

## QUESITI

---

**GAETANO STEA**

***La sentenza dichiarativa dell'insolvenza:  
analisi del ruolo nella struttura del reato  
preconcorsuale tra vecchie, consolidate e nuove  
soluzioni ermeneutiche***

Il ruolo da assegnare alla sentenza dichiarativa è il tema più battuto del diritto penal-concorsuale, capace di definire, a seconda dall'opzione adottata, la stessa struttura delle incriminazioni bancarottiere, così caratterizzando «tutta la vicenda e la storia del diritto penale fallimentare». Dopo aver illustrato le varie teorie protagoniste della disputa teorico-dogmatica e giurisprudenziale unica nel dibattito penalistico, si è condivisa la soluzione che colloca la sentenza dell'insolvenza nell'alveo dell'art. 44 c.p., tuttavia, offrendone una lettura conforme al canone costituzionale della colpevolezza, in attesa (ancora) dell'opportuno intervento legislativo.

*Bankruptcy order: analysis of the role in the prebankrupt offence structure between old, established and new hermeneutic solutions*

*The role of the bankruptcy order is the most popular theme of the bankruptcy criminal law because it is able to define the same structure of bankruptcy crimes, depending on the preferred option. After illustrating the various main theories of the dogma and jurisprudential dispute, unique in the penal debate, the author shared the solution that places the judgment of bankruptcy in the bed of Article 44 of the Criminal Code, but, at the same time, proposed a reading in accordance with the constitutional canon of guilty, pending (yet) the appropriate legislative action.*

**SOMMARIO:** 1. Prolegomeni dell'indagine sul ruolo della sentenza di accertamento dello stato d'insolvenza nella bancarotta preconcorsuale. - 2. La dottrina più risalente e il «fallimento-reato». Il diverso atteggiarsi dei fatti di bancarotta in relazione al fallimento. - 3. Il fallimento come condizione di procedibilità: la categoria unitaria delle «condizioni» (procedibilità, perseguibilità, punibilità). Critica. - 4. Considerazioni critiche alle tesi più risalenti sul «fallimento-reato». - 5. La definizione di «condizione di esistenza del reato» come ricostruita dai lavori preparatori del Codice penale Rocco nelle intenzioni del commissario Eduardo Massari. - 6. La bancarotta come reato «proprio» del fallito. Due importanti criticità. - 7. La sentenza di apertura della liquidazione giudiziale come «condizione obiettiva di punibilità» per i fatti preconcorsuali e come «presupposto» per quelli postconcorsuali. - 8. La sentenza dichiarativa come condizione obiettiva di punibilità «estrinseca» è un requisito di tipo obiettivo collocato ai margini della fattispecie che accerta l'insolvenza proclamata e irreversibile e determina la punizione dell'imprenditore. Le risposte alle obiezioni e la contraddittoria necessità di un nesso offensivo prefigurato dall'agente tra condotta e declaratoria d'insolvenza. - 9. La sentenza dichiarativa come condizione «intrinseca» di punibilità. Luci e ombre di un'opzione ermeneutica minoritaria. - 10. La teoria causale. L'insolvenza come «evento dannoso» del reato di bancarotta e la sentenza dichiarativa tra gli «*elementi essenziali del reato*». La ferma rivendicazione dell'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale fallimentare. Censure, obiezioni e critiche. - 11. La proposta di una nuova lettura dell'art. 44 c.p. in chiave

costituzionale. La sentenza dichiarativa come «elemento *condizionante* del reato» nella prospettiva storica. - 12. Il coefficiente di «rappresentazione» in concreto del rischio d'insolvenza irreversibile. - 13. Allora quale il *discrimen* tra elemento costitutivo e condizione del reato? - 14. Paralipomeni dell'analisi proposta. La rappresentazione in concreto dell'insolvenza irreversibile quale criterio (psichico) di delimitazione dell'arco spazio-temporale di rilevanza dei fatti preconcorsuali.

*1. Prolegomeni dell'indagine sul ruolo della sentenza di accertamento dello stato d'insolvenza nella bancarotta preconcorsuale.* È noto che il ruolo da assegnare alla sentenza dichiarativa costituisce il tema più battuto del diritto penal-concorsuale<sup>1</sup>, capace di definire, a seconda dell'opzione adottata, la stessa struttura delle incriminazioni bancarottiere, così caratterizzando «tutta la vicenda e la storia del diritto penale fallimentare, sin da quando, superando la nota e drastica equazione-presunzione di Baldo (*decoctor ergo fraudator*), si incomincia a percepire e si acquisisce vieppiù consapevolezza che «fallire» e «delinquere» esprimono realtà di fatto e categorie giuridiche differenti, portatrici di intrinseco disvalore di diverso segno»<sup>2</sup>.

Da questo momento, sulla natura ed il ruolo del fallimento (oggi, della liquidazione giudiziale) nella struttura del reato di bancarotta si registra una disputa teorico-dogmatica e giurisprudenziale unica nel dibattito penalistico.

*2. La dottrina più risalente e il «fallimento-reato». Il diverso atteggiarsi dei fatti di bancarotta in relazione al fallimento.* Secondo la più risalente e autorevole dottrina privatistico-commercialistica, la bancarotta è un «reato speciale», non solo, perché connesso con il fallimento (come un fatto di natura civile), ma «per la sua stessa struttura di ente giuridico, che non trova riscontro né analogia nella scala dei reati classificati dal Codice penale»<sup>3</sup>. Da ciò, secondo Bonelli, la natura

---

<sup>1</sup> PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 1, 519, annoverava tra i più rilevanti «Problemi attuali del diritto penale fallimentare» quello relativo alla collocazione delle «procedure concorsuali nella struttura dei reati fallimentari», sottolineando che, «se ... la insolvenza fosse un elemento del reato, o lo fosse la dichiarazione di fallimento», le proposizioni giurisprudenziali secondo cui, ad escludere la punibilità per bancarotta, non è sufficiente la mancanza di nesso causale delle condotte illecite con l'insolvenza o la imprevedibilità di quest'ultima, «non reggerebbero al confronto con le esigenze moderne poste dal principio di colpevolezza».

<sup>2</sup> CASAROLI, *«Fallimento» e bancarotta: una convivenza difficile, ma obbligata*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 374.

<sup>3</sup> BONELLI, *Del fallimento. Commento al codice di commercio*, vol. III, Milano, 1938, 303, 304.

della bancarotta può essere compresa soltanto attraverso l'analisi della sua genesi storica: «in origine ogni fallito è bancarottiere; il fatto del fallimento porta in sé una presunzione legale di colpevolezza, che solo in progresso di tempo ammetterà una prova contraria; ma l'esigenza primitiva è che sia piuttosto il fallito a doversi purgare della taccia di colpevole, e solo più tardi la presunzione viene dalla legge ristretta, come lo è tuttora, a una serie tassativa di casi, con presunzione quasi sempre assoluta, cioè *iuris et de iure*»<sup>4</sup>. Quindi, il fallimento è l'ente punibile, mentre i fatti di bancarotta sono soltanto «circostanze indicate dal legislatore per far sorgere la presunzione che il fallimento fu colposo o doloso e perciò punibile», andando, dunque, a identificarsi con «l'elemento *morale* del reato»<sup>5</sup>. Pertanto, secondo l'insigne giurista, il reato di bancarotta consiste nella caduta in fallimento di un commerciante preceduta (nell'ipotesi prefallimentare) o seguita (nell'ipotesi postfallimentare) dai fatti dolosi o colposi specificamente indicati dalla legge<sup>6</sup>. Questi ultimi non sono reati di per sé, ma rappresentano situazioni - tipizzate dal legislatore - che fanno sorgere la presunzione che il fallimento sia esso stesso doloso o colposo e, perciò, punibile<sup>7</sup>. Il fallimento è, dunque, elemento essenziale del reato, decisivo per la sua esistenza: anzi, è proprio il fallimento in sé che viene punito, in quanto accompagnato da uno di quei fatti che ne fanno presumere la natura dolosa o colposa, che, a loro volta, in quanto rivelatori del dolo o della colpa, si atteggiavano come *condiciones iuris* della sua punibilità<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> BONELLI, *Del fallimento*, loc. cit.

<sup>5</sup> BONELLI, *Del fallimento*, cit., 305, tracciando un'argomentazione ancora oggi dominante, aggiunge che «la dichiarazione di fallimento non è soltanto la *condicio iuris* per l'esistenza del reato, ma uno degli elementi costitutivi del reato, anzi l'elemento decisivo, rispetto al quale il fatto di bancarotta funziona piuttosto come *condicio iuris* per la punibilità».

<sup>6</sup> Bonelli riprende ed adatta al tessuto normativo italiano la tesi elaborata in Germania da JAEGER, *sub II-2*, in *Commentar zur Konkursordnung*, a cura di Jaeger, Berlino, 1914, 565 ss.

<sup>7</sup> Tuttavia, va osservato che Bonelli avverte la deroga ai principi generali del diritto penale. Ed invero, in BONELLI, *Del fallimento*, cit., 306, dopo aver riassuntivamente evidenziato che «il giudizio sulla bancarotta non prende di mira il fatto del fallimento, ma la condotta del fallito. E la legge non solo riverbera sul fatto l'apprezzamento morale della condotta, senza che risulti un nesso causale tra l'una e l'altro; ma sottrae quell'apprezzamento al giudizio del giudice, stabilendo essa stessa i fatti che devono determinarlo, per presunzione *iuris et de jure*», ammette: «Duplice gravissima deroga ai principi generali del diritto penale, specialmente visibile là dove manca nel fatto indicato l'elemento della frode».

<sup>8</sup> BONELLI, *Del fallimento*, cit., 321, 322, con riferimento alla collocazione del fallimento rispetto alle

Sviluppando questa prima opinione, Alfredo Rocco osserva che la bancarotta è caratterizzata da due presunzioni assolute<sup>9</sup>: di colpevolezza, per un verso, di causalità, per l'altro, tra loro concatenate, nel senso che la sola realizzazione di un solo fatto di reato fa presumere una complessiva condotta imprudente, negligente o, addirittura, fraudolenta; da questa prima presunzione trae origine l'altra, cioè che tale comportamento abbia cagionato il fallimento<sup>10</sup>. Pertanto, non è reato il fatto di bancarotta e neanche il fallimento, ma quel complesso di atti, non individualmente determinati, né singolarmente accertati, la cui esistenza è presunta in base al fatto consumato di bancarotta.

Longhi innesta due varianti<sup>11</sup>. Da un lato, l'evento del reato non è il fallimento, ma il suo presupposto, ovvero l'insolvenza che, essendo graduabile, consente di stimarne il nesso causale con i fatti prefallimentari sotto il profilo dell'aggravamento; dall'altro, ciò che è presunto *ex lege* è solo il nesso causale tra il fatto di bancarotta e l'insolvenza, così preferito dal legislatore per ragioni di «pratica opportunità» dovute alle difficoltà di provare questo rapporto in sede processuale, declinando, con metodo casistico, quei fatti generalmente ritenuti idonei, in base all'*id quod plerumque accidit*, a causare il fallimento (*rectius*, l'insolvenza) ed il suo aggravarsi<sup>12</sup>.

Segue sostanzialmente questa impostazione anche il Navarrini, il quale sostiene che è sufficiente la sussistenza dei fatti di bancarotta «a fare del fallimento un evento penalmente punibile, a tramutare il fallimento in bancarotta», osservando che «bisognerebbe dire che il legislatore abbia fatto due presunzioni: dati

---

ipotesi postfallimentari, osserva che «se il reato di bancarotta non si è ancora verificato allorché il fallimento si dichiara, la qualificazione di questo, e quindi anche la sua punibilità, resta in sospenso fino alla sua chiusura perché fino alla chiusura può prodursi il fatto capace di colorire retroattivamente la condotta del debitore e di rendere reato, cioè fatto punibile, il già seguito fallimento».

<sup>9</sup> SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Parma, 1982 (rist.), 38, osserva che, nelle due presunzioni *iuris et de iure*, «si rivela l'influenza dell'antica concezione obiettiva del fallimento come reato».

<sup>10</sup> AL. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e genesi storica*, Torino, 1917, 123-127.

<sup>11</sup> LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*<sup>2</sup>, Milano, 1930, 75.

<sup>12</sup> ROVELLI, *Disciplina penale dell'impresa. Disposizioni penali in materia di pubblicità delle imprese di società commerciali e di procedure concorsuali*, Milano, 1953, 95 ss., considera l'insolvenza come «formazione o aggravamento dello stato fallimentare», «vero e proprio evento lesivo di carattere unitario» del reato di bancarotta, «sempre dipendente oggettivamente da fatti dolosi o colposi di menomazione patrimoniale» in ragione di un nesso causale «di danno» che in alcune ipotesi deve essere realmente esistente e concretamente accertato, in altre (denominate «presuntive») è invece presunto *iuris et de iure*. In questi termini, SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, cit., 39.

alcuni fatti, normalmente indizi di condotta colpevole o fraudolenta, si presume che il debitore abbia tenuto tale condotta: si presume, per di più, che questa condotta, estrinsecandosi in una serie più o meno larga d'atti, abbia prodotto od aggravato il fallimento; il reato sarebbe desunto da quel complesso di atti non individualmente determinati, la cui esistenza è presunta, in base al fatto di bancarotta. Più semplicemente, senza aggravare di presunzioni non necessarie il processo logico seguito dalla legge, si può dire che la legge valuta gli atti che enumera come tali da ingenerare la convinzione che il fallimento o il suo aggravamento si debbano in realtà a colpa o a dolo del fallito, anche se essi non abbiano direttamente avuto questo effetto; essa punisce, nella loro concorrenza, il fatto del fallimento, di per sé punibile, in quanto, lo presume effetto - più o meno direttamente con essi concatenato - di dolo o di colpa del debitore<sup>13</sup>. Da ciò, «il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti ed ha commesso uno degli atti che il Codice enumera, diventa bancarottiere, non appena la cessazione dei pagamenti metta capo alla dichiarazione di fallimento»<sup>14</sup>.

Quanto alla sentenza dichiarativa nella struttura del reato, Navarrini (in linea con Rocco e Longhi) afferma categoricamente che «non è certo, come qualche sentenza della Cassazione<sup>15</sup> ha affermato, un elemento costitutivo del reato, il che è assurdo», trattandosi, invece, di una «condizione di punibilità dell'attività illecita del commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti e commesso uno o più degli atti rammentati», anche se, contraddittoriamente, ammette che

---

<sup>13</sup> NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1935, vol. II, 276, 277.

<sup>14</sup> NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 277 argomenta la sua netta presa di posizione contro tesi giudicate assolutamente originali rispetto alla tradizione storica. Anzi, è assolutamente da «scartare l'opinione secondo cui il reato sarebbe costituito dai fatti di bancarotta, in quanto abbiano prodotto od aggravato il fallimento: e ciò sia perché non occorre nessun nesso diretto di causa ad effetto fra i fatti e casi di bancarotta ed il fallimento; sia perché questa opinione porterebbe all'assurdo di considerare l'esistenza di tanti reati quanti sono i fatti di bancarotta», aggiungendo, altresì, che non può essere seguita anche l'ulteriore tesi secondo cui «il reato è il fatto di bancarotta, e il fallimento è la condizione estrinseca per la punibilità di quel fatto» perché questa «non chiarisce e precisa tale condizione estrinseca, e lascia ad ogni modo intatta l'obiezione, ora, fatta, dell'assurdo di ravvisare in ogni fatto di bancarotta un reato» ed, infine, lascia perplessi l'opinione di chi sostiene che «non sarebbe il fallimento che costituisce il reato, ma il fatto umano che abbia causato il fallimento».

<sup>15</sup> Cass. 30 agosto 1934, in *Temi Em.*, vol. I, 1935, 81.

«il fallimento è reato quando siano stati commessi uno o più degli atti tipizzati»<sup>16</sup>.

Ad ogni modo, secondo queste impostazioni, la centralità del fallimento consente una ricostruzione rigorosamente unitaria del reato, a prescindere dalle sue molteplici e varie articolazioni tipiche, senza distinguere tra bancarotta patrimoniale e documentale, e tra fatti commessi prima o dopo la dichiarazione di fallimento.

Alla stessa dimensione unificante del fallimento conduce la sua qualificazione in termini di condizione di esistenza del reato, cui si possono ascrivere anche accadimenti che precedono la condotta illecita. Tale elaborazione dogmatica viene ascritta a Punzo<sup>17</sup>, che, come già detto, collocando la bancarotta tra i reati contro il patrimonio, raccoglie e sviluppa la definizione di Massari<sup>18</sup>, per cui le «*condizioni di esistenza del reato*» vanno considerate come «circostanze di tempo, di luogo, di attività, ecc., note o ignote all'agente in assenza delle quali non si produce la lesione o il pericolo di lesione del bene che la legge protegge con la norma che ipotizza un particolare reato» ed, applicandola ai reati fallimentari, rileva che la dichiarazione di fallimento sarebbe da ascrivere a tale categoria, perché le attività compiute prima della dichiarazione non rivestono il carattere dell'illecito; carattere che ad esse viene assegnato solo a seguito della sentenza dichiarativa: «solo in costanza di essa, si produce il danno dei creditori che, fino al momento in cui non si verifica il fallimento, potrebbero ugualmente essere soddisfatti malgrado tutti gli occultamenti e le dissipazioni»<sup>19</sup>.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge del '42, Provinciali, in modo lapidario, offre una definizione concisa e di sintesi di questa visione della bancarotta

---

<sup>16</sup> NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 277. Vi è anche l'opinione del Candian, alla vigilia dell'entrata in vigore della nuova legge fallimentare, che riproponeva la tesi del fallimento come reato, «come un fatto colpito da azione penale», cfr. AU. CANDIAN, *Il processo del fallimento*, Padova, 1939, 504, 505.

<sup>17</sup> PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 89 ss.

<sup>18</sup> MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli 1930, 67 ss.

<sup>19</sup> PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 93.

come «il fallimento doloso o colposo, tale considerato per presunzione assoluta, quando concorrano alcuni fatti dalla legge previsti, anche se da essi il fallimento non dipende»<sup>20</sup>.

3. *Il fallimento come condizione di procedibilità: la categoria unitaria delle «condizioni» (procedibilità, perseguibilità, punibilità). Critica.* Alla stessa dimensione unificante del fallimento va associata anche la tesi di chi ritiene che la declaratoria fallimentare ha un ruolo meramente formale e rappresenta soltanto un fatto processuale, dando vita a una semplice condizione di procedibilità del reato<sup>21</sup>: l'offesa «è tutta nella bancarotta, e la sentenza dichiarativa di fallimento è, semmai, un mezzo per porre riparo alla lesione»<sup>22</sup>. Se, dunque, la versione originaria di De Gennaro riserva all'insolvenza la qualifica di condizione di punibilità, per i reati prefallimentari, e di presupposto, per quelli postfallimentari, mentre trasferisce la sentenza dichiarativa sul piano processuale come presupposto dell'azione penale, quella più moderna, in sostanza, conferma la medesima impostazione, ma riqualificando la stessa natura delle condizioni di punibilità, in meri presupposti di procedibilità dell'azione penale, attraverso un rigoroso procedimento interpretativo e con incalzante argomentare sul piano processuale. Per dir meglio, le condizioni di punibilità sarebbero una *species* del più ampio *genus* delle condizioni di procedibilità, in cui si devono intendere ricomprese anche le condizioni di perseguibilità, così trovando fondamento razionale la previsione di cui all'art. 238 L.F. (oggi, art. 346 c.c.i.), in cui la declaratoria d'insolvenza è, appunto, condizione di perseguibilità dell'azione penale già incardinata. Conforto a questa lettura sarebbe costituito

<sup>20</sup> PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>3</sup>, vol. II, Milano, 1955, 1301,1302. Tuttavia, successivamente ripudiata, giudicando che essa «non può sostenersi di fronte al sistema della legge», v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>4</sup>, vol. II, Milano, 1964, 2105, 2107.

<sup>21</sup> Originariamente, DE GENNARO, *La bancarotta. Problemi di diritto sostantivo e processuale*, Napoli, 1930, 39 ss. Poi, GIULIANI BALESTRINO, *La declaratoria di fallimento quale condizione di procedibilità*, in *Annali dell'Università di Genova*, 1971, 314; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 25 ss.

<sup>22</sup> GIULIANI BALESTRINO, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Milano, 1966, 113; ID., *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 178, 179, il quale individua nella bancarotta un evento di pericolo coincidente con la «lesione della garanzia» dei creditori (mentre il fallimento sarebbe condizione di procedibilità).

dall'art. 158, co.2, c.p.p., secondo cui: «*Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato*». Emergerebbe, dunque, da questo dato positivo, una categoria unitaria delle «condizioni», all'interno della quale si distinguono la querela, l'istanza e la richiesta, ma unicamente per la diversa disciplina prevista in tema di prescrizione. Da ciò, «questa categoria unitaria si caratterizza per la comune incidenza che le «condizioni», singolarmente considerate, hanno sulla «procedibilità» (o sulla «proseguibilità» dell'azione penale)<sup>23</sup>.

Si tratta di una teoretica suggestiva, ma poco convincente. È sufficiente qui evidenziare che la profonda differenza che separa le condizioni di procedibilità da quelle di punibilità, per cui le prime sarebbero atti finalizzati al «dover procedere», elidendo un ostacolo di natura strettamente processuale; le seconde rappresenterebbero un elemento fattuale condizionante estraneo alla dinamica procedimentale e, peraltro, indipendente dalla volontà del soggetto (attivo o passivo) del reato<sup>24</sup>.

4. *Considerazioni critiche alle tesi più risalenti sul «fallimento-reato»*. La tesi originaria di Bonelli è contrastata da una serie di considerazioni. La prima è quella di elevare a momento soggettivo del reato, non un atteggiamento psicologico dell'agente, ma un suo comportamento: «l'elemento morale (o soggettivo) del reato - osserva Antolisei - è costituito esclusivamente dalla colpevolezza, mentre quei fatti consistono in comportamenti esteriori del soggetto (azioni o omissioni), accompagnati, alla loro volta, dal dolo o dalla colpa»<sup>25</sup>. La seconda, pur volendo prescindere dal primo rilievo, riguarda l'impossibilità di poter considerare il fallimento come il nucleo essenziale del reato, rispetto ai

<sup>23</sup> LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1995, 250.

<sup>24</sup> Senza pretesa di completezza, cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 52; GAITO, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 804 ss.; VIOLANTE, *Condizioni obbiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? (Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma)*, in *Ind. pen.*, 1994, 601 ss.; ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 42 ss.; GAITO, *Procedibilità (caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, agg., vol. II, Milano, 1998, 735.

<sup>25</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*<sup>90</sup>, vol. II, Milano, 1998, 29.

fatti postfallimentari, poiché non è possibile «ritenere come sussistente un reato, prima che sia compiuto quello che viene considerato l'elemento morale dello stesso»<sup>26</sup>. Ed invero, dalle stesse parole di Bonelli, per cui «se il reato di bancarotta non si è ancora verificato allorchè il fallimento si dichiara, la qualificazione di questo, e quindi anche la sua punibilità, resta in sospeso fino alla sua chiusura perché fino alla chiusura può prodursi il fatto capace di colorire retroattivamente la condotta del debitore e di rendere reato, cioè fatto punibile, il già seguito fallimento»<sup>27</sup>, emerge la forzatura logica di una «colorazione psicologica “retroattiva” del fatto materiale di reato (in tesi individuato nel fallimento)»<sup>28</sup>, che entra in conflitto con «il principio, ormai sicuramente acquisito, che il dolo susseguente non può mai retrotrarsi a compensare o sostituire una non esistente volontà criminosa»<sup>29</sup>.

Una tale evidenza critica fu avvertita da Rocco e da Longhi. Entrambi tendono a identificare i due elementi della bancarotta (fatto e fallimento o insolvenza) nello schema ordinario del reato, costituito dalla condotta, dall'evento e dal nesso di causalità, per il tramite, pur sempre di una o più presunzioni, «residuo di più rozze civiltà giuridiche»<sup>30</sup> e, dunque, non accettabili in un contesto costituzionale (anche secondo una lettura minima). In ogni caso, tramite tali argomentazioni, il reato può essere commesso anche dopo la dichiarazione di fallimento, in quanto i fatti successivi possono cagionare un aggravamento del dissesto già acclarato con la declaratoria fallimentare. È stato però contestato che, salve alcune specifiche ed espresse ipotesi, la maggior parte delle norme incriminatrici relative alla bancarotta (patrimoniale, in particolare) non richiede affatto la esistenza di un nesso causale fra la condotta tipizzata e il fallimento. Sicuramente, inoltre, non determinano alcuna diminuzione diretta del patrimonio residuo le fattispecie di bancarotta documentale. Anzi, vi è l'ipotesi di bancarotta semplice di cui all'art. 217, co. 1, n. 5), L.F. (oggi, art. 323, co.1, lett.

---

<sup>26</sup> ANTOLISEI, *op. loc. cit.*

<sup>27</sup> BONELLI, *Del fallimento*, cit., 321, 322.

<sup>28</sup> SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, cit., 44.

<sup>29</sup> DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi in onore di Longhi*, Roma, 1935, 17, 18.

<sup>30</sup> SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, cit., 39

e), c.c.i.) che «cagiona» non già un depauperamento, bensì un incremento dell'attivo fallimentare. Tanto da far concludere che la ritenuta sussistenza di un nesso causale tra le condotte tipiche e l'«evento-fallimento» non sia tanto frutto di una presunzione *iuris et de iure*, ma si tratti, piuttosto, «di una vera e propria *fictio*»<sup>31</sup>.

Quanto alla teoria di Punzo, che tanto successo ha avuto (per ragione o per convenienza) nella giurisprudenza fino a tempi recenti, è opportuno appuntare alcune considerazioni definitorie, a cui si fa cenno nei lavori preparatori del Codice penale, utili a comprendere meglio le *rationes* sottese alle scelte ermeneutiche che si avranno modo di illustrare più avanti.

5. *La definizione di «condizione di esistenza del reato» come ricostruita dai lavori preparatori del Codice penale Rocco nelle intenzioni del commissario Eduardo Massari.* In breve, è noto che, sin dai primi anni del Novecento, il codice Zanardelli era percepito «con lo sguardo rivolto al passato»<sup>32</sup> come inadeguato ad affrontare i mutamenti significativi della comunità italiana, così da imporre un percorso riformatore, iniziato nel 1919, che non si interruppe con l'avvento del fascismo. Anzi, nel 1925 fu presentato il disegno di legge delega, nella cui relazione venivano chiaramente esplicitate le ragioni poste alla base dell'intervento riformista, da identificare, non solo, nell'«aumento non indifferente della criminalità negli ultimi anni, particolarmente nel periodo post-bellico, dovuto a cause varie economiche e morali, sociali e politiche, generali e particolari, cause difficili a scrutarsi nella loro complessità, ma che tutte si riconducono ai profondi stravolgimenti prodottisi nella psicologia e nella morale degli individui e delle collettività, e delle condizioni di vita economica e sociale in conseguenza della grande guerra», ma anche nelle «lacune della legislazione penale, che l'esperienza, specialmente negli ultimi anni, ha messo in luce: in specie la rivelatasi insufficienza, nella lotta contro il delitto, dei mezzi puramente repressivi e penali, costituenti fin qui il principale, se non l'unico, armamentario difensivo dello Stato, e l'assoluta inidoneità delle pene a combattere

<sup>31</sup> SCALERA, *op. loc. cit.*; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 30

<sup>32</sup> VASSALLI, *Codice penale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1960, 270.

particolarmente i gravi e preoccupanti fenomeni della delinquenza abituale, della delinquenza degli infermi di mente pericolosi. Difetti che impongono la necessità di predisporre nel codice penale, accanto alle ordinarie e tradizionali misure di repressione, nuovi e più oculati mezzi di prevenzione alla criminalità»<sup>33</sup>. Tali criticità della legislazione punitiva furono evidenziate dalla dottrina più attenta dell'epoca<sup>34</sup> che invocò, in misura più o meno ampia, riforme o ritocchi di quegli istituti che, poi, furono oggetto di attenzione e revisione proprio da parte del primo progetto fascista.

E così, con legge 24 dicembre 1925, n. 2260, il ministro Alfredo Rocco ottenne per il governo la facoltà di modificare i codici penale e di procedura penale e, a tal fine, fu nominata una commissione ministeriale, presieduta da Giovanni Appiani<sup>35</sup>, dalla quale nacque un gruppo ristretto<sup>36</sup>, presieduto dallo stesso ministro. Un primo articolato fu dato alla fine del 1926. Nei primi mesi del 1927 si lavorò al secondo Libro e al terzo «Delle contravvenzioni in ispecie». Nel giugno del 1927 l'articolato venne ancora rivisto e nell'ottobre successivo esso si concretizzò nel progetto presentato alla commissione ministeriale, da cui fu discusso ed elaborato dando origine al Progetto definitivo che fu indirizzato alla commissione parlamentare<sup>37</sup> nell'ottobre 1929. Lo scopo essenziale di adattare nuove norme alle esigenze obiettive della realtà andava raggiunto «col superare, senza preconcetti, ma neppure deviazioni dai principi tradizionali, la crisi (...) delle cosiddette scuole, nate e moltiplicatesi di nome e di numero fino ad oggi, attraverso logomachie, polemiche e soprastrutture di indole più che

<sup>33</sup> Relazione al disegno di legge delega del 1925, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. I, pt. I, Roma, 1928, 45.

<sup>34</sup> FERRI, *Sulla riforma penale annunciata dall'on. Rocco*, in *Scuola Positiva*, vol. I, 1925, 391 ss.; GAROFALO, *Nuovo codice penale*, in *La palestra del diritto*, 1925, 7-8; GEMELLI, *A proposito del progetto del codice penale Rocco*, in *Vita e Pensiero*, 1925, 257 ss.; LONGHI, *Lo stato della legislazione penale attuale*, in *Rapports préparatoires du premier congrès international du droit pénal*, vol. II, Parigi, 1926, 40 ss.; LUCCHINI, *Riforma dei codici penali*, in *Riv. pen.*, 1925, 102, 68 ss.

<sup>35</sup> Composta da G. Bianchi, S. Longhi, F. Puja, G. Santoro, N. Carinci, E. Nosedà, A. Albertini, A. Adreoni, A. Gismondi, G. Innocenti, G. Marconi, E. Massari, Art. Rocco, G. Satta, E. Ferri, V. Manzini, E. Cavaglià, E. De Nicola, S. Fabbri, G. Gregoraci, I.M. Magrini, G. Marciano e V. Morello.

<sup>36</sup> Costituito da Art. Rocco, E. Massari, A. Gismondi, U. Aloisi, A. Jannitti Piromallo, E. Jannitti Piromallo, E. Romano e R. Mangini.

<sup>37</sup> La Commissione parlamentare fu presieduta da M. D'Amelio e ne fecero parte G. Bonicelli, C. Calisse, A. De Blasio, A. Diena, R. Garofalo, P. Milano Franco d'Aragona, S. Pagliano, A. Stoppato, A. De Marsico, R. Farinacci, S. Fera, L.M. Foschini, V. Leonardi, G.B. Madia, P. Pisenti, A. Solmi e F. Ungaro.

altro personali», nonché «col creare una legge penale rispondente al *novus ordo* ispirato dalla odierna concezione organica del reato»<sup>38</sup>.

Ora, a proposito dell'art. 44 c.p., nel verbale della commissione ministeriale n.12, il commissario Eduardo Massari (proprio colui a cui si è ispirato Punzo), nel descrivere il contenuto innovativo della previsione in commento, dapprima, evidenzia che «delle condizioni del reato, la dottrina italiana cominciò ad occuparsi a proposito dei reati fallimentari», richiamando la tesi di Alfredo Rocco<sup>39</sup> e di Longhi, per cui «lo stato d'insolvenza debba considerarsi una condizione obiettiva di punibilità», ovvero «perché il reato esista occorre (...) che vi sia il dissesto; senza di questo, quali che siano le frodi e le irregolarità commesse anteriormente dal commerciante, non può parlarsi di bancarotta, per non essersi verificata la condizione che le rende incriminabili». Dunque, da questa prima descrizione, sembrerebbero emergere alcune (apparenti) confusioni semantiche, laddove, a proposito di condizioni *ex art. 44 c.p.*, dapprima, si afferma che il dissesto (qui utilizzato come sinonimo di «dichiarazione dello stato di insolvenza») è una «condizione obiettiva di punibilità», poi, si dice che il reato «esiste» se vi è il «dissesto»: *ergo*, le condizioni obiettive di punibilità sembrerebbero una *species* del più ampio *genus* delle «condizioni di esistenza del reato». Conferma di tanto sembrerebbe aversi più avanti. Massari sostiene che «queste condizioni [di esistenza del reato] sono senza dubbio anch'esse elementi essenziali del reato, ma si diversificano dagli elementi costitutivi del reato, perché *non sempre*<sup>40</sup>, rispetto ad esse, deve dimostrarsi l'esistenza di una volontà di produrle». Quindi, le condizioni di esistenza sono «*elementi essenziali del reato*», diversi da quelli costitutivi, in ragione del fatto che «*non sempre*» rientrano nel fuoco dell'elemento volitivo. Pertanto, vi sono condizioni che rientrano nell'oggetto del dolo e altre che ne rimangono fuori. A questo punto, non resta che differenziare le condizioni di esistenza da quelle obiettive di punibilità. «Il Progetto distingue le condizioni, che attengono all'esistenza del reato, nel qual caso il reato non si perfeziona, se non attraverso il verificarsi

<sup>38</sup> JANNITTI PIROMALLO, *Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare*, Milano, 1928, 4, 5.

<sup>39</sup> Alfredo Rocco considera la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità ed elemento costitutivo del reato, cfr. AL. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e genesi storica*, cit., 120 ss.

<sup>40</sup> Corsivo non originale.

di esse, dalle altre per cui si versa in tema di condizioni di punibilità, per le quali il reato si perfeziona, anche prima del loro verificarsi, per tutti gli effetti giuridici che attengono alla determinazione del momento consumativo». Quindi, le une, si innestano sul reato consentendo di giungere alla consumazione; le altre, non aggiungono altro sul piano della consumazione<sup>41</sup>. Esempio del primo tipo è l'istigazione al suicidio; esempio del secondo tipo è la querela. Qui si chiarisce ulteriormente quanto affermato dal commissario Massari: la *summa divisio* degli elementi essenziali del reato distingue gli «elementi costitutivi» e le «condizioni di esistenza», tra cui vanno ricomprese le «condizioni di punibilità». Solo queste ultime escono certamente dall'oggetto dell'elemento psicologico, nonché sono estranee al momento consumativo del reato a cui si riferiscono, mentre le condizioni di esistenza presuppongono un reato perfetto, ma non consumato, che, dunque, integrano al verificarsi dell'evento-condizione. Da ciò, l'evento-condizione, riferendosi ad un reato già consumato, determina solo la relativa incriminabilità ed ha natura «processuale»<sup>42</sup>. Secondo Massari, dunque, l'art. 44 c.p. disciplinerebbe la sola «categoria» delle condizioni di esistenza del reato (quelle vere e proprie), proprio perché si innestano sul fatto e, dunque, potrebbero essere oggetto del dolo, se non fosse dettata una regola *ad hoc*.

La scelta del legislatore storico, come emerge dalla lettura degli ulteriori lavori parlamentari<sup>43</sup>, è stata quella di includere nella disciplina dettata dall'art. 44 c.p. «tutte» le condizioni quali elementi essenziali del reato, ribadendo, in più occasioni, di voler prevedere una deroga al principio generale che impone che ogni

---

<sup>41</sup> MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto, 1927, 67; ID., *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, 245 ss.; ID., *Le condizioni di punibilità nel momento processuale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1929, 418 ss.

<sup>42</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, p.I, pag.177, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, 131, nel descrivere la natura mista della querela, si afferma che «la querela accede a taluni reati per condizionarne la punibilità, essa non può essere altro che un elemento essenziale del reato; e in quanto, viceversa, esige l'osservanza di forme per essere fatta valere, essa ha valore strumentale in rapporto all'esercizio del diritto di punire, e s'inserisce nell'ordinamento giuridico processuale».

<sup>43</sup> Dall'art. 47 del Progetto preliminare del codice 1930 risulta, infatti, che il legislatore italiano intendesse sottoporre ad una identica disciplina di imputazione oggettiva le condizioni di punibilità e di esistenza, così BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 590. Già NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 14

elemento del reato rientri nell'oggetto dell'elemento volitivo<sup>44</sup>. Del resto, la stessa collocazione sistematica della previsione di disciplina fa propendere che il legislatore abbia voluto porre un'eccezione alla regola dettata per l'elemento psicologico.

Per concludere, va segnalato un aspetto che sarà ripreso più avanti. Per quanto riguarda i reati fallimentari, Massari, come detto, afferma che «perché il reato [di bancarotta] esista occorre (...) che vi sia il dissesto» e, dunque, il fallimento (inteso come dichiarazione dello stato d'insolvenza) è una condizione di esistenza del reato, non una condizione di punibilità, in quanto il suo verificarsi perfeziona il reato di bancarotta, attualizzando l'offesa al bene giuridico tutelato.

*Rebus sic stantibus*, è possibile sostenere che le «condizioni di esistenza del reato», così come definite da Massari, riprese da Punzo, comprese nella previsione di cui all'art. 44 c.p., non sono altro che le «condizioni obiettive di punibilità intrinseche», così come ormai pacificamente definite in dottrina, ovvero «quelle condizioni che concorrono a qualificare e attualizzare l'offesa»<sup>45</sup>.

La discussione, come detto, sarà ripresa a breve, allorquando si provvederà ad esaminare *funditus* la teoria che ravvisa nella dichiarazione d'insolvenza una condizione di punibilità (intrinseca).

6. *La bancarotta come reato «proprio» del fallito. Due importanti criticità.* Una soluzione originale, che proietta il fallimento oltre la dimensione del fatto di reato, è la proposta di Pagliaro per cui la bancarotta è reato «proprio» del fallito, nel senso che la sentenza dichiarativa è la fonte produttiva dello *status* di fallito in capo all'imprenditore<sup>46</sup>, che, dunque, costituisce il requisito essenziale del reato<sup>47</sup>, sia nelle ipotesi preconcorsuali, che in quelle postconcorsuali, essendo

<sup>44</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, n.29, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, 52,53.

<sup>45</sup> CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>2</sup>, Bologna, 2017, 726.

<sup>46</sup> Così anche BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, Leipzig, 1896-1901, 425 ss., il quale accostava, appunto, lo *status* del fallito a quello del pubblico ufficiale nei reati contro la pubblica amministrazione.

<sup>47</sup> PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 56.

normale, ma non fondamentale, per la configurazione della bancarotta, «il rapporto di contemporaneità tra il sussistere della qualifica e la realizzazione del fatto criminoso»<sup>48</sup>. Pertanto, ad integrare il fatto di reato non è la sentenza dichiarativa, ma solo lo *status* di fallito<sup>49</sup>, mentre la prima ha natura meramente processuale e la sua funzione si esaurisce nella risoluzione della questione pregiudiziale proprio sullo *status* di fallito<sup>50</sup>, così concretizzando la qualifica di «imprenditore fallito», in relazione alla quale sarebbe escluso ogni giudizio di meritevolezza di pena.

In breve, Pagliaro sostiene che, in primo luogo, l'accertamento dell'insolvenza, da parte del giudice penale, non è connesso alla sua formale dichiarazione da parte del giudice civile; in secondo luogo, tale insolvenza non assumerebbe alcun rilievo, non essendo un elemento di fattispecie; in terzo luogo, la sentenza del tribunale civile esonererebbe il giudice penale dall'accertamento dell'insolvenza (ad eccezione delle ipotesi di cui agli artt. 217, n. 4, e 223, co. 2, n. 2, L.F. - oggi, artt. 324 e 330 c.c.i.); infine, la revoca della sentenza civile imporrebbe, sul piano penale, il proscioglimento dell'imputato<sup>51</sup>.

Due rilievi critici.

La tesi del maestro palermitano si propone di fornire una soluzione unitaria al problema della natura della sentenza dichiarativa. Tuttavia, come è stato osservato dai più<sup>52</sup>, questa argomentazione è opinabile proprio relativamente alle

<sup>48</sup> SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, cit., 52.

<sup>49</sup> MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie penale*, Pisa, 2018, 69, osserva che «contrariamente ad una cospicua parte della dottrina, si sostiene infatti che la rilevanza della qualifica del soggetto attivo non sia coesistente al fatto tipico del reato proprio, il quale si caratterizzerebbe non già per la sua particolare struttura, bensì per la direzione del comando penale verso precise cerchie di soggetti. Specificare la direzione del precetto, si osserva, non equivarrebbe a specificarne il contenuto: mentre la prima operazione attiene alla teoria della norma, la seconda afferisce alla teoria del reato». Per ulteriori approfondimenti cfr. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano 1939, 11 ss., 25 ss.; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 137 ss.; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 99 ss.

<sup>50</sup> Sulla sentenza dichiarativa come fonte dello *status* di fallito, vigente il Codice Rocco di procedura penale, CARNELUTTI, *Processo penale per bancarotta e opposizione al fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 2, 187.

<sup>51</sup> PAGLIARO, *Riflessioni sulla riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 857.

<sup>52</sup> GIULIANI BALESTRINO, *La funzione della sentenza di fallimento nei reati concorsuali*, in *Giur. it.*, 1958, 2, 297; da ultimo, CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 284.

ipotesi più frequenti e comuni di bancarotta, cioè quelle di bancarotta prefallimentare, con un effetto quasi paradossale: il fatto di reato verrebbe realizzato da un soggetto ancora privo della qualifica necessaria per diventarne autore<sup>53</sup>. Ciò, comporterebbe una evidente forzatura concettuale della categoria dei reati propri e dei relativi meccanismi di imputazione<sup>54</sup>, in particolare sotto il profilo dell'irretroattività della legge penale<sup>55</sup>, peraltro in relazione ad un accadimento estraneo alla condotta e al controllo diretto dell'agente<sup>56</sup>. Infine, se lo *status* di fallito configura un requisito essenziale del reato, l'eventuale errore o ignoranza del medesimo si tradurrebbe in un errore sul fatto, che comporterebbe la esclusione della responsabilità dell'agente<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Ad onor del vero, PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 58,59, cerca di superare l'obiezione, tentando di dimostrare l'infondatezza della premessa circa l'asserita necessità della sussistenza della qualifica soggettiva al momento della commissione del fatto di reato, ma le relative argomentazioni non sono persuasive. Come evidenziato da SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, cit., 53, non appare probante il riferimento all'art. 216, co. 2, L.F., in quanto «la dissociazione temporale fra la qualifica di «imprenditore», che certamente si perde con la dichiarazione di fallimento, ed il fatto di bancarotta postfallimentare - dissociazione implicita nella formula legislativa che prevede l'irrogazione della pena «all'imprenditore... che, durante la procedura fallimentare, commette...» - potrebbe anche essa dimostrare, al più, la possibilità di configurare un reato proprio in funzione di una qualifica (nella specie di imprenditore) che il soggetto ha effettivamente rivestito in passato pur se più non l'ha al momento del fatto, ma ancora nulla proverebbe circa la configurabilità di un reato siffatto in funzione di una qualifica (nella specie, fallito) rispetto a tale momento». In altri termini, è indubbio che il reato postconcorsuale è un reato proprio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale (ciò che prima di diceva «fallito»), essendo necessario dimostrare che il reato preconcorsuale sia reato proprio del «fallito», secondo quanto indicato da Pagliaro. Del pari, non è persuasiva l'ulteriore argomentazione di Pagliaro, secondo cui la dissociazione tra condotta e qualifica, nel senso della prima sulla seconda, sarebbe positivamente dimostrata dalle disposizioni incriminatrici che indentificano il soggetto attivo nell'«imprenditore in liquidazione giudiziale», ma al contempo descrivendo la condotta con predicati verbali al passato (art.322, prima parte, e 323 c.c.i.) o prevedendone indifferentemente la commissione «prima o durante» la procedura (art. 322, co.3, c.c.i.). È un'argomentazione affascinante, ma, come detto, non accettabile per il fatto che non è convincente la nozione di reato proprio a dissociazione eventuale (nel senso di anticipazione della condotta rispetto alla qualifica), proposta da Pagliaro.

<sup>54</sup> Così, in particolare, GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 47: «La gravità dell'affermazione non può sfuggire ad alcuno: ragionando a questo modo, un reato comune potrebbe integrare, per susseguente chiamata alle armi del reo, gli estremi del reato militare».

<sup>55</sup> PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento. dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 452; DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 39.

<sup>56</sup> In questi termini, MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie penale*, cit., 70, il quale giustamente fa «salvo il caso della richiesta di fallimento in proprio, che comunque costituisce soltanto uno dei tasselli che conducono alla sentenza dichiarativa».

<sup>57</sup> Così CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 284.

7. *La sentenza di apertura della liquidazione giudiziale come «condizione obiettiva di punibilità» per i fatti preconcorsuali e come «presupposto» per quelli postconcorsuali.* La dottrina maggioritaria risponde alla problematica relativa al ruolo della sentenza dichiarativa nella struttura del reato con una soluzione «double face»<sup>38</sup>, a seconda che si tratti di bancarotta preconcorsuale ovvero postconcorsuale: nella prima ipotesi, la dichiarazione di fallimento assume la natura di «condizione obiettiva di punibilità»<sup>39</sup>; nella seconda, si configura come

<sup>38</sup> CASAROLI, *“Fallimento” e bancarotta*, cit., 285.

<sup>39</sup> Sulle condizioni obiettive di punibilità v. MUSOTTO, *Le condizioni di punibilità nella teoria generale del reato*, Palermo, 1936; F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938; DI LORENZO, *Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, 414 ss.; AZZALI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studi delle scienze giuridiche e sociali dell’Università di Pavia*, Pavia, 1954, 34; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss.; CURATOLA, *Condizioni obiettive di punibilità (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, 807 ss.; G. PECORELLA, *Riflessioni in tema di pubblico scandalo nel delitto di incesto*, in *Riv. dir. matr.*, 1963, 232 ss.; GIULIANI, *Il problema giuridico delle condizioni obiettive di punibilità*, Padova, 1966; BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 588 ss.; NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 184 ss.; ID., *Condizioni obiettive di punibilità (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1988, 1 ss.; LOSAPPPIO, *Condizione obiettiva di punibilità*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, Milano, 2000, 353 ss.; RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971; ANTONINI, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazione in tema di rapporto fra incesto e violenza carnale presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1284 ss.; STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 625 ss.; ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 82 ss.; BELLINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Torino, 1988; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440 ss.; ZANOTTI, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli 1989, 343 ss.; PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss., poi in *Diritto penale*, vol. IV, Milano 2003, 1005 ss.; DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1145 ss.; ROMANO, *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e “teoria del reato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.; VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, 1992; D’ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 652 ss.; VIOLANTE, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, Bari, vol. II, 1994, 1027 ss.; MORMANDO, *L’evoluzione storico-donmatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 610 ss.; ZANOTTI, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. dir. pen.*, vol. X, 1995, 524 ss.; ZANOTTI-MUTTI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da Bricola-Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, 841 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 17 ss., 138 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 133 ss.; INSO-LERA-STORTONI, *La punibilità*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 413 ss.; D’ASCOLA, *Reato e pena nell’analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004; BINDA-AIMI, *Art. 44*, in *Codice penale commentato*<sup>6</sup>, vol. I, diretto da Dolcini-Gatta, Milanofiori Assago, 2015, 709

«presupposto del reato»<sup>60</sup>. Si registrano varietà di accenti, che, tuttavia, si possono accomunare in due diversi poli, l'uno, che allude alla condizione estrinseca<sup>61</sup>, l'altro, che considera il condizionamento della punibilità solo intrinseco<sup>62</sup>, così acuendosi la discussione stante l'*eterogeneità funzionale* delle due tipologie: «le condizioni estrinseche o proprie restringono la punibilità di un illecito; invece quelle intrinseche o improprie permetterebbero di punire un fatto che altrimenti non lo sarebbe, estendendo di fatto la portata di una fattispecie incriminatrice e incidendo sulla meritevolezza, rendendo perciò necessaria una loro imputazione oggettiva e soggettiva»<sup>63</sup>.

Un'argomentazione accomuna le due opzioni, chiaramente facendo riferimento alle ipotesi di bancarotta preconcorsuali. L'oggetto del divieto penale non è il fallimento in sé che, pertanto, non può rappresentare un elemento costitutivo del reato (evento naturalistico), tuttavia, la mera realizzazione dei fatti tipici, da sola, non giustifica la punizione, trattandosi di comportamenti di per sé leciti, se non incidono irreversibilmente sugli interessi dei creditori. Il *discrimen*, dunque, tra condotta lecita ed illecita dell'imprenditore è lo stato d'insolvenza giudizialmente accertato, che rappresenta lo «spartiacque» sul versante penale e così giustificando la sanzione penale<sup>64</sup>. «Solo la dichiarazione di fallimento chiude il ciclo della bancarotta prefallimentare»<sup>65</sup>. Da qui, si tratterebbe di un requisito esterno al fatto tipico, slegato causalmente dalle condotte incriminate e, dunque, da sussumere coerentemente tra le «condizioni obiettive di punibilità». Come detto, però, la dottrina è divisa sull'attribuzione o

---

ss.; DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 11 ss.; RONCO, *Le condizioni oggettive di punibilità*, in ID., *Scritti patavini*, Tomo I, Torino 2017, 413 ss.; CORNACCHIA, *La punibilità sub condicione*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 12 dicembre 2017

<sup>60</sup> Fra i tanti, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 35; CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, cit., 128; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 16. Per una definizione, nella manualistica, cfr. CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 337.

<sup>61</sup> Per tutti, NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 381.

<sup>62</sup> Fra tutti, CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 280 ss.

<sup>63</sup> CORNACCHIA, *La punibilità sub condicione*, cit., 22.

<sup>64</sup> Così anche CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 285.

<sup>65</sup> PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 909.

meno di una valenza offensiva alla declaratoria fallimentare (rispettivamente, condizione intrinseca e condizione estrinseca).

Per ragioni sistematiche e di sviluppo delle soluzioni dottrinali circa la posizione del fallimento nella struttura del reato, si esaminerà, dapprima, la tesi che considera la sentenza dichiarativa come condizione estrinseca di punibilità dei fatti di bancarotta.

8. *La sentenza dichiarativa come condizione obiettiva di punibilità «estrinseca» è un requisito di tipo obiettivo collocato ai margini della fattispecie che accerta l'insolvenza conclamata e irreversibile e determina la punizione dell'imprenditore. Le risposte alle obiezioni e la contraddittoria necessità di un nesso offensivo prefigurato dall'agente tra condotta e declaratoria d'insolvenza.* Tale opzione ermeneutica (maggioritaria)<sup>66</sup> sostiene che le ipotesi preconcorsuali tipizzate dall'art. 322 c.c.i. (già art. 216 L.F.) non prevedono nella loro struttura la declaratoria civile come evento naturalistico, alla stregua di un semplice confronto testuale sistematico con quanto indicato nei casi di bancarotta impropria di cui agli artt. 329, co.2, (già art. 223, co.2, L.F.) e 330, co.1, n.2, c.c.i. (già art. 224, co.1, n.2, L.F.), in cui la causazione del dissesto è posta in nesso causale con determinati comportamenti preconcorsuali (e non solo). Da ciò, la liquidazione giudiziale è evento-condizione, esterno al fatto tipico, con funzione di recupero della «dimensione lesiva dell'illecito mediante l'arricchimento interpretativo in chiave offensiva delle modalità della condotta tipizzate nei delitti di

---

<sup>66</sup> Fra i tanti, TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, in *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, a cura di Insolera-Acquaroli, Ancona, 1997, 65 ss.; PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta preconcorsuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 138 ss.; FOFFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 752 ss.; MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1620 ss.; PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Padova, 2010, 331 ss.; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 13 ss.; AL. ROSSI, *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*<sup>3</sup>, vol. II, aggiorn. a cura di Grosso, Milano, 2014, 25 ss.; AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale dell'impresa*<sup>4</sup>, a cura di Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, Bologna, 2016, 305 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, 13; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, *passim*; CONSULICHI, *Il diritto penale fallimentare al tempo del Codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *www.la-legislazionepenale.it*, 20 maggio 2020, 9.

bancarotta»<sup>67</sup>. In altri termini, la sentenza di accertamento dell'irreversibilità dell'insolvenza non aggiunge effettivamente alcunché «all'offesa delle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta»<sup>68</sup>, nel senso che le ipotesi bancarotiere hanno indubbiamente già una connotazione intrinseca in termini d'illeceità, la cui punibilità, come applicazione della più grave sanzione prevista dall'ordinamento, è dipendente dalla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 121 c.c.i.* solo per «mere ragioni di opportunità», che vanno colte nel rilievo che «un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare a un tracollo un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e gli stessi creditori. Ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo»<sup>69</sup>.

Dunque, la liquidazione giudiziale, espropriando l'imprenditore insolvente, ne accerta l'irreversibile incapacità alla sana gestione dell'impresa e, in chiave contemporanea, di utile gestione della continuità aziendale, così facendo venire meno l'esigenza di contenere l'intervento penalistico che, in mancanza della condizione posta dalla legge, entrerebbe in conflitto con la riconosciuta libertà di iniziativa economica (che ammette la facoltà all'imprenditore in crisi di sanare lo stato di insolvenza fino al limite dell'apertura della procedura concorsuale)<sup>70</sup> ed, in definitiva, sarebbe evidentemente traumatico per la vita imprenditoriale, con effetti spesso pregiudicanti gli stessi interessi dei creditori. È stato

---

<sup>67</sup> Così, per tutti, DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta (1926)*, ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, 437 ss.; PEDRAZZI, *Art. 216*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare. I reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito, Artt. 216-227*, a cura di Galgano, Bologna, 1995, 11 ss.; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; ZANNOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 39 ss.; D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 363 ss.; MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 390 ss.

<sup>68</sup> PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di Pedrazzi-Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, Bologna, 2000, 108.

<sup>69</sup> PEDRAZZI, *op. loc. cit.*

<sup>70</sup> Sul punto, COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 77, obiettata una certa parzialità, essendo tendenti a giustificare l'arretramento della repressione penale in questo particolare ambito, senza tuttavia dar conto del fatto che molti altri rami del diritto complementare intervengono, senza limitazioni di sorta, a orientare la vita dell'impresa: si pensi,

puntualmente detto che la limitazione dell'intervento penalistico anticipato in materia concorsuale è dettata da esigenze connesse «indissolubilmente al reticolo di rapporti che l'attività d'impresa determina («l'imprenditore commerciale [è] più impegnato socialmente del comune debitore»<sup>71</sup>)<sup>72</sup>, dissuadendo da «una repressione automatica [che] poco gioverebbe agli stessi creditori: finché la crisi non si dimostri irreversibile essi possono contare su di una ripresa che consenta un soddisfacimento integrale»<sup>73</sup>.

Pertanto, l'irreversibilità della crisi, dichiarata dalla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, da un lato, attesta l'impossibilità di ogni diversa e alternativa ipotesi di recupero o anche solo di gestione della difficoltà reddituale, economica e finanziaria dell'impresa e, dall'altro, tramutandosi in «insolvenza conclamata», consente (condizionandola) l'operatività delle disposizioni incriminatrici in materia di bancarotta.

È una situazione che può verificarsi indipendentemente dalle condotte bancarottiere, come detto, posto che «nessun nesso causale è richiesto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, inteso non solo come atto di giurisdizione, ma anche,

---

per tutti, al diritto penale tributario e al diritto penale societario. Tuttavia, MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie penale*, cit., 62, osserva che «la ragione della distinzione, nondimeno, può cogliersi in relazione ad entrambe le branche appena menzionate. Non sembra infondato sostenere che la matrice esclusivamente pubblicistica degli illeciti penali fiscali, in punto di tutela, mal soffrirebbe un freno legato all'economia imprenditoriale, che è peraltro comunque invero, pur con diverso meccanismo, dalla generalizzata applicazione delle soglie di punibilità. Peraltro, l'assenza di una risposta penalistica non testimonia la rinuncia alla sanzione, che nel contesto amministrativo risulta anzi assai gravosa, tanto dall'aver ingenerato l'ormai cospicuo filone giurisprudenziale relativo al *ne bis in idem* di matrice europea e legato alla teorizzazione della c.d. *matière pénale*. Quanto al diritto penale societario, è ancora una volta l'ottica e lo scopo della tutela a definirne un diverso campo d'azione; mentre il diritto penale fallimentare si occupa della garanzia dei creditori, il primo protegge una serie variegata di interessi: dalla protezione della trasparenza societaria (artt. 2621, 2622 c.c.), del capi tale sociale (artt. 2626, 2627, 2628, 2632 c.c.), del patrimonio sociale (artt. 2629- bis, 2634, 2635 c.c.), dell'andamento della vita sociale (artt. 2631, 2636 c.c.) - interessi interni all'impresa, rispetto ai quali sarebbe controproducente la postergazione della risposta sanzionatoria - si giunge alla tutela delle funzioni di vigilanza e di controllo (artt. 2625, 2638 c.c.) e del corretto andamento del mercato (art. 2637 c.c.), rispetto ai quali si possono mutuare le considerazioni suesposte rispetto alla rilevanza pubblicistica dell'oggetto giuridico. Solo residualmente, per vero, si affacciano due ipotesi poste a tutela dei creditori (artt. 2629, 2633 c.c.), le quali sono, tuttavia, significativamente soggette alla procedibilità a querela, con parallela previsione dell'estinzione del reato in caso di risarcimento del danno».

<sup>71</sup> PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

<sup>72</sup> MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, cit., 397.

<sup>73</sup> PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 443.

sotto il profilo sostanziale, come insolvenza giudizialmente accertata. Nessun “crescendo” sul piano della lesività (tanto meno un’omologazione *a posteriori*), visto che l’insolvenza può esplodere per tutt’altre cause, magari le più imprevedibili»<sup>74</sup>. Conclusivamente, la dottrina maggioritaria riconosce nella sentenza dichiarativa dell’insolvenza la natura di condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*, poiché «si tratta di un requisito di tipo obiettivo collocato, per così dire, ai margini della fattispecie, in quanto non collegato alla condotta né sul piano causale né sul piano psicologico (che, in altre parole, non viene addebitato all’agente)»<sup>75</sup>, con imputazione all’imprenditore insolvente di quanto lasciato impunito fino all’accertamento dell’insolvenza conclamata e irreversibile.

In questa ultima argomentazione si pone un dubbio di fondo: la costruzione dogmatica appena illustrata non fa altro che trasfigurare il «fallimento-reato» di un tempo, vestendolo di un manto più *ermeneuticamente* accettabile? insomma, si continua a punire semplicemente il fallito, non i fatti pregressi in sé? infine, è ancora *eticamente*<sup>76</sup> accettabile che un fatto possa colorarsi di illiceità per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile (salvo eccezioni)? Interrogativi che celano (non troppo) delle obiezioni. Per ovviare a queste o, se si vuole, per rispondere a tali dubbi, si è proposta una soluzione ermeneutica: la marginalizzazione del disvalore dell’insolvenza conclamata ed irreversibile, come accertata dal giudice civile, impone la valorizzazione delle note offensive delle condotte tipizzate nella prospettiva della tutela della garanzia dei creditori, nel senso che si è ravvisata, nel linguaggio normativo, l’implicita necessità di indagare su una concreta aggressione al bene tutelato. «La stessa ‘distruzione’ non può esaurirsi in termini di pura materialità: nessuno penserebbe di punire l’imprenditore che ‘distrugga’ attrezzi divenuti inservibili o scarti di

---

<sup>74</sup> PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 898. Nel senso della esclusione della sussistenza del nesso causale anche GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato di bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 570 ss.; PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 691 ss.

<sup>75</sup> PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

<sup>76</sup> DONINI, *Premesse storiche a concezione costituzionale dell’offesa nella bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, 1/2, 6.

lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo»<sup>77</sup>. Ed invero, Pedrazzi parte dalla considerazione che la tutela delle ragioni creditorie è un requisito di fattispecie che, dunque, andrà accertato in concreto dal giudice, al pari di quanto avviene in sede civile in relazione alle azioni revocatorie, surrogatorie e conservative che esigono, secondo una diversa gradazione, l'accertamento della concretezza del pericolo per i diritti di credito<sup>78</sup>. Il livello sanzionatorio, del resto, depone a favore di un pericolo concreto<sup>79</sup>. L'accertamento dell'«offensività concreta» del fatto rispetto alle ragioni creditorie va, dunque, rapportato al momento della condotta e svincolato dal momento in cui è dichiarato il fallimento (che cristallizza l'oggettività giuridica senza nulla aggiungervi)<sup>80</sup>. In altri termini, il nesso offensivo dei fatti di bancarotta, unitariamente intesi, con la tutela della pretesa creditoria (valorizzato particolarmente nella bancarotta preconcorsuale) si perfeziona al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale con cui si certifica l'insolvenza come manifestazione effettuale dell'offesa ai diritti patrimoniali dei creditori tutelati<sup>81</sup>. Se, dunque, la declaratoria d'insolvenza non incide direttamente sul disvalore del fatto, allora, è pacifico che la stessa non deve rispecchiarsi nella sfera del

---

<sup>77</sup> PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 12.

<sup>78</sup> PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 990, per cui, inoltre, gli atti di disposizione dei beni propri, per l'imprenditore, sono esercizio del diritto, che viene meno solo in presenza di un rischio di incapacienza: ma non è una mera scriminante, è un limite interno alla stessa fattispecie della bancarotta patrimoniale. Appare evidente la convergenza con la «zona di rischio penale» elaborata da Nuvolone.

<sup>79</sup> PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 12,15.

<sup>80</sup> PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 11.

<sup>81</sup> Così, FIORELLA, *I reati fallimentari*, in ID., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, 298, richiamato da PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, cit., 23, il quale, fra l'altro, evidenzia che «ponendosi nella medesima prospettiva, colgono nel segno quelle ricostruzioni in chiave «processuale» delle condizioni obiettive di punibilità che assegnano alla declaratoria fallimentare il compito di «rivelare» un'offesa già presente. Si è anche parlato di una efficacia ricognitiva dell'antigiuridicità dei precedenti atti di disposizione dell'imprenditore [ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 116] (...). Potrebbe sembrare che si voglia surrettiziamente far rivivere, per tal via, la tesi del fallimento come elemento costitutivo del reato. Ma la predetta conclusione, in realtà, si può spiegare ancora una volta alla luce della funzione assoluta dalle condizioni obiettive di punibilità: l'ordinamento vuole consentire all'imprenditore di ricostituire, eventualmente con apporti di nuova finanza, la propria capacità di generare flussi finanziari attivi, evitando così l'intervento punitivo. Appare quindi coerente alla *ratio* dell'intervento penale in materia fallimentare, per come concepito *de iure condito*, che un imprenditore (...) continuando ad adempiere «regolarmente» le proprie obbligazioni vada esente dal fallimento e dalle connesse conseguenze penali».

dolo<sup>82</sup>. Si è detto che «l'agente, pur non dovendo rappresentarsi e volere l'apertura della procedura [concorsuale], [deve] comunque prefigurarsi il rischio di un pregiudizio per le ragioni creditorie e la situazione di potenziale insolvenza che rende attuale l'offesa delle condotte», così soddisfacendo le esigenze espresse dal principio di colpevolezza (art. 27 Cost.)<sup>83</sup>. La questione, come detto, si sposta sul piano della delimitazione dell'offesa al bene giuridico «per sanare la contraddizione<sup>84</sup>, la gravità delle pene doveva implicare o la punibilità anticipata o almeno il requisito di una congruenza offensiva tra il profilo *ex ante* (un fatto serio, grave, pericoloso) e quello *ex post* (un nesso non fortuito con la condotta). Altrimenti l'oggettivismo della responsabilità "senza colpa" riemergeva a ogni piè sospinto»<sup>85</sup>. È un discorso che sollecita una diversa riflessione, che sarà ripresa più avanti.

9. *La sentenza dichiarativa come condizione «intrinseca» di punibilità. Luci e ombre di un'opzione ermeneutica minoritaria.* Si deve a Pietro Nuvolone - teorico dell'oggettività giuridica in chiave pubblicistica - l'aver qualificato la sentenza dichiarativa come condizione *intrinseca* di punibilità<sup>86</sup>, che, partecipando alla struttura del reato, ne segna il momento consumativo. In questo modo, i fatti incriminati assumono una particolare colorazione penale tale da ledere

<sup>82</sup> AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 290.

<sup>83</sup> PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, cit., 24.

<sup>84</sup> «E' infatti inconcepibile che si possa restare impuniti per anni per fatti che, se poi invece segue un evento fortuito e non imputabile - perchè non imputiamo l'evento -, comportano pene di grande rilevanza, come quelle previste per la bancarotta dolosa. Solo immaginando che l'evento-insolvenza spieghi un ruolo centrale si capisce "tutta la pena" *ex post*, e il "mente pena" *ex ante*», così DONINI, *Premesse storiche a concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, cit., 7.

<sup>85</sup> DONINI, *op. loc. cit.*

<sup>86</sup> È proprio facendo leva sulla natura processuale dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici e sulla conseguente collocazione della bancarotta fra i delitti contro l'amministrazione della giustizia, che la dichiarazione di fallimento viene catalogata come condizione intrinseca: «noi pensiamo che la *ratio* di questa condizione obiettiva di punibilità stia nel porre l'accento sugli interessi che lo Stato persegue attraverso la procedura concorsuale», NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 293.

l'interesse processuale al rapido e corretto svolgimento della procedura concorsuale per la massima soddisfazione delle ragioni creditorie<sup>87</sup>. Infatti, è proprio facendo leva sulla natura processuale dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici e sulla conseguente collocazione della bancarotta fra i delitti contro l'amministrazione della giustizia, che la dichiarazione di fallimento viene catalogata come condizione intrinseca: «noi pensiamo che la *ratio* di questa condizione obiettiva di punibilità stia nel porre l'accento sugli interessi che lo Stato persegue attraverso la procedura concorsuale»<sup>88</sup>.

Per poter continuare la discussione è necessario appuntare (nuovamente) l'attenzione sulla definizione di «condizioni obiettive di punibilità». Si è già ricostruita la definizione dal punto di vista storico normativo, richiamando i lavori preparatori del Codice penale<sup>89</sup>, per cui la *summa divisio* degli elementi essenziali del reato distingue gli «elementi costitutivi» e le «condizioni di esistenza», tra cui vanno ricomprese le «condizioni di punibilità»: solo queste ultime escono dall'oggetto dell'elemento psicologico, in quanto le condizioni di esistenza presuppongono un reato non-perfetto che, dunque, integrano al verificarsi dell'evento-condizione; le condizioni di punibilità, invece, si insediano su un reato già perfetto, con la conseguenza che il verificarsi dell'evento-condizione determina solo la relativa incriminabilità ed hanno natura «processuale»<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. pure COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, diretto da Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 1145, secondo cui «è il sistema concorsuale vigente a porre un limite estremamente rigoroso al diritto di proprietà, che trova giustificazione anche nella natura non meramente patrimoniale del bene di categoria tutelato da tali fattispecie»; analogamente, SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 8, secondo il quale il patrimonio dei creditori non può essere considerato il bene giuridico protetto dal momento che determinati comportamenti sono puniti (e dunque il bene-patrimonio sarebbe protetto) soltanto dopo l'accertamento giurisdizionale dell'insolvenza: un evento che pubblicizza e istituzionalizza la sfera degli interessi tutelati.

<sup>88</sup> NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 293. Fra gli altri, BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 594; PAJARDI-FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari: le responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, Milano, 1994, p. 38; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 27; ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare, Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, a cura di Pulitanò, Torino, 2013, 364. Secondo GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 569, la sentenza dichiarativa fornisce alla fattispecie la modalità cronologica essenziale per la rilevazione in concreto dell'interesse tutelato.

<sup>89</sup> *Supra*, par. 5.

<sup>90</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, p.I, pag.177*, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, 131, nel descrivere la natura

Da qui, come spiegato, l'esigenza del legislatore storico di prevedere una regola *ad hoc* per le condizioni di esistenza per escluderle dal fuoco del dolo.

Sostanziale conferma di tanto, emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>91</sup>, secondo cui le condizioni estrinseche sono gli «elementi estranei alla materia del divieto» ossia quei fattori che sono estranei all'offesa e si limitano ad esprimere valutazioni di mera opportunità e convenienza (connesse ad un interesse «esterno» al profilo offensivo del reato) in ordine alla punibilità di un fatto già di per sé compiutamente lesivo dell'interesse protetto; le condizioni intrinseche (o «a contenuto offensivo» e, pertanto, da annoverarsi tra gli «elementi più significativi della fattispecie»), invece, sono gli accadimenti lesivi del bene giuridico, o in quanto attualizzano l'offesa che è già potenzialmente realizzata dal fatto *stricto sensu* inteso, o in quanto determinano una progressione

---

mista della querela, si afferma che «la querela accede a taluni reati per condizionarne la punibilità, essa non può essere altro che un elemento essenziale del reato; e in quanto, viceversa, esige l'osservanza di forme per essere fatta valere, essa ha valore strumentale in rapporto all'esercizio del diritto di punire, e s'inserisce nell'ordinamento giuridico processuale».

<sup>91</sup> Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364; Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085; Corte cost. 11 gennaio 2007, n. 322. Sulla sentenza n. 364 del 1988, nell'ampia bibliografia, senza presunzione di completezza, PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 1, 686 ss.; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1, 385 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 cod. pen.*, in *Leg. pen.*, 1988, 449 ss.; RONCO, *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, 8 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 83 ss.; ROMANO, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. I, Art. 1-84, Milano, 2004, 103, parla di vera e propria «modernizzazione del nostro sistema penale»; BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1995, 2, 154 ss.; ID., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997; BELLI, *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Studium iuris*, 2003, 2, 253 ss.; CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di "ignorantia legis"*, in *Foro it.*, 1991, 2, 415 ss.; ID., *La nuova configurazione dell'art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Bologna, 1989; CARCANO, *L'adempimento dell'onere informativo necessario per rendere scusabile l'errore sulla legge penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 6, 2407 ss.; D'AMICO, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, vol. I, Artt. 1-54, Torino, 2006; FLORA, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*<sup>3</sup>, a cura di Crespi-Forti-Zuccalà, Padova, 2008, 53 ss.; ID., voce *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 255 ss.; GIUNTA, *Commento all'art. 5*, in *Codice penale*<sup>4</sup>, a cura di Padovani, Milano, 2007, 56 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, 379 ss.; PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 122 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza* (nota a Corte cost., 24.3.1988 n.364), in *Giust. cost.*, 1988, 3 ss.

o un aggravamento dell'offesa già espressa nella commissione del reato, ovvero comportano la lesione di un interesse diverso (ma dello stesso tipo o comunque prossimo) rispetto a quello tutelato in via principale dalla norma incriminatrice<sup>92</sup>.

Ora, a sostegno della tesi qui in parola, si è così argomentato. Delitala osserva che se il fallimento non costituisce l'evento del reato, «è però vero che tale evento (l'offesa al diritto dei creditori) può prodursi solo nello stato di insolvenza o di liquidazione: il reato viene a nascere col fallimento e nel fallimento. Per esso l'offesa ai diritti dei creditori, potenzialmente contenuta nelle precedenti violazioni degli obblighi giuridici imposti al commerciante, diviene effettiva e rilevante»<sup>93</sup>. E ancora Antolisei, per cui «la dichiarazione di fallimento, nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare, è bensì una condizione di punibilità, ma presenta delle caratteristiche speciali che la distinguono dalle altre. Essa, infatti, non può considerarsi estrinseca al reato, avendo un valore determinante nell'economia dello stesso [...] soltanto con il fallimento l'offesa agli interessi dei creditori diviene effettiva e rilevante. Prima della pronuncia del Tribunale, infatti, quell'offesa resta eventuale, essendo possibile, per lo meno in astratto, che un avvenimento favorevole (sia pure un colpo di fortuna) consenta al debitore di adempiere compiutamente le sue obbligazioni. Con la dichiarazione di fallimento, per l'incontro, si crea una situazione giuridica nuova, la quale implica una vera trasformazione dei diritti dei creditori [...]. Facendo in tal modo passare l'offesa inerente al reato dall'eventualità all'attualità, la dichiarazione del fallimento non può considerarsi estrinseca al fatto delittuoso, e perciò si deve ritenere che prima di essa il reato non sia perfetto». In maniera esplicita, Bricola, dopo aver evidenziato che «la qualificazione di una condizione come intrinseca vuole significare che essa contribuisce a rendere più evidente ossia ad attualizzare l'offesa di quell'interesse che è già potenzialmente realizzata dal fatto in senso stretto», conclude: «così, ad esempio, la sentenza dichiarativa di

---

<sup>92</sup> In questi termini, CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 316.

<sup>93</sup> DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976, 725.

fallimento rende attuale e qualifica come processuale quell'interesse la cui lesione è già potenzialmente racchiusa in una serie di fatti di bancarotta, commessi nella cosiddetta zona di rischio penale»<sup>94</sup>.

Anche alcune affermazioni dei sostenitori della sentenza dichiarativa come condizione estrinseca apparirebbero contraddittorie rispetto alla tesi sostenuta e più conformi all'ipotesi che intendono smentire, tanto da offrire utili conferme all'opzione ermeneutica che si sta illustrando. E così: «indipendentemente dall'efficacia condizionante, solo al momento della dichiarazione di fallimento il quadro tipico della bancarotta prefallimentare può dirsi definito in tutti i suoi molteplici profili [...] alla dichiarazione di fallimento si ricollegano riflessi sostanziali che non si lasciano ridurre al momento puramente sanzionatorio della punibilità in concreto. Taluni parametri essenziali di qualificazione dei fatti di bancarotta, che completano il quadro tipico, sembrano definirsi contestualmente alla sentenza dichiarativa, prima della quale non sembra possibile collocare il momento consumativo [...] solo quando interviene la cesura del fallimento [...] l'attitudine lesiva insita nei fatti di bancarotta, cui nulla aggiunge il fallimento, acquista una connotazione di definitività e si colora come danno [...]. La dichiarazione di fallimento non contribuisce all'offesa dell'interesse protetto né forma oggetto di rimprovero [...] ancorché al suo verificarsi maturino taluni parametri di qualificazione del fatto in senso stretto»<sup>95</sup>. Ancora, sostiene Pisani che «l'agente, pur non dovendo rappresentarsi e volere l'apertura della procedura [concorsuale], [deve] comunque prefigurarsi il rischio di un pregiudizio per le ragioni creditorie e la situazione di potenziale insolvenza che rende attuale l'offesa delle condotte», così soddisfacendo le esigenze espresse dal principio di colpevolezza (art. 27 Cost.)<sup>96</sup>.

Ad ogni modo, vanno tenuti ben distinti l'«insolvenza» e la «sentenza dichiarativa», nella prospettiva della tesi illustrata più sopra, appartenendo, l'una, alla «sostanza», l'altra, alla «forma» e, solo questa, è qualificata come condizione

<sup>94</sup> BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 594.

<sup>95</sup> PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 909, 910-914, 915.

<sup>96</sup> PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, cit., 24.

*estrinseca*. Non può essere, dunque, un'argomentazione a conforto della tesi qui descritta.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>97</sup>, poi, le condizioni intrinseche sono dette anche «improprie», poiché non rientrati nello schema legale dell'art. 44 c.p., a cui, invece, si attagliano perfettamente le condizioni estrinseche, per ciò solo, dette «proprie».

Sul punto, qualcuno ha ritenuto più persuasiva l'ipotesi opposta<sup>98</sup>, ovvero che le condizioni *intrinseche* di natura sostanziale, rientrano *autenticamente* nella disciplina normativa di cui all'art. 44 c.p.<sup>99</sup>, mentre quelle *estrinseche* hanno natura «processuale» e vanno più propriamente collocate nell'alveo delle condizioni di procedibilità: «le uniche vere e proprie condizioni obiettive di punibilità appaiono soltanto quelle intrinseche, in quanto le sole che operano sul piano sostanziale, essendo imperniate su eventi (marginalmente) offensivi e, quindi, non estranei al fatto, seppur distinti dagli elementi costitutivi»<sup>100</sup>.

Su questa argomentazione si tornerà a breve, ma appare opportuno qui anticipare che, sotto il profilo storico, come già riferito, le condizioni intrinseche, da identificare quali «condizioni di esistenza del reato», di cui le condizioni estrinseche sono una *species* di natura processuale, sono quelle a cui coerentemente si riferisce la disciplina dell'art. 44 c.p., come emergerebbe dalla Relazione definitiva che, dando atto della discussione all'interno della commissione ministeriale, ribadisce la precisa volontà del legislatore di prevedere per «tutte» le condizioni obiettive un regime derogatorio, non trattandosi di «elementi dell'azione o dell'omissione, ma [di] elementi [essenziali] del reato, i quali, a giudizio del legislatore, non è necessario siano voluti dall'agente, per dar luogo alla punibilità»<sup>101</sup>.

Tuttavia, una tale interpretazione esporrebbe la previsione codicistica alla sanzione di incostituzionalità per violazione del principio di colpevolezza. Forse

<sup>97</sup> Per tutti, CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 715 ss.

<sup>98</sup> CASAROLI, *op. loc. cit.*

<sup>99</sup> *Supra*, par. 5.

<sup>100</sup> CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 317.

<sup>101</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, n. 29, cit., 53.

proprio per evitare questo, la Corte costituzionale implicitamente<sup>102</sup> avrebbe già da tempo ridefinito l'ambito applicativo dell'art. 44 c.p. Nella seconda pronuncia fondamentale sul principio di colpevolezza<sup>103</sup>, i giudici delle leggi affermano: «Soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27, primo comma, Cost.»<sup>104</sup>. Quindi, secondo una tale lettura, le condizioni improprie non rientrano (più) nella previsione codicistica e, pertanto, per esigenze di compatibilità

<sup>102</sup> Nel senso che non ha provveduto direttamente a sanzionare d'illegittimità costituzionale la previsione dell'art. 44 c.p., ma ha chiaramente definito il relativo ambito di disciplina.

<sup>103</sup> Corte cost. 13 dicembre 1988, n.1085, annotata o commentata da ANGELINI, *Configurabilità del tentativo nel furto d'uso*, in *Cass. pen.*, 1991, 3, 1, 421 ss.; BARTOLETTI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 1989, 3, 415 ss.; STATACE, *In tema di responsabilità penale obiettiva*, in *Riv. pen.*, 1991, 5, 445 ss.; BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle sezioni unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3, 911 ss.; DE ANGELIS, *Osservazioni a Cass. Pen. 26/11/2019 n. 50795 sez. VI*, in *Cass. pen.*, 2020, 7-8, 2921 ss.; di recente, DEMURO, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 543; NAPOLETANO, *Condotta omissiva, evento-disastro, effetti dannosi: questioni di diritto penale intertemporale del disastro ambientale a cavallo tra la vecchia e la nuova fattispecie delittuosa*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 7 gennaio 2021, 1.

<sup>104</sup> Sulla compatibilità costituzionale delle condizioni obiettive con l'art. 27 Cost, in particolare, MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, cit., 397. Va segnalato che l'indirizzo in parola diviene meno nitido con la successiva pronuncia (Corte cost. 16 maggio 1989, n. 247) in tema di frode fiscale (art. 4, n. 7, L. 7.8.1982, n. 516, nel contesto della quale l'elemento quantitativo costituito dall'alterazione della dichiarazione "in misura rilevante", considerato insufficientemente determinato dal giudice a quo, viene qualificato come condizione e, come tale, sottoposto ad un giudizio di determinatezza meno rigoroso rispetto agli elementi essenziali di fattispecie). Il giudice costituzionale, nell'asserire, sulla base di una nota distinzione di estrazione germanica, che il ruolo delle condizioni è quello di filtrare, fra le ipotesi meritevoli di pena, quelle bisognose di pena, ha affermato che le condizioni - in ragione della loro funzione - non accentrano in sé l'offensività del fatto, ancorché si pongano come elemento discreto fra penalmente indifferente e penalmente rilevante. Questo *révirement* è stato letto dalla dottrina come il portato di una duplice tendenza involutiva nei confronti dei principi di determinatezza e di riconoscibilità [GUERRIERO, *Vincoli di natura costituzionale nella formulazione ed interpretazione del precetto penale (art. 4 comma 1, l. n. 516 del 1982)*, in *Cass. pen.*, 1989, 1669; INSOLERA-ZANOTTI, *L'intervento interpretativo della Corte costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4 n. 7 della l. n. 516 del 1982*, in *Foro it.*, 1989, 1, 1689; LOSAPPIO, *Condizione obiettiva di punibilità*, cit., 364; PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito di frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1202]. Facendo astrazione dalla questione pertinente il profilo della determinatezza, si può asserire, in sintesi, che sussiste, in linea di principio, un generale accordo sulla legittimità costituzionale del fenomeno condizionale, vale a dire sull'idea di fondo che la limitazione della punibilità di fatti, altrimenti già perseguibili, non contrasti, in

con il principio di colpevolezza, impongono l'accertamento del nesso psichico tra l'agente e l'evento-condizione (perfezionativo del reato), necessariamente doloso *ex art. 42 c.p.*, trattandosi (in ipotesi) di un elemento «essenziale» del reato. È una discussione, come detto, che sarà ripresa più avanti.

10. *La teoria causale. L'insolvenza come «evento dannoso» del reato di bancarotta e la sentenza dichiarativa tra gli «elementi essenziali del reato». La ferma rivendicazione dell'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale fallimentare. Censure, obiezioni e critiche.* Se per le tesi sin qui esaminate la fattispecie di bancarotta (salve alcune eccezioni) è reato di pericolo (concreto e presunto), una tesi più recente, descritta con diversi accenti<sup>105</sup>, la definisce come reato di danno, rappresentato «dalla diminuzione della capacità di pagare i creditori concorsuali», indicando nella sentenza dichiarativa «un elemento essenziale per l'esistenza del reato»<sup>106</sup>. Proprio la rilettura della posizione della sentenza dichiarativa, che contribuirebbe a rendere effettiva ed attuale l'offesa al bene giuridico patrimoniale, consente di appuntare l'attenzione lesiva proprio sul danno patito dai creditori concorrenti. Se, dunque, il disvalore delle condotte bancarottiere viene collocato nel momento terminale della vita dell'impresa, che segna l'effettivo apice qualitativo dell'offesa perpetrata, colorandola di illiceità, allora, la sentenza dichiarativa, che certifica tale momento cruciale, non può essere collocata nell'angusto spazio dogmatico delle condi-

---

sé, col principio di colpevolezza (F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 465; NEPI MODONA, *Condizioni*, 5), mentre non sussiste alcun accordo sull'ampiezza della categoria e perciò sulla legittimità delle peculiari dimensioni che vengono, di volta in volta, attribuite alle singole figure condizionate. In questi termini, LICCI, *Art. 44*, in *Codice penale commentato*, a cura di Ronco-Romano, Padova, 2012, 340.

<sup>105</sup> A questo orientamento interpretativo, pur con alcuni distinguo tra le varie tesi, possono ricondursi, tra gli altri: COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 73 ss.; FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli aniletici percorsi dell'offensività penale: l'«essere» e il «non essere» della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 479; FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 329; ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 141.

<sup>106</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., 67 ss. (citazione a pp. 78-79); COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Milano, 1987, 43 ss.

zioni obiettive di punibilità, ove, peraltro, si consideri che l'insolvenza dichiarata rappresenterebbe l'unico «elemento che (...) può costituire un riscontro sicuro in termini di offensività [delle condotte bancarottiere], ovvero l'evento dannoso costituito dalla diminuzione della capacità di pagare i creditori concorsuali»<sup>107</sup>.

In altri termini, la dichiarazione di liquidazione giudiziale «rivela» un'offesa già presente con efficacia «costitutiva» e non certo dichiarativa, perché «la condotta che cagiona l'insolvenza ha già raggiunto per così dire il livello di offensività sufficiente e necessario a compromettere sostanzialmente gli interessi dei creditori da soddisfare nell'ambito della procedura concorsuale»<sup>108</sup>. «Quindi, sotto il profilo funzionale, che sembrerebbe decisivo proprio ai fini dei riflessi in materia di colpevolezza, la sentenza dichiarativa di fallimento non concentra in sé tutta la sostanza del disvalore penale del fatto, ma ne definisce compiutamente i profili formali»<sup>109</sup>. Così non assorbendo l'intero disvalore del fatto, ma solo innestando la carica offensiva portata su quella della condotta già perpetrata, non può elevarsi al rango di «elemento costitutivo», ma la dichiarazione di liquidazione giudiziale va indubbiamente considerata nell'orbita normativa della fattispecie. Da ciò, la sentenza dichiarativa va collocata tra gli «elementi più significativi della fattispecie», indicati dalle più note sentenze della Corte costituzionale, ovvero il nuovo conio di quegli «elementi essenziali del reato» tra cui Eduardo Massari, come visto, definiva le «condizioni di esistenza» (riprese da Massimo Punzo), che, secondo quanto storicamente ricostruito, non sono altro che le moderne «condizioni improprie». È stato così detto che «il modello criminoso della bancarotta non può che includere logicamente proprio il nesso causale con lo stato d'insolvenza e quindi con la sentenza dichiarativa di fallimento, ancorché quest'ultima non integri l'evento del reato, bensì

<sup>107</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., 78.

<sup>108</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., 79. *Contra*, per una recente riaffermazione della natura di condizione obiettiva sorretta da considerazioni di opportunità politico criminale, D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali ?*, cit., 366.

<sup>109</sup> FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, cit., 340.

una condizione intrinseca di punibilità, essendo viceversa l'evento costituito dall'insolvenza»<sup>110</sup>.

I corollari di una tale opzione ermeneutica sono assolutamente inevitabili sul piano del legame che deve avvincere le condotte dissolute e la sentenza dichiarativa: da un lato, in punto di necessaria previsione di quest'ultima<sup>111</sup> (o forse mera prevedibilità), da parte dell'agente, all'epoca di realizzazione delle condotte; dall'altro, in ordine all'efficienza causale rispetto all'evento dannoso<sup>112</sup>. Con la precisazione, tuttavia, che tale evento – che la declaratoria eleva a danno per i creditori – non coincide con l'insolvenza accertata *ex art. 121 c.c.i.*, piuttosto, su quanto «del dissesto dipenda dalla condotta illecita, ovvero il *quid minus* patrimoniale a disposizione dei creditori concorsuali per soddisfare i loro crediti causato dalle condotte»<sup>113</sup>.

La teoria causale ha indubbiamente alcuni meriti tra i quali quello di aver rivendicato con vigore l'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale concorsuale.

Tuttavia, alcuni studiosi hanno indicato dei limiti, non sempre persuasivi. In primo luogo, l'esaltazione del ruolo offensivo della dichiarazione d'insolvenza sembrerebbe riannodare la tesi al *ceppo* teorico d'origine (da ravvisare nella soluzione ermeneutica di Nuvolone) in relazione all'oggettività giuridica di natura «pubblicistica», con conseguente arretramento della soglia di punibilità al rango del pericolo presunto<sup>114</sup>. In tale ambito, le nozioni di insolvenza, dissesto e fallimento risultano difatti fungibili, essendo ininfluente una distinzione tra substrato materiale e riconoscimento formale del fallimento<sup>115</sup>. L'obiezione non

<sup>110</sup> SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, a cura di Ghia-Piccinini-Severini, Torino, 2012, 94.

<sup>111</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 79,88.

<sup>112</sup> COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, cit., 1155: «si tratta, dunque, di un elemento della fattispecie non legato eziologicamente alla condotta del soggetto agente ma che deve essere da lui previsto».

<sup>113</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 79,83.

<sup>114</sup> PISANI, *Attualità dell'offesa e «zona di rischio penale» nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 17.

<sup>115</sup> NISCO, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 378

è del tutto convincente: non può trattarsi di pericolo presunto, laddove chiaramente tutti i fautori della tesi causale indicando nel patrimonio il bene giuridico tutelato e, poi, il perno intorno al quale la teoria ruota è proprio l'ipotesi che la bancarotta abbia natura di reato di danno.

In secondo luogo, si è obiettato che la descrizione tipizzata della bancarotta impropria societaria impone l'accertamento del nesso causale tra il dissesto e la condotta incriminata, con la logica conseguenza che, *a contrariis*, un tale rapporto causale non è inserito dal legislatore nella descrizione della bancarotta propria (art. 322 c.c.i.) e, dunque, non può ritenersi implicitamente dovuto<sup>116</sup>. Anche questa censura non sembra cogliere nel segno per diverse ragioni. Dapprima, non è possibile esporre alla sanzione di irragionevolezza (per sproporzione della pena) le ipotesi bancarottiere proprie, in quanto quelle improprie, in cui è espressamente richiesto l'accertamento del nesso causale con il dissesto, sono punite con la medesima forbice punitiva. Pertanto, essendo prevista la medesima risposta sanzionatoria, è logico che anche la verifica delle ipotesi di bancarotta propria deve estendersi all'accertamento del medesimo nesso causale di quella impropria. Poi, gli illeciti societari non hanno la medesima carica offensiva concorsuale così come avviene invece per le ipotesi di cui agli artt. 322 e 323 c.c.i. «Ecco perché per le prime è necessario esplicitare il rapporto causale, mentre per le seconde tale rapporto è già compreso nella tipicità delle condotte in funzione del loro intrinseco legame con l'evento-insolvenza e, di qui, con la dichiarazione giudiziale di fallimento»<sup>117</sup>. Infine, si è eccepito che l'equiparazione tra ipotesi che effettivamente diminuiscono il patrimonio «destinato» a garanzia delle ragioni creditorie (ad esempio la distruzione e la dissipazione) ed ipotesi che solo fittiziamente ledono l'interesse tutelato (come, ad esempio, l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti) indica la non-necessità di una «connessione causale tra l'azione del debitore e il dissesto

---

<sup>116</sup> Fra gli altri, PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., 345,346; diversamente, a favore di una ricostruzione della distrazione come fattispecie orientata alla causazione del dissesto, BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Roma, 2009, 103 ss.

<sup>117</sup> SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 96.

che ha portato al fallimento»<sup>118</sup>. A questa ulteriore obiezione, si è replicato sostenendo che «anche la diminuzione apparente dell'attivo patrimoniale all'atto pratico produce per gli interessi creditorî un uguale pregiudizio a meno che gli organi fallimentari, nel corso della procedura concorsuale, non riescano a riportare alla luce i beni occultati attraverso l'attività fraudolenta del fallito»<sup>119</sup>, allorquando il fatto è già consumato e, dunque, irrilevante.

La descrizione, in sintesi, della tesi causale fa emergere la stretta assonanza con la tesi di Nuvolone, in relazione al ruolo attribuito alla sentenza dichiarativa nella struttura del reato, ponendola tra gli «*elementi essenziali del reato*» o, meglio, tra quelli «*più significativi della fattispecie*», per dirla con la Consulta. Da qui, la necessità dell'accertamento del nesso psichico tra l'agente e l'evento-condizione (sentenza dichiarativa), non necessariamente doloso, non trattandosi (in ipotesi) di un elemento «costitutivo» e, quindi, estraneo al fuoco dell'intenzione, ma non della colpevolezza. In più, la tesi causale pretende un rapporto eziologico tra condotta bancarottiera ed evento-insolvenza, inteso come diminuzione patrimoniale produttiva di danno per i creditori, perdurante temporalmente, dal momento della condotta sino all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale<sup>120</sup>. Il problema del *regressum ad infinitum* nella ricerca della condotta penalmente rilevante, posto da tutte le tesi sin qui esaminate, sembrerebbe risolto dal solo elemento psicologico come fattore restrittivo della punibilità.

La tesi causale appare assolutamente persuasiva, anche solo per i chiari risvolti garantistici e di conformità del modello delineato di bancarotta ai principi che reggono la materia penale. Tuttavia, non può essere accolta laddove attribuisce la natura di reato di danno alla bancarotta in relazione al secondo evento rappresentato dalla dichiarazione dell'insolvenza, che, stando alla tipologia descrittiva, rappresenterebbe di certo una condizione e non un elemento del reato.

La tesi in parola, infine, ha il *deficit* di non offrire alla qualificazione attribuita alla sentenza dichiarativa quale «elemento essenziale o significativo del reato»

---

<sup>118</sup> AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 260.

<sup>119</sup> SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 97.

<sup>120</sup> COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., 84, 88.

una base normativa di riferimento. Su questo aspetto, infatti, è necessario appuntare lo sforzo ermeneutico.

11. *La proposta di una nuova lettura dell'art. 44 c.p. in chiave costituzionale. La sentenza dichiarativa come «elemento condizionante del reato» nella prospettiva storica.* Non è possibile ignorare che il ruolo della sentenza dichiarativa nella struttura della bancarotta è il perno intorno al quale ruota il sistema penale concorsuale. Indubbiamente, non è un elemento costitutivo del reato, ma è altrettanto indubbio che non può essere relegata ai margini del fenomeno criminoso in questione, considerandola un evento estraneo alla vicenda di cui ne determina la punibilità anche a lunga distanza di tempo dal fatto: una soluzione di questo tipo fa avvertire una sorta di distonia *etica*<sup>121</sup> con una seria e razionale giustificazione della postergazione della punizione del fatto preconcorsuale al momento del verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile (l'apertura della procedura) che ha la capacità di colorarlo di illiceità.

Così, sembra volersi riproporre il dilemma tra condizione estrinseca o intrinseca, già discusso nelle pagine che precedono, preferendo la seconda alla prima. Non è solo questo. Si intende provare a fare un passo avanti, volendo superare i rilievi mossi alla teoria causale, e dimostrare che le condizioni *intrinseche* di natura sostanziale, rientrano *autenticamente* nella disciplina normativa di cui all'art. 44 c.p.<sup>122</sup>, mentre quelle *estrinseche* hanno natura «processuale» e vanno più propriamente collocate nell'alveo delle condizioni di procedibilità<sup>123</sup>. È una tesi minoritaria, a cui si intende dare conforto con alcune argomentazioni, pur nella consapevolezza di quanti autorevoli e solidi studi inquadrino le condizioni obiettive quali eventi esterni al fatto di reato, del tutto indipendenti eziologicamente e psicologicamente dall'agire del reo. Tuttavia, si ripete, è una

<sup>121</sup> DONINI, *Premesse storiche a concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, 1/2, 6.

<sup>122</sup> CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 316.

<sup>123</sup> CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 317, sostiene che «le uniche vere e proprie condizioni obiettive di punibilità appaiono soltanto quelle intrinseche, in quanto le sole che operano sul piano sostanziale, essendo imperniate su eventi (marginalmente) offensivi e, quindi, non estranei al fatto, seppur distinti dagli elementi costitutivi».

soluzione che non si attaglia alla sentenza dichiarativa, tanto da sollecitare una riflessione più ampia.

Ora, sotto il profilo storico, si è già riferito che le condizioni intrinseche, da identificare con le «*condizioni di esistenza del reato*», di cui le condizioni estrinseche sono una *spécies* di natura processuale, sono quelle a cui si riferirebbe la disciplina dell'art. 44 c.p., come emerge (non senza qualche confusione) dalla Relazione definitiva che, dando atto della discussione all'interno della commissione ministeriale, ribadisce la precisa volontà del legislatore di prevedere per «tutte» le condizioni un regime derogatorio, non trattandosi di «elementi dell'azione o dell'omissione, ma [di] elementi [essenziali] del reato, i quali, a giudizio del legislatore, non è necessario siano voluti dall'agente, per dar luogo alla punibilità»<sup>124</sup>.

Riprendendo la distinzione colta dai lavori preparatori del Codice Rocco, dunque, la *summa divisio* degli elementi essenziali del reato è quella tra gli «elementi costitutivi» e le «condizioni di esistenza», tra cui vanno ricomprese le «condizioni di punibilità»: solo queste ultime non rientrano certamente nell'oggetto dell'elemento psicologico, oltre ad essere estranee al momento consumativo del reato a cui si riferiscono, mentre le condizioni di esistenza presuppongono un reato perfetto, ma non consumato, che, dunque, integrano al verificarsi dell'evento-condizione. Da ciò deriva che l'evento-condizione (estrinseco), riferendosi ad un reato già consumato, determina solo la incriminabilità ed ha natura «processuale»<sup>125</sup>.

Secondo Eduardo Massari, prima, e Massimo Punzo, poi, l'art. 44 c.p. disciplinerebbe la sola «categoria» delle condizioni di esistenza del reato (quelle vere e proprie), proprio perché si innestano sul fatto e, dunque, potrebbero essere oggetto del dolo, se non fosse dettata una regola *ad hoc*, che, espressamente,

<sup>124</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, n.29, cit., 53.*

<sup>125</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, p.I, pag.177, in Codice penale illustrato con i lavori preparatori, Roma, 1930, 131, nel descrivere la natura mista della querela, si afferma che «la querela accede a taluni reati per condizionarne la punibilità, essa non può essere altro che un elemento essenziale del reato; e in quanto, viceversa, esige l'osservanza di forme per essere fatta valere, essa ha valore strumentale in rapporto all'esercizio del diritto di punire, e s'inscrive nell'ordinamento giuridico processuale».*

esclude dal relativo fuoco proprio l'evento-condizione. Una tale regola sarebbe superflua per le condizioni estrinseche, poiché, già in base alle previsioni di cui agli artt.40, 41, 42 e 43 c.p., sarebbero escluse dalla relativa disciplina. Insomma, l'art. 44 c.p. non è una norma definitoria, ma di disciplina.

Una conferma di tale impostazione si può ricavare sempre dai lavori preparatori, allorché il Guardasigilli commenta la previsione di cui all'art. 158, co.2, c.p., in tema di *dies a quo* della prescrizione del reato condizionato, ove riferisce che tale disposizione è dettata per le condizioni «vere e proprie del reato» ed, invece, «non vale per quelle condizioni che consistono in una discrezionale manifestazione di volontà del soggetto offeso dal reato, quali la querela, la istanza e la richiesta»<sup>126</sup>. Il primo ed il secondo comma della disposizione in esame si limitano a confermare il medesimo criterio di selezione del *dies a quo* della prescrizione: il momento consumativo.

In altri termini, la consumazione del reato corrisponde al massimo grado di disvalore dell'offesa, che, secondo quanto emerge dall'art. 158 c.p., equivale alla realizzazione di tutti gli elementi del fatto, rispetto ai reati istantanei, alla cessazione della permanenza, per i reati permanenti, e della continuazione, per i reati continuati, nonché, infine, alla verifica dell'evento-condizione, per i reati *sub condicione*. Insomma, dall'aver posto il *dies a quo* della prescrizione sul confine ultimo del fatto, lì dove il reato, già perfetto nei suoi requisiti formali, raggiunge la massima gravità offensiva (consumazione materiale, ovvero il fatto è *beendet*), consente di affermare che la previsione di cui all'art. 158, co.2, c.p. non è una deroga alla regola fissata dal primo comma, ma la conferma: insomma, ha una funzione di equivalenza dei momenti consumativi rispetto al massimo grado di disvalore dell'offesa, che, nei reati *sub condicione*, come detto, si realizza con il verificarsi dell'evento-condizione. Pertanto, l'offesa al bene giuridico, già realizzata dalla consumazione dell'evento-reato, diviene «attuale» con il verificarsi dell'evento-condizione, che 'attiva' l'attualità dell'offesa tipica sospesa *ex lege* dalla consumazione (formale) del fatto e fino al verificarsi della condizione (consumazione materiale).

---

<sup>126</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, p.I, pag.208, cit., 154.*

Se, dunque, la condizione ha un'incidenza sull'offesa, allora, anche questa costituisce un aspetto del «fatto tipico», seppur sottratta al fuoco del dolo, in base a quanto espressamente previsto dall'art. 44 c.p. Il difetto della verifica dell'evento-condizione non consente di affermare, proprio da quanto si ricava dall'art. 158 c.p., che il reato si è consumato (materialmente).

In questo modo, la condizione di punibilità (intrinseca), da un lato, giustifica la scelta normativa di spostare il momento consumativo lì dove si verifica quell'evento selezionato dal legislatore che rende (effettivamente) «attuale» il disvalore dell'offesa all'interesse sociale tutelato penalmente; dall'altro, consente di affermare che *il locus commissi delicti* corrisponde al luogo in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa<sup>127</sup>, che, come visto, «rivela» un'offesa già presente con efficacia costitutiva, perché l'attualità dell'offesa configura una componente ineludibile sul piano offensivo, per cui non è possibile affermare che, in difetto di questa, l'offesa della condotta perpetrata è sufficiente a ledere gli interessi dei creditori.

Se, dunque, la condizione ha un'incidenza sull'offesa, allora anche questa costituisce un aspetto del «fatto tipico» *lato sensu*<sup>128</sup>, diverso dall'elemento costitutivo, attratta nel fuoco del dolo *ex art. 43, co.1, c.p.*, in combinato disposto con l'art. 47 c.p., se non fosse dettata la regola derogatoria dall'art. 44 c.p., che espressamente esclude l'evento-condizione dalla necessità di essere «*voluto*» dal reo. Anzi, proprio questa previsione derogatoria evidenzia che la condizione afferisce alla tipicità del fatto e non è a questa estranea, diversamente non spiegandosene la *ratio*.

---

<sup>127</sup> Gli indici normativi che confortano una tale lettura si rinvencono nel sistema della legge fallimentare prima e del Codice della crisi oggi: in primo luogo, la volontà di radicare la competenza territoriale presso il tribunale del luogo nel quale è stata dichiarata la liquidazione giudiziale; in secondo luogo, i riferimenti impliciti da cui trarre dall'esigenza di concentrare nel medesimo circondario il luogo in cui devono essere depositate le scritture contabili e quello nel quale compiere l'accertamento dei fatti di penale rilevanza; in terzo luogo, da tali indicazioni vi è la conferma del principio di principio di prossimità sul quale riposa la regola dettata dall'art. 8 c.p.p. In questi termini, in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 13 marzo 2019, n. 31974.

<sup>128</sup> Qui si fa riferimento all'idea per cui è possibile distinguere una fattispecie in senso lato ed una in senso stretto, che presuppone la costruzione di una "zona esterna" al fatto tipico, ma complementare al *Tatbestandskern* (fattispecie in senso stretto). La condizione incide sull'aspetto temporale del disvalore del fatto (quale relazione tra offesa e bene giuridico tutelato), avendo la capacità di spostare il momento consumativo (materiale) del reato.

Stando così alle opzioni dogmatiche dell'epoca di redazione del Codice Rocco (non sempre univoche e chiare), in uno al dato positivo offerto dagli artt. 44 e 158, co.2, c.p. (anche questo non univoco, è vero), si è argomentata la possibilità di considerare le sole condizioni *intrinseche* oggetto della disciplina normativa di cui all'art. 44 c.p., rappresentando «elementi essenziali del reato», diversi da quelli «costitutivi», in ogni caso, causalmente legate alla condotta del reo. Infatti, non è escluso il nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento-condizione: l'aggettivazione «*obiettiva*», contenuta nell'art. 44 c.p., richiama implicitamente la definizione di cui all'art. 42, co.3, c.p. («*responsabilità obiettiva*»), che, come noto, esprime la necessità di una derivazione eziologica dell'evento obiettivamente addebitato all'agente<sup>129</sup>.

Del resto, la condizione può realizzarsi contemporaneamente alla condotta o successivamente ad essa e, dunque, fra l'una e l'altra sussiste un rapporto causale. Alimena, sul punto, ha riportato l'evento-condizione alla condotta, ritenendo che questo non appartenga ad una «condotta del tutto diversa»<sup>130</sup>.

La necessità di un nesso causale tra evento-condizione e condotta dell'agente è un ulteriore argomento che depone in favore della tesi che si intende dimostrare, ovvero che le condizioni *intrinseche* di natura sostanziale, rientrano *autenticamente* nella disciplina normativa di cui all'art. 44 c.p., mentre quelle *estrinseche* hanno natura «processuale» e vanno più propriamente collocate nell'alveo delle condizioni di procedibilità<sup>131</sup>.

Pertanto, è possibile affermare che le condizioni obiettive di punibilità (come qui lette) sono conseguenza causale della condotta posta in essere dal reo, ma estranee al fuoco del dolo.

Una regola restituita dalla lettura in chiave storica che, indubbiamente, va coordinata con il contesto costituzionale: la condizione, quale elemento essenziale del reato, che rende attuale l'offesa al bene giuridico tutelato, appartiene al fatto

---

<sup>129</sup> ANGIONI, *Condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1457, evidenzia che il riferimento al carattere non necessario, nell'art. 44 c.p., del nesso psichico di tipo doloso induce a ritenere il fenomeno condizionale compatibile con le fattispecie astratte che richiedono un nesso causale o di derivazione fra fatto ed evento condizionante.

<sup>130</sup> F. ALIMENA, *Studi sulle condizioni di punibilità*, Milano, 1936, 148. Condivide tali argomentazioni anche M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, cit., 194.

<sup>131</sup> A conforto di tanto, cfr. M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, cit., 195.

tipico, ma è estranea *ex lege* all'oggetto del dolo *ex art. 44 c.p.*, come detto, e tuttavia non al fuoco della colpevolezza *ex art. 27, co.1 e 3, Cost.*: l'evento-condizione (che, in ogni caso, rende attuale l'offesa) imporrebbe l'accertamento di un nesso psichico «minimo» con l'agente, al pari di quanto preteso per le circostanze aggravanti dall'*art. 59, co.2, c.p.* Una soluzione che presterebbe il fianco – si è già avvertito – alla declaratoria di incostituzionalità dell'*art. 44 c.p.*, per contrasto con il principio di colpevolezza. Tuttavia, in mancanza di un intervento legislativo *ad hoc*, così come fatto per l'imputazione delle circostanze aggravanti, è possibile ricavare dal dato letterale un argomento di esegesi conforme al canone costituzionale: l'*art. 44 c.p.*, letteralmente, escluderebbe non il «dolo» nella sua interezza, ma solo la sua componente volitiva. Da ciò, la condizione, posta al di fuori del fatto tipico *stricto sensu*, dovrebbe essere investita dalla mera rappresentazione del suo eventuale verificarsi<sup>132</sup>. L'incertezza, quale caratteristica descrittiva dell'evento-condizione, dunque, assumerebbe, in questa lettura, un significato soggettivo: un evento che il reo si rappresenta, ma potrebbe («*anche se...non voluto...*», recita l'*art. 44 c.p.*) non volere e, dunque, è *incerta* nella mente dell'agente l'effettiva realizzazione.

12. *Il coefficiente di «rappresentazione» in concreto del rischio d'insolvenza irreversibile.* Rispetto al sistema concorsuale, l'oggetto della rappresentazione è, dunque, l'evento-insolvenza irreversibile, come rischio e non certezza del suo verificarsi (trattandosi di un evento-condizione, per definizione, come detto, futuro ed incerto). In altri termini, la sentenza dichiarativa, non quale mero atto di giurisdizione, ma come accertamento – affidato al giudice civile – dell'irreversibile insolvenza con efficacia costitutiva, è causalmente dipendente dalla condotta bancarottiera (preconcorsuale) assistita, nel rispetto dell'*art. 27, co.1 e 3, Cost.*, non dal dolo, ma dalla sola «rappresentazione» del rischio dell'insolvenza, quale presupposto dell'apertura della procedura concorsuale.

---

<sup>132</sup> BRICOLA, Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960, 102, che, diversamente da quanto sopra prospettato, richiedeva anche l'accettazione del rischio dell'offesa.

In un contesto di *emerging insolvency*, l'imprenditore<sup>133</sup> è tenuto, infatti, «nell'istruzione del processo decisionale e nella sua deliberazione, [a] un diverso tipo di valutazione, che consiste nel tenere in conto non solo l'utilità astrattamente attesa, ma anche il sacrificio che una determinata azione imprenditoriale può generare sui creditori e di valutare – in termini probabilistici – quest'ultimo comparativamente con la stessa utilità attesa»<sup>134</sup>. Le regole di comportamento in stato di crisi dell'impresa sono oggi normativamente indicate, la cui violazione evidenzia la scorretta gestione del rischio tipizzato (stato di crisi) da parte del soggetto competente che può portare, anche secondo la descrizione normativa, all'evento-insolvenza che sarà la «rappresentata» realizzazione di «quel» rischio *ignorato* o *mal gestito* (rischio attivato), in concomitanza, chiaramente, con un'operazione o un'attività astrattamente sussumibile nelle ipotesi di cui agli artt. 322 e 323 c.c.i. In altre parole, ogni operazione effettuata dall'imprenditore in stato di crisi può configurare un'ipotesi di bancarotta, non solo, se il fatto è sussumibile nel caso-tipo descritto dalla norma incriminatrice, ma anche se il reo si è rappresentato il rischio del verificarsi dell'evento-condizione.

La rappresentazione, dunque, integrerebbe quel criterio di imputazione soggettiva *minimo* per scongiurare l'incompatibilità costituzionale dell'art. 44 c.p.<sup>135</sup> L'interrogativo da porsi ora è quale possa essere il livello di previsione dell'evento-condizione. In mancanza di un opportuno intervento legislativo, leggendo l'art. 44 c.p. in conformità al principio di colpevolezza, si ritiene che non possa andarsi al di sotto della rappresentazione in concreto del rischio dell'insolvenza irreversibile, poiché spingersi fino a voler considerare sufficiente anche una previsione astratta, significherebbe richiamare il criterio della colpa, senza tuttavia un'espressa indicazione legislativa *ex art. 42 c.p.* Non si

---

<sup>133</sup> In caso di bancarotta impropria, i soggetti indicati dagli artt. 329, 330 e 333 c.c.i.

<sup>134</sup> ZOPPINI, *Emersione della crisi e doveri degli amministratori (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, 41

<sup>135</sup> Senza alcuna presunzione di conoscere ogni opinione espressa in argomento, ma limitando la considerazione a quanto indicato nella bibliografia indicata in questo contributo (se si è riusciti a coglierne le diverse distinzioni), questa appare essere a chi scrive la novità di lettura offerta al dibattito sul ruolo della sentenza dichiarativa in relazione all'art. 44 c.p.

tratterebbe più di una lettura conforme, ma di una vera e propria esegesi *contra legem* e, per di più, in *malam partem*.

L'accertamento dell'aspetto cognitivo va effettuato *ex ante*, caso per caso, ponendosi al momento della condotta realizzata dall'imprenditore, per poter appurare se quell'operazione, astrattamente suscumbibile in un'ipotesi bancarottiera, sia stata realizzata con la previsione concreta del rischio del verificarsi dell'evento-insolvenza irreversibile, da svolgere cogliendo quei sintomi utili a verificare l'effettiva rappresentazione di un tale rischio. Potranno avere un concreto ruolo di accertamento i motivi dell'azione e la ponderata stima, da parte dell'imprenditore, non solo dell'utilità astrattamente attesa, ma anche del sacrificio che quella determinata operazione può determinare sul patrimonio dell'impresa già in crisi. È chiaro che l'agente si muove in un contesto di crisi che si proietta «in astratto», anche nella descrizione normativa, verso l'insolvenza irreversibile: l'interversione della rappresentazione da «astratta» a «concreta», in modo da poter distinguere il comportamento lecito da quello illecito, va accertata attraverso la valutazione della condotta del reo rispetto alle regole di gestione dello stato di crisi dell'impresa. L'adempimento corretto influisce sulla previsione dell'apertura della liquidazione giudiziale, ritenendola poco probabile, seppur astrattamente possibile, proprio perché l'imprenditore ha adottato quei comportamenti prescritti per la corretta gestione dello stato di crisi. Di contro, la gestione scorretta del rischio tipizzato e conosciuto (stato di crisi) da parte del soggetto competente, consentirebbe di accertare che l'evento-insolvenza è la concreta «rappresentazione» di «quel» rischio *ignorato* o *mal gestito* (rischio attivato).

13. *Allora quale il discrimen tra elemento costitutivo e condizione del reato?*  
Sul piano sostanziale, è necessario indicare la diversa caratteristica o funzione della condizione rispetto all'elemento che ne giustificerebbe l'imputazione «a base ridotta», altrimenti sarebbe difficile la sua compatibilità con l'art. 27 Cost. Si ritiene che la distinzione possa trovare significato sul piano del disvalore.

In breve, il disvalore del fatto è un'entità graduabile, dipendente dalla relazione offesa-bene giuridico, che considera una maggiore o minore intensità dell'incidenza lesiva o pericolosa del comportamento umano sulla tutela dell'interesse sociale protetto e così utilizzato come parametro dosimetrico della pena in astratto e commisurativo in concreto *ex art. 133 c.p.* Tuttavia, il disvalore non si proietta solo su un piano *estimatorio*, ma necessariamente anche su uno *temporale*, posto che l'offesa deve essere *attuale* al momento dell'accertamento della responsabilità del reo, così facendo intuire che il *tempus commissi delicti* ne costituisce una componente evidente.

Pertanto, gli elementi costitutivi compongono il fatto concorrendo, tutti insieme, a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato e, dunque, a disegnare il «disvalore del fatto». L'evento-condizione, invece, non descrive l'offesa, poiché necessariamente successivo ad essa, ma la rende attuale, senza incidere sul piano *estimatorio* del disvalore, poiché ha la sola funzione di spostare il momento consumativo lì dove l'offesa assume la massima intensità nel tessuto democratico, secondo la prospettiva del legislatore. Questa la ragione per cui è ragionevole ammettere per le condizioni così definite un'imputazione soggettiva minima (*rectius, ridotta*) rispetto a quella necessaria per gli elementi costitutivi.

Tornando al tema dell'indagine, può effettivamente considerarsi la sentenza dichiarativa, non quale mero atto di giurisdizione, ma come accertamento – affidato al giudice civile – dell'irreversibile insolvenza con efficacia costitutiva<sup>136</sup>, come condizione obiettiva di punibilità *ex art. 44 c.p.*, ma causalmente dipendente dalla condotta bancarottiera con il necessario accertamento di un nesso psichico *minimo* nel rispetto del principio di colpevolezza.

Per concludere, una considerazione esemplificativa a conferma della bontà del ragionamento qui proposto. Nel definire le «condizioni di esistenza del reato», Eduardo Massari, in sede di lavori preparatori del Codice penale, come visto,

---

<sup>136</sup> L'attualità dell'offesa costituisce una componente ineludibile sul piano della lesività, per cui non è possibile affermare che, in difetto di questa, la condotta perpetrata è sufficiente – secondo il dato normativo che traduce l'intenzione del legislatore – a ledere gli interessi dei creditori.

distinguendo queste dalle «condizioni obiettive», a titolo esemplificativo, indicava per la prima la morte nell'istigazione al suicidio<sup>137</sup>, per la seconda, la querela.

Quindi, Tizio adotta un comportamento istigatorio al suicidio nei confronti di Caio; tuttavia, questi si suicida perché abbandonato dalla moglie. Tizio è colpevole per la morte di Caio, posto che la condizione *ex art. 580 c.p.* («...è punito, se il suicidio avviene») si è avverata?

Del pari, Tizio, ricco imprenditore, ha il vizio del gioco e distrae ingenti somme di denaro dal patrimonio aziendale; dopo qualche anno, interviene la liquidazione giudiziale dell'impresa a causa di un improvviso tracollo macroeconomico. Può Tizio essere ritenuto responsabile del delitto di bancarotta preconcorsuale, posto che (anche qui) si è avverata la condizione *ex art. 322 c.c.i.* («...se è dichiarato in liquidazione giudiziale»)?

Nelle due ipotesi, considerando gli eventi-condizione come incidenti sull'offesa al bene giuridico tutelato e, dunque, da annoverare tra le condizioni intrinseche (secondo la tesi qui illustrata), il difetto di nesso causale, nel primo caso, e di quello psichico, nel secondo (non previsione, in ipotesi), escluderebbe qualsiasi responsabilità<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> Per una più corretta esegesi contemporanea, RONCO, *Art. 580*, cit., 2650, evidenzia che «la morte o la lesione grave o gravissima non sono condizioni oggettive di punibilità (...), poiché il suicidio orienta finalisticamente l'agire e la morte si ricollega alla condotta tramite il nesso di causalità».

<sup>138</sup> Nella relazione della Commissione ministeriale per la revisione dei reati fallimentari, costituita con d.m. 13 ottobre 2021, presieduta dal Cons. Ricchetti, la tesi qui illustrata è confortata dall'ipotesi di una proposta di intervento normativo *alternativo*, tesa a ridisegnare la fattispecie della bancarotta allo scopo di selezionare maggiormente l'area di rilevanza penale: «Nella consapevolezza che, per conservare effettività all'incriminazione, l'esigenza di delimitare la sua proiezione retrospettiva deve potersi coniugare con quella di reprimere fenomeni di precoce programmazione della bancarotta, si è quindi ipotizzato di considerare tipiche anche quelle condotte che determinano l'insorgenza della menzionata situazione di squilibrio, che in tal caso assume il carattere di un vero e proprio evento. Tale opzione - che per certi versi rievoca il concetto di "zona di rischio" agli effetti penali (senza tuttavia fissarla entro rigidi margini patrimoniali o temporali di dubbia ragionevolezza) - circo-scrive in maniera più evidente l'intervento repressivo ai fatti concretamente offensivi seppure sempre sotto forma di messa in pericolo del bene protetto. Nella delineata prospettiva è agevole comprendere il (mutato) ruolo della dichiarazione giudiziale di insolvenza nell'economia della bancarotta patrimoniale prefallimentare: non più fattore 'estrinseco' al fatto tipico, espressivo di (mere) ragioni politico-criminali circa l'opportunità di punire, bensì elemento 'intrinseco' dell'offesa al bene giuridico (patrimonio dell'impresa in funzione di garanzia per i creditori) già realizzata in precedenza e aggravata dal verificarsi della condizione. Sul versante soggettivo la proposta alternativa comporta che l'agente deve rappresentarsi la condizione di squilibrio economico-finanziario

14. *Paralipomeni dell'analisi proposta. La rappresentazione in concreto dell'insolvenza irreversibile quale criterio (psichico) di delimitazione dell'arco spazio-temporale di rilevanza dei fatti preconcorsuali.* Sono stati dedicati moltissimi studi al tema dei reati fallimentari (*rectius*, concorsuali o dell'insolvenza), con un travaglio esegetico frutto di un'intensa riflessione giuridica ma, ancora oggi, si avverte l'esigenza di un inquadramento sistematico della bancarotta, a cui l'indagine sul ruolo della sentenza dichiarativa nella struttura del reato preconcorsuale qui proposta, nei limiti della sede, intende dare un contributo, nella consapevolezza che le incriminazioni, in sostanza, sono rimaste inalterate dal *Code Napoléon* del 1807, sebbene sia profondamente mutato il contesto socio-economico in cui si sviluppano e realizzano gli illeciti fallimentari (*rectius*, concorsuali o dell'insolvenza) e siano modificate anche le regole di gestione economico-aziendalistica dell'impresa.

Un immobilismo normativo a cui, invece, corrisponde un energico dinamismo dottrinale e giurisprudenziale di definizione della materia fallimentare, che affonda le radici nella storia del diritto, passando dall'opera dei glossatori (tra i quali Baldo degli Ubaldi) che ebbero la capacità di interpretare il diritto giustiniano (a partire da un corposo passo di Ulpiano) per adattarlo alle esigenze del proprio tempo; per giungere all'importante lavoro di sistemazione di Benvenuto Stracca (XVI secolo), salvo poi, da questo momento, avvitarci sulla proposta di letture esegetiche che si susseguono quasi in modo circolare. Questo perché, come detto da Francesco Antolisei, «le leggi non fanno che ricalcare più o meno fedelmente le antiche, forgiate sul modello casistico elaborato dai nostri pratici, sia pure con la specificazione di ulteriori fatti rivelatori della frode o dell'imprudenza»<sup>139</sup>.

---

quale presupposto o conseguenza della propria condotta. In tale ottica, la susseguente dichiarazione giudiziale di insolvenza diviene giocoforza 'progressione' (anziché mera 'cristallizzazione') dell'offesa, atteggiandosi, come detto, quale condizione 'intrinseca' e dunque elemento costitutivo del reato da rimproverare al soggetto attivo quantomeno per colpa. In tal senso la liquidazione giudiziale deve dunque rientrare in un orizzonte di prevedibilità, se non di vera e propria previsione».

<sup>139</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 14.

Un tale stretto nesso tra le incriminazioni contemporanee e le radici storiche della bancarotta consente di osservare che la *ratio* posta a fondamento della punizione del *decoctor*, in sostanza, è da sempre individuata nella *causa fraudationis*, a cui, del resto, fa espresso riferimento il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.14, recante il “*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*”, allorché esclude l’imprenditore dalle procedure di regolazione negoziata della crisi d’impresa se ha posto in essere «*atti di frode*» in pregiudizio delle ragioni creditorie.

Da qui, la necessità di indagare l’aspetto psichico che possa meglio descrivere, a livello normativo, il fenomeno criminoso della bancarotta che si manifesta in un contesto di crisi reddituale, economica e finanziaria dell’impresa, in cui l’imprenditore (individuale, societario o collettivo), individuato dal sistema come «soggetto competente» alla gestione di quel rischio, effettua delle operazioni o, meglio, assume dei comportamenti teleologicamente avvinti da una medesima *ratio* fraudatoria. È un aspetto che si evidenzia di più nella bancarotta fraudolenta, certamente, ma non è assente in quella semplice (colposa), laddove il contesto di realizzazione ha una significativa pregnanza euristica e tipizzante il relativo elemento soggettivo. Una considerazione che trova conforto nella previsione normativa di elementi finalistici della condotta che attengono «non già agli obiettivi immediati del reo, ma alle ricadute sulla garanzia patrimoniale, la cui potenziale compromissione è insita nell’eccessività delle spese, nella consumazione di una notevole parte del patrimonio, nella rovinosità degli espedienti intesi a ritardare il fallimento»<sup>140</sup>.

Quanto al ruolo della sentenza dichiarativa nella struttura del reato, qui tracciato, condividendone la qualificazione di condizione obiettiva di punibilità, ma, al contempo, avvertendo la distonia con una seria e razionale giustificazione della postergazione della punizione del fatto preconcorsuale al momento dell’apertura della procedura, si è offerta una diversa lettura (differente da altre opinioni analoghe) dell’istituto disciplinato dall’art. 44 c.p., conforme al canone della colpevolezza *ex art. 27, co.1 e 3, Cost.*: così si è *annodato* anche l’evento-

---

<sup>140</sup> C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, cit., 871.

condizione all'agente attraverso i nessi causale (proprio della responsabilità oggettiva) e psichico, non il dolo poiché espressamente esclusa la «volontà», ma la sola «rappresentazione» in concreto del rischio dell'insolvenza.

È una opzione di lettura che può offrire un solido criterio idoneo a dirimere la grave questione di delimitazione dell'arco spazio-temporale di rilevanza dei fatti di bancarotta preconcorsuali, per evitare conseguenze inaccettabili, «principale fra tutte l'indefinita irretroattività della illiceità, purché ad un certo punto sia stato dichiarato il fallimento, a momenti della vita dell'impresa, in cui i cosiddetti fatti di bancarotta non ledevano, neppure potenzialmente, alcun legittimo interesse o ne ledevano uno completamente diverso», su cui si è impegnata la discussione scientifica da Pietro Nuvolone in poi, soprattutto sul piano offensivo.