

QUESTIONI APERTE

Bancarotta fraudolenta prefallimentare

La decisione

Bancarotta fraudolenta patrimoniale - Fatti di distrazione e fallimento - Nesso causale - Accertamento - Non necessità (C.p., art. 40; L. fall., art. 216).

Comunque si voglia qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento, ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 27 novembre 2018, (ud. 1 ottobre 2018) PALLA, *Presidente* - ROSSELLA, *Relatore* - LOY, *P.G. (diff.)* - M., *ricorrente*.

Brevi spunti di riflessione sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa dei rapporti strutturali tra fatti di bancarotta prefallimentare e sentenza di fallimento

Il contributo affronta il tema della ricostruzione della struttura della fattispecie di bancarotta prefallimentare ripercorrendo l'evoluzione della giurisprudenza sui rapporti tra le condotte tipiche e la sentenza di fallimento. Da ultimo, si sofferma, a livello di prima riflessione a caldo, sulla recente riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in particolare sulla causa di non punibilità di cui all'art. 25, co. 2, mettendone in evidenza alcuni limiti ed aspetti critici dal punto di vista dogmatico e politico-criminale.

Short points of reflection on the evolution of jurisprudence and regulation of structural relations between bankruptcy facts and bankruptcy ruling

The paper deals with the issue of reconstructing the structure of the case of pre-bankruptcy by retracing the evolution of jurisprudence on the relationships between typical conduct and the sentence of bankruptcy. Lastly, at the level of first hot reflection, it focuses on the recent reform of the code of business crisis and insolvency, in particular on the cause of non-punishment pursuant to art. 25, paragraph 2, highlighting some limits and critical aspects from a dogmatic and political-criminal point of view.

SOMMARIO: 1. Una sintesi del provvedimento. - 2. Brevi riflessioni critiche. - 3. L'orientamento giurisprudenziale tradizionale. Brevi note critiche. - 4. Dalla svolta della sentenza "Corvetta" a quella ulteriore della sentenza "Santoro". - 5. Uno spunto, davvero veloce, sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: in particolare, la causa di non punibilità di cui all'art. 25 del c.c.i.

1. Una sintesi del provvedimento.

La sentenza in epigrafe offre alcuni spunti interessanti in materia di reati fallimentari, in particolare di bancarotta fraudolenta, e ciò sia in relazione alla struttura della fattispecie, ovvero al rapporto che si instaura tra il fatto di reato e la sentenza dichiarativa di fallimento nell'ipotesi di bancarotta prefallimentare, sia in relazione alla ricostruzione dell'offesa del reato, ovvero se da inten-

dere in un'accezione "forte" o "debole".

La pronuncia muove da un ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma che, in riforma della pronuncia di primo grado pronunciata dal G.i.p. del Tribunale di Rieti, aveva dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione dei reati contestati nei capi di imputazione *sub* A) e B), rispettivamente aventi ad oggetto il reato di abusivismo di cui all'art. 166 del d.lgs. 24/02/1998, n. 58, recante "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", ed il reato di truffa aggravata, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 61, nn. 7 e 11 (l'aver commesso il fatto con abuso di prestazione d'opera), e dell'art. 640 c.p., entrambe quali fattispecie caratterizzate dalla pluralità di condotte avvinte dal nesso della continuazione *ex* art. 81, cpv., mentre aveva confermato la condanna per il reato di cui agli artt. 110, 216, nn. 1 e 2, 219, co. 2, e 223 l. fall., di cui al capo di imputazione *sub* lett. C), con rideterminazione della sola pena. La sentenza della Corte territoriale, più in particolare, con riferimento al reato di cui al capo C), aveva rideterminato la pena in anni quattro di reclusione, applicato le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di impresa commerciale e della incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, per la durata di dieci anni, oltre all'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni, confermato, nel resto, le statuizioni civili e la condanna del ricorrente alla refusione delle spese del grado in favore delle parti civili.

L'imputato aveva proposto due motivi di ricorso incentrati, in primo luogo, sulla lamentata violazione dell'art. 606, lett. b), c.p.p., per inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale in relazione agli artt. 216, nn. 1) e 2), 219 cpv., n. 1) e 223 r.d. n. 267/1942, con riferimento alla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento del reato anziché come condizione obiettiva di punibilità; in subordine, per violazione dell'art. 606, lett. e), ovvero mancata motivazione, con riguardo al reato di bancarotta fraudolenta, in ordine alla capacità o meno delle condotte distrattive contestate all'imputato di mettere in pericolo il patrimonio dell'impresa con il venir meno delle garanzie dei creditori.

La Suprema Corte ha rigettato entrambi i motivi di ricorso testé enunciati. In relazione al primo, ha infatti invocato l'applicazione del più recente approdo giurisprudenziale che, qualificando la sentenza di fallimento, nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, quale condizione obiettiva di punibilità e non evento del reato, ha ribadito che non è necessario, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale in materia, verificare la sussistenza di un nesso causale tra le condotte distrattive e la pronuncia formale di fallimento, essen-

do viceversa sufficiente la prova della causazione del depauperamento dell'impresa mediante la destinazione delle risorse ad impieghi estranei alla sua attività. In relazione al secondo motivo, infine, la S.C. ha rigettato il ricorso sulla scorta della ritenuta genericità delle censure sollevate dal ricorrente.

2. Brevi riflessioni critiche.

In merito alla decisione adottata dalla S.C. in relazione al primo motivo, emerge un equivoco in cui probabilmente è caduto il Giudice di legittimità, nel momento in cui ha ritenuto che il ricorrente, nel contestare il vizio di violazione di legge in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa qualificando la sentenza di fallimento alla stregua di un elemento costitutivo della fattispecie, ribadisce la propria adesione alla tesi che riconosce natura di condizione obiettiva di punibilità al suddetto provvedimento di apertura della procedura concorsuale. La S.C., invece, forse anche a conferma della necessità sempre più pressante di introdurre un efficace filtro al crescente numero di ricorsi proposti, che rischia di ostacolare il pieno svolgimento delle relative funzioni nomofilattiche, incorre nell'equivoco di ritenere che il ricorrente intendesse invocare a proprio favore quella giurisprudenza che, sulla scorta di un precedente rimasto isolato, ovvero la sentenza Corvetta del 2012¹, ha statuito che la sentenza dichiarativa di fallimento, nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, costituisce l'evento di danno di una fattispecie incriminatrice il cui accertamento richiede, con conseguente aggravamento dell'onere probatorio a carico dell'accusa, l'individuazione di un nesso causale con la condotta e di un nesso soggettivo in termini di dolo, nel cui fuoco verrebbe a cadere anche l'evento in questione.

È noto, infatti, che la sentenza Corvetta ha costituito un punto di rottura rispetto ad un orientamento giurisprudenziale fino a quel momento graniticamente sostenuto dalla Suprema Corte. È altresì ormai pacifico ritenere quel precedente privo di impatto sul piano applicativo, in quanto immediatamente superato da altre pronunce, addirittura una nella medesima data, che sono

¹ Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, Corvetta, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437, con nota di MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*; in *Fall.*, 2013, 560; in *Le Società*, 2013, 3, 335, con nota di TROYER, INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*; in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 157 ss., con nota di GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*; in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di 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*; D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 356 ss.

tornate a ribadire che la sentenza di fallimento, nella bancarotta prefallimentare, non costituisce l'evento del reato, bensì un elemento che prescinde dalla sussistenza - che pure può ricorrere, ma il cui accertamento non si rende necessario - di un collegamento eziologico e psicologico rispettivamente con le condotte e l'atteggiamento soggettivo dell'autore del reato.

È infine ormai assodato che la giurisprudenza, pur ribadendo quanto testé enunciato, ha tuttavia accolto, dalla sentenza Santoro del 2017² in poi, una nuova impostazione con riferimento alla natura della sentenza di fallimento all'interno della struttura della fattispecie incriminatrice, ovvero quella che vi riconosce una condizione obiettiva di punibilità in sostituzione dell'incerta ed equivoca nozione di "condizione di esistenza del reato"³ o di "elemento costitutivo" della fattispecie. Senonché, a dispetto di quanto ritenuto in sentenza, era proprio nei confronti della genericità e dubbia attendibilità dogmatica della terminologia da ultimo menzionata che il ricorrente aveva inteso indirizzare i propri motivi di doglianza, in sintonia con quella riflessione dottrinale che aveva posto in evidenza i limiti di dette definizioni, nella misura in cui si prestano ad interpretazioni antitetiche e dalle conseguenze pratiche notevolmente differenti, a discapito della certezza del diritto e delle garanzie di difesa costituzionalmente riconosciute.

3. L'orientamento giurisprudenziale tradizionale. Brevi note critiche.

Si è avuto modo di anticipare che la sentenza in commento offre diversi ed interessanti spunti sia in materia di qualificazione della sentenza di fallimento nelle ipotesi di bancarotta (fraudolenta e semplice) prefallimentare, sia in relazione alla ricostruzione della struttura dell'offesa tipica del reato.

Per meglio comprendere il primo dei due aspetti richiamati, la disamina non può che muovere da quell'orientamento giurisprudenziale tradizionale che, per decenni, ha costituito una sorta di monolite insensibile alle critiche rivolte dalla dottrina più attenta alla necessità di dare attuazione ai principi costituzionali anche in materia di reati fallimentari⁴.

² Cass., Sez. V, 8 febbraio 2017, Santoro, in *Le Società*, 2017, 897, con nota di MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1158, con nota di PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un importante revirement della Cassazione*.

³ Per tale definizione, in una dottrina molto risalente, cfr. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 92.

⁴ ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento della bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 111.

Ebbene, premesso che i delitti di bancarotta, secondo l'opinione diffusa, sono considerati reati di pericolo, in quanto non richiedono l'accertamento di un evento di danno ai fini della punibilità delle condotte incriminate, l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul tema, almeno fino alla svolta del 2012, rivela ricostruzioni ermeneutiche dagli esiti applicativi estremamente rigorosi, per lungo tempo fatti oggetto di decisive e plurime obiezioni critiche.

Il citato orientamento tradizionale della giurisprudenza può farsi risalire ad una pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione che merita di essere riportata nei suoi passaggi essenziali, proprio perché in essa si nota come, muovendo da una certa definizione dei rapporti tra i fatti punibili e l'elemento della dichiarazione di fallimento nelle ipotesi di bancarotta prefallementare, si possa giungere ad una sensibile anticipazione della soglia di rilevanza penale delle condotte incriminate.

Così, nella citata sentenza si osserva «che la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori del fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti». E ancora: «non si può dire che la lesione o il pericolo del bene protetto con la incriminazione si verifichi, in sostanza, per effetto solamente della commissione dei fatti di bancarotta di guisa che la funzione della sentenza dichiarativa di fallimento sia semplicemente quella di rendere punibile un fatto già di per sé stesso costituente reato e, comunque, illecito [...]. I fatti dell'imprenditore, come fatti di bancarotta, sono, come già detto, irrilevanti per il diritto penale prima della dichiarazione di fallimento, e soltanto per effetto di questa importano la violazione delle relative norme incriminatrici. In altre parole, la dichiarazione di fallimento inerisce all'attività antecedente dell'imprenditore, trasformandola in attività trasgressiva del diritto penale»⁵.

Emerge chiaramente, pertanto, secondo l'indirizzo inaugurato dalla predetta

⁵ Cass., Sez. un., 25 gennaio 1958, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513; più recentemente, cfr. Id., Sez. V, 15 dicembre 1988, *ivi*, 1989, II, 491; Id., Sez. V, 25 luglio 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 521; Id., Sez. I, 27 ottobre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 940.

pronuncia, che gli atti di disposizione che l'imprenditore adotta nella conduzione dei propri affari sarebbero sempre penalmente irrilevanti, in quanto manifestazione della libertà di iniziativa economica, per poi assumere rilevanza penale "a scoppio ritardato", ovvero solo con la sentenza di fallimento che, accertando la lesione arrecata ai creditori, attribuirebbe il crisma dell'illiceità penale a fatti altrimenti leciti ed indifferenti per l'ordinamento.

Da tale assunto consegue che la rilevanza penale dei fatti di bancarotta prescinde dall'esistenza dello stato di insolvenza o decozione al momento del compimento degli stessi, non dovendosi richiedere, ai fini dell'applicazione delle fattispecie in esame, alcun collegamento eziologico o psicologico fra gli atti incriminati ed il fallimento⁶, anzi ben potendosi procedere a ritroso, una volta intervenuta la declaratoria di fallimento, nell'individuazione delle condotte punibili, senza limiti retrospettivi e parametri temporali cui ancorare l'accertamento della responsabilità penale.

In altri termini, l'operazione della giurisprudenza in esame consiste nella scissione fra l'illiceità delle condotte tipiche di bancarotta e la violazione di un precetto coevo⁷, come si evince dall'affermazione secondo cui solo con la sentenza che accerta formalmente l'insolvenza si realizza l'esposizione a pericolo dell'interesse all'integrità della garanzia patrimoniale, dovendosi, tra l'altro, in tal senso concludere anche quando i creditori non abbiano subito alcun danno, perché, ad esempio, il fallimento si è chiuso in attivo⁸ o, nel corso della procedura, sono stati recuperati, anche grazie alla collaborazione del fallito, i beni oggetto della condotta illecita⁹.

La qualificazione della sentenza di fallimento nei termini testé esposti non è priva di riflessi anche sul piano del principio di offensività e della sua declinazione nella ricostruzione della struttura delle fattispecie di bancarotta. Pertanto, poiché, secondo l'orientamento in esame, l'integrazione del reato non richiede che si verifichi un danno ai creditori, o che si dia luogo all'accertamento di un minore grado di soddisfazione degli stessi, ne consegue che non rileva in senso favorevole la constatazione che la procedura concorsuale, vuoi per la sufficienza del controvalore degli altri beni, vuoi per circostanze favorevoli all'attività di recupero, consenta addirittura l'integrale soddi-

⁶ *Ex plurimis*, cfr. Cass., Sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti, in *Cass. pen.*, 1999, 278 e 651; Id., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, in *Cass. pen.*, 1991, 828; per un più esteso richiamo alla giurisprudenza in materia, sia consentito rinviare a PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, 2°, Milano, 491.

⁷ Detta impostazione teorica è opportunamente criticata da DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 4.

⁸ Cass., Sez. V, 5 novembre 1986, in *Cass. pen.*, 1987, 2224.

⁹ Cass., Sez. V, 16 febbraio 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 939.

sfazione di tutti i creditori¹⁰.

Nei confronti di tale orientamento giurisprudenziale, dunque, sono state sollevate diverse obiezioni critiche da parte della dottrina, la quale ha correttamente evidenziato che tale indirizzo non pone praticamente limiti all'indagine retrospettiva del giudice nella ricostruzione dei fatti di reato, con tutte le inevitabili conseguenze negative che ne derivano in termini di rispetto del principio di tassatività e/o di determinatezza¹¹.

A ciò si aggiunga la tendenza a ricostruire i fatti di bancarotta come vere e proprie presunzioni di responsabilità, in contrasto col principio costituzionale di presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost., laddove, ribaltando l'onere della prova, la giurisprudenza ritiene che l'imputato, e non l'accusa, debba fornire la giustificazione dell'eccedenza passiva nel proprio fallimento, secondo uno schema in cui si delinea, in modo inaccettabile per un sistema penale che non ammette il ricorso a prove legali, l'automatica coincidenza fra fallimento e responsabilità penale¹², ovvero una presunzione *juris tantum* di distrazione a carico del fallito che non provi la destinazione dei beni un tempo posseduti, nel caso in cui non vengano ritrovati dagli organi fallimentari¹³.

Altre e diverse obiezioni critiche sono tuttavia possibili nei confronti di quegli approcci ermeneutici secondo cui, pur richiedendosi che la distrazione e le altre condotte incriminate determinino un evento storico-naturalistico costituito dalla diminuzione patrimoniale causalmente riconducibile al comportamento dell'imprenditore, deve comunque qualificarsi la bancarotta patrimoniale prefallimentare come reato di mero pericolo, non essendo richiesto, ai fini dell'integrazione della fattispecie, il verificarsi di un danno effettivo¹⁴, che potrebbe accertarsi solo al termine della procedura fallimentare, rappresentando la sentenza di fallimento solo il momento consumativo del reato¹⁵. Se-

¹⁰ In questo senso, cfr. BRICCHETTI, *Reati fallimentari. Nozioni fondamentali e orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 259.

¹¹ SGUBBI, *Le nuove regole penali*, in *Nuove regole per la crisi d'impresa*, a cura di Jorio, Milano, 2001, 129 ss.

¹² Per una critica a quelle tesi che ritenevano provata la bancarotta sulla base del riscontro obiettivo del disavanzo e del mero dato "soggettivo" della reticenza del fallito, in quanto, secondo la suddetta interpretazione, si «ritorna, quasi senza volerlo, alle origine barbariche del diritto penale fallimentare: quando il fallimento equivaleva a bancarotta», cfr. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 215.

¹³ In tal senso, v. Cass., Sez. V, 27 novembre 1985, in *Foro it.*, 1986, II, 18; Cass., Sez. V, 17 novembre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, 690. Per una critica a tali orientamenti, cfr. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di Manna, Milano, 2004, 168.

¹⁴ SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 88 ss.

¹⁵ In tal senso, cfr. Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, cit., relativamente al noto caso del *crack* della Banca Privata Italiana, nella quale erano confluite due banche del gruppo Sindona; Cass., Sez. V,

condo quest'ultima prospettiva, invero, pur ammettendosi la necessità dell'accertamento di un evento naturalistico, rappresentato dalla diminuzione patrimoniale collegata ad una o più condotte, non si richiede che l'operato dell'agente si collochi in un contesto caratterizzato dalla presenza del rischio di squilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria dell'imprenditore, con possibili ricadute negative sull'integrità della garanzia patrimoniale dei creditori. In tal modo, però, si ripropongono conclusioni applicative che già si è avuto modo di criticare, in quanto nulla vieta che, secondo tale schema, possano punirsi condotte che hanno provocato una diminuzione patrimoniale molto risalente, i cui effetti devono ritenersi esauriti al momento della pronuncia di declaratoria fallimentare, così finendosi per "ripescare" atti di gestione assai lontani nel tempo, a seguito dell'intervenuta sentenza di fallimento. In tale prospettiva, infatti, si consente al giudicante l'attribuzione retroattiva del crisma dell'illiceità a condotte che potrebbero assumere rilievo penale anche se il fallito, in teoria, avesse *medio tempore* provveduto a reintegrare il proprio patrimonio ed il successivo dissesto, pertanto, fosse da considerarsi generato da fattori sopraggiunti ed estranei alla sfera di controllo del soggetto attivo¹⁶.

Senonché, pur in presenza della perdurante qualificazione della sentenza di fallimento alla stregua di "condizione di esistenza del reato", a decorrere dall'inizio del nuovo millennio, la giurisprudenza ha registrato alcune pronunce tendenti a far emergere la necessità di una più concreta esposizione a pericolo degli interessi dei creditori ai fini della repressione penale delle condotte *lato sensu* distrattive dell'imprenditore. Così, nel ribadire che il reato di bancarotta rappresenta un reato di pericolo, per la cui verifica deve riguardarsi al momento della dichiarazione di fallimento e non già al momento dell'atto antidoveroso, non è mancata una pronuncia che ha statuito che «quando la condotta ha annullato ogni valenza pregiudizievole per l'interesse tutelato prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura, attraverso la restituzione – al momento dell'apertura del concorso dei creditori – del patrimonio aziendale nella sua integrità, viene meno la stessa oggettività giuridica della fattispecie, risultando del tutto indifferente la pregressa condotta di gestione, poiché essa non riversa i suoi effetti dannosi in seno alla successiva vicenda concorsuale, non potendosi intravedere potenzialità di danno per i creditori, nemmeno in una prospettiva meramente astratta»¹⁷. I

23 ottobre 1996, Sessegolo, in *Mass. Uff.*, n.206542.

¹⁶ Cfr. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 88 ss.

¹⁷ Cass., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 745 ss., con nota di ZAMPANO, *Bancarotta "riparata" e principio di offensività*; i principi affermati in tema di c.d. "bancarotta riparata" sono stati successivamente recepiti da un'ampia e sempre più coesa giurisprudenza, la quale esclu-

Giudici di legittimità, dunque, prendendo posizione sulla nota questione della “bancarotta riparata”, che si configura quando il soggetto attivo, prima della dichiarazione di fallimento, ricostituisce integralmente il patrimonio dell’impresa restituendo quanto in precedenza sottratto, ha finalmente superato e ribaltato il precedente e pressoché costante orientamento, secondo cui nel concetto di distrazione rientrerebbero tutte le operazioni idonee a sottrarre i beni all’esecuzione fallimentare, a nulla rilevando, ai fini della consumazione del reato, la *restitutio in integrum* del patrimonio aziendale¹⁸.

L'avvento, nella giurisprudenza, di una ricostruzione più marcatamente offensivista del pericolo insito nella struttura tipica della fattispecie in esame, invece, non poteva non porre in crisi la tesi che assegnava alla sentenza di fallimento la funzione di attribuire retroattivamente ai fatti di bancarotta la qualifica di illiceità anche se, nel contesto cronologico di riferimento, l'impresa era ancora *in bonis*, e quindi in assenza di un rapporto di connessione con la nota "zona di rischio penale"¹⁹ e prescindendo dalla qualità, natura ed entità delle

de che resti integrato il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui la somma sottratta dalle casse sociali, riportata da relativa annotazione contabile, sia incontrovertibilmente riversata nella sua integralità - dai soci che l'avevano prelevata - nelle casse della società prima della dichiarazione di fallimento; infatti - secondo l'indirizzo in esame - ancorché il delitto di bancarotta abbia natura di reato di pericolo, per l'individuazione del relativo momento consumativo deve aversi riguardo alla dichiarazione giudiziale di fallimento e non già all'atto antidoveroso, con la conseguenza che la valutazione del pregiudizio ai creditori deve essere valutata al momento di tale dichiarazione e non a quello della storica commissione della condotta: in tal senso, cfr. Cass., Sez. V, Morra, in *Mass. Uff.*, n. 236051; Cass., Sez. V, 21 settembre 2007, Spitoni, *ivi*, n. 238212; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2011, Cannavale, *ivi*, n. 249721; Cass., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, Grazioli Gauthier, *ivi*, n. 255576; Cass., Sez. V, 4 novembre 2014, Lelli, *ivi*, n. 261347; Cass., Sez. V, 20 ottobre 2015 (dep. 2016), Budola, *ivi*, n. 266025.

¹⁸ Cass., Sez. V, 16 febbraio 1994, cit.; Cass., Sez. V, 17 marzo 1987, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 937; Cass., Sez. V, 15 giugno 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 595; Cass., Sez. V, 20 aprile 1970, in *Giur. it.*, 1972, II, 28; in dottrina, in senso analogo, v. LA MONICA, *I reati fallimentari*, 2^a, Milano, 1999, 320; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 87 ss.; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, 53 ss., che però, a differenza dei due precedenti AA., attribuisce alla dichiarazione di fallimento natura di condizione di procedibilità; *contra*, nel senso dell'esclusione della punibilità nel caso della bancarotta riparata, cfr. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, 359 ss. e, *ivi*, 371: l'A., muovendo da premesse di carattere generale, secondo cui l'attualità dell'offesa è la condizione minima per aversi un fatto penalmente rilevante, ragion per cui la desistenza di cui all'art. 56, comma 3, c.p. vale a negare qualsivoglia considerazione “tipica” alla frazione di condotta esecutiva già realizzata per mezzo di una contro condotta uguale e contraria, cioè di direzione esattamente inversa, rispetto a quella tenuta, assistita dalla volontarietà di non commettere il delitto quale necessario contraltare del dolo antecedentemente dispiegato, finisce per inquadrare la bancarotta prefallimentare nello schema della fattispecie qualificata dalla non desistenza, in cui «il legislatore seleziona le cadenze e/o la tipologia del comportamento che consente all'agente di sottrarsi alla responsabilità penale dissolvendo ogni traccia di tipicità (consumata) che il fatto pregresso lasciava verosimilmente intravedere».

¹⁹ Espressione notoriamente coniata da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., *passim*.

condotte e dell'oggetto delle stesse, in altri termini dalla persistente intrinseca pericolosità delle stesse al momento del fallimento²⁰. Erano, infatti, ormai maturi i tempi per un cambiamento dirompente nella consolidata giurisprudenza fin qui evocata.

4. Dalla svolta della sentenza "Corvetta" a quella ulteriore della sentenza "Santoro".

La reazione della dottrina alla giurisprudenza tradizionale e le critiche mosse alla ricostruzione ermeneutica da quest'ultima proposta rinvengono una prima apertura, da parte della giurisprudenza, in occasione della pronuncia della Suprema Corte del 2012, ricorrente Corvetta²¹. La sentenza, muovendo dall'ambiguità della terminologia utilizzata dalla giurisprudenza inaugurata dalla nota pronuncia a Sezioni unite del 1958, che qualificava la sentenza di fallimento, all'interno della fattispecie di bancarotta prefallimentare, come elemento costitutivo del reato, riconduce il provvedimento giurisdizionale di apertura della procedura concorsuale al concetto di evento in senso naturalistico, non potendo, ovviamente, identificarlo con la condotta, a meno di non ricadere nella c.d. concezione sintomatica della bancarotta, secondo la quale il fallimento costituirebbe di per sé, secondo il noto brocardo "*decoctor ergo fraudator*", indice rivelatore delle condotte fraudolente dell'imprenditore.

Senonché, la pronuncia in esame, nella consapevolezza dell'impossibilità di identificare un nesso eziologico fra le condotte del bancarottiere ed un provvedimento giudiziale, qual è la sentenza dichiarativa del fallimento, introduce, nel proprio ragionamento, la nozione di insolvenza, che notoriamente costituisce il presupposto di fatto della declaratoria fallimentare. Secondo l'*iter* argomentativo della Corte di Cassazione, pertanto, l'insolvenza assume valore giuridico di evento in senso naturalistico, con le inevitabili conseguenze che ne discendono in termini di necessità, ai fini della punibilità, dell'accertamento del nesso causale fra quest'ultimo e le condotte tipiche, nonché sul piano dell'oggetto del dolo, nel cui fuoco l'evento deve notoriamente essere compreso.

In altri termini, e per esprimersi con le parole della stessa Corte di cassazio-

²⁰ Sia pure non senza qualche contraddizione lessicale, anche in materia di bancarotta semplice documentale non sono mancate prese di posizione maggiormente garantiste, come dimostra il tentativo di fornirne una interpretazione costituzionalmente orientata, in virtù della quale, pur configurando il delitto ex art. 217 l. fall. alla stregua di un reato di pericolo presunto, andrebbe tuttavia sempre accertata l'idoneità delle condotte incriminate ad incidere "in concreto" sull'interesse tutelato, ossia l'ostensibilità del patrimonio dell'imprenditore: Cass., 18 novembre 2004, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 995.

²¹ Cass., sez. V, 24/09/2012, n. 47502, cit.

ne, «la bancarotta è un reato di evento, e tale evento consiste nella insolvenza della società, che trova riconoscimento formale e giuridicamente rilevante nella dichiarazione di fallimento» (§ 25 sub c); dal punto di vista soggettivo, allora, occorrerà che «il fallimento - o meglio il suo presupposto di fatto, cioè lo stato di insolvenza [debba] essere dall'agente preveduto e voluto, quanto meno a titolo di dolo eventuale. Il soggetto, cioè, [dovrà] prefigurarsi che il suo comportamento depauperativo porterà verosimilmente al dissesto (il cui risvolto è la lesione del diritto di credito, che costituisce l'interesse principale protetto dalla norma penale) ed accettare tale rischio» (§ 18).

Le conclusioni della pronuncia del 2012, pur apprezzate da una parte della dottrina in considerazione delle istanze garantistiche ad essa sottese²², non sono immuni da rilievi critici decisivi, facenti leva su considerazioni afferenti al tenore letterale della fattispecie, oltre che di tipo sistematico. La ricostruzione propugnata dal precedente - invero rimasto isolato - di cui si discorre, individua nell'insolvenza un elemento necessario nella struttura della fattispecie di bancarotta, nonostante detto requisito non trovi esplicita menzione nelle disposizioni in materia di bancarotta; laddove, infatti, il legislatore fallimentare ha ritenuto di tipizzare un evento in senso naturalistico, lo ha espressamente previsto²³, come nel caso del dissesto o del fallimento, espressamente contemplati dall'art. 217, n. 4 («ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa»), dall'art. 223, co. 2, n. 1 («hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società») e n. 2 («hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società»), nonché, infine, dall'art. 224, n. 2 («hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge»).

L'individuazione dell'insolvenza quale evento in senso naturalistico della fattispecie di bancarotta prefallimentare, inoltre, finisce per restringere eccessivamente l'ambito di applicazione delle ipotesi criminose in esame, in quanto verrebbero ad essere escluse tutte le condotte non causative dei presupposti sostanziali del fallimento, per essere poste in essere in una situazione di crisi finanziaria e/o insolvenza già in atto.

²² FIORELLA, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2012, 281 ss.; FIORELLA, MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, 13 ss. La tesi che ravvisa nel dissesto l'evento del reato di bancarotta prefallimentare, invece, era già sostenuta, in dottrina, da CASAROLI, *Artt. 216-241*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2013, 1408 ss.

²³ MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., 9.

Ma siccome “una rondine non fa primavera”²⁴, in quella stessa data in cui la Suprema Corte, con la sentenza "Corvetta", trasforma il reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare in reato di danno con evento in senso naturalistico, la stessa V Sezione conferma, con altra coeva pronuncia, quanto resistente sia la tesi inaugurata con le note Sezioni unite "Mezzo" del lontano 1958; valga, a tal riguardo, più di ogni altro argomento, un passo decisivo della sentenza, ove testualmente si afferma che: «La punibilità della condotta di bancarotta per distrazione non è poi subordinata alla condizione che la stessa distrazione sia stata causa del dissesto (Cass., Sez. 5, 6 maggio 2008, n. 34584), in quanto una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza (Cass., sez. 5, 14 gennaio 2010, n. 11899), né è rilevante, trattandosi di reato di pericolo, che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato (Cass., sez. 5, 26 settembre 2011, n. 44933), per cui anche il relativo motivo di ricorso è privo di pregio»²⁵.

I tempi, tuttavia, erano maturi per riconoscere diritto di cittadinanza, anche nell'ambito della giurisprudenza, alla tesi sostenuta dalla dottrina prevalente già da decenni addietro, ovvero quella secondo la quale la sentenza di fallimento, nella struttura dei reati di bancarotta prefallimentare, assume natura e ruolo di condizione obiettiva di punibilità *ex art. 44 c.p.*²⁶.

²⁴ In tal senso, cfr. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., 366; nonché MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria e i suoi riflessi sui reati di bancarotta*, in *Diritto penale dell'economia*, II, *Reati fallimentari. Responsabilità da reato dell'ente*, dir. da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2017, 2013 s.

²⁵ Cass., sez. V, 24/09/2012 (dep. 08/01/2013), n. 733, in www.penalecontemporaneo.it, 28/01/2013, con nota di VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*.

²⁶ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 13 ss.; ID., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 477 ss.; PEDRAZZI, sub *art. 216 l. fall.*, in Pedrazzi, Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1995, 19 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, Milano, 2008, spec. 53; L. CONTI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, II, 2^a, Torino, 1991, 118 ss.; ID., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1975, 1173 ss.; ID., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Digesto disc. pen.*, V, Torino, 1991, 19 ss.; C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 565 ss.; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, 247 ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 24; sull'articolazione, interna al panorama dottrinale, fra natura intrinseca ed estrinseca del fallimento-condizione di punibilità nella bancarotta pre-fallimentare, sia consentito il rinvio a PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta de iure condendo*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 447 ss. Per la

Nel 2017, quindi, la V Sezione della S.C., con la sentenza “Santoro”²⁷, approda alla tesi della condizione obiettiva di punibilità. La pronuncia muove dalla precisazione secondo cui le condotte tipiche di bancarotta fraudolenta prefallimentare non ricevono dalla sentenza dichiarativa di fallimento la propria connotazione di illiceità, essendo il loro disvalore insito nella stessa violazione del precetto, cui il provvedimento giudiziale resta estraneo; in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare, sempre secondo la S.C. nella sentenza in esame, la dichiarazione di fallimento, ponendosi come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, costituisce una condizione obiettiva di punibilità, che assume la funzione di circoscrivere l'area di rilevanza penale alle sole ipotesi nelle quali, alle condotte del debitore, di per sé – si ribadisce – offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento. E poiché la sentenza di fallimento rende opportuno perseguire penalmente condotte che, viceversa, finché non interviene il suddetto provvedimento giudiziale, il legislatore ha ritenuto sì illecite, ma prive di bisogno effettivo di pena, essendo sempre possibile, da parte dell'imprenditore, ripristinare, anche *in extremis*, la garanzia patrimoniale a salvaguardia delle ragioni dei creditori, la sentenza di fallimento, che resta estranea all'offesa tipica del reato, ben può fungere da condizione (estrinseca) obiettiva di punibilità, in sintonia con quanto enunciato dalla Corte costituzionale con la storica sentenza n. 1085 del 1988 in tema di colpevolezza *ex art. 27*, co. primo, Cost., laddove le condizioni di cui all'art. 44 c.p. non sono ritenute di per sé in contrasto con esso.

Sempre dalla natura di condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento, secondo la S.C., discende che il luogo e il tempo della commissione del reato, ai fini della determinazione della competenza territoriale, dei tempi di prescrizione e del calcolo del termine di efficacia dell'ammnistia o dell'indulto coincidono con quelli della sentenza di fallimento, ivi inclusa l'insindacabilità della sentenza medesima, anche sotto il profilo delle eventuali

tesi, invece, che attribuisce alla sentenza di fallimento natura di condizione di procedibilità, priva di ogni rilievo sostanziale e svincolata da ogni legame con la struttura oggettiva e soggettiva della fattispecie, cfr. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006, VII ss. e 3 ss.; per la tesi, inoltre, che assegna a detto provvedimento giudiziale il ruolo di esprimere quella specifica qualità dell'imprenditore che connota l'illecito quale reato proprio, cfr. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 12 ss.; ID., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 519 ss.; per la tesi che, sia pure con rilevanti distinguo, si avvicina a quella della giurisprudenza tradizionale, allorché assume che la declaratoria fallimentare costituisce un elemento costitutivo, circostanza o condizione che deve sussistere perché il fatto possa delinarsi, cfr. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 36 ss.; più di recente, ID., *Reati fallimentari*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da Cassese, V, Milano, 2006, 4854 ss.

²⁷ Cass., sez. V, 8/02/2017, n. 13910, Santoro, cit.

modifiche migliorative della disciplina del fallimento ai sensi dell'art. 2 c.p.²⁸

Una volta inquadrata la sentenza di fallimento all'interno della categoria delle condizioni obiettive di punibilità e, in particolare, delle condizioni c.d. "estrinseche", per essere il suddetto elemento estraneo all'offesa ed al disvalore del fatto di reato, e quindi sottratto ad ogni profilo di rimproverabilità al suo autore, la conseguenza naturale che ne discende consiste nel dover ricondurre i fatti stessi di reato allo schema di reato di pericolo concreto, in cui l'offesa, espressa in termini di pericolosità, assume una portata autonoma ed una consistenza accertabile al momento in cui interviene il provvedimento giurisdizionale; tesi, quest'ultima, ovviamente antitetica a quella sostenuta dalla giurisprudenza tradizionale, che invece individuava la lesività del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare in un mero riflesso di una qualificazione di illiceità penale retroattivamente attribuita dalla sentenza di fallimento, a prescindere dalla lontananza delle condotte tipiche e dalla loro collocazione in un contesto temporale in cui l'impresa era ancora *in bonis*.

Sulla scorta delle premesse tracciate, pertanto, il cerchio non può che chiudersi ribadendo che «il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, in cui l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare»²⁹.

²⁸ Per una ricostruzione dell'*iter* logico argomentativo della sentenza "Santoro", cfr. RECCIA, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹ Cass., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Le Società*, 2017, 8-9, 1024, con nota di SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 384, con nota di PIOLETTI, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*. La sentenza, in particolare, si occupa del caso in cui sia realizzata, in fase diversa da quella della crisi dell'impresa e distante dalla dichiarazione di fallimento, la vendita "sottocosto" dei beni aziendali per pagare i creditori sociali, concludendo nel senso che la predetta condotta non integra distrazione fallimentare, ove difetti l'idoneità a pregiudicare la massa dei creditori in seno ad una procedura concorsuale, in quanto, in tali condizioni temporali e economico-finanziarie, il distacco ingiustificato dal patrimonio dell'impresa può integrare l'elemento oggettivo del citato reato fallimentare solo se determina il pericolo concreto di pregiudicare l'interesse e le prospettive di soddisfacimento dei creditori in sede di eventuale futura procedura concorsuale; influenza che, al pari della procedura concorsuale, deve essere prevedibile al momento della condotta e persistere sino alla dichiarazione di fallimento.

5. Uno spunto, davvero veloce, sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: in particolare, la causa di non punibilità di cui all'art. 25 del c.c.i.

Le riflessioni fin qui svolte si ricollegano ad alcune novità di significativo rilievo recentemente intervenute nel panorama normativo, per effetto dell'approvazione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14³⁰.

Il decreto delegato³¹, invero, non entrerà in vigore immediatamente. Nell'ultima parte del Codice, infatti, fra le "disposizioni finali e transitorie", l'art. 389 dispone che il decreto legislativo entri in vigore decorsi 18 mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, con la sola eccezione di alcune norme, che invece entrano in vigore trenta giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta del decreto legislativo³², tra cui rientrano le abrogazioni esplicite,

³⁰ Il provvedimento legislativo giunge all'esito di un *iter* piuttosto lungo; il momento iniziale del percorso risale al 28 gennaio 2015, quando il Ministro della Giustizia istituiva una Commissione, presieduta dal Prof. Consigliere Rordorf, incaricata del compito di sottoporre al governo «*proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*». Il 29 dicembre 2015, veniva consegnata al Ministro una bozza di articolato di legge delega per la «Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», corredata dalla relativa Relazione ad opera della Commissione; lo schema di legge delega (atto n. C. 3761) veniva assegnato il giorno 11 marzo 2016 alla Camera, che lo approvava il 1° febbraio 2017, tra l'altro in una versione che aveva mutato numero (C. 3761-*bis*) per effetto dello stralcio della disciplina in materia di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, invece contenuta nell'atto C. 3761. All'interno del disegno di legge delega, nel frattempo, era confluita la disciplina della Crisi da sovraindebitamento e la riformulazione dei diritti del fallito nella procedura di fallimento, mentre erano state apportate alcune modifiche alla disciplina penalistica. Approdato al Senato (S-2681), il disegno di legge giungeva alla sua approvazione in data 11 ottobre 2017, per poi essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 254 del 30 ottobre 2017 come legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza". Approvata la legge delega, il Governo, in prossimità della fine della legislatura, incaricava la seconda Commissione Rordorf, che elaborava uno schema di decreto legislativo, consegnato al Ministro della Giustizia in data 22 dicembre 2017, per poi, verso la fine del mese di febbraio 2018, trasmettere al Ministro una versione riveduta e corretta dell'articolato, in uno con la Relazione illustrativa. Il Testo dello schema di decreto delegato, recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155, veniva trasmesso, in data 14 novembre 2018, dal nuovo Governo al Parlamento per il parere delle Commissioni competenti, per poi trovare definitiva approvazione lo scorso 10 gennaio.

³¹ Per un'ampia disamina dei profili penali della riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza, già in relazione allo schema di decreto legislativo licenziato dal Governo in data 8 novembre 2018, cfr. GAMBARDILLA, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 27/11/2018; sia consentito, inoltre, rinviare a PERDONO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Un esame a caldo in attesa dell'entrata in vigore*, in www.dpei.it (*Diritto Penale Economia e Impresa. Osservatorio sulla giurisprudenza di merito*).

³² Tra cui, le disposizioni che possono immediatamente agevolare una migliore gestione delle procedure - così, la disposizione sulla competenza per le procedure di amministrazione straordinaria ed i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni (e perciò gli articoli 27, comma 1, e 350) - o che possono immediatamente agevolare l'attività istruttoria nelle procedure concorsuali (tali gli articoli 363 e 364), nonché le

come quella prevista dall'art. 374, e, per quanto concerne il settore penale, le abrogazioni degli artt. 221 (fallimento con procedimento sommario), 235 (omessa trasmissione dei protesti bancari) e 241 l. fall. (riabilitazione civile del fallito)³³.

Senonché, in attesa di poter proporre un'analisi più approfondita al momento non praticabile in questa sede, si ritiene opportuno anticipare brevi cenni sui riflessi indiretti che alcune disposizioni di nuovo conio sembrano destinate a produrre sulla struttura delle fattispecie di bancarotta prefallimentare, nonostante il tenore letterale delle stesse, per espressa delega legislativa, sia rimasto inalterato rispetto alla formulazione di cui all'attuale Legge Fallimentare³⁴.

Con ciò si intende fare riferimento a due disposizioni, ovvero agli artt. 24 e 25 del Codice, che si inseriscono in un contesto normativo volto a favorire l'emersione tempestiva della crisi, al fine di consentire sia la miglior salvaguardia del patrimonio del debitore, sia la miglior tutela del credito degli operatori economici che vengono in contatto con il debitore medesimo, mediante l'introduzione delle misure di allerta e di composizione assistita della crisi³⁵. Gli artt. 24 e 25 in questione, più in particolare, disciplinano rispettivamente i casi in cui ricorre la tempestività dell'iniziativa del debitore che presenti istanza di composizione assistita della crisi all'organismo di cui all'articolo 19, o direttamente domanda di ammissione ad una delle procedure giudiziali di

modifiche del codice civile che hanno una funzione in qualche modo preparatoria dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di misure d'allerta e, infine, le disposizioni concernenti le garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, non necessitando la loro attuazione di particolari attività preparatorie.

³³ Sul piano della disciplina transitoria, invece, che non è rimasta immune da alcune prime critiche (su cui cfr. GAMBARDELLA, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, cit.), l'art. 390, comma 3, prevede che, quando, in relazione alle procedure attivate o pendenti alla data di entrata in vigore del decreto delegato, da definirsi secondo le norme di cui ai vigenti r.d. n. 267/1942 e l. n. 3/2012, siano commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del titolo sesto del citato regio decreto, nonché della sezione terza del capo II della suddetta legge del 2012, ai medesimi fatti continuano ad applicarsi le disposizioni del 1942 e del 2012.

³⁴ L'art. 2 della legge di delega, in relazione alle disposizioni penali, infatti, si limita a prevedere di «a) sostituire il termine «fallimento» e i suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale», adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose», con ciò sancendo la volontà di escludere i reati di bancarotta da qualsiasi intervento innovatore.

³⁵ Si tratta delle disposizioni che perseguono «[...] l'obiettivo di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, con due principali finalità: consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e salvaguardare la capacità imprenditoriale di coloro che vanno incontro a un fallimento di impresa dovuto a particolari contingenze», secondo quanto si legge sul sito istituzionale del Governo Italiano, in data 10 gennaio 2019, nel comunicato stampa n. 37, dove si informa che il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della giustizia, ha approvato, in esame definitivo, il decreto legislativo che, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

regolazione della crisi o dell'insolvenza, e le misure premiali previste nell'ambito del sistema delle misure d'allerta, incentrate sulle segnalazioni degli organi di controllo interno e dei creditori pubblici qualificati, al fine di favorire la rilevazione tempestiva delle situazioni di crisi d'impresa.

Delle suddette misure premiali, tuttavia, quelle che interessano il penalista sono contemplate dal secondo comma dell'art. 25 c.c.i., ovvero la causa di non punibilità e la circostanza speciale ad effetto speciale ivi inserite. Tralasciando, per il momento, l'ipotesi della circostanza attenuante, e venendo alla causa di non punibilità, che in questa sede rileva per i suoi riflessi sulla delimitazione della portata applicativa delle fattispecie di bancarotta, quest'ultima è integrata quando, nei reati di cui agli articoli 322 (bancarotta fraudolenta), 323 (bancarotta semplice), 325 (ricorso abusivo al credito), 328 (liquidazione giudiziale delle società in nome collettivo e in accomandita semplice), 329 (fatti di bancarotta fraudolenta), 330 (fatti di bancarotta semplice), 331 (ricorso abusivo al credito), 333 (reati dell'istitutore) e 341, co. 2, lettere a) e b) (bancarotta nel concordato preventivo), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità; in presenza di detto presupposto, quindi, non è punibile chi ha 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 di cui al nuovo codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

La causa di esclusione della punibilità in parola attua la delega di cui all'art. 4, lett. h), l. n. 155/2017, che disponeva di «prevedere misure premiali, sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale, in favore dell'imprenditore che ha tempestivamente proposto l'istanza di cui alla lettera b) o che ha tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale; includere tra le misure premiali in termini di responsabilità personale la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla l. fall., quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi all'articolo 219, terzo co., del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa, fino alla conclusione della medesima procedura [...]».

Dalla relazione illustrativa, nella parte a commento dell'art. 25, si evince che il legislatore delegato ha ritenuto di estendere anche alla bancarotta fraudolenta,

oltre che alle altre ipotesi di bancarotta ivi contemplate, la causa di non punibilità in questione, e ciò al fine di evitare che la delega fosse svuotata di significato limitandone la portata alla sola bancarotta semplice, la cui cornice editale di pena, data dalla reclusione compresa fra sei mesi e due anni, era già ricompresa nell'ambito di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Senonché, desta non poche perplessità una norma - quella di cui all'art. 25 c.c.i. - che estende la causa di non punibilità anche a fattispecie quale la bancarotta fraudolenta, che commina la pena della reclusione nel massimo fino a ben dieci anni. Detta causa di non punibilità, infatti, se rapportata per analogia, come fa la stessa Relazione illustrativa, all'art. 131-*bis* c.p., che invece trova applicazione solo ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero con pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, si espone a censure dal punto di vista della ragionevolezza e del rispetto del principio di proporzionalità. Inoltre, a differenza di quanto asserito nella medesima Relazione illustrativa, non è affatto detto che l'art. 131-*bis* c.p. avrebbe trovato applicazione in relazione alla bancarotta semplice, così riducendo la portata innovativa della delega stessa, in quanto proprio gli ulteriori requisiti contemplati dalla causa di non punibilità codicistica difficilmente risultano compatibili, nella prassi concreta, con le modalità ricorrenti di realizzazione dei reati di bancarotta (anche semplice), in relazione ai quali le condotte tipiche tendono ad assumere carattere plurimo e reiterato, e ciò in contrasto proprio col requisito della non abitualità del comportamento richiesto dall'art. 131-*bis* c.p.

Pertanto, limitare l'applicazione della causa di non punibilità alla sola bancarotta semplice, o alla bancarotta preferenziale, non solo sarebbe stato più condivisibile dal punto di vista politico criminale, ma sarebbe apparso più coerente anche in relazione al tenore letterale della delega contenuta nell'art. 4, lett. h), l. n. 155/2017.

La Relazione illustrativa al testo di decreto delegato, recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155, inoltre, proponendo una ricostruzione teorica in chiave fortemente "offensivista" dei reati di bancarotta, precisa che «in questo modo viene significativamente ridotta l'area del rischio penale perché è assai frequente che condotte di non corretta destinazione di beni dell'impresa, ma con effetti depauperativi del patrimonio estremamente modesti e con incidenza minima se non quasi nulla sul soddisfacimento dei creditori, poste in essere anche in epoca assai risalente, assumano a seguito dell'apertura della procedura concorsuale rilevanza come reati di bancarotta fraudolenta», così lasciando inten-

dere la possibilità di escludere la punibilità anche in caso di bancarotta "quasi riparata", ovvero in presenza di un'offesa esigua e pertanto suscettibile di essere considerata penalmente irrilevante per espressa volontà legislativa.

Senonché, il riferimento letterale alla "speciale tenuità del danno" incorre nella medesima contraddizione solitamente contestata all'attenuante speciale ad effetto speciale di cui all'art. 219, co. 3, l. fall., riproposta in corrispondenza dell'art. 326, co. 3, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che, tra l'altro, affianca l'aggettivo "patrimoniale" al concetto di danno³⁶. Quest'ultimo, infatti, mal si coordina con la previsione dei reati di bancarotta quali fattispecie di pericolo, tranne le ipotesi che espressamente contemplano un evento in senso naturalistico (il dissesto o il fallimento). Meglio sarebbe stato, allora, ricorrere ad una diversa espressione, che facesse riferimento al più generico concetto di particolare tenuità dell'offesa, così come previsto dall'art. 131-*bis* c.p.

Il legislatore, inoltre, non sembra tenere in debita considerazione proprio l'ultima giurisprudenza di legittimità, che, infatti, dal 2017 in poi, è approdata a ricostruire la struttura dei reati di bancarotta in termini di pericolo concreto e non di danno con evento, come sostenuto dal già esaminato ed isolato precedente del 2012.

Rispetto allo schema di decreto licenziato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 8 novembre 2018, la norma è stata riformulata a seguito delle osservazioni, recepite dal Governo, della II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati, chiamata ad esprimere il proprio parere sullo schema di decreto legislativo trasmesso alle Commissioni competenti delle due Camere lo scorso 14 novembre 2018.

Nella Relazione illustrativa, si legge che la modifica testé descritta «mira a chiarire che è ammesso godere delle misure premiali penali solo la persona che si è in concreto attivata per la tempestiva gestione della situazione di crisi. Il generico riferimento all'imprenditore avrebbe infatti potuto far sorgere l'equivoco dell'estensione di tali misure a tutti i componenti dell'organo amministrativo e finanche a quelli già cessati, anche nell'ipotesi in cui essi non abbiano condiviso la scelta di attivare una procedura di allerta o di regolazione della crisi o dell'insolvenza».

La clausola in esame, per la quale il legislatore ha ritenuto opportuno sottoli-

³⁶ Per un'analisi delle questioni poste dalla dottrina in tema di circostanze *ex art.* 2019 l. fall., sia consentito rinviare a PERDONO, *Art. 219 L. Fall.: circostanze aggravanti e circostanza attenuante*, cit., 2021 ss.; ID., *Le circostanze in tema di bancarotta e di ricorso abusivo al credito ed il regime sanzionatorio previsto in tema di reati concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, a cura di Ghia, Piccininni, Severini, Milano, 2012, 295 ss.

neare la non estensibilità dell'esclusione della punibilità a soggetti estranei alle condotte di limitazione dell'aggravamento della crisi di cui sopra, pone non pochi problemi dal punto di vista del suo inquadramento dogmatico.

Ricondurla, infatti, ad una causa di non punibilità analoga a quella di cui all'art. 131-*bis* c.p. solleva diverse perplessità dal punto di vista della ragionevolezza, nella misura in cui il legislatore ha inteso estenderne l'ambito di operatività anche alla bancarotta fraudolenta, che presenta un limite massimo di pena addirittura doppio rispetto a quello previsto dalla disposizione codicistica.

Appare, inoltre, evidente la differenza di *ratio* tra i due istituti di esclusione della punibilità in esame, in quanto, per la causa di non punibilità in senso stretto di cui all'art. 131-*bis* c.p., l'esclusione della punibilità rinviene la propria giustificazione nei principi di offensività, sussidiarietà e proporzionalità, nell'ottica della contestuale valorizzazione di uno strumento di deflazione dei carichi giudiziari, mentre, in relazione alla "misura premiale" di cui alla disciplina penale concorsuale, i motivi dell'esclusione della punibilità sono da rinvenirsi nell'incentivazione di quei comportamenti del debitore che consistono nell'azionare tempestivamente i meccanismi di allerta di nuova introduzione, volti proprio a controllare e mitigare il fenomeno dell'insolvenza.

Inoltre, se la finalità della causa di non punibilità è da ricondursi alle esigenze sopra descritte, anche l'ipotesi di inquadramento dell'istituto all'interno della categoria delle cause sopravvenute di non punibilità non va esente da profili problematici, proprio in considerazione del fatto che la disposizione in esame non prevede l'integrale riparazione dell'offesa al bene giuridico tutelato, ovvero la garanzia patrimoniale dei creditori, ma la sola attivazione dell'agente per evitare l'aggravamento delle conseguenze del reato, tra l'altro in una fase in cui l'illecito penale non si è ancora perfezionato, mancando la condizione obiettiva di punibilità del provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale o delle altre procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

In una diversa prospettiva, si potrebbe invece attribuire, alla clausola in esame, la natura di un elemento (negativo) della tipicità, che determina una significativa riduzione dell'ambito di operatività della fattispecie di bancarotta pre-concorsuale, la cui realizzazione si concretizza nell'iniziativa volontaria dell'imprenditore stesso che si adopera prontamente con condotte finalizzate a superare la crisi o l'insolvenza nell'ambito delle procedure disciplinate dal nuovo Codice. La conseguenza che ne discende è quella di limitare la rilevanza penale dei fatti di bancarotta a quelli posti in essere almeno in prossimità di una situazione di crisi, intesa come difficoltà finanziaria reversibile, o di insolvenza, concretamente pericolosi, valutati in tali termini all'interno del

predetto contesto temporale, cui non è seguito un pentimento operoso volto e neutralizzare l'offesa tipica del reato, secondo lo schema della c.d. "banca-rotta riparata"³⁷.

Senonché, la previsione in oggetto rischia di depotenziare la funzione di prevenzione generale dei reati di bancarotta, in particolare dell'ipotesi più grave della fraudolenta, rischiando di imporsi, nella prassi applicativa, come strumento in grado di offrire all'autore di condotte antecedenti, anche dotate di particolare disvalore quali sono quelle di depauperamento volontario della garanzia patrimoniale dei creditori, un *commodus discessus* dalle responsabilità penali mediante la strumentale presentazione dell'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinate nel Codice, quando, a seguito delle stesse, viene aperta, su iniziativa del debitore, una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il rischio testé paventato sembra assumere maggior concretezza soprattutto se nella prassi dovessero prevalere applicazioni più lassiste nella delimitazione del concetto di danno di speciale tenuità, previsione che allo stato attuale non può escludersi, se solo si considera che la disposizione di cui all'art. 25, co. 2, c.c.i. non prevede parametri oggettivi cui ancorare la quantificazione del suddetto danno, a tutto vantaggio di ricostruzioni viceversa soggettivizzanti della causa di non punibilità, tese a privilegiare l'aspetto etico del "ravvedimento" in palese discontinuità con l'approccio oggettivista seguito dalla giurisprudenza e dalla dottrina in relazione al vigente art. 219 l. fall.³⁸

Come osservato dai primi commenti³⁹, inoltre, non vi è chi non veda una certa complessità e farraginosità nella descrizione dei requisiti applicativi della fattispecie esimente, fra cui la necessità che l'istanza di composizione (o di altra procedura concorsuale) sia tempestiva e cioè avvenga entro tre mesi (sei mesi per le altre procedure concorsuali) dall'oggettivo avverarsi di uno dei tre indici patrimoniali previsti dalla stessa disposizione, senza che nel testo della

³⁷ Per una ricostruzione teorica simile a quella prospettata nel testo, sia pure in relazione all'attuale formulazione della legge fallimentare, cfr. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., 371; nonché ID., *Reati fallimentari*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, V, Torino, 2010, 727 ss., secondo cui la sentenza di fallimento diviene un elemento costitutivo del "tempo del delitto" (nell'ipotesi pre-fallimentare), che individua il momento ultimo in cui la condotta, in quanto non volontariamente desistita, assume carattere offensivo e, pertanto, tipico.

³⁸ Intravede, invece, un rischio di ricostruzione restrittiva, con insignificanti margini applicativi della causa di non punibilità in parola, CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 5/2018, 91 ss. e, *quivi*, 98.

³⁹ CHIARAVIGLIO, *op. ult. cit.*, 97 s.

legge si possa rintracciare un elemento cui agganciare l'effettiva consapevolezza, da parte del debitore, della sopravvenienza dei menzionati fattori.

Per di più, a seguito della presentazione dell'istanza di composizione, il debitore deve farsi nuovamente parte diligente e, alle prime avvisaglie di un esito infausto del procedimento di composizione assistita, richiedere in quel contesto l'apertura di una procedura concorsuale in senso proprio, anticipando eventuali richieste analoghe da parte dell'Organismo di composizione della crisi al Pubblico Ministero o dei creditori.

Appare evidente, in definitiva, come anche quest'ultima opzione ricostruttiva non vada esente da obiezioni critiche, così come non può disconoscersi che il legislatore delegato abbia voluto eludere le limitazioni contenute nella delega, che non consentivano al Governo di rivedere la struttura delle fattispecie di reato, né il carico sanzionatorio ad esse connesso. Ancora una volta, il legislatore delegante ha preferito evitare di intervenire in una materia particolarmente sensibile ed esposta a strumentalizzazioni politiche come quella penal-fallimentare, mentre il legislatore delegato si è spinto troppo innanzi nel tentativo di intervenire, sia pure indirettamente e surrettiziamente, sulla struttura della fattispecie, ben consapevole che eventuali, mirate modifiche della disciplina civile della crisi d'impresa non possono non riflettersi anche sulla portata dei precetti penalmente sanzionati⁴⁰. Il risultato che ne è venuto fuori, però, appare molto deludente sul piano politico criminale e della stessa tecnica legislativa.

GIOVANNI LUCA PERDONÒ

⁴⁰ Sui riflessi che la disciplina extrapenale determina sulla portata applicativa delle fattispecie nell'ambito di quella branca denominata "diritto penale dell'impresa", cfr. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano, 2003, 293 ss. In senso analogo, con riferimento alle riforme dei primi anni Duemila in materia fallimentare, cfr. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss.; MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 892.