

## QUESITI

---

**CARLA IAVARONE**

### **Il caso della risoluzione bancaria. Spunti d'indagine per una lettura dei reati di bancarotta conforme ai canoni costituzionali.**

Lo scritto prende le mosse da un esame dell'istituto della risoluzione bancaria, introdotto nel nostro ordinamento con il d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

L'analisi di tale procedura è l'occasione per svolgere alcune considerazioni critiche circa l'interpretazione consolidata che la giurisprudenza offre della bancarotta prefallimentare. In particolare, è evidenziato come una lettura in parallelo della disciplina in tema di risoluzione bancaria e dei reati di bancarotta patrimoniale potrebbe consentire all'interprete di non sacrificare, nemmeno con riferimento ai secondi, i principi di offensività e colpevolezza.

In conclusione, ferma la necessità, da tempo segnalata in dottrina, di una ridefinizione legislativa della materia, è auspicata una riflessione sull'opportunità di adottare anche per i delitti di bancarotta, strategie politico-criminali non appiattite sulla pena detentiva

*The case of the bank resolution.*

*Points of investigation for a reading of bankruptcy crimes in compliance with the constitutional canons.*

*The paper starts from an examination of the bank resolution institute, introduced into our legal system with d. lgs. November 16, 2015, n. 180.*

*The analysis of this procedure is an opportunity to carry out some critical considerations about the consolidated interpretation that the jurisprudence offers of pre-default bankruptcy. In particular, it is highlighted how a parallel reading of the regulations on bank resolution and asset bankruptcy crimes could allow the interpreter not to sacrifice, even with reference to the latter, the principles of offensiveness and guilt.*

*In conclusion, without prejudice to the need for a legislative redefinition of the matter, which has been pointed out since long time in the legal literature, a reflection on the advisability of adopting political-criminal strategies that are not flattened on the prison sanction is hoped for, even for crimes of bankruptcy.*

**SOMMARIO:** 1. L'istituto della risoluzione bancaria: alcuni cenni introduttivi. - 2. La risoluzione bancaria come *fatto nel tempo*: il conforto del dato testuale. - 3. La bancarotta patrimoniale (al di fuori della risoluzione bancaria) come *fatto nel tempo*: gli argomenti discutibili di una sentenza *giusta*. - 4. Alla ricerca di una coerenza *costituzionalmente conforme*: qualche garanzia in più per l'imputato. - 5. ...e qualche sforzo in più per la tutela del bene protetto.

1. *L'istituto della risoluzione bancaria: alcuni cenni introduttivi.* La crisi economica internazionale e quella successiva del debito sovrano hanno impattato, come si sa, sulla tenuta del sistema bancario. Per consentire la continuità nell'attività degli Istituti di credito in occasione di eventi di grave crisi oppure di dissesto dell'azienda bancaria, anche nel nostro Paese sono stati introdotti alcuni meccanismi volti a gestire con rapidità tali momenti di difficoltà eco-

nomica<sup>1</sup>, con l'obiettivo ulteriore di evitare che i contribuenti vengano coinvolti dalle conseguenze patrimoniali dovute a questi ultimi e sostengano i costi relativi al deterioramento del sistema finanziario<sup>2</sup>.

In questo senso, tra i principali interventi del legislatore figura la disciplina relativa alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese d'investimento<sup>3</sup>, contenuta nel d. lgs. n. 180 del 16 novembre 2015, che ha recepito la Direttiva 2014/59/UE (detta anche, *Bank Recovery and Resolution Directive* o BRRD) e il Regolamento UE n. 806 del 2014<sup>4</sup>. In estrema sintesi, si tratta di una procedura del tutto nuova per l'ordinamento interno, la quale prevede l'adozione di misure d'intervento patrimoniali estranee alla logica della conduzione bancaria classica e dettate dall'esigenza pubblica<sup>5</sup>, dominante, di preservare la stabilità del mercato, tramite l'assegnazione agli organi di risoluzione di poteri d'intervento eccezionali diretti al riequilibrio e al rafforzamento patrimoniale<sup>6</sup> dell'ente creditizio *sottoposto a risoluzione*.

L'attivazione degli strumenti previsti dal legislatore delegato ha visto la prima applicazione nei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 180/2015 cit., allorché Banca d'Italia, nella veste di autorità di risoluzione, ha avviato siffatta procedura e così disposto la risoluzione per quattro Banche<sup>7</sup> (in particolare, Banca delle Marche S.p.A., Banca dell'Etruria e del

---

<sup>1</sup> In questo senso, GIOMBINI, TRAVAGLINI, *La regolamentazione del sistema bancario dopo la crisi*, in *Argomenti*, 14, 2019, 8 ss.

<sup>2</sup> Segnala la necessità, di conseguenza, «di addossare l'onere delle perdite sugli investitori», INZITARI, BRDD, bail in, *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. n. 180 del 2015)*, in *Rivista di diritto bancario*, 2, 2016, 56.

<sup>3</sup> Per un'analisi più nel dettaglio dello strumento, VATTERMOLI, *La risoluzione bancaria. Incontro di studio del 20 giugno 2018 presieduto da Alessandro Nigro, con interventi di Sandro Amorosino, Giuseppe Guizzi, Bruno Inzitari, Michele Perrino, Giuseppe Santoni, Daniele Vattermoli*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2018, 659 ss.

<sup>4</sup> In tema, STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, 2, 2015, 323 ss.

<sup>5</sup> Circa l'approccio statalista, «in ordine alla funzione e agli scopi del diritto sostantivo dell'economia», AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, 2.

<sup>6</sup> INZITARI, BRDD, bail in, *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 65.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 56-57, in part. nota 2.

Lazio S.p.A., Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., Cassa di risparmio di Chieti S.p.A.).

A livello strutturale, le disposizioni di legge circa la procedura di risoluzione prevedono diverse fasi<sup>8</sup>. Per quel che qui interessa, nel momento in cui viene data esecuzione al *programma di risoluzione* (elaborato e predisposto una volta che la Banca è stata ritenuta «risolvibile»)<sup>9</sup>, da parte di Banca d'Italia oppure dai commissari speciali nominati da quest'ultima, può emergere in tale fase l'eventualità che s'inserisca *anche* il procedimento di accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza, con conseguente applicazione della disciplina penal-fallimentare: situazione, quest'ultima, a cui limiteremo nelle prossime pagine il nostro campo d'indagine.

## 2. *La risoluzione bancaria come fatto nel tempo: il conforto del dato testuale.*

Come appena anticipato, nel momento in cui viene messo in atto il *programma di risoluzione*, già determinato nel provvedimento di apertura della procedura, potrebbe sorgere la necessità di proporre ricorso per la dichiarazione d'insolvenza. Il tema dei rapporti tra quest'ultima e il meccanismo di risoluzione bancaria è disciplinato agli artt. 36 e 38 del d. lgs. 180/2015. Con riferimento allo stato d'insolvenza, l'assetto normativo in esame prevede due ipotesi: la prima inerisce alla circostanza che lo stato di crisi definitivo e irreversibile sia presente al momento di apertura della procedura di risoluzione; la seconda prevede, invece, che l'insolvenza sia maturata successivamente (e conseguentemente) all'intervento di risoluzione, vale a dire dopo l'avvio del programma che caratterizza detta azione<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Specifica che il ricorso al meccanismo di risoluzione bancaria avviene nel momento in cui attraverso tale procedura è possibile perseguire efficacemente l'interesse pubblico STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in, e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2016, 573.

<sup>9</sup> NIGRO, *La risoluzione bancaria. Incontro di studio del 20 giugno 2018 presieduto da Alessandro Nigro*, cit., 660.

<sup>10</sup> E del resto, riguardo a tale ipotesi, l'impossibilità di conseguire gli obiettivi previsti dal programma, qualora residuino attività ovvero passività in capo all'ente bancario sottoposto a risoluzione, conduce al provvedimento di chiusura del procedimento e apre alla possibilità che intervenga il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, «dal che la chiara indicazione di ontologica alternatività tra le due

In particolare, nel disciplinare la procedura di risoluzione bancaria, il legislatore delegato, da un lato, fa riferimento all'ipotesi in cui l'ente sottoposto a risoluzione versi in stato d'insolvenza *alla data di adozione del provvedimento* di avvio della risoluzione (*i.e.*, insolvenza in una fase antecedente alla risoluzione: art. 36, comma 1)<sup>11</sup>, specificando che le disposizioni penali della legge fallimentare si applicano anche quando, a seguito della risoluzione, tale stato di decozione è superato (art. 36, comma 2)<sup>12</sup>. Dall'altro, contempla il caso in cui la sentenza dichiarativa di fallimento<sup>13</sup> (*rectius*, liquidazione giudiziale) consegua all'adozione delle misure di risoluzione (*i.e.*, insolvenza in una fase successiva alla risoluzione: art. 38, comma 3). Mentre nella prima ipotesi sono espressamente richiamate le disposizioni penali contenute nel Titolo VI della legge fallimentare, nel secondo caso, invece, il riferimento è unicamente rivolto alla disciplina fallimentare concernente le azioni revocatorie (e i relativi termini).

La *ratio* di una simile distinzione sembra evidente, e cioè accordare una diversa rilevanza sul piano penale, nei due casi predetti, alla sentenza dichiarativa d'insolvenza, sancendo così, per la normativa in esame, l'irrilevanza delle condotte depauperative che non abbiano avuto incidenza sullo stato di dissesto verificatosi successivamente all'apertura dell'*iter* di risoluzione. In sostanza, nell'ipotesi d'insolvenza che segue alle misure d'intervento attivate dall'Autorità di risoluzione, non troverà applicazione la disciplina penale sul fallimento e, di conseguenza, è escluso l'ambito di operatività degli artt. 195<sup>14</sup>

---

procedure, peraltro già desumibile dalla disciplina in tema di apertura della risoluzione»: NIGRO, *La risoluzione bancaria. Incontro di studio del 20 giugno 2018 presieduto da Alessandro Nigro*, cit., 665.

<sup>11</sup> A conferma ulteriore della distinta rilevanza penale che assume la dichiarazione d'insolvenza, nell'ambito della procedura di risoluzione di un'impresa bancaria, il richiamo espresso - solamente con riguardo all'ipotesi d'insolvenza pre-risoluzione - alla disciplina che accerta lo stato d'insolvenza, di cui è dichiarata l'applicabilità (in particolare, art. 82, comma 2, TUB).

<sup>12</sup> In relazione alle vicende successive all'inizio della procedura sono irrilevanti ai fini del perfezionamento della condizione obiettiva di punibilità, INZITARI, BRDD, bail in, *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 66 ss.

<sup>13</sup> Nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dal punto di vista semantico, la locuzione fallimento è stata sostituita dall'espressione "liquidazione giudiziale".

<sup>14</sup> Tale disposizione corrisponde all'attuale art. 297 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

e 237 L.F.<sup>15</sup> Tanto che l'articolo da ultimo richiamato era stato in parte modificato proprio dal d. lgs. n. 180/2015, estendendo al commissario speciale (con il comma 3) la disciplina che si applica al curatore fallimentare<sup>16</sup>: a conferma, ancora una volta, che l'unica ipotesi d'insolvenza penalmente rilevante è quella pre-risoluzione, essendo questo l'unico caso in cui il commissario speciale può essere paragonato al curatore fallimentare, potendosi trovare nelle condizioni soggettive di commettere i reati di cui alla legge fallimentare. E tuttavia, a scanso di equivoci, con il d. lgs. n. 14 del 2019<sup>17</sup>, che ha introdotto nel nostro ordinamento il Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (non ancora completamente in vigore), il legislatore delegato ha riproposto solo limitatamente il contenuto dell'art. 237 LF., eliminando per l'appunto la parte che faceva riferimento alla procedura di risoluzione bancaria.

Proprio di recente, il Tribunale di Arezzo, in relazione alle vicende che hanno riguardato l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza di "Banca Etruria", poi dichiarato con sentenza, si è soffermato nelle proprie motivazioni sulla questione della rilevanza penale dell'insolvenza in occasione della procedura di risoluzione, ritenendo non condivisibile la lettura appena offerta

---

<sup>15</sup> Tale disposizione corrisponde all'attuale art. 293 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

<sup>16</sup> Comma aggiunto, in particolare, dall'art. 100, comma 2, del d. lgs. n. 180/2015, in attuazione della Direttiva 2014/59/UE.

<sup>17</sup> L'emanazione del d. lgs. n. 14 del 2019 ha rappresentato il completamento di un *iter* normativo iniziato il 28 gennaio 2015 con l'istituzione, da parte del Ministro della Giustizia, di una Commissione, presieduta dal Dott. Renato Rodorf, che ha elaborato uno schema di disegno di legge delega successivamente modificato. La stessa Commissione ha, poi, presentato due schemi di decreti legislativi per attuare la legge delega, i quali sono stati ripresi dal successivo Governo e sono confluiti, con talune modifiche, nel d. lgs. n. 14 del 2019. L'entrata in vigore di tale decreto legislativo era stata differita al 16 maggio 2022 (attualmente, prorogata ulteriormente al 17 luglio 2022, dall'art. 37 dello schema di decreto legge, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR del 13 aprile 2022) per mezzo del D.L. n. 118/2021, convertito con la legge n. 147/2021, fatta eccezione per le modifiche al codice civile, già entrate in vigore il 16.03.2019, e per le procedure di allerta e di composizione della crisi, di cui al Titolo II, che sarebbero state vigenti a partire dal 31.12.2023, se non fossero intervenute le proposte di modifica recenti al Codice della crisi. In particolare, il 17 marzo scorso è stato approvato in prima lettura, dal Consiglio dei ministri, lo schema di decreto legislativo, A.G. n. 374, che reca alcuni correttivi al CCII, in attuazione della Direttiva Insolvency 2019/1023/UE. Per alcuni approfondimenti sul punto v. *infra*, § 5.

(sia pure assolvendo, per altra ragione, gli imputati dai reati di bancarotta fraudolenta e semplice, all'epoca contestati)<sup>18</sup>.

Preliminarmente, i giudici di primo grado hanno osservato che il richiamo operato al Titolo VI, L.F., solamente nel caso in cui lo stato di decozione preceda alla procedura di risoluzione, sarebbe sintomatico della volontà del legislatore delegato di escludere l'applicabilità dei principi oramai consolidati da varie pronunce della Suprema Corte in tema di bancarotta riparata. Pertanto, l'ambito operativo delle norme sulla bancarotta si estenderebbe anche all'ipotesi d'insolvenza maturata a seguito dell'avvio della procedura di risoluzione, e ciò non rappresenterebbe una violazione del principio di personalità della responsabilità penale, data l'assenza palese di un riferimento di segno contrario nella lettera della legge, tenuto conto peraltro che l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità<sup>19</sup> individua nel provvedimento giudiziale di accertamento dell'insolvenza una mera condizione di punibilità.

A ben vedere, in verità, a favore dell'irrelevanza, circa la responsabilità per bancarotta ascrivibile al *management* bancario, dell'insolvenza di cui all'art. 38, comma 3, d. lgs. 180/2015 cit. depone proprio il dato formale relativo alla mancanza di una previsione espressa di segno contrario da parte del legislatore. In particolare, non si comprende perché – se l'intento fosse stato di prevedere in tal caso la sola punibilità dei precedenti amministratori – il legislatore delegato non abbia proceduto ad esplicitarlo. Né di maggiore pregio sembra potere essere l'interpretazione secondo la quale non sarebbe stata necessaria un'indicazione espressa, derivando la punibilità del *board management* dal richiamo a clausole generali d'incriminazione (il riferimento è all'art. 82, comma 2, T.U.B., e agli artt. 195 e 237 L.F.). Ebbene, proprio tale assetto normativo è riferito, fra l'altro, al caso dell'insolvenza antecedente alla procedura di risoluzione, in relazione al quale una deroga a siffatte regole generali sarebbe stata difficilmente sostenibile a fronte del silenzio della legge: si tratterebbe, così ragionando, di una violazione patente del principio di legalità.

---

<sup>18</sup> Tribunale di Arezzo, 11 ottobre 2021, n. 2206, inedita.

<sup>19</sup> Per tutte, Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, n. 22472, Passarelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1463 ss., con nota di ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*.

D'altro lato, invece, nell'ipotesi d'insolvenza che segua alla risoluzione, in difetto di una espressa indicazione nella lettera della legge che li esoneri, la non punibilità degli organi della procedura è chiaramente prevista. Ma allora, sarebbe irragionevole prevedere, a fronte di un fenomeno di dissesto determinatosi nella fase della risoluzione, un trattamento diverso per il precedente *management*, rispetto agli organi della risoluzione, e ciò nonostante siffatto segmento di vita dell'azienda non afferisca alla gestione del *board* di un tempo.

*Breve*, concludere che il silenzio anche nei confronti degli *ex* amministratori discenda dalle regole generali appena sopra richiamate rappresenterebbe una forzatura, in particolar modo nella materia del diritto penale. Né va tralasciata la circostanza ulteriore che, proprio perché ci troviamo in ambito penalistico, non è possibile invocare una sorta di "analogia" rispetto alla punibilità dell'insolvenza antecedente, se non contravvenendo alla scelta fatta dal legislatore di voler proprio differenziare le due situazioni.

In definitiva, l'avvio di una procedura di risoluzione in una situazione di crisi - ma non tale da doversi dichiarare l'insolvenza - interrompe definitivamente la sequenza che si potrebbe instaurare tra quella situazione e la successiva dichiarazione d'insolvenza determinata dalle misure della risoluzione, creando una barriera penalmente invalicabile rispetto ai reati di bancarotta, della quale si giovano, in via preliminare, gli organi della risoluzione che così possono operare senza il timore di dover rispondere di tali reati, *e poi* gli *ex* amministratori, le cui eventuali responsabilità - anche per i reati di bancarotta - non possono che fotografarsi *avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione*.

E allora, ben si può ipotizzare che il legislatore delegato, consapevole che dottrina e giurisprudenza prevalenti - pur sotto diverse qualificazioni giuridiche - sottraggono la dichiarazione di fallimento alla verifica di sussistenza del nesso causale e della colpevolezza rispetto alle condotte tenute, si sia posto il problema di evitare la responsabilità penale degli *ex* amministratori, per reati di bancarotta, a fronte di eventi d'insolvenza del tutto imprevedibili e sganciati

dalle condotte poste in essere dai medesimi in un'epoca in cui neppure esisteva una situazione di crisi. Infatti, se tale responsabilità fosse riconosciuta soltanto perché, dopo molti anni, l'insorgenza di una situazione d'insolvenza ha determinato l'avvio della procedura di risoluzione (e, a seguito di quest'ultima, siano maturate le condizioni per la dichiarazione di fallimento), ciò avverrebbe in spregio ai più elementari principi costituzionali che ispirano il diritto penale.

Il legislatore della risoluzione bancaria, al contrario, avrebbe racchiuso *già nel testo normativo* i presupposti per scongiurare tale evenienza, creando un esempio di quel tanto auspicato «prodotto serio ed autorevole nei contenuti e nelle forme», che non necessita di “aggiustamento giurisprudenziale”<sup>20</sup>.

Ciò nondimeno, i giudici del Tribunale di Arezzo hanno rigettato la tesi che, ravvedendo nella normativa bancaria uno “scudo penale” (a copertura della natura straordinaria e discrezionale dei poteri autoritativi d'intervento dell'Autorità chiamata a gestire la crisi), ne invoca l'estensione agli amministratori pre-risoluzione (in ragione dell'insussistenza dello stato d'insolvenza al momento dell'avvio della procedura) limitandosi a osservare che l'individuazione delle ipotesi di non responsabilità avrebbe natura meramente interpretativa e, in ogni caso, un simile ragionamento finirebbe per ampliare considerevolmente il perimetro d'irrelevanza dei comportamenti sotto il profilo penale (*costringendo* così ad assolvere).

Ebbene, a parte il fatto che l'*interpretazione*, ordinata alle norme nella loro collocazione gerarchica e nei loro rapporti ordinamentali, è *sempre ammessa*, per definizione<sup>21</sup>, l'intero ragionamento risulta mal posto, in realtà. Non si tratta, invero, di creare uno *scudo penale* per una categoria indiscriminata di situazioni. Al contrario, è la stessa legislazione in tema di risoluzione a condurre l'interprete verso deduzioni stringenti: al fine di valutare se i comportamenti tenuti possano avere rilievo penale, occorre avere riguardo a una si-

---

<sup>20</sup> In questi termini, BRUNELLI, *Brevi note su giudice penale ed economia: la scommessa della legalità è ancora valida?*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di Borsari, Padova, 2018, 119.

<sup>21</sup> Proprio nel caso di specie, peraltro, l'interpretazione proposta varrebbe a *restituire coerenza* alle fonti nel loro insieme: v. *infra*, § 4.

tuazione specifica, e cioè quella «esistente al momento dell'avvio della risoluzione»<sup>22</sup> (a prescindere dal momento in cui l'insolvenza è formalmente dichiarata). Ciò in quanto l'intervento della procedura di risoluzione cristallizza il momento in cui l'insolvenza assume un rilievo penale: sia nel senso che il successivo superamento dell'insolvenza non vale di per sé a esonerare i *fatti di bancarotta precedenti* all'avvio della procedura di risoluzione, sia nel senso invece dell'irrelevanza dei medesimi allorquando *successivi* alla messa in atto degli strumenti previsti dalla procedura.

In pratica, il legislatore delegato si è mostrato sensibile verso un approccio alle fattispecie di bancarotta che si configuri maggiormente conforme ai canoni costituzionali. Tanto da operare, già in astratto, una distinzione puntuale tra situazioni d'insolvenza, precedenti oppure successive all'apertura della procedura, senza *delegare* al giudice del caso concreto la valutazione circa la portata offensiva di fatti che siano stati commessi in un tempo in cui non sussistevano segnali di allarme (né di crisi) ovvero che abbiano perso attualità, dal punto di vista lesivo, alla data di apertura dello stato d'insolvenza.

La soluzione prospettata non solo è dotata di coerenza intrinseca ed è del tutto rispettosa del dato normativo ma è, altresì, quella che consente di assicurare pieno rispetto del principio costituzionale di offensività<sup>23</sup> e del divieto di responsabilità per fatto altrui. Si tratta, anzi, di un caso in cui i due principi dimostrano la loro stretta connessione: proprio nella misura in cui la responsabilità circa lo stato d'insolvenza non dipenda dai comportamenti pregressi, tali condotte non sono, rispetto a detto stato d'insolvenza, né offensive, né colpevoli.

---

<sup>22</sup> Così, l'art. 36 cit.

<sup>23</sup> Di recente, sull'operatività anche concreta di tale principio, Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 278, in *www.cortecostituzionale.it* e Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Foro it.*, 2019, 2622 ss. Sempre Corte cost., 11 giugno 2008, n. 225, in *Giur. cost.*, 2008, 2528, ha chiarito che «il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività in concreto). Esso - rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule verbali impiegate dal legislatore appaiano in sé, anodine o polisense - dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva».

Alla luce di quanto permettono di conseguire sul piano generale, allora, ci si chiede se i criteri adottati per l'interpretazione della norma in tema di risoluzione, funzionali al rispetto dei principi di offensività e colpevolezza, debbano limitarsi a tale modello di gestione della crisi. Sia pure in assenza di un dato normativo dal tenore inequivocabile - ferme le criticità che da tale assenza derivano - un'interpretazione condotta in parallelo rispetto a quella appena esposta potrebbe infatti offrire, anche con riferimento alla norma generale sulla bancarotta fraudolenta prefallimentare<sup>24</sup>, la coerenza rispetto ai criteri indispensabili per garantirne un'interpretazione *costituzionalmente orientata*. Il discorso si collega al tema, di più ampio respiro, dei rapporti tra fatti di bancarotta e sentenza dichiarativa di fallimento e circa la necessità, al contempo, che sottrarre quest'ultima ai criteri d'imputazione propri del reato non si traduca in un'inammissibile forma di *responsabilità per fatto altrui*.

3. *La bancarotta patrimoniale (al di fuori della risoluzione bancaria) come fatto nel tempo: gli argomenti discutibili di una sentenza giusta*. Come si sa, non è una questione puramente dogmatica - e, quindi, priva di conseguenze applicative - la fisionomia esatta che assume la sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura dei delitti di bancarotta. Nonostante gli sforzi profusi in dottrina (e, talvolta, nella prassi) volti a un «*recupero della dimensione lesiva della fattispecie*»<sup>25</sup>, onde salvaguardarla da censure d'incostituzionalità<sup>26</sup>, ancor

---

<sup>24</sup> Ferma l'opportunità di una ridefinizione legislativa dell'intera materia inerente alla bancarotta (ridefinizione attesa, come si sa, oramai da decenni). In questo senso già ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 114 ss. Del resto, una riforma per mano del legislatore potrebbe consentire un recupero di costituzionalità già sulla base del tenore letterale della norma, sempre da preferirsi al conseguimento del medesimo risultato in via ermeneutica, con rischi d'incertezza e disomogeneità.

<sup>25</sup> L'espressione è di CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Padova, 2019, XIII.

<sup>26</sup> Sul punto, per tutti, PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Vol. IV, Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare*, Milano, 2003, 1005 ss.

oggi la problematica non è approdata a una soluzione che possa ritenersi realmente soddisfacente<sup>27</sup>.

Non è il caso in questa sede di ripercorrere il dibattito dottrinale<sup>28</sup> e giurisprudenziale<sup>29</sup> (se non per brevi cenni), sviluppatosi in ordine al ruolo da attribuire alla dichiarazione di fallimento nei reati prefallimentari. È ben nota la conclusione alla quale è pervenuta la giurisprudenza delle Sezioni Unite, secondo cui la dichiarazione fallimentare rappresenterebbe una condizione obiettiva (*estrinseca*) di punibilità, per la quale ragione non sarebbe necessario «l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività»<sup>30</sup>. Sviluppando questo ragionamento, in sostanza, il rapporto causale tra comportamenti e dichiarazione di fallimento, come pure la colpevolezza, non sono neppure oggetto di una presunzione *iuris et de iure*, conseguente alla sussistenza delle condotte descritte nella fattispecie<sup>31</sup>, ma *irrilevanti*<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Cfr., Cass., Sez. V, 15 ottobre 2020, n. 7437, relativa alla nota “vicenda Alitalia”, ove la Suprema Corte anche con riferimento alla bancarotta per dissipazione ha chiarito che la dichiarazione di fallimento si atteggia come «evento che condiziona il perfezionamento del reato, ma non è collegato da alcun nesso di causalità necessaria con la condotta».

<sup>28</sup> In dottrina, a favore dell'interpretazione della sentenza dichiarativa di fallimento nei termini di condizione obiettiva di punibilità, per tutti, PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di Pedrazzi, Alessandri, Foffani, Seminara, Spagnolo, Bologna, 2003, 108. Ha riconosciuto alla dichiarazione di fallimento il ruolo di condizione obiettiva di punibilità, Cass., Sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910, Santoro, in *Le Società*, 2017, 897 ss., con nota di MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale di insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*.

<sup>29</sup> Sviluppando ulteriormente l'impostazione della pronuncia a Sezioni Unite del 1958, c.d. sentenza “Mezzo” (Cass., Sez. un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 513, con nota di SABATINI, *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*), la giurisprudenza di legittimità ha continuato ad assegnare alla dichiarazione di fallimento il valore giuridico di elemento costitutivo (*sui generis*), indispensabile ai fini dell'integrazione del reato, nonostante si ritenesse che il medesimo – al pari delle condizioni obiettive di punibilità – potesse prescindere dal nesso causale e psicologico rispetto alle condotte incriminate. Il principio è stato ribadito anche in tempi recenti da Cass., Sez. un., 26 maggio 2011, n. 2103, in *Le Società*, 2011, 1196 ss.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, n. 22472, Passarelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1463 ss.

<sup>31</sup> AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 275.

<sup>32</sup> Ciò permetterebbe di fare salvi i principi fondamentali vigenti in materia penale, benché non si possa fare a meno di constatare l'opportunità, al contempo, di una riduzione del carico sanzionatorio e di una rimodulazione del *dies a quo* della prescrizione, tanto da porre in dubbio la stessa legittimità costituzio-

Proprio sotto questo profilo, può valorizzarsi la riflessione compiuta in tema di risoluzione bancaria. Pur volendo convenire con la conclusione largamente prevalente in giurisprudenza, secondo cui il *provvedimento* che dà avvio alla procedura concorsuale non deve essere eziologicamente legato alle condotte di bancarotta patrimoniale, ciò non equivale a giustificare l'irrelevanza della distanza temporale che eventualmente separi tali fatti di bancarotta dalla sentenza dichiarativa di fallimento (*rectius*, dal dissesto che questa presuppone). È chiaro che la sentenza di fallimento non integra il disvalore *d'evento* del delitto di bancarotta<sup>33</sup>, dipendendo dal dispiegarsi di una data attività processuale di soggetti interessati<sup>34</sup>, e ciò persino nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (perlomeno, nella versione precedente ai correttivi attualmente proposti)<sup>35</sup>. Peraltro, è la stessa logica di fondo che ispira le disposizioni fallimentari a smentire la tesi secondo cui l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza rappresenterebbe l'evento tipico del reato, essendo la sentenza dichiarativa strumentale a preservare il soddisfacimento del ceto creditorio<sup>36</sup>.

---

nale dell'art. 158, comma 2, c.p., nella parte in cui fa decorrere la prescrizione del reato condizionato dal giorno in cui si è verificata la condizione, invece dal giorno in cui il fatto di bancarotta è stato commesso.

<sup>33</sup> FIORELLA, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2012, 387.

<sup>34</sup> Afferma che «il fallimento è l'ambiente proprio del reato di bancarotta», DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1926, 450, ora in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 725.

<sup>35</sup> Per riferimenti più puntuali al d. lgs. n. 14 del 2019 e ai relativi correttivi v. *supra*, nota 17. Anche nel nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, le procedure stragiudiziali previste «possono concludersi con una segnalazione al pubblico ministero che, se accerta lo stato d'insolvenza, deve presentare istanza per la dichiarazione di liquidazione giudiziale (ex fallimento). Questa eventualità rappresenta un forte disincentivo per il debitore ad attivarsi tempestivamente per la soluzione della crisi»: cfr. ASSIONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circolare n. 19, 2 agosto 2019, 65. E tuttavia, le proposte attuali di modifica al Codice della crisi, eliminando le procedure di allerta e di composizione della crisi in favore dello strumento di composizione negoziata, sembrano aver ridotto considerevolmente il ruolo del P.M. Per un'analisi più accurata del tema si veda JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 22 dicembre 2021.

<sup>36</sup> PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, 18. Estende il ragionamento ai provvedimenti di ammissione alle procedure concorsuali alternative, ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, 5.

E tuttavia, il giudice è chiamato, da un lato, a verificare l'effettiva lesività dei comportamenti tenuti rispetto alla massa dei creditori, quale portato del comportamento illecito non compensato *medio tempore* da alcun riequilibrio economico<sup>37</sup>. Dall'altro, l'offesa al bene giuridico non può tradursi nel mero impoverimento dell'asse patrimoniale, motivo per cui i fatti di bancarotta devono ritenersi punibili soltanto laddove abbiano provocato una diminuzione della garanzia patrimoniale tale per cui le aspettative dei creditori risultano pregiudicate<sup>38</sup>. Da un'attenta interpretazione del nucleo di offensività che caratterizza il delitto di bancarotta<sup>39</sup> emerge la necessità di verificare che le condotte tipiche (che qualificano la fattispecie), in ipotesi attuate durante una situazione patrimoniale pregiudizievole, siano state – in quanto concretamente depauperative – idonee a creare un pericolo<sup>40</sup> per gli interessi dei creditori (pericolo poi concretizzatosi in quel preciso dissesto che si è verificato). Simile interpretazione avrebbe il pregio di evitare, peraltro, che il giudice tenga conto anche delle circostanze successive alla condotta oppure apprese successivamente.

Di conseguenza, il fattore temporale (e di contesto) si trova ad assumere un ruolo di sicuro rilievo ai fini dell'interpretazione del delitto di bancarotta fraudolenta predichiarativa, dovendo il fatto distrattivo, per un verso, presentare caratteristiche adeguate a determinare una potenziale conseguenza lesiva agli interessi dei creditori e, per l'altro, *persistere* nei suoi effetti al momento di apertura della procedura concorsuale. In sintesi, la rilevanza del limite temporale è costituita dall'esigenza di evitare che l'imprenditore sia chiamato a rispondere di un *fatto altrui*, ogniqualvolta siano intervenuti fattori che abbiano determinato l'interruzione della potenzialità lesiva delle condotte di-

<sup>37</sup> In questo senso, Cass., Sez. V, 22 novembre 2006, n. 523.

<sup>38</sup> Di quest'avviso già Cass., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388.

<sup>39</sup> In questi termini, Cass., Sez. V, 7 aprile 2017, n. 1781, con nota di CHIARAVIGLIO, *Superato il divario tra teoria e prassi a proposito del rapporto tra bancarotta e dichiarazione di fallimento?*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 456 ss. Nella medesima linea interpretativa, tra le altre, Cass., Sez. V, 19 febbraio 2015, n. 33527; Cass., Sez. V, 12 maggio 2015, n. 19548.

<sup>40</sup> Chiaramente, ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1849: «ha senso dunque continuare a parlare di reati di “pericolo concreto”, perché la fattispecie è descritta in questi termini».

strattive: da valutarsi con la massima attenzione proprio alla luce della distanza temporale tra le condotte e la specifica situazione d'insolvenza, oggetto della dichiarazione di fallimento intervenuta.

Il tema della offensività in concreto, quale requisito della fattispecie tipica – da accertare sia con riferimento al tempo di realizzazione delle condotte, sia nel suo perdurare sino alla dichiarazione d'insolvenza<sup>41</sup> – è stato colto dall'isolata, ma assai significativa *pronuncia*<sup>42</sup> che, superando un dato letterale non inequivoco, ha classificato la sentenza dichiarativa del fallimento nei termini di *evento* (naturalistico) del reato<sup>43</sup>. E in effetti, nel caso in esame la Suprema Corte ha avuto l'occasione di evidenziare il punto di debolezza che contraddistingue le tesi giurisprudenziali predominanti, anche perché il caso sottoposto al suo vaglio ben si prestava a essere risolto in osservanza dei principi di offensività e colpevolezza, essendo il lasso temporale tra condotte realizzate e momento di accertamento dell'insolvenza piuttosto ampio.

Muovendo dall'obiettivo – ambizioso – di porre rimedio alle incoerenze giuridiche dell'impostazione interpretativa tradizionale, la suddetta pronuncia “Corvetta” ha promosso una riflessione circa il valore giuridico da riconoscere alla dichiarazione d'insolvenza e ha assunto la posizione per cui il rispetto dei canoni penalistici impone all'interprete di verificare che il provvedimento

---

<sup>41</sup> ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1834, il quale osserva che «quell'idoneità ad arrecare pregiudizio alle pretese dei creditori, alla massa dei debiti, non è “data” per sempre come carattere indissolubile dell'atto, ma deve trovare conferma, sul piano dell'efficienza e della vitalità, anche nel momento dell'apertura della procedura che pone una soluzione di continuità all'attività dell'imprenditore. È il momento in cui i conti si chiudono e non è possibile una loro successiva modifica».

<sup>42</sup> Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss. Ha apprezzato il coraggio della sentenza, tra gli altri, VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente, della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 gennaio 2013, 1 ss. Simile orientamento è stato peraltro smentito prontamente dal medesimo Collegio, nello stesso giorno, con diverso relatore. Cfr., Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 gennaio 2013, con nota di VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*, 1 ss.

<sup>43</sup> Non ha mancato di osservare che, così ragionando, ne consegue l'esclusione «dalla preensione [dell'art. 40 c.p.] – che indubbiamente gode di una portata generale – i reati di pura condotta o formali», SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato d'insolvenza nel delitto di bancarotta “propria”*, in *Cass. pen.*, 2013, 1442.

giudiziario si ponga in rapporto causale con la condotta dell'agente e, inoltre, sia sorretto dall'elemento soggettivo, «nel cui fuoco verrebbe a cadere anche l'evento in questione»<sup>44</sup>.

È evidente il pregio metodologico di tale decisione che, superando l'impostazione dottrinarica dei *reati ad evento condizionato*<sup>45</sup>, ha dimostrato razionalità nella misura in cui riconosce a un elemento successivo alla condotta (nel ragionamento della Cassazione, la dichiarazione giudiziale d'insolvenza) la natura di requisito di fattispecie *in funzione* del rispetto dei principi di offensività e colpevolezza. Sulla base di questa ricostruzione, i giudici della Suprema Corte si fanno carico di condurre alle sue naturali conseguenze l'impostazione che tradizionalmente (e acriticamente) prevale nella prassi applicativa, e cioè assegnare alla dichiarazione di fallimento il valore giuridico di elemento costitutivo (*sui generis*)<sup>46</sup>, indispensabile ai fini dell'integrazione del reato<sup>47</sup>, pur ritenendo che il medesimo, al pari delle condizioni obiettive di punibilità, possa prescindere dal nesso causale e psicologico rispetto alle condotte incriminate<sup>48</sup>. Già nell'esordio del suo ragionamento i giudici della Corte di Cassazione, infatti, pur segnalando che l'inquadramento del fallimento come condizione obiettiva di punibilità «appare maggiormente rispondente alla formulazione lessicale della norma», dichiarano «di non di-

<sup>44</sup> PERDONÒ, *Brevi spunti di riflessione sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa dei rapporti strutturali tra fatti di bancarotta prefallimentare e sentenza di fallimento*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 3.

<sup>45</sup> SABATINI, *Ancora in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. pen. e proc. pen.*, 1938, 113 ss.

<sup>46</sup> Circa le diverse definizioni utilizzate con riferimento alla dichiarazione giudiziale di fallimento, benché accomunate dalla matrice comune di elemento del reato, FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'«essere» e il «non essere» della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 471.

<sup>47</sup> Tale posizione nella prassi è stata raffinata, successivamente, da un'interpretazione della giurisprudenza, la quale, sia pure rimanendo ferma rispetto all'irrelevanza del legame eziologico e psicologico della condotta con il fallimento, ha riconosciuto nella declaratoria fallimentare un «elemento attualizzante l'offesa». Di quest'avviso, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 maggio 2015, con nota di BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*.

<sup>48</sup> Ritieni che tale opzione interpretativa sia funzionale ad esigenze meramente processuali, vale a dire che *tempus* e *locus commissi delicti* coincidano, rispettivamente, con data e luogo ove è stata pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1999, 172.

scostarsi dall'indirizzo assunto dalle sezioni unite con la sentenza n. 2 del 25.01.1958 e poi consolidatosi nel tempo»<sup>49</sup>.

Ciononostante, il percorso motivazionale nel suo prosieguo si rivela non privo di criticità sotto il profilo della coerenza logico-argomentativa<sup>50</sup>, nella misura in cui, pur nel condivisibile approccio volto all'emersione delle aporie dei precedenti giurisprudenziali, sovrappone ripetute volte i concetti di dissesto, insolvenza e dichiarazione fallimentare, generando ambiguità<sup>51</sup>. Inoltre, la scelta d'individuare proprio in quest'ultimo atto formale il momento di consumazione del reato trova un conforto insoddisfacente nel dato letterale e conduce a trasformare, surrettiziamente, il delitto in parola in un reato di danno (con tutte le difficoltà che ne deriverebbero in tema di accertamento del legame eziologico).

Soccorre nuovamente, allora, l'insegnamento della normativa in tema di risoluzione bancaria. La sensibilità dimostrata dalla sentenza Corvetta circa i requisiti di attribuzione della responsabilità penale potrebbe, in effetti, trovare un più sicuro ancoraggio non già nel dato formale della declaratoria di fallimento, quanto nel fatto storico dell'insolvenza (non come evento, bensì come elemento di concretizzazione del rischio) la quale s'inscrive in una sequenza di vicende più appropriatamente riconducibili all'attività dell'imprenditore (*rectius*, dei soggetti che si sono eventualmente avvicinati in tale ruolo), sempre fatta salva l'incidenza di altri fattori di rilievo.

Così ricostruito, il quadro sembra recuperare una certa coerenza di fondo. Occorre, tuttavia, verificare che tale impostazione valga davvero ad evitare che dalla lettura della dichiarazione d'insolvenza in termini di condizione obiettiva di punibilità possa comunque derivare la possibilità, non così remota, di essere chiamati a rispondere *per un fatto altrui*. Ben potendo essere giunto lo sta-

---

<sup>49</sup> Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, 2013, 1431.

<sup>50</sup> Ne ha apprezzato l'impostazione metodologica, sebbene «tale apprezzamento è [...] replicabile solo in minima parte in relazione ai contenuti della parte motiva della sentenza», D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 356 ss.

<sup>51</sup> PERDONÒ, *Brevi spunti di riflessione sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa dei rapporti strutturali tra fatti di bancarotta prefallimentare e sentenza di fallimento*, cit., 10.

to d'insolvenza (e la relativa dichiarazione di fallimento) in conseguenza di fattori del tutto *estranei* ai comportamenti di bancarotta, come, ad esempio, una crisi economica improvvisa.

4. *Alla ricerca di una coerenza costituzionalmente conforme: qualche garanzia in più per l'imputato.* La necessità – come dimostra la normativa inerente alla risoluzione bancaria – che l'ambito applicativo della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>52</sup> vada ristretto a quelle situazioni, *anche temporalmente* delimitate (senza sacrificare, ovviamente, il portato realmente offensivo dei fatti commessi), rispetto alle quali i comportamenti tenuti dall'imprenditore si situano in un momento prossimo allo stato d'insolvenza, non è uno sforzo titanico a cui è chiamato l'interprete.

Benché la normativa si mostri più avara di appigli ermeneutici per una ricostruzione costituzionalmente orientata del tipo, una lettura in parallelo della disciplina in tema di risoluzione e dei reati di bancarotta (che valorizzi, tra l'altro, la scansione temporale dei singoli fatti) non contrasta certamente con la lettera della legge. La stessa struttura del delitto di bancarotta osta a interpretazioni semplificative della fattispecie<sup>53</sup> e dimostra, anzi, già a livello testuale, la necessità di coniugare tale figura delittuosa con il principio di offensività. Preliminarmente, quanto alla tecnica di descrizione della condotta, ci troviamo di fronte a un'ipotesi in cui il legislatore tipizza una «condotta-risultato»<sup>54</sup>: in tali casi, la formula verbale solo apparentemente descrive la condotta, esprimendo il fatto *altresì* un disvalore (*di pericolo*), che comporta una modi-

---

<sup>52</sup> In merito alla circostanza che il limite temporale si applichi anche alla bancarotta documentale, dato che quest'ultima «non produce di per sé danni patrimoniali diretti», v. DONINI, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, 13, il quale riprende il pensiero di Pietro Nuvolone.

<sup>53</sup> Osserva limpidamente che «[il diritto penale liberale] pretende dai giudici una scrupolosa attenzione al testo scritto della legge, contro le tentazioni di imboccare scorciatoie, semplificazioni, tattiche elusive, pur esperite nel superiore interesse sociale di fornire una risposta adeguata ai bisogni di punizione, e tuttavia istituzionalmente precluse alla magistratura», BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 255.

<sup>54</sup> La categoria è introdotta da BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, 64.

ficazione concreta della realtà<sup>55</sup>. Proprio l'equivalenza delle condotte previste dalla fattispecie in esame - caratterizzate dalla diminuzione dei valori attivi del patrimonio, a cui segue il pericolo di compromissione della garanzia per i creditori<sup>56</sup> - richiama l'interprete a limitare la rilevanza penale dei comportamenti tenuti dall'imprenditore, restringendo la punizione alle sole ipotesi in cui le condotte abbiano avuto un'*incidenza* rispetto allo stato d'insolvenza poi verificatosi. Una valutazione circa l'*attitudine lesiva* dell'atto dispositivo<sup>57</sup>, del resto, è conforme all'interpretazione costituzionale<sup>58</sup> che richiede, per i reati di pericolo (e a forma libera), l'idoneità *concreta* dei comportamenti a porre in pericolo il bene.

Tale ragionamento sembra trovare conforto nel tenore letterale della norma<sup>59</sup>: «le voci verbali usate dal legislatore (tanto più al tempo passato) denotano manipolazioni non *in itinere* ma portate al termine»<sup>60</sup>. Insomma, come da

<sup>55</sup> *Ibid.*, 65.

<sup>56</sup> AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 292.

<sup>57</sup> Nel senso di «offensività concreta come connotato essenziale», PEDRAZZI, (sub) *Art. 216*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, p. 11; ora in PEDRAZZI, *Diritto penale, Vol. IV, Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare*, cit., 432 ss.. In particolare, il canone dell'offensività - una volta valorizzato in funzione ermeneutica della norma penale - non può che fungere da «controllo del contenuto e della struttura della fattispecie» (MANES, *I recenti traccianti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 100). Da ciò deriva, per esempio, che a nulla rilevano comportamenti estranei all'offesa tipica come, ad esempio, il mero adempimento di talune obbligazioni ovvero un saldo passivo nel bilancio sociale. Diversamente, il paradigma delittuoso della bancarotta fraudolenta patrimoniale corrisponderebbe al modello del reato di pericolo astratto, che «spalanca le porte a un sindacato a ritroso, senza limiti, del giudice penale, per giunta in clima concorsuale in cui la deformazione del "senno di poi" è sempre dietro l'angolo». In questi termini, CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, cit., 172. Circa la necessità, da un punto di vista generale, di «attivare un canone interpretativo sostanziale che permetta - ove possibile - di trasformare i reati di pericolo astratto in reati di pericolo concreto», BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 40.

<sup>58</sup> In tema di offensività in concreto e di necessità del controllo del giudice, tra le molte, Corte cost., 23 giugno 2005, n. 265, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>59</sup> Con riferimento alla connotazione autonoma dei comportamenti descritti dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta propria, in termini di disvalore, rispetto all'offesa tipica del reato, v. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2015, 396.

<sup>60</sup> PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 45, il quale cita PEDRAZZI, (sub) *Art. 216*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, cit., 68.

tempo ha sottolineato la dottrina, «solo in apparenza il linguaggio della norma è puramente descrittivo [...], postulando un'attitudine offensiva concretamente valutabile [e, in effetti,] termini come 'distrazione' o 'dissipazione' sono impregnati da una connotazione negativa che solo una tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto»<sup>61</sup>. Ragion per cui, i comportamenti dell'imprenditore - *potenzialmente idonei a ledere il bene* - si situano (o, almeno, dovrebbero) in una situazione di crisi già qualificata: tale delimitazione, temporale e di contesto, permette di recuperare la fattispecie al principio di necessaria offensività e, al contempo, a quello di tassatività.

A proposito, è stato già osservato come «il transito dall'area dell'illecito avviene solo se [le] condotte siano tenute in una situazione *imprenditoriale* nella quale il patrimonio a *garanzia* delle pretese creditorie è appena sufficiente a soddisfarle [...]. Solo da questo punto *in poi*, la distrazione incide negativamente sui diritti dei creditori»<sup>62</sup>. Tanto che, «al di là di questo limite si riassume il potere di disposizione», che si modifica «col continuo variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore»<sup>63</sup>. D'altronde, sarebbe paradossale concludere in senso contrario, giacché la norma mira proprio a salvaguardare - fin quando possibile - le aspettative di soddisfacimento della massa<sup>64</sup>. È, infatti, evidente che «una repressione automatica 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>65</sup>.

Su questa base, dunque, le condotte tipiche si collocherebbero in un momento in cui il fallimento non è ancora avvenuto, ma *sta per* avvenire: un segmento temporale e situazionale caratterizzato *già* da quella situazione di squilibrio

<sup>61</sup> PEDRAZZI, (sub) *Art. 216*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, cit., 433.

<sup>62</sup> «Giacché erode il patrimonio sufficiente a garantirli»: ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 21. In giurisprudenza, nella medesima linea interpretativa, Cass., Sez. V, 24 marzo 2017, cit. E ancora, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, cit.

<sup>63</sup> PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Scritti in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 1111 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Vol. IV, Scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare*, cit., 991.

<sup>64</sup> AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 292 ss.

<sup>65</sup> PEDRAZZI, (sub) *Art. 216*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, cit., 443.

quanto meno *prossima allo stato d'insolvenza*<sup>66</sup>. Non è un caso che il disegno di legge delega governativo, n. 1741, di riforma dei reati fallimentari, presentato alla Camera dei deputati nel 2008, pur conservando il ruolo condizionante della procedura concorsuale, prevedeva l'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale allorquando la condotta si fosse verificata contemporaneamente allo stato d'insolvenza *ovvero al concreto pericolo del medesimo*<sup>67</sup>.

Il punto, dunque, non è soltanto l'esigenza, sottolineata da parte della dottrina, che il giudice debba verificare il sussistere dell'offesa al momento di apertura della procedura concorsuale<sup>68</sup>, quanto che le circostanze situazionali in cui le condotte sono poste in essere – circostanze già *ab initio* significative, in termini di riconoscibile squilibrio, come richiesto dalla pregnanza letterale della loro descrizione normativa – accompagnino poi l'intero svolgersi della vicenda fino all'insolvenza (o al suo concreto approssimarsi) senza soluzione di continuità.

La linearità con quanto già osservato in tema di risoluzione bancaria risulta allora più evidente. In *qualsiasi* bancarotta, *al pari di quanto accade nella risoluzione bancaria*, infatti, può verificarsi un avvicendamento di soggetti nelle posizioni di responsabilità, in grado di innescare un percorso gestorio del tutto autonomo. Sotto il profilo probatorio, poi, benché sia assente un momento istituzionale di verifica, il flusso continuo delle informazioni contabili è verosimile consenta di ricostruire *in qualsiasi momento* le condizioni generali di esercizio della gestione. Spetta, dunque, al giudice verificare se lo stato

---

<sup>66</sup> A favore di un'equivalenza di significato tra i termini dissesto e insolvenza, tra i molti, DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, cit., 49; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 29; PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 1000. Nel senso di una distinzione, PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 135. In maniera parzialmente conforme, di recente, GAMBARDELLA, *La nuova disciplina della crisi d'impresa e il sistema del diritto penale fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2021, 1913.

<sup>67</sup> Cfr., DONINI, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, cit., 18, in part. nota 56.

<sup>68</sup> Del resto, «ove successivamente risultasse nel giudizio civile il difetto della stessa insolvenza al momento della dichiarazione di fallimento, quest'ultimo verrebbe revocato e le condotte contestate risulterebbero prive di rilievo sotto il profilo dell'illecito penale fallimentare»: così, FIORELLA, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, cit., 392.

d'insolvenza - a cui è seguita formalmente la declaratoria di fallimento - altro non sia che l'ambiente spazio-temporale nel quale s'inseriscono le *condotte-risultato*. Diversamente, lo ribadiamo, si aprirebbe alla possibilità che si sia chiamati a rispondere per circostanze diverse ogniqualvolta si dimostri che il pericolo concreto (per la garanzia patrimoniale dei creditori) originato (oppure incrementato) con il fatto commesso all'epoca si sia azzerato con il trascorrere del tempo e che il *fatto altrui abbia generato una nuova e determinante situazione di pericolo*.

Le considerazioni svolte si riflettono anche sul piano dell'elemento psicologico del reato. L'individuazione esatta dei contenuti del dolo nella bancarotta fraudolenta non può prescindere dalla struttura del fatto tipico, inducendo così a considerare il dolo della fattispecie, come è stato da tempo osservato in dottrina<sup>69</sup>, in termini *particolarmente intensi*. L'approssimarsi dello stato d'insolvenza, che ne costituisce la caratterizzazione situazionale, e rende in concreto le condotte pericolose, dando corpo così all'offensività del tipo, dovrà essere oggetto di conoscenza certa da parte dall'agente. Volendo spingere il ragionamento oltre, tale coerenza si estenderebbe al riferimento - proposto in dottrina<sup>70</sup> - del dolo specifico *anche al primo gruppo di condotte* previste in tale norma<sup>71</sup>, nella misura in cui ciò consentirebbe di selezionare come rile-

---

<sup>69</sup> CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, 173; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 73.

<sup>70</sup> A favore dell'esigenza di parificare soggettivamente le ipotesi varie di bancarotta prescritte dall'art. 216, n. 1 L.F., ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica*, Milano, 2018, 135 ss. Osserva lucidamente come già oggi possa concludersi, in via interpretativa, per la riferibilità del dolo specifico rispetto alle condotte descritte all'art. 216, comma 1, n. 1, L.F., prima parte, secondo un'applicazione analogica in *bonam partem*, EUSEBI, *Un percorso di approfondimento del sistema penale. Argomenti per l'esame di diritto penale II, in ed.*, n. 22.3, 269.

<sup>71</sup> In sostanza, ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta, l'interprete sarebbe chiamato a verificare la sussistenza di un collegamento pregnante tra il fatto-base e l'elemento soggettivo del dolo specifico. Su queste basi, per giunta, verrebbe a tratteggiarsi più nitidamente la differenza rispetto alla figura della bancarotta semplice (in questo modo riducendo le probabilità di un'abrogazione *de facto*) dato che, nella prassi, si è intesa quest'ultima come caratterizzata da colpa (o, al più, da dolo eventuale). Invece, è evidente che le condotte previste da tale norma richiedono comunque la tenuta volontaria delle medesime, ma, al contrario della bancarotta fraudolenta, i comportamenti tenuti dal soggetto non sono preordinati a conseguire lo scopo di pregiudicare il ceto creditorio; obiettivo, di contro, presente

vanti, per il tramite del loro significato sintomatico di un intento pregiudizievole, le sole condotte realizzate in contiguità allo stato d'insolvenza<sup>72</sup>: unica situazione in cui l'intenzione *di frode* potrebbe riscontrarsi<sup>73</sup>. Così, si badi, configurando un tema di prova ulteriore, requisito aggiuntivo di delimitazione del fatto tipico, considerato che l'indicazione legislativa di una finalità specifica implica anche l'idoneità oggettiva della condotta a raggiungere quel dato scopo<sup>74</sup>.

La lettura *in parallelo* con la disciplina inerente alla risoluzione bancaria consente, quindi, una maggiore coerenza intrinseca della norma sulla bancarotta sia sotto il profilo oggettivo, che rispetto a quello soggettivo.

Infine, quanto alla dichiarazione di fallimento, pur considerandola condizione oggettiva di punibilità, non pare il caso di esasperarne l'estraneità al fatto di reato. È pur vero, infatti, che il legislatore può prevedere una condizione di punibilità per le più varie ragioni di politica criminale, ma queste devono comunque conservarsi coerenti con la tutela del bene e con l'obiettivo di protezione degli interessi della vittima. È proprio questo il caso della bancarotta, ove la non punibilità, conseguente alla mancata dichiarazione di fallimento (a fronte di un'offensività già perfezionatasi), offre, *proprio nell'interesse dei creditori*, un incentivo per l'imprenditore a percorrere tutte le strade e a raccogliere tutte le risorse disponibili per risolvere *in extremis* la situazione. Insomma, anche rinunciare ad applicare la pena corrisponde ad una strategia:

---

nell'ipotesi di bancarotta patrimoniale, rispetto alla quale l'intensità del dolo, in termini di frode, è piena.

<sup>72</sup> PAGLIARO, *Riflessioni sulla riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 855 ss.

<sup>73</sup> CASAROLI, *Il dolo della bancarotta fraudolenta tra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 300 ss. Peraltro, ciò permetterebbe, da un lato, di definire con maggiore rigore i contorni dell'elemento psicologico in relazione alle condotte descritte nel tipo e, dall'altro, di porre fine all'incoerenza di fondo secondo cui ai fini dell'ipotesi c.d. di "gonfiamento" del passivo è richiesto il requisito aggiuntivo favorevole del dolo specifico, nonostante nel caso di comportamenti che incidono sull'attivo non sia necessario porre in essere alcuna condotta di falso.

<sup>74</sup> Sul tema, per tutti, PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 512 ss.

in questi termini inteso, il fallimento «è procedura “virtuosa” dell’ordinamento»<sup>75</sup>.

Inoltre, a prescindere dalla persistenza o meno dell’offesa, *anche con riferimento alla condizione di punibilità*, il giudice è chiamato a verificare che quest’ultima non si riferisca a un fatto del tutto estraneo rispetto agli atti gestori penalmente rilevanti. Tale *pertinenza* al fatto di reato, propria di *qualunque* condizione di punibilità, è per certi aspetti colta, con riferimento alla fattispecie di bancarotta, da chi sostiene che debba sussistere un nesso di rischio<sup>76</sup>. Ma non sarebbe nemmeno strettamente necessario arrivare a tanto: si tratta, semplicemente, dell’esigenza che la condizione si riferisca al medesimo fatto di reato al vaglio del giudizio. Ciò vale, in realtà, per *tutte* le condizioni di punibilità: a mero titolo esemplificativo, il pubblico scandalo (nel caso d’incesto) ovvero la sorpresa in flagranza (nel caso del possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio oppure di gioco d’azzardo) non possono certo riferirsi a fatti diversi da quelli per i quali si procede. In sostanza, qualora il fallimento fosse dichiarato con riferimento a un *iter* gestorio completamente diverso rispetto a quello cui afferiscono le condotte contestate<sup>77</sup>, la condizione non avrebbe, a quel punto, alcuna pertinenza con i comportamenti (ancorché spregiudicati) a suo tempo intrapresi dall’agente. In questo contesto, subordinare la punibilità alla dichiarazione di fallimento<sup>78</sup> gioca un ruolo favorevole al *reo* sul piano della punibilità, ponendo un «filtro selettivo nel ricorso alla sanzione criminale per fatti “pur meritevoli di pena”»<sup>79</sup>. Tuttavia, se la pregnanza delle condotte e il momento in cui le medesime si situano sono *presi sul serio*, tale ruolo selettivo si riduce sensibilmente, limitandosi di fatto ai rari casi in cui, a insol-

<sup>75</sup> FIORELLA, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, cit., 388.

<sup>76</sup> Per tale teoria, DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. «Nesso di rischio» ed imputazione per fatto proprio*, Torino, 2006, 138 ss.

<sup>77</sup> DELITALA, *L’oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi Longhi*, Roma, 1935, 858.

<sup>78</sup> In quanto fattore aggiuntivo, non essendo appunto la declaratoria giudiziale «incaricata di definire la tipicità delittuosa»: CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell’insolvenza*, cit., 171.

<sup>79</sup> Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194.

venza già conclamata ovvero assai prossima, la dichiarazione di fallimento sia evitata *in extremis* (come già visto, peraltro, nel pieno interesse dei creditori).

5. *...e qualche sforzo in più per la tutela del bene protetto.* Sia consentito insistere su quest'ultimo aspetto. Siamo consapevoli che le conclusioni a cui siamo giunti, sia in termini d'imputazione oggettiva del reato che di colpevolezza, comportano, dal punto di vista processuale, un aggravio dei compiti del giudice<sup>80</sup>, con una sostanziale riduzione dell'area del punibile. Sarebbe erroneo, però, ritenere che questo risultato confligga con un'efficace tutela del bene.

Malgrado gli sforzi profusi da una parte della giurisprudenza – per merito della quale è stato possibile un avanzamento della lettura tradizionale della bancarotta patrimoniale in chiave offensiva – non è difficile accorgerci che il delitto è stato trasformato, dalla prassi applicativa, in un reato di pericolo, la cui concretezza è svilita nel riscontro pratico e il cui dolo degrada nella forma eventuale, approssimandosi alla colpa.

Con ogni probabilità, a un'analisi più attenta, la deriva della giurisprudenza è la conseguenza *perversa* di strategie politico-criminali non efficaci nei confronti di realtà fenomenologiche, in verità, differenti: da un lato, l'imprenditore le cui condotte hanno comportato un risultato *non voluto*, perché accortosi troppo tardi della loro pericolosità (o quanto meno delle conseguenze che ne sarebbero derivate). Dall'altro, l'imprenditore che ha *voluto danneggiare* (e *frodare*) i creditori. Rispetto a queste situazioni tanto diverse, l'elevata pena edittale, prevista per il delitto di bancarotta fraudolenta, rappresenta l'unica strada percorribile per il giudice che, in ambedue le ipotesi, “*deve*” punire.

La trasformazione della fattispecie operata dalla giurisprudenza conduce ad applicare la norma, insomma, *anche* a quelle situazioni in cui vale l'aporia, sotto il profilo dell'efficacia preventiva, già evidenziata dalla dottrina per i reati

---

<sup>80</sup> In questo senso, D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., 369.

colposi di evento<sup>81</sup>. Il diritto penale, ovvero, *arriva tardi* e si ritrova senza altri strumenti, diversi dall'inflizione di una condanna esemplare che non riesce però né a ristorare le vittime, né a svolgere un'efficace funzione di prevenzione generale. È noto, infatti, come l'effetto di deterrenza sia assai debole nei confronti di condotte sostanzialmente colpose, tenute da soggetti inconsapevoli del rischio, o comunque fiduciosi di poterne evitare le conseguenze.

Dunque, la tutela attualmente apprestata al bene nei confronti di tali condotte è, al tempo stessa, troppo estesa e troppo poco efficace. *Troppo estesa*, perché conduce a condanne anche in casi in cui, come visto, vengono messi quanto meno a grave rischio i canoni di offensività e colpevolezza. E, comunque, anche laddove questi fossero rispettati, al costo di uno snaturamento della fattispecie (e, quindi, in sfregio ai principi di determinatezza e tassatività). *Troppo poco efficace*, perché, per le ragioni dell'aporia già segnalata, tale approccio non funziona, e cioè non si dimostra, nel tempo, in grado di ridurre in modo significativo i fenomeni di bancarotta.

Il terreno è fertile per auspicare che rispetto a tali comportamenti si approntino strategie di tutela del bene protetto dalla norma differenziate. Non s'intende chiaramente auspicare un'estensione dell'area del penalmente rilevante attraverso l'introduzione di fattispecie minori (benché norme *ad hoc*, che prevedano sanzioni minori per le mere condotte, sarebbero comunque di maggiore garanzia rispetto all'attuale applicazione delle pene draconiane previste).

Piuttosto, l'idea è di articolare un catalogo di rimedi diversificato e integrato, in un'applicazione costruttiva del canone dell'*extrema ratio*<sup>82</sup>. L'indagine fin

---

<sup>81</sup> Per tutti, EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino, Eusebi, Forti, Napoli, 2011, 987 ss.; Id., *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014* (ThyssenKrupp), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015 (ora anche in *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di Bertolino, Ubertis, Napoli, 2015, 165 ss.), 643 ss.

<sup>82</sup> «Un principio elementare quanto rivoluzionario: non si può introdurre una fattispecie incriminatrice (né modificarla in *malam partem*, anche sul piano sanzionatorio) se prima – onde perseguire gli obiettivi di prevenzione che le si vorrebbero affidare – non sia stata predisposta una strategia attendibile di politica criminale, che coinvolga gli altri settori dell'ordinamento giuridico»: così, EUSEBI, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensie-*

qui svolta, a favore di un *diritto penale del fatto*, dimostra quanto i principi di offensività e colpevolezza siano indispensabili, data la loro funzione selettiva rispetto ai comportamenti penalmente rilevanti, per un'interpretazione *costituzionalmente conforme* della fattispecie criminosa<sup>83</sup>. E del resto, l'obbligo gravante sull'imprenditore di non pregiudicare la massa creditoria è l'effetto naturale già di alcune disposizioni civilistiche, in tema di responsabilità patrimoniale, alle cui violazioni eventuali consegue l'esperimento di rimedi, nient'affatto inefficaci, quali l'azione surrogatoria e l'azione revocatoria ordinaria, di cui rispettivamente agli artt. 2900 e 2901 c.c.<sup>84</sup>

In questa prospettiva, coglie nel segno, allora, anche la logica di *autoregolamentazione*<sup>85</sup> che ispira il nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza<sup>86</sup> (in particolar modo, perché pensata per l'impresе di dimensioni modeste). Da un lato, offrendo al debitore gli strumenti utili per intuire la rilevazione tempestiva di uno stato di crisi «che rende probabile l'insolvenza»; dall'altro, intervenendo con previsioni di carattere premiale,

---

ro di Massimo Pavarini, in *Criminalia*, 2015, 467 ss., 483. In tema di *extrema ratio* e reati economici, già EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 743 ss.

<sup>83</sup> Nella prospettiva di un accertamento del reato in concreto, SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1104 ss.

<sup>84</sup> Peraltro, in difetto del delitto di bancarotta fraudolenta, ben potrebbero i comportamenti distrattivi dei beni societari essere perseguiti, sussistendone i presupposti, attraverso il ricorso alle ipotesi delittuose, indubbiamente meno gravi, dell'appropriazione indebita ovvero dell'infedeltà patrimoniale, ex art. 2634 c.c. In questo senso, ACANFORA, *Bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: i tempi sono maturi per un intervento di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 140-141.

<sup>85</sup> Recentemente ne ha apprezzato la filosofia, in quanto strumento utile anche a limitare la rilevanza penale dei comportamenti di bancarotta, DONINI, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, cit., 21.

<sup>86</sup> Lo schema di decreto legislativo A.G. n. 374, recante modifiche al Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, di cui al d. lgs. n. 14/2019, propone, tra le altre cose, di eliminare le procedure di allerta, in presenza delle quali gli organi di controllo societari sarebbero stati tenuti a effettuare una segnalazione agli amministratori affinché assumessero le misure idonee che, se omesse oppure ritenute inadeguate, avrebbero comportato il coinvolgimento dell'Organo di Composizione della Crisi d'Impresa (OCRI). In compenso, i correttivi proposti prevedono una serie di strumenti di segnalazione (interni ed esterni) da parte dell'organo di controllo societario e dei creditori pubblici qualificati all'imprenditore.

attraverso la predisposizione di una serie di benefici fiscali, nell'ipotesi di successo delle misure di risanamento<sup>87</sup>.

E tuttavia, quanto al primo profilo, non si può fare a meno sinteticamente di osservare che: *a)* l'impegno economico e professionale – ai fini della predisposizione di un piano – per accedere allo strumento di risanamento non appare di poco conto, rappresentando quindi un freno per l'imprenditore medio piccolo che rischia di finire *comunque in liquidazione*<sup>88</sup>; *b)* le proposte correttive al testo attuale del Codice della crisi<sup>89</sup>, per merito delle quali si individuano puntualmente i parametri di adeguatezza dell'assetto societario – a cui si aggiunge l'elencazione dettagliata di una serie di *segnali di allarme*, sintomatici della crisi d'impresa – espongono al dubbio di aver "intrappolato" l'imprenditore nelle maglie del nuovo art. 3 che sembra *costringere*, più che altro, lo stesso a fare ricorso all'istituto, *volontario*, della composizione negoziata; *c)* le condizioni per la nomina dell'organo di controllo oppure del revisore, sulla base del tenore dell'art. 2477 c.c., sono limitate ad aziende di dimensioni non poi così modeste<sup>90</sup>; *d)* la procedura di autodiagnosi, preliminare al piano di risanamento, introdotta col D.M. del 28 settembre 2021 – finalizzata a misurare lo stato di salute aziendale e a verificare, quindi, se sia ragionevolmente perseguibile tale percorso di risanamento – in quanto automatizzata tradisce chiaramente la logica *tailor-made*, che sembra caratterizzare ogni singola impresa.

Quanto al secondo profilo, per quel che qui interessa, l'eliminazione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi in luogo della composizione negoziata<sup>91</sup>, proposta col decreto correttivo, ha comportato il venir

---

<sup>87</sup> Sempre in questa logica premiale, merita di essere salutata sicuramente con favore la possibilità per l'imprenditore «di proporre domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio» (art. 23 dello schema di decreto legislativo A.G. n. 374).

<sup>88</sup> ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1828.

<sup>89</sup> Per riferimenti più puntuali al d. lgs. n. 14 del 2019 e ai relativi correttivi v. *supra*, nota 17.

<sup>90</sup> FACCINCANI, *Gli «indici dell'allerta» nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: un'impostazione contraddittoria*, in *Bancaria*, 6, 2020, 81.

<sup>91</sup> Aveva osservato che: «se un sistema di allerta non è in grado di prevedere con ampio anticipo la crisi aziendale, bensì fornisce un segnale che arriva a ridosso dell'insolvenza o addirittura del dissesto patrimoniale, allora esso appare privo di qualsiasi efficacia in quanto, nel momento in cui la crisi è a uno

meno della causa sopravvenuta di non punibilità del danno di speciale tenuità, che era prevista a favore del debitore che avesse «tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza», nell'ipotesi in cui successivamente fossero maturati i presupposti per l'applicazione della disciplina penal-fallimentare. Ebbene, già a suo tempo, si era osservato come il legislatore fosse stato interessato più al portato simbolico di tale previsione<sup>92</sup> che alla sua reale praticabilità, vanificando la possibilità di ricomprendere nell'ambito applicativo della disposizione una serie di fatti di minore rilevanza, circa le modalità dell'azione<sup>93</sup>, proprio nella prospettiva di quella già auspicata applicazione razionale e concreta del principio di offensività. Peraltro, a tale causa di esclusione della punibilità non si accompagnava l'opzione, prima dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, di riparare integralmente il danno<sup>94</sup>.

A tale ultimo proposito, i tempi sembrerebbero maturi per promuovere, allora, anche rispetto ai delitti di bancarotta, una riflessione circa la previsione di meccanismi estintivi del reato, a fronte della «messa in opera da parte del soggetto agente di condotte riparative adeguate, in una prospettiva di carattere riconciliativo»<sup>95</sup>, che possa coinvolgere il ceto creditorio e (magari) anche gli Istituti di credito. Parimenti, potrebbero prevedersi per i comportamenti di

---

stadio profondo, ogni tentativo di ristrutturazione si rivelerà con alta probabilità inutile», FACCINCANI, *Gli «indici dell'allerta» nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: un'impostazione contraddittoria*, cit., 86.

<sup>92</sup> Era stata definita «norma manifesto» da ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1847.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 1846. Ha osservato, che il legislatore avrebbe potuto ispirarsi all'impostazione di cui all'art. 131-bis, c.p., GAMBARDILLA, *La nuova disciplina della crisi d'impresa e il sistema del diritto penale fallimentare*, cit., 503.

<sup>94</sup> Circa la «necessità d'introdurre più incisive ipotesi di premialità post-delittuosa», TOSCANO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nodo (non sciolto) della bancarotta riparata*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 3 dicembre 2021, 20. Ha evidenziato che la disposizione premiale prevista nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza godeva di un ambito di applicazione diverso rispetto all'istituto della bancarotta riparata GUERINI, *La bancarotta "riparata": presente e futuro del diritto penale (che fu) fallimentare*, in *Bilancio e Revisione*, 2021, 53.

<sup>95</sup> EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4957.

minore rilevanza pene principali, di mero carattere interdittivo, «ovviamente da utilizzarsi in termini tali da non precludere ogni concreta possibilità di inserimento lavorativo o di reddito del loro destinatario»<sup>96</sup>.

In un'ottica di prevenzione anticipata, poi, l'obiettivo di scongiurare condotte pericolose oppure gravemente negligenti in vista di un risultato dissipatorio *penalmente rilevante* potrebbe realmente perseguirsi agendo – sempre nel rispetto dei principi costituzionali<sup>97</sup> – sul c.d. capitale reputazionale<sup>98</sup>: un potenziale tipico della sanzione penale (benché di recente ridimensionato)<sup>99</sup> ma attingibile anche, ad esempio, con la pubblicizzazione di sanzioni extra-penali, in un tipico approccio di *enfocement* progressivo<sup>100</sup>. Correlativamente, ben si potrebbe prevedere, inoltre, un sistema d'incentivi legati al mantenimento di un'immagine positiva<sup>101</sup>.

Il catalogo degli strumenti è troppo ampio per tentarne anche una prima ricognizione in questa sede. La riflessione sulla risoluzione bancaria, evidenziando come i fatti d'insolvenza si sviluppano *nel tempo*, secondo modalità niente affatto omogenee nei diversi casi, ci ha condotto al cuore del problema. Un contrasto efficace della criminalità economica aziendale non si ottiene certo con condanne esemplari pronunciate al costo di snaturare la *ratio* e il testo della norma, accomunando condotte del tutto differenti sia quanto a strategie preventive, sia quanto a meritevolezza di pena. L'incapacità di avere elaborato tali tecniche di contrasto non può mai autorizzare il commiato dai principi di offensività e colpevolezza. Soltanto il loro rispetto, nel persegui-

---

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 184 ss. Nello stesso senso, EUSEBI, *La pena "in crisi". Un recente dibattito sulla funzione della pena*, Milano, 1990, 32 ss.

<sup>98</sup> Per un'indagine approfondita del tema si rinvia a VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive-politico-criminali*, Torino, 2018, in part., 45 ss.; 213 ss.; 597 ss.

<sup>99</sup> La circostanza è attentamente segnalata da VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive-politico-criminali*, cit., 52, in part. nota 176.

<sup>100</sup> BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy For Corporate Crime Control*, in *Mich. Law. Rev.*, 1982, 1466 ss.

<sup>101</sup> VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive-politico-criminali*, cit., 623-624.

mento di una coerenza del sistema, può rendere sopportabile l'attesa di scelte normative più lungimiranti.