preventivamente, togliendo la possibilità all'allora Presidente Calvi di ritornare alla dirigenza della società ed indagando immediatamente sullo stato economico della stessa, abbia probabilmente contribuito ad aggravarne in modo irreversibile il dissesto. U. GIULIANI – BALESTRINO, op. cit., 424.

¹⁰⁹ In particolare, la soggezione al fallimento presuppone che la società (sia di persone sia di capitali) abbia ad oggetto un'attività commerciale. I reati fallimentari possono commettersi anche nelle società irregolari o di mero fatto, posto che l'inosservanza dell'obbligo di registrazione ex art. 2200 c.c. non esclude l'ipotesi di fallimento. Richiamando l'art. 1 l. fall., il primo comma dispone che sono soggetti al fallimento ed al concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, individuali o sociali, esclusi gli enti pubblici; mentre il secondo comma prevede l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui sopra qualora non vengano superate alcune soglie quantitative nella sfera patrimoniale dell'imprenditore commerciale: abbia avuto, nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, qualora di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo per ciascun anno non superiore a euro trecentomila; abbia realizzato, in qualsiasi maniera, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; abbia un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a euro cinquecentomila. Con riferimento all'ipotesi impropria, sono soggette al fallimento le società commerciali che superino le soglie di cui sopra, che siano: società di capitali (società per azioni, a responsabilità limitata ed in accomandita per azioni); società di persone ammesse ad esercitare attività commerciale (società in nome collettivo e società in accomandita semplice); cooperative; società consortili di persone e capitali ed i consorzi con attività esterna; società di mutua assicurazione che esercitano attività commerciale; società sportive professionistiche costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata; associazioni riconosciute o non riconosciute aventi prevalente attività commerciale, fondazioni, GEIE; società irregolari, di fatto, apparenti, occasionali ed occulte. C. MARINI, op. cit., 393 s.

relazioni con altre persone¹¹⁰. Per quanto riguarda l'ipotesi societaria, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite possono rendersi penalmente responsabili di uno dei fatti descritti dal Capo II proprio per la loro peculiare qualifica: la condotta illecita si riconnette alla funzione svolta e ricoperta da ciascun organo societario. Tuttavia, proprio perché organi di una società, questi possono agire collegialmente (per i sindaci questa è la regola, mentre per gli amministratori è usuale); in tale situazione come può individuarsi, e quindi subire le conseguenze penali, il responsabile? Il problema non sussisterebbe qualora i singoli componenti di ciascun organo pluripersonale, in concorso fra loro, nonostante la decisione presa all'unanimità abbiano partecipato direttamente e personalmente ad un fatto di bancarotta, per esempio omettendo o tenendo comportamenti penalmente rilevanti, in quanto obblighi previsti dalla legge a loro carico. In questo caso i soggetti che si sono resi direttamente responsabili concorreranno ex artt. 110 ss. c.p., unitamente alla norma penale fallimentare in concreto violata. Ma cosa accade per i soggetti che, invece, non hanno partecipato alla deliberazione e quindi si sono resi estranei alla condotta penalmente rilevante? Questi non saranno esenti da responsabilità in quanto l'essersi sottratti ai propri doveri di conoscenza e partecipazione all'attività di gestione e controllo societario, può essere considerato un venir meno ai propri obblighi giuridici derivanti dalla qualifica ricoperta; dunque, essi risponderanno, come i primi, di concorso, ma in questo caso per omesso impedimento di reati commessi da altri soggetti qualificati e così intranei, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 40, cpv. c.p. e 110 c.p., con i dovuti accertamenti sia dell'elemento soggettivo che di quello oggettivo, in particolare del nesso causale tra l'omesso compimento dell'azione doverosa e la realizzazione del fatto di reato da parte dei compartecipi, tenendo conto dell'effettività dell'eventuale impedimento.¹¹¹

Tali aspetti risultano di particolare rilevanza per la trattazione alla luce del fatto che l'aggravamento del dissesto si configura come fattispecie omissiva, potendo configurarsi sia come conseguenza della mancata richiesta del fallimento sia come violazione di obblighi previsti dalla legge (in questo caso, tuttavia, può esprimersi sia

¹¹⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2012 (IV Edizione), 201.

¹¹¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, cit., 181 - 186.

come condotta attiva che come condotta omissiva). Il problema, in questo caso, riguarda l'esistenza in capo ad amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di un obbligo giuridico in tal senso. Questa questione verrà affrontata nel prosieguo.

2. Soggetto attivo

La responsabilità penale è strettamente connessa alla carica, prima che all'intrinseca tipologia dell'attività; da questo deriva che dal momento dell'assunzione consapevole della carica, indipendentemente dall'effettiva attivazione, l'organo societario sarà soggetto ad eventuale responsabilità penale. Presupposto del reato è l'aver ricoperto quella carica al tempo della condotta tipica; infatti, la responsabilità per bancarotta non è limitata alle persone che ricoprono le cariche di amministratore, direttore generale, sindaco e liquidatore nel momento in cui viene pronunciata la sentenza di fallimento, ma si estende anche a coloro che le abbiano ricoperte in precedenza, al momento della commissione del fatto. Con la cessazione della carica, per qualunque causa, si estinguono i relativi poteri e doveri, e quindi anche la conseguente responsabilità penale, ma solo, peraltro, con effetto ex nunc, non sanando le inadempienze in atto. In particolare, un atto di volontà nel senso di sottrazione all'adempimento di obblighi già maturati non esonera comunque dalla responsabilità il soggetto attivo¹¹². Poiché anche la società che si sia fusa in altra è assoggettabile a fallimento, secondo quanto dispone l'art. 10 l. fall., entro un anno dal momento della sua estinzione - che coincide non con la data della relativa deliberazione, ma con quella di cessazione delle attività di liquidazione - la qualità di soggetto attivo della bancarotta non può essere esclusa in capo a quei soggetti qualificati della società incorporata che abbiano commesso il fatto entro un anno dalla cessazione delle relative attività di gestione patrimoniale e di conseguente liquidazione.¹¹³

Oltre ad essere in continuo cambiamento, gli organi societari non sono soggetti statici, dunque immobili nell'esercizio delle loro funzioni. Proprio perché la vita di una società è un continuo divenire, coloro i quali hanno compiti di gestione e

¹¹² C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 258 - 260.

¹¹³ A. MAFFEI, sub art. 223 l. fall., in Commentario breve alla Legge Fallimentare, 2013 (IV Edizione), in Breviaria Juris, 1519.

controllo della stessa possono porre in essere deliberazioni che vedono il coinvolgimento di più soggetti, come possono anche aderire alla decisione indirettamente o non impedire che una decisione dannosa per gli interessi societari venga adottata, nonostante un preesistente obbligo giuridico in tal senso gravante sugli stessi. Questi sono solo alcuni dei problemi che l'organo giudicante si trova ad affrontare nel momento in cui deve valutare la sussistenza della responsabilità penale per un fatto di bancarotta in capo ad amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori di una società dichiarata fallita. Un primo problema riguarda la qualificazione del contributo dei membri di un collegio, che può essere il Consiglio di Amministrazione come il Collegio Sindacale, nelle ipotesi in cui i reati di bancarotta impropria vengano integrati per il tramite di azioni od omissioni di organi collegiali. La questione si sposta sull'elaborazione del rapporto tra reato collegiale e reato di bancarotta: quest'ultima è configurabile quale fattispecie plurisoggettiva? La dottrina maggioritaria sembra rispondere negativamente a tale quesito, sostenendo che i reati fallimentari non siano stati costruiti come reati plurisoggettivi necessari e, dunque, la commissione da parte di più soggetti membri dello stesso organo è soltanto eventuale, per cui rappresenta una modalità di concorso di più persone intranee nel reato. In questo caso si parla di co-autoria, con la conseguenza che dovrà essere accertata la sussistenza del dolo di concorso.¹¹⁴ Dunque, il principale obiettivo che l'interprete dovrebbe porsi è delimitare entro precisi confini la responsabilità penale dei singoli componenti degli organi sociali di amministrazione e di controllo, in un contesto più complesso di concorso eventuale di persone nel reato.¹¹⁵ La soluzione non è univoca, bensì muta in base al grado di partecipazione dei membri del collegio, ed in tal caso possono configurarsi tre ipotesi: se la deliberazione è stata presa all'unanimità, non è necessaria nessuna valutazione personale in quanto tutti i membri hanno partecipato direttamente alla condotta; stesso discorso qualora, anche se non prendendo personalmente la decisione, alcuni membri l'abbiano consapevolmente "assecondata" o "condivisa", in questo caso si applicherà il

¹¹⁴ G. Cocco, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 l. fall., in op. cit., 1244.

¹¹⁵ Pedrazzi specifica che nel momento in cui la deliberazione è stata presa collegialmente, al fine di accertare la responsabilità penale, è necessario "isolare la posizione giuridica del singolo componente, alle cui attribuzioni uti singulus si commisura l'impegno di garanzia di fronte a deviazioni collettive." C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 276.

combinato disposto degli artt. 110 ss. c.p. e la norma penale fallimentare in concreto violata; infine, maggiore complessità riveste l'ipotesi in cui soltanto alcuni componenti degli organi di amministrazione e di controllo partecipino all'attività deliberativa sfociata in un illecito penale, mentre altri non partecipino ovvero dissentano. In quest'ultimo caso è necessario valutare l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto inerte.¹¹⁶

Questo secondo aspetto costituisce un altro problema del diritto penale fallimentare, riguardante la responsabilità degli amministratori e dei sindaci delle società di capitali per omesso impedimento del reato materialmente commesso da un altro intraneus, solitamente quello cui siano stati conferiti effettivi poteri gestori. Tale responsabilità vede la propria origine nell'esistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto "agente", la cui fonte è costituita dall'art. 2392 c.c. per gli amministratori e dall'art. 2407 c.c. per i sindaci, e dalla presenza del dolo eventuale, desunto dalla sottovalutazione di determinati segnali d'allarme.¹¹⁷ La posizione di garanzia assume rilevanza penale grazie al combinato disposto delle disposizioni civilistiche con l'art. 40, cpv. c.p.: dalla disciplina della responsabilità civile si ricava l'inerenza a ciascun ufficio dell'obbligo giuridico di impedire gli eventi lesivi degli interessi tutelati dalla normativa societaria e fallimentare. Tuttavia, proprio la responsabilità omissiva trova un limite invalicabile nelle attribuzioni di ciascuna carica e negli obblighi giuridici inerenti.¹¹⁸ E questo probabilmente dovrebbe compensare le accuse di violazione sia del principio di personalità della responsabilità penale sia del principio di tassatività. In particolare, Flora¹¹⁹ ha fortemente criticato questo orientamento sostenendo che il primo principio viene calpestato ben due volte: una prima volta, perché non si differenziano adeguatamente le posizioni eterogenee di soggetti che hanno un potere effettivo di impedimento dei reati del "dominus" con quelle di chi questo potere non lo ha; una seconda volta, perché viene attribuito a titolo di dolo eventuale, sostanzialmente "in re ipsa" o presunto, un fatto che può essere eventualmente ascritto a colpa. Mentre, per quanto riguarda il principio di

¹¹⁶ F. ANTOLISEI, op. cit., 184 s.

¹¹⁷ Per quanto riguarda l'accertamento dell'elemento soggettivo attraverso l'utilizzo di segnali d'allarme e la distinzione fra dolo e colpa, si rimanda al caso del Banco Ambrosiano trattato nel prosieguo.

¹¹⁸ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 260.

¹¹⁹ G. FLORA, Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?, cit., 900 - 903.

tassatività, la violazione avviene su un piano tecnico: attraverso l'espedito dell'istituto della causalità aperta del concorso di persone, la clausola di equivalenza dell'art. 40, cpv. c.p. finisce per applicarsi anche ai reati a condotta vincolata, trasformando gli obblighi di vigilanza in obblighi di impedimento. Tali problematiche sembrano essere state colte anche dal giudice di legittimità, il quale ha intrapreso un percorso di adeguamento della disciplina post riforma del 2003 ai principi generali. In particolare, la Corte ha seguito due direttrici: da una parte, ha valorizzato la modifica intervenuta sull'art. 2381 c.c. che impone agli amministratori un obbligo di "agire in modo informato" cui fa da contraltare "l'obbligo di ragguaglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione (articolo 2381 c.c., comma 1: provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri) sia in capo agli amministratori delegati, i quali, con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate (articolo 2381 c.c., comma 5)"¹²⁰; dall'altra, ha sfruttato la riforma subita dall'art. 2392 c.c. che, dopo aver richiamato espressamente l'art. 2381 c.c., elimina coerentemente il riferimento all'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e calibra l'adempimento dei doveri degli amministratori alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e alle loro specifiche competenze, limitando altresì la responsabilità solidale allorché si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In tal modo la riforma ha alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa.

In merito alla posizione della giurisprudenza, pare rilevante accennare al Caso Parmalat (successivamente ripreso in merito ai profili dell'evento naturalistico). In particolare, la decisione risulta essere fondamentale per comprendere come viene condotto l'accertamento della responsabilità degli amministratori non esecutivi in un contesto patrimoniale fortemente compromesso (dissesto conclamato), ulteriormente

¹²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 4 maggio 2007 n. 23838, in Cass. Pen., 2008, 1, 103.

aggravato dalle scelte gestorie degli amministratori con delega. In prima istanza, il Tribunale di Parma ha introdotto una distinzione tra le tipologie di comportamenti attribuibili agli amministratori senza delega: ipotesi di concorso attivo ed ipotesi di concorso omissivo. La prima riguardava il caso di approvazione delle decisioni vincolanti per la società propriamente riservate al Consiglio di Amministrazione, organo collegiale di cui erano membri sia gli amministratori senza delega che esecutivi, decisioni non di spettanza esclusiva di questi ultimi. Come nella sentenza relativa ai fatti che avevano visto coinvolto il Banco Ambrosiano, anche qui i giudici della Corte hanno presunto la responsabilità degli amministratori per il solo fatto di aver ricoperto quella carica, con l'aggiunta che le decisioni erano state prese all'unanimità; da queste premesse la bancarotta viene a configurarsi quale reato collegiale, scontrandosi con il pensiero della dottrina maggioritaria. La seconda categoria prospettata dai giudici si riferiva al non aver impedito, nonostante l'esistenza di una posizione di garanzia, la consumazione attiva dei reati fallimentari ad opera degli amministratori delegati; in particolare si trattava di condotte distrattive, operazioni dolose e reati societari causalmente connessi al dissesto. In questo caso la decisione si allinea al pensiero della dottrina maggioritaria, ritenendo la non esclusione di una responsabilità derivante da posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, cpv. c.p. per gli amministratori senza delega successivamente alle modifiche introdotte dalla riforma del 2003. Secondo la teoria dell'omissione impropria, è necessario individuare una fonte legale all'obbligo giuridico di impedimento, in modo da poter effettivamente addebitare una responsabilità per mancato impedimento al soggetto agente; inoltre, condizione essenziale è l'esistenza di un nesso relazionale di tipo funzionale e teleologico fra una determinata classe di rischi od un certo bene giuridico tutelato e l'individuazione di specifici poteri di protezione o di controllo. La Corte individuava la fonte di tali poteri nell'art. 2381, co. 3 e 6 c.c. per il caso specifico dei fatti di bancarotta addebitati agli amministratori esecutivi. Tuttavia, i giudici si sono limitati solo alla prima parte dell'accertamento, i.e. alla valutazione dell'esistenza di una posizione di garanzia, ricollegando a questa una presunzione di conoscenza degli eventi illeciti, dunque ritenendo che l'addebito per l'omissione fosse stato fatto correttamente a titolo di dolo eventuale. A tal fine, la decisione mostra come il collegio abbia valutato il nesso causale tra il contributo

omissivo dei singoli amministratori non esecutivi ed i reati non impediti degli esecutivi in correlazione alla tipologia dei poteri impeditivi, ed in particolare sulla base dell'esistenza di segnali d'allarme, per cui "gli organi di controllo esterno, attraverso un consulente indipendente, sarebbero riusciti ad individuare la reale situazione e quindi a smascherare in breve tempo l'illiceità delle condotte amministrative, tanto da impedire il consumarsi del dissesto o comunque il suo aggravamento". In realtà, ciò che la Corte ha omesso di considerare è l'ambito di competenze sui rischi affidato ai singoli garanti e la direzione finalistica del potere che si assume essere di impedimento, elementi imprescindibili per fondare un addebito di responsabilità per omesso impedimento.¹²¹

Non mancano in merito altre pronunce della giurisprudenza di legittimità (per lo più in tema di bancarotta fraudolenta societaria), in cui la Corte di Cassazione¹²² ha risposto al quesito per cui, in vista del potenziale dissesto di una società e della concreta valenza distrattiva di talune operazioni, possano essere valutati come rilevanti "segnali di allarme", per un amministratore privo di delega, alcuni specifici accadimenti di cui egli sia a conoscenza. È necessario partire dalla premessa per cui al fine di imputare la responsabilità per fatti di bancarotta in capo ad un soggetto che si trovi in posizione di garanzia, in merito ad una condotta omissiva da questi tenuta, debbono sussistere due condizioni, tra loro complementari ma idealmente distinte e separate: la prima postula la rappresentazione dell'evento, anche eventuale, nella sua portata illecita; la seconda l'omissione consapevole nell'impedirlo discendente da obbligo giuridico. Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridico. Per quanto attiene, in particolare, ai segnali d'allarme, la Corte sottolinea che "non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di

¹²¹ L. FOFFANI - D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*. Vol. I, Bologna, 2015, 53 - 60.

¹²² Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2012 n. 42519, in Cass. Pen., 2014, 3, 1025. Vedi anche Cass. Pen., Sez. V, 10 febbraio 2009 n. 9736, in Cass. Pen., 2010, 3, 1142, con cui la Corte ha fornito, tra le altre cose, l'importante contributo di definire la rilevanza dei segnali d'allarme nell'accertamento della responsabilità penale, statuendo che questi, per poter essere validi indici del dolo, devono essere "segnali perspicui, peculiari nonché anomali".

diligenza, all'area della colpa"¹²³: è necessario che l'amministratore si sia in effetti rappresentato l'evento pregiudizievole come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi, e non di meno sia rimasto deliberatamente inerte. Antolisei¹²⁴ parla di necessaria prova della effettività dell'impedimento: lo schema dell'art. 40, cpv. c.p. si applica solo in presenza di una situazione di possibilità concreta di impedire l'evento pregiudizievole, stante il suo tassativo disposto e tenuto conto del divieto di analogia in malam partem, principio costituzionalizzato in materia penale, mentre sarà da bandire ogni coinvolgimento del soggetto amministratore che si astenga da qualsivoglia intervento di possibile eliminazione a posteriori o di possibile attenuazione delle conseguenze dannose dell'evento stesso. Seguendo queste premesse, vi sarà responsabilità penale per omesso impedimento qualora questa mancanza si configuri come momento dell'iter criminis e non semplice momento perfezionante la fattispecie penale. Ritornando ai segnali che l'amministratore dovrebbe cogliere in seno all'attività di gestione della società e riprendendo le parole della Corte "non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante ex articolo 40 cpv. c.p., si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministrazione o al solo ambito societario"; bensì, è doveroso dimostrare che i sintomi fossero presenti ed anormali per l'amministratore non operativo. Inoltre, l'importanza dei segnali d'allarme si riverbera principalmente sull'elemento soggettivo, e dunque nella valutazione del dolo eventuale, in quanto devono essere intesi come "momenti rivelatori, con qualche grado di congruenza, secondo massime di esperienza o criteri di valutazione professionale, del pericolo dell'evento. [...] Ovviamente questa dimostrazione deve inquadrarsi nel bagaglio di esperienza e cognizione professionale proprio del preposto alla posizione di garanzia, la cui valutazione - in rapporto al sintomo allarmante - deve esplicitarsi in concreto, volta per volta". Al fine di poter affermare la sussistenza del dolo eventuale, dunque,

¹²³ Un'altra pronuncia della Cassazione evidenzia un ulteriore requisito soggettivo del contributo omissivo, ricavabile dalla struttura della fattispecie nella quale si concorre (nel caso di specie, bancarotta per distrazione): la fraudolenza. Tale requisito, inteso come "connotato interno alla distrazione", impone che dal punto di vista soggettivo sia accertata, in capo a ciascun correo, la "consapevolezza che si stanno compiendo operazioni sul patrimonio sociale, o sul alcune attività, idonee a cagionare danno ai creditori". Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2006 n. 9807, in Riv. trim. di dir. pen. ec., 2007, 4, 1018.

¹²⁴ F. ANTOLISEI, op. cit., 185 s.

è necessaria la rappresentazione di specifiche operazioni anomale e patologiche tali da arrecare pregiudizio al patrimonio dell'impresa, non è invece necessario che siano conosciuti o previsti i dettagli operativi.¹²⁵ Tuttavia, è opportuno scindere il profilo oggettivo da quello soggettivo dell'imputazione, al fine di evitare che dalla violazione dell'obbligo di vigilanza sia desunto quasi automaticamente il dolo di concorso. Infatti, lo strumento del dolo eventuale non deve essere utilizzato quale mezzo per presumere la responsabilità penale sulla base di uno standard di diligenza che non tiene conto delle particolarità del caso concreto e dell'attività di controllo e gestione del singolo agente in base alle sue personali capacità.¹²⁶ Tuttavia, questo vuol dire che per essere esonerati da responsabilità penale è sufficiente un atteggiamento dissenziente, che non vada oltre l'astensione od il voto negativo, a meno che non si possa ragionevolmente dimostrare l'efficacia risolutiva di un'ipotetica opposizione più battagliera. Non può non ravvisarsi in tali parole un netto distacco dall'orientamento effettivamente seguito nel Caso Parmalat.

Ma cosa accade se si è fuori dal contesto collegiale e l'amministratore non ha un potere personale di intervento? Questi potrebbe rivolgersi ad altri organi sociali, quali il Collegio Sindacale; tuttavia, non spettando a quest'ultimo un potere di veto nei confronti degli amministratori, non è accertabile un nesso causale tra l'omessa segnalazione al Collegio ed il reato fallimentare di matrice collegiale. Un'altra soluzione potrebbe rinvenirsi nel ricorso ad istanze extrasociali investite di poteri-doveri funzionali: al di fuori della vigilanza pubblicistica, vi è il ricorso all'autorità giudiziaria. Anche in questo caso è necessario, però, che le conseguenze pregiudizievoli abbiano varcato la soglia delle mere congetture.¹²⁷ Potrebbe in questo caso rientrare la fattispecie di aggravamento del dissesto, per cui i soggetti diversi

¹²⁵ G. Cocco, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 l. fall., in op. cit., 1249.

¹²⁶ Pedrazzi distingue due casi, in merito alla posizione di garanzia rivestita dagli amministratori: il caso dell'amministrazione congiuntiva e di quella disgiuntiva. Nella prima ipotesi, propria delle società di persone (o, come suggerisce M. PUNZO - Il delitto di bancarotta, cit., 52 -, conseguenza dell'omessa indicazione degli amministratori nell'atto costitutivo), l'astensione da una partecipazione attiva basta ad esonerare da responsabilità, essendo necessaria l'unanimità per il compimento di operazioni sociali. Nel secondo caso, ciascun socio amministratore ha diritto di veto sulle decisioni; conseguentemente possiede un potere-dovere di agire quando siano in pericolo gli interessi di terzi penalmente tutelati. In C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 279.

¹²⁷ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 281.

dal fallito avrebbero dovuto chiedere la dichiarazione di fallimento della società al fine di evitare il verificarsi dell'evento del reato? Tale aspetto sarà oggetto di trattazione nel prosieguo di questo capitolo. Per concludere questo aspetto, si accoglie la critica di Flora precedentemente riportata, il quale, pur apprezzando lo sforzo giurisprudenziale di adeguamento della normativa post riforma con i principi che costituiscono le fondamenta del diritto penale, ritiene che sarebbe stato più opportuno un intervento maggiormente incisivo del legislatore, essendo la normativa civilistica incapace di fondare un obbligo di impedimento dotato di tutte le caratteristiche costituzionalmente imposte di una posizione di garanzia. La spinta giurisprudenziale avrebbe dovuto condurre ad una riforma tale da annullare un addebito a titolo di responsabilità penale per non impedimento dei fatti penalmente illeciti degli amministratori operativi da parte sia di quelli non operativi sia dei sindaci, non avendo questi a disposizione adeguati poteri impeditivi espressamente e specificamente configurati dalla legge.¹²⁸

Analizzando singolarmente i soggetti contemplati nel Capo II, gli amministratori sicuramente ricoprono un ruolo privilegiato, essendo titolari di un rapporto organico con la società e di autonomi poteri decisionali di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi, oltre che di rappresentanza. La definizione di amministratore non è data né dal diritto fallimentare né dal diritto civile. Si potrebbe pensare che esista un concetto unico di amministratore, in particolare questo va considerato come colui il quale è titolare di un rapporto organico con la società e possiede diretti e concreti poteri di rappresentanza, di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi, spazianti su tutte le operazioni riconducibili all'oggetto sociale. Elemento caratterizzante della figura è il potere decisionale e la sua autonomia, mentre il potere di rappresentanza nei rapporti esterni può anche essere riservato ad alcuni soltanto degli amministratori.

Attraverso al d.lgs. n. 61 del 2002 anche la normativa si è adeguata a quello che da tempo era l'orientamento dominante¹²⁹. In forza del nuovo art. 2639 c.c., per

¹²⁸ G. FLORA, op. cit., 902 s.

¹²⁹ La giurisprudenza di legittimità, da tempo, aveva aderito a tale orientamento; basti pensare che già una sentenza della Cassazione di Torino del 1876, con riferimento alla figura del direttore generale, aveva statuito che "il reato non cessa quando, mercé quelle funzioni, di fatto esercitate, si perviene

i reati previsti dagli artt. 2621 ss. c.c., al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Questa equiparazione dal punto di vista delle qualifiche si riverbera anche sui doveri di cui è gravato l'amministratore di diritto, i quali saranno gli stessi doveri che dovranno essere ottemperati dall'amministratore di fatto; per cui, ove concorrano le altre condizioni oggettive e soggettive, il secondo assume la personale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, in applicazione della disciplina di cui all'art. 40, cpv. c.p., non come extraneus bensì quale intraneus. Lo schema dell'art. 2392 c.c. richiama, in relazione alla responsabilità civilistica degli amministratori, l'imputazione colposa; spostandosi sul piano penalistico, è necessario dimostrare la sussistenza del dolo in capo a ciascun concorrente: si dovrà provare che il soggetto agente ha ommesso di impedire l'atto pregiudizievole consapevolmente, non compiendo l'azione doverosa che egli sapeva poter e dover tenere. Di tali reati risponde anche l'amministratore di diritto a titolo di concorso, ma con un dolo particolare, che potrebbe essere definito genericus: ad integrarlo è sufficiente la generica consapevolezza che l'amministratore di fatto abbia tenuto condotte integranti fattispecie criminose. Tuttavia, tale consapevolezza non è semplicemente desumibile dall'accettazione espressa della carica di amministratore, ma il soggetto deve pur avere contezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire effetti tipici del reato o comunque abbia accettato il rischio che questi si verificassero.¹³⁰ A parte l'ipotesi dolosa, anche in relazione alle ipotesi colpose di bancarotta semplice od alla colposa causazione od aggravamento del dissesto ai sensi dell'art. 224, n. 2 l. fall., realizzate dai componenti del comitato esecutivo o dall'amministratore delegato, è ammissibile il concorso dell'amministratore delegato. Infatti, ad esempio, la colpa degli amministratori per la mancata, irregolare od incompleta tenuta dei libri e delle scritture contabili da parte del Consiglio di Amministrazione potrebbe configurarsi come culpa in vigilando.¹³¹ La responsabilità dell'amministratore di diritto non

similmente a consumare la bancarotta dolosa o colposa; poiché rimpetto alla violazione della legge è l'egual cosa". Cass. Torino, 3 dicembre 1884, riportata da C. MARINI, op. cit., 395 s.

¹³⁰ A. MAFFEI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 1519 - 1523.

¹³¹ F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 78 s.

sussiste qualora lo stesso “sia rimasto estraneo alle vicende societarie, di fatto gestite da altri ovvero lo stesso dimostri la totale dissociazione dall’operato degli stessi gestori”¹³². Ulteriore limite invalicabile, spesso poco presente all’autorità giudiziaria, è la punibilità della violazione dell’obbligo di vigilanza soltanto quando questa riguardi il mancato impedimento di fatti rientranti tra le ipotesi di diritto penale fallimentare, nell’ambito delle istituzionali attività gestorie dei componenti dell’organo di amministrazione sottoposte e sottoponibili al sindacato dell’organo di controllo.¹³³

Ad ogni modo, possono essere chiamati a rispondere di bancarotta, oltreché gli amministratori di diritto, anche i c.d. amministratori di fatto, poiché, quando la legge indica i soggetti che possono commettere bancarotta nel fallimento delle società, si riferisce non già all’aspetto formale delle qualifiche di amministratore, diretto generale, sindaco o liquidatore, bensì alle funzioni inerenti tali qualifiche ed al loro concreto ed effettivo esercizio.¹³⁴ In particolare, la dottrina predominante appoggia la tesi per cui l’amministratore di fatto può essere considerato penalmente responsabile per i fatti di bancarotta.¹³⁵ Si oppone fermamente a tale impostazione

¹³² Orientamento giurisprudenziale riportato da F. ANTOLISEI, op. cit., 197. Lo stesso Autore, tuttavia, si dissocia da tale posizione ritenuta in sovrapposizione con “le regole indicanti la responsabilità penale del concorrente per omissione di impedimento del fatto di reato e regole individuanti la più allargata responsabilità civile solidale per omissione di impedimento di atti pregiudizievoli e per mancata eliminazione od attenuazione delle conseguenze dannose e laddove inverte l’onere probatorio”.

¹³³ F. ANTOLISEI, op. cit., 186 s.

¹³⁴ A. MAFFEI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 1519 s.

¹³⁵ Questa posizione è supportata da diversi elementi, tra cui il fatto che già all’epoca della vigenza del Codice di Commercio del 1882 la punibilità per i fatti di bancarotta fosse estesa agli amministratori di fatto, a maggior ragione possiamo ritenere che lo stesso trattamento si applichi all’attuale Legge Fallimentare, tenendo anche in considerazione che il legislatore della riforma penale societaria del 2002 aveva elaborato una formula generale che potesse legittimare in un momento successivo l’iscrizione delle fattispecie penali a soggetti differenti rispetto a quelli espressamente individuati ed esistenti in quel dato frangente. Inoltre, elemento più pragmatico sembra potersi individuare nell’iniquità della scelta di escludere questi soggetti dal panorama penale fallimentare, incorrendo nell’impunità degli effettivi responsabili delle condotte criminose. In U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit., 304 - 307. Lo stesso Autore riporta numerosi contributi nello stesso senso, in particolare di Conti, La Monica et al. Inoltre, contributo fondamentale è quello di F. ANTOLISEI, op. cit., 190 - 196. Infine, ai fini della trattazione, pare rilevante riportare l’opinione di Antonioni, il quale chiarisce che l’amministratore di fatto “non può andare esente da responsabilità penale ai sensi dell’art. 224 l. fall. per il solo fatto che il suo nome non risulti dall’atto costitutivo. Ciò che interessa è che il singolo amministratore, indicato o meno nell’atto costitutivo od in atto successivo, abbia compiuto o concorso a compiere il fatto di bancarotta”. In F. ANTONIONI, op. cit., 81.

Pedrazzi¹³⁶, partendo dal presupposto che non è ammissibile ritenere che la qualità di imprenditore sia accertata dal giudice civile, mentre la figura dell'amministratore di fatto sia accertata dal giudice penale. Infatti, essendo le qualifiche soggettive dei bancarottieri stabilite dalla legge extra-penale, queste devono essere sempre accertate dal giudice civile e non possono essere lasciate alla decisione dell'organo giudicante in sede fallimentare. Tuttavia, lo stesso Autore ammette la possibilità di una investitura tacita, consistente nella tolleranza dei soci nei confronti di una ingerenza protratta del soggetto carente di nomina formale. Altrettanto contrari paiono essere Punzo e Nuvolone¹³⁷, rigettando in modo assoluto l'ipotesi che degli estranei possano essere equiparati agli amministratori, anche nei relativi doveri e responsabilità, non potendosi estendere la punibilità per le fattispecie di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., le quali ipotesi presuppongono la qualità di amministratore "palese", rischiando una violazione del principio di legalità. Sicuramente desta qualche dubbio l'estensione della punibilità agli amministratori di fatto nelle fattispecie di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., mancando un "ponte di collegamento" tra soggetti di diritto ed i primi; tuttavia, seguendo la teoria funzionalistica prima enunciata, si potrebbe dare una risposta positiva a tale quesito. Ed anche la giurisprudenza sembra seguire questo orientamento, facendo leva sul portato interpretativo della disciplina dei reati societari, estensibile anche ai reati penali fallimentari.¹³⁸ In particolare, è pacifica l'applicabilità della figura dell'amministratore di fatto alla bancarotta, con la precisazione che "tale funzione può ricavarsi dall'inserimento del soggetto, in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi".¹³⁹ Oltre ad affermare che l'amministratore di fatto risponde come intraneo, la Suprema Corte ha statuito che chi assume tale qualifica riceve anche la veste di garante spettante all'amministratore

¹³⁶ C. PEDRAZZI, Gestione d'impresa e responsabilità, in *Rivista delle Società*, 1962, 1, 220 ss.

¹³⁷ M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, cit., 52 s.; P. NUVOLONE, Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, cit., 48 s. Si ritiene opportuno specificare che tali contributi sono anteriori alla riforma del 2002.

¹³⁸ La Corte ribadisce: "I destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 23 l. fall. vanno individuati in base alle concrete funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali, ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento alla qualifica ricoperta". Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2013 n. 45671, in *Guida al Diritto*, 2014, 6, 100.

¹³⁹ Cass. Pen., Sez. V, 27 novembre 2008 n. 7044, in *Guida al Diritto*, 2009, 15, 87.

di diritto, e può essere ritenuto responsabile di eventi pregiudizievoli per la società ai sensi dell'art. 40, cpv. c.p.¹⁴⁰

Tra i possibili autori del reato di bancarotta figurano anche i direttori generali, definiti come coloro i quali hanno autonomi poteri di direzione estesi all'intera impresa, tali da consentire un controllo effettivo sulla medesima e che svolgono quindi funzioni di gestione assimilabili a quelle degli amministratori, rispetto ai quali si differenziano per la costante presenza operativa, qualificandosi come lavoratori indipendenti.¹⁴¹ In merito al riferimento all'art. 2396 c.c., la dottrina è divisa. Da un lato, alcuni autori¹⁴² chiariscono che la nozione di direttore generale, valevole per le disposizioni sulla bancarotta, non è quella di cui all'art. 2396 c.c., "poiché questa disposizione ha solo riguardo alla particolare disciplina della responsabilità patrimoniale dei direttori generali verso la società e verso i terzi data dal Codice Civile". Dall'altro lato, c'è chi ritiene la disciplina penale fallimentare si riferisca a tale disposizione, la quale estende l'applicabilità della disciplina dedicata alla responsabilità degli amministratori anche ai direttori generali, "in relazione ai compiti loro affidati"; per questo filone dottrinale l'articolo in questione viene utilizzato per penalizzare anche le condotte dei direttori "di fatto", i.e. coloro i quali hanno ricevuto un'investitura tacita e possono rispondere del reato di bancarotta sia come correi sia autonomamente.¹⁴³ Quest'ultima posizione pare essere supportata, per il Punzo, da cinque elementi: in primo luogo, l'aggettivo "generale" non è casuale, bensì indica il desiderio di restringere il campo di applicazione delle norme sulla bancarotta; in secondo luogo, il legislatore usa volutamente un'espressione tecnica quale "direttore generale" per richiamare implicitamente le disposizioni di legge che disciplinano tale figura; in terzo luogo, l'estensione della responsabilità tipica degli amministratori anche ai direttori generali ai sensi dell'art. 2396 c.c. è chiaro segnale che la parificazione deve avvenire non soltanto a livello civile, ma anche su quello penale; in quarto luogo, sarebbe inconcepibile ritenere che la normativa voglia creare confusione nel destinatario del precetto penale andando a diversificare il contenuto di

¹⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2008 n. 7203, in Cass. Pen., 2008, 11, 4323.

¹⁴¹ C. MARINI, op. cit., 398.

¹⁴² M. PUNZO riporta le autorevoli opinioni di De Maio, Provinciali e De Semo, tuttavia distaccandosi da tale impostazione. In *Il delitto di bancarotta*, cit., 57 s.

¹⁴³ G. Cocco, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 l. fall., in op. cit., 1258.

una medesima espressione; infine, la specifica introduzione dell'art. 2396 c.c., in sostituzione del vecchio art. 148 cod. comm., mostra l'intento del legislatore di modificare il precedente orientamento sia giurisprudenziale sia dottrinale. È anche vero che la Relazione Ministeriale¹⁴⁴ nega che la nozione penalmente rilevante sia quella fornita dal Codice Civile, tuttavia, riferendosi alla disciplina della responsabilità patrimoniale quale motivo fondante la propria posizione, non tiene conto del fatto che proprio tale responsabilità sta alla base della posizione di garanzia che accomuna i direttori generali agli altri soggetti qualificati: infatti, soltanto ai soggetti ex art. 2396 c.c. sono estesi l'obbligo giuridico di impedire il compimento di atti pregiudizievoli e quello inerente la conservazione del patrimonio sociale; conseguentemente la deduzione per cui la nozione di direttore generale, ai fini della legittimazione attiva ai reati di bancarotta impropria, è più ampia della nozione civilistica sembra inopportuna.¹⁴⁵ Nonostante ciò, è necessario fare alcune specificazioni: la subordinazione gerarchica dei direttori generali agli amministratori preclude ai primi un intervento diretto nei confronti dei secondi, avendo esclusivamente la possibilità di rivolgersi al Consiglio di Amministrazione ovvero al Collegio Sindacale o ad apparati pubblici.¹⁴⁶

I sindaci, invece, ricoprono un ruolo peculiare rispetto alle altre figure di cui al Capo II. La funzione di controllo loro assegnata forma oggetto di considerazione autonoma da parte della normativa penale fallimentare, in quanto tipica di società di capitali e società cooperative. Questo comporta che i sindaci dovranno rispondere non soltanto nei confronti della società, ma anche di fronte ai creditori sociali. La funzione di controllo assegna al sindaco una posizione di garanzia, a meno che non si tratti di soci di società in cui manca un collegio sindacale o di amministratori e

¹⁴⁴ Si legge nella Relazione, sotto l'art. 57: "la equiparazione, nel campo della responsabilità penale, agli amministratori non consente oltrepassare la categoria dei direttori generali, poiché a questi soltanto, e non anche ai semplici direttori, spettano facoltà e poteri di direzione dell'andamento amministrativo ed economico dell'impresa in generale. Ma, anche qui giova osservare, ciò non significa che la nozione di direttore generale, agli effetti delle presenti norme, sia quella di direttore generale nominato dall'assemblea o per disposizione dell'atto costitutivo a norma dell'art. 2396 del codice civile, poiché questa disposizione ha solo riguardo alla particolare disciplina della responsabilità patrimoniale dei direttori generali verso la società e verso i terzi, data dal codice civile".

¹⁴⁵ F. ANTONIONI, op. cit., 84 s.

¹⁴⁶ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 271 e 285.

dipendenti di società di revisione (questi ultimi hanno autonoma responsabilità penale). I sindaci possono rispondere del reato di bancarotta sia autonomamente sia concorrendo nel reato proprio degli amministratori; in quest'ultimo caso essi possono partecipare all'illecito attivamente ovvero non ottemperando all'obbligo giuridico di impedire ex art. 40, cpv. c.p., in combinato disposto con l'art. 2407 c.c. A tal riguardo, le funzioni dei sindaci non si fermano al dovere di controllo, ma si estendono anche al dovere di conoscenza di cui all'art. 2403 c.c., al dovere di informazione e al dovere di attivarsi in ordine all'esito dei controlli. Dunque, oltre alla posizione di garanzia essi ricoprono una peculiare posizione di controllo. Da ciò deriva che il sindaco, anche individualmente, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo e di vigilanza, ha il dovere di intervenire tutte le volte in cui gli amministratori della società violino la legge, in questo caso la normativa fallimentare.¹⁴⁷ Tuttavia, è opportuno delimitare la responsabilità commissiva mediante omissione dei sindaci: prima di tutto non esiste in capo ai sindaci un dovere generalizzato di impedire i reati commessi nell'attività della società, in quanto deve intercorrere un nesso tra reato commesso e sfera dei doveri sindacali di controllo. Fuori da tali poteri non sussiste alcuna posizione di garanzia. In secondo luogo, altro limite può essere rinvenuto nell'accertamento dell'elemento soggettivo; in particolare, diversamente che nella responsabilità civile per cui è richiesta la presenza della colpa, per un addebito a titolo di responsabilità penale è necessaria la prova del dolo di omesso impedimento, il quale non può essere valutato sulla base della presenza di "indici di rischio", i quali sono utilizzabili solo per un addebito per colpa, rilevante nella disciplina penale fallimentare esclusivamente per la fattispecie di cui all'art. 224, co. 2 I. fall.¹⁴⁸ Ulteriore aspetto peculiare si ha nel caso in cui i sindaci agiscano in veste provvisoria quali amministratori, incaricati per legge dell'ordinaria amministrazione: essi saranno puniti una sola volta ai sensi dell'art. 224 I. fall., ma non in veste di sindaci, essendo

¹⁴⁷ Peculiare è il Caso Sindona: Cass. Pen., Sez. V, 29 novembre 1990 in Giust. Pen., 1991, II, 645. Giova riportare un'ulteriore passo della sentenza, accolto dalla dottrina come successivamente riportato: "vigilare perché non siano commessi dei delitti non significa certo ingerirsi in valutazioni di merito sulla opportunità economica e politica delle operazioni sociali, dato che le norme imperative, in particolare quelle penali, rappresentano il limite interno del quale solamente può e deve svolgersi l'attività di gestione della società e quindi la valutazione delle opportunità politico-economiche".

¹⁴⁸ G. Cocco, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 I. fall., in op. cit., 1255 - 1258. In realtà, come il Caso Parmalat ed altri hanno evidenziato, la giurisprudenza riduce alla presenza di questi elementi l'accertamento della responsabilità penale dei sindaci.

sprovvisi in relazione al fatto del potere-dovere di controllo, bensì in quella di amministratori.¹⁴⁹ Anche per la figura dei sindaci “di fatto” non vi è unanimità in dottrina. Secondo Pedrazzi¹⁵⁰, qualora manchi un’investitura efficace nell’atto costitutivo o da parte dell’Assemblea, ovvero sia incorso in decadenza, il sindaco “di fatto” non è equiparabile per quanto riguarda la responsabilità da bancarotta al sindaco “di diritto”, e questo perché la responsabilità penale di tale qualifica è strettamente connessa con i poteri-doveri della carica. Infatti, dei reati fallimentari i sindaci rispondono nei limiti della loro funzione di controllo; solo in via eccezionale essi sono investiti di funzioni amministrative ex lege, con conseguente estensione della responsabilità penale. Valgono le considerazioni di cui sopra in merito al reato plurisoggettivo, operando tale figura solitamente come struttura collegiale. In giurisprudenza prevale, invece, l’opinione contraria, per cui si possono configurare responsabilità penali per i delitti di bancarotta anche a carico di coloro i quali hanno esercitato di fatto le funzioni di sindaco, sia come correi che autonomamente. Nello stesso senso, Autorevole dottrina¹⁵¹ sostiene che deve ritenersi ipotizzabile il reato di bancarotta anche a carico di coloro i quali siano stati irregolarmente nominati o che non lo potevano essere, nonché di coloro che abbiano declinato l’incarico o ne siano stati rimossi, seguendo lo stesso ragionamento fatto per l’estensione della responsabilità penale anche agli amministratori di fatto.

Soggetti attivi del reato di bancarotta possono essere anche i liquidatori, i quali subentrano agli amministratori in caso di scioglimento della società ex art. 2276 c.c., con poteri limitati alla definizione dei rapporti tra la società ed i terzi ai sensi degli artt. 2278 e 2250 c.c., volti alla salvaguardia della garanzia patrimoniale dei creditori sociali.¹⁵² Essendo la posizione di garanzia dei liquidatori equiparata a quella degli amministratori, i primi sono penalmente responsabili delle condotte di tutti coloro che abbiano agito, in via di diritto o di fatto, per conto di un ente successivamente fallito in tutti i casi nei quali, pur essendone inconsapevole, non abbia fatto tutto quanto in sua possibilità per attuare una efficace vigilanza ed un

¹⁴⁹ F. ANTONIONI, op. cit., 89.

¹⁵⁰ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 273 s.

¹⁵¹ M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, cit., 58 s.

¹⁵² C. MARINI, op. cit., 398.

rigoroso controllo, ovvero non si sia data un'organizzazione idonea non soltanto al raggiungimento degli scopi sociali, ma anche ad impedire che vengano posti in essere atti pregiudizievoli nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi.¹⁵³ L'investitura dei liquidatori varia dipendentemente dal tipo di società: unanimità dei soci nelle società di persone, ovvero di competenza assembleare nelle società di capitali. Qualora nelle società di persone venga omessa la procedura legale di liquidazione, per contratto o per accordo, la qualifica di liquidatore compete a coloro ai quali verranno assegnate le medesime funzioni spettanti ad un liquidatore, con le conseguenti responsabilità penali.¹⁵⁴ Anche con riguardo alla figura di liquidatore di società rispondono dei delitti di bancarotta non soltanto le persone munite di formale investitura ma anche quelle che di fatto esercitano le relative funzioni, sia come correi che autonomamente.¹⁵⁵

Da ultimo, anche i soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo od in accomandita semplice possono essere penalmente responsabili per i fatti di bancarotta semplice impropria. È necessario premettere che la sfera di applicabilità delle norme di cui agli artt. 222 e 224 l. fall. non coincide perfettamente, in quanto la prima prevede l'ipotesi del socio illimitatamente responsabile di società in nome collettivo od in accomandita semplice che non sia anche amministratore o liquidatore, escludendo a priori per motivi strutturali le cariche di direttore generale e sindaco: sarà, quindi, possibile rispondere penalmente ai sensi dell'art. 222 e non dell'art. 224, n. 1 l. fall. se si parla di socio non amministratore né liquidatore; mentre, si risponderà ai sensi del secondo articolo e non del primo qualora siano coinvolti amministratori o liquidatori non soci. Ma se chi ha commesso il fatto di bancarotta è un socio amministratore? L'art. 222 l. fall. desta non pochi problemi interpretativi, soprattutto in combinato disposto con l'art. 224 predetta legge. Uno dei tanti quesiti è se la qualità di fallito del soggetto attivo sia rilevante o meno per la configurabilità dell'ipotesi di bancarotta. Anche in questo caso la dottrina è divisa: alcuni¹⁵⁶ ritengono che la qualità di fallito sia irrilevante, essendo sufficiente il

¹⁵³ Cass. Pen., 22 febbraio 2008, in Riv. trim. di dir. pen. ec., 2009, 4, 1180.

¹⁵⁴ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 275.

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez. V, 17 dicembre 1981, in Giust. Pen., 1982, 2, 576.

¹⁵⁶ Vedi Punzo, il cui ragionamento parte dal presupposto per cui il socio receduto od escluso dalla società possa essere dichiarato fallito; da ciò si desume che egli debba "rispondere di bancarotta per

fallimento della società, visto il disposto dell'art. 222 l. fall. prefigurante "piuttosto un'ipotesi di quasi bancarotta che non di bancarotta"; altri¹⁵⁷, invece, sostengono che la norma predetta riguardi la penale responsabilità del socio per fatti di bancarotta commessi nel proprio fallimento, dunque assegnando un ruolo decisivo al fallimento personale del socio. A quest'ultima opinione aderisce Antonioni¹⁵⁸, il quale tuttavia chiarisce che la norma richiede che il socio sia stato dichiarato fallito, ma questa è precondizione anche per l'attribuzione di responsabilità per fatti di bancarotta commessi nel fallimento della società: dunque, "si tratta di responsabilità del fallito per fatti illeciti che dallo stesso possono essere stati commessi nel fallimento altrui (ossia, della società in nome collettivo od in accomandita semplice)". Un caso particolare è quello dell'accomandante amministratore provvisorio di società in accomandita semplice ai sensi dell'art. 2323 c.c. che si sia reso penalmente responsabile dell'ipotesi di cui all'art. 224, n. 2 l. fall. L'unica differenza esistente ai fini fallimentari tra questo soggetto e l'accomandatario amministratore riguarda il fatto che solo quest'ultimo può essere dichiarato fallito, ma ciò non toglie che la norma dell'art. 224 nn. 1 e 2 l. fall. debba applicarsi nei confronti dell'amministratore provvisorio dal momento che quest'ultimo, sia pure esplicando funzioni più limitate rispetto agli amministratori accomandatari, è sempre considerato dalla legge civile e dalle norme penali fallimentari un amministratore della società.¹⁵⁹

Infine, un accenno deve essere fatto ai gruppi di società e alle ricadute che questa formazione, discussa sia in dottrina che in giurisprudenza, ha sulle fattispecie penali fallimentari. In materia di insolvenza ciascuna società appartenente ad un gruppo continua ad essere considerata quale autonomo centro d'imputazione di interessi, che risponde con il proprio patrimonio esclusivamente dei propri debiti.¹⁶⁰ Per quanto riguarda invece la responsabilità degli amministratori della capogruppo

fatti commessi sia nel proprio fallimento che in quello della società cui apparteneva". M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 49 s.

¹⁵⁷ Conti distingue preliminarmente fra soci amministratori e soci non amministratori, negando la possibilità di qualsiasi implicazione a titolo di bancarotta semplice ai secondi, se non nel contesto del loro stesso fallimento. In L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 133.

¹⁵⁸ F. ANTONIONI, *op. cit.*, 67.

¹⁵⁹ F. ANTONIONI, *op. cit.*, 76 s; M. PUNZO, *op. cit.*, 53.

¹⁶⁰ In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità: vedi Cass. Pen., Sez. V, 26 marzo 2010 n. 11899, in Cass. Pen., 2010, 10, 3574.

per gli atti pregiudizievoli commessi dagli amministratori delle società controllate, si tende ad escludere qualsiasi addebito a titolo sia di responsabilità penale che civile, avendo le società distinta personalità giuridica.¹⁶¹

3. L'elemento soggettivo

Numerosi dubbi ed ipotesi interpretative hanno connotato la fattispecie di bancarotta semplice impropria anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo. La questione è volta a comprendere se sia possibile riunire tutte le ipotesi di tale tipologia di bancarotta sotto l'ala della responsabilità per colpa o se, in realtà, sia necessario operare alcune distinzioni. A favore della prima tesi, in primo luogo, sta il fatto che la legge non contempla mai un dolo specifico, mentre fa espresso riferimento talvolta alla colpa come causa di aggravamento del dissesto o all'imprudenza, mancando ogni caratteristica di frode tipica della bancarotta fraudolenta. In secondo luogo, le ipotesi previste dall'art. 217 l. fall., richiamato dall'art. 224, co. 1 predetta legge, non possiedono, dal punto di vista della descrizione legislativa, univocità oggettiva e soggettiva, ma si limitano ad elencare fatti pregiudizievoli per la società, i quali però vengono commessi, secondo l'orientamento maggioritario, senza intenzione criminosa, ma unicamente per negligenza, imprudenza o imperizia. Si giunge alla conclusione che "la bancarotta semplice è caratterizzata dall'assenza di ogni intenzionalità nei confronti del danno ai creditori che ne può conseguire, limitandosi la volontà alla realizzazione dei singoli fatti"¹⁶². In realtà, lo stesso Nuvolone rigetta l'idea che la fattispecie, così come strutturata, possa configurare un reato colposo, bensì questa configura la violazione volontaria di una serie di norme prudenziali dettate per contenere lo stato di insolvenza. Nonostante i reati prefallimentari patrimoniali si traducano essenzialmente in un danno ai creditori, e con tale premessa possa più o meno facilmente individuarsi l'elemento soggettivo, la fattispecie di aggravamento del dissesto è una di quelle ipotesi in cui il danno dei creditori non è identificato nel fallimento. Nondimeno, sembra potersi affermare con quasi assoluta certezza che i casi di aggravamento del dissesto, o eccezionalmente il dissesto stesso, e quindi il

¹⁶¹ G. COCCO, Nota introduttiva agli artt. 223 - 225 l. fall., in op. cit., 1249.

¹⁶² P. NUVOLONE, Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, cit., 75.

danno ai creditori, sono posti a carico dell'agente a titolo di colpa, o almeno questo è stato storicamente l'orientamento dominante. Infatti, proprio nel diverso elemento soggettivo si riteneva dovesse ravvisarsi uno degli elementi scriminanti tra bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta. Tuttavia, la legge non distingue tra bancarotta dolosa e bancarotta colposa, ma semplicemente fra fraudolenta e semplice, richiedendo per la prima (come si desume dallo stesso nomen juris) la natura di "frode", elemento che ricade nella qualificazione del dolo. Da questa premessa e dal fatto che la bancarotta semplice abbia un compito di chiusura del sistema, in particolare con questa figura si vogliono ricomprendere tutte le ipotesi non ricadenti nell'ambito della bancarotta fraudolenta, Antolisei¹⁶³ concludeva sostenendo che la bancarotta semplice non può essere ritenuta in generale un reato soltanto colposo, né il danno ai creditori può essere utilizzato come elemento fondante la tesi colposa in quanto non figurante come elemento costitutivo del reato. Rilevante sembra la posizione di Delitala¹⁶⁴, che ancor prima dell'entrata in vigore della Legge Fallimentare del 1942 prospettò una particolare soluzione al problema della qualificazione soggettiva del reato di bancarotta semplice. In particolare, l'Autore sostenne che il reato in questione poteva commettersi indifferentemente con dolo o con colpa, trovandosi di fronte ad un caso di indifferenza legislativa rispetto al concreto atteggiarsi della volontà dell'agente. Questa tesi non trovò fortuna in dottrina, incontrando invece le critiche di chi sottolineava che non vi fosse alcun obbligo per il legislatore di specificare nel testo normativo l'elemento soggettivo richiesto, ma che questo potesse desumersi dalla natura della fattispecie criminosa posta in relazione al complesso della legge.

Nonostante tali diversità di opinioni e posizioni negli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, per quanto riguarda l'ipotesi dell'art. 224 l. fall. non sembrano sussistere molti dubbi. Prima di tutto è necessario distinguere i nn. 1 e 2. Il primo richiama quanto previsto dall'art. 217 predetta legge, estendendo i casi in essa previsti ai soggetti di cui ampiamente discusso supra, ma ciò che più interessa ai fini della trattazione è l'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 217, i.e. "ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o

¹⁶³ F. ANTOLISEI, op. cit., 167.

¹⁶⁴ G. DELITALA, op. cit., 896.

con altra grave colpa". L'evento naturalistico causato o concausato è dato dall'aggravamento del dissesto, indicante un danno già in atto per i creditori sociali.¹⁶⁵ Per la configurazione del reato, l'evento non deve essere voluto, ma è sufficiente sia cagionato da un atto gravemente colposo non indirizzato a rendere più gravoso il dissesto. Dal dato letterale desumiamo che la colpa deve possedere una peculiare caratteristica: deve essere grave. Questo vuol dire che l'azione od omissione da cui deriva l'evento deve costituire la violazione di un dovere di diligenza o di prudenza percepibile da chiunque, avendo in sé la certezza che l'aggravamento si verificherà. Nuvolone parla di colpa con previsione¹⁶⁶, al fine di distinguerla dalla normale responsabilità per colpa e dunque sottolineare il *quid pluris* della gravità. Tuttavia, l'Autore sostiene che la colpa grave si possa avere anche al di fuori dell'ipotesi della previsione: l'elemento soggettivo può identificarsi nel fatto di non aver preveduto, mentre una minima diligenza sarebbe stata a ciò sufficiente. Nonostante amministratore, direttore generale, sindaco o liquidatore possano commettere l'illecito prevedendo e volendo l'aggravamento del dissesto, quindi con dolo, questo non integra altro e più grave reato. Contrario a tale posizione, Punzo¹⁶⁷ chiarisce che non è necessaria la colpa con previsione dell'evento ipotizzata dall'art. 61, n. 3 c.p., bensì sia sufficiente la c.d. *culpa lata*. Ma cosa vuol effettivamente indicare l'aggettivo "grave"? Sicuramente non inciderà direttamente sull'elemento soggettivo; probabilmente il legislatore ha voluto delimitare la responsabilità penale soltanto a quelle iniziative che non possono essere giustificate dall'esigenza di salvare

¹⁶⁵ Antolisei chiarisce che "il dissesto è da intendersi come stato di insolvenza, di cui all'art. 5 l. fall., considerato pertanto in senso sostanziale, con la sentenza dichiarativa di fallimento che continua a fungere da condizione obiettiva di punibilità, ove l'attualizzazione dell'offesa agli interessi creditori si consolida al momento del verificarsi dell'evento naturalistico del dissesto, ma si perfeziona con la sentenza dichiarativa di fallimento della società". F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 227. Delitala aggiunge che, invece, chi ritiene che il fallimento, o in questo caso il dissesto, sia condizione di punibilità del reato, qualifica la bancarotta semplice quale reato doloso; tuttavia, lo stesso Autore si discosta dall'una e dell'altra posizione, assegnando poca rilevanza alla qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella discussione sull'elemento soggettivo del reato di bancarotta. G. DELITALA, *op. cit.*, 886 s. L'aspetto della qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento sarà oggetto di trattazione nel capitolo III.

¹⁶⁶ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 79. Antonioni aggiunge, oltre alla colpa con previsione, anche quella cosciente, intendendo che il soggetto attivo omette di chiedere il proprio fallimento o si accinge a compiere un fatto integrante gli estremi della colpa grave pur prevedendo che deriverà o potrebbe derivare un aggravamento del dissesto della società. F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, cit., 180.

¹⁶⁷ M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 203.

l'impresa.¹⁶⁸ Infatti, se fosse sufficiente qualunque grado di colpa, si finirebbe con il ricorrere in ogni fallimento degli estremi della bancarotta, essendo difficile non accertare anche una minima imprudenza o negligenza nell'attività degli organi sociali nella causazione del dissesto. Volendo individuare un fil rouge tra la fattispecie fraudolenta e quella semplice, si potrebbe sostenere che essendo la prima connotata da dolo specifico, la seconda richieda un dolo generico. Sulla base di queste premesse e riprendendo quanto detto precedentemente con riguardo al pensiero dell'Autore, Antolisei conclude che le ipotesi di bancarotta semplice comprendono tutti i casi di dolo non accompagnati dall'intenzione di sottrarre propri beni all'esecuzione concorsuale, con la particolarità del caso di aggravamento del dissesto di cui al n. 4 dell'art. 217 l. fall., rientrando fra i casi in cui una diminuzione del patrimonio sociale sia stata causata con grave imprudenza o negligenza¹⁶⁹, a cui è estranea ogni componente finalistica e che presenta una connotazione esclusivamente colposa.

L'art. 224, n. 2 l. fall., invece, fa riferimento all'inosservanza degli obblighi, non facendo cenno all'elemento soggettivo. Tale violazione può essere volontaria od involontaria, ma anche quando si configuri la prima ipotesi non è necessariamente diretta in modo intenzionale a cagionare un danno od un profitto illecito con la consapevolezza del danno altrui. Da ciò si desume che anche qualora la fattispecie sia commessa con dolo, questo non investa il fine della norma, bensì la mera inosservanza dell'obbligo. Per quanto riguarda la distinzione fra la prima e la seconda ipotesi dal punto di vista dell'elemento soggettivo, anche in questo caso abbiamo più posizioni: da un lato, c'è chi ritiene che la peculiare differenza intercorrente fra la prima ipotesi e la seconda contemplata nella norma relativa alla bancarotta semplice impropria, stia nella tipologia di colpa richiesta (ovviamente, qualora si segua l'orientamento dominante per cui tale fattispecie richieda la colpa e non il dolo dell'agente): in quest'ultima ad integrare l'elemento soggettivo del delitto è la colpa specifica, ossia per inosservanza di leggi, indipendentemente dal grado della stessa;¹⁷⁰ dall'altra, alcuni ritengono che ciò che distingue le due ipotesi sia il fatto

¹⁶⁸ F. ANTONIONI, op. cit., 181; L. CONTI, I reati fallimentari, cit., 184.

¹⁶⁹ F. ANTOLISEI, op. cit., 170 s.

¹⁷⁰ F. ANTONIONI, op. cit., 257.

che quanto previsto dal n. 1 sanzionerebbe l'imprudenza ed imperizia nella forma della colpa grave, mentre al n. 1 sarebbe prevista una sanzione esclusivamente per la negligenza in senso stretto. I fautori della seconda tesi, inoltre, precisano che la contrapposizione colpa generica/colpa specifica risulta superata dal dato letterale, in quanto il legislatore richiederebbe una specifica misura di diligenza: la diligenza del mandatario prescritta dagli artt. 2260, 2392 e 2407 c.c., avendo riguardo alla natura dell'attività esercitata.¹⁷¹

Un'altra questione non poco spinosa è quella che nasce dal concorso di persone: è configurabile il concorso di persone nel reato colposo? In dottrina era dominante la risposta positiva a tale quesito, rigettando la premessa per cui il concorso avrebbe richiesto il previo concerto. Il problema ha trovato soluzione nell'art. 113 c.p., ma i dubbi si spostano sulla effettiva applicazione di tale disposizione al reato di bancarotta semplice impropria, in particolare la fattispecie di cui all'art. 224, n. 2 I. fall. Per aversi concorso di persone in questo caso sarebbe necessario o che vi sia un coautore che tenga almeno in pare la condotta descritta, ovvero che ci sia un compartecipe che tenga una condotta imprudente in senso lato, con la consapevolezza di accedere alla condotta colposa dell'autore.¹⁷² Tuttavia, pare opportuno chiarire il caso in cui si tratti di condotta tenuta da imprenditore e soggetto rientrante tra quelli elencati dal Capo II: se la condotta tipica è tenuta dal primo, si configurerà un'ipotesi di concorso di persone diverse dal fallito nel reato commesso dal fallito; mentre, se l'autore del reato è un amministratore, un direttore generale, un sindaco ovvero un liquidatore, si avrà un'ipotesi di concorso del fallito nel reato proprio commesso dal soggetto diverso dall'imprenditore fallito.

4. Sanzione ed aggravante

La sanzione applicabile al reato di bancarotta semplice societaria è frutto, come d'altronde è usuale in questa tipologia di bancarotta, del richiamo alle pene previste dall'art. 217 I. fall. Come per gran parte degli altri delitti, la sanzione prevista è la reclusione; tuttavia, la bancarotta presenta una peculiarità: non è contemplata la

¹⁷¹ G. Cocco, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 1279 s.

¹⁷² F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 145.

pena pecuniaria. Secondo Nuvolone¹⁷³, questa anomalia ha due ragioni fondanti: da un lato, qualora si ritenga che il bene tutelato dalla norma sia l'interesse processuale, si comprende come la pena pecuniaria non possa ristorare la lesione; dall'altro, essendo un reato commesso in una situazione di insolvenza, l'ulteriore sottrazione di beni aggredibili per i creditori finirebbe con il causar loro un danno ancora più grave.

Inoltre, il richiamo alle pene stabilite nell'art. 217 I. fall. ricomprende le pene accessorie, ancorché la disposizione in esame, a differenza dell'art. 223 predetta legge, non contenga un espresso riferimento all'ultimo comma dell'art. 216.¹⁷⁴ Le pene accessorie applicabili sono: l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale, l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa e l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore.

Per quanto riguarda l'applicabilità delle circostanze aggravanti ed attenuanti, l'art. 219 I. fall. richiama soltanto gli artt. 216, 217 e 218 predetta legge. La dottrina maggioritaria tende ad ammettere l'estensione alle ipotesi di bancarotta impropria esclusivamente per la parte in cui gli artt. 223 e 224 I. fall. rinviano alle citate disposizioni. Tuttavia, dubbi interpretativi nascono in merito agli artt. 223, co. 2 e 224, n. 2 I. fall. Alla luce del principio di analogia, sicuramente potrà applicarsi a dette fattispecie la circostanza attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 219, ma allo stesso tempo, al fine di evitare la violazione del divieto di analogia in malam partem, non potrà seguirsi il medesimo ragionamento per le aggravanti. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha individuato un'eccezione: l'aggravante di cui al numero 1 del secondo comma dell'art. 219 I. fall., dalla stessa ritenuta in larga parte un'aggravante in quanto l'aumento di pena, nel caso siano stati commessi più fatti di bancarotta tra quelli indicati nel precedente comma, pur contenendo una speciale disciplina in materia di continuazione, è assoggettabile all'ordinario giudizio di comparazione con eventuali attenuanti. La Cassazione¹⁷⁵ ha chiarito che in questo caso l'applicabilità è estesa alla bancarotta impropria in quanto non vi nessuna violazione del favor rei, atteso che l'aumento di cui all'art. 219 I. fall. è decisamente inferiore rispetto a quello applicabile ex art. 81 c.p. In realtà, la soluzione non è così

¹⁷³ P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 495.

¹⁷⁴ C. PEDRAZZI, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 342.

¹⁷⁵ Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 2003 n. 22872, in Guida al Diritto, 2003, 26, 79.

chiara per la dottrina, che si è diletta nel formulare diverse opinioni in merito. La questione mira a comprendere se la commissione di più fatti tra quelli previsti per la bancarotta costituisca un'aggravante specifica, ovvero ci si trovi in presenza di una deroga al regime del concorso materiale di reati. È necessario partire da alcune premesse interpretative: in primo luogo, se il legislatore ha voluto seguire una concezione unitaria del reato di bancarotta; secondariamente, se tale soluzione può essere adottata; ed infine, se l'espressione "più fatti" debba essere interpretata nel senso di "più fattispecie". Punzo¹⁷⁶ parte dal presupposto per cui è necessario assumere prioritariamente una posizione in merito alla qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento; egli appoggia la tesi per cui il fallimento deve essere considerato condizione obiettiva di punibilità e, partendo da ciò, giunge alla conclusione per cui il legislatore ha voluto ravvisare in ciascuno dei fatti ipotizzati un distinto reato di bancarotta. Questo per diversi motivi, primo fra tutti l'insensatezza di prevedere un aumento di pena in una disposizione specifica; inoltre, se il legislatore avesse abbracciato la tesi del fallimento come evento del reato, non vi sarebbe stato motivo di parlare di ciascuno degli articoli, "essendo evidente che l'unitarietà non avrebbe potuto non riferirsi anche al caso di commissione da parte dello stesso agente di fatti di bancarotta semplice e fraudolenta". Dunque, l'art. 219, co. 2 n. 1 l. fall. rappresenta una deroga ai principi che disciplinano l'applicazione della pena in caso di concorso formale o materiale di reati, costituendo quasi una norma di favore per l'agente. Nonostante ciò, come chiarisce l'Autore, tale aggravante trova applicazione quando si tratti di fatti previsti in distinti numeri o commi dello stesso articolo, non quando le singole ipotesi siano previste dallo stesso numero o comma, per cui si avrebbe unico reato. Come Punzo, anche Nuvolone¹⁷⁷ ritiene che non si possa sostenere la concezione unitaria del reato di bancarotta facendo leva sul fallimento come evento del reato; da questo, desume che la norma in esame costituisca una deroga al regime del concorso di reati anziché essere una previsione di circostanze in senso tecnico. In particolare, l'Autore fa leva sul fatto che le fattispecie previste dall'art. 217 l. fall. siano ontologicamente diverse: egli osserva che "il fatto che più ipotesi criminose siano riunite sotto la rubrica di un unico articolo

¹⁷⁶ M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, cit., 248 - 257.

¹⁷⁷ P. NUVOLONE, op. cit., 447 ss.

e sottoposte allo stesso trattamento, è un elemento esteriore, e quindi non decisivo per escludere la sussistenza di un concorso di reati"; è, invece, decisivo il caso in cui le fattispecie hanno in comune il fatto e l'interesse giuridico tutelato. I fatti di bancarotta si trovano tra di loro sullo stesso piano, non essendo possibile attribuire a ciascuno la funzione di circostanza del reato in senso tecnico. Quindi, l'art. 219, cpv. n. 1 I. fall. disciplina un caso di concorso di reati, con la peculiarità di derogare al principio del cumulo materiale delle pene in favore del principio del cumulo giuridico o dell'assorbimento. Ed è questa la differenza intercorrente fra l'opinione del primo e quella del secondo Autore: per Nuvolone non si ha concorso di reati, bensì reato unico qualora coesistano fra loro più fattispecie di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 217 I. fall. (che ricordiamo essere richiamato dall'art. 224, n. 1 I. fall. e il cui n. 4 prefigura l'ipotesi di aggravamento del dissesto), in quanto tutte riguardano la diminuzione del patrimonio dell'imprenditore o della società causata da imprudente amministrazione, contrariamente all'ipotesi di cui al n. 5 in quanto riguarda l'inadempimento di un precedente concordato.

Dura critica a tale impostazione è giunta dall'Antolisei¹⁷⁸. L'Autore è partito dalla considerazione per cui non è possibile basare la propria opinione, quella sull'unitarietà della bancarotta, sul presupposto per cui il fallimento deve essere considerato evento unico del reato. Il fatto che il legislatore abbia voluto disciplinare la commissione di più fatti di bancarotta sotto l'ambito della più ampia disciplina delle circostanze di cui all'art. 219 I. fall., mostra il desiderio di considerare la pluralità dei fatti di bancarotta come circostanza aggravante. La Cassazione¹⁷⁹ offre un importante spunto di riflessione sul tema, partendo dal fatto che l'art. 219, cpv. n. 1 opera sia nel caso di reiterazioni di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, sia in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti indifferentemente dagli artt. 216 e 217 I. fall., con il fine di dare un'interpretazione il più possibile costituzionalmente orientata, rispettando il disposto di cui all'art. 3 Cost.: ove si ritenesse, infatti, che la norma sia applicabile soltanto ai casi di concorso interno, mentre il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fraudolenta rientri nella sfera di applicabilità dell'art. 81 c.p., si finirebbe col punire

¹⁷⁸ F. ANTOLISEI, op. cit., 253 ss.

¹⁷⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011 n. 21039, in Cass. Pen., 2012, 3, 831.

più duramente chi abbia commesso un fatto di bancarotta semplice ed uno di bancarotta fraudolenta, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta. Per quanto riguarda la questione ancora più spinosa dell'interpretazione del termine "unico fatto", la Corte ritiene che le norme di cui agli artt. 216, 217 e 218 l. fall. contengano plurime, distinte ed autonome fattispecie delittuose in concorso materiale fra di loro, rigettando l'ipotesi di unicità del reato ed abbracciando la tesi della qualificazione dell'art. 219, co. 2 n. 1 quale circostanza aggravante. In conclusione, la giurisprudenza di legittimità e la dottrina minoritaria, come anticipato, ritengono estensibile l'applicazione di tale aggravante all'art. 224, n. 2 l. fall., nonostante non richiami espressamente l'art. 219 predetta legge; ma il richiamo al trattamento sanzionatorio di cui all'art. 217, lascia pensare che indubbiamente anche le aggravanti e attenuanti ivi comprese siano applicabili a tale ipotesi. Il tema sarà ripreso nell'ultima parte di questo capitolo.¹⁸⁰

5. Le condotte

Come ampiamente sopra descritto, soggetti attivi del reato ai sensi dell'art. 224 l. fall. sono gli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite, con l'aggiunta dei soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo od in accomandita semplice ai sensi dell'art. 222 predetta legge. Tuttavia, non tutti questi soggetti possono rendersi penalmente responsabili per i fatti di bancarotta semplice impropria. E' necessario, prima di tutto, distinguere le condotte penalmente rilevanti; in questo caso sarebbe opportuno differenziare le ipotesi descritte nel primo numero dell'articolo in esame da quelle del secondo.

5.1. L'astensione dalla richiesta di fallimento od altra grave colpa

Il rinvio operato dal primo comma dell'art. 224 l. fall. è risultato insoddisfacente per molti Autori¹⁸¹, i quali hanno sottolineato la difficoltà di trapiantare le ipotesi descritte dall'art. 217 predetta legge per individuare le condotte costituenti bancarotta semplice tenute dall'imprenditore fallito a quei soggetti che operano, invece, in un

¹⁸⁰ Per completezza di trattazione si aggiunge che si ritiene estensibile per analogia ai titolari di cariche societarie la causa estintiva della riabilitazione ai sensi dell'art. 241 l. fall.

¹⁸¹ Il tema è stato più approfonditamente trattato, anche in merito al pensiero di ciascun Autore, nel primo paragrafo di questo capitolo.

contesto più complesso e con un ruolo ed un approccio differente da quello dell'imprenditore. Infatti, mentre l'imprenditore amministra il proprio patrimonio, fra i soggetti attivi della bancarotta societaria ed il patrimonio della società esiste un rapporto di alterità. Conseguentemente alcune delle ipotesi previste dall'art. 217 l. fall. non sono ascrivibili ai soggetti in questione, bensì è necessario valutare caso per caso, soprattutto tenendo conto del fatto che alcune fattispecie si realizzano attraverso condotte omissive, per cui è richiesta la preesistenza di un obbligo giuridico di attivarsi. Ai fini della trattazione è rilevante esclusivamente il rinvio al n. 4 del suddetto articolo, recante la disciplina dell'ipotesi di aggravamento del dissesto. In realtà, Pedrazzi¹⁸² aggiunge che l'aggravamento del dissesto funge da evento non soltanto nell'ipotesi in esame, ma anche implicitamente nel n. 2, "posto che l'effetto di consumazione di una notevole parte del patrimonio deve permanere al tempo della dichiarazione di fallimento"; tuttavia, si ritiene di porre l'attenzione maggiormente sul n. 4. Quest'ultimo può essere determinato alternativamente da due fattori: astensione dalla richiesta del (proprio)¹⁸³ fallimento, ovvero altra grave colpa. Poiché la mancata richiesta del fallimento costituisce una condotta omissiva, la prima questione riguarda l'esistenza di un obbligo giuridico in capo ai soggetti di attivarsi in tal senso. Possono sicuramente rendersi responsabili del reato gli amministratori ed i liquidatori in quanto gli stessi hanno la rappresentanza legale della società e da questa deriva il potere - dovere di attivarsi per richiedere la dichiarazione di fallimento della stessa. Tuttavia, anche in questo frangente sorgono alcuni dubbi in merito sia al contenuto di tale potere - dovere, sia al trattamento di quegli amministratori e liquidatori che o non hanno la rappresentanza legale ai sensi degli artt. 2384 - 2387 c.c. ovvero la stessa non ricomprende, per espressa limitazione risultante dall'atto costitutivo o dalla procura, l'attivarsi in tal senso.

¹⁸² C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 338.

¹⁸³ L'art. 217, n. 4 l. fall. riporta "ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa", riferendosi al reato commesso dall'imprenditore. Essendo i soggetti considerati dall'art. 224 predetta legge quali possibili autori del reato di bancarotta semplice societaria non imprenditori bensì organi di una società, il termine proprio viene implicitamente omesso nel richiamo effettuato dalla seconda norma, considerando invece il fallimento quale evento che colpisce la società e non la vita personale degli agenti.

Per quanto attiene quest'ultimo aspetto, potrebbe ben configurarsi un difetto di legittimazione degli amministratori e dei liquidatori al compimento dell'atto.¹⁸⁴ La legittimazione sulla base del potere di rappresentanza a norma di legge o di statuto si ricava dall'art. 75, co. 3 c.p.c. Poiché, invece, tale previsione non è estesa ai sindaci ed ai direttori generali, salvo che questi ultimi siano veri e propri amministratori di fatto con poteri di rappresentanza, non è loro applicabile la disciplina sull'omessa richiesta della declaratoria fallimentare.

La questione probabilmente più controversa riguarda il contenuto del potere - dovere di attivarsi al fine di richiedere la dichiarazione di fallimento della società. Esiste un obbligo giuridico a carico di coloro i quali svolgono funzioni amministrative oppure è un semplice diritto che questi hanno? Se si protende per la prima ipotesi, il reato consiste nella violazione di quest'obbligo? Contrariamente al Codice di Commercio del 1882 che espressamente prevedeva il dovere di attivarsi, il R.D. n. 267 del 1942 si limita a riconoscere ai sensi dell'art. 6 al debitore, ad uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero l'iniziativa volta a chiedere la dichiarazione del proprio fallimento. Inoltre, questa previsione è rivolta all'imprenditore, per cui sorgono ulteriori dubbi interpretativi di possibile estensione agli amministratori e liquidatori (ed ai sindaci nel caso peculiare di cui all'art. 2386, co. 4 c.c.). Secondo Autorevole dottrina¹⁸⁵, l'ultimo quesito deve avere risposta positiva in quanto la "richiesta del debitore" ai sensi dell'art. 6 l. fall. si traduce nella richiesta dei legali rappresentanti dell'ente. Dunque, è possibile riferire il ragionamento di Antonioni in merito ai dubbi interpretativi di cui sopra a coloro i quali hanno la rappresentanza legale della società. In particolare, l'Autore¹⁸⁶ sottolinea come lo stato di insolvenza della società permetta a tali soggetti la scelta fra la richiesta di fallimento e la richiesta di concordato ex art. 160 l. fall. A questo punto è lecito chiedersi se la prima richiesta costituisca un atto dovuto ovvero un atto necessario. La dottrina in merito è divisa. Nuvolone¹⁸⁷ è fra i fautori della tesi della doverosità di tale azione, parlando di violazione dell'obbligo di richiedere la

¹⁸⁴ F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, cit., 170 ss.

¹⁸⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 329 s. In giurisprudenza: Tribunale Milano, 15 ottobre 1969, in *Foro It.*, 1970, 2, 83.

¹⁸⁶ F. ANTONIONI, op. cit., 171 ss.

¹⁸⁷ P. NUVOLONE, op. cit., 186 s.

dichiarazione di fallimento, obbligo che per l'Autore sorge "non appena sia palese il verificarsi di uno stato di insolvenza, il cui prolungamento si risolverebbe in un danno per i creditori". Il reato, infatti, consisterebbe di un'omessa domanda, andando a giustificare ulteriormente l'opinione per cui il bene giuridico tutelato dalla norma è la legittima instaurazione delle procedure concorsuali. Lo stesso Pedrazzi¹⁸⁸ si riferisce alla richiesta di fallimento della società come di un'iniziativa doverosa, la quale non può essere subordinata alla previa autorizzazione da parte dell'Assemblea o del Consiglio di Amministrazione. Provinciali¹⁸⁹, dal canto suo, riferendosi all'art. 6 l. fall. afferma che "questo potere processuale del debitore è anche un dovere; in quanto la sua domanda di fallimento, ricorrendo lo stato di insolvenza, è una specie di atto dovuto con relative sanzioni penali, dirette ed indirette, nel caso di infrazione, il che non è incompatibile con la coesistenza di un potere del debitore rispetto all'atto stesso". Contrariamente a chi parla di un obbligo assoluto di richiedere il fallimento, c'è chi invece ritiene che questo sia un diritto di colui il quale possiede la rappresentanza legale dell'ente¹⁹⁰. Si oppone fermamente ad entrambe le posizioni Antonioni, il quale chiarisce che non bisogna confondere due concetti differenti, quello di dovere e quello di obbligo: infatti, l'esistenza di un dovere non implica necessariamente che l'atto compiuto nell'adempimento del dovere stesso debba considerarsi dovuto, in quanto quest'ultimo è solamente l'obbligo, il quale non esaurisce a sua volta il campo del dovere che ricomprende, ad esempio, anche l'onere. A complicare il quadro è la convinzione dei Provinciali in merito alla possibilità per l'agente di desistere dal richiedere il fallimento fino a che non sia intervenuta la sentenza dichiarativa. Ma come è possibile violare un obbligo mediante la lecita desistenza dal suo adempimento? Secondo la critica, chi adempie un obbligo non può contemporaneamente esercitare un diritto; tuttavia nel caso della fattispecie di cui al n. 1 dell'art. 224 l. fall. coesistono due rapporti, ma non fra obbligo e diritto, bensì vi

¹⁸⁸ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 329.

¹⁸⁹ R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare. Vol. I, Milano, 1970 (Quinta Edizione), 149.

¹⁹⁰ G. DE SEMO, Diritto fallimentare: principi generali, fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, reati in materia fallimentare, cit., 136. L'Autore chiarisce che è possibile replicare all'affermazione per cui la richiesta consiste in un obbligo in quanto la sua trasgressione è espressamente incriminata dall'art. 217, n. 4 l. fall. affermando che l'ipotesi di reato è racchiusa nell'aggravamento del dissesto. Dunque, l'omissione è considerata elemento del reato soltanto in quanto sia stata causa efficiente dell'inasprimento di uno squilibrio economico già iniziato.

è un bilanciamento di interessi che il titolare del potere - dovere di chiedere il fallimento deve tener conto: tra l'interesse al risanamento della società e quello alla tutela del ceto creditorio.¹⁹¹ Conseguentemente a tali premesse, Antonioni conclude che il soggetto agente "mediante la richiesta del [...] fallimento adempie un onere in quanto tende a tutelare un proprio interesse", implicitamente riconosciutogli dalla legge. Ma questo interesse incontra un limite invalicabile: l'aggravamento del dissesto. Per la giurisprudenza sussiste l'obbligo di chiedere il fallimento qualora, potendo rendersi conto dell'irreversibile condizione del dissesto, si scelga di perseguire improbabili vie di recupero o anche la semplice attesa.¹⁹²

Per quanto riguarda gli altri soggetti diversi dall'imprenditore, dagli amministratori e dai liquidatori considerati dall'art. 224 l. fall., la situazione è differente. Direttori generali e sindaci non sono passibili di incriminazione ai sensi dell'art. 217, co. 4 l. fall., poiché essi non hanno potere di rappresentanza e, quindi, non sono gravati dal potere - dovere di richiedere la dichiarazione di fallimento della società, neppure nel caso in cui il ritardo potrebbe aggravare il dissesto. Eccezione è il caso di cui al comma quarto dell'art. 2386 c.c., disciplinante l'ipotesi in cui il Collegio Sindacale può compiere atti di ordinaria amministrazione in via temporanea, in particolare nella situazione in cui vengano a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori e l'Assemblea non sia stata ancora convocata per nominarne di nuovi, ovvero gli stessi svolgano anche le funzioni di amministratori di fatto con poteri di rappresentanza.¹⁹³ La giurisprudenza di legittimità pare, invece, essere più dura nell'individuare una responsabilità per l'aggravamento del dissesto in capo ai sindaci. In particolare, la Suprema Corte¹⁹⁴, oltre ad aver sottolineato la necessità di accertare tanto una specifica culpa in vigilando in capo ai sindaci derivante dalla mancata ottemperanza ai doveri di controllo inerenti alla loro carica, quanto un nesso di causalità tra la violazione ed il danno accertato, ha statuito che a tali soggetti è addebitabile una responsabilità per aggravamento del dissesto e non per il dissesto stesso. La Corte

¹⁹¹ Oltre Antonioni, si veda anche S. SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996 (Terza Edizione), 56 ultima nota.

¹⁹² G. COCCO, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 1277.

¹⁹³ F. ANTONIONI, op. cit., 170.

¹⁹⁴ I. LAMPONI - G. BARBINI, L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa, Nota a sentenza (Cass. Civ. Sez. III, 14 ottobre 2013 n. 23233) in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 4, 1258 s.

ha precisato, inoltre, che “l’esistenza di una causa del dissesto non addebitabile ad amministratore e sindaci non escludeva, comunque, la loro responsabilità per l’aggravamento del dissesto”, distinguendo fra responsabilità degli amministratori con funzioni gestorie in merito al dissesto e responsabilità dei sindaci in merito al suo aggravamento.

Infine, è necessario tenere in considerazione la possibilità per chiunque di provocare una dichiarazione d’ufficio oppure un’istanza ad hoc del pubblico ministero ai sensi dell’art. 6 l. fall. Da ciò si rende esigibile anche dall’amministratore non rappresentante, dal sindaco e dal direttore generale una siffatta attività quando si profili un aggravamento del dissesto e si ravvisa pertanto la possibilità di configurare l’ipotesi di “altra grave colpa” ex art. 217, n. 4 predetta legge.¹⁹⁵ Dunque, oltre alla condotta omissiva della prima parte della norma in questione, viene dichiarata rilevante qualsiasi “altra grave colpa”, la quale può anche configurarsi come condotta commissiva. La terminologia utilizzata dal legislatore è estremamente imprecisa, la qual cosa permette di sottolineare la distanza rispetto alle altre ipotesi previste dal medesimo articolo, le quali abbracciavano il tipico metodo casistico utilizzato dal legislatore per l’incriminazione dei fatti di bancarotta per dare avvio ad una tipizzazione sintetica.¹⁹⁶ In realtà, non bisogna interpretare erroneamente la norma, in quanto vi sono dei limiti impliciti alla stessa, per i quali la disposizione si avvicina di più alle altre precedentemente descritte dalla norma. Infatti, i termini effettivi sono tracciati dall’impiego da parte del legislatore del verbo “aggravare”, il quale indica che un dissesto è già in atto, quindi sussistono già i presupposti del fallimento. Tale interpretazione trova una delle sue più solide basi nella presenza del n. 2 dell’art. 224 l. fall., che non avrebbe ragion d’essere qualora si intendesse la disposizione in oggetto senza alcun limite.¹⁹⁷ Da qui sorge un ulteriore problema, trattato nel prosieguo, che ha diviso la dottrina più autorevole: il rapporto tra causazione ed aggravamento. Secondo Conti, al fine di comprendere il contenuto della dizione “altra grave colpa” è necessario considerare il fatto colposo come causa dell’aggravamento

¹⁹⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 329 s; C. MARINI, La bancarotta semplice impropria (art. 224 legge fall.), in op. cit., 425; G. COCCO, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 1277.

¹⁹⁶ Oltre a Pedrazzi, anche Conti auspicava l’affermarsi di una generalizzazione della dizione normativa e dell’abbandono della casistica.

¹⁹⁷ C. PEDRAZZI, sub art. 217 l. fall., in op. cit., 138.

del dissesto; in particolare, “sono ricondotte alla fattispecie della bancarotta semplice tutte le ipotesi in cui si ravvisi un nesso di causalità tra una azione od omissione qualificata da colpa grave e l’evento aggravamento del dissesto”.¹⁹⁸ Il legislatore ha voluto sottolineare che non ogni fatto colposo è rilevante, ma soltanto quelle condotte connotate da colpa grave, mirando a colpire soltanto quei comportamenti non giustificati dalla speranza di poter evitare il fallimento, come si legge dalla stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al Regio Decreto.

La stessa giurisprudenza si è interrogata sul significato di “altra grave colpa”. In particolare, la Suprema Corte¹⁹⁹ ha chiarito che il richiamo ad una colpa qualificata non è casuale, bensì mira a contrassegnare condotte diverse da quella della mancata richiesta del fallimento. E da qui la Corte si interroga sul rapporto tra queste due prime ipotesi di bancarotta semplice; nello specifico parte dalla questione se la terminologia utilizzata dal legislatore sia meramente identificativa delle predette condotte, che si aggiungerebbe a quella della loro causalità orientata all’aggravamento del dissesto, ovvero se la colpa grave connoti in realtà il complesso dei fatti riconducibili alla previsione incriminatrice in esame, investendo pertanto anche la condotta di omessa o ritardata richiesta di fallimento. Vi sono due posizioni al riguardo: da un lato, questo potrebbe significare che “il legislatore abbia considerato come intrinsecamente ed inderogabilmente grave la colpa di chi ometta di richiedere tempestivamente il proprio fallimento, ponendo tale comportamento quale parametro del livello di colpa da ricercarsi invece di volta in volta nelle diverse condotte contestate alla stregua della stessa incriminazione”; dall’altro, può intendersi che, “in quanto coefficiente psicologico comune a tutte le condotte riconducibili alla norma in esame, la colpa grave debba essere accertata anche nell’ipotesi del ritardato fallimento”. Ed in quest’ultimo caso, è necessario domandarsi se la gravità della colpa debba o meno ritenersi presunta laddove il fallimento non sia tempestivamente richiesto dall’imprenditore in stato di insolvenza. A tale quesito si deve dare risposta negativa in quanto l’eterogeneità delle dinamiche gestionali in merito alla decisione di non richiedere la dichiarazione di fallimento rende

¹⁹⁸ L. CONTI, I reati fallimentari, cit., 183.

¹⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 18 aprile 2016 n. 21386, in DeJure online. Conforme: Cass. Pen., Sez. V, 9 giugno 2015 n. 35708, in Diritto e Giustizia online, 27.8.2015.

improponibile una loro automatica sussunzione nella più intensa dimensione della colpa. Infatti, proprio la presenza di una dicitura non casistica permette ad alcuni di affermare che la fattispecie sia a forma libera.

La fattispecie di cui al n. 4 dell'art. 217 l. fall. si impernia intorno all'evento dell'aggravamento del dissesto, dunque presupposto fondamentale è la presenza di una situazione di dissesto attuale, tale da legittimare una dichiarazione di fallimento. L'evento dissesto deve essere, in tal senso, causalmente imputabile alla condotta di omessa richiesta del fallimento ovvero ad altra grave colpa; infatti, l'espressione "aggravamento del dissesto" designa allo stesso tempo l'evento e la condotta.²⁰⁰ Nonostante possa sostenersi che l'omessa richiesta del fallimento comporti un pericolo di aggravamento del dissesto, nella realtà dinamica di una società non è escluso che l'amministratore agisca con l'intento e la convinzione di un effettivo risanamento patrimoniale, ovvero contando di giungere al fallimento con una situazione meno gravosa. Sorge, per questa ragione, la necessità di valutare caso per caso il rapporto intercorrente fra l'elemento soggettivo e il nesso causale sussistente tra la condotta di aggravamento e l'evento dissesto.

Da queste premesse possiamo cercare di trovare risposta ad un quesito precedentemente esposto: il reato consiste nella violazione dell'obbligo di richiedere il fallimento od in altra condotta caratterizzata da grave colpa? Escludendo che sussista un obbligo generico dell'agente a richiedere la dichiarazione di fallimento, questo obbligo esiste nel peculiare caso in cui tale condotta determini un aggravamento del dissesto. Questo sottolinea la necessità che un rapporto causale esista fra condotta ed evento, e dunque non si può affermare che il reato consista nella semplice omissione della richiesta od in altra grave colpa. L'accertamento se in concreto il dissesto sia stato acuito a causa della desistenza nella richiesta da parte dell'amministratore o di altro soggetto a ciò obbligato spetta al giudice. Tuttavia, come già detto, l'aggravamento presuppone di per sé lo stato di insolvenza; pertanto l'omissione comporterà automaticamente un peggioramento nella situazione patrimoniale della società, eccetto per il caso in cui contingenze economiche, fattori esterni o particolare abilità gestoria (evidentemente non manifestatasi fino ad allora)

²⁰⁰ C. PEDRAZZI, sub art. 217 l. fall., in op. cit., 165.

risollevino le sorti della società. Per questo motivo è necessario valutare non se questo aggravamento si sia verificato o meno, bensì se la sua causa è da rinvenirsi nella condotta omissiva dell'amministratore.

Usando il termine "astenersi" il legislatore ha voluto chiarire che tale condotta deve essere intesa quale omissiva, ed in tale omissione è compreso anche il ritardo, in quanto ne consegue l'evento tipico. Ma quando è punibile questa omissione? Questa deve necessariamente essere frutto di una violazione di un obbligo giuridico di tenere una determinata condotta, in questo caso la richiesta del fallimento, rilevante giuridicamente per la bancarotta soltanto nel momento in cui è causa dell'aggravamento del dissesto. Antonioni prova a dirimere questo dubbio in merito al momento consumativo di questa peculiare ipotesi di bancarotta semplice societaria, sostenendo che "tenuto conto che l'aggravamento del dissesto costituisce l'evento del reato, appare esatto affermare che l'obbligo sussiste quando le condizioni economiche dell'impresa rendano oggettivamente evidente, non solo la impossibilità di sperare in un salvataggio dell'impresa in extremis, ma soprattutto l'inevitabilità che il dissesto aumenti giorno per giorno".²⁰¹ Non bisogna dimenticare neanche il fatto che la proposta di concordato ex art. 160 l. fall. è equiparabile alla richiesta di fallimento, e dunque è necessario valutare in modo differente il momento in cui l'obbligo in questione sorge e quando si può dire che una determinata condotta, tenuta durante la procedura di concordato ammesso, possa aver peggiorato il dissesto della società. Si rimanda al capitolo IV per l'approfondimento di tale tematica.

5.2. La causazione colposa del dissesto della società

Terza ipotesi di bancarotta semplice societaria è quella descritta dal n. 2 dell'art. 224 l. fall., il quale stabilisce che, in caso di fallimento della società, le pene sancite dall'art. 217 predetta legge per la bancarotta semplice propria si applichino agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, i quali "hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essa imposti dalla legge". In questo caso deve parlarsi di fattispecie autonoma di reato integrata alternativamente dalla causazione o dall'aggravamento del dissesto.

²⁰¹ F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, cit., 177.

Anche per quanto riguarda questo aspetto, vi sono dubbi interpretativi sull'oggetto giuridico tutelato, che dovrebbe differenziarsi sia dalla bancarotta in generale sia all'interno della stessa fattispecie; ad esempio, Nuvolone²⁰² ritiene che sia necessario scindere le due ipotesi: la causazione del dissesto è un reato contro la pubblica economia, mentre l'aggravamento del dissesto costituisce un reato contro l'amministrazione della giustizia. Per altri, invece, come Pedrazzi²⁰³, non bisogna spingersi in interpretazioni in quanto la parziale sovrapposizione con l'ipotesi di cui all'art. 217, co. 4 l. fall. non rompe l'unitarietà della bancarotta.

La formula "con inosservanza degli obblighi ad essi (e cioè gli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci ed ai liquidatori) imposti dalla legge" delimita la condotta tipica, definendone le oggettive modalità essenziali e la natura colposa della fattispecie, ma allo stesso tempo dilata il sindacato del giudice penale sulla gestione d'impresa, superando la frammentarietà del richiamo all'art. 217 l. fall. La condotta può presentarsi sia sottoforma di azione che di omissione, e spesso consta di più inosservanze. Tuttavia, questa pluralità non frantuma l'unitarietà della bancarotta, bensì può configurare un concorso formale di reati. Va sottolineato che gli obblighi richiamati variano sostanzialmente a seconda della categoria dei soggetti qualificati. Dunque, possiamo individuare tre variabili nell'individuazione degli obblighi di legge la cui violazione è rilevante penalmente per la configurazione del reato di bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 l. fall.: fonte dell'obbligo, sistema di amministrazione e controllo adottato e soggetto qualificato. Per quanto riguarda la prima e la seconda ipotesi, è necessario sia tener presente le norme civilistiche disciplinanti le funzioni di tali soggetti, sia il tipo di società nella quale si concretizza la violazione. Sorgono alcuni dubbi in merito alla rilevanza di fonti quali lo statuto e l'atto costitutivo al fine di individuare gli obblighi degli amministratori: alcuni²⁰⁴ ritengono si debbano escludere dal novero delle fonti; mentre altri sostengono la loro importanza ai fini dell'accertamento dell'avvenuta violazione. Ad esempio, per

²⁰² P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 220 e 350.

²⁰³ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 334.

²⁰⁴ Tra cui la giurisprudenza di legittimità, la quale sostiene che "l'art. 224 l. fall. richiama gli obblighi imposti all'amministratore dalla legge e dall'atto costitutivo, nei quali non è ricompreso quello di dare esecuzione alle delibere assembleari". Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2002 n. 40581, in Cass. Pen., 2004, 10, 1046.

Pedrazzi²⁰⁵ la responsabilità penale per bancarotta societaria ex art. 224, n. 2 I. fall. non sembra possa formarsi per semplice violazione dell'atto costitutivo o dello statuto, a meno che questo non abbia comportato contemporaneamente una violazione del generale obbligo di diligenza gestionale. In particolare, l'Autore parte dalla considerazione per cui l'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge definisce, allo stesso tempo, le modalità della condotta causale, quindi a forma vincolata contrariamente a quella descritta nell'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 217 I. fall., ed il coefficiente di imputazione soggettiva. Infatti, lo schema previsto ricalca quello della colpa per inosservanza di cui all'art. 43 c.p., ma con esclusivo riferimento agli obblighi di legge e non a quelli derivanti da regolamenti, ordini o discipline. Per tale ragione, non è possibile estendere la responsabilità penale di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori anche al caso di violazione di disposizioni contenute nell'atto costitutivo o nello statuto della società, essendo fonti di grado inferiore alla legge. Inoltre, si deve trattare di obblighi finalizzati alla prevenzione del dissesto o del relativo aggravamento, obblighi cioè finalizzati alla conservazione della garanzia patrimoniale.²⁰⁶ Non avrebbe ragion d'essere punire l'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge qualora questi, per il loro contenuto o per la loro natura, non siano in grado di cagionare od aggravare il dissesto; infatti, la semplice trasgressione degli obblighi nascenti dai loro specifici uffici determina di per sé il sorgere di una responsabilità civile per gli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori. Inoltre, il legislatore con il termine "inosservanza" non ha voluto limitare la condotta rilevante, bensì ha voluto ricomprendere sia l'obbligo non adempiuto od inosservato, quanto l'obbligo adempiuto in maniera non corretta. Dunque, un obbligo può essere violato o trasgredito sia non facendo ciò che si ha il dovere di fare, sia facendo ciò che si ha il dovere di non fare.

La seconda variabile riguarda la tipologia di società, in particolare l'assunzione di forme di governo societario di tipo duale o di tipo monistico può influire sulla struttura e sui contenuti degli obblighi. Ai sensi dell'art. 2380 c.c. possono applicarsi ulteriori due sistemi, i quali si aggiungo a quello tradizionale: il sistema duale ovvero

²⁰⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 336 ss. Dello stesso avviso: F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 251.

²⁰⁶ G. COCCO, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 1278.

il sistema monistico. Nel caso in cui venga adottato il sistema duale, ai membri del Consiglio di Gestione e del Consiglio di Sorveglianza saranno applicate le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori ed ai sindaci: per il primo organo, l'art. 2409-undecies c.c. prescrive l'applicazione dell'art. 2381, co. 6 c.c., il quale prevede l'obbligo di agire in modo informato; mentre per quanto riguarda il secondo organo, l'art. 2409-terdecies c.c. richiama l'art. 2403, co. 1 c.c., il quale descrive i poteri - doveri di controllo del collegio sindacale. Invece, qualora si opti per il sistema monistico, gli organi sociali saranno il Consiglio di Amministrazione ed il Comitato interno di controllo sulla gestione. Il discorso è identico al primo caso; in particolare agli amministratori si applicherà la disciplina tradizionale, mentre al Comitato interno spetteranno in linea generale i compiti del Collegio Sindacale.

La terza variabile riguarda le categorie soggettive: chi ha posto in essere la condotta incriminante era soggetto a quell'obbligo giuridico, ritenuto violato e causalmente ricollegato alla causazione od aggravamento del dissesto? Sicuramente gli amministratori (e nel caso di scioglimento, i liquidatori) sono i soggetti maggiormente gravati, in quanto la loro competenza si estende a tutti gli aspetti della gestione. Ai fini della configurabilità della fattispecie, ciò che rileva è il comportamento del singolo, quindi la personale posizione di garanzia dell'amministratore, il quale è tenuto non soltanto a non condividere politiche considerate pericolose per gli interessi tutelati dalla norma, ma anche ad agire per contrastare iniziative che potrebbero causare od aggravare il dissesto, poste in essere da altri amministratori. Proprio perché ai soggetti qualificati è richiesto questo *quid pluris* dovuto alla presenza di organi collegiali, si può configurare un'ipotesi omissiva ai sensi dell'art. 40, cpv. c.p., tenendo necessariamente conto delle peculiarità dovute alla presenza od assenza di una delega in capo all'amministratore ai sensi dell'art. 2392, co. 2 c.c. In quest'ultimo caso è necessario chiarire che l'amministratore non ha soltanto il dovere di intervenire per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, ma deve anche attivarsi per eliminare o limitare le conseguenze dannose di atti pregiudizievoli già posti in essere. Tuttavia, è possibile configurare una responsabilità per condotta omissiva soltanto qualora il non aver ottemperato all'obbligo giuridico di attivarsi abbia ulteriormente aggravato il dissesto

già prodottosi, non anche quando non abbia attenuato od eliminato le conseguenze dannose.

Anche i direttori generali possono rispondere per inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge, ma l'individuazione di tali obblighi è un po' più complessa. Infatti, essi hanno un obbligo di diligenza, come gli amministratori, ai sensi dell'art. 2392, co. 1 c.c., in quanto equiparati agli stessi ex art. 2396 c.c. Tuttavia, il giudice dovrà necessariamente tenere in considerazione i limiti posti dai compiti di cui i direttori generali sono concretamente investiti. Contrariamente a tale impostazione, alcuni autori ritengono che l'obbligo di diligenza di cui sopra non sia estensibile anche ai direttori generali.²⁰⁷ I sindaci hanno ruolo sicuramente più pregnante rispetto ai direttori generali, ma meno gravoso rispetto agli amministratori per quanto riguarda la gestione della società. Infatti, il principale compito del Collegio Sindacale è quello di controllare l'attività degli amministratori, affinché gli stessi non violino la legge o l'atto costitutivo e tengano regolarmente la contabilità. Dobbiamo, a questo proposito, scindere l'opportunità dal merito delle scelte gestionali. I sindaci, dovendo verificare l'osservanza della diligenza prescritta dall'art. 2392 c.c. da parte degli amministratori, potranno entrare nel merito della gestione ma non valutarne l'opportunità. Dunque, la loro responsabilità è soltanto una conseguenza dell'attività di gestione degli amministratori, configurandosi così come contributo causale omissivo nel reato degli amministratori. Tuttavia, la violazione può concernere anche obblighi autonomamente penalmente sanzionati in modo autonomo, purché finalizzati alla prevenzione del dissesto o del relativo aggravamento; in tal caso, si discute se debbano applicarsi le regole del concorso di reati o del reato complesso. Le considerazioni in merito alla responsabilità dei sindaci permettono di giungere alla conclusione per cui tale ipotesi delittuosa ricomprende in sé non soltanto le condotte tipiche degli amministratori in violazione degli obblighi imposti loro dalla legge, ma anche le condotte ad esse conseguenti di sindaci e amministratori non delegati che concorrono ovvero cooperano omissivamente nell'illecito altrui.

²⁰⁷ A favore: C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 336. Contra: U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, cit. 307 s.

Contrariamente alle ipotesi precedenti, la figura di cui al n. 2 dell'art. 224 l. fall. non può essere addebitata a titolo di responsabilità penale ai titolari di cariche societarie esautorati dai relativi poteri, in quanto non più gravati dall'obbligo di garantire la conservazione del patrimonio. Infatti, la violazione dell'obbligo di cooperare con gli organi della procedura trova una sua specifica sanzione nell'art. 226 l. fall. il quale richiama l'art. 220 predetta legge, mentre le attività di disposizione di fatto del patrimonio sociale in contrasto con le finalità della procedura integrano la bancarotta fraudolenta postfallimentare. Tuttavia, alcuni ritengono che la condotta postfallimentare rilevi anche ai sensi dell'art. 224 l. fall. in quanto la stessa configura l'ipotesi di un dissesto già in atto, con la peculiarità che gli inadempimenti in questione non cadano nel campo di applicazione dell'art. 220 l. fall., essendo norma speciale rispetto alla prima.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, l'art. 224, n. 2 l. fall. configura un'ipotesi di colpa per inosservanza di leggi ai sensi dell'art. 43 c.p. La dottrina si divide in merito alla classificazione quale specifica della colpa richiesta da tale fattispecie. Da un lato, alcuni autori²⁰⁸ ritengono si tratti proprio di colpa specifica (inosservanza di legge, regolamenti, ordini o discipline) e questo comporta la necessità che, oltre alla volontarietà della condotta, debba essere provata l'inosservanza di una tassativa prescrizione di legge a carico degli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori, senza invece dover indagare sulla negligenza, imperizia od imprudenza caratterizzante la colpa generica. Ma questo non è sufficiente nell'ipotesi in esame, per cui si richiede anche che la violazione od inosservanza riguardi un obbligo che incida sull'economia della società. Dall'altro lato, altri Autori²⁰⁹ non condividono l'opinione per cui sia necessario categorizzare ogni singola ipotesi come colpa specifica o colpa generica, essendo tale distinzione ormai superata nei contenuti dalla legislazione societaria, più attenta a dettagliare il grado di diligenza richiesto ai soggetti qualificati. La generalizzazione dell'addebito di colpa è ancorata al requisito di un collegamento causale col dissesto: il fuoco dell'incriminazione si fissa, infatti, allo stato del danno. Sicuramente non si tratta di

²⁰⁸ F. ANTONIONI, op. cit., 256.

²⁰⁹ Vedi C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 338. Contra: F. ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari, cit., 228.

una negligenza non qualificata, in quanto verrebbe vanificato il richiamo all'art. 217 I. fall., rientrando la maggior parte delle ipotesi nella fattispecie di cui al n. 2 dell'art. 224 predetta legge. Questo è uno dei motivi principali per sostenere che la diligenza richiesta è quella del mandatario: la sussistenza della colpa sarà valutata tenendo conto dell'impegno e dell'attenzione richiesti nell'espletamento delle funzioni societarie, secondo gli obblighi di legge recepiti dal n. 2 della disposizione in esame. Dunque, anche una negligenza nell'esercizio delle funzioni può concorrere alla causazione od all'aggravamento del dissesto. Inoltre, è necessario che la condotta non sia qualificabile come operazione dolosa, e dunque il soggetto abbia voluto, anche in via eventuale, l'evento, in quanto ricadrebbe nella seconda ipotesi di cui al n. 2 dell'art. 223 I. fall.

6. Il rapporto fra l'aggravamento e le operazioni dolose

In particolare, tale sovrapposibilità di fattispecie è dovuta al fatto che, esattamente come nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria per precommissione di fatti penali societari, il dissesto della società costituisce l'evento naturalistico causato o concausato, ma con in più la rilevanza della modalità comportamentale dell'aggravamento dello stesso. Questo indica che, ai fini dell'accertamento causale per quest'ultima ipotesi, è necessario non soltanto valutare la sussistenza o meno del dissesto, ma soprattutto il quantum, ossia se l'evento dissesto sarebbe stato minore qualora non ci fosse stata la condotta dei soggetti agenti.²¹⁰ Il dissesto costituisce, pertanto, elemento costitutivo del reato che va sostanzialmente ad identificarsi con il fallimento, essendo conseguenza certa dello stato di insolvenza. Lo stesso Pedrazzi²¹¹ è di questa opinione, ritenendo che soltanto il dissesto causato od aggravato effettivo abbia rilevanza sia per l'ipotesi di

²¹⁰ Antolisei aggiunge: "Dissesto da intendersi come stato di insolvenza, di cui all'art. 5 I. fall., considerato pertanto in senso sostanziale, con la sentenza dichiarativa di fallimento che continua a fungere da condizione obiettiva di punibilità, ove l'attualizzazione dell'offesa agli interessi creditori si consolida al momento del verificarsi dell'evento naturalistico del dissesto, ma si perfeziona con la sentenza dichiarativa di fallimento della società". F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, cit., 227. Si riserva una trattazione più approfondita di tali tematiche nel capitolo successivo.

²¹¹ C. PEDRAZZI, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 335. Contra: G. COCCO, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 1279. In particolare, gli Autori non condividono la moltiplicazione del ruolo del fallimento nella fattispecie, inteso come condizione punibilità e come evento del reato.

bancarotta semplice che per quella di bancarotta fraudolenta qui in esame. Infatti, il termine dissesto, qualora inteso in senso economico-patrimoniale, indica uno squilibrio fra attività e passività, che deteriorandosi cagiona dapprima un aggravamento e successivamente il fallimento. Infatti, qualora una situazione di dissesto venga ripianata, ancora fortunatamente, con riguardo ad una nuova situazione di dissesto che sfoci nel fallimento rilevano esclusivamente le condotte legate a quest'ultima situazione. Questo ragionamento non può essere valido specularmente per il fallimento, in quanto si può cagionare tale evento anche soltanto simulando uno stato di insolvenza. Al contrario, Antonioni sostiene la rilevanza anche di un dissesto non seguito dal fallimento, in quanto successivamente potrebbe venir meno l'evento rilevante per fattori interni come esterni alla società²¹². Ad ogni modo, la dottrina maggioritaria non pare attribuire alcuna rilevanza alla differenza di espressioni fra le due disposizioni per quanto riguarda, specificamente, il "concorrere a cagionare", in quanto alla luce dell'art. 41 c.p. "sanzionare il cagionare od il concorrere a cagionare è la stessa cosa, giacché il concorso di cause indipendenti dall'azione od omissione dell'intraneo non esclude il nesso di causalità", per cui il rapporto causale tra la condotta e l'evento sussiste anche se questa ne costituisce solo una delle concause. In base ai principi della dottrina condizionalistica l'efficacia causale non è esclusa dal concorso di fattori esterni, mentre è ipotizzabile l'interruzione del nesso di causalità ad opera di concause sopravvenute da sole sufficienti a causare l'evento ex art. 40, co. 2 c.p. Dunque, cosa differenzia le due ipotesi criminose? Sicuramente non il fatto di essere le due uniche ipotesi in cui il legislatore ha deciso di abbandonare il metodo casistico, ricorrendo a formulazioni generali e astratte. La questione ruota attorno alla nozione di "operazioni dolose", in particolare cosa si intende con questa espressione e se si riferisca all'elemento soggettivo del reato, cioè se sia equivalente a "reato doloso". L'obiettivo del legislatore è quello di sanzionare tutte quelle condotte che, ispirate all'abuso nella

²¹² A favore della rilevanza di una "bancarotta riparata" è la giurisprudenza di legittimità. In particolare, la Suprema Corte sostiene che, qualora venga meno l'elemento materiale de reato, i.e. la reintegrazione del patrimonio prima della soglia cronologica della dichiarazione di fallimento, annullando il pregiudizio per i creditori viene meno anche la responsabilità per bancarotta. In Cass. Pen., Sez. V, 4 novembre 2014 n. 52077, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2015, 2, 633.

gestione societaria, abbiano cagionato il dissesto²¹³. Le operazioni che assumono rilievo possono essere descritte come “qualsiasi atto o 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’intento 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”²¹⁴.

Secondo un orientamento giurisprudenziale e dottrinale²¹⁵, la seconda ipotesi descritta dall’art. 223, co. 2 n. 2 l. fall, contrariamente alla prima che richiederebbe un dolo specifico, è integrata dal dolo generico. Questa tesi sarebbe sicuramente in linea con il principio di legalità, prevedendo che il fallimento costituisca l’effetto di una condotta volontaria ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto agente, rappresentandoselo come conseguenza della sua condotta, accetta il rischio di determinarlo²¹⁶. In altri termini, il soggetto agente deve voler il fallimento della società, cagionandolo intenzionalmente; ovvero, deve volontariamente porre in essere condotte di valenza negativa per la società, che ne determinano causalmente il dissesto, sia che questo venga anticipato sia che venga semplicemente aggravato.²¹⁷

Altri Autori²¹⁸ ancora, spostando il problema sotto un altro punto di vista, ritengono che non sia rilevante dare un contenuto all’espressione “operazioni dolose”, in quanto non è richiesto alcun nesso psichico tra la condotta consistente nell’operazione dolosa e l’evento (fallimento della società), bensì è necessario

²¹³ G. COCCO, sub art. 223 l. fall., in op. cit., 1272.

²¹⁴ In dottrina: P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 379; F. ANTOLISEI, op. cit., 224; C. MARINI, *La bancarotta fraudolenta <<impropria>> (art. 223 legge fall.)*, in op. cit., 413. In giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. V, 16 dicembre 1998 n. 2905, in Riv. trim. di dir. pen. ec., 1999, 4, 1208; Cass. Pen., Sez. V, 18 aprile 1988 n. 6992, in Giust. Pen., 1989, II, 340.

²¹⁵ Cass. Pen., Sez. V, 22 settembre 1999 n. 11945, in Riv. trim. di dir. pen. ec., 2000, 2, 480. Nel senso di configurare un dolo intenzionale nella prima parte della norma ed un dolo eventuale nella seconda: Cass. Pen., Sez. V, 25 aprile 1990 in Giust. Pen., 1990, II, 601.

²¹⁶ Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 1999 n. 12897, in Riv. trim. di dir. pen. ec., 2000, 2, 477.

²¹⁷ C. SANTORIELLO (a cura di), *La bancarotta fraudolenta impropria: l’art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942*, in *Le Società*, 2015, 5, 628.

²¹⁸ Tra cui F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, cit., p. 257 s. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 1998, cit.; Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010 n. 17690, in Riv. dott. comm., 2011, 1, 195 (cd. Caso Parmalat).

soltanto un nesso causale fra questi due elementi. In particolare, la condotta rilevante è quella consistente in una violazione dei doveri d'ufficio recante pregiudizio alla società stessa e posta in essere al fine di conseguire un profitto ingiusto. E quest'ultimo fattore differenzia le due fattispecie, quella dell'art. 224, n. 2 e quella dell'art. 223, co. 2 n. 2 l. fall., non dovendo per la prima essere presente lo scopo di trarre ingiusto profitto in danno della società o dei singoli soci o dei creditori.

In realtà, per quanto riguarda la bancarotta fraudolenta societaria qui in esame si è parlato di bancarotta strutturalmente preterintenzionale, in cui il fallimento, con il connesso pregiudizio per la massa dei creditori, si situa su di una linea di progressione rispetto al risultato meno grave voluto dal reo, configurando così un'ipotesi di responsabilità oggettiva mista a dolo. Questo orientamento fa sorgere qualche dubbio in merito alla conformità di tale previsione al principio di colpevolezza, come interpretato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988, e al principio di uguaglianza, posto che vengono sanzionati con la stessa pena condotte diverse sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo. A tal fine, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la fattispecie descritta dall'art. 223, co. 2 n. 2 l. fall. configura un'eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale e "per essa esaurisce l'onere probatorio dell'accusa la dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura dolosa dell'azione, costitutiva dell'operazione, a cui segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità dell'evento scaturito per effetto dell'azione antidoverosa"²¹⁹. In particolare, la natura dolosa dell'azione è una categoria inconsueta per il diritto penale che, ai sensi dell'articolo 42, co. 2 c.p., suppone connotati da dolo tutti i comportamenti per cui il legislatore non abbia espresso un tratto esplicito di colpa o di preterintenzione; infatti, la peculiare previsione del momento soggettivo fa dipendere la responsabilità penale non dalla volontà dell'evento naturalistico (il fallimento della società), ipotesi propria dalla causazione del dissesto di cui al n. 1, bensì dall'azione illecita "per effetto" della quale si cagiona il fallimento. Tale orientamento è stato condiviso dalla quasi totalità della giurisprudenza di legittimità, sottolineando che non sussiste un nesso psicologico tra le operazioni dolose e l'evento fallimento, bensì sussisterebbe

²¹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2010 n. 17690, cit.

un nesso causale materiale tra condotta e fallimento, andando a colmare il deficit sul piano soggettivo²²⁰. Ne discende che, ai fini dell'elemento soggettivo, non è necessario il dolo specifico, e cioè la consapevolezza di portare al dissesto la società, ma è sufficiente il dolo generico, consistente nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte. Inoltre, in alcune pronunce si è affermato che la fattispecie in esame si realizza "non solo quando il fallimento trovi la sua unica causa nei citati comportamenti, ma altresì quando la situazione di dissesto, la quale costituisce il presupposto del fallimento, sia stata aggravata dai medesimi, essendo invece da escludere la ricorrenza dell'ipotesi criminosa de qua qualora la loro azione abbia lasciato immutata tale situazione"²²¹. Tuttavia, la stessa Corte ha precisato che l'aggravamento del dissesto va considerato globalmente e non già con riferimento a singole situazioni debitorie. Infatti, qualora l'entità del dissesto sia rimasta invariata o sia migliorata per fatti imputabili all'attività dell'amministratore, che in prima istanza aveva peggiorato la situazione debitoria, quest'ultimo non sarà responsabile per fatti di bancarotta; allo stesso modo, qualora si provi che i fattori incidenti in modo positivo sul dissesto non sono attribuibili all'attività gestoria, la responsabilità dell'amministratore persisterà, nonostante la mutata situazione dell'evento naturalistico.

L'accertamento del dolo, e quindi del fatto pregiudizievole, secondo questa impostazione, si ferma alla percezione della illiceità dell'atto o del "segnale d'allarme" che lo fa presagire. Per quanto riguarda quest'ultimo caso, il riferimento è ad una condotta omissiva, una violazione dell'obbligo giuridico di impedimento di un atto

²²⁰ In particolare, per quanto riguarda la mancanza di un nesso psicologico, la Corte di Cassazione, tra le altre nella sentenza del 28 maggio 2014 n. 21846, afferma che: "l'oggetto del dolo dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale non include la prospettiva di dissesto, essendo il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione reato di pericolo a dolo generico per la cui sussistenza non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né che abbia agito allo scopo di recare pregiudizio ai creditori". Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2014 n. 21846, in CED Cass. Pen., 2015. Mentre, sul nesso causale, la Corte ha statuito che: "tra le operazioni dolose e il fallimento vi deve essere un nesso di causalità materiale". Cass. Pen., Sez. V, 25 aprile 1990, cit. Nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. V, 26 marzo 2010 n. 11899, cit., e Cass. Pen., Sez. Fer., 13 agosto 2012 n. 32779, in CED Cass. Pen., 2012. Per una visione complessiva, sia dell'elemento soggettivo che oggettivo: Cass. Pen., Sez. V, 3 aprile 2014 n. 38728, in Riv. dott. comm., 2015, 1, 170.

²²¹ Cass. Pen., Sez. V, 28 marzo 2003 n. 19806, in Diritto e Giustizia, 2003, 20, 96.

pregiudizievole per la società posto in essere da un amministratore o chiunque svolga funzioni gestorie. Un segnale d'allarme è un dato esteriore, una condizione, un accadimento la cui manifestazione rende probabile la verifica di un danno ad un bene giuridico, avvertendo della presenza di un pericolo. Tali segnali assumono valore ai fini della responsabilità soltanto qualora siano stati effettivamente ed adeguatamente percepiti ed intesi nella loro attitudine di presagio, possedendo la capacità di indirizzare la reazione impeditiva. La modifica intervenuta con il d. lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 ha portato alla sostituzione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione in capo agli amministratori con un più realistico dovere di agire informati. L'informazione endosocietaria costituisce, conseguentemente, lo strumento principale attraverso il quale adempiere il dovere di cui all'art. 2381 c.c., per cui i flussi informativi tra organo gestorio ed amministratori delegati sono considerati fondamentali: l'iniziativa di dare l'informazione è nella diligenza dell'amministratore esecutivo, mentre è nella diligenza del consiglio e del singolo amministratore riceverla e capirla, nei limiti delle sue capacità personali. Questo limite deve essere necessariamente considerato insieme ad altri elementi, considerati fondamentali per la rilevanza dei segnali d'allarme nell'accertamento dell'elemento soggettivo. Prima di tutto, deve sussistere la prova dell'avvenuta percezione del segnale da parte del soggetto e, in seconda istanza, che costui ne abbia tratto la rappresentazione dell'evento lesivo da sventare. Dunque, è necessario sussistano due momenti di rilevanza: uno oggettivo, relativo alle caratteristiche proprie del segnale rendendolo allarmante, ed uno soggettivo, che investe la capacità del destinatario di percepirlo come tale e di inferire da esso la rappresentazione del reato.²²² Nonostante tali indici vengano utilizzati quasi esclusivamente per la prova del dolo, anche eventuale, sia la giurisprudenza che la dottrina non mancano di sottolineare il nesso anche con la colpa. Dunque, tralasciando le questioni relative alla qualificazione della colpa, già precedentemente trattate, si potrebbe applicare la dottrina dei segnali d'allarme anche ai casi di bancarotta semplice societaria? In particolare, la Cassazione²²³, in tema di dolo dell'amministratore non operativo nei reati fallimentari, ha statuito che il giudizio "che si limiti alla conoscibilità del fatto

²²² M. CAPUTO, Dalla teoria dei «segnali d'allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa del concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta, in *Rivista delle società*, 2015, 5, 916.

²²³ Cass. Pen., Sez. V, 2 novembre 2012 n. 42519, cit.

approda inevitabilmente agli schemi propri della colpa". Il giudice, a tal fine, dovrà accertare la sussistenza delle medesime condizioni necessarie per la prova del dolo, quindi il possesso di un determinato insieme di conoscenze in ordine allo specifico segnale e la capacità di avvertire la presenza di quegli elementi fattuali tali da far presagire un pericolo per il bene giuridico tutelato, con la peculiarità che non sarà provata la conoscenza di quegli stessi segnali, bensì la mera conoscibilità. A tal fine, Autorevole dottrina²²⁴ individua due tipologie di segnale: segnale - allarme e segnale - sospetto. Il primo è veramente tale soltanto quando abbia l'attitudine di rendere tipica la situazione che attualizza la garanzia, comunicando un'incombente minaccia per l'interesse affidato al garante, con annessa rappresentazione di una concreta possibilità di intervento efficace. All'area del sospetto, invece, appartiene l'allarme ambiguo; questo "genererà nel garante soltanto un onere di approfondimento, di indagine e di interpello, la cui inosservanza recherebbe le stigmate della negligenza e quindi della colpa in ordine all'evento che ne consegue". Seguendo tale ragionamento, tendenzialmente, l'inerzia che consegue al segnale - allarme avvicinerà al dolo, mentre l'inerzia associata ad un segnale - sospetto indizierà un rimando per colpa.

In realtà, la questione è molto più complessa di quanto la dottrina mostri, ed un chiaro esempio è il Caso del Banco Ambrosiano, nella cui decisione il confine tra dolo e colpa non viene nettamente colto dalla Corte, la quale rileva l'importanza rivestita dai segnali d'allarme nella definizione dell'elemento soggettivo. Secondo l'analisi di Crespi²²⁵, il quadro complessivo scaturito dalla ricostruzione della sentenza è quello di una colpevole inerzia oggettivamente inquadrabile nei parametri della negligenza, dunque sicuramente non del dolo, necessario invece per un'incriminazione a titolo di bancarotta fraudolenta. Infatti, la Corte sostiene le proprie argomentazioni in merito alla sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla normativa penale fallimentare affermando che gli indici d'allarme dovessero essere considerati congiuntamente, "al fine di verificare l'esistenza di assonanze induttive tali da eliminare alla fine qualunque possibilità di diversa interpretazione logica del loro verificarsi, alternativa

²²⁴ C. PEDRAZZI, Tramonto del dolo?, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 4, 1277.

²²⁵ A. CRESPI, La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 4, 1147 - 1167.

al risultato psicologico addebitato all'imputato in punto di sussistenza dell'elemento psicologico del reato". L'Autore ribadisce che tale argomentazione di dubbia chiarezza ha il solo scopo di trasformare una condotta colposa in un atteggiamento dolosamente orientato. La Corte, inoltre, in merito alla situazione degli amministratori privi di delega, ne afferma la responsabilità sulla base di un "atteggiamento connivente" con le scelte, in pregiudizio della società, effettuate dagli amministratori con delega. Dunque, una presunzione di consapevolezza della mala gestio di questi ultimi può fondare, per i giudici di legittimità, la correttezza degli amministratori non delegati. Ma cosa ne è stato dell'accettazione del rischio, elemento scriminante fra dolo e colpa? La Corte ha dato per scontata la concreta previsione di quegli effetti per il solo fatto che apparivano a tal punto prevedibili da doverli ritenere come concretamente previsti. A tal riguardo, Crespi sembra quasi individuare un fil rouge nella giurisprudenza di legittimità, quasi come se lo "stato dell'arte" si fosse ormai consolidato al fine di accertare nel modo più semplice possibile la responsabilità dei bancari coinvolti nei più grandi scandali finanziari dell'epoca, a partire dal Caso Sindona: il solo fatto di esser parte del Consiglio di Amministrazione presupponeva senza alcun dubbio la conoscenza di quanto deciso in seno allo stesso, determinando un'evidente inversione dell'onere della prova.

7. Il rapporto fra l'aggravamento colposo e la causazione dolosa

Ancora più complesso appare il rapporto fra l'art. 224 I. fall. e il n. 1 dell'art. 223, co. 2 predetta legge. Quest'ultimo è stato modificato dalla riforma intervenuta nel 2002, la quale ha inciso sia sulle condotte incriminate, introducendo un elenco di reati societari criticati per la loro disomogeneità, sia sul nesso causale intercorrente fra condotta ed evento; per quanto riguarda quest'ultimo aspetto è necessario che il reato societario abbia "cagionato" o "concorso a cagionare" il dissesto della società, modificando dunque la configurazione del reato che passa dall'essere reato di pericolo a reato con evento di danno. Il termine dissesto riporta subito alla mente la disciplina della bancarotta semplice, in particolare le ipotesi previste dagli artt. 217, n. 4 e 224, co. 2 I. fall., costituendo dunque il trait d'union fra queste previsioni. Non è un caso che il legislatore abbia deciso di identificare l'evento naturalistico con il dissesto e non con il fallimento, soprattutto alla luce della discussione che aveva

preceduto la riforma sopra citata in merito alla necessità di introdurre un nesso causale fra i reati societari ed il fallimento. La fattispecie descritta dalla norma in esame prende a riferimento l'evento dissesto nella sua manifestazione definitiva, vale a dire al momento della declaratoria fallimentare. Non mancano tesi contrarie²²⁶ a quella appena citata, come precedentemente riportato in merito al pensiero di Antonioni, il quale chiarisce che il dissesto non deve necessariamente tradursi in dichiarazione di fallimento; tuttavia, non sembra potersi accogliere tale opinione, probabilmente non sufficientemente attenta all'offensività della fattispecie, richiedendo la stessa un dissesto già dotato di rilevanza penale come reato societario. Infatti, non avrebbe ragion d'essere prevedere un differente trattamento sanzionatorio qualora la fattispecie fosse integrata semplicemente dalla commissione del reato societario, di per sé punito da altra norma. Altro motivo a supporto di questa impostazione è la comprensione, nel novero dei reati societari, di fattispecie nelle quali condotte di elisione o di risarcimento del danno cagionato fungono da causa sopravvenuta di esclusione della punibilità, per cui, dunque, il "riparare" quanto provocato dalla condotta fa venir meno la punibilità. Infatti, non sarebbe corretto spostare parte dell'offensività della fattispecie sull'evento dissesto ponendola comunque a carico del reo. Da ciò deriva che un dissesto cagionato da un reato societario successivamente riassorbito non ha alcuna rilevanza per la fattispecie di bancarotta, anche se successivamente dovesse comunque intervenire la declaratoria fallimentare. Inoltre, l'evento dissesto deve essere considerato come evento multidimensionale, suscettibile di variare sia nell'an che nel quantum, dunque nella sua dimensione temporale e quantitativa. Ma quale dissesto è rilevante ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta? Un dissesto che non si sarebbe altrimenti verificato, ovvero anche un dissesto comunque inevitabile o che è stato aggravato dalla condotta posta in essere dal soggetto agente? In ossequio alle leggi sulla causalità, la risposta sembra essere orientata a considerare rilevante qualsiasi condotta che abbia esercitato un influsso sull'evento, in quanto capace di modificarlo con la sua concreta manifestazione, intervenendo così sia sull'aspetto temporale che

²²⁶ La condotta rilevante si riferisce soltanto a comportamenti che già isolatamente siano in grado di portare all'apertura della procedura concorsuale, dunque non si limitino ad aggravare il dissesto. C. SANTORIELLO (a cura di), *La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, cit.*, 631 s.

su quello quantitativo. Pertanto, l'aggravamento del dissesto rileva sia per l'ipotesi di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. che per l'ipotesi di bancarotta semplice societaria? La Corte di Cassazione sembra rispondere positivamente a tale quesito, ribadendo il principio per cui "il reato di bancarotta impropria da reato societario sussiste anche quando la condotta illecita abbia concorso a determinare anche solo un aggravamento del dissesto già in atto della società"²²⁷. Allo stesso modo anche la Cassazione Nadini ha ribadito tale orientamento, aggiungendo che, oltre a dover abbandonare un'interpretazione meramente letterale per abbracciarne una sistematica che tenesse conto del concorso di cause di cui all'art. 41 c.p. (dovendo il dissesto essere inteso come progressione nel tempo), è necessario tenere in considerazione l'origine temporale differente delle due norme.

Qualora, però, ammettessimo l'esistenza di una sovrapposizione di piani fra l'art. 224, n. 2 e l'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall., dovremmo necessariamente rivedere l'interpretazione data in merito all'evento naturalistico della bancarotta fraudolenta societaria appena descritta. In realtà una sovrapposizione non sussiste, essendo fattispecie che richiedono elementi soggettivi differenti per potersi dire integrate: la prima la colpa, con tutte le sue sfumature interpretative, la seconda il dolo. Ma tale dubbio apparentemente potrebbe essere di supporto per la comprensione dei diversi piani che il legislatore ha voluto imbrigliare nelle maglie del diritto penale, in particolare dando un diverso aspetto al nesso causale per l'una e l'altra ipotesi.²²⁸ L'art. 224, n. 2 l. fall. prevede espressamente sia il cagionare che l'aggravare il dissesto, il che lascerebbe trasparire l'intenzione del legislatore di tenere sempre ben distinte le due forme di influenza causale sul dissesto, per cui conseguentemente l'art. 223, co. 2 n. 1 predetta legge colpirebbe esclusivamente il cagionamento e mai il mero aggravamento dell'evento naturalistico. Ma anche l'art. 217, n. 4 l. fall. parla di aggravamento del dissesto, prevedendo che la condotta illecita consista proprio in questo e non richiedendo il fallimento. Come precedentemente detto, lo stato di

²²⁷ Corte di Cassazione, Sezione Feriale Penale, Sentenza 21 novembre 2013 n. 46388. In particolare, analisi della sentenza è fornita da G. GIORDANENGO - S. VALENTINI, Bancarotta societaria e aggravamento del dissesto, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Fer., 12 settembre 2013 n. 46388) in *Giur. Comm.*, 2014, 6, 1004 – 1010.

²²⁸ Solo per citare uno degli innumerevoli autori, A. LANZI, La «nuova» bancarotta societaria, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, 8, 812 s.

dissesto deve già sussistere al momento in cui l'azione o l'omissione vengono poste in essere, in quanto tale situazione funge da presupposto della condotta, la quale può solo ed esclusivamente peggiorarlo ai fini della responsabilità penale. Allora come poter prevedere nella medesima disposizione il cagionare e l'aggravare l'evento dissesto? Aggravare è di per sé cagionare un evento diverso dall'iniziale dissesto, e questo lascia pensare che vi sia un'incompatibilità con quanto previsto in tema di causalità dall'art. 41 c.p. Per questa ragione l'art. 224, n. 2 l. fall. prevede un'ipotesi eccezionale, che non può essere utilizzata come parametro interpretativo anche delle altre fattispecie di bancarotta, in quanto l'ipotesi considerata è volta a ribadire che in ogni caso, sia di cagionamento che di aggravamento, la condotta che influisce sul dissesto deve essere ritenuta tipica. Per questa ragione non si può escludere che anche l'ipotesi di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. rilevi nel caso in cui l'evento naturalistico causato dalla condotta descritta nei reati societari elencati dalla norma sia il semplice aggravamento del dissesto.

Non c'è chi ha mancato di criticare tale scelta sulla base del fatto che la bancarotta societaria assegna maggior disvalore alla condotta, dunque non potendo essere equiparata a quella fraudolenta, ed osservando che, contrariamente alla dichiarazione di fallimento, la quale non richiede necessariamente il dolo dell'agente, il dissesto lo richiederebbe, dovendo accertare causalmente che l'illecito societario è stato idoneo, nel caso concreto, a cagionare il dissesto e non ad aggravarlo.²²⁹ Antolisei²³⁰, in modo particolare, sottolinea come la disposizione, a livello testuale, pare circoscrivere la verifica giudiziale all'an e non già altresì al quantum del volume del dissesto, né tantomeno è possibile estenderla all'aggravamento. È vero che non è possibile fissare un momento preciso in cui l'equilibrio economico e patrimoniale si incrina tanto da divenire dissesto, ma questa opzione finirebbe per costituire un'illegittimità costituzionale poiché in violazione del divieto di analogia in malam partem. Un'altra critica, invece, muove dal presupposto che sia necessario definire il contenuto dell'aggravamento, prima di poter effettivamente affermare l'ammissibilità

²²⁹ N. F. GIULIANI, Simulazione di inesistente stato di solidità e conseguente aggravamento del dissesto della società fallita, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 11 gennaio 2013 n. 17021) in Cass. Pen., 2015, 4, 1568 s.

²³⁰ F. ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari, cit., 219 s.

di tale interpretazione estensiva. Donini²³¹ individua la concezione di aggravamento accolta dalla giurisprudenza, per poi effettivamente discostarsene in quanto considerata incoerente con il sistema, soprattutto alla luce della riforma del 2002. In particolare, l'Autore afferma che l'aggravamento di un dissesto, già esistente al tempo della commissione del reato societario, riguarda non soltanto l'incisione sulla manifestazione storica del dissesto dal punto di vista temporale e dell'an, ma anche e soprattutto dal punto di vista quantitativo, come aumento del passivo: viene, cioè, in considerazione un aggravamento ex post del dissesto sopravvenuto. Ma l'interpretazione data dalla Corte limita la causazione del dissesto all'aver creato un debito che solo col successivo verificarsi dell'insolvenza apparirà come un contributo all'aumento del passivo, andando a configurare quale elemento soggettivo il dolo eventuale. Ed è da questo punto che la critica di Donini parte, avvertendo "un'insanabile contraddizione etica dietro questa logica economica, che consiste in ciò: un fatto non può diventare illecito per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile, perché, salvo eccezioni, l'evento-insolvenza non lo si imputa". Infatti, non è possibile sostenere contemporaneamente entrambe le posizioni: o l'evento è imputabile e l'agente risponde per averlo cagionato, ovvero non è imputabile e la condotta diventa rilevante ex ante. Secondo l'Autore, "c'è una discrasia tra il disvalore di azione tipizzato e l'evento". Per questo motivo è necessario dare un'altra interpretazione al termine aggravamento, non come semplice aumento del passivo. Bensì, per poter effettivamente ritenere che anche l'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. sia applicabile nel caso di aggravamento del dissesto, è necessario che la condotta di aggravamento abbia inciso sia sul quantum del passivo che sull'aspetto temporale e di manifestazione dell'insolvenza stessa.

Tornando alla fattispecie di cui all'art. 223, co. 1 n. 2 l. fall., il successivo quesito che sorge riguarda come ed a quali condizioni i reati societari, ed in particolare i reati di false comunicazioni sociali, possono incidere sull'evento dissesto. L'affermazione della responsabilità penale risulta sempre a sfondo probabilistico, ma è necessario che tale probabilità assuma un "livello adeguato", individuato dalla giurisprudenza di legittimità nell'"elevato grado di probabilità prossimo alla certezza",

²³¹ M. DONINI, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», in JUS: rivista di scienze giuridiche, 2011, 1 - 2, 47 - 58.

ossia in una percentuale "quasi prossima al cento"²³². Per poter accertare, dunque, la sussistenza di un nesso di condizionamento fra i fatti tipizzati dagli artt. 2621 e 2622 c.c. e l'aggravamento del dissesto, occorre individuare quali siano state le scelte economiche compiute dagli investitori e verificarne l'impatto sul patrimonio della società, e attraverso il processo di "eliminazione mentale" valutare se le conseguenze finali sarebbero state diverse, dunque se l'aggravamento non si sarebbe verificato o avrebbe avuto una portata più lieve.²³³ Anche in questo caso la giurisprudenza (nella sentenza precedentemente citata, come in altre) è intervenuta, sostenendo l'importanza di un'interpretazione che vada oltre il dato letterale e che tenga conto della sistematicità delle norme dedicate alla bancarotta, chiarendo che "in ordine al problema del nesso di causalità tra falsità in bilancio ed aggravamento del dissesto, [...] in tema di bancarotta societaria (L.F., articolo 223, comma 2, n. 1), rilevano ai fini della responsabilità penale anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente dispiegata dall'articolo 41 cod. pen. che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento, sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo (tanto da essere suscettibile di misurazione) assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato". A questo punto è lecito chiedersi se sia possibile appianare la differenza tra l'espressione cagionare e concorrere a cagionare dell'art. 223, co. 2 n. 1 I. fall. e per quanto riguarda l'ultima anche l'art. 224, n. 2 predetta legge. La dottrina²³⁴ sembra condividere risposta positiva a tale quesito, sostenendone l'equivalenza in base al principio di cui all'art. 41 c.p., cosicché è irrilevante il concorso di fattori concausali esterni, mentre ha rilevanza escludente il sopraggiungere di fattori assolutamente imprevedibili di assorbente efficacia. Dunque, alla produzione dell'evento possono concorrere sia

²³² Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002 in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, 2, 743 (Nota a sentenza di F. D'ALESSANDRO, La certezza del nesso causale: la lezione «antica» di Carrara e la lezione «moderna» della Corte di Cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»).

²³³ Sulla comparazione fra bancarotta semplice societaria e previsione di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 I. fall, con un focus particolare sul nesso di causalità fra reato societario ed evento dissesto, vedi: A. PERINI, Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2004, 3 - 4, 721 ss.

²³⁴ F. ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari, cit., 139; L. CONTI, I reati fallimentari, cit., 289; C. PEDRAZZI, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 336.

inosservanze di obblighi, ai sensi della disciplina della bancarotta semplice, sia comportamenti dolosi integranti i reati societari descritti dall'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. Tuttavia, non mancano voci discordanti²³⁵ che individuano un diverso contenuto per le due espressioni sopra indicate, sostenendo che nell'ipotesi del "concorrere" ciascuna delle condotte concorrenti può non essere in grado di determinare il dissesto, frutto del complesso di un cumulo di accadimenti, mentre le fattispecie descritte per la bancarotta fraudolenta societaria possono costituire unica causa dell'evento naturalistico. Tale impostazione è difficilmente condivisibile alla luce di quanto detto in merito all'operatività del principio di causalità di cui all'art. 41 c.p.

Trattazione a sé merita uno dei rari casi giurisprudenziali in cui si è accertato l'esistenza di un aggravamento del dissesto della società in questione, già precedentemente citato in merito all'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta societaria: il Caso Parmalat²³⁶. Il principale problema riscontrato in tale giudizio fu l'acclarata esistenza di una condizione di insolvenza pregressa rispetto a tutte le condotte di falsificazione delle comunicazioni sociali o alle altre operazioni dolose comprese nel capo di imputazione, integranti le fattispecie di cui all'art. 223, co. 2 nn. 1 e 2 l. fall.: si poteva, dunque, postulare esclusivamente un aggravamento del dissesto. Trovandosi di fronte gli opposti orientamenti della dottrina in merito alla comprensione o meno dell'evento aggravamento nelle ipotesi di cui alla norma precedente, la Corte decise di appoggiare l'interpretazione seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, quella che ammetteva quale evento anche il mero aggravamento. Il concetto di dissesto deve essere in teso nel senso più ampio possibile, dunque comprensivo di tutti i profili di gravità; conseguentemente, si riterrà sussistente l'evento naturalistico anche qualora possa riscontrarsi soltanto quantitativamente una variazione in negativo della situazione economica e patrimoniale della società, essendo, inoltre, identificato l'oggettività giuridica nella par condicio creditorum e nella garanzia patrimoniale. Uno dei motivi adottati dalla Corte, oltre a quelli già riportati dalla dottrina a sostegno di tale opinione, è stato la mancata incriminazione dei fatti penalmente rilevanti successivamente alla

²³⁵ M. LA MONICA, I reati fallimentari, Milano, 1999, 501; P. NUVOLONE, op. cit., 396.

²³⁶ Cass. Pen., Sez. V, 12 aprile 2013 n. 28508, in CED Cass. Pen., 2013; Cass. Pen., Sez. V, 11 novembre 2013 n. 17021, cit.; Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2010 n. 17690, cit.

causazione del dissesto qualora si optasse per un'esclusione dell'aggravamento quale evento rilevante per il reato in questione.

8. Il rapporto fra le due ipotesi di aggravamento del dissesto

Problemi di sovrapposizione fra fattispecie sorgono invece tra l'ipotesi di cui all'art. 224, co. 2 n. 2 e quella di cui all'art. 217, n. 4, richiamata dall'art. 224, co. 2 n. 1 I. fall. Entrambe, infatti, si applicano ai medesimi soggetti (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite) ed entrambe contemplano l'aggravamento del dissesto. Dunque, come si coordinano le due disposizioni? Antolisei²³⁷ focalizza l'attenzione sulle differenze in merito all'elemento soggettivo: nella prima ipotesi è richiesta colpa grave, nell'altra soltanto un'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge. Seguendo tale orientamento, quando l'aggravamento del dissesto è dipeso da colpa generica, e cioè da imprudenza, negligenza od imperizia, si applica l'art. 217, n. 4 I. fall., necessitando inoltre la presenza di una colpa grave; mentre, se l'evento naturalistico è derivato da inosservanza degli obblighi legali, quindi comportamento denotato da colpa specifica, si applicherà l'art. 224, co. 2 n. 2 predetta legge, il quale non richiede un grado particolare di colpa, ma esige che il giudice decida tenendo conto del grado di diligenza richiesto al soggetto agente. Anche Antonioni²³⁸, come Antolisei, è dell'opinione per cui i due reati non sono sovrapponibili, essendo la materialità dei fatti differente nelle due ipotesi: aggravamento del dissesto con grave colpa per il reato di cui all'art. 217, n. 4 I. fall.; mentre per il restante il concetto generico di "colpa" ricomprende anche l'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge. Pertanto l'Autore conclude nella stessa maniera del primo, i.e. affermando che la scriminante fra le due fattispecie risiede proprio nella diversità dell'elemento soggettivo: entrambi colpa, ma il primo colpa generica con quel grado tale da definirsi "grave", il secondo colpa specifica, ossia per inosservanza di leggi, indipendentemente dal grado della stessa. Cocco²³⁹, a tal riguardo, si riferisce all'art. 224, co. 2 n. 2 I. fall. come ad una "fattispecie autonoma di reato integrata alternativamente dalla causazione o dall'aggravamento del dissesto". In questo caso è necessario stabilire i rapporti fra tale fattispecie

²³⁷ F. ANTOLISEI, op. cit., 228 s.

²³⁸ F. ANTONIONI, La Bancarotta semplice, cit., 170 e 257.

²³⁹ G. COCCO, sub art. 224 I. fall., in op. cit., 1278.

autonoma e l'eventuale reato integrato dalla violazione dell'obbligo, indipendente dalla causazione o dall'aggravamento del dissesto. Secondo Autorevole dottrina²⁴⁰, non si configurerebbe in alcun caso un reato complesso, perché "la consumazione di altro reato non è elemento necessario della fattispecie legale"; né tantomeno può parlarsi di reato aggravato dall'evento, in quanto la causazione o l'aggravamento del dissesto, costituendo ulteriore e più grave evento, vengono posti a carico del soggetto a titolo di colpa specifica e non sulla base del rapporto materiale di causalità, configurando dunque una sorta di responsabilità oggettiva. In conclusione, seguendo tali premesse, il regime da applicarsi è quello del concorso materiale dei reati.

Pedrazzi²⁴¹, contrariamente, sostiene che le due fattispecie possano sovrapporsi, essendo entrambe addebitabili nel caso di aggravamento del dissesto. Tuttavia, la formula utilizzata per la seconda ipotesi comprende anche il "concorso a cagionare", allargando il campo di applicazione della norma. In questo caso il giudice penale potrà dilatare il proprio sindacato fino a considerare anche le situazioni aziendali non compromesse da un dissesto già in atto. Ovviamente, non bisogna dimenticare che la generalizzazione dell'addebito di colpa è limitata dalla necessaria presenza di un collegamento causale col dissesto. Tale orientamento è condivisibile soltanto qualora si ci discosti da quello maggioritario, seguito anche dalla giurisprudenza, di equiparazione fra causazione ed aggravamento del dissesto. Sia la sovrapposibilità che le differenze intercorrenti fra i due casi di aggravamento del dissesto non frammentano l'unitarietà del fatto di bancarotta, fondata sull'identità di bene giuridico tutelato. La dottrina non è unanime nel ritenere che l'oggettività giuridica sia la medesima sia per il caso di aggravamento che per quello di causazione, in particolare Nuvolone²⁴² distingue: la causazione si prefigura come un reato contro la pubblica amministrazione, mentre l'aggravamento mira a tutelare l'amministrazione della giustizia. Ma come evitare che le due ipotesi finiscano con il sovrapporsi, rischiando di vanificare principalmente l'applicazione del n. 1 dell'art. 224 l. fall., in quanto ricompreso nella seconda ipotesi. In realtà, nonostante entrambe le norme

²⁴⁰ F. ANTONIONI, op. cit., 258; P. NUVOLONE, op. cit., 399 in nota.

²⁴¹ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 334.

²⁴² P. NUVOLONE, op. cit., 220 e 350.

prevedano un addebito per colpa, è necessario specificare, come hanno fatto anche Antolisei ed Antonioni, che la colpa richiesta dal secondo numero impone al giudice di tener conto della diligenza che l'amministratore, direttore generale, sindaco o liquidatore dovevano utilizzare nello svolgere i compiti loro assegnati. Infatti, la negligenza deve essere intesa in senso stretto ai sensi dell'art. 43 c.p.: deve essere accertata alla luce dell'impegno e dell'attenzione richiesti nell'espletamento delle funzioni sociali secondo gli obblighi di legge recepiti dal n. 2 della disposizione in esame. Quando invece si fa riferimento ai canoni della prudenza e della perizia si rimanda all'art. 217, n. 4 l. fall. Per questo motivo, secondo Pedrazzi²⁴³, la conciliazione fra le due ipotesi richiede un'interpretazione restrittiva degli "obblighi imposti dalla legge".

La domanda che sorge, considerando appunto una possibile sovrapposizione fra le due fattispecie, è: che rapporto intercorre fra queste? Due sono le possibili soluzioni: rapporto di specialità o di consunzione? Il principio di specialità è previsto dall'art. 15 c.p., secondo cui è norma speciale quella che contiene tutti gli elementi costitutivi dell'altra generale con uno o più requisiti propri e caratteristici aventi funzione specializzante; mentre, per il principio di consunzione la norma che prevede una fattispecie minore è assorbita dal reato più grave. A questo punto la questione dovrebbe spostarsi sull'individuazione degli elementi costitutivi di ciascuna fattispecie o sulla valutazione della gravità del reato. In realtà, la dottrina sembra propendere per l'individuazione di un rapporto di specialità, ritenendo che, con le dovute specificazioni inerenti le peculiarità dell'ipotesi di cui al n. 1, la fattispecie di cui al n. 2 contenga gli elementi costitutivi della prima.

Parte della dottrina ritiene sia possibile escludere l'applicabilità dell'art. 219, cpv. n. 1 l. fall.²⁴⁴, dunque del concorso di reati. In realtà non vi è unità di vedute neanche in questo caso, in quanto altri sostengono che sia possibile un concorso, "sempre che naturalmente le due ipotesi si attuino mediante comportamenti

²⁴³ C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., in op. cit., 338 s.

²⁴⁴ La Cassazione ha ribadito che "la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma 2, della legge fallimentare si applica anche alle ipotesi di bancarotta impropria". Cass. Pen., Sez. V, 14 dicembre 2012 n. 3229, in CED Cass. Pen., 2012.

irriducibili tra loro”²⁴⁵. Quest’ultima posizione sarebbe in linea con l’unitarietà della bancarotta, proclamata da Autorevole dottrina in merito al rapporto fra questi due commi, essendo quanto disposto dall’art. 219, co. 2 n. 1 espressione del principio in questione. Infatti, quest’ultima disposizione non configura né un reato abituale né un reato complesso ex art. 84, co. 1 pt. 2 c.p., bensì prevede una circostanza aggravante.²⁴⁶ Nonostante tale orientamento sia stato condiviso ampiamente dalla dottrina, con il tempo ha finito per divenire minoritario. In particolare, sarebbe opportuno, secondo Autorevole dottrina²⁴⁷, rigettare un’interpretazione letterale che porterebbe a ritenere tale previsione una circostanza aggravante e, conseguentemente, anche la natura unitaria del delitto di bancarotta. L’art. 219, cpv. n. 1 l. fall. in realtà altro non prevedrebbe che una speciale disciplina sanzionatoria per l’ipotesi che l’imprenditore abbia commesso, nell’ambito dell’esercizio della sua attività, più fatti di bancarotta, i quali comunque mantengono una loro autonomia, seppur commessi nell’ambito di una singola procedura; mentre, qualora fosse qualificata come circostanza, sarebbe necessaria la presenza di un fatto base ed uno accessorio, e questo non è il caso dei fatti di bancarotta, essendo tutti sullo stesso piano. Problemi sorgono nel momento in cui tale previsione deve essere applicati alle ipotesi previste dagli artt. 223, co. 2 nn. 1 e 2 e 224, n. 2 l. fall., non richiamando, contrariamente alle restanti parti delle medesime disposizioni, la disciplina sulla bancarotta propria, la quale è chiaramente soggetta all’art. 219, co. 2 n. 1 predetta legge essendo presente un espresso rinvio. Nonostante la giurisprudenza di legittimità paia essere orientata ad ammettere tale possibilità, la dottrina non è dello

²⁴⁵ P. NUVOLONE, op. cit., 458.

²⁴⁶ F. SGUBBI, sub art. 219 l. fall., in Commentario Scialoja - Branca, cit., 216. Contrariamente la Cass. Pen., Sez. V, 25 gennaio 2012 n. 12974, in Diritto e Giustizia online, 6.4.2012: “Nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell’ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dalla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all’art. 81 c.p.”. Tale sentenza ha avuto, inoltre, il pregio di aver chiarito che “la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dalla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, si applica sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 della stessa legge”.

²⁴⁷ C. SANTORIELLO, Pluralità di fatti di bancarotta: dalle Sezioni Unite una ricostruzione completa, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 26 maggio 2011 n. 21039) in *Le Società*, 2001, 10, 1203 ss.

stesso avviso; in particolare, non si ritiene possibile assimilare ai fatti di bancarotta di cui alla disposizione in oggetto, i quali trovano un trattamento sanzionatorio di favore in questa essendo considerati omogenei ed essendosi verificati nell'ambito dello stesso fallimento, le condotte descritte nelle due norme relative alle peculiari ipotesi di bancarotta societaria fraudolenta e semplice. Dunque, si potrebbe desumere che l'art. 219, cpv. n. 1 l. fall. non sia applicabile nel caso di sovrapposizione delle due ipotesi previste dall'art. 224 l. fall., e questo per due ordini di ragioni: una molto semplice, relativa al fatto che si finirebbe con il punire la stessa condotta due volte, seppur con un trattamento sanzionatorio di favore; l'altra relativa alla difficoltà di interpretare estensivamente la disposizione di cui all'art. 219 anche al caso della bancarotta semplice societaria per inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.

CAPITOLO 3

L'aggravamento del dissesto

1. Il ruolo della sentenza di fallimento e dell'insolvenza nelle fattispecie di bancarotta

“È punito [..], se dichiarato fallito”: così si aprono le disposizioni di cui agli artt. 216 e 217 l. fall, richiamati dagli artt. 223 e 224 del Regio Decreto per i reati commessi da persone diverse dal fallito in tema di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta. Da questa premessa sembra potersi chiaramente sostenere che, ai fini dell'incriminazione del delitto in esame, è necessaria la presenza congiunta di due elementi: la commissione dei fatti espressamente descritti dalle previsioni incriminatrici e l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento. Dopo aver chiarito questo aspetto, sorgono due questioni di primaria importanza ai fini della trattazione: da un lato, qual è il rapporto fra questi due momenti; dall'altro, la funzione del fallimento nella struttura del reato.

1.1. La posizione della dottrina

In primo luogo, contrariamente all'orientamento tradizionale che vedeva il fallimento come nucleo essenziale ed elemento intrinseco dei fatti di bancarotta, le posizioni più recenti hanno adottato una diversa impostazione, dando maggior peso alle condotte delittuose, rappresentanti una lesione od un pericolo per il bene giuridico tutelato, piuttosto che al fallimento, a cui è stato attribuito lo scopo di limitare il campo della repressione penale.²⁴⁸

In secondo luogo, chiarito tale aspetto ed escludendo, dunque, che il fallimento sia il vero punto centrale delle norme incriminatrici della bancarotta, la dottrina si è trovata dinnanzi l'altro quesito, oltremodo dibattuto: la posizione della dichiarazione di fallimento nell'economia del reato. Sembra potersi, primariamente,

²⁴⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, cit., 36 ss. Tuttavia, nel prosieguo si vedrà come non tutti concordano relativamente a tale impostazione, assegnando al fallimento od allo stato di insolvenza un ruolo centralissimo nel reato di bancarotta, impostazione da cui discendono conclusioni singolari in merito al ruolo rivestito da tali accadimenti nelle fattispecie in questione.

scindere le fattispecie di bancarotta prefallimentare da quelle postfallimentari, essendo pacifica la natura di presupposto che la sentenza dichiarativa ricopre nella seconda ipotesi²⁴⁹, dovendo tuttavia distinguere le ipotesi di bancarotta impropria di cui agli artt. 223, co. 2 nn. 1 e 2 e 224, n. 2 l. fall. Infatti, la funzione giuridica, in particolare in materia penale, della dichiarazione di fallimento è conseguenza della posizione assunta in merito alla questione del rapporto cronologico fra fatti di bancarotta e la stessa sentenza.

Tuttavia, il discorso sul ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nella fattispecie di bancarotta non può prescindere da una breve trattazione preliminare in merito alla natura dell'offesa nei reati in esame. Il termine *offesa* viene generalmente utilizzato per intendere sia la lesione che la messa in pericolo del bene protetto²⁵⁰, potendo dunque configurare un reato di pericolo come un reato di evento.²⁵¹ Sembra non potersi identificare un filo conduttore in merito all'individuazione di un'unica tipologia di tutela, metodo che il legislatore avrebbe potuto seguire nel disegnare le varie ipotesi di bancarotta. In particolare, si ritiene doversi distinguere tra le varie fattispecie quelle tutelanti una situazione di danno da quelle costruite su una situazione, invece, di pericolo. Delitala²⁵² opera una summa divisio fra i reati di bancarotta fraudolenta ed i reati di bancarotta semplice. In particolare, nella bancarotta fraudolenta gli atti di illecita disposizione sui propri beni compiuti dal fallito in frode ai creditori pongono in essere una situazione di danno, poco importando che l'effetto dannoso possa essere, in alcune ipotesi, successivamente

²⁴⁹ Non rileva, ai fini di questo lavoro, il dibattito in merito alla sentenza dichiarativa di fallimento nelle ipotesi postfallimentari, per cui si rinvia ad Autorevole Dottrina, tra cui F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, cit., 38 s.; P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 16.

²⁵⁰ Sulla questione dell'oggetto giuridico si rimanda al primo capitolo.

²⁵¹ F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 74 s.

²⁵² Anche se l'Autore fa riferimento alle disposizioni precedenti all'attuale Legge Fallimentare, è possibile ritenere valido questo orientamento, essendo le ipotesi pre e post 1942 tendenzialmente simili. G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, cit., 842 ss. In linea con il pensiero del Delitala è il Conti, discostandosi tuttavia in un unico aspetto: l'impossibilità del considerarsi integrato un reato di bancarotta fraudolenta anche in assenza di danno. A tal riguardo, è opportuno richiamare i lavori preparatori alla Legge Fallimentare, nei quali la mera possibilità di danno pare essere incontrovertibilmente confermata, anche se per talune ipotesi, come ad esempio la fattispecie prevista dall'art. 216, n. 1 l. fall., descrittiva soltanto ad una serie di comportamenti antidoverosi senza postulare la concreta esistenza di un danno. L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 65 ss.

eliminato. D'altro canto, la bancarotta semplice rappresenta, contrariamente alle ipotesi fraudolente, in quasi tutte le sue forme, un reato di pericolo, come per l'ipotesi di omessa od irregolare tenuta dei libri contabili²⁵³, ma anche per gli atti di illecita disposizione dei propri beni da parte del fallito, dal momento che non si richiede per la punibilità del reato che essi abbiano causato od aggravato l'insolvenza. E poiché la struttura del reato prescinde dall'estremo dell'insolvenza, non si può ritenere ammissibile che il danno si atteggi ad elemento costitutivo, né tantomeno a condizione di punibilità del reato.²⁵⁴

In realtà, è fondamentale optare per una chiara accezione di pericolo, rilevante ai fini dell'incriminazione delle ipotesi di bancarotta: la possibilità del verificarsi di un evento antiggiuridico è insita nel *id quod plerumque accidit*, ossia nel criterio di probabilità del venire ad esistenza di un determinato evento lesivo dell'interesse tutelato. Nel momento in cui è chiaro quale sia il bene giuridico protetto dalla norma in questione, è possibile valutare caso per caso se il comportamento rilevante per la fattispecie astratta lo sia anche per la concreta punibilità. Per quest'ordine di ragioni, si ritiene che nelle ipotesi di cui agli artt. 216, co. 1 e 2, 223 e 227 l. fall. sia rilevante anche una mera situazione di pericolo; contrariamente, si giunge ad opposta conclusione per quanto attiene alle previsioni di cui agli artt. 216, co. 3 e 223, co. 1 (in alcuni casi) e 2 l. fall., le quali si configurano come reati di danno.

Contributo più recente ed autorevolissimo alla questione è stato dato da Pedrazzi²⁵⁵. Contrariamente al passato, l'Autore propone una ricostruzione delle fattispecie prefallimentari in termini di pericolo concreto ai fini di garantire il massimo

²⁵³ "Costituiscono invece reati di tentativo (da intendersi come reato di pericolo, tenendo in considerazione la risalente dottrina la quale non distingueva fra le due tipologie; contrariamente all'orientamento odierno prevalente, per cui i reati di pericolo non ammettono tentativo) la simulazione di passività insussistenti ed in genere i reati sui libri. L'offesa riguarda, infatti, in questi casi, l'interesse all'ostensibilità del patrimonio del debitore, e se ad essa consegue di regola, anche un danno effettivo, ciò non toglie che, in ipotesi, tale danno possa anche mancare. Ci troviamo quindi di fronte ad un reato di pericolo con dolo di danno: più precisamente, ad un reato di tentativo."

²⁵⁴ L'unica eccezione ravvisabile, per l'Autore, è l'ipotesi di bancarotta preferenziale, la quale, trovando maggiori elementi in comune con i fatti di bancarotta fraudolenta, segue la tipologia del reato di danno.

²⁵⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 216, in Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare, a c. F. GALGANO, cit., 11 ss.

soddisfacimento della massa creditoria nella procedura concorsuale. Questa ricostruzione porta a considerare i fatti di bancarotta come idonei, attraverso un accertamento ex ante e a base totale, a produrre quella situazione che porta allo stato di insolvenza ed alla dichiarazione di fallimento. Quest'ultimo accadimento, nella ricostruzione data, non è evento del reato (come affermerà anche la giurisprudenza di legittimità, giungendo, tuttavia, a conclusioni differenti), ma rappresenta una condizione obiettiva di punibilità, essendo i fatti di per sé già connotati da illiceità penale. Non assumono di per sé rilevanza penale i fatti di bancarotta societaria, i quali rilevano soltanto nel caso in cui si verifichi un evento diverso dal fallimento, legato causalmente alle suddette condotte: il dissesto ovvero il suo aggravamento.

Comunque, sia che si tratti di fallimento come di dissesto, ovvero aggravamento dello stesso, è necessario stabilire cosa si intenda per evento, che sia di pericolo o di danno. Secondo Punzo²⁵⁶, l'evento è la conseguenza di una determinata condotta, un fenomeno che modifica il mondo esterno, separato dalla condotta stessa, ma la cui materialità non è condizione necessaria. Questa definizione permette di chiarire la distinzione con i reati di mera condotta, per cui non si integra il reato qualora non si verifichi l'evento; bensì, indipendentemente che l'aspetto naturalistico si sia verificato o meno, la realizzazione della condotta, omissiva od attiva che sia, è sufficiente ad integrare l'infrazione. Questo non vuol dire che il legislatore abbia deciso di punire comportamenti innocui, ma, all'opposto, comportamenti che abbiano la capacità di arrecare un danno sociale, che questo si verifichi o meno. Né tantomeno si può negare l'esistenza dei reati senza evento basandosi sull'esame degli artt. 40 e 43 c.p., in cui si parla di evento "da cui dipende" e "da cui la legge fa dipendere l'esistenza del reato". Infatti, qualora si ritenga che tutti i reati descritti dal legislatore siano in realtà esclusivamente reati di evento, si finirebbe con l'affermare che in tutte le ipotesi delittuose l'evento sia costituito dalla lesione del bene protetto, finendo con il limitare ingiustificatamente l'applicazione delle norme incriminatrici nel loro complesso. Inoltre, si aggiunge che la distinzione fra reati di danno e reati di pericolo può ben essere estesa anche ai reati senza

²⁵⁶ M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, cit., 68 ss.

evento, ben potendo la condotta qualificarsi come di danno o presuntivamente di pericolo. Dunque, affinché “un determinato avvenimento possa considerarsi evento in senso tecnico - giuridico, occorre che risponda al duplice requisito di essere espressamente indicato dalla legge a dar vita ad un reato e di essere collegato causalmente ad una condotta vietata”. Da questo ragionamento, l'Autore giunge ad affermare per i reati di bancarotta propria che il fallimento, come lo stato di insolvenza od il dissesto²⁵⁷, non sono eventi del reato, in quanto è la stessa legge a non collegarli causalmente alle singole condotte penalmente rilevanti. Qualora si affermasse il contrario, si finirebbe con il disattendere l'art. 40 c.p. il quale subordina la punibilità di un dato comportamento alla sussistenza di un nesso causale fra la stessa condotta e l'evento, non presumibile né in concreto né in astratto. Gli artt. 216 e 217 l. fall., nel fare riferimento al fallimento, non lo pongono in relazione causale con la condotta del soggetto attivo, rendendolo anzi indipendente dalla stessa. Quindi, qual è l'evento nel reato di bancarotta? L'Autore, facendo riferimento a quelle fattispecie che non sono di mera condotta, propone una singolare interpretazione: non è possibile individuare un unico evento che accomuna tutte le ipotesi di bancarotta, bensì ognuna realizza un proprio evento, il quale corrisponde alla modificazione del mondo esterno causata dal tenere la condotta vietata descritta dalla stessa norma incriminatrice.

Ragionando a contrario, questo discorso ci porta ad affermare con ancora più convincimento che il dissesto o il suo aggravamento possono essere chiaramente qualificati quali eventi dei reati previsti dagli artt. 223, co. 2 n. 1 e 224, nn. 1 (nella parte in cui richiama l'art. 217, n. 4) e 2 l. fall., essendo espressamente richiesta la sussistenza di un nesso eziologico tra questi ed il comportamento del soggetto attivo.²⁵⁸ Dunque, potremmo configurare queste ipotesi quali sui generis nei reati di bancarotta. A questo punto sorge spontanea la domanda su quale sia il ruolo ricoperto dal dissesto nei reati di bancarotta.

²⁵⁷ Un'altra ragione, oltre a quelle già considerate, può suffragare la tesi per cui il dissesto non è evento del reato: non è possibile introdurre arbitrariamente il dissesto quale elemento del reato non essendovi alcun richiamo esplicito od implicito, la cui estensione in via interpretativa finirebbe con il violare il divieto di interpretazione analogica.

²⁵⁸ G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, cit., 842 ss.; M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 76 ss.

Prima ancora di rispondere a tale quesito, e conseguentemente passare a considerare le diverse posizioni sul ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta, prendendo le redini dal discorso finora condotto, è necessario tenere in considerazione anche l'opposta teoria che considera il fallimento quale evento del reato. Tale orientamento parte dal presupposto che le fattispecie di bancarotta siano reati di evento, in particolare reati di danno (con le dovute precisazioni in merito alle ipotesi che non richiedono il verificarsi di un danno, come prima meglio specificato), in cui il danno è rappresentato dal fallimento stesso, che dunque si configura quale elemento del delitto. Sussiste, al riguardo, un singolare rapporto fra fallimento e condotta del soggetto attivo, per cui è considerato rilevante penalmente soltanto il fatto di bancarotta che abbia prodotto od aggravato il fallimento. Non si può, tantomeno, ritenere valido l'assunto per cui, non richiedendo la legge espressamente un nesso di causalità fra questi due momenti²⁵⁹, non configuri il fallimento quale elemento del reato; infatti, qualora si ritenesse valido tale presupposto, si finirebbe con il pervenire a conseguenze pratiche assurde, tra cui quello di considerare i vari fatti di bancarotta come altrettanti reati distinti, mentre si tratterebbe di due momenti di un unico rapporto unitario.²⁶⁰ "La dichiarazione di fallimento non è soltanto la *conditio juris* per l'esistenza del reato, una circostanza esterna che si aggiunge al fatto designato dalla legge per renderlo punibile, ma uno degli elementi costitutivi del reato, anzi l'elemento decisivo, rispetto al quale il fatto di bancarotta funziona piuttosto esso da *conditio juris* per la punibilità"²⁶¹, in quanto la punizione ricade sull'essere falliti e non sull'aver tenuto una determinata condotta. Non tutti i fautori di questo orientamento sono concordi nel ritenere condizione estrinseca di punibilità i fatti di bancarotta; in particolare, Rocco rifiuta categoricamente tale impostazione, sottolineando che essa non tiene conto dell'evoluzione della disciplina fallimentare, radicandosi nell'ormai passata

²⁵⁹ Il nesso causale fra fallimento e condotta penalmente rilevante è richiesto espressamente soltanto nella previsione di cui all'art. 223, co. 2 n. 2, ossia bancarotta societaria commessa con dolo o con operazioni dolose. Per quanto riguarda le fattispecie qui in discussione, il legislatore ha richiesto la sussistenza di un legame eziologico fra il dissesto o il suo aggravamento e le condotte, non citando il fallimento.

²⁶⁰ A. Rocco, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, cit., 114 ss. Nonostante l'Autore si riferisca alla disciplina antecedente l'attuale Legge Fallimentare, si ritiene ancora attuale l'interpretazione data, alla luce del continuum dato alla normativa dal legislatore del 1942.

²⁶¹ G. BONELLI, *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*. Vol. III, cit., 313 ss.

interpretazione della dottrina francese ottocentesca. Tuttavia, la ricerca del fatto è estremamente difficile, dato che il fallimento viene prodotto da una serie di condotte il cui collegamento causale con lo stesso fallimento deve essere necessariamente presunto. La legge, dunque, procede per presunzioni: “dati taluni fatti che, normalmente, sono indizio di condotta negligente e leggera, o addirittura di condotta fraudolenta, presume senz’altro che il debitore abbia tenuto tale condotta, e che essa abbia prodotto o aggravato il fallimento”²⁶². Ciò che caratterizza tale posizione, in altre parole, è proprio il ritenere presunta la sussistenza di una condotta irregolare per il solo fatto dell’intervento della dichiarazione di fallimento, la quale, a sua volta, si presume essere conseguenza della condotta irregolare. Non si tratta di presunzioni, sottolineano gli Autori, *juris tantum* bensì di presunzioni *juris et de jure*, non limitandosi ad agevolare l’aspetto probatorio. Molti sono gli argomenti che possono essere mossi contro tale impostazione, ma il più rilevante pare essere quello relativo alla possibilità che il reato di bancarotta possa commettersi anche successivamente alla sentenza di fallimento; infatti, si finirebbe con il retrodatare il dolo o la colpa che investono il comportamento del soggetto attivo al momento della dichiarazione stessa, violando i principi a fondamento della colpevolezza.

Sempre seguendo la teoria delle presunzioni, il Longhi²⁶³ individua quale evento del reato lo stato d’insolvenza, distaccandosi così soltanto in parte dalla formulazione dottrinale di Bonelli e di Rocco. Sicuramente, tale differenza ha permesso di rispondere alla critica principale mossa agli altri Autori in merito all’impossibilità della configurazione della bancarotta postfallimentare, rendendo possibile una variazione quantitativa nella misura dell’insolvenza. Tuttavia, anche qui si presume che l’insolvenza sia stata determinata o quantomeno aggravata dalla condotta incriminata, con la peculiarità che la presunzione riguarda la causalità e non la colpa. In particolare, l’insolvibilità viene a configurarsi quale *eventus damni*: l’insolvenza giudizialmente constatata o il fallimento, come anche l’aggravarsi di entrambi, sono naturalmente la conseguenza dei fatti di bancarotta.²⁶⁴

²⁶² A. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, cit., 124.

²⁶³ S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930 (II Edizione), 66 ss.

²⁶⁴ Né tantomeno sembra potersi accogliere l’impostazione seguita dal Carrara, il quale distingue fra bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, attribuendo al fallimento il ruolo di evento del reato

Giungendo al punto cruciale della questione, c'è da chiedersi cosa rappresenti il fallimento nella struttura del reato: elemento costitutivo del fatto delittuoso, ovvero un fatto che ne condiziona la punibilità o la procedibilità? Quanto detto finora è fondamentale per comprendere le diverse posizioni assunte da giuristi eminenti, le cui teorie, seppur possano essere riferite alla normativa pre 1942, sono fonte di discussione ancora oggi. Come ampiamente già trattato, Delitala e Punzo ritenevano insussistente un rapporto di causalità fra le condotte di bancarotta ed il fallimento, seppur questi due elementi dovessero coesistere ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale. Questo ragionamento non poteva non portare alla conclusione per cui la sentenza dichiarativa di fallimento mai sarebbe potuta essere considerata elemento costitutivo del reato, bensì condizione obiettiva di punibilità. Nondimeno, appare difficile individuare una condivisa definizione di condizione di punibilità. Tale orientamento dottrinale fa perno sulla forte influenza che il fallimento ha sul reato di bancarotta, anche se qualificato quale condizione e non come azione od evento. Esso è un elemento essenziale quanto alla specie del reato ed un elemento eventuale quanto al genere dello stesso: l'evento del reato non potrebbe prodursi in assenza dello stato di insolvenza o di liquidazione.²⁶⁵ Non importa, tantomeno, l'aspetto cronologico, in quanto, qualora la punibilità fosse subordinata alla preesistenza del fallimento dal punto di vista giuridico, si finirebbe con il punire soltanto le condotte tenute da un agente che fosse a conoscenza dell'intervenuta dichiarazione. Dello stesso avviso il Nuvolone²⁶⁶, il quale ha posto subito in luce alcuni aspetti essenziali a sostegno della propria argomentazione: in primo luogo, non si può parlare di condizione di punibilità di un reato, bensì di condizioni di punibilità di un fatto; in secondo luogo, il necessario verificarsi della condizione ai fini della produzione degli effetti giuridici della norma fa sì che gli atti di bancarotta siano qualificabili quali atti

soltanto per la prima ipotesi, mentre per la seconda tale elemento consisterebbe nel ledere l'interesse dei creditori. F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale ossia esposizione dei delitti i specie, cit., 75 ss.

²⁶⁵ Delitala, argomentando in merito, utilizza a sostegno della propria tesi le rilevazioni di Carnelutti in merito alla posizione dell'agente nel reato di bancarotta. Elemento del reato è lo status di imprenditore commerciale, in ossequio ai requisiti di cui alla Legge Fallimentare, il quale legittima la bancarotta; la dichiarazione di fallimento rende punibile la condotta del soggetto, ma non influisce sulla legittimazione al momento dell'azione: "la posizione di fallito è una condizione costitutiva di punibilità, non un requisito del reato".

²⁶⁶ P. NUVOLONE, Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, cit., 12 ss.

condizionati; in terzo luogo, gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui il fatto è avvenuto, secondo il principio di logica giuridica di cui all'art. 1360 c.c.; in quarto luogo, il fatto così come descritto dalla norma incriminatrice diviene reato a partire dal momento in cui viene commesso; infine, il momento consumativo del reato può essere individuato sia nel momento consumativo del fatto, sia nel verificarsi della condizione. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, l'Autore distingue fra condizioni estrinseche e condizioni intrinseche di punibilità: le prime non aggiungono nulla dal punto di vista giuridico alla lesione di un interesse già perfetto in tutti i suoi elementi, ma carente di rilevanza penale; le seconde, dal canto loro, sono fondamentali per l'attualizzazione della lesione dell'interesse.²⁶⁷ Al fine di distinguere fra l'una o l'altra, è necessario guardare alla ratio della norma e, quindi, al "contenuto di valore che l'elemento-condizione aggiunge alla oggettività del reato". Il fallimento deve, a questo proposito, considerarsi quale condizione di punibilità intrinseca, la cui assenza causerebbe la non qualificazione del fatto di bancarotta. In realtà, sembra potersi maggiormente propendere per quella parte della dottrina che, invece, ha ritenuto il fallimento quale condizione estrinseca, non aggiungendo nulla più ad un fatto di per sé perfetto in tutti i suoi elementi, influenzando la condizione la punibilità del reato e non del fatto. Ad ogni modo, altro importante profilo innovativo sottolineato da Nuvolone, che in questo si discosta dalla precedente dottrina, riguarda la possibilità dell'esistenza di una relazione di causa od effetto fra fatti di bancarotta e fallimento; infatti, il nesso di causalità materiale o psichica non è estraneo alle condizioni di punibilità, in quanto né si può escludere che la condizione sia concausa dell'azione, né che l'agente si sia prefigurato e, nel caso, abbia voluto il verificarsi della condizione stessa. Ma, anche qualora tale prefigurazione si verificasse, nulla cambierebbe nella punibilità di quella condotta, subordinata soltanto al verificarsi del fallimento. A tal riguardo, l'Autore sostiene che il criterio da utilizzarsi fa riferimento ad un determinato assunto: "l'evento è il risultato necessario dell'azione, è l'azione

²⁶⁷ Punzo distingue, invece, fra due posizioni in merito all'essenza della condizione di punibilità: da un lato, la condizione di punibilità integra il reato che senza di essa non esisterebbe; dall'altro, la condizione non integra il reato, bensì rende punibile un reato già perfetto. In realtà, non sembra potersi individuare una differenza sostanziale fra quanto sostenuto dal Nuvolone e quanto dal Punzo, ritenendo sussistente soltanto una divergente terminologia. M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 79.

obbiettiva nel suo fine; la condizione può essere determinata anche dall'azione; ma non ne costituisce il risultato necessario, non è la tipizzazione finale dell'azione". Antolisei²⁶⁸, dal canto suo, assegna al fallimento quale condizione di punibilità delle caratteristiche speciali, non potendo qualificarsi come condizione estrinseca al reato: il fallimento (inteso come insolvenza giudizialmente accertata) imprime gli atti incriminati di un'aurea di illiceità, che gli stessi non avrebbero in sua assenza, non potendo considerarsi penalmente rilevanti. Infatti, prima della stessa dichiarazione il reato non può definirsi perfetto, essendo la stessa in grado di far passare l'offesa da meramente eventuale ad attuale.

Abbiamo già detto che evento del reato nelle fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice societaria qui in esame si ravvisa un'eccezione, non estesa al fallimento se non nel caso di bancarotta commessa con dolo ovvero operazioni dolose, è lo stato di insolvenza o il suo aggravamento.²⁶⁹ Infatti, in questi casi ciò che la legge punisce non è la semplice condotta, ma l'effettiva lesione del bene giuridico tutelato, i.e. l'evento consumativo del reato. In questo caso l'illiceità dell'atto consegue all'essere lo stesso direzionato verso uno scopo vietato dalla legge, quale appunto quello di causare, aggravare o ritardare il dissesto. Più precisamente, evento naturalistico del reato è il dissesto, causato o concausato dai fatti illeciti societari nella bancarotta fraudolenta di cui all'art. 223, cpv. n. 1 l. fall., ovvero l'aggravamento del dissesto, nell'ipotesi di bancarotta semplice di cui all'art. 224, n. 2 l. fall. Il dissesto, inteso come stato di insolvenza, in queste previsioni è soltanto quello sostanziale, "che sfocerà nel fallimento inteso in senso formale, con la sentenza dichiarativa di fallimento che continua a fungere da condizione obiettiva di punibilità, ove l'attualizzazione dell'offesa agli interessi creditori si consolida al momento del verificarsi dell'evento naturalistico del dissesto, ma si perfeziona con la

²⁶⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, cit., 39 ss.

²⁶⁹ Delitala, Punzo, Antolisei e Nuvolone espressamente condividono tale opinione in merito all'eccezione qui enunciata. Tuttavia, per completezza, si ritiene necessario specificare che Punzo non segue, tuttavia, l'orientamento degli altri Autori, sostenendo che la dichiarazione di fallimento non è né condizione di punibilità, men che meno di procedibilità, né elemento costitutivo, bensì partecipa alla vita del reato "come fatto storico riprodotto un tipo e, quindi, lesivo di un bene ritenuto meritevole di protezione a mezzo di una norma penale".

sentenza dichiarativa di fallimento della società"²⁷⁰. Diversamente è la fattispecie di cui all'art. 223, cpv. n. 2 l. fall., che richiede la causazione dolosa del fallimento della società: in questo caso non rileva tanto il dissesto, quanto la dichiarazione di fallimento, che, dunque, viene a qualificarsi quale evento naturalistico del reato. Tuttavia, alcuni Autori hanno parificato le due situazioni, equiparando il dissesto al fallimento e, quindi, eliminando qualsiasi differenziazione che potesse sorgere nel considerare l'uno o l'altro quale evento o condizione di punibilità del reato e sostenendo che "anche nell'ipotesi di causazione dolosa del fallimento solo il fenomeno sostanziale dell'insolvenza può costituire in termini causali il risultato della condotta criminosa dell'agente"²⁷¹. Sostenere l'una o l'altra posizione porterebbe, in ogni caso, a non risolvere il problema pratico della definizione del ruolo del dissesto come del fallimento nei reati di bancarotta, ossia la questione sull'individuazione del momento in cui lo stato di insolvenza si verifici e, dunque, quando il reato possa dirsi integro in tutte le sue parti e penalmente perseguibile.

Che il fallimento sia una condizione del reato, è sostenuto anche da altra Autorevole Dottrina²⁷², discostandosi però sulla tipologia di condizione: il fallimento non sarebbe altro che una condizione di procedibilità. Come Longhi, anche De Gennaro si discosta soltanto in parte dall'orientamento maggioritario. Se per il primo lo stato d'insolvenza costituiva evento del reato, per il secondo è, invece, condizione di punibilità del reato di bancarotta. L'interpretazione data si scontrerebbe con la previsione del dissesto (qualora fosse equiparato nella sua sostanza all'insolvenza) quale evento del reato di bancarotta societaria, non potendo, in linea di principio, coesistere la duplice natura assegnata a tale accadimento. Tuttavia, il pregio di tale dottrina, seppur non pienamente condivisibile, risiede nello sforzo di definire l'insolvenza, interpretazione estensibile allo stato di dissesto qui in rilievo. L'insolvenza, accomunata alla cessazione dei pagamenti, sarebbe uno stato obiettivo del patrimonio, relazionata alla bancarotta sotto un profilo sostanziale. A tal riguardo,

²⁷⁰ F. ANTOLISEI, op. cit., 38. In senso conforme, Nuvolone, trattando la causazione dolosa o colposa del fallimento, si riferisce alla dichiarazione stessa come inderogabile corollario dello stato di dissesto: "cagionare il fallimento significa cagionare il dissesto, che sfocia nel fallimento". P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 375 s.

²⁷¹ F. ANTOLISEI, op. cit., 38 in nota.

²⁷² P. DE GENNARO, *La bancarotta. Problemi di diritto sostantivo e processuale*, cit., 39.

il fallimento costituirebbe soltanto un riconoscimento di tale stato economico, rendendo dunque procedibile ciò che di per sé era già perfetto dal punto di vista della punibilità della condotta incriminata. Tuttavia, lo stesso concetto di insolvenza dato dall'Autore finisce con il rendere fallace tale teoria. Il procedimento fallimentare, secondo l'orientato maggioritario, è un processo esecutivo, e per tale ragione non deve per forza aver luogo nel caso di insolvenza dell'agente o della società: il fallimento non è, dunque, la prova dello stato di insolvenza, bensì della cessazione dei pagamenti, comportamento né coincidente con l'insolvenza, né sintomo della stessa. Nondimeno, la dichiarazione di fallimento ha un ulteriore effetto tipico, quello di privare il fallito del pieno diritto di amministrare i propri beni. Sia che si affermi che bene giuridico della bancarotta sia la tutela di un interesse privato, quale quello dei creditori, sia la tutela della corretta amministrazione della giustizia, non si può negare che l'indisponibilità dei diritti facenti capo all'imprenditore o agli amministratori di una società rendano una garanzia mediata di attuazione della normativa in questione. Il discorso, ovviamente, cambia qualora evento del reato non è la lesione del diritto tutelato, bensì il verificarsi dello stato di insolvenza. È possibile sostenere, sulla scia di De Gennaro, che l'aggravamento dello stato di dissesto della società sia una condizione di punibilità del reato di bancarotta? Probabilmente, l'affermazione per cui tale condizione economico-giuridica sia l'evento descritto dalla norma incriminatrice porta automaticamente ad escludere tale prospettiva, qualificandola come elemento costitutivo della fattispecie. In realtà, non si può essere così netti nell'escludere la posizione che vede nella condizione obiettiva di punibilità anche un elemento del reato, e dunque riaprendo la questione se l'accertamento dell'aggravamento del dissesto sia o meno un elemento costitutivo della fattispecie. In particolare, qualora si ritengano valide, da un lato, la definizione di condizione di punibilità intrinseca e, dall'altro, la possibilità che la condizione si riferisca ad un avvenimento passato o contemporaneo alla commissione del reato, quindi non necessariamente incerto²⁷³, potremmo sostenere che l'aggravamento, ma ancor di più il dissesto stesso, siano condizioni di punibilità. Il fatto che l'aggravamento debba seguire ai fatti di bancarotta, non escluderebbe l'affermazione per cui lo stesso integra la condotta

²⁷³ Partendo dalle posizioni di Alimena in merito alla differenza di disciplina tra condizione apposta a negozio giuridico e condizione obiettiva di punibilità, M. PUNZO, op. cit., 83.

attribuendole rilevanza penale, essendo un evento contemporaneo o successivo, la cui certezza dipende dal comportamento stesso. Ancor di più, la tesi potrebbe ritenersi apprezzabile per il dissesto, che sicuramente deve precedere il suo stesso aggravamento e, dunque, potrà considerarsi condizione di punibilità il cui verificarsi è precedente alla stessa condotta. O ancora meglio, si può intendere l'aggravamento del dissesto quale condizione di punibilità derivante dall'evento dissesto. Tale modo di intendere può trovare il proprio fondamento in una lettura attenta dell'art. 44 c.p., il quale parla di "evento da cui dipende il verificarsi della condizione", per cui la condizione di peggioramento dello stato di insolvenza dipenderebbe dal verificarsi della stessa insolvenza, qualificabile quale evento del reato di bancarotta. Tuttavia, la dottrina non è unanime nell'estendere così ampiamente il concetto di condizione di punibilità, lamentando un'eccessiva influenza che questa potrebbe avere sulla colpevolezza. Tale orientamento sottolinea come la condizione di punibilità non faccia parte degli elementi necessari all'esistenza del reato come fatto storico lesivo di un interesse protetto, essendo estranea all'elemento oggettivo ed indipendente da quello soggettivo. Né tantomeno vi è unità di vedute in merito all'influenza della richiesta di un nesso di causalità fra condotta ed evento e qualificazione dello stesso quale condizione: alcuni ritengono che la sola presenza della causalità possa escludere quella della condizione; altri non considerano indispensabile un coinvolgimento reciproco di tali elementi; infine, alcuni subordinano l'esistenza della stessa condizione alla presenza del nesso di causalità. Coloro i quali sostengono che il fallimento sia condizione di punibilità, orientano le proprie convinzioni non sul fatto che l'art. 44 c.p. ribadisca l'esigenza di una mancanza del nesso di causalità, andando a ledere l'importanza rivestita dall'elemento soggettivo del reato (presumendone l'esistenza per il solo verificarsi della condizione), quanto sull'esigenza che vi sia un doppio accertamento della volontà dell'agente in ordine al verificarsi dell'evento e della condizione, volontà che non può essere univoca ma deve investire singolarmente i due aspetti. Traducendo tale ragionamento per le specifiche previsioni di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., le quali richiedono la presenza di un nesso causale tra i fatti di bancarotta ed il dissesto o il suo aggravamento, e ritenendo valido quanto detto in ordine alla scissione fra dissesto, quale condizione, e aggravamento, quale elemento costitutivo, si potrebbe sostenere che il soggetto

attivo deve volere entrambi gli accadimenti, ma non in modo congiunto, bensì con due manifestazioni di volontà separate. La questione, in verità, si sposta su un altro piano, in particolare se l'evento da cui dipende il verificarsi della condizione, di cui all'art. 44 c.p., possa essere il medesimo da cui dipende l'esistenza del reato, di cui all'art. 40 c.p. Qualora sostenessimo che criterio essenziale di qualificazione di un accadimento quale condizione di punibilità fosse l'estraneità dello stesso al fatto di bancarotta, dovremmo assolutamente escludere la veridicità di quanto affermato finora, essendo impossibile categorizzare il dissesto sia come evento da cui dipende la condizione dell'aggravamento, sia quale evento da cui dipende l'esistenza stessa del reato. La condizione di punibilità, in tal senso, mai potrebbe essere presupposto del reato stesso, dunque il peggioramento dello stato di insolvenza non potrebbe definirsi tale, essendo elemento essenziale della fattispecie, legato ai fatti di bancarotta dal nesso di causalità richiesto dal legislatore. Ma cosa distingue un presupposto da una condizione di punibilità? La risposta non è per nulla semplice ed anzi ha visto la presenza di varie correnti dottrinali. I presupposti del fatto possono essere definiti come "condizioni, giuridiche o materiali preesistenti, richieste dalla legge perché, col verificarsi del fatto, possa realizzarsi la fattispecie"²⁷⁴; inoltre, essi devono essere necessariamente conosciuti dall'agente, contrariamente alle condizioni, che possono ben essere anche ignorate. Questo ci porta ad una riflessione: se il presupposto, come dice lo stesso nome, deve preesistere ai fatti, com'è possibile che l'aggravamento sia precedente alla condotta se deve configurarsi quale sua conseguenza diretta? Presupposto sarà sicuramente il dissesto, essendo il suo aggravamento causa del comportamento dell'agente, che dovrà non tanto volerlo, quanto prefigurarselo, essendo richiesta la colpa e non il dolo per i fatti di bancarotta semplice (con le dovute precisazioni già trattate nel capitolo secondo). Tuttavia, non bisogna confondere le condizioni di esistenza del reato dalle condizioni di punibilità: le prime sono circostanze senza le quali la lesione o il pericolo di lesione al bene giuridico protetto non avviene; mentre le seconde sono estrinseche al reato, non partecipano alla lesione dell'oggetto giuridico e la cui conoscenza o volontà da parte dell'agente è influente. Queste definizioni ci permettono sicuramente di escludere che l'evento aggravamento del dissesto sia una condizione di punibilità, ma

²⁷⁴ M. PUNZO, op. cit., 86.

non portano ad affermare con assoluta certezza neanche che sia un elemento essenziale della fattispecie.

Indipendentemente dalla bontà di tali argomentazioni, non si può negare l'importanza dell'interpretazione data da De Gennaro in merito all'individuazione del momento in cui possa dirsi consumato il reato, e dunque quando il dissesto si sia verificato, o meglio aggravato in conseguenza della condotta del soggetto agente. A questo punto sorge la domanda se l'insolvenza, alias dissesto, sia semplicemente equiparabile alla cessazione dei pagamenti o sia da individuarsi in una condizione più complessa che tiene conto non soltanto del comportamento del soggetto attivo, quanto maggiormente dell'aspetto economico. Tale discussione sarà affrontata nei successivi paragrafi; per ora, pare opportuno concludere la trattazione in merito al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nel reato di bancarotta, essendo le varie interpretazioni date dalla dottrina fondamentali nella comprensione dell'argomento di questo lavoro.²⁷⁵

Le difficoltà riscontrate nel giustificare le diverse posizioni sembrano portare ad una differente conclusione in merito al ruolo rivestito dal fallimento ovvero dal dissesto nel panorama dei reati di bancarotta. Tenendo in considerazione quanto già detto in merito alla posizione del Longhi nel ritenere lo stato di insolvenza elemento preponderante nei reati qui trattati (ovvero il fallimento, qualora richiamassimo, invece, le teorie formulate da Rocco e Bonelli), potremmo affermare che "il fatto punibile è proprio il fallimento", o meglio che la bancarotta consiste in "ogni azione dolosa o colposa determinante o aggravante il fallimento", ovvero il dissesto. La

²⁷⁵ Per completezza di trattazione, si accenna al fatto che alcuni Autori non ritengono rilevante ai fini penalistici la distinzione fra condizione di punibilità e di procedibilità, come invece potrebbe essere nel campo del diritto civile; infatti, la scissione fra gli aspetti giuridici materiali e quelli processuali non è così chiara nell'ambito criminale, essendo l'attuazione delle norme incriminatrici subordinate all'esistenza di un processo. Carnelutti sottolinea che "la differenza riguarda la ragione politica, non la efficacia giuridica della condizione dalla quale, se influisce sulla punibilità, dipende il reato prima che il processo: per quanto non si punisca perché non si vuole fare il processo, fatto è che non si punisce e allora è l'effetto penale che manca prima dell'effetto processuale". F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 52 in nota. Tuttavia, non si può confondere il piano della realtà attuativa con il profilo puramente teorico. Punibilità e procedibilità riguardano fenomeni giuridici differenti, le cui applicazioni pratiche seguono strade divergenti: "una cosa è non fare il processo perché non è possibile punire, ed un'altra non punire perché non si può fare il processo". G. DELITALA, *op. cit.*, 865 in nota.

constatazione dei fatti di bancarotta sarebbe dal legislatore presunta, come detto, in quanto troppo difficile; ancor di più tale ragionamento sarebbe da considerarsi valido guardando alla bancarotta semplice, per cui è richiesta altresì la prova del nesso di causalità fra i fatti dannosi e l'insolvenza od il suo aggravamento. Ciò nondimeno, Longhi compie un passo avanti rispetto alla precedente dottrina, limitando il campo delle presunzioni che il legislatore richiede ai fini della punibilità della bancarotta: non si può ritenere ammissibile che la commissione di uno solo degli atti costituenti la bancarotta valga a far presumere una condotta irregolare, e che da questa presunzione se ne tragga una seconda, cioè che da tale comportamento derivi il fallimento. Infatti, la commissione di uno o più atti di bancarotta (indiscutibile, in questo caso, è l'unitarietà della bancarotta) sta a dimostrare un'irregolarità di condotta, ma non relativa ad una condotta complessiva. Una volta accertato che il comportamento tenuto dall'agente rientra fra quelli puniti dal legislatore come fatti di bancarotta ed una volta verificatisi l'insolvenza od il suo aggravamento, necessariamente tali atti saranno considerati causalmente collegati all'evento. Per l'Autore non rileva che nella catena causale possano essere intervenuti altri fattori, in quanto questi non escludono comunque il coefficiente dell'atto non fortuito, colposo o doloso che fosse. Date queste premesse, si può concludere che la bancarotta è "il complesso degli atti di dolo e di colpa, per presunzione di legge determinanti o aggravanti il fallimento". Dunque, si può ritenere che questa impostazione porti automaticamente ad affermare che l'insolvenza, il suo aggravamento, ovvero il fallimento (quest'ultimo non per il Longhi) siano elementi costitutivi del reato di bancarotta, mai potendo configurarsi quali condizioni di punibilità o procedibilità, essendo i punti cardine delle relative fattispecie penali.

Antolisei sosteneva che "quando un evento è richiesto, esso fa parte del reato: ne è elemento costitutivo"²⁷⁶. Qualora si consideri il fallimento, o l'insolvenza, quale evento del reato, nonché "elemento decisivo, rimpetto al quale il fatto di bancarotta funziona piuttosto esso da *conditio juris* per punibilità"²⁷⁷, non si può non argomentare in merito alla qualificazione quale elemento costitutivo del reato dello stesso. Ovviamente, tale impostazione parte dal presupposto, ritenuto non

²⁷⁶ F. ANTOLISEI, L'offesa e il danno nel reato, cit., 72.

²⁷⁷ G. BONELLI, op. cit., 315.

condivisibile, di sostenere che i fatti di bancarotta, non essendo reati per sé stessi, siano mere circostanze da cui presumere *juris et de jure* il collegamento causale con l'evento lesivo dell'interesse protetto. Risiederebbe, dunque, in quest'ultimo la lesione del diritto, il danno che costituisce la ragione di punibilità, tale per cui il reato si perfeziona con la pronuncia della dichiarazione di fallimento, ovvero con l'accertamento dello stato di insolvenza o del suo aggravamento. E che la dichiarazione di fallimento possa qualificarsi quale elemento costitutivo sembrava essere ribadito indirettamente anche da un progetto di riforma legislativa risalente alla fine degli anni '80, il quale prevedeva una limitazione del ruolo rivestito dalla declaratoria fallimentare, qualificabile come mero fattore estrinseco del reato, dunque come condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità.²⁷⁸ Nondimeno, alcuni fra i fautori della tesi per cui il fallimento caratterizzi la lesione tipica sostengono che tale caratterizzazione riguardi la qualificazione ed attualizzazione dell'offesa al bene giuridico tutelato, facendo così assurgere la relativa declaratoria a condizione obiettiva di punibilità intrinseca.

Gli sviluppi dottrinali più recenti sembrano essere maggiormente condivisibili rispetto al passato, anche alla luce del fatto delle intervenute modifiche alla Legge Fallimentare, tra cui la riforma attuata dal d.lgs. n. 61/2002 la quale ha inciso sulla formulazione dell'art. 223 l. fall. A questo riguardo, Autorevole Dottrina²⁷⁹ distingue fra le due ipotesi contemplate dal secondo comma della norma, prevedendo le stesse un diverso rapporto fra i fatti di bancarotta e l'evento lesivo. Nel primo caso l'evento consiste nello stato di dissesto della società, alla luce dell'attuale formulazione: è necessario provare l'esistenza di un nesso eziologico, dunque non presunto *juris et de jure*, fra le condotte sussumibili in alcune fattispecie di diritto penale societario e la sorte della società. Proprio il fatto che sia richiesto il dissesto e non il fallimento rende la sentenza dichiarativa condizione obiettiva di punibilità del reato; infatti, la condotta illecita deve determinare il dissesto, da intendersi come crisi economica dell'impresa di cui all'art. 5, co. 2 l. fall., e solo rispetto a questo evento la condotta relativa al reato societario potrà porsi quale causa efficiente. Da qui si deve

²⁷⁸ A. LANZI, Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma, cit., 494.

²⁷⁹ C. SANTORIELLO (a c. di), La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, cit., 628 ss.

assolutamente rifiutare il pensiero del Longhi, il quale riteneva irrilevante che all'interno della catena causale potesse inserirsi altro fatto idoneo a produrre il medesimo evento; a seguito della riforma, il reato di bancarotta societaria non sarà integrato qualora lo stato di decozione sia dovuto non al dissesto cagionato dall'illecito societario, ma ad un nuovo e del tutto autonomo episodio di crisi. Diversamente, la seconda ipotesi pare rivestire un ruolo residuale rispetto alle altre previsioni della norma, essendo la prima comprensiva delle ultime ed andando, dunque, a completare il panorama dei fatti di bancarotta causativi del dissesto. In realtà, la norma non parla di dissesto bensì di fallimento, riaprendo la discussione sul ruolo che lo stesso ricopre nei reati di bancarotta. Le posizioni variano in base alla scissione del momento naturalistico da quello giuridico: se consideriamo il fallimento, da un lato, come dissesto economico e, dall'altro, come sentenza dichiarativa di fallimento, assegneremo al primo il ruolo di elemento costitutivo, mentre al secondo quello di condizione di punibilità; qualora, invece, non volessimo dividere i due momenti, considerandoli un unico accadimento, riconosceremo nel fallimento il ruolo di evento, con la conseguenza, accettabile o meno, di far venir meno il delitto nel caso di revoca della pronuncia dichiarativa.

Quanto appena detto è fondamentale per comprendere quale possa essere il ruolo del dissesto o del suo aggravamento nei reati di bancarotta. Non bisogna dimenticare che, secondo l'orientamento prevalente, la causazione del dissesto ricomprende anche il semplice aggravamento del medesimo²⁸⁰, inteso sia come peggioramento di uno stato di decozione già esistente al tempo del nuovo reato, sia come incisione negativa sullo stato economico della società verificatosi in assenza di dissesto che però andrà ad incidere in seguito sul quantum del passivo, una volta verificatasi l'insolvenza per altre cause. In particolare, alcuni²⁸¹ ritengono che non ci sia dissesto senza insolvenza, e quest'ultima ricorre qualora siano integrati i presupposti di cui all'art. 5 l. fall., dunque viene dichiarata giudizialmente con la sentenza dichiarativa di fallimento. Questo comporta che, nonostante il nesso causale intercorra fra la condotta illecita e l'aggravamento del dissesto (non il mero

²⁸⁰ Si è già discusso in merito nel capitolo II di questo lavoro e se ne parlerà anche nel penultimo paragrafo di questo capitolo.

²⁸¹ M. DONINI, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», cit., 48.

dissesto, che deve essersi già verificato, o comunque essere influenzato negativamente dal comportamento dell'agente), valga lo stesso ragionamento per cui è necessario preliminarmente prendere posizione sull'unitarietà del rapporto intercorrente fra evento naturalistico dello stato di decozione e sentenza dichiarativa di fallimento, quale conversione giuridica di tale stato. Probabilmente, sarebbe corretto parlare di rapporto intercorrente fra le nozioni di dissesto, insolvenza e fallimento, oggetto di querelle dottrinali. Qui si può solo accennare, lasciando al paragrafo dedicato al momento consumativo, che, come De Gennaro, anche altra Autorevolissima dottrina²⁸² ritiene che il fallimento altro non sia che la constatazione formale dello stato di insolvenza, ed in quanto tale non sarebbe suscettibile di assumere una variabilità di tipo quantitativo ma, semplicemente, di tipo temporale. Ad ogni modo, è sempre opportuno tenere in considerazione che, nel caso dell'art. 223, co.2 n. 1 l. fall. diversamente dalla previsione di cui all'art. 224, n. 2 suddetta legge, non si tratta di un mero aggravamento dal punto di vista economico, essendo sempre necessario che la partecipazione alla causazione del dissesto vi sia stata, altrimenti si interpreterebbe la norma in modo da estenderla a casi non espressamente previsti, andando a violare i principi fondanti lo stesso diritto penale, in particolare il divieto di interpretazione analogica.

1.2. La posizione della giurisprudenza

Contrariamente alla posizione dominante in dottrina, che considera la dichiarazione di fallimento una condizione obiettiva di punibilità, la giurisprudenza sembra protendere per la natura di elemento essenziale o meglio "di esistenza" del reato, sia pure senza mai precisarne i contorni, se non, pur sempre non in modo assoluto, escludendo che si tratti di "evento". Si tratterebbe, dunque, di un requisito anomalo che non trova riscontro nella teoria del reato, ma serve alla giurisprudenza soprattutto al fine di individuare più che il tempus (utile ai fini prescrizionali) il locus commissi delicti, consentendole di radicare la competenza territoriale nel Tribunale

²⁸² Tra gli altri, C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., op. cit., 316; A. PERINI, Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità, cit., 723.

del luogo di emissione della sentenza di fallimento, coincidente con quello della sede legale della società.²⁸³

Già con la sentenza del 25 gennaio 1958²⁸⁴, le Sezioni Unite hanno qualificato il fallimento quale elemento costitutivo del reato. Dalle motivazioni della Corte emerge che i fatti dell'agente di per sé non hanno alcuna valenza incriminante, essendo gli stessi leciti atti di disposizione dei beni dell'impresa. Ciò che li renderebbe rilevanti ai fini penalistici è la contestazione giudiziale dell'insolvenza, la quale mostrerebbe una lesione degli interessi creditori tale da giustificare una limitazione alle attività di gestione della società, tendenzialmente libere in quanto orientate agli interessi della stessa, tanto quanto di chi agisce. Dunque, la sentenza dichiarativa di fallimento non potrebbe assumere il ruolo di condizione di punibilità, bensì avrebbe la natura giuridica di elemento costitutivo della fattispecie, tale da qualificare le azioni o le omissioni del soggetto attivo, nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare, quali reati. In realtà, le argomentazioni della giurisprudenza rendono la questione ancora più complessa di quanto non lo fosse già; infatti, ciò che la Corte fa è creare un *tertium genus*: la dichiarazione di fallimento non sarebbe né condizione di punibilità, né tantomeno evento del reato. L'argomentazione dei giudici, in altre parole, non riuscirebbe a spiegare "come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato"²⁸⁵. La Suprema Corte, con la sentenza del 24 settembre 2012 n. 733²⁸⁶, nell'individuare nel fallimento l'evento naturalistico del reato di bancarotta per

²⁸³ G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?*, cit., 896.

²⁸⁴ "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 dello stesso, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente all'integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori dal fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta penalmente irrilevanti". Cass. Sez. Un., 25 gennaio 1958 n. 2, in *Giust. Pen.*, II, 513. Sulla scia di questa pronuncia: Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 1999 n. 4739, in *La Giustizia Penale*, 2000, II, 181; Cass. Pen., Sez. V, 12 marzo 2010 n. 13588, in *Guida al diritto* 2010, 29, 78.

²⁸⁵ P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Il diritto penale degli anni settanta*. Studi, 1982, 291.

²⁸⁶ Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012 n. 733, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013, 1, 175.

distrazione, e dunque ribadire l'esigenza della prova di un nesso causale sia di tipo psichico che materiale con la condotta, allontanandosi dalla più volte criticata giurisprudenza precedente, sembra tuttavia richiamare le risalenti teorie che identificavano nel fallimento la componente essenziale del reato di bancarotta, come quelle del Bonelli ("il reato consiste nella caduta in fallimento"), del Rocco o del Longhi che affermava costituire reato di bancarotta "il complesso degli atti di dolo o di colpa per presunzione di legge determinanti e aggravanti il fallimento". La tesi della Corte fa leva sull'assoluta centralità rivestita dalla procedura concorsuale nei reati di bancarotta e dalla necessità di renderle giustizia qualificandola come elemento essenziale e non relegandola al mero ruolo di condizione. Qualora così non fosse, verrebbero lesi i cardini dell'accertamento della rimproverabilità soggettiva dell'agente. Infatti, bisogna riconoscere a tale sentenza l'essersi distaccata da quel regime di presunzioni che aveva caratterizzato la dottrina appena richiamata e che ne aveva minato la bontà, sulla base di un'effettiva violazione del principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale, riconoscendo invece l'esistenza di un nesso causale e psichico.²⁸⁷ Tuttavia, è proprio sull'elemento soggettivo che si evidenziano le incoerenze applicative: essendo un reato di pericolo, a nulla importa "che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato"²⁸⁸, "in quanto una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza". La critica che può essere mossa alla motivazione data dalla Corte è l'aver sollevato il giudice dall'onere di accertare almeno la prefigurazione e accettazione della verifica da parte del soggetto attivo della sentenza dichiarativa, ledendo quello stesso principio costituente fonte di apprezzamento delle parole del giudice di legittimità.²⁸⁹

Nondimeno, si deve notare una singolarità (forse poi non così inusuale) nel nostro panorama giurisprudenziale: nel corso della medesima udienza del 24 settembre

²⁸⁷ G. CHIARAVIGLIO, Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013, 3, 695 ss.

²⁸⁸ Vedi anche Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2011 n. 44933, in Cass. Pen., 2012, 11, 3864.

²⁸⁹ F. ANTOLISEI, op. cit., 42 ss.

2012, la stessa Sezione V della Cassazione poco prima aveva fatto un passo avanti, o almeno aveva preso una posizione, rispetto alla precedente giurisprudenza, riconoscendo nella sentenza dichiarativa di fallimento un evento del reato, andando finalmente a collocarsi nelle categorie "tradizionali" e distruggendo l'idea di *tertium genus* ormai diffusasi nella prassi giurisprudenziale. La Sentenza cd. Corvetta non si distacca dalla giurisprudenza tradizionale per quanto attiene alla natura di requisito costitutivo della fattispecie della dichiarazione di fallimento, ma se ne discosta nell'affermare categoricamente che tale elemento deve essere effettivamente trattato quale evento del reato, con le relative conseguenze dal punto di vista dell'accertamento del nesso causale e psicologico. Due sono le premesse alla base della critica mossa dai giudici al tradizionale orientamento giurisprudenziale in materia: in primis, la qualificazione quale elemento costitutivo del reato ha come conseguenza diretta la statuizione del ruolo di evento del reato della stessa e, pertanto, è necessario che sia dimostrata l'esistenza di un nesso eziologico che lo colleghi alla condotta incriminata; in secundis, da questa premessa consegue che, sul versante della colpevolezza, il fallimento deve essere preveduto e voluto dall'agente, quale conseguenza della propria condotta, secondo gli schemi consueti che governano l'imputazione dolosa nei delitti dell'evento. Ma proprio l'esaltazione del fallimento quale elemento essenziale del reato ai fini dell'applicazione dei canoni ermeneutici tradizionali riservati ai requisiti di fattispecie, in particolare per quanto attiene all'accertamento del dolo, porta ad individuare i punti deboli di questa impostazione. Infatti, il principale argomento a sostegno di questa tesi è il fatto che "non esiste un elemento costitutivo del reato, successivo alla condotta, che non richieda un legame eziologico con essa". Come evidenzia D'Alessandro²⁹⁰, l'argomentazione della Corte sarebbe articolata come un sillogismo basato su premesse controverse: 1) tutti i requisiti costitutivi di fattispecie, cronologicamente successivi alla condotta, sono evento del reato; 2) la dichiarazione di fallimento è requisito costitutivo della fattispecie di bancarotta, cronologicamente successivo alla condotta; 3) la dichiarazione di fallimento è evento del reato di bancarotta. Tale sillogismo è compromesso già nella sua premessa minore, in quanto ciò che deve

²⁹⁰ F. D'ALESSANDRO, Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?, Nota a Sentenza (Cass. Pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502) in *Diritto Penale Contemporaneo*, online 2013, 38 in nota.

essere dimostrato (id est il termine medio) non è motivato, né tantomeno si può ritenere fondato in termini assoluti il fatto che gli elementi costitutivi posteriori alla condotta siano eventi del reato stesso. Dunque, non potrebbe sostenersi, secondo queste argomentazioni, che il fallimento sia legato eziologicamente ai fatti di bancarotta ex artt. 40 e 41 c.p.²⁹¹ In altre parole, la conclusione a cui i giudici sono giunti pare essere viziata dalle stesse incertezze in merito a tali premesse; non si può sostenere con assoluta certezza, ed anzi è fonte di perenni dubbi, sia che tutti gli requisiti successivi alla condotta siano evento del reato, sia che la sentenza dichiarativa sia elemento costitutivo (basti pensare che la dottrina maggioritaria propende per la soluzione opposta)²⁹². Essendo evento del reato, deve essere necessariamente collegato alla condotta, oltre che da un nesso causale, anche da un nesso psicologico, individuato nel dolo eventuale: la rappresentazione e volizione del fallimento non deve esprimersi come conseguenza della condotta, bensì come possibile epilogo della vita sociale. Il problema di tale impostazione non sta, tuttavia, soltanto nelle critiche teoriche, ma anche nell'applicazione pratica: difatti, non pare essere mai condotto dalla giurisprudenza di merito, né richiesto a quella di legittimità, un effettivo accertamento del dolo in relazione al fallimento.²⁹³ Conseguentemente, possono individuarsi due punti deboli di questa posizione: da un lato, il voler superare l'impasse della presunzione di causalità fra condotta ed evento ha aggravato, nella soluzione fornita dalla Corte, l'accertamento del nesso eziologico, spostando l'incidenza sulla catena causale di fattori esterni sulla meritevolezza della punibilità; dall'altro lato, strettamente connesso a quanto appena detto, nel momento in cui la punibilità è subordinata al venir meno delle ragioni del punire,

²⁹¹ F. MUCCIARELLI, La bancarotta distrattiva è reato d'evento? Nota a sentenza (Cass., Sez. Un., 24.9.2012, n. 47502) in *Diritto penale e processo*, 2013, 4, 445.

²⁹² Basti pensare che la stessa espressione "se dichiarato fallito" viene utilizzata sia dai sostenitori dell'ipotesi di qualificazione quale condizione obiettiva di punibilità, evidenziandone l'estraneità ai requisiti essenziali della fattispecie, sia da coloro i quali ritengono che la dichiarazione di fallimento sia elemento costitutivo, equiparando tale locuzione a "che abbia cagionato il fallimento".

²⁹³ "La profonda discrasia esistente tra l'impostazione teorica e il suo precipitato empirico determina così un radicale svuotamento di significato dell'affermazione secondo cui la dichiarazione di fallimento è elemento costitutivo del reato: essa è sostanzialmente ridotta al ruolo di mera formula di stile, che si tramanda stancamente da una sentenza all'altra, sebbene il fallimento, de facto, continui a rimanere estraneo all'oggetto del dolo", sostiene l'Autore. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., 10.

individuare nel fallimento (fatto futuro ed incerto), si mette in conto la possibilità del sopravvenire di fattori estranei alla condotta che potrebbero portare, nell'applicazione concreta, alla non punibilità.

Ad ogni modo, per quanto si possano individuare critiche all'impostazione della Corte, la sentenza sul crac del Ravenna Calcio ha avuto il merito di superare un filone giurisprudenziale ancora più discutibile, ribadendo la necessità della prova di un nesso sia eziologico sia psicologico, evitando così la possibilità di punizioni arbitrarie. In realtà, come aveva già preannunciato la sentenza dello stesso 24 settembre 2012, nessun'altra pronuncia ha seguito questa nuova impostazione.²⁹⁴ È discusso se tale scelta sia stata giusta o sbagliata, anche perché la dottrina continua ad opporsi sia all'una che all'altra interpretazione, rimanendo fedele, almeno in linea di massima, alla teoria della condizione obiettiva di punibilità. Questo anche alla luce del fatto che, come sostenuto dai fautori della punibilità, deve considerarsi accettabile il ragionamento della precedente giurisprudenza di legittimità che escludeva la richiesta di un nesso di causalità da parte del legislatore sulla base di due elementi: un'interpretazione letterale del dato normativo, che trovava la sua ragion d'essere nella dibattuta espressione "se dichiarato fallito"; ed un'interpretazione sistematica, per cui si sosteneva che se il legislatore avesse voluto un collegamento causale fra i fatti di bancarotta ed il fallimento (non evento del reato, ma semplicemente elemento costitutivo) ovvero l'insolvenza od il suo aggravamento, avrebbe replicato le formule lessicali utilizzate negli artt. 223, co. 2 e 224, n. 2 l. fall. Questa obiezione è superata dai giudici della sentenza in esame qualificando la bancarotta fraudolenta societaria quale "norma di chiusura che prevede la punibilità anche di altre condotte che siano state determinanti nella causazione del fallimento, pur non rientrando nell'elenco di cui all'art. 216 (l. fall.)". Secondo Autorevolissima Dottrina²⁹⁵, tale argomento è

²⁹⁴ Il problema della discontinuità delle decisioni giurisprudenziali riguarda anche un altro aspetto, quello dell'eguaglianza di trattamento dei soggetti che vedono mosso nei loro confronti un rimprovero di bancarotta. Il trattamento diseguale di situazioni simili è soggetto alla scure non soltanto dei principi interni, ma anche delle norme CEDU (elevate a rango costituzionale dagli artt. 10 e 117 Cost.) così come interpretate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo i giudici di Strasburgo, il principio di ragionevole prevedibilità delle conseguenze delle norme incriminatrici si estende anche alla produzione giurisprudenziale. In questo senso, le pronunce della Corte di legittimità potrebbe risultare in violazione di tale previsione.

²⁹⁵ F. MUCCIARELLI, La bancarotta distrattiva è reato d'evento?, cit., 445.

criticabile sia sotto l'aspetto semantico sia dal punto di vista dell'assetto complessivo del diritto penale fallimentare. Per quanto riguarda il primo profilo, l'equiparazione normativa tra le fattispecie propria (art. 216 l. fall.) e societaria (art. 223, co. 1 l. fall.) e la disposizione sulla causazione del fallimento o del dissesto della società (art. 223, co. 2 l. fall.) non comporta l'automatica sovrapposizione di tali fattispecie. Questo anche perché i fatti contemplati nella prima previsione sono connotati già da un'area di disvalore che non richiede necessariamente come conseguenza il fallimento della società per poter integrare il reato in questione e dare prevalenza ad un'interpretazione sistematica, in quanto, oltre ad essere fallace di per sé riscontrando premesse invalide, violerebbe il principio di prevalenza dell'interpretazione letterale di cui all'art. 12 Preleggi. Inoltre, l'aver tenuto un comportamento sussumibile sia nelle ipotesi previste dal n. 1 dell'art. 223 l. fall. che dal n. 2 del medesimo articolo non implica l'applicazione di un rapporto di genere a specie fra le due previsioni, bensì si tratta di due reati distinti. Sostenere che la previsione dell'evento "dissesto" quale conseguenza della bancarotta "da reato societario" è superflua in virtù del rapporto di specialità fra le due ipotesi contemplate dall'art. 223, co. 2 l. fall., finirebbe con l'attribuire "univoca valenza semantica ad un intervento riformatore palesemente privo di razionalità". Si ci chiede perché la Corte abbia ommesso una possibile e più condivisibile soluzione, valorizzando il carattere di sussidiarietà della comminatoria penale, facendo riferimento al modello del pericolo concreto quale possibile genus di appartenenza della bancarotta patrimoniale. In tal modo si sarebbe evitato di giungere a conclusioni azzardate in merito all'accertamento del nesso causale tra i fatti di bancarotta e l'evento fallimento, spostando l'attenzione più sulla colpevolezza che sulla causalità.²⁹⁶

²⁹⁶ Appare fondamentale riportare le parole di Antolisei in merito alla discussione sul nesso di causalità nei reati di bancarotta: "di rapporto causale correttamente è consentito parlare in due ipotesi: nel caso che l'azione del debitore abbia cagionato il dissesto sfociato nel fallimento, intendendo ciò nel senso che abbia contribuito a determinarlo, giacché quell'azione non è mai o quasi mai causa unica del dissesto, alla cui verifica di regola concorrono altri fattori; nel caso che l'azione del debitore abbia contribuito ad aggravare il dissesto, il quale, come è ovvio, può essere di maggiore o minore entità. Nella bancarotta fraudolenta in senso stretto un nesso causale tra l'azione del debitore e il dissesto non è richiesto dalla legge. Nei casi di diminuzione effettiva del patrimonio, infatti, per quanto una connessione causale in realtà sussista, dato che i comportamenti contemplati dalla legge, se non concorrono a causare il dissesto, contribuiscono certamente, in misura maggiore o minore, ad aggravarlo, tale connessione non costituisce un elemento del reato che, come tutti gli elementi, debba essere accertato di volta in volta. Essa è implicita nel fatto di distruggere o dissipare attività che fanno

Nondimeno, la questione del nesso causale incide anche sulla configurabilità stessa della condotta quale bancarotta societaria fraudolenta ovvero semplice, di cui si è ampiamente discusso nel capitolo secondo. Qui basti ricordare che la giurisprudenza²⁹⁷ ha tendenzialmente equiparato le due ipotesi previste dagli artt. 223, co. 2 n. 1 e 224, n. 2 l. fall. dal punto vista dell'evento naturalistico del reato, estendendo anche alla bancarotta da reato societario il caso in cui dalla condotta fosse derivato l'aggravamento del dissesto, e non la semplice causazione dello stesso. Il discorso della dichiarazione quale condizione obiettiva di punibilità, condiviso sia da dottrina che da giurisprudenza, rimane immutato, per cui non è richiesta né che sia stata rappresentata né voluta. Ciò che cambia tra le due norme è, oltre alla condotta tipica, anche la colpevolezza, richiedendo la prima che la causazione come l'aggravamento del dissesto siano stati oggetto di volizione e rappresentazione; mentre nella seconda l'elemento soggettivo è rappresentato dalla colpa. In merito a tale interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza, la dottrina non è totalmente in accordo.²⁹⁸

Altra considerazione deve essere fatta in merito alla qualificazione dell'evento derivante dalla condotta penalmente rilevante come evento di pericolo concreto; in tal modo si darebbe maggior importanza alla punibilità, permettendo di punire soltanto episodi che si caricano, sia per la loro natura sia psicologicamente, di effettiva carica lesiva, "colorandosi come fattori capaci vuoi di provocarne o affrettarne l'insorgenza, vuoi di aggravarne l'entità"²⁹⁹. In altre parole, la punibilità sarebbe subordinata alla mancata esposizione a pericolo della garanzia patrimoniale per i creditori, tenendo sempre presente che il diritto penale fallimentare deve necessariamente bilanciarsi con la libertà di iniziativa economica e d'impresa. L'unico aspetto a favore della Sentenza Corvetta sembra, quindi, potersi ravvisare nella

parte del patrimonio. Nelle ipotesi di diminuzione fittizia, poi, un rapporto causale tra l'azione del debitore e il verificarsi o l'aggravarsi del dissesto non è in alcun modo esigibile, perché il legislatore intende colpire non solo gli atti con cui il soggetto sottrae alcuni beni, ma anche quelli con cui tenta di sottrarli. La "frode" che è l'oggetto della sanzione punitiva, è rappresentata da qualsiasi manovra o artificio diretto alla sottrazione, e perciò, il reato sussiste ed è perfetto anche se l'azione non ha avuto alcuna influenza causale sulla verifica e sull'entità del dissesto". F. ANTOLISEI, op. cit., 48 s.

²⁹⁷ Richiamiamo il caso Nadini, in commento a N. F. GIULIANI, Simulazione di inesistente stato di solidità e conseguente aggravamento del dissesto della società fallita, cit.

²⁹⁸ Cfr. nota 297.

²⁹⁹ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 14.

difficoltà di delineare un elemento costitutivo del reato che fosse cronologicamente successivo alla condotta, ma allo stesso tempo causalmente svincolato dalla stessa.

Al fine di comprendere meglio il rapporto intercorrente fra le ipotesi societarie che richiedono espressamente il nesso causale tra condotta ed evento e le altre, per le quali non è chiaro se tale legame eziologico sia necessario o meno, sarebbe opportuno chiedersi preliminarmente dove possiamo ravvisare la linea di demarcazione fra il dissesto ed il fallimento (tale aspetto sarà più approfonditamente trattato nel prossimo paragrafo, per ora è sufficiente accennare alla questione). Queste sono due entità concettualmente e strutturalmente distinte, il che ci porta ulteriormente ad evidenziare come la sentenza in esame abbia compiuto uno sforzo interpretativo non pienamente accettabile equiparando le due situazioni al fine di individuare come elemento comune e filo conduttore il requisito della causalità. Secondo l'orientamento prevalente, il "dissesto è un dato quantitativo, graduabile, suscettibile di essere cagionato sia nell'an che nel quantum" (ricomprendendo anche l'ipotesi di aggravamento); mentre il fallimento è "un fatto formale, segnato da un provvedimento giurisdizionale, che non ammette alternativa se non tra essere e non essere"³⁰⁰. Da questo si desume che, pur essendo solitamente il dissesto conseguenza della dichiarazione di fallimento, quest'ultima non è sempre conseguenza del primo. Se ne deduce che il rapporto di specialità non sussiste, essendo la prima ipotesi sempre subordinata alla dichiarazione giudiziale, atteso che la norma stessa fa riferimento alle "persone suddette" (alias soggetti qualificati di società dichiarate fallite); mentre il n. 2 conferma quanto detto precedentemente, e cioè che la sentenza che attesta il fallimento possa non dipendere necessariamente dal dissesto, facendo la norma riferimento esclusivamente al cagionamento della stessa "con dolo o per effetto di operazioni dolose". Questo ci porta a concludere che evento naturalistico del reato non è il fallimento, inteso come accertamento giudiziale, bensì il dissesto stesso, essendo il primo, piuttosto, incidente sulla punibilità del reato. Posto così il discorso, possiamo estendere quanto appena detto anche all'ipotesi di aggravamento del dissesto di cui all'art. 224, n. 2 l. fall. (e anche al richiamo che il n. 1 fa all'art. 217 per quanto riguarda la fattispecie di cui al n. 4),

³⁰⁰ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., op. cit., 316.

essendo il peggioramento della condizione di insolvenza configurabile quale evento naturalistico in quanto legato causalmente ai fatti ivi descritti. In questo caso, requisito essenziale sarà lo stesso aggravamento, che sarà investito dalla colpa richiesta, mentre la dichiarazione di fallimento renderà punibile un fatto di per sé già perfetto, qualificandosi nuovamente quale condizione obiettiva di punibilità.³⁰¹ “La necessità dell'immanenza dello squilibrio cagionato o aggravato dall'atto di disposizione richiede, in concreto, l'accertamento a posteriori dell'esistenza di un nesso tra la condotta che abbia originato lo squilibrio e la dichiarazione di fallimento; cioè che quella dichiarazione di insolvenza sia riconducibile al dissesto originato o aggravato dall'atto di disposizione e dunque causalmente riferibile a quest'ultimo; in questa prospettiva, a sua volta, la colpa trova corretta collocazione come mera possibilità che la condotta origini o aggravi il dissesto”³⁰². Ovviamente, tale ipotesi deve tener conto delle diverse posizioni in merito al momento in cui può dirsi consumato il reato e se la sentenza dichiarativa sia necessaria o meno ai fini della punibilità; in questo caso si dà per valido il primo orientamento.

Ma cosa accadrebbe qualora sostenessimo la validità della teoria quadripartita del reato³⁰³? Dal punto di vista strutturale nulla in quanto, sia che la dichiarazione di fallimento venga a qualificarsi quale condizione di punibilità ovvero elemento costitutivo, sarà comunque necessario che venga ad esistenza per poter comminare la sanzione prevista. Tuttavia, ciò non esclude il fatto che le premesse dell'impostazione data dalla Corte con l'ultima sentenza sul crac del Ravenna calcio siano di per sé non condivisibili, in quanto sostenere che la punibilità sia elemento del reato ha come conseguenza che, sia che si abbracci la teoria quadripartita che altre ad essa simili, la sentenza dichiarativa sarà l'ultimo requisito per ritenere il reato integrato e perfetto. Il problema che viene ad esistenza qualora mettessimo in discussione la bontà dell'una o dell'altra posizione riguarda il rapporto fra la colpevolezza e la punibilità. Sotto il profilo dogmatico dell'inquadramento delle condizioni obiettive di punibilità, a fronte di una tesi che le considera come elementi integrativi del fatto tipico di reato futuri ed incerti e non avinti da un necessario

³⁰¹ Tra gli altri, F. ANTOLISEI, op. cit., 50.

³⁰² G. CHIARAVIGLIO, Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale, cit., 701.

³⁰³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, cit., 177 - 179.

legame psicologico con l'autore né da un necessario nesso eziologico con la sua condotta, altra parte della dottrina ritiene che le medesime non entrino, invece, a far parte del fatto tipico di reato ma ne condizionino solo la punibilità in relazione a considerazioni di politica criminale del legislatore. Questo sembra escludere ex ante qualsiasi remora in merito al rapporto suddetto, ma in realtà la questione non è così semplice. Le condizioni obiettive di punibilità sono contemplate dal codice penale all'art. 44 che testualmente sembra non richiedere che l'elemento soggettivo investa anche la stessa condizione, in quanto prevede che "il colpevole rispond(a) del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto". In questo caso non sorgerebbe alcun problema in merito alla linea di confine con la tesi per cui la dichiarazione di fallimento è elemento costitutivo del reato, nonché evento dello stesso, al fine di evitare presunte violazioni del principio di colpevolezza, dovendo tale requisito necessariamente essere investito dal dolo o dalla colpa dell'agente (dipendentemente dalla fattispecie considerata). Ma quale sarebbe la differenza con questa impostazione qualora ritenessimo che anche per la condizione di punibilità valgano queste limitazioni? Come precedentemente trattato, la dottrina usa distinguere le condizioni obiettive di punibilità intrinseche dalle condizioni di punibilità estrinseche. Con riferimento alle prime, la mancata riferibilità psicologica sembrerebbe configurare una responsabilità oggettiva contrastante con l'art. 27 Cost. e con il relativo principio della responsabilità personale colpevole. Anche per questa ragione, di ordine costituzionale, parte della dottrina ritiene che fatti che comunemente vengono considerati come condizioni obiettive di punibilità, costituiscano, in realtà, eventi di reato e, come tali, debbano essere avvinati dal nesso psichico con l'autore del fatto. Ed è questa una delle principali ragioni che hanno spinto la Corte di Cassazione ad affermare che la dichiarazione di fallimento è al tempo stesso elemento costitutivo della fattispecie (seguendo il filone giurisprudenziale dominante dagli anni '50) ed evento del reato. A questo punto sorge il quesito se tale interpretazione costituzionalmente orientata fosse necessaria ovvero se la dottrina abbia dato una soluzione altrettanto valida senza ricorrere ad espedienti ermeneutici.³⁰⁴

³⁰⁴ Al fine di giustificare la propria scelta, ed in particolare il rifiuto di aderire all'impostazione che vede nel fallimento una condizione obiettiva di punibilità, la Corte afferma che "non può da un lato ritenersi

2. I limiti delle concezioni condizionalistiche e l'irrilevanza della c.d. zona di rischio penale

Il problema principale dell'impostazione giurisprudenziale si riscontra nella previsione di una sanzione penale anche per quei fatti che, pur rientrando nelle ipotesi descritte dalla normativa penale fallimentare, non sono causalmente collegati con la dichiarazione di fallimento ovvero con lo stato di insolvenza, non apponendo alcun limite temporale in tal senso. Per queste ragioni, la tradizionale posizione giurisprudenziale sembra risultare insoddisfacente dal punto di vista del rispetto dei canoni costituzionali, in particolare per ragioni di determinatezza della fattispecie e di osservanza dei principi di colpevolezza e di eguaglianza. Nondimeno, proprio l'impostazione in merito alla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento seguita dalla giurisprudenza prevalente ha finito con l'essere rivisitata dai medesimi giudici di legittimità, i quali, come precedentemente detto, hanno criticato la mancanza di un legame eziologico e psicologico tra la sentenza dichiarativa ed i fatti di bancarotta, qualificando la prima non solo come elemento costitutivo ma anche come evento del reato. Questo avrebbe dovuto, in linea generale, risolvere i problemi sollevati dal precedentemente orientamento, ma oltre a sollevarne altri ben più complessi, non ha avuto alcun seguito. Infatti, dall'inquadramento quale elemento costitutivo del reato si sarebbe dovuto desumere un legame tale da richiedere la previsione o, almeno, la prevedibilità della procedura concorsuale, con la conseguente delimitazione temporale dei fatti penalmente rilevanti. Questi sono gli argomenti utilizzati dalla dottrina al fine di escludere la fondatezza della tesi giurisprudenziale, affermandone invece la natura di condizione obiettiva di punibilità, cogliendo, quindi, nella formulazione dei reati di bancarotta lo schema tipico dei reati condizionati. Questi ultimi hanno il fine di evitare che l'accertamento dell'elemento soggettivo diventi impossibile, rifiutando l'attribuzione di elemento costitutivo al nocumento o pericolo; in altre parole, tale tipologia di reato esclude dal nucleo centrale della fattispecie gli elementi che sfuggono alla sfera di controllo dell'agente o

che qualsiasi atto distruttivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta ed il verificarsi del dissesto". (Vedi p. 15 della sentenza)

non sono a lui direttamente riconducibili ed esprime l'esigenza di subordinare la punibilità ad una particolare gravità dell'offesa. Tale opzione interpretativa ha tentato di circoscrivere l'ambito di operatività di tali fattispecie incriminatrici, richiedendo che per la sussistenza del reato vi fosse una condizione economica particolarmente critica, da cui deriva per converso, inoltre, che non sempre il danno ravvisabile nel fallimento è conseguenza del pericolo derivante dalle condotte incriminate. In questo modo, la dottrina ha cercato di rimediare alla questione della presunta violazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1 Cost., per cui, seguendo un'interpretazione restrittiva, è richiesta la presenza di un collegamento causale tra le azioni od omissioni del soggetto attivo ed il fallimento, altrimenti l'agente risponderebbe per un fatto non proprio. Ciò che si cerca di evitare è che vengano puniti fatti che possano rientrare nelle condotte di bancarotta penalmente rilevanti, ma che in realtà non sono altro che libera espressione della gestione della società in un momento in cui lo stato economico della stessa non risulta essere compromesso. In realtà, la soluzione qui proposta sembra andare in senso contrario al dettato normativo, essendo l'obiettivo quello di escludere la necessità, per il rilievo penale delle condotte di bancarotta, della presenza di situazioni preesistenti o provocate dalla stessa condotta di squilibrio fra passività ed attività. Non per altro, la tutela penale fallimentare è posticipata, richiedendo comunque l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento.³⁰⁵

Allo stesso modo deve rifiutarsi l'impostazione data da Donini³⁰⁶, per cui è necessario un legame tra la condotta incriminante e l'evento insolvenza, che si configura non come nesso di causalità bensì come nesso di rischio, nel senso che la condotta rischiosa dell'agente abbia un legame di concreta offensività con l'insolvenza, da intendersi nel senso di una proporzione tra disvalore di evento e condotta illecita. Ciò che l'Autore prova a fare è creare una sorta di soglia quantitativa di punibilità per le condotte di bancarotta, cercando di delineare la cosiddetta zona di rischio penale soltanto per quei fatti effettivamente incidenti sul dissesto. In altre parole, unico onere dell'imprenditore o dell'amministratore sarebbe

³⁰⁵ G. COCCO, Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1, 67 - 72.

³⁰⁶ M. DONINI, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», cit., 52 - 58.

quello di evitare il dissesto, in quanto prima di tale evento nulla è imputabile di per sé al soggetto attivo ed, inoltre, qualora gli fosse stato possibile sanare ex post il rischio di bancarotta, sarebbe allo stesso modo rimasto impunito. Per questi motivi, è necessario dare forma ad un rapporto fra fatti di bancarotta ed evento dissesto tale da tenere in considerazione sia l'aspetto oggettivo che quello soggettivo; l'Autore rileva al riguardo "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 dichiarazione di fallimento rimane una condizione obiettiva di punibilità, mentre elemento costitutivo del reato è proprio il nesso di rischio tra condotta pericolosa ex ante e risultato ex post (insolvenza, dissesto o suo aggravamento), legati da un nesso di congruenza offensiva e non da un rapporto di causalità. Tale legame si declina in modo particolare per quanto riguarda l'espressa ipotesi di causazione del dissesto in relazione al suo aggravamento; in questo caso, proprio perché deve sussistere un nesso di congruenza, in conformità al principio di offensività, per poter rilevare il mero aggravamento, non potrà dirsi incriminante il fatto di aver soltanto inciso sul quantum dell'esposizione debitoria: sarà necessario che il peggioramento dello stato di insolvenza abbia influenzato tempi e manifestazione dell'insolvenza stessa. Tuttavia, la soluzione data da Donini sembra distaccarsi troppo dal dato normativo, fino ad estendere gli effetti del danno di particolare tenuità, previsto dall'art. 219, co. 3 l. fall. dal trattamento sanzionatorio anche al rapporto fra fatto e lesione.

Altra soluzione è fornita da Cocco³⁰⁷. L'Autore inizia con una preliminare osservazione sul concetto di condizione obiettiva di punibilità. Non riprendendo il discorso in merito alla teoria quadripartita, di cui abbiamo già discusso precedentemente, appare opportuno focalizzarsi sulla nozione e funzione di questo requisito. Sicuramente può affermarsi che le condizioni obiettive di punibilità non sono elementi che "accentrano in sé tutta la carica di disvalore giuridico-penale di una determinata fattispecie, prescindendo dai quali, cioè, la fattispecie non avrebbe alcun contenuto offensivo ovvero perderebbe la sua significazione autonoma e verrebbe a coincidere con una diversa fattispecie". Secondo tale impostazione e

³⁰⁷ G. Cocco, Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, cit., 73.

questi presupposti, nonché tenendo in considerazione le sentenze della Corte Costituzionale n. 364/1988 e n. 1085/1988³⁰⁸, si può giungere alla conclusione per cui la sentenza dichiarativa di fallimento di certo non può rientrare nel novero degli elementi della punibilità, bensì negli elementi costitutivi del reato, incidendo fortemente sulla pena, "con la conseguenza che il carattere intrinsecamente illecito e la consapevolezza e volontà dei comportamenti di bancarotta prefallimentare non sono di per sé sufficienti a giustificare la comminatoria penale in termini di responsabilità personale".³⁰⁹

Tuttavia, questi non sono che meri aspetti introduttivi all'annosa questione delle critiche all'una o altra teoria in prospettiva di violazione dei principi costituzionali. Si ritiene necessario distinguere tra i punti di debolezza dell'una e dell'altra impostazione, al fine di comprendere anche quali sono state le risposte, principalmente dottrinali, a tali obiezioni. Il discorso appare necessario non soltanto nella prospettiva di comprendere il ruolo ricoperto dalla dichiarazione di fallimento, dal dissesto o dal suo aggravamento nella prospettiva fallimentare, ma anche e soprattutto il momento in cui i reati in questione possono dirsi integrati e la rilevanza temporale delle condotte ai fini dell'individuazione del momento consumativo.

2.1. La tesi della condizione obiettiva di punibilità

Come già accennato nell'introduzione di questo paragrafo, fondamentale per comprendere la posizione autorevolissima, seppur minoritaria, della dottrina in merito alla definizione della natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento come

³⁰⁸ La Corte attribuisce alle condizioni il ruolo di filtrare, fra le ipotesi meritevoli di pena, quelle per cui la repressione penale è necessaria e, dunque, esclude che accentrino in sé l'offensività del fatto. Secondo questa impostazione, le condizioni di punibilità sono completamente estranee alla colpevolezza.

³⁰⁹ Proprio quest'ultimo aspetto spinge a rifiutare l'idea del fallimento come condizione di punibilità intrinseca, essendo inoltre una categoria di creazione dottrinale e non rientrando a pieno titolo nelle condizioni di cui all'art. 44 c.p., possedendo caratteristiche speciali rispetto alla previsione generale. Alcuni giungono a prospettare una vera e propria eliminazione di tale figura dal panorama penale, al fine di evitare usi strumentali solamente a creare ulteriori dubbi e questioni irrisolte; in particolare, per quanto riguarda la materia fallimentare, si finirebbe con il porsi in contrasto con il principio di colpevolezza e con la stessa funzione dell'art. 44 c.p. Per questo motivo, i sostenitori di tali argomentazioni, ritengono necessario un'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale tenga conto dei legami fra le condotte delittuose e la successiva dichiarazione dell'insolvenza sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo.

elemento costitutivo del reato, è richiamare le argomentazioni di Giovanni Cocco³¹⁰. Preliminarmente, l'Autore individua un duplice contrasto nell'impostazione che vede la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità: da un lato, con il principio di determinatezza della fattispecie e, dall'altro, con il principio di colpevolezza, così come interpretato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze prima citate. Per comprendere appieno l'impossibilità di subordinare la repressione penale alla punibilità, è necessario fare un passo indietro e guardare il sistema penale fallimentare nel suo complesso: la carenza di una disciplina completa ed unitaria che miri a punire le condotte criminali tenute da soggetti che operano all'interno di un'entità così complessa ed importante quale è una società, carica il sistema dei reati concorsuali di un'aspettativa che non può, però, essere la giustificazione di un inquadramento che i principi costituzionali non permettono. In altre parole, non è possibile dirigere la funzione della dichiarazione di fallimento a salvacondotto del soggetto agente quando questi tiene comportamenti penalmente rilevanti, ma la situazione economico-finanziaria della società permette ancora di far fronte ai propri debiti. In questo caso non si parla di condizione di punibilità tradizionale, cioè selettiva dei fatti penalmente rilevanti, bensì di condizione limitativa dei fatti di bancarotta. Non per altro, Punzo³¹¹ rilevava che la dichiarazione di fallimento era sì condizione di punibilità, ma per di più estranea all'elemento oggettivo della fattispecie ed indipendente dalla colpevolezza; dunque, l'evento da cui dipende il verificarsi del fallimento non è né in rapporto di effetto a causa con la condotta incriminata, né collegato alla condotta stessa da dolo o colpa. Nondimeno, si precisa che questo non comporta che l'evento da cui dipende il verificarsi della condizione debba essere non voluto, bensì è irrilevante ai fini penalistici che l'agente ne fosse a conoscenza, come anche che fosse stato oggetto di rappresentazione e volizione. Non vi è, quindi, nessuna violazione dei principi costituzionali di colpevolezza e determinatezza, proprio perché tanto il rapporto eziologico quanto quello psicologico non rientrano nel campo di accertamento di tale evento. Tantomeno può lamentarsi una violazione del principio di personalità della responsabilità penale, in quanto la qualificazione quale condizione estrinseca di punibilità permette di spostare sugli

³¹⁰ G. COCCO, Nota introduttiva agli artt. 216 - 237 l. fall. in Commentario breve alle leggi penali complementari, diretto da F. C. PALAZZO - C. E. PALIERO, cit., 1141 ss.

³¹¹ M. PUNZO, op. cit., 84.

elementi del reato la carica offensiva della fattispecie, mentre non si potrebbe dire lo stesso nel caso in cui, come sostenuto da Nuvolone, la condizione fosse considerata come intrinseca al reato.

Importante argomento contrario a questa posizione è il rapporto fra la previsione di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. e i rispettivi reati societari prima della riforma del 2002: lo squilibrio nel trattamento sanzionatorio poteva essere giustificato soltanto da un elemento essenziale della fattispecie, i.e. la causazione del fallimento, altrimenti non avrebbe avuto alcun senso limitare l'applicazione della norma fallimentare attraverso la dichiarazione stessa, sussistendo altrimenti un'ingiustificata sovrapposizione di fattispecie. Questo non vuol dire che non sia necessario uno sbarramento all'applicazione delle fattispecie penali fallimentari, soprattutto nel caso che qui più ci interessa: l'aggravamento del dissesto, come anche la sua causazione; per cui non è richiesto necessariamente l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento, che a questo fine potrebbe rappresentare una condizione di punibilità. In questi casi, il discorso fatto sulla dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo vede una sostituzione del termine fallimento con quello di dissesto, mentre l'apertura di una procedura concorsuale rappresenta un'effettiva limitazione dell'applicazione della bancarotta societaria, almeno secondo alcuni autori. In questo caso, essendo le condotte connotate da un grado, subordinato al verificarsi del dissesto o del suo peggioramento, di disvalore sociale tale da comportare l'applicazione di una sanzione penale, è necessario prevedere l'applicazione di altri ammortizzatori dell'intervento criminale.³¹²

Ad ogni modo, non si può dimenticare gli sforzi fatti da parte della dottrina per ovviare ai problemi teorici dell'impostazione finora enunciata. Al fine di adeguare al principio di determinatezza la fattispecie di bancarotta, parte della dottrina ha

³¹² Un esempio sono le direttive contenute nel disegno di legge concernente la "Delega al governo per la riforma delle procedure relative alla impresa in crisi", approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 ottobre 2000, le quali limitano la rilevanza dei fatti di bancarotta a quelle condotte che abbiano causato od aggravato lo stato di insolvenza, ed inoltre prevedono una causa di non punibilità per il caso che la procedura si chiuda con l'integrale pagamento dei creditori. Art. 3, co. 1 lett. a) e d) della Delega al governo per la riforma delle procedure relative alla impresa in crisi, approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 ottobre 2000.

sviluppato la teoria della zona di rischio penale. Uno dei primi fautori fu Nuvolone³¹³, il quale partiva dalla premessa per cui il legislatore, al momento della stesura delle norme penali fallimentari, volesse evitare qualsiasi paralisi dell'attività d'impresa a causa della repressione criminale se non nel caso di inadempimento effettivo dell'imprenditore (o comunque della società), tenendo ben presente l'interesse creditorio a veder soddisfatte le proprie pretese. L'applicazione della disciplina in esame non ha come fine quello di garantire i creditori al momento dell'inadempimento, dunque non riguarda la violazione di un diritto di garanzia, bensì di evitare che le ragioni creditorie vengano frustrate da condotte del debitore che abbiano reso impossibile l'adempimento in qualsiasi forma. Ma in quale momento e per quali ragioni si individua un lasso temporale nel quale le azioni od omissioni dell'agente sono considerate rilevanti ai fini penali anche senza un effettivo inadempimento? Sicuramente è importante ricordare che l'Autore sosteneva, da un lato, che l'oggetto giuridico dei reati di bancarotta dovesse ravvisarsi in una tutela pubblicistica al corretto svolgimento delle procedure concorsuali e, dall'altro, che la dichiarazione di fallimento avesse natura di condizione di punibilità intrinseca. Da questo consegue che i reati prefallimentari si presentano sottoforma di illeciti condizionati. Ritorna la domanda: qual è il punto di apertura della zona di rischio penale? Non si potrebbe mai affermare che l'intera vita dell'imprenditore, come dei gestori della società, possa passare al vaglio del giudice penale al fine di individuare una condotta penalmente rilevante. Gli atti che il soggetto agente compie nella gestione della società possono essere di tre tipi: sempre vietati, rientranti nella sfera del lecito assoluto ovvero del lecito o illecito condizionato. Tra i primi rientrano quegli atti che creano un divario tra attivo e passivo tale da incidere in maniera insuperabile sulle normali attività della società. Gli ultimi, invece, non creando questa situazione di squilibrio né dal punto di vista soggettivo né da quello oggettivo, ma influenzando comunque l'attività commerciale, vengono all'attenzione del giudice penale soltanto nel momento in cui si verifica una data condizione, id est la lesione del bene giuridico che si ha con il verificarsi dello stato di insolvenza. Se intendiamo l'insolvenza come "l'incapacità organica dell'impresa a far fronte con mezzi normali alle proprie obbligazioni", i fatti del soggetto attivo saranno rilevanti di per sé se tale stato viene

³¹³ P. NUVOLONE, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 23 e 32.

ad esistenza, non potendo i creditori trovare in alcun modo soddisfazione. Fino a quel momento, però, la garanzia data dal patrimonio della società è tutelata; dal momento dell'insolvenza, invece, si può dire aperta la zona di rischio penale. "L'accertamento dello stato di insolvenza al momento del fatto, è, quindi, pregiudiziale per l'affermazione della responsabilità penale: per i reati commessi durante la procedura, vi è un'insuperabile presunzione di legge; ma per i reati commessi anteriormente, va compiuto caso per caso". Questo, ovviamente, ci dice che nonostante il lasso temporale determinante i fatti di bancarotta sia tendenzialmente definito dai tempi delle procedure concorsuali, non si esclude che altri fatti commessi al di fuori delle stesse non siano rilevanti per la normativa fallimentare. A questo punto, Nuvolone risponde all'obiezione di chi lamenta la mancata considerazione dei casi in cui il soggetto attivo causa il fallimento della società, ritenendo necessario rifarsi fedelmente al dato legislativo che non riporta questa ipotesi, se non l'eccezione (che l'Autore ravvisa quale eccezione) di cui all'art. 223, co. 2 n. 2 l. fall., estesa dal Lanzi anche all'art. 224, n. 2 l. fall. Quest'ultimo Autore sottolinea come definire una zona di rischio penale non voglia significare prescindere dall'elemento soggettivo, bensì vuol dare rilievo all'atto di disposizione condizionato alla rappresentazione soggettiva della sussistenza della situazione di insolvenza.³¹⁴

La critica alla zona di rischio penale si muove su due fronti, entrambi riguardanti il presupposto su cui si fonda la stessa: il discorso cambia se partiamo dall'assunto per cui i reati fallimentari mirano a garantire il corretto svolgimento delle procedure concorsuali, considerando le ragioni creditorie nel loro complesso; ovvero se liberiamo tale teoria dalle influenze derivanti dalla posizione assunta in merito all'oggettività giuridica dei reati qui in esame. La concezione processuale incontra una prima critica nel legame tra punibilità dei fatti di bancarotta e inadempimento, per cui, al fine di tutelare la garanzia patrimoniale creditoria, viene creata una zona di rischio penale, la quale si apre al momento del passaggio della società allo stato di

³¹⁴ A. LANZI, Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma, cit., 495. Inoltre, l'Autore auspica la concretizzazione dei progetti di riforma rivolti a dare natura giuridica di evento all'inadempimento e all'insolvenza, dunque indirettamente rifiutando l'impostazione che vede nel fallimento l'evento del reato (come descritto precedentemente in merito all'unica sentenza che abbia declinato tale requisito in tal senso).

insolvenza, inteso quale momento in cui si costituisce la massa creditoria. Ciò che si lamenta è l'inutilità della previsione penale qualora la repressione venga orientata esclusivamente verso quegli atti verificatisi successivamente all'insolvenza, momento coincidente con l'apertura del periodo in cui gli atti dell'agente corrono il rischio di portare all'inadempimento. Tuttavia, questo risulta essere un ragionamento circolare qualora riteniamo che con insolvenza debba intendersi sempre "uno stato di incapacità dell'imprenditore a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"³¹⁵. Per cui sostenere che la normativa penale fallimentare è posta a tutela delle ragioni creditorie, seppur non singolarmente considerate, presuppone che essa ricomprenda anche le condotte che precedono l'insolvenza, altrimenti non verrebbero puniti tutti quei fatti che possono considerarsi causa della stessa. Né tantomeno può invocarsi quale argomento a favore della teoria della zona di rischio penale il fatto che la disciplina penale non accenni ai fatti precedenti al verificarsi dell'insolvenza e, in questo senso, presuma l'esistenza di una massa di creditori fin dal momento in cui esiste il presupposto della procedura concorsuale, i.e. lo stato d'insolvenza. In merito si può rilevare che non esiste il concetto di massa di creditori, essendo solo una fictio non fondata su alcun elemento di diritto positivo, il quale assume rilevanza soltanto con la dichiarazione giudiziale di insolvenza. Se si vuol parlare di concorsualità prima dell'apertura delle procedure concorsuali, si deve far riferimento piuttosto ai crediti maturati nei confronti della società; così posta la questione, a maggior ragione si comprende perché i fatti rilevanti ai fini del reato di bancarotta siano quelli precedenti la dichiarazione di fallimento.

A Pedrazzi va il merito di aver liberalizzato la concezione della zona di rischio penale.³¹⁶ In particolare, l'Autore ribadisce che il bene offeso dalla bancarotta non sia l'autorità di una decisione giurisdizionale, tenendo conto che presupposto della bancarotta non è l'accertamento in sede civile delle ragioni creditorie frustrate; la tutela delle procedure concorsuali, quindi, è soltanto mediata rispetto alla garanzia delle ragioni creditorie intese singolarmente. Tuttavia, altra parte della dottrina solleva alcuni dubbi in merito alla qualificazione di reato di pericolo concreto delle fattispecie di bancarotta, non trovando giustificazione al limite dell'incapienza del

³¹⁵ G. COCCO, Nota introduttiva agli artt. 216 - 237 l. fall., op. cit., 1143.

³¹⁶ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 9 ss.

patrimonio della società. Tali autori ritengono che questa limitazione non permetta di definire in modo preciso i confini entro cui i fatti di bancarotta sono considerati penalmente rilevanti, andando a violare il principio di determinatezza, in quanto subordinati al continuo variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore. Bisogna, inoltre, tener conto, da un alto, che i crediti nascono concorsuali e, dall'altro, che il gestore dei beni sociali non è tenuto a garantire una riserva perenne che possa far fronte ai debiti complessivi in qualunque momento.

In conclusione, la posizione giurisprudenziale tradizionale non ritiene necessario porre alcun limite temporale alla rilevanza penale dei fatti fino al momento dell'apertura della procedura concorsuale, comportando la possibilità che fatti, anche molto risalenti nel tempo, possano essere considerati rilevanti ai fini della comminatoria della sanzione penale per bancarotta. Questo, come è facile desumere, comporta la violazione non soltanto del principio di determinatezza della fattispecie, ma anche di colpevolezza e di eguaglianza; sembrerebbe quasi che la Corte non consideri le basi costituzionali del diritto penale. Tuttavia, proprio questa impostazione sembra contrastare con l'attribuzione della natura giuridica di elemento costitutivo assegnata dalla stessa giurisprudenza alla dichiarazione di fallimento. In particolare, non si ritiene necessaria la sussistenza di alcun nesso eziologico e psicologico tra i fatti di bancarotta e le procedure concorsuali, ovvero lo stato di insolvenza, secondo il disposto di cui agli artt. 40 e 43 c.p., che richiedono questo legame solo tra condotta ed evento (soltanto la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 47502/2012 aveva attribuito a questo requisito, oltre che la qualifica di elemento costitutivo, anche quella di evento del reato). Nondimeno, non si comprende quale sia la differenza con l'attribuzione di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa, la quale sembra portare all'affermazione per cui i reati di bancarotta sono reati condizionati, anche perché l'ostacolo del poter considerare soltanto i fatti successivi alla verifica dello stato di insolvenza quali penalmente rilevanti viene meno, potendo la condizione per sua natura verificarsi anche a consumazione di reato non avvenuta, così come previsto dall'art. 44 c.p. Questa impostazione rispondeva all'esigenza di subordinare la punibilità del reato stesso ad una particolare gravità dell'offesa e, dunque, evitare che la vita della società fosse paralizzata dall'intervento della sanzione penale quando, nella realtà

concreta, la gestione poteva andare avanti senza pregiudicare o ledere le ragioni creditorie. In questo modo sicuramente si risolve uno dei tanti problemi di queste impostazioni, ma ne rimane un altro comune, ossia la violazione dell'art. 27, co. 1 Cost., in quanto si potrebbe finire con l'imputare al soggetto attivo un fatto non proprio, che la natura giuridica dell'insolvenza sia elemento costitutivo ovvero condizione di punibilità, escludendo l'ipotesi che possa essere evento del reato. Ma se affermiamo che soltanto con il fallimento o l'insolvenza la lesione diviene rilevante ed effettiva, possiamo sempre sostenere la teoria della condizione di punibilità? Al massimo si potrebbe orientare l'attenzione verso l'ipotesi di una condizione intrinseca, ma anche questa non convince alla luce del principio di riconoscibilità dei contenuti di illiceità del fatto formulata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988: la condizione si fonda sul principio di sussidiarietà e non di offensività, quindi è estranea alla colpevolezza. Dunque, sembra opportuno almeno attribuire la natura giuridica di elemento costitutivo all'apertura delle procedure concorsuali, in quanto si garantisce che le stesse debbano essere investite dal dolo o dalla colpa dell'agente (contrariamente a quanto afferma la giurisprudenza); in particolare, questa posizione sembra condivisibile alla luce del fatto che alcune fattispecie di bancarotta siano inconcepibili in assenza di fallimento, mentre altre puniscono il danno causato ai creditori della società fallita. Non richiedendosi il nesso eziologico, da una parte non vi è violazione del principio di personalità della responsabilità penale, e, dall'altra, non sembra avere alcun fondamento una delimitazione dei fatti alla c.d. zona di rischio penale. Ma se il nesso eziologico è espressamente richiesto? Cosa accade qualora la norma preveda un collegamento causale e psicologico tra il fatto di bancarotta e il suo aggravamento? Questa impostazione sembra vacillare, non sembra più possibile sostenere la sufficienza dell'elemento psicologico ad unire questi due elementi. È necessario spingersi oltre, fino ad affermare senza remore che il peggioramento dello stato di insolvenza è evento del reato, mentre la discussione potrà continuare ed avvantaggiarsi di quanto già detto in merito al dissesto in sé e alla sua dichiarazione.

2.2. La tesi dell'elemento costitutivo

Fondamentale, dunque, pare essere il collegamento tra il bene giuridico tutelato e la posizione in merito alla natura giuridica dello stato di insolvenza, accertato o meno. Se abbandoniamo l'idea che la tutela sia rivolta alla garanzia del buon funzionamento del sistema giudiziale ed, invece, riteniamo valida la tesi per cui i reati di bancarotta evitano o limitano l'esposizione a pericolo della garanzia creditoria, possiamo più o meno facilmente comprendere che il reato non sorga fino a quando il debitore non venga esecutato. È opportuno, però, sottolineare un importante aspetto che emerge dal dato normativo: non vi è continuità giuridica fra la pericolosità dei fatti di bancarotta ed il danno consolidato nell'insolvenza; questo perché il danno al bene giuridico tutelato non deve essere necessariamente causalmente conseguente al pericolo. Seguendo queste premesse, non è possibile condividere la tesi giurisprudenziale che riconosce alla sentenza dichiarativa la qualifica di elemento costitutivo; ciò anche per il semplice fatto che la posizione risulta essere ibrida, non assegnando allo stesso fallimento anche il ruolo di evento del reato. In particolare, non è comprensibile appieno l'esclusione della presenza di un nesso causale tra condotta e fallimento, ritenendo sufficiente ai fini della conformità all'art. 27, co. 1 Cost. che l'elemento soggettivo coprisse l'apertura della procedura concorsuale, in quanto oggetto del rimprovero non è né il fallimento né il dissesto, bensì l'aver peggiorato l'entità di tali accadimenti. Questa non sembra essere una soluzione soddisfacente, cercando di risolvere il problema della causalità con costruzioni più dogmatiche che pratiche, problema in fin dei conti creato dalla stessa affermazione di principio per cui la sentenza dichiarativa deve essere considerata elemento costitutivo del reato. Condividere il pensiero di gran parte della dottrina in merito allo status di condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento non è soltanto ripiegare sull'unica soluzione possibile, ma soprattutto considerare la struttura del reato, che non richiede ai fini dell'offensività anche il fallimento tra i suoi elementi costitutivi: i fatti di bancarotta sono di per sé carichi di disvalore, ma tale connotazione è rilevante penalmente soltanto nel momento in cui la lesione diviene effettiva, id est si verifica il fallimento.³¹⁷ Stesso discorso può essere fatto per

³¹⁷ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 16 ss.

l'aggravamento, per cui dobbiamo scindere il momento del dissesto da quello del suo aggravamento: ciò che richiede la norma è un nesso causale con quest'ultimo elemento, che connota negativamente i fatti descritti dalla previsione; allo stesso tempo, non è richiesto che i comportamenti siano legati eziologicamente alla dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza, dunque quest'ultimo si configura come una mera condizione di punibilità, andando a concretizzare una scelta di politica legislativa, ma non aggiungendo nulla all'offensività della fattispecie, di per sé perfetta. Ovviamente, per poter peggiorare lo stato di dissesto è necessario che un dissesto sia già in atto; la questione qui si sposta sul piano dell'accertamento: per poter dire che la società è in dissesto, è necessario l'intervento della dichiarazione giudiziale, ovvero quest'ultima riguarda un momento successivo ed il dissesto può essere accertato anche fuori dalla sentenza dichiarativa? Questa è un'altra questione, che riguarda solo in parte la discussione affrontata, spostandosi maggiormente sui dubbi in merito al momento consumativo di cui si tratterà successivamente.

Tuttavia, non tutta la dottrina della condizione di punibilità è concorde nel ritenere che questa si qualifichi come estrinseca. In particolare, se fosse condizione intrinseca, non si ci allontanerebbe di molto dai problemi che affliggono la teoria dell'elemento costitutivo, soprattutto in merito alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Se è vero che la dichiarazione di fallimento contribuisce alla lesione del bene protetto e all'attualizzazione dei fatti di bancarotta, deve necessariamente essere investita dalla rimproverabilità, come tutti gli altri elementi del reato. In realtà, si deve tenere sempre a mente che si parte dal presupposto che il reato di bancarotta si qualifica come reato di pericolo concreto; dunque, se tale pericolo non viene ad esistenza, le condotte del soggetto attivo nulla saranno se non il lecito esercizio di un diritto, quello di gestione dell'impresa. Per questo motivo la dichiarazione di fallimento, a cui viene assegnato lo status di condizione obiettiva di punibilità intrinseca, crea una situazione giuridica nuova, secondo Antolisei³¹⁸, la quale implica una vera trasformazione dei diritti dei creditori e attualizza l'offesa al bene giuridico tutelato. Come detto, non tutti sono concordi nel ritenere che il fallimento aggiunga qualcosa in più alla fattispecie, ma ritengono che

³¹⁸ F. ANTOLISEI, op. cit., 40 s.

con esso diventi irreversibile l'offesa fino ad allora recuperabile, per caso fortuito come per opera del soggetto attivo.

Ad ogni modo, l'efficacia della condizione di punibilità trova un limite: opera nei soli confronti dei fatti tipici che continuano ad incidere sulla condizione economico-giuridica della società al momento dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza, mentre lascia immuni da sanzione quelli la cui potenzialità lesiva sia venuta meno prima di tale momento. In altri termini, ai fini della punibilità è richiesto che i parametri di tipicità dei fatti di bancarotta siano attuali, indici di un pericolo ancora in essere per l'interesse protetto. La previsione di cui all'art. 219, co. 3 l. fall., così come utilizzata al fine di smontare la tesi del fallimento quale elemento della punibilità, è a sua volta argomento a favore della stessa. Infatti, attraverso un'interpretazione sistematica possiamo giungere alla conclusione che un danno patrimoniale non deve essere ad ogni costo prodotto dai fatti di bancarotta (prendiamo ad esempio la bancarotta documentale), tanto che l'attenuante della speciale tenuità è applicata anche nel caso in cui il danno non si sia verificato poiché la lesività delle condotte non si è concretizzata. Ciò che fa la dichiarazione di fallimento è mettere un segno nell'asse temporale di rilevanza della fattispecie, in modo tale da permettere di valutare in termini economici la diminuzione patrimoniale, che deve essere ancora in atto al momento dell'accertamento giudiziale. Questo potrebbe portare a considerare la dichiarazione di fallimento quale condizione di punibilità per la bancarotta semplice societaria, in quanto lascia al giudice la possibilità di determinare in modo oggettivo se un aggravamento del dissesto vi è stato, e se questo ha inciso non soltanto nel quantum ma anche nell'an dell'insolvenza così accertata. Ovviamente, intervenuta la sentenza, i titolari di cariche societarie vengono automaticamente esautorati dai loro poteri, non potendo più permanere un obbligo di assicurare la conservazione della garanzia patrimoniale. Ciò che è importante sottolineare è che, seguendo queste premesse, "il dissesto che rileva come evento è solo quello che poi sfocia nel fallimento; non ravvisiamo la figura in esame nel caso in cui un dissesto colposamente cagionato o aggravato venga fortunosamente ripianato (p. es. grazie a un personale intervento dei soci), e

successivamente il fallimento consegua a un nuovo episodio di crisi".³¹⁹ Non si può, tuttavia, soprassedere in merito alla questione se rilevino o meno le condotte postconcorsuali per l'integrazione del reato di bancarotta semplice societaria. In merito abbiamo due opposti orientamenti: da un lato, come già accennato precedentemente, vi è chi ritiene impossibile la configurazione di una bancarotta semplice societaria postfallimentare; dall'altro lato, vi è chi, facendo proprio leva sull'ipotesi di cui all'art. 224, n. 2 l. fall., ritiene che il dissesto di cui parla la norma debba essere accertato giudizialmente e le condotte successive a tale momento saranno oggetto di valutazione qualora si ritenga vi sia stato un aggravamento a causa di condotte tenute da amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori della società dichiarata fallita.³²⁰ Questo, ovviamente, si riflette sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa, in quanto, qualora ritenessimo valida la seconda posizione, dovremmo convenire che l'obiezione in merito al differente trattamento tra le condotte di causazione ed aggravamento del dissesto³²¹ non è idonea a sostenere una diversificazione dell'elemento soggettivo che deve investire il fallimento stesso, quale elemento costitutivo della fattispecie. Ritenendo che il dissesto debba essere equiparato al fallimento di cui all'art. 223, co. 2 n. 2 l. fall., si ritiene altrettanto condivisibile il postulato per cui il dissesto che rileva ai fini penali è soltanto quello che sfocia nel fallimento.³²² Qualora la premessa venga cambiata, automaticamente anche il ragionamento intorno alla dichiarazione di fallimento quale elemento costitutivo della fattispecie e, ancor prima, l'interpretazione estensiva dell'ipotesi di causazione del dissesto non possono essere condivise.

Infine, non bisogna dimenticare che lo sbarramento posto dalla Corte di Cassazione, in merito alle caratteristiche possedute dal fallimento come dall'insolvenza all'interno del reato al fine di giustificare la scelta di aderire alla posizione della natura giuridica di elemento costitutivo del reato, viene meno nel momento in cui le condizioni obiettive di punibilità vengono intese quali presupposti o

³¹⁹ Che anche in questo singolare caso di bancarotta, la dichiarazione di fallimento costituisca condizione di punibilità è ribadito da C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., op. cit., 334 in nota e 335.

³²⁰ G. COCCO, sub art. 225 l. fall., op. cit., 1280.

³²¹ La giurisprudenza sembra concorde nell'estendere all'ipotesi di causazione del dissesto di cui all'art. 223 l. fall. anche quella di aggravamento. Vedi tra gli altri Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio n. 17021, in Cass. Pen., 2015, 4, 1568; Cass. Pen., Sez. V, 12 aprile 2013 n. 28508, in CED Cass. pen., 2013.

³²² G. COCCO, Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta, cit., 98 s.

elementi del reato, come anticipato precedentemente con riguardo alla teoria quadripartita del reato. In questo caso, le lamentele in ordine alla presunta violazione del causalità come della colpevolezza, mosse tradizionalmente alla giurisprudenza, si ripresenterebbero anche per tale tesi, prefigurando una sorta di responsabilità oggettiva occulta; in realtà, i fautori di tale posizione richiedono, allo stesso tempo, che l'elemento soggettivo investa l'apertura della procedura concorsuale, bloccando sul nascere qualsiasi obiezione. In particolare, è apparso sempre di più necessario rivedere il rapporto fra diritto penale fallimentare e principio di personalità della responsabilità penale, per cui si è cercato di adeguare l'elemento soggettivo tanto da richiedere che questo riguardi anche un *quid pluris* rispetto alle mere condotte di bancarotta. In questo senso, "con riferimento al dissesto, occorre conseguentemente che entri nell'orizzonte mentale dell'agente come potenziale scenario ricollegabile al proprio operato" il fatto che le pretese creditorie possano essere frustrate.³²³

2.3. Una tesi fuori dagli schemi

Autorevole dottrina ha ritenuto opportuno qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento in modo generale, al fine di addivenire ad una soluzione unica per tutte le ipotesi di bancarotta: Antonio Pagliaro³²⁴ ha sostenuto che la bancarotta è un reato proprio del fallito, con lo stato di fallito che assume la natura di requisito essenziale del reato. L'Autore parte dal premessa per cui l'impostazione seguita sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza inquadra in modo non corretto la questione, dovendo la dichiarazione di fallimento essere collocata esclusivamente in un ambito processuale, mentre l'indagine dovrebbe spostarsi sulla qualifica di fallito o di società fallita che porta a categorizzare la bancarotta quale reato proprio. Due sono le obiezioni di principio che possono essere mosse alle tesi dominanti. In primo luogo, la dichiarazione di fallimento non è un sintomo rivelatore della verifica della lesione e non fonda una presunzione di offesa dei diritti di credito; l'errore dottrinale sta, in questo caso, nella categorizzazione: non si possono basare le proprie argomentazioni su una concezione sintomatica, in quanto si finirebbe con il giustificare qualsiasi posizione in merito alla natura giuridica della dichiarazione

³²³ F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., 451.

³²⁴ A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 39 ss.

stessa, qualora se ne affermasse la validità; sarebbe opportuno, invece, una diversa classificazione dell'operato dei giuristi in merito alla questione, si tratterebbe, in altre parole, di teorie sulla funzione sostanziale del fallimento nel reato di bancarotta. In realtà, anche quest'ultima soluzione è criticata da Pagliaro, che ne lamenta l'incoerenza: se si parla di "sintomi" di un certo fenomeno, si presume che questo fenomeno si sia già verificato; se quest'ultimo rappresenta le condotte dell'agente, mentre sintomo sarebbe il fallimento, dovremmo ammettere, infondatamente, che tutti i fatti di bancarotta successivi alla sentenza dichiarativa non hanno alcuna rilevanza penale. In secondo luogo, si deve rigettare l'idea per cui bene tutelato dalle fattispecie in esame sia il diritto dei creditori; infatti, una soluzione soddisfacente in merito alla questione del ruolo del fallimento nei reati di bancarotta si può avere soltanto qualora si ritenga che questi ultimi tutelino l'ordine economico. In questo senso, si può condividere l'assunto per cui la dichiarazione di insolvenza rende opportuna la punizione, accertando il valore negativo della società dal punto di vista dell'economia generale. Tuttavia, con tali argomentazioni non è possibile giungere ad una conclusione definitiva. È necessario chiedersi se una categoria concettuale per il fallimento esista, ovvero se il problema debba essere indagato da un differente punto di vista.

Primariamente, è possibile smentire la tesi a favore della qualificazione quale elemento costitutivo del reato della dichiarazione di fallimento. Nonostante soltanto una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza abbiano esteso la propria posizione fino a ricomprendere fra le caratteristiche di tale elemento anche il ruolo di evento del reato, non è condivisibile neanche questa impostazione: "evento, in senso tecnico, è la conseguenza dell'azione che ha rilevanza ai fini della verifica della fattispecie", e l'insolvenza non è legata causalmente ai fatti di bancarotta. Anche qualora sostenessimo un'interpretazione sistematica che desse risalto all'unitarietà della bancarotta (alias estensione del nesso eziologico previsto dagli artt. 223, co. 2 n. 2 e 224, n. 2 l. fall. anche alle altre ipotesi), si finirebbe con il presumere qualcosa che il legislatore non ha previsto, avvicinandosi al ramo delle finzioni non ammesse in ambito penalistico. Sicuramente, l'insolvenza è evento del reato per le fattispecie che prevedono espressamente il nesso eziologico, come ripetutamente detto; ma allo stesso tempo, il problema delle presunzioni rimane, in quanto il discorso relativo ad

una presenza implicita del legame causale ha portato a sviluppare interpretazioni in merito all'accertamento dello stesso, che possono dirsi applicabili anche a quei casi in cui tale lacuna non c'è. In particolare, le presunzioni frutto di tale impostazione sarebbero ben cinque: una serie continua di fatti di negligenza; il loro rapporto causale con l'insolvenza; l'idoneità della condotta presunta a cagionare l'insolvenza; la colpevolezza; ed infine, si presume che la legge abbia presunto tutto ciò. Tale regime di presunzioni comporta una chiara violazione dei principi costituzionali di colpevolezza e personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1 Cost. Ad ogni modo, anche trascurando tutti questi aspetti negativi, la dichiarazione come evento del reato non ammetterebbe la possibilità di considerare rilevanti penalmente i fatti successivi al verificarsi della stessa, a meno di supporre (nuovamente) che evento sia talvolta l'insolvenza e talaltra un aggravamento di essa. Tuttavia, "cagionare l'insolvenza" non sta ad indicare un evento naturalistico suscettibile di verifica al fine di integrare il reato in esame, bensì la semplice lesione dell'interesse dei creditori.³²⁵

Come si è respinta l'ipotesi dell'elemento costitutivo, così non si può condividere neanche quella della natura di condizione obiettiva di punibilità. Innanzitutto, si possono muovere fondate critiche a chi ritiene che la condizione non consista nella dichiarazione di fallimento, bensì nell'insolvenza stessa³²⁶: infatti, come già spiegato, l'insolvenza non può essere considerata elemento della fattispecie diverso dall'azione e dall'evento. Passando ora alla tesi dominante, si individuano ben cinque obiezioni alle argomentazioni proposte: prima di tutto, se è vero che la legge non richiede espressamente un nesso di causalità, questa affermazione può al massimo escludere la natura giuridica di elemento costitutivo del reato; nondimeno, non tutte le ipotesi di bancarotta sono esenti dal legame psicologico tra lo stato di

³²⁵ Si devono respingere anche le opinioni per le quali l'insolvenza costituirebbe azione tipica del delitto di bancarotta, ovvero lo stesso debba qualificarsi quale reato complesso, in cui l'insolvenza è elemento costitutivo mentre il suo accertamento giudiziale è condizione obiettiva di punibilità. Questo per tre ordini di ragioni: in primo luogo, si ripresenterebbe il discorso delle presunzioni in merito al nesso eziologico e psicologico; in secondo luogo, cercando di risolvere i problemi di categorizzazione, si finirebbe con il crearne di più complessi, come appunto quelli riguardanti la colpevolezza; in terzo luogo, entrambe le teorie non sarebbero in grado di spiegare la rilevanza penale degli atti di bancarotta successivi al verificarsi dell'insolvenza, come appunto il suo aggravamento.

³²⁶ Richiamiamo le già riportate opinioni di De Gennaro nei paragrafi precedenti.

insolvenza e le condotte del soggetto agente (esempio lampante è proprio la causazione o l'aggravamento del dissesto di cui agli artt. 223, co. 2 n. 2 e 224, n. 2 l. fall.); ancora, le difficoltà in tema di momento consumativo verrebbero a riproporsi, ritenendo che questo coincide con il verificarsi della condizione; inoltre, l'art. 238, cpv. l. fall. stabilisce espressamente che l'azione penale per bancarotta possa essere intrapresa anche prima della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento; infine, proprio come per i sostenitori dell'elemento costitutivo, anche quest'ultima dottrina non sarebbe in grado di spiegare le ipotesi in cui i fatti di bancarotta seguono la dichiarazione giudiziale. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, non si ritiene condivisibile la soluzione proposta da parte di alcuni autori in merito ad un trattamento differenziato fra reati pre e post fallimentari, ipotizzando che la dichiarazione assuma per i primi la natura di condizione di punibilità, mentre per i secondi di elemento costitutivo; tale prospettazione contrasterebbe chiaramente con l'unitarietà della bancarotta.

Ciò nonostante, indipendentemente dalla natura della dichiarazione di fallimento, non può porsi in dubbio che a questa si ricolleghino alcuni effetti costitutivi, tra cui il più importante pare essere proprio l'attribuzione dello status di fallito/a dell'imprenditore o della società. Questo comporta, in primo luogo, che la bancarotta non è un reato comune, bensì proprio del fallito e la stessa struttura della legge sembra dare ragione a questo orientamento: le ipotesi di bancarotta propria sono rubricate "Reati commessi dal fallito"; mentre per quelle di bancarotta societaria la dichiarazione di fallimento è un momento della qualifica del soggetto attivo, richiedendo appunto il fallimento della società. Non è condivisibile l'obiezione per cui la qualifica di fallito non chiarisce la funzione del fallimento nel reato di bancarotta, bensì l'oggettività giuridica della stessa, in quanto si cadrebbe nel solito errore categoriale di cui già accennato. Critica più consistente, ma allo stesso modo da respingere è quella relativa alla necessaria presenza della qualifica richiesta al momento della commissione del fatto. In realtà, nei reati propri "comuni" non si richiede alcun rapporto di contemporaneità tra la sussistenza della qualifica e la tenuta delle condotte incriminate, ed una conferma è ravvisabile nello stesso art. 216, co. 2 l. fall.: soggetto attivo del reato è l'imprenditore fallito, ma qualora fosse già intervenuta la sentenza dichiarativa al momento della commissione del reato, questi

non avrebbe più lo status di imprenditore. Nella bancarotta si riscontrano due tipologie di reato proprio: da un lato, quelle che seguono lo schema "normale" non richiedendo una contestualità fra qualità del soggetto attivo e momento del fatto; dall'altro, quelle per cui invece è essenziale la presenza contestuale dei due elementi. Per queste ragioni, la tesi del reato proprio permette di porre in risalto l'unitarietà della bancarotta, evitando inutili ed inefficaci distinzioni tra le varie ipotesi delittuose. Anche la questione sul ruolo del fallimento nel reato risulta di più agevole soluzione: si tratterebbe di "una condizione obiettiva di punibilità il cui accertamento è pregiudiziale all'affermazione di una responsabilità penale". Questo ha, chiaramente, riflessi anche sul piano dell'accertamento dell'elemento soggettivo. In particolare, non è necessario che l'agente fosse a conoscenza dell'intervento dello status di fallito/a e questo per il fatto che la rilevanza di tale qualifica ai fini della sussistenza del fatto è essenziale per la direzione del comando nel reato proprio e non per il suo contenuto. In specie, la direzione del comando attiene alla teoria della norma penale, mentre il contenuto del comando attiene alla teoria del reato: dunque, la qualità di fallito sta al di fuori del fatto, sicché non è necessario sia investita dalla colpevolezza. Infine, la dottrina del reato proprio permette di risolvere anche i dubbi in merito al momento consumativo della bancarotta: se la qualifica di fallito è estranea al fatto, anche la dichiarazione di fallimento non potrà ritenersi quale momento in cui il reato diviene perfetto. Ma quando è ravvisabile, dunque, questo momento?

3. L'accertamento dell'aggravamento del dissesto: il momento consumativo

Qualora appoggiassimo la tesi per cui la bancarotta semplice societaria è configurabile anche come ipotesi postfallimentare, nessun problema in ordine al momento consumativo si presenterebbe: esso coincide con il tempo della realizzazione dei fatti de quibus, dunque dei fatti di bancarotta. La questione si rivolge, quindi, completamente alla bancarotta prefallimentare.

Se ravvisiamo nella dichiarazione di fallimento un elemento costitutivo del fatto, la dichiarazione di fallimento segna il momento nel quale il reato si perfeziona in tutti i suoi elementi. Questo assunto trova la sua base nel fatto che il fallimento, inteso nel senso di insolvenza giudizialmente accertata, rende i fatti di bancarotta rilevanti

penalmente, in altre parole illeciti. Soluzione identica alle ipotesi postfallimentari è data, invece, per quelle i cui fatti si sono verificati prima della sentenza dichiarativa, qualora attribuiamo natura giuridica di condizione obiettiva di punibilità alla stessa; infatti, si presuppone che il reato sia perfetto in tutti i suoi elementi già prima della pronuncia della stessa. Dunque, il reato si dice consumato nel momento in cui sono posti in essere i fatti descritti nella norma incriminatrice. Nonostante sia uno dei fattori di tale impostazione, Antolisei ritiene che soltanto con il fallimento l'offesa al bene giuridico tutelato, l'interesse dei creditori, divenga effettiva e rilevante.³²⁷ In particolare, l'Autore sostiene il carattere intrinseco della condizione di punibilità, dunque l'intervento del Tribunale perfeziona la lesione, costituendo il momento consumativo del reato stesso. In altre parole, "il dissesto della società costituisce l'evento naturalistico causato o concausato, ma con in più la rilevanza della modalità comportamentale dell'aggravamento dello stesso", dissesto da intendersi come stato di insolvenza ex art. 5 l. fall., il cui verificarsi attualizza la lesione che, però, per dirsi perfetta deve aspettare il concretizzarsi della condizione obiettiva di punibilità. Tale teoria sembra trovare conferma legislativa anche nell'art. 219 l. fall., il quale obbliga a considerare unitariamente più fatti di bancarotta realizzati in momenti diversi qualora abbiano prodotto il medesimo fallimento.³²⁸ In realtà, questo non potrebbe dirsi per i fatti verificatisi successivamente all'intervento del Tribunale, per i quali, dunque, il periodo prescrizione dovrebbe iniziare a decorrere ancor prima del verificarsi della condotta incriminata. Rispondendo a tale obiezione, Delitala ha ribadito che è necessario distinguere i due casi, al fine di adeguarsi alla realtà dei fatti: quando gli atti di bancarotta precedono la dichiarazione di fallimento, il

³²⁷ Le diverse tesi che giungono ad identificare il momento consumativo del reato di bancarotta prefallimentare con la dichiarazione giudiziale del fallimento portano a conclusioni stridenti con la disciplina dell'indulto, dell'amnistia e dei provvedimenti di clemenza. Tale obiezione ha trovato un suo riscontro concreto in Cass. Sez. V del 12.3.1933, caso nel quale due soci dichiarati falliti con sentenze diverse ed autori degli stessi fatti di bancarotta hanno subito un trattamento differenziato ai fini della fruizione dell'amnistia, rientrando uno ei tempi del decreto che concedeva il beneficio, mentre l'altro veniva escluso. Al fine di evitare questi inconvenienti, la Corte Costituzionale (sentenza del 20 giugno 1972 n. 110, in Giust. Pen., 1972, I, 459), ha affermato che la sentenza dichiarativa di fallimento non è condizione del reato, bensì elemento dello stesso. U. GIULIANI – BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 2012, 26 - 28 in nota.

³²⁸ F. ANTOLISEI, op. cit., 50 - 52 e 227. Nel senso di considerare dissesto lo stato di insolvenza ex art. 5 l. fall., tra gli altri, anche L. CONTI, op. cit., 183.

momento consumativo si ravvisa nello stesso; mentre, quando i fatti sono successivi, il compimento degli stessi sarà il momento nel quale l'offesa si è attualizzata.³²⁹

3.1. La nozione di dissesto

Prescindendo da queste considerazioni generali, è necessario partire da un altro presupposto: cos'è il dissesto? Sicuramente è l'evento qualificante nella bancarotta semplice societaria, rilevante sia nell'an che nel quantum, dunque sia nell'accezione di causazione che in quella di aggravamento. Tuttavia, proprio questa premessa porta con sé due questioni che devono essere almeno trattate nei loro aspetti essenziali per poter prendere posizione in merito all'identificazione del momento consumativo della fattispecie in esame. Prima di tutto, il rapporto fra il dissesto, l'insolvenza ed il fallimento; in seconda istanza, dopo aver definito questi aspetti, è possibile chiedersi come sia condotto l'accertamento dell'elemento che per ultimo integra il reato e lo rende perfetto.

Innanzitutto, sembra potersi condividere la tesi della dottrina maggioritaria per cui dissesto, insolvenza e fallimento sono tre momenti concettualmente e strutturalmente distinti. In particolare, "il dissesto è un dato quantitativo, graduabile, suscettibile di essere cagionato sia nell'an che nel quantum (aggravamento). Il fallimento è invece un fatto formale, segnato da un provvedimento giurisdizionale, che non ammette alternativa se non tra essere e non essere".³³⁰ È desumibile tale diversità anche da una mera lettura delle norme di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., le quali parlano, da un lato, di causazione del fallimento e, dall'altro, di causazione o aggravamento del dissesto. Nonostante tale distinzione semantica, non possiamo non

³²⁹ G. DELITALA, op. cit., 728 s.

³³⁰ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., op. cit., 316. In linea con il pensiero di Pedrazzi, anche Perini, il quale concorda sulla eterogeneità tra fallimento e dissesto, proprio alla luce del fatto che specifiche previsioni predispongono quale evento naturalistico del reato l'aggravamento del secondo, non accennando invece alla causazione del fallimento. Da questo "emerge chiaramente la unidimensionalità dell'evento «fallimento» rispetto alla (quantomeno) bidimensionalità (temporale e quantitativa) dell'evento «dissesto»". In A. PERINI, Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità, cit., 724. Diversamente, Bonelli definiva il dissesto come "sostanza del fenomeno di cui l'insolvenza, intesa pur sempre come incapacità di far fronte alle obbligazioni alla loro scadenza, rappresentava invece la manifestazione esterna". La dottrina successiva ha superato tale impostazione, non limitando la nozione di dissesto a meri aspetti patrimoniali. In G. CHIARAVIGLIO, Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale, cit., 696.

considerare il fatto che, concretamente e da un punto di vista cronologico, il fallimento segua il dissesto. In realtà, non tutti gli autori sono concordi, ritenendo, invece, che ben possa verificarsi una situazione nella quale al dissesto non segua il fallimento; ma a ben vedere, le due affermazioni non sono in conflitto, in quanto affermare che ad un evento segua un altro che senza il primo non si sarebbe mai verificato, non vuol dire che al primo debba sempre e necessariamente seguire il secondo. Per questo motivo, non si può condividere l'opinione per cui le due nozioni siano sostanzialmente equiparate.³³¹ Anzi, il riferimento fatto alle ipotesi di causazione del fallimento ovvero del dissesto possono fondare l'opposta posizione per cui, per esempio, nonostante il n. 1 dell'art. 223, co.2 l. fall. faccia espresso riferimento esclusivamente al cagionamento del dissesto, si ritiene che sia comunque subordinato al fallimento (o almeno, è sostenuto dai fautori della teoria della condizione obiettiva di punibilità), dunque distinguendo i due momenti. Questo alla luce del fatto che lo stesso articolo si riferisce "alle persone suddette", id est a soggetti qualificati di società dichiarate fallite.³³² Questa parte della dottrina ritiene, a rigor di logica, inammissibile una punizione per cui non sia intercorsa precedentemente la dichiarazione di fallimento, giustificando l'assenza di repressione penale nel caso di fatti, che pur rientrando nella previsione della norma, ed essendosi verificato il dissesto, si sottraggono all'applicazione della disciplina della bancarotta per la non intervenuta sentenza. Si aggiunga al discorso che i riferimenti alla teoria condizionalistica richiamano la disciplina del concorso di cause: in primo luogo, è possibile che la catena causale che lega i comportamenti che in origine hanno causato il dissesto che ha poi portato al fallimento venga interrotta da fattori esterni, concause sopravvenute ai sensi dell'art. 41, co. 2 c.p.; in secondo luogo, è possibile che l'agente abbia cagionato il fallimento anche omettendo di impedirlo, pur avendone la possibilità, ex art. 40, co. 2 c.p. (ad esempio violazione di obblighi di

³³¹ Contra la giurisprudenza di legittimità. Esempio è fornito da Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012 n. 733, in Rivista dei dottori commercialisti, 2013, 1, 175. Il fine della Corte era quello di giustificare l'attribuzione del ruolo di elemento costitutivo del reato alla dichiarazione di fallimento, sulla base, tra le altre cose, del fatto che, essendo i reati di bancarotta considerati unitariamente, la richiesta di un nesso causale negli artt. 223 e 224 l. fall. comporterebbe che anche per le altre ipotesi di bancarotta il fallimento debba essere ricollegato eziologicamente ai fatti e non possa essere considerata una mera condizione di punibilità.

³³² F. MUCCIARELLI, La bancarotta distrattiva è reato d'evento?, cit., 445.

legge da parte degli organi societari, ovvero, nel caso di organi pluripersonali, omettendo di impedire l'attività delittuosa degli altri membri)³³³.

Per quanto riguarda la nozione di insolvenza, alcuni autori hanno provato a definire tale stato successivamente alla sostituzione del criterio della "cessazione dei pagamenti" con quello dello "stato di insolvenza"³³⁴. Delitala³³⁵, sulla scia di questo orientamento, ha cercato di trovare una definizione partendo dalle informazioni fornite dal testo normativo. Partendo dall'assunto che il procedimento fallimentare è un processo esecutivo, non attivabile esclusivamente nel caso di incapacità di adempiere del fallito, l'Autore ritiene sia necessario dare risposta negativa alla domanda se il concetto di insolvenza coincida con la cessazione dei pagamenti e, dunque, se sia uno dei presupposti del fallimento³³⁶. Da questo si desume che l'insolvenza, non potendo essere un sintomo del procedimento in questione, non potrà dirsi accertata semplicemente con l'interruzione dei versamenti ai fini della restituzione di quanto ricevuto a titolo di credito. Ma cosa si intende per "il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"? Sicuramente sembra indicare che l'inadempimento sia il sintomo tipico dell'insolvenza, cioè "l'impotenza patrimoniale, esteriormente manifestata, dell'imprenditore commerciale a soddisfare le obbligazioni sia inerenti, sia estranee all'esercizio dell'impresa"³³⁷. Dunque, non di cessazione dei pagamenti si deve parlare, bensì di mancata esecuzione della prestazione secondo le esigenze della esattezza ed integralità, ma non puntualità in quanto quest'ultimo requisito pare orientare esclusivamente la tipologia di procedura concorsuale più adatta a rispondere alle esigenze dell'impresa

³³³ Con riguardo all'inottemperanza degli obblighi ricollegata al ruolo ricoperto all'interno della società, si rimanda al capitolo secondo.

³³⁴ Con riferimento alla precedente disciplina, Longhi identificava proprio nella cessazione dei pagamenti il momento consumativo dei reati di bancarotta prefallimentare. L'Autore sosteneva: "Se l'atto di bancarotta segue la cessazione dei pagamenti, il delitto si completa allorché si compie l'atto doloso o colposo; se, invece, l'atto precede la cessazione dei pagamenti, il delitto non si completa se non col subentrare della cessazione stessa, che tramuta la diminuzione del patrimonio del debitore in diminuzione del patrimonio della massa dei creditori". Non rileva, a tal fine, che la diminuzione sia solo simulato ovvero effettiva. S. LONGHI, op. cit., 89.

³³⁵ G. DELITALA, op. cit., 867 s.

³³⁶ Contra A. CANDIAN, per cui l'insolvenza può derivare da altri fattori rispetto alla cessazione dei pagamenti, ma queste ipotesi non rilevano per la disciplina fallimentare. In *Il processo di fallimento, 1939* (II Edizione), 18 s.

³³⁷ G. DE SEMO, op. cit., 127.

o della società; questo perché il fallimento può essere dichiarato anche senza che una materiale cessazione vi sia stata, potendo essere sintomo di insolvenza anche i pagamenti irregolarmente effettuati. In altre parole, possiamo desumere che lo stato di insolvenza non coincida con lo stato di fallimento: il primo attiene al fatto di reato, mentre il secondo alla fattispecie.³³⁸ Si distaccano dall'orientamento prevalente, seppur soltanto in parte, Satta³³⁹ e Provinciali³⁴⁰ i quali attribuiscono all'insolvenza la natura di irreversibile dissesto, cioè di insanabile disequilibrio economico dei fattori impiegati nell'esercizio dell'impresa. Questo fil rouge pare essere seguito anche da Santoriello³⁴¹, il quale individua uno stretto legame fra lo stato di dissesto e la dichiarazione di fallimento. Infatti, il primo non può essere relegato a mero fattore economico, ma "è la condizione patrimoniale della società come accertata nella sentenza di fallimento"; conseguentemente, le norme, che prevedono come evento naturalistico della bancarotta il dissesto, fanno riferimento allo stato di insolvenza accertato e dichiarato dall'autorità giurisdizionale. L'importo relativo al passivo fallimentare coincide con il valore economico del pregiudizio causato da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori. Da questo, l'Autore giunge alla conclusione per cui l'aggravamento del dissesto altro non è che un nuovo dissesto, id est quello penalmente rilevante per la norma violata.³⁴²

³³⁸ L. CONTI, op. cit., 79.

³³⁹ G. BONGIORNO, Il processo di fallimento come normativa senza giudizio (Premesse per una ricerca sulla natura giuridica del fallimento e sulla struttura dell'istituto), in Studi in memoria di Salvatore Satta. Vol. I, 1982, 164 ss.

³⁴⁰ Provinciali aderisce all'opinione per cui il momento consumativo della bancarotta coincide, per i fatti commessi prima della stessa, con la dichiarazione di fallimento, per cui il reato si consuma alla data di pronuncia della sentenza, momento dal quale decorre il periodo prescrizione e al quale si deve avere riguardo per la determinazione della competenza territoriale. R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, vol. III, 1970 (V Edizione), 2405 s.

³⁴¹ C. SANTORIELLO (a cura di), La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, cit., 629.

³⁴² Pare opportuno aggiungere che, da queste premesse, Santoriello rileva anche l'espressione "cagionato o concorso a cagionare" si riferisce a condotte che causano, come anticipano ovvero aggravano il dissesto, essendo comunque in quest'ultimo caso creazione di un nuovo stato di insolvenza a seguito dell'intervento di fattori diversi da quelli che l'avevano causato ab origine.

In altre parole, una parte della dottrina e della giurisprudenza³⁴³ è unanime nel considerare equiparabili insolvenza e dissesto; mentre, un'altra parte³⁴⁴ individua nel dissesto un minus rispetto all'insolvenza, giustificandosi sulla base del fatto che il legislatore, qualora avesse voluto identificare le due nozioni, avrebbe sicuramente utilizzato la stessa terminologia. Unanime sembra essere la posizione sulla nozione di insolvenza, per cui si rimanda all'art. 5 l. fall. La definizione legislativa è costituita da un "nocciolo duro" intorno al quale si sviluppano tutte le teorie sulla ricostruzione di tale status. Il "nocciolo duro" è costituito dallo squilibrio fra attività e passività del patrimonio sociale che costituisce una delle componenti dell'insolvenza, ma non è rappresentato interamente dalla stessa.³⁴⁵ In questo modo, la nozione di insolvenza ricomprende diverse sfumature e si estende oltre i confini delineati dall'art. 5 l. fall., come ravvisabile dal fatto che i "sintomi" della stessa sono stati ampliati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ritornando al discorso di partenza, proprio in queste sfumature si annida lo stato di dissesto, in particolare in una insolvenza che non ha acquisito ancora quei caratteri tali da poter dirsi integrati tutti i requisiti che potrebbero portare eventualmente ad una dichiarazione giudiziale di insolvenza. Questo non comporta che non sia possibile accogliere alcuna delle teorie in merito al ruolo rivestito dalla dichiarazione di fallimento nel reato di bancarotta, in quanto, ad esempio, il fatto che il reato sia perfettamente integrato al momento della verifica del dissesto non vuol dire che sia punibile, in quanto la scelta di politica criminale è stata quella di condizionare la punibilità di tale fattispecie alla sentenza dichiarativa.

Singolare impostazione sembra quella seguita da Conti³⁴⁶, che assegna ai soli reati di bancarotta che prevedono la causazione o aggravamento del fallimento o del

³⁴³ In dottrina, L. CONTI, I reati fallimentari, 1991 (II Edizione), 289; P. NUVOLONE, op. cit., 396; C. PEDRAZZI, sub art. 224 l. fall., op. cit., 335 in nota. In giurisprudenza, Trib. Napoli, 5 dicembre 1988, in Riv. pen. ec., 1990, 12, 7; Trib. Milano, 9 gennaio 1970, in Dir. fall. e soc. comm., 1970, II, 528.

³⁴⁴ F. ANTONIONI, op. cit., 254; M. PUNZO, La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, cit., 196.

³⁴⁵ A. PERINI, Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità, cit., 724 ss.

³⁴⁶ L. CONTI, I reati fallimentari - I Edizione, 73 e 96. Inoltre, pare opportuno riportare le stesse parole dell'Autore, il quale tra i tre gruppi divisi sulla base del momento consumativo della bancarotta inserisce quello relativo agli artt. 223, cpv. n. 2, 224, n. 2 e 217, n. 4, in cui "il momento consumativo del reato va ricondotto a quello in cui si realizza il fallimento (art. 223, cpv. n. 2), o il dissesto della

dissesto la natura di reati materiali, dotati dunque di evento naturalistico, contrariamente a tutte le altre ipotesi di bancarotta, qualificabili come reati di mera condotta, per cui il fallimento è semplicemente condizione di punibilità e mai evento del reato. In particolare, soltanto per l'art. 224, n. 1 (nella parte in cui richiama l'art. 217, n. 4 l. fall.) e n. 2 suddetta legge il dissesto deve già sussistere alla condotta, consistendo l'evento nel suo peggioramento. In altre parole, il momento consumativo risiederebbe non nella dichiarazione di fallimento, conseguenza non necessaria del dissesto ma rilevante ai fini della punibilità dei fatti di bancarotta, bensì nel verificarsi del suo aggravamento. A questo punto possiamo passare al secondo quesito: quando il dissesto può dirsi aggravato?

3.2. La nozione di aggravamento

Il concetto di aggravamento del dissesto non è contemplato dal Codice Civile, ma mutuato all'interno dell'ordinamento penalistico. La giurisprudenza di legittimità ha fornito una chiara definizione di dissesto: "dissesto sarebbe il disordine difficilmente sanabile nell'attività della società [...], non tanto una condizione di generico disordine [della stessa], quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori"³⁴⁷. In questo caso, a nulla rileva che l'agente abbia causato il dissesto, dovendo egli, per poter essere soggetto alla comminatoria penale, aver

società nel significato di insolvenza fallimentare (art. 224, n. 2), ovvero l'aggravamento del dissesto (art. 217, n. 4 [e art. 224, n. 2]). In tali casi infatti, come si vede, il fallimento (come insolvenza fallimentare giudizialmente accertata), il dissesto o l'aggravarsi di quest'ultimo, costituiscono l'evento (in senso naturalistico) integrante le rispettive figure di reato e la realizzazione dell'evento stesso fa sì che sia compiutamente perfezionato il fatto concreto corrispondente in tutti i suoi elementi al tipo astratto delineato dalla legge". In realtà, lo stesso Conti, subito dopo, chiarisce che sarebbe opportuno in qualsiasi caso considerare consumato il reato al momento in cui le condotte vengono poste in essere.

³⁴⁷ Cass. Pen., Sez. V, 26 agosto 2011 n. 32899, in CED Cass. Pen., rv. 250934. In particolare, il reato coinvolto era stato individuato dai giudici nel delitto di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto ex art. 224, n. 1 l. fall.

semplicemente aggravato tale status.³⁴⁸ Ma come valutare se effettivamente uno squilibrio si è verificato?

Lo squilibrio si manifesta in una inadeguatezza del patrimonio della società ad adempiere alla sua funzione di garanzia, la quale si palesa attraverso un assottigliamento, reale o fittizio, delle attività.³⁴⁹ Per stabilire se questo si è verificato, si dovrà guardare al patrimonio dell'impresa come se fosse stata posta in liquidazione: "se l'attivo realizzabile - crediti, valori mobiliari, immobilizzazioni tutti stimati al presumibile valore di realizzo - risultassero, ad una valutazione imparziale, almeno pari alle passività sia certe che probabili, l'equilibrio sarebbe salvaguardato; a partire invece dal momento in cui il pareggio con le passività venisse raggiunto impiegando, oltretutto l'attivo realizzabile, anche, se pur solo parzialmente, il capitale, di equilibrio non potrebbe più parlarsi perché l'impresa non produrrebbe ma consumerebbe ricchezza e, rebus sic stantibus, cioè in assenza di interventi correttivi dei fattori applicati all'impresa e/o rimanendo invariate le condizioni esterne di operatività, verserebbe in stato di dissesto: il quale dunque non è di per sé irreversibile ma, al contrario, potrebbe essere superato intervenendo sulle eventuali cause endogene, ovvero, se di origine endogena, al variare di questi fattori".³⁵⁰ A questo punto si dovrà valutare se vi è stata una concreta diminuzione della garanzia. Da ciò, Pedrazzi³⁵¹ arriva ad attribuire natura di reato di pericolo concreto alla bancarotta, "non presentando quel carattere di irreversibilità che è proprio del danno stricto sensu".

È chiaro che, dipendentemente dalle premesse accolte, si giunge a soluzioni differenti per quanto riguarda un fattore fondamentale nell'accertamento del momento consumativo e, soprattutto, dell'aggravamento del dissesto: il nesso eziologico che lega la condotta all'evento naturalistico. Si rimanda, per quanto riguarda la discussione sulla rilevanza della disciplina di cui all'art. 41 c.p., al secondo

³⁴⁸ Così in Cass. Civ., Sez. III, 14 ottobre 2013 n. 23233, in nota a sentenza di I. LAMPONI - G. BARBINI, L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa, cit., 1259.

³⁴⁹ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 69.

³⁵⁰ G. CHIARAVIGLIO, Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale, cit., 698.

³⁵¹ Cfr. nota 349.

capitolo e, parzialmente, ai primi paragrafi del terzo. Qui basta accennare che, essendo i fatti di bancarotta semplice societaria per aggravamento del dissesto relativi a condotte successive alla irreversibilità di tale stato, si ritiene di condividere l'impostazione seguita dalla Corte di Cassazione nel caso Nadini³⁵². I giudici, in merito alla qualificazione giuridica del reato contestato, hanno ritenuto consumato il reato di bancarotta fraudolenta societaria di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall., essendo possibile ricomprendere fra le condotte rilevanti ai fini di tale disposizione anche quelle che abbiano causato l'aggravamento del dissesto e non il suo semplice cagionamento. Prescindendo dalle considerazioni in merito alla bontà di tale interpretazione estensiva, di cui tra le altre cose si è già discusso precedentemente, ciò che importa ai fini di questa trattazione è il concetto di dissesto rilevante per l'ordinamento penalistico³⁵³: essendo tale stato espresso da una serie di eventi che si manifestano con progressione e durata nel tempo, l'aggravamento dello stesso si ha soltanto nel momento in cui lo stato di dissesto è già maturato e, dunque, le condotte rilevanti sono quelle che hanno inciso su una circostanza già cristallizzata. In altre parole, le disposizioni che richiedono il verificarsi di un peggioramento dello status patrimoniale della società sottintendono il presupposto di un dissesto in itinere. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che, per quanto possa essere dubbio, si ritiene di accogliere la qualificazione di reato di pericolo concreto, proposta da Pedrazzi, in merito ai fatti di bancarotta; per cui è necessaria la prova di un'offensività concreta, "costitutiva della tipicità e non mera illazione concettuale"³⁵⁴. Rimangono, pur tuttavia, dubbi in merito all'individuazione dei momenti successivi al dissesto dai quali ne sia derivato un suo aggravamento, non potendo l'interprete sostituirsi al legislatore nel colmare tale lacuna. Secondo Antonioni, un momento preciso può essere individuato e risiede nell'istante in cui "le condizioni economiche dell'impresa rendano oggettivamente evidente, non solo l'impossibilità di sperare in un salvataggio dell'impresa in extremis, ma soprattutto l'inevitabilità che il dissesto

³⁵² N. F. GIULIANI, Simulazione di inesistente stato di solidità e conseguente aggravamento del dissesto della società fallita, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 11.1.2013, n. 17021), cit., 1569.

³⁵³ Giuliani, criticando la sentenza in esame, sottolinea che, aderendo all'interpretazione di Putinati, deve intendersi per dissesto una "situazione di crisi societaria irreversibile, logicamente e cronologicamente afferrabile e percepibile sul piano fenomenico, che potrebbe anche non coincidere con la dichiarazione di fallimento".

³⁵⁴ C. PEDRAZZI, Diritto Penale. Vol. IV Scritti di diritto penale dell'economia, 2003, 434.

aumenti giorno per giorno”³⁵⁵. Tuttavia, la stessa impostazione dell’Autore soffre di alcuni problemi in ordine all’accertamento concreto.

La giurisprudenza di legittimità ci aiuta a trovare dei criteri con i quali identificare il momento in cui un dissesto può dirsi aggravato, risolvendo dunque i problemi applicativi di tale fattispecie. In particolare, la Corte afferma che “l’aggravamento del dissesto di un’impresa 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 ai sensi della disposizione de qua, salvo che venga altresì 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 (o dei suoi eventuali concorrenti) ha comunque peggiorato la stessa”³⁵⁶. Sostanzialmente, i giudici ribadiscono il carattere quantitativo dell’aggravamento, che incide sull’an del dissesto, quindi su una condizione che si è già verificata ma che è stata peggiorata dalle condotte, attive od omissive degli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori. La necessaria presenza di un nesso causale, fattore che la norma già richiede, è messa in risalto attraverso un ragionamento che può dirsi inverso: l’intervento di fattori esterni, positivi o negativi, interrompe la catena causale che legava i fatti di bancarotta all’evento naturalistico. Questo porta a concordare con la tesi del Pedrazzi in merito alla qualificazione quale reato di pericolo concreto del delitto di bancarotta, proprio perché la prova della reale ed effettiva offensività della condotta è data dall’accertamento sul passivo fallimentare, dunque attraverso la valutazione dei libri e delle scritture contabili relativi al patrimonio della società.

³⁵⁵ F. ANTONIONI, op. cit., 177.

³⁵⁶ Cass. Pen., Sez. V, 28 marzo 2003 n. 19806, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 20, 96. Nel caso di specie, la fattispecie di cui all’art. 223 comma 2 n. 2 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 è stata ritenuta applicabile anche nell’ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente. Tale orientamento è ribadito anche da Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio 2014 n. 40998, in *CED Cass. pen.*, rv. 262188; Cass. Pen., Sez. V, 16 ottobre 2013 n. 8413, in *CED Cass. pen.*, rv. 259051.

Nonostante ci sembri di essere arrivati alla soluzione, una domanda, la cui risposta è premessa necessaria ai fini dell'accertamento della verifica dell'evento naturalistico, rimane: qual è l'entità del dissesto rilevante? Facendo ricorso alla teoria della causalità, l'evento rilevante per la tipicità è quello *hic et nunc*, stante ad indicare l'evento che viene causato e che, anche se si sarebbe causato ugualmente ma in tempi diversi, è imputato al soggetto agente qualora il nesso eziologico tra la sua condotta e lo stesso venga dimostrato. Nel caso della bancarotta societaria qui trattata, l'evento *hic et nunc* può essere quel dissesto in relazione al quale è stato dichiarato il fallimento, causato dalla condotta dell'amministratore, nel momento in cui un dissesto era già in atto al momento dell'azione o dell'omissione, che dunque ha aggravato tale stato.³⁵⁷ È importante sottolineare che il dissesto deve essere irreversibile, cristallizzato in un determinato punto della vita della società logicamente e cronologicamente afferrabile e percepibile sul piano fenomenico. Se così non fosse, la stessa norma incriminatrice peccherebbe di precisione e determinatezza, rivelandosi incostituzionale.³⁵⁸ Ma cosa si intende per irreversibilità? Lo stesso concetto di crisi d'impresa presenta non poche problematiche dal punto di vista dell'accertamento giudiziale, anche per il fatto che non sembra condivisibile l'opinione per cui il dissesto si manifesti nella sentenza dichiarativa di fallimento.³⁵⁹ Cocco³⁶⁰ definisce il requisito dell'irreversibilità quale requisito arbitrario, lasciando al giudice penale la formulazione di una prognosi di reversibilità o irreversibilità della crisi patrimoniale, senza alcuna possibilità di valutare l'attendibilità di tale decisione. Anzi, c'è chi ha sostenuto che l'insolvenza non è irreversibile, ma può essere superata per il realizzarsi di accadimenti imprevedibili o per l'intervento di terzi; sarà irreversibile soltanto con l'intervento della dichiarazione di fallimento, momento nel quale la

³⁵⁷ A. CADOPPI, sub art. 4. Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari, in A. LANZI - A. CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari* (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61), 2002, 276.

³⁵⁸ Putinati ritiene che l'aggravamento non vada a costituire un nuovo evento che influisce sulla vita societaria, bensì sia una semplice causa peggiorativa di un evento già verificatosi. In *La nuova bancarotta «societaria»: imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Diritto e pratica delle società*, 2002, 11, 13.

³⁵⁹ Putinati (Cfr. nota 358) utilizza come esempio lo stesso art. 217, n. 4 l. fall., la cui esistenza sarebbe vana qualora ritenessimo che dissesto e fallimento coincidono: quale sarebbe il senso di attribuire una responsabilità penale per aggravamento dello stato di dissesto qualora l'agente si fosse astenuto dal chiedere il fallimento proprio o della società, se il dissesto ancora non si è verificato?

³⁶⁰ G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 216 - 237 l. fall.*, op. cit., 1146.

stessa insolvenza potrebbe presentarsi meno grave rispetto al momento in cui si può individuare il dissesto, e dunque non integrare il reato di bancarotta semplice societaria per mancanza di un requisito fondamentale, di conseguenza che esso è condizionato nell'integrazione dalla mancata realizzazione di accadimenti estranei alla volontà dell'agente.³⁶¹ Ovviamente a tali aspetti si ricollega quello dell'elemento soggettivo, ravvisando in questa impostazione il chiaro obiettivo di evitare di incorrere in imputazioni per responsabilità oggettiva.

Nondimeno, è possibile condividere in toto questa posizione qualora non ritenessimo che il bene giuridico tutelato da questa fattispecie sia la garanzia patrimoniale dei creditori? In realtà, la questione potrebbe risolversi su un altro piano, quello della rilevanza pratica di una "zona di rischio penale". In particolare, la teoria del Nuvolone, di cui abbiamo precedentemente parlato, avrà anche il pregio di voler superare le critiche in ordine alla presunta violazione dei principi di determinatezza, legalità e tassatività del delitto di bancarotta e garantire allo stesso tempo i creditori dal rischio di inadempimento³⁶², ma non tiene conto del fatto che, cambiando le premesse argomentative, è possibile orientarsi verso una soluzione più semplice. Non riportando nuovamente le ragioni ed i contenuti di ogni singola tesi dottrinale, si ritiene di poter aderire alla critica dell'Antolisei, dovendo ammettersi la rilevanza dei fatti di bancarotta commessi dal soggetto attivo prima di cadere in stato di insolvenza, se con questa espressione intendiamo l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento. Infatti, l'aggravamento del dissesto è sì successivo al verificarsi del dissesto, essendo evoluzione dello stesso, ma non comporta necessariamente l'intervento della dichiarazione di insolvenza. In questo senso possiamo ritenere la bancarotta un reato plurioffensivo, i.e. un reato che non garantisce esclusivamente l'interesse dei creditori, la cui tutela è immediata e diretta, ma anche l'interesse al corretto funzionamento delle procedure concorsuali, per cui la tutela è soltanto mediata: se la condotta dell'amministratore ha causato un aggravamento dello stato patrimoniale della società, arrecando un pregiudizio ai creditori, l'intervento del fallimento non determinerà la rilevanza di tali fatti, già integranti il reato, ma soltanto la punibilità degli stessi. Conseguentemente, qualora

³⁶¹ M. LA MONICA, I reati fallimentari, cit., 390.

³⁶² G. COCCO, Nota introduttiva agli artt. 216 - 237 l. fall., op. cit., 1143.

si concordasse con la teoria della “zona di rischio penale” si finirebbe per tutelare i creditori che di per sé hanno già subito pregiudizio dall’inadempimento del debitore, lasciando impuniti tutti quei comportamenti che hanno causato l’insolvenza (da intendersi come stato di insolvenza ex art. 5 l. fall.), essendo gli stessi precedenti ad essa. Ciononostante, la garanzia dei creditori si contrappone e limita il potere di disposizione da parte degli organi societari del patrimonio sociale, diritto costituzionalmente garantito ai sensi dell’art. 41 Cost., il quale sottintende l’accettazione da parte dell’ordinamento del rischio d’impresa. Conseguentemente, non è ammissibile una protezione anelastica degli interessi creditori, la quale paralizzi l’attività d’impresa senza un’effettiva giustificazione, alias pregiudizio al bene giuridico tutelato.³⁶³ Secondo l’orientamento prevalente³⁶⁴, il limite al diritto alla gestione libera della propria impresa è individuabile nell’obbligo di conservazione dei valori attivi necessari a soddisfare le obbligazioni man mano che giungano a scadenza.

4. Causazione ed aggravamento del dissesto: l’accertamento

La seconda ipotesi prevista dall’art. 224 l. fall. contempla due possibili scenari, come più volte ribadito: quello della causazione e quello dell’aggravamento del dissesto. In entrambi i casi, ai fini della punibilità, è necessario che si verifichi lo stato di dissesto della società; ma come distinguere le due ipotesi? Teoricamente la soluzione appare scontata: da una parte, saranno rilevanti penalmente quelle condotte che possa dirsi causa dello stato di decozione; dall’altra, la rilevanza investe quei fatti che, invece, si sono limitati a peggiorare una situazione di per sé già critica. Da un punto di vista cronologico, nel primo caso, sicuramente, i fatti di bancarotta precedono il dissesto; mentre nel secondo sono successivi allo stesso, non potendo aggravare una situazione che non è venuta ad esistenza. In realtà, come anticipato, la risposta non è così scontata; infatti, non è semplice individuare un momento nel quale il dissesto può dirsi verificato, non potendo coincidere con la declaratoria fallimentare. I dubbi sorgono, in particolare, non soltanto per questa specifica

³⁶³ C. PEDRAZZI, op. cit., 434 ss.

³⁶⁴ C. PEDRAZZI, op. cit., 436, il quale riporta a sua volta alla nota 33: L. CONTI, op. cit. II Edizione, 95 ss.; U. GIULIANI – BALESTRINO, op. cit. V Edizione, 216 e 264; e sostanzialmente A. LANZI, Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma, cit., 494.

fattispecie, ma anche per i riflessi che la soluzione potrebbe avere nell'accogliere l'interpretazione estensiva, operata dalla giurisprudenza e da parte della dottrina, in merito alla previsione di cui all'art. 223, co. 2 n. 1 l. fall. anche al caso di aggravamento del dissesto e non limitarla alla sua causazione.

4.1. Aggravamento del dissesto e reati societari

Pare opportuno, prima di tutto, premettere che tra le stesse ipotesi previste al secondo comma dell'art. 223 l. fall. vi è una peculiare differenza in merito all'evento del reato: nella prima ipotesi si parla di dissesto, nella seconda di fallimento. L'utilizzo di una terminologia differente non è casuale, bensì una scelta di politica legislativa. È intuitivo comprendere perché il legislatore abbia utilizzato il termine dissesto nella previsione di cui all'art. 224, n. 2 suddetta legge, avendo equiparato le condotte che concorrono a causarlo con quelle che lo aggravano (si può sicuramente aggravare un dissesto, ma non un fallimento, non essendo un accadimento "graduabile"); ma perché immaginare tale opzione anche per la bancarotta fraudolenta da reato societario, non essendo espressamente previsto anche per questa ipotesi il peggioramento dello status economico-giuridico della società? Anche in questo caso non vi è unità di vedute. Pedrazzi risponde al quesito sostenendo che "l'aggravamento di un dissesto dovuto ad altri fattori [...] assurge a causazione quando faccia precipitare la situazione e provochi un anticipo significativo della declaratoria"³⁶⁵, negando, in altri termini, un allargamento del campo di applicazione della norma sulla bancarotta fraudolenta societaria ed elevando l'aggravamento a causazione dell'insolvenza, qualora ricorrano determinate condizioni. Altri Autori³⁶⁶ sostengono che da partendo da diverse premesse sia possibile argomentare a favore

³⁶⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 223 l. fall., op. cit., 317.

³⁶⁶ A. CADOPPI, sub art. 4, op. cit., 4 ss. Da notare che l'Autore accoglie l'ipotesi contraria, in particolare per una ragione peculiare, riguardante le conseguenze pratiche di un'interpretazione estensiva. Qualora si ritenesse ammissibile l'incriminazione del soggetto attivo che ha commesso un reato societario orientato all'aggravamento del dissesto, si applicherebbero sanzioni più gravi rispetto alla previsione dell'art. 224, n. 2 l. fall. senza che il legislatore abbia espressamente previsto tale ipotesi. Infatti, l'aggravamento ha sicuramente una portata minore rispetto alla causazione del dissesto ed una estensione in tal senso provocherebbe un'ingiustificata applicazione di un più grave trattamento sanzionatorio. In senso favorevole ad un'interpretazione estensiva, invece, vi è SANTORIELLO (La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, cit., 629), il quale propone un esempio pratico: una condotta di false comunicazioni sociali che segua lo stato di decozione della società, occultandolo e precludendo l'adozione di misure volte a superarlo.

dell'interpretazione estensiva osteggiata dal Pedrazzi: anche il solo aggravamento del dissesto è sufficiente ad integrare l'ipotesi di bancarotta fraudolenta da reato societario. Conseguentemente, qualora il reato societario fosse integrato, vi fosse un legame causale fra questo e l'aggravamento dello stato di dissesto e la dichiarazione di fallimento fosse intervenuta, la scriminante fra la bancarotta societaria fraudolenta e semplice sarebbe costituita dall'elemento soggettivo, ossia il giudice dovrebbe orientarsi verso la rappresentazione e/o volontà dell'agente al momento dell'azione o dell'omissione.³⁶⁷

Nondimeno, anche coloro i quali osteggiano questa posizione hanno solide argomentazioni al fine di giustificare un'interpretazione strettamente letterale. Infatti, la norma non parla di aggravamento e se il legislatore avesse voluto effettivamente considerare anche questa ipotesi, l'avrebbe sicuramente inserita nella previsione, così come ha fatto per l'art. 224, n. 2 l. fall. In questo senso, qualora il soggetto attivo commettesse un reato societario che aggravasse il dissesto, non sarà considerato penalmente responsabile per il reato di bancarotta fraudolenta, bensì per quello di bancarotta semplice, a nulla rilevando il differente grado di colpevolezza.

Come precedentemente accennato, la giurisprudenza sembra essersi assestata sul ritenere penalmente rilevanti anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto. Principalmente tale conclusione è suffragata da due motivazioni: da un lato, l'applicazione della disciplina della causalità di cui all'art. 41 c.p. porta a considerare anche l'ipotesi di un semplice peggioramento essendo sufficiente la presenza di un nesso causale fra il reato societario e il dissesto (inteso sia nella sua portata qualitativa che in quella quantitativa); dall'altro, la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo (tanto da essere suscettibile di misurazione) assegnano influenza ad ogni condotta

³⁶⁷ Oltretutto, di interpretazione estensiva e non di analogia in malam partem dobbiamo parlare qualora intendiamo il dissesto quale evento in relazione al quale è stato dichiarato il fallimento, dunque un dissesto che può essere in atto al momento della commissione del reato societario, e che viene semplicemente aggravato e non causato dallo stesso. A. LANZI, La «nuova» bancarotta societaria, cit., 812 s. L'Autore conclude il ragionamento a favore di questa interpretazione rilevando come l'aggravamento del dissesto, in questo modo, possa essere punito sia nella sua accezione colposa (artt. 217, n. 4 e 224, n. 2 l. fall.) e dolosa (art. 223, co. 2 n. 1).

che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato.³⁶⁸ La Cassazione osserva che un'interpretazione meramente letterale finirebbe con il risultare irragionevole, non punendo una condotta che, anche se non lo causa, incide sul dissesto.³⁶⁹

Analogo discorso può essere fatto per la previsione di cui all'art. 223, co. 2 n. 2 l. fall. In particolare, la giurisprudenza di legittimità³⁷⁰, come nel caso di bancarotta fraudolenta da reato societario, ha esteso la previsione anche all'ipotesi in cui l'agente non abbia causato il fallimento bensì abbia aggravato il dissesto. Le motivazioni della Corte si basano sul fatto che lo stato di dissesto costituisce il presupposto del fallimento³⁷¹; dunque, il suo peggioramento non può che influire, o anche accelerare, il processo dichiarativo dell'insolvenza stessa. Sulla base delle stesse argomentazioni, si esclude che la bancarotta commessa con dolo ovvero attraverso operazioni dolose ricorra qualora l'azione del soggetto attivo abbia lasciato immutata la situazione patrimoniale.

4.2. Gli effetti dannosi dei fatti di bancarotta

La domanda conclusiva non può che essere rivolta ad una questione concreta, probabilmente quella più rilevante non solo per l'amministratore o altro organo societario coinvolto, ma anche ai fini degli effetti deterrenti della norma in esame: la quantificazione del danno. Preliminarmente è opportuno chiedersi se la bancarotta

³⁶⁸ Cass. Pen., Sez. Fer., 12 settembre 2013 n. 46388, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, 6, 1004. Nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2013 n. 17021, in *Cass. Pen.*, 2015, 4, 1568; Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2010 n. 16259, in *CED Cass.*, rv. 247254; Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690 in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2011, 1, 195.

³⁶⁹ In commento alla Sentenza Nadini, Giuliani solleva alcune obiezioni, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale e sostenendo che un tale ragionamento si scontra con l'accertamento giudiziale del fatto, in quanto, una volta verificata la sussistenza del reato societario, occorre compiere sul piano dell'accertamento causale delle verifiche sull'idoneità dell'illecito societario stesso a cagionare il dissesto, essendo tale accertamento contro-fattuale condotto ex post, tenendo in considerazione che la dichiarazione di fallimento non è altro che una condizione obiettiva di punibilità. N. F. GIULIANI, *Simulazione di inesistente stato di solidità e conseguente aggravamento del dissesto della società fallita*, cit., 1571.

³⁷⁰ Cass. Pen., Sez. V, 28 marzo 2003 n. 19806, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 20, 96.

³⁷¹ Al riguardo, Cocco sosteneva che "si può cagionare il fallimento solo provocando un dissesto che non si sarebbe altrimenti verificato o aggravando il dissesto", dunque ribadendo tale imprescindibile connessione, tralasciando poi la bontà della conclusione raggiunta dalla Corte utilizzando tale argomentazione di partenza. G. Cocco, sub art. 223 l. fall., op. cit., 1269.

semplice societaria abbia natura di reato di pericolo o di danno. In realtà, il problema è stato già affrontato in questo capitolo. Qui basti ricordare che sembra potersi condividere l'opinione per cui i reati di bancarotta rientrano fra i reati di pericolo concreto, non essendo la presenza dell'evento (per cui è richiesto espressamente un legame causale con i fatti di bancarotta) indicativa in tal senso. In particolare, anche qualora il dissesto si verifichi, questo non vorrà dire che i creditori siano stati pregiudicati nei loro diritti, bensì che gli stessi sono stati posti in pericolo; soltanto con la ripartizione dell'attivo fallimentare (dunque, con l'apertura della procedura concorsuale) questo pericolo si trasformerà in una vera e propria lesione al bene giuridico tutelato dalla disciplina penale fallimentare.³⁷²

Condividendo l'impostazione predominante della qualificazione del reato di bancarotta semplice come reato di pericolo concreto, è necessario chiedersi quando il bene protetto (alias la garanzia patrimoniale dei creditori) viene posto in pericolo. La risposta dovrebbe essere: quando viene diminuito il patrimonio dell'imprenditore. Ma non tutti i casi di diminuzione del capitale societario sono rilevanti nel caso di specie, perché oltretutto non bisogna dimenticare che la gestione della società è tendenzialmente libera e gli amministratori ben potrebbero aver agito senza aver cagionato alcun danno o messo in chiaro pericolo il diritto di soddisfarsi dei creditori sul patrimonio della società. Per queste ragioni, l'offesa al bene giuridico tutelato può dirsi concretizzata quando "il patrimonio del debitore viene reso inadeguato o fatto apparire inadeguato alla sua funzione di garanzia"³⁷³. Chiaramente, la questione non si risolve così, perché non abbiamo ancora definito il concetto di inadeguatezza, che pare essere fondamentale ai fini dell'accertamento suddetto.

³⁷² Contrariamente A. MANNA, La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2015, 3, 493 ss. L'Autore, in particolare, sia per quanto riguarda l'ipotesi di cui all'art. 223 l. fall. che per quella di cui all'art. 224 suddetta legge, individua un'eccezione: la bancarotta societaria è da qualificarsi quale reato d'evento, contrariamente alle altre ipotesi, che hanno natura di reato di pericolo. Questo per una scelta di politica legislativa, operata con la riforma del 2002: il legislatore, richiedendo un nesso causale fra la condotta e l'evento dissesto (ovvero il suo aggravamento), ha subordinato la rilevanza penale dei fatti di bancarotta al verificarsi della lesione al bene giuridico tutelato. Tuttavia, questo ha generato problemi in ordine alla legittimità costituzionale di tale scelta, essendo equiparate a livello sanzionatorio ipotesi completamente diverse dal punto di vista della struttura del reato.

³⁷³ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 69.

Tutto questo ci porta a considerare l'aspetto pratico dell'aggravamento del dissesto. In altre parole, il vero e proprio accertamento che il giudice deve condurre in merito alla valutazione del danno che il soggetto attivo dovrà risarcire ai creditori (ricadendo nell'ambito della responsabilità civile in materia di nesso di causalità materiale tra condotta illecita ed evento pregiudizievole: i danni dovranno essere liquidati soltanto qualora siano conseguenza immediata e diretta del comportamento dell'agente). In merito, la stessa Cassazione non ha seguito un unico orientamento, polarizzandosi su due filoni di pensiero: da un lato³⁷⁴, l'indirizzo più risalente ammette l'inversione dell'onere della prova in capo all'agente con riguardo alla non causazione o aggravamento del dissesto nel caso di impossibilità di reperire mezzi di prova idonei, quali scritture contabili inesistenti o manipolate; dall'altro³⁷⁵, i giudici hanno individuato nel principio del nesso di causalità materiale il mezzo con il quale valutare il danno, rigettando il principio del deficit fallimentare, nel caso in cui il dissesto sia dipeso dalla violazione degli obblighi di legge o statuari.

La dottrina tendenzialmente unanime sembra rigettare le posizioni giurisprudenziali, ribadendo la necessità del rispetto dei principi generali che nel nostro ordinamento disciplinano la responsabilità civile. Questi ultimi postulano che la prova del legame eziologico tra fatti di bancarotta e dissesto, da cui è derivato un danno al ceto creditorio, spetti al danneggiato ovvero al creditore che agisce in giudizio, ai sensi dell'art. 2697 c.c. In altri termini, il danno che dovrà essere risarcito sarà soltanto quello causato direttamente ed immediatamente dai fatti penalmente rilevanti e nella misura equivalente al detrimento patrimoniale, che dunque non si sarebbe verificato qualora la violazione non fosse stata attuata. Nondimeno, l'area del pregiudizio arrecabile è così estesa da rendere difficile l'individuazione di un unico criterio per il calcolo del risarcimento. Sicuramente la quantificazione sarà soggetta al principio per cui "l'obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dal creditore, il quale non deve riconoscere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o

³⁷⁴ Cass. Civ., 19 dicembre 1985 n. 6493, in *Giur. Comm.*, 1986, II, 813; Cass. Civ., Sez. I, 16 febbraio 2011 n. 5876, in *CED Cass.*, rv. 617196.

³⁷⁵ Cass. Civ., Sez. I, 17 settembre 1997 n. 9252, in *Foro it.*, 2000, I, 243; Cass. Civ., Sez. I, 8 febbraio 2000 n. 1375, in *Dir. e pratica società*, 2000, 20, 37.

dell'illecito"³⁷⁶. A questo punto è necessario chiedersi se ed in quali casi sia applicabile il criterio della differenza fra attivo e passivo fallimentari. La risposta data dalle Sezioni unite³⁷⁷, condivisa da parte della dottrina, è positiva; in particolare, tale criterio troverebbe applicazione anche nel caso di causazione, ma non di aggravamento del dissesto. In quest'ultima ipotesi, infatti, il danno conseguentemente arrecato alla società non può essere calcolato sulla base di un passivo già sorto prima del peggioramento dello stato di insolvenza, bensì deve essere commisurato sulla base dei debiti sorti successivamente ai fatti di bancarotta, o meglio in merito a quelle posizioni debitorie che non sarebbero sorte qualora gli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori della società dichiarata fallita avessero adempiuto ai propri obblighi, oltre ai danni corrispondenti alla consolidazione di atti e/o pagamenti che deriva dal ritardo con cui è stato dichiarato il fallimento.³⁷⁸ In conclusione, le persone diverse dal fallito saranno chiamate "a rispondere delle perdite patrimoniali della società solo nel caso e nella misura in cui queste siano ad ess(e) direttamente imputabili"³⁷⁹.

³⁷⁶ A. PENTA, La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire, Nota a sentenza (Cass. Civ., Sez. un., 6.5.2015, n. 9100) in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, 5, 521. Infatti, come ribadito dallo stesso Autore, nel nostro ordinamento, non sono ammessi danni punitivi.

³⁷⁷ Cass. Civ., Sez. un., 6 maggio 2015 n. 9100, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, 5, 509; Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2008 n. 6719, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 309.

³⁷⁸ In altri termini, appare necessario fare ricorso a criteri di natura equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., piuttosto che al criterio del deficit patrimoniale, il quale sembra contravvenire a tutti i principi non soltanto di natura civilistica, ma anche penale. Infatti, non tenendo in considerazione il momento in cui il fatto di bancarotta, i.e. la violazione dell'obbligo legale, viene ad esistenza, si finisce per invertire l'onere della prova e, soprattutto, si presume l'esistenza di un nesso causale tra condotta ed aggravamento, in assoluta contraddizione con il divieto di responsabilità oggettiva. Ovviamente, qualora non sia possibile ricostruire in altro modo le vicende economiche della società a causa dell'attività degli organi societari, potrà essere utilizzato il criterio della differenza dei etti patrimoniali, ma soltanto al fine di fornire un indie dell'illiceità e non per trasgredire il principio di colpevolezza. I. LAMPONI - G. BARBINI, *L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa*, cit., 1260 ss.

³⁷⁹ Cass. Civ., 30 luglio 1980 n. 4891, in *Foro it.*, 1981, I, 440.

Conclusioni

Tutti i dubbi e le problematiche sollevate sia nelle premesse che nel corso della trattazione non hanno trovato univoca risposta, se non in orientamenti maggioritari o minoritari, spesso ribaltatisi rapidamente. Certamente la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato i forti limiti della disciplina penale fallimentare, a partire dalle difficoltà probatorie in merito ai legami eziologico e psicologico tra fatti di bancarotta ed aggravamento del dissesto, fino alla definizione di quest'ultimo, ricollegata a fenomeni economici spesso scollegati dall'attività di gestione o frutto di condotte plurisoggettive. La necessità di riqualificare la bancarotta semplice in fraudolenta ai fini di una più gravosa comminatoria penale ha poi mostrato, oltre che il valore attribuito alla disposizione, anche l'utilizzo del sistema giurisdizionale al fine di colmare lacune legislative, la cui soluzione non è una semplice riforma parziale del sistema, ma una totale revisione dello stesso. Né tantomeno gli sforzi dottrinali sembrano essere stati colti da una giurisprudenza attenta soltanto all'aspetto più marcatamente punitivo, dimentica invece di quel temperamento di interessi che deve essere posto in primo piano anche dal legislatore, ossia fra la tutela del ceto creditorio e la libertà nella gestione della propria impresa.

Infatti, non si può negare la normalizzazione sempre più crescente della situazione di crisi del panorama economico del nostro Paese, in cui le imprese di medie dimensioni devono far fronte a contingenti condizioni economiche sfavorevoli con più difficoltà rispetto a realtà imprenditoriali di grandi dimensioni. Al riguardo non si può prescindere da una visione unitaria che tenga conto di una disciplina penale fallimentare da troppo tempo richiedente una revisione, cercando di abbandonare gli orientamenti giurisprudenziali più attenti a salvaguardare gli interessi della massa e meno interessati all'efficacia deterrente ed alla fedele applicazione dei principi costituzionali che presidiano la normativa penale. Sarebbe necessaria una revisione coordinata sia a livello penale che fallimentare, in modo da poter rispondere adeguatamente ad un contesto di crisi sempre più diffuso e che trascina con sé la realtà imprenditoriale e tutto ciò che la circonda, e le cui colpe non possono ricadere su singoli individui e singole azioni. Il voler comminare una punizione ad ogni costo

pecca di razionalità e mina le basi dell'ordinamento giuridico, tanto da aver richiesto l'intervento del giudice delle leggi, che ha finito, alcune volte, per operare un'interpretazione forzatamente costituzionale delle disposizioni presunte illegittime. Non bisogna dimenticare che la Legge Fallimentare affonda le proprie radici in un'epoca in cui il rito possedeva prevalentemente carattere espiatorio, non evolvendosi, negli intenti, di molto rispetto al vecchio diritto mercantile che aveva dato le basi a questo ramo del diritto. La "rottura" della fiducia è rimasto uno dei motivi che ha spinto e spinge l'autorità giudiziaria a cercare di attribuire responsabilità ad amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori per le ipotesi più gravi di bancarotta, riqualificando non poche volte l'imputazione per bancarotta semplice in bancarotta fraudolenta, tralasciando le evidenti differenze di disciplina e di elementi della fattispecie, fino a ritenere che anche la bancarotta da reato societario possa essere integrata qualora la condotta sia causalmente collegata al mero aggravamento del dissesto e non alla sua causazione.

La domanda che il legislatore dovrebbe porsi è "se davvero prometta maggiore efficienza, in termini di reale protezione degli interessi finali, la predisposizione di pene severissime, in materia economica: in generale e, in particolare, solo nel momento della crisi d'impresa"³⁸⁰, anche alla luce del fenomeno sopra accennato, essendo i crack fallimentari ormai un evento che ben potrebbe definirsi naturale della vita di un'impresa ed essendo la repressione dei fatti di bancarotta numericamente più elevata rispetto a quella degli altri reati. Il legislatore pare aver colto questo segnale, dimostrandosi più che attivo nel modificare la disciplina delle procedure concorsuali, ma lo stesso non può dirsi per quella relativa ai reati di bancarotta. Rimane il fatto che l'incriminazione è subordinata alla dichiarazione di fallimento, dunque al momento in cui è accertata giudizialmente la fine dell'impresa, l'impossibilità di poter recuperare un'attività economica, che si statuisce essere determinata dal comportamento di soggetti che in quella stessa realtà operano e che subiscono sanzioni (che potremmo definire draconiane) frutto di una visione repressiva del sistema penale giudiziario. Probabilmente, sarebbe necessario cambiare punto di partenza per poter attuare una riforma incisiva del

³⁸⁰ A. ALESSANDRI, Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa, cit., 113.

sistema fallimentare, anche ripensando all'opportunità di utilizzare lo strumento criminale per punire comportamenti non più "riparabili" o spostare il momento consumativo ovvero la punibilità a tempi in cui l'impresa è ancora in bonis, potendo mantenere l'incriminazione per aggravamento del dissesto, ma ripensando alla nozione stessa di insolvenza e moderando, conseguentemente, il trattamento sanzionatorio, in ossequio ai principi cardine del nostro ordinamento.

Bibliografia

- A. ALESSANDRI, Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme, Giuffrè Editore – Milano, 2016, 116
- A. ALESSANDRI, Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè - Milano, 2006, 1, 111 - 132
- A. ALESSANDRI (a cura di), Reati in materia economica, in F. C. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da) *Trattato teorico-pratico di diritto penale*. Vol. VIII, G. Giapichelli Editore – Torino, 2012, 528
- F. ANTOLISEI, L'offesa e il danno nel reato, Istituto italiano d'arti grafiche - Bergamo, 1930, 234
- F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*. Vol. 2 (XIII Edizione a cura di C. F. GROSSO), Giuffrè Editore - Milano, 2014, 765
- F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene – Napoli, 1962, 357
- G. BONGIORNO, Il processo di fallimento come normativa senza giudizio (Premesse per una ricerca sulla natura giuridica del fallimento e sulla struttura dell'istituto), in *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Vol. I, CEDAM - Padova, 1982, 161 - 181
- G. BONELLI, *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*. Vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi - Milano, 1939, 768
- E. CARLETTI ET AL. (a cura di), *Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in F. BRICOLA - V. ZAGREBELSKY (diretto da) *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, UTET, 1990, 645
- A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, CEDAM - Padova, 1939 (II Edizione), 534
- M. CAPUTO, Dalla teoria dei «segnali d'allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa del concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta, in *Rivista delle società*, Giuffrè Editore - Milano, 2015, 5, 905 - 940

- F. CARNELUTTI, Teoria generale del reato, CEDAM - Padova, 1933, 343
- F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale ossia esposizione dei delitti i specie. Vol. VII, Tipografia Giusti - Lucca, 1871(II Edizione), 638
- A. CASTIELLO D'ANTONIO, Profili penali delle procedure concorsuali diverse dal fallimento, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, CEDAM - Padova, 1997, 6, I, 1364 - 1375
- G. CHIARAVIGLIO, Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale, in Rivista dei dottori commercialisti, Giuffrè Editore - Milano, 2013, 3, 695 - 709
- G. Cocco, Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Giuffrè - Milano, 2014, 1, 67 – 105
- L. CONTI, I reati fallimentari, UTET, 1955, 408
- L. CONTI, I reati fallimentari (II Edizione), UTET, 1991, 510
- A. CRESPI, La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Giuffrè Editore - Milano, 1999, 4, 1147 - 1167
- F. D'ALESSANDRO, Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?, Commento a Sentenza (Cass. Pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502) in Diritto Penale Contemporaneo, online 2013
- P. DE GENNARO, La bancarotta: problemi di diritto sostantivo e processuale, La toga - Napoli, 1930, 220
- G. DE SEMO, Diritto fallimentare: principi generali, fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, reati in materia fallimentare, IV Edizione, CEDAM - Padova, 1964, 620
- G. DELITALA, Diritto penale. Raccolta degli scritti. Parte II, Giuffrè Editore – Torino, 1976, 1025

- M. DONINI, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», in JUS: rivista di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano, 2011, 1 - 2, 35 – 69
- G. FERRI, Sulla interpretazione dell'art. 236 secondo comma n. 1 della Legge sul fallimento, in Rivista italiana di diritto penale, CEDAM - Padova, 1952, 727 - 736
- G. FLORA, Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, CEDAM - Padova, 2012, 4, 891 - 904
- L. FOFFANI - D. CASTRONUOVO, Casi di diritto penale dell'economia. Vol. I, Il Mulino - Bologna, 2015, 211
- F. GALGANO (a cura di), Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare, Zanichelli Editore e Soc. Ed. del Foro Italiano - Roma, 1995
- G. GIORDANENGO - S. VALENTINI, Bancarotta societaria e aggravamento del dissesto, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Fer., 12.9.2013 n. 46388) in Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore - Milano, 2014, 6, 1004 – 1010
- N. F. GIULIANI, Simulazione di inesistente stato di solidità e conseguente aggravamento del dissesto della società fallita, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 11.1.2013 n. 17021) in Cassazione Penale, Giuffrè Editore - Milano, 2015, 4, 1568 – 1571
- U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, Dott. A. Giuffrè Editore – Milano, 2006, 643
- U. GIULIANI – BALESTRINO, La bancarotta e gli altri reati concorsuali, Dott. A. Giuffrè Editore – Milano, 2012, 509
- A. JORIO (diretto da), Il nuovo diritto fallimentare. Vol II, Zanichelli Editore - Bologna, 2010, 2916
- M. LA MONICA, I reati fallimentari, Kluwer Ipsoa Editore - Milano, 1999 (ed. aggiornata da A. L. MACCARI), 633
- I. LAMPONI - G. BARBINI, L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura

equitativa, Nota a sentenza (Cass. Civ. Sez. III, 14.10.2013 n. 23233) in Responsabilità civile e previdenza, Giuffrè Editore - Milano, 2014, 4, 1254 - 1262

A. LANZI, La «nuova» bancarotta societaria, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, IPSOA - Assago, 2002, 8, 812 – 815

A. LANZI, “Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma” in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1987 fasc. 30, Giuffrè Editore - Milano, p. 493 - 497

A. LANZI - A. CADOPPI (a cura di), I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61), CEDAM - Padova, 2002, 323

G. LO CASCIO, Il concordato preventivo, Giuffrè Editore - Milano, 2008, 1016

S. LONGHI, Bancarotta ed altri reati in materia commerciale, Società Editrice Libreria - Milano, 1930 (II Edizione), 564

A. MAFFEI (a cura di), Commentario breve alla Legge Fallimentare, in Breviaria Juris, CEDAM - Padova, 2013

A. MANNA, La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, CEDAM - Padova, 2015, 3, 493 - 527

G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, Giuffrè Editore - Milano, 2012 (IV Edizione), 710

F. MUCCIARELLI, La bancarotta distrattiva è reato d'evento?, Nota a sentenza (Cass., Sez. Un., 24.9.2012 n. 47502) in Diritto penale e processo IPSOA - Milano, 2013, 4, 437 - 443

F. MUCCIARELLI, Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economica, CEDAM - Padova, 2009, 4, 825 - 877

A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Il Mulino - Bologna, 2012 (II Edizione), 549

- G. NOTO - SARDEGNA, I reati in materia di fallimento, Alberto Reber libreria della Real Casa, 1906, 637
- P. NUVOLONE, Reati in materia di fallimento. Sub Fallimento, in Enciclopedia del diritto. Vol. XVI, Giuffrè Editore - Milano, 1958, 476 - 501
- P. NUVOLONE, Il Diritto Penale degli anni settanta, CEDAM - Padova, 1982, 725
- P. NUVOLONE, Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, Giuffrè Editore - Milano, 1955, 514
- A. PAGLIARO, Il delitto di bancarotta, Priulla - Palermo, 1957, 194
- F. C. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da), Commentario breve alle leggi penali complementari, in Breviaria Juris, CEDAM - Padova, 2007
- C. PEDRAZZI, Diritto Penale. Vol. IV Scritti di diritto penale dell'economia, Giuffrè Editore - Milano, 2003, 1095
- C. PEDRAZZI, Gestione d'impresa e responsabilità, in Rivista delle Società, Giuffrè - Milano, 1962, 1, 220 - 300
- C. PEDRAZZI, Tramonto del dolo?, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Giuffrè Editore - Milano, 2000, 4, 1265 - 1279
- A. PENTA, La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire, Nota a sentenza (Cass. Civ., Sez. un., 6.5.2015 n. 9100) in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, CEDAM - Padova, 2015, 5, 509 – 533
- A. PERINI, Il «cagionamento del dissesto»: la nuova «bancarotta da reato societario» al banco di prova della causalità, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, CEDAM - Padova, 2004, 3 - 4, 721 - 755
- N. PISANI (a cura di), Diritto penale fallimentare. Problemi attuali, G. Giapichelli Editore – Torino, 2010, 227
- R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare. Vol. I, Giuffrè Editore - Milano, 1970, 860

- R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare. Vol. III, Giuffrè Editore - Milano, 1970, 2638
- M. PUNZO, Il delitto di bancarotta, UTET, 1953, 372
- M. PUNZO, La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, CEDAM - Padova, 1957, 448
- S. PUTINATI, La nuova bancarotta «societaria»: imputazione oggettiva e soggettiva, in Diritto e pratica delle società, Il Sole 24 ore - Milano, 2002, 11, 12 - 20
- A. Rocco, Il fallimento: teoria generale ed origine storica, F.lli Bocca – Milano Torino Roma, 1917, 221
- C. SANTORIELLO (a cura di), La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, in Le Società, IPSOA - Assago, 2015, 5, 625 – 633
- C. SANTORIELLO, La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, IPSOA - Assago, 2016, 2, 129 - 138
- C. SANTORIELLO, Pluralità di fatti di bancarotta: dalle Sezioni Unite una ricostruzione completa, Nota a sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 26.5.2011 n. 21039) in Le Società, IPSOA - Assago, 2001, 10, 1196 - 1207
- S. SATTA, Diritto Fallimentare, CEDAM - Padova, 1996 (terza edizione), 954
- S. SATTA, Sull'interpretazione dell'art. 236 Legge Fallimentare, in Rivista italiana di diritto penale, CEDAM - Padova, 1952, 593 - 598
- I. SCALERA, La bancarotta fallimentare, Giuffrè Editore - Milano, 2001, 220
- M. VIETTI - F. MAROTTA F. - F. DI MARZIO, Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi, Itaedizioni - Torino, 2008 (seconda edizione), 969

Giurisprudenza

Corte Costituzionale, 20 giugno 1972 (dep. 27.6.1972) n. 110, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 165/1972, in *La Giustizia penale*, 1972, I, 459

Corte Costituzionale, 16 maggio 1989 (dep. 18.5.1989) n. 268, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 989/1989, in *Cassazione Penale*, 1989, 7, 1403

Cassazione Sez. Un., del 25 gennaio 1958 n. 2, in *La Giustizia Penale*, II, 513

Tribunale di Milano, del 15 ottobre 1969, in *Il Foro Italiano*, 1970, II, 83

Tribunale di Milano, del 9 gennaio 1970, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1970, II, 528

Cassazione Civile, del 30 luglio 1980 n. 4891, in *Il Foro italiano*, 1981, I, 440

Cassazione Penale Sez. V, del 17 dicembre 1981, in *La Giustizia Penale*, 1982, II, 576

Cassazione Penale Sez. V, del 5 ottobre 1982 n. 8598, in *Il Foro Italiano*, 1987, II, 234

Cassazione Penale Sez. V, del 29 settembre 1983 n. 10517, in *Giurisprudenza fallimentare*, 1985, 5

Cassazione Civile, del 19 dicembre 1985 n. 6493, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1986, II, 813

Cassazione Penale Sez. V, del 18 aprile 1988 (dep. 16.6.1988) n. 6992, in *La Giustizia penale*, 1989, II, 340

Cassazione Penale Sez. V, del 25 aprile 1990, in *La Giustizia Penale*, 1990, II, 601

Cassazione Penale Sez. V, del 29 novembre 1990, in *La Giustizia Penale*, 1991, II, 645

Tribunale di Napoli, del 5 dicembre 1988, in *Rivista penale dell'economia*, 1990, 12, 7

Tribunale di Sulmona, del 7 maggio 1991, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 663

Cassazione Penale Sez. V, del 5 dicembre 1996 (dep. 5.2.1997) n. 894, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, 4, 1375

Cassazione Sez. I, del 9 giugno 1997 (dep. 22.7.1997), in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, 4, 1369

Cassazione Civile Sez. I, del 17 settembre 1997 n. 9252, in *Foro italiano*, 2000, I, 243

Cassazione Penale Sez. V, del 16 dicembre 1998 (dep. 3.3.1999) n. 2905, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, 4, 1208

Cassazione Penale Sez. V, del 23 marzo 1999 (dep. 14.4.1999) n. 4739, in *La Giustizia Penale*, 2000, II, 181

Cassazione Penale Sez. V, del 6 ottobre 1999 (dep. 11.11.1999) n. 12897, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, 2, 477

Cassazione Penale Sez. V, del 22 settembre 1999 (dep. 19.10.1999) n. 11945, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, 2, 480

Cassazione Civile Sez. I, del 8 febbraio 2000 n. 1375, in *Diritto e pratica società*, 2000, 20, 37

Cassazione Penale Sez. Un., del 10 luglio 2002, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 2, 743

Cassazione Penale Sez. V del 26 settembre 2002 (dep. 3.12.2002) n. 40581, in *Cassazione Penale*, 2004, 10, 1046

Cassazione Penale Sez. V, del 28 marzo 2003 (dep. 29.4.2003) n. 19806, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 20, 96

Cassazione Penale Sez. V, del 11 aprile 2003 (dep. 26.5.2003), n. 22956 in *Cassazione Penale*, 2004, fasc. 10, Giuffrè Editore - Milano, p. 1047

Cassazione Penale Sez. V, del 14 aprile 2003 (dep.23.5.2003) n. 22872, in *Guida al Diritto*, 2003, 26, 79

Cassazione Penale Sez. V, del 13 febbraio 2006 (dep. 22.3.2006) n. 9807, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, 4, 1018

Cassazione Penale Sez. V, del 8 marzo 2006 (dep. 22.3.2006) n. 9813, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 10, 2309

Cassazione Penale Sez. V, del 4 maggio 2007 (dep. 19.6.2007) n. 23838, in Cassazione Penale, 2008, 1, 103

Cassazione Penale Sez. V, del 11 gennaio 2008 n. 7203, in Cassazione Penale, 2008, 11, 4323

Cassazione Penale, 22 febbraio 2008, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 2009, 1180

Cassazione Civile Sez. I, del 28 febbraio 2008 (dep. 12.3.2008) n. 6719, in Giurisprudenza commerciale, 2009, II, 309

Cassazione Penale Sez. Un., del 28 febbraio 2008 (dep. 15.5.2008) n. 19601, in Cassazione Penale, 2008, 10, 3592

Cassazione Penale Sez. V, del 27 novembre 2008 (dep.18.2.2009) n. 7044, in Guida al Diritto, 2009, 15, 87

Cassazione Penale Sez. V, del 10 febbraio 2009 (dep. 3.3.2009) n. 9736, in Cassazione Penale, 2010, 3, 1142

Cassazione Penale Sez. V, del 18 febbraio 2010 (dep. 7.5.2010) n. 17690, in Rivista dei dottori commercialisti, 2011, 1, 195

Cassazione Penale Sez. Un., del 26 febbraio 2009 (dep. 12.6.2009) n. 24468, in CED Cassazione, rv. 243587

Cassazione Penale Sez. V, del 4 marzo 2010 n. 16259, in CED Cassazione, rv. 247254

Cassazione Penale Sez. V, del 12 marzo 2010 (dep. 12.4.2010) n. 13588, in Guida al diritto 2010, 29, 78

Cassazione Penale Sez. V, del 26 marzo 2010 (dep. 26.3.2010) n. 11899, in Cassazione Penale, 2010, 10, 3574

Cassazione Penale Sez. Un., del 30 settembre 2010 n. 43428, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2011, 1, 333

Cassazione Penale Sez. Un., del 27 gennaio 2011 (dep. 26.5.2011) n. 21039, in Cassazione Penale, 2012, 3, 831

Cassazione Civile Sez. I, del 16 febbraio 2011 (dep. 11.3.2011) n. 5876, in CED Cassazione, rv. 617196

Cassazione Penale Sez. V, del 26 agosto 2011 n. 32899, in CED Cassazione Penale, rv. 250934

Cassazione Penale Sez. V, del 26 settembre 2011 (dep. 2.12.2011) n. 44933, in Cassazione Penale, 2012, 11, 3864

Cassazione Penale Sez. V, del 25 gennaio 2012 (dep. 5.4.2012) n. 12974, in Diritto e Giustizia online, 6.4.2012

Cassazione Penale Sez. V, del 8 giugno 2012 (dep. 2.11.2012) n. 42519, in Cassazione Penale, 2014, 3, 1025

Cassazione Penale Sez. Fer., del 13 agosto 2012 (dep. 17.8.2012) n. 32779, in CED Cassazione Penale, 2012

Cassazione Penale Sez. V, del 24 settembre 2012 (dep. 8.1.2013) n. 733, in Rivista dei dottori commercialisti, 2013, 1, 175

Cassazione Penale Sez. V, 14 dicembre 2012 (dep. 22.1.2013) n. 3229, in CED Cassazione penale, 2012

Cassazione Penale Sez. V, del 11 gennaio 2013 (dep. 12.4.2013) n. 17021, in Cassazione Penale, 2015, 4, 1568

Cassazione Penale Sez. V, del 12 aprile 2013 (dep. 2.7.2013) n. 28508, in CED Cassazione penale, 2013

Cassazione Penale Sez. V, del 26 giugno 2013 (dep. 14.11.2013) n. 45671, in Guida al Diritto, 2014, 6, 100

Cassazione Penale Sez. Fer., del 12 settembre 2013 (dep. 21.11.2013) n. 46388, in Giurisprudenza Commerciale, 2014, 6, 1004

Cassazione Penale, Sez. V, del 16 ottobre 2013 (dep. 21.2.2014) n. 8413, in CED Cassazione penale, rv. 259051

Cassazione Penale Sez. V, del 13 febbraio 2014 (dep. 28.5.2014) n. 21846, in CED Cassazione Penale, 2015

Cassazione Penale Sez. V, del 3 aprile 2014 n. 38728, in Rivista dei dottori commercialisti, 2015, 1, 170

Cassazione Penale Sez. V, del 20 maggio 2014 (dep.02/10/2014) n. 40998, in CED Cassazione penale, rv. 262188

Cassazione Penale Sez. V, del 4 novembre 2014 (dep. 15.12.2014) n. 52077, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2015, 2, 633

Cassazione Penale Sez. V, del 9 giugno 2015 (dep. 26.08.2015) n. 35708, in Diritto e Giustizia online, 27.8.2015,

Cassazione Penale Sez. V, del 18 aprile 2016 (dep. 23.5.2016) n. 21386, in De Jure online