

QUESTIONI APERTE

***Ne bis in idem*/Concorso apparente di norme**

La decisione

Truffa - bancarotta fraudolenta per distrazione - *ne bis in idem* - concorso di reati - concorso apparente di norme - principio di specialità - antefatto e postfatto non punibile (C.p., artt. 15; 640; C.p.p., art. 649; Legge fallimentare, n. 1, art. 216, co. 1).

La contestazione del delitto di truffa, avente ad oggetto l'erogazione di finanziamenti bancari indotti mediante falsificazione dei bilanci e di altra documentazione relativa alla situazione economico-patrimoniale di una società non impedisce, in ragione del divieto di bis in idem, di giudicare l'imputato per il delitto di bancarotta per distrazione, contestato nel medesimo procedimento, in relazione alle somme successivamente sottratte, in presenza di una condotta complessivamente dolosa che avvince in sé anche il fallimento delle società finanziate, trattandosi di fatti illeciti naturalisticamente differenziati.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 27 marzo 2019, (ud. 8 febbraio 2019) - PEZZULLO, *Presidente* - TUDINO, *Relatore* - GAETA, *P.M. (diff.)* - Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Venezia, *ricorrente*.

Il contributo analizza una recente decisione della Corte di cassazione con la quale si è statuito che la truffa e la bancarotta fraudolenta per distrazione sui beni che ne costituiscono il profitto concorrono tra loro, non sussistendo tra l'art. 640 c.p. e l'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall. un concorso apparente di norme per la radicale diversità strutturale fra le due fattispecie astratte, che si consumano indipendentemente l'una dall'altra e in momenti temporalmente distinti: le due condotte tipiche non costituiscono, infatti, due segmenti di uno stesso fatto, e pertanto i due reati sono imputabili ad un medesimo soggetto senza violare il principio del *ne bis in idem*.

Fraud charge and fraudulent bankruptcy for misappropriation of the goods that constitute the profit: possible violation of the ne bis in idem principle?

This paper analyzes a recent judgment of the Italian Supreme Court establishing fraud and fraudulent bankruptcy for misappropriation of goods that constitute the profit concur with each other, there being no apparent correlation between art. 640 Italian Criminal law and art. 216, paragraph 1, no. 1, l. fall. (Italian bankruptcy law). In fact, there is no significant structural difference between the two abstract cases, which occurred independently and at different times: the two typical conducts do not constitute two parts of the same fact, and therefore the two crimes are attributable to the same individual without violating the principle of ne bis in idem.

Imputazione per truffa e bancarotta fraudolenta per distrazione sui beni che ne costituiscono il profitto: possibile violazione del *ne bis in idem*?

Con la sentenza in commento il Supremo Collegio afferma sussistere un concorso materiale di reati tra il delitto di truffa e quello di bancarotta fraudolenta ancorché la successiva condotta distrattiva abbia ad oggetto unicamente il

profitto conseguito con la primigenia condotta truffaldina¹. In tale ipotesi, infatti, non sussisterebbero gli estremi dell'*idem factum* e, pertanto, non potrebbe invocarsi quella violazione del *ne bis in idem* rinvenuta per contro da recente giurisprudenza di legittimità nella diversa ipotesi di concorso tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione².

La Suprema Corte giunge a tale condivisibile approdo sulla scorta di ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali e facendo ricorso alla nozione di "stesso fatto" cristallizzatasi in riferimento all'art. 649 c.p.p. per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016³.

In primis, il Giudice di legittimità rammenta che oggetto materiale della condotta distrattiva di cui all'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall. può pacificamente essere il provento di attività illecite, quali la truffa, reato, questo, che si consuma definitivamente con l'acquisizione al patrimonio della fallita dei beni di provenienza criminale, con la conseguenza che la successiva distrazione degli stessi costituisce «nuova ed autonoma azione» e i due reati concorrono fra loro⁴. Invero, le due condotte, quella truffaldina e quella distrattiva, sono strutturalmente diverse, attenendo la prima alla fase acquisitiva dei cespiti patrimoniali e la seconda ad una fase cronologicamente successiva e distinta, interveniente a truffa già esaurita.

Stando così le cose, non si sarebbe al cospetto di due segmenti di una medesima condotta da ricondurre ad un fatto unitario, tale da innescare il divieto di

¹ Nel caso di cui trattasi, la Corte di cassazione si è pronunciata sul ricorso proposto dal Pubblico ministero presso il Tribunale di Padova avverso l'ordinanza con cui, il 22 ottobre 2018, il Tribunale di Venezia - Sezione del Riesame ha ritenuto assorbiti nei plurimi episodi di truffa contestati all'indagato, quale amministratore di fatto di tre s.r.l., dichiarate fallite, fatti di bancarotta fraudolenta per distrazione commessi sul profitto conseguito dalla truffa perpetrata in danno di istituti bancari dalle società poi fallite, presentando falsa documentazione delle relative condizioni economico-finanziarie. Secondo il Tribunale della libertà, infatti, è da escludersi il concorso tra le due fattispecie allorquando, come nella vicenda di cui trattasi, vi è piena corrispondenza tra ciò che viene sottratto alla garanzia dei creditori e ciò che costituisce profitto della truffa, nonché tra le persone offese dai due illeciti. A parere del ricorrente, invece, le condotte sarebbero sia ontologicamente, che cronologicamente diverse e lesive di beni giuridici differenti, sì da configurarsi un concorso di reati, entrambi contestabili quindi all'indagato.

² S'allude a Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, in *www.penalecontemporaneo.it*.

³ Cfr. Corte. cost., n. 200 del 2016, in *www.iusexplorer.it*, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

⁴ Tale conclusione discende dall'annoverare fra i beni del fallito rilevanti *ex art.* 216 l. fall. tutti quelli rientranti nella sua disponibilità patrimoniale, a prescindere dalla loro proprietà e dal modo del loro acquisto, potendo gli stessi avere anche origine illecita. Così: Cass., Sez. V, 30 maggio 2018, in *Cass. pen.*, n. 53399; Cass., Sez. V, 27 settembre 2013, *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 20 novembre 2008, n. 44159, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3983; Cass., Sez. V, 17 marzo 2004, n. 23318, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 4025.

doppio giudizio di cui all'art. 649 c.p.p.

Conclusioni, quest'ultima, cui si perviene agilmente accedendo all'interpretazione di *idem* fatta propria dal Giudice delle leggi nella summenzionata pronuncia⁵. *Ivi*, infatti, si afferma che, in linea con la consolidata interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della C.E.D.U.⁶, a rilevare non è l'*idem* legale, ma l'*idem factum*, ovvero il fatto storico-naturalistico, inteso non quale mera azione od omissione, ma quale accadimento materiale comprensivo dell'azione od omissione, del loro oggetto fisico e dell'evento conseguente, con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona⁷. Aderendo a tale concezione naturalistica del fatto, criteri giuridici, afferenti la qualificazione normativa delle fattispecie, vengono in rilievo solo ai fini della selezione dei tratti dell'accadimento storico da prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto giacché, ai fini *de quibus*, fatto è «l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è

⁵ Cfr. Corte. cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit. Per facilitare la comprensione delle ragioni sottese alla pronuncia della Corte, occorre accennare alla questione prospettata all'attenzione del giudice rimettente. Questi deve decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 575 c.p. di un dirigente di stabilimenti Eternit già prosciolti dai reati p. e p. dagli artt. 434 e 437 c.p. con sentenza irrevocabile pronunciata per prescrizione: in particolare, nell'imputazione per omicidio doloso figuravano, quali vittime, 186 persone, comprese nelle 2000 morte o malate a seguito delle condotte contestate nel corso del primo processo. Ora, pur essendo i fatti identici sotto il profilo storico-naturalistico, il rimettente ritiene di non potere emettere sentenza di non luogo a procedere ex art. 649 c.p.p. perché tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" », così come imporrebbe invece l'art. 4 del Protocollo n. 7 C.E.D.U., portatore sul punto, a parere del giudice *a quo*, di una garanzia più ampia. Nello specifico, secondo questi, per l'operatività del divieto di doppia incriminazione, sarebbe necessaria l'identità, in base a criteri giuridici, della triade "condotta - evento - nesso di causa", cosicché la preclusione non potrebbe mai operare in ipotesi di concorso formale di reati, allorquando cioè da un'unica azione od omissione discendano una pluralità di eventi illeciti, oggetto di accertamento in sedi distinte. A commento dell'ordinanza di rimesione G.u.p. Torino, 24 luglio 2015, n. 262, in www.iusexplorer.it, cfr. GALANTINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1203.

⁶ Per una ricostruzione del principio del *ne bis in idem* a livello europeo, cfr.: NASCIBENE, *Ne bis in idem*, *Diritto internazionale e Diritto europeo*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ Principio già espresso da Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in www.iusexplorer.it: «il "medesimo fatto" esprime l'identità storico - naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona». Del pari: Cass., Sez. II, 6 febbraio 2015, n. 19712, in *Mass. Uff.*, 2015; Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, *ivi*, n. 32352; Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, *ivi*, n. 4103. In particolare, emblematica in tal senso è Cass., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, in www.iusexplorer.it, con la quale la Corte ha escluso la violazione del divieto di doppio giudizio con riguardo ad un procedimento per omicidio preterintenzionale instaurato a seguito della morte della persona offesa, sopravvenuta dopo che l'agente era stato già condannato in relazione alla medesima condotta per il reato di lesioni personali.

condotta secondo criteri normativi»⁸.

L'adesione ad una lettura rigorosamente empirica di "condotta - nesso causale - evento" comporta, per il Giudice delle leggi, l'abbandono della tradizionale sottrazione, dal campo applicativo del *ne bis in idem*, delle ipotesi di concorso formale di reati: ove la medesima condotta abbia dato luogo a più violazioni della legge penale, ciascuna giudicata separatamente dall'altra, per valutare la medesimezza del fatto storico dovrà assumersi una prospettiva scevra da criteri giuridici, quali la natura del reato, il bene giuridico tutelato, l'evento in senso giuridico⁹.

È dunque da respingersi, sempre secondo la Consulta, il criterio dell'*idem* legale, suscettibile di esporre il soggetto a plurime pretese punitive dello Stato, in quanto foriero di una molteplicità di figure criminose ravvisate in base a criteri mutevoli, ancorati al bene giuridico offeso e agli interessi tutelati dalle norme incriminatrici¹⁰.

In linea con tale insegnamento, la successiva giurisprudenza di legittimità è pervenuta a inibire il confronto tra fattispecie astratte allorquando si tratti di valutare l'identità del fatto rilevante ai fini della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p.¹¹.

Ora, felice applicazione dei principi suesposti si rinviene in una recente pronuncia di legittimità che ha precluso, in nome del divieto del *ne bis in idem*, un secondo giudizio per bancarotta fraudolenta distrattiva nei confronti di soggetto già condannato con sentenza irrevocabile per appropriazione indebi-

⁸ Cfr. Corte. cost., n. 200 del 2016, cit..

⁹ Cfr. Corte. cost., n. 200 del 2016, cit.

¹⁰ «È dunque alla "purezza" del fatto, inteso bensì nella sua componente empirica, ma necessariamente illuminato e comunque individuato a partire dai tratti descrittivi contenuti nella fattispecie astratta (*Tatbestand*), che si deve invariabilmente avere riguardo»: così chiosa MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 271. Analogamente PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 70. Conseguentemente, conclude la Corte, «sulla base della triade condotta - nesso causale - evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze»: cfr. Corte. cost., n. 200 del 2016, cit.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. V, 4 ottobre 2016, n. 47683, in *www.iusexplorer.it*.

ta di beni aziendali¹². Invero, aderendo alla summenzionata lettura empirica del fatto di reato, comprensivo di condotta, nesso causale ed evento, nella bancarotta per distrazione non può scorgersi un fatto diverso dall'appropriazione indebita, ancorché sia dato constatare la violazione di più norme penali e il nocimento di più beni giuridici. Conclusione, questa, depurata, si noti, dal confronto strutturale fra le fattispecie di reato e dal richiamo ai criteri di risoluzione del concorso apparente di norme. Erra allora quell'orientamento che propende sì per la sola configurazione del reato p. e p. dall'art. 216, comma 1, n. 1, l. fall., ma individuando nella bancarotta per distrazione un'ipotesi di reato complesso *ex art. 84 c.p.*: quest'ultima, s'è sostenuto, sarebbe comprensiva di elementi normativi descrittivi diversi e più ampi di quelli tipici dell'appropriazione indebita¹³. Parimenti fallace, sottolinea il Supremo Collegio, sarebbe il richiamo al principio di specialità, affermando che la bancarotta fraudolenta recherebbe, rispetto al delitto di cui all'art. 646 c.p., l'elemento specializzante della dichiarazione di fallimento ad "attualizzare" così l'offesa insita nell'appropriazione indebita. Infatti, all'agente possono essere addebitati esclusivamente le conseguenze della sua azione od omissione che dipendano comunque dalla sua condotta e fra queste non rientra certo la dichiarazione di fallimento, scaturente dall'iniziativa dei creditori o del Pubblico ministero e legata alle valutazioni del Tribunale fallimentare: la stessa, conseguentemente, «non può essere annoverata tra gli elementi che concorrono all'identificazione del "fatto", nell'accezione assunta dal Giudice delle leggi e che qui rileva»¹⁴. Ecco che, scevra dalla dichiarazione di fallimento, la bancarotta per distrazione in nulla si differenzia dall'appropriazione indebita vertente sui medesimi beni, sì da valere in tutta la sua prorompente forza la preclusione del *ne bis in idem*¹⁵.

¹² Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, cit.

¹³ Cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. V, 9 luglio 2010, n. 37298, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2772, che conclude pertanto per l'assorbimento del reato meno grave di appropriazione indebita in quello più grave di bancarotta fraudolenta.

¹⁴ Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, cit., che rammenta in proposito che nella bancarotta distrattiva pre-fallimentare la dichiarazione di fallimento costituisce mera condizione obbiettiva di punibilità, perfezionandosi il reato con la distrazione (cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Cass. pen.*, 2017, 6, 2197, con nota di FASSI, *Il revirement della Corte di Cassazione: la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obbiettiva di punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, 2226; *contra*: Cass., Sez. V, 24 marzo 2017, n.17819 in *www.iusexplorer.it*, per la quale «il reato viene ad esistenza giuridica con la dichiarazione di fallimento»).

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, cit., che osserva come la profonda diversità tra le due ipotesi di reato attenga al diverso bene giuridico offeso; diversità, questa, che, attenendo a criteri giuridici ed essendo legata a valutazioni sempre opinabili, non deve concorrere, secondo il Giudice delle leggi, a disegnare i contorni della garanzia rappresentata dal *ne bis in idem*. Per un'analisi dettagliata della

Ebbene, la corretta applicazione dei principi statuiti dalla Corte costituzionale e recepiti fedelmente dalla Cassazione conduce, diversamente, a non ravvisare, nell'ipotesi oggetto della sentenza in commento, uno stesso fatto rilevante *ex art. 649 c.p.p.* tra la truffa e la bancarotta fraudolenta per distrazione.

Invero, dopo aver rammentato gli esiti fatti propri dalle summenzionate sentenze, il Supremo Collegio osserva che trattasi di condotte ontologicamente (e cronologicamente) distinte, delle quali l'evento dell'una, ovvero l'ingiusto profitto con altrui danno, costituisce «il *præius* logico e temporalmente antecedente della posteriore consumazione dell'altra». In effetti, si noti, l'induzione in errore tramite artifici e raggiri, consistita nel caso di specie nella presentazione di falsa documentazione della situazione economico-finanziaria delle società beneficiarie del finanziamento, è contegno ben diverso, sotto il profilo storico-naturalistico, dalla (successiva) utilizzazione a fini extra-sociali delle risorse ottenute traendo in inganno gli istituti di credito. Del resto, giova osservare ai fini *de quibus*, non necessariamente il provento della truffa è destinato a usi illeciti e, segnatamente, fuorviato dal vincolo di destinazione di cui all'art. 2740 c.c., ben potendo lo stesso rimanere in ipotesi conservato nelle casse sociali per essere impiegato a fini sociali e a garanzia del ceto creditorio; viceversa, la distrazione di cui all'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall. può avere ad oggetto tanto beni di provenienza lecita, quanto utilità frutto di attività criminosa¹⁶. La percezione dell'ingiusto profitto (*id est* l'erogazione del credito da parte della banca) nel caso *de quo* rappresenta quindi solo il presupposto accidentale su cui s'innesta la condotta distrattiva del reato di bancarotta fraudolenta.

A conferma, e non a smentita, dell'indipendenza delle due fattispecie, giova precisare che la dichiarazione di fallimento, lungi dal rappresentare il mo-

pronuncia cfr. MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem*, cit., 269, il quale così rileva: «la prospettiva appena delineata schiude un orizzonte controverso dal punto di vista epistemologico, richiedendo in prima approssimazione una scelta di fondo tra l'*idem* "legale" e quello c.d. storico, scelta dalla quale discende una ben differente estensione del *ne bis in idem*: se oggetto della garanzia è il "fatto" colto nella sua qualificazione giuridico-penale, risulta consequenziale il minor margine di operatività del divieto di doppio processo e di duplice sanzione che ha invece portata massima qualora si abbia riguardo all'accadimento in senso naturalistico». Per un commento altresì cfr. RICCARDI, BERARDI, *Alla Ricerca dell'idem factum nei rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in www.giurisprudenzapenale.it.

¹⁶ La notazione è del tutto analoga a quella che ha condotto Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 344, a ravvisare un concorso materiale di reati tra il reato di malversazione a danno dello Stato, previsto dall'articolo 316-bis c.p., e quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, di cui all'articolo 640-bis c.p.. A chiosa di tale pronuncia anche COLUCCI, *Le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 43.

mento consumativo del reato di bancarotta, interviene a rendere autonomamente punibile una condotta che, in difetto, si sarebbe posta quale uno dei possibili, ma non necessari, esiti della truffa, ovvero come *post factum* non punibile assorbito nell'evento del reato di cui all'art. 640 c.p.¹⁷.

Ad escludere la medesimezza del fatto si perviene, d'altronde, anche tramite l'analisi strutturale delle fattispecie astratte, pur dovendosi comunque privilegiare, come anzidetto, la considerazione empirica del fatto, unica ad essere rilevante nell'esegesi del divieto di cui all'art. 649 c.p.p.. Difatti, diverse sono le condotte, l'una consistendo nell'induzione in errore mediante artifici e raggiri, l'altra nella distrazione di beni dalla garanzia patrimoniale generica; differente è l'evento, rappresentato l'uno dall'ingiusto profitto con altrui danno, l'altro dal nocumento all'interesse patrimoniale della massa dei creditori¹⁸. Nessun rapporto di continenza, analogo a quello sussistente tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione, si pone, dunque, tra i due reati in questione.

Nel caso di specie, inoltre, i due reati sono contestati simultaneamente nell'ambito dello stesso processo e non si prospetta perciò alcuna possibile preclusione derivante da un precedente giudicato¹⁹.

Per le ragioni suesposte, pertanto, nel caso *de quo* sarebbe del tutto improprio fare richiamo ai principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di *ne bis in idem* e impiegati dai giudici di legittimità per risolvere il rapporto tra la contestazione per appropriazione indebita e quella successiva per bancarotta distrattiva vertente sui medesimi beni.

Ecco, allora, che nella sentenza annotata si statuisce che «la contestazione del delitto di truffa, avente ad oggetto l'erogazione di finanziamenti bancari indotti mediante falsificazione dei bilanci e di altra documentazione relativa alla situazione economico-patrimoniale di una società non impedisce, in ragione del divieto di *bis in idem*, di giudicare l'imputato per il delitto di bancarotta per distrazione, contestato nel medesimo procedimento, in relazione alle somme successivamente sottratte, in presenza di una condotta complessiva-

¹⁷ Per la verità, le due condotte, riguardate nel loro complesso, esprimono «l'intenzionalità dello stesso fallimento» poiché il dissesto è conseguenza prevista e voluta della truffa ordita per ottenere dagli istituti di credito l'erogazione di finanziamenti da destinare a usi extra-sociali. Conseguentemente, conclude la Corte, stante la riconduzione unitaria dei due delitti per la previa ideazione strumentale e teleologicamente orientata, tra gli stessi ben può sussistere il vincolo della continuazione ex art. 81, co. 2, c.p.

¹⁸ Così come riconosciuto da Cass., Sez. V, 24 settembre 2013, n. 41887, in *D&G*, 11 ottobre 2013, con nota di FONTANA, *Niente illusioni per i garantisti: nella bancarotta propria non occorre nesso causale tra condotta e insolvenza ... l'assoluzione va cercata altrove!*

¹⁹ Così com'è invece in Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, cit.

mente dolosa che avvince in sé anche il fallimento delle società finanziate, trattandosi di fatti illeciti naturalisticamente differenziati».

Ora, la conclusione cui giunge la Corte è certo condivisibile: invero, per risolvere il rapporto nel medesimo giudizio tra le due imputazioni *de quibus*, non è necessario scomodare il principio del *ne bis in idem* processuale, attenendo la questione alla sfera del concorso apparente di norme/concorso materiale di reati, evocante quel *ne bis in idem* sostanziale mai positivamente cristallizzato dal nostro legislatore e così rimasto allo stato di mero canone esegetico²⁰.

Come noto, tale principio «impedisce che, se gli stessi elementi di una situazione storica risultino presi in considerazione dagli elementi di due schemi legali astratti (il che importa identità delle fattispecie giudiziali), siano applicabili entrambe le norme penali»²¹.

Non a caso, nella sentenza in discorso, la Cassazione non prescinde da quella disamina del rapporto strutturale tra le fattispecie astratte implicata proprio dall'*idem* legale e dal concorso apparente di norme²², fenomeno,

²⁰ Auspica la codificazione del principio MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati, per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 440 ss., secondo cui trovarlo espresso in linguaggio normativo «contribuirebbe ad assegnare al principio quella dignità positiva da tempo agognata, elevandolo, dal ruolo di semplice aspirazione di giustizia, al rango di vincolo dogmatico, capace di orientare l'esegesi dei testi di legge, ma anche di legittimare principi ed elaborazioni, orfane di un preciso appiglio normativo». Coglie la prevalenza, anche nella giurisprudenza europea e convenzionale, della dimensione processuale del *ne bis in idem* su quella sostanziale, pur nel segno di un graduale mutamento di prospettiva, SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 27 ss.

²¹ LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 69, che individua il sostrato comune tra il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale, annotando che «escludono entrambi che due fattispecie giudiziali identiche, sia pure con diverso *nomen iuris* (la qual cosa si realizza, appunto, quando gli elementi di un determinato avvenimento concreto rientrino in due diversi schemi legali), vengano entrambe addebitate all'autore di un fatto storico». Ed invero tra i due principi sussiste un nesso di dipendenza del secondo rispetto al primo dacché, continua l'Autore, «il divieto di esperire l'azione penale nei confronti del comportamento concreto già giudicato, nel quale si ravvisi, successivamente, un altro reato, sussisterà soltanto se sia applicabile il *ne bis in idem* sostanziale». Di pari avviso anche CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2015, secondo cui «a ben guardare, il *ne bis in idem* sostanziale condivide con quello processuale una comune matrice; si tratta di due facce della stessa medaglia, quella dell'abuso del diritto, processuale da una parte, sostanziale dall'altra: non può infatti essere che abusiva (termine da intendere in senso etimologico, come "uso eccessivo") la moltiplicazione di qualificazioni sostanziali e processuali di fronte ad una fattispecie concreta suscettibile di un inquadramento giuridico unitario».

²² Sul punto, in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *Cass. pen.*, 2010; in dottrina cfr. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, 471, a dir del quale «dato che l'*idem* da cui cercare di derivare le soluzioni è un problema di qualificazione normativa, l'indicazione di massima è che, nei limiti del possibile, un problema di ricerca dell'*idem* legale deve essere risolto sul terreno più congeniale, che è quello strutturale». Lungo questa linea anche SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 222: «non è possibile pertanto ritenere trasferibile la concezione affermatasi in materia processuale anche alla regola sostanziale, la

quest'ultimo, che si configura allorché «il medesimo fatto concreto ricada contemporaneamente ed egualmente, con tutti i suoi estremi, sotto due disposizioni diverse»²³. In tale non infrequente ipotesi un'insopprimibile esigenza di equità impone di selezionare, fra le fattispecie tutte teoricamente idonee a regolare lo stesso fatto storico, quella sufficiente ad esaurire da sola l'intero disvalore della condotta così da evitare odiose duplicazioni sanzionatorie²⁴. Ebbene, onde stabilire la sola norma applicabile al caso materiale, si ricorre tradizionalmente al principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., l'unico legislativamente posto e per questo, secondo alcuni, destinato a prevalere sui principi di sussidiarietà e di consunzione²⁵. L'applicazione di tale criterio risolve il concorso apparente di norme, tuttavia, solamente quando, analizzata la relazione strutturale tra fattispecie astratte, si rinvenga un rapporto logico-formale di genere a specie tra le due norme cui appare sussumibile il medesimo fatto storico: se così è, si accorderà preferenza alla disposizione speciale, ovvero a quella che contiene gli elementi costitutivi della norma generale e, in più, un ulteriore elemento di specificazione o aggiunta²⁶.

Ora, per cogliere rettamente il presupposto logico del concorso apparente e,

quale invece deve continuare a essere mantenuta nella dimensione delle fattispecie astratte. E ciò non tanto, o non solo, per le richiamate divergenze teleologiche e applicative - in parte pure superabili - quanto proprio perché, come si è andati ribadendo sin dall'origine, il problema del concorso "apparente" attiene alla teoria della norma e riguarda, appunto, i rapporti tra norme che devono essere analizzati e risolti esclusivamente sul piano normativo».

²³ DELITALIA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 110.

²⁴ Cfr. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in Ronco, Ambrosetti, Mezzetti (con la collaborazione di Caruso), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, 439.

²⁵ *Contra* PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. Pen.*, 1976, 217 e ss., per il quale il rapporto logico tra disposizioni, richiesto dal principio di specialità, sarebbe troppo rigido per esaurire tutte le ipotesi di concorso apparente di norme, con la conseguenza che, impiegandosi solo siffatto criterio, si dovrebbe concludere per la pluralità di reati in casi nei quali, facendo ricorso al principio di consunzione, ovvero ad un criterio di valore, una sola sarebbe la norma incriminatrice applicabile. Sul rapporto tra specialità e consunzione anche VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, 4, 525 e ss.

²⁶ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, in Ronco, Ambrosetti, Mezzetti, *La legge penale*, cit., 442-443, cui si rinvia per una dettagliata trattazione del principio di specialità nelle sue varie declinazioni (specialità «in concreto», «bilaterale» o «reciproca»). Qui basti specificare che «il rapporto di specialità tra due disposizioni s'instaura quando una delle due disposizioni (la disposizione speciale) descrive una classe di accadimenti e l'altra (le disposizioni generale) descrive una classe più ampia, nella quale rientra per intero la prima. Conseguenza di questo peculiare rapporto logico tra le due disposizioni è che ogni accadimento descritto dalla disposizione speciale è, per definizione, descritto anche dalla disposizione generale; ma non viceversa. Di guisa che, se la disposizione speciale non esistesse, tutti i casi ivi previsti ricadrebbero sotto la disciplina della disposizione generale»: cfr. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 217-218.

conseguentemente, del *ne bis in idem* sostanziale, decisivo è attribuire esatto significato alla locuzione di «stessa materia» che segna l'ambito applicativo dell'art. 15 c.p.. Dunque, secondo interpretazione consolidata, tale è la situazione di fatto astrattamente riconducibile a molteplici fattispecie astratte²⁷. Ne deriva che l'operare del principio di specialità, ai sensi dell'art. 15 c.p., richiede l'identità assoluta del fatto naturale cui si riferiscono le norme suscettibili di concorrere fra loro in modo tale da integrare i medesimi profili fattuali diversi tipi criminosi²⁸.

Ora, dal breve *excursus* sul concorso apparente di norme che precede, ben si comprende come, tra truffa e bancarotta fraudolenta per distrazione, sussista invece un concorso materiale di reati, difettando la simultanea convergenza delle due norme incriminatrici verso un medesimo fatto storico o, perlomeno, verso plurimi segmenti di un fatto considerabile unitariamente. Difatti, un medesimo fatto, nell'accezione che qui rileva, non si dà se, come nel caso *de quo*, le fattispecie astratte contemplino condotte così differenziate da potersi inverare in momenti temporalmente distanti fra loro²⁹: notasi, a conferma quindi dell'assoluta indipendenza, anche cronologica, delle due condotte tipiche, che, come noto, la truffa si consuma quando l'agente consegue l'ingiusto profitto e correlativamente la persona offesa subisce il danno³⁰, mentre la bancarotta fraudolenta per distrazione nel momento in cui viene erosa l'entità della garanzia patrimoniale generica fornita dal patrimonio sociale tramite la distrazione dello stesso per fini extrasociali³¹.

Per inciso, all'applicazione di una sola delle due norme incriminatrici, non si perverrebbe neppure tramite il giudizio di valore implicato dal principio di assorbimento giacché, come anzidetto, tra i due reati in parola non ne è individuabile uno, la cui realizzazione comporti necessariamente, o comunque

²⁷ Così LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit. 74. Infatti, specifica l'Autore, risulta superata quella tesi che identifica l'identità di materia con l'identità di bene giuridico fra le due norme in concorso fra loro. Si segnala, tuttavia, che la giurisprudenza maggioritaria si attesta su quest'ultima posizione (cfr., ex *pluribus*: Cass., Sez. un., 29 ottobre 1997, n. 119, in *Cass. pen.*, 1998, 5, 1331, con nota di DELL'ANNO, *Una sentenza non convincente*, 1331, e, più di recente, Cass., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539, in *Cass. pen.*, 2016).

²⁸ VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 530. S'avverte che il riferimento al fatto concreto non conduce ad abbandonare la prospettiva dell'*idem legale*, sottesa al concorso apparente di norme, restando fermo che quest'ultimo «deve instaurarsi tra norme, non tra fatti» poiché, altrimenti, osserva SOTIS, *Il "fatto"*, cit., 472, «dovremmo accettare l'assurdo corollario che le stesse norme saranno o non saranno tra loro in concorso apparente a seconda dei fatti considerati».

²⁹ Cfr. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 528, il quale, a tal proposito fa riferimento alla già citata Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, cit.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 1997, n. 3869, in *Cass. pen.*, 1998, 508.

³¹ Cfr. Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440, cit.

secondo *l'id quod plerumque accidit*, la realizzazione dell'altro.

Per lo stesso ordine di ragioni, come chiosato dalla Suprema Corte, non può assimilarsi la condotta cronologicamente posteriore a un fatto successivo non punibile poiché si è in presenza sì di una pluralità di condotte, temporalmente susseguenti l'una all'altra, ma non lesive del medesimo bene, né legate fra loro da un rapporto di mezzo a fine almeno secondo *l'id quod plerumque accidit (aliis verbis*: la distrazione dei beni sociali non è modo ordinario di realizzazione del fine caratteristico della truffa). Per lo stesso motivo, la condotta truffaldina non può giammai ridursi, rispetto a quella distrattiva, ad ante-fatto non punibile, non costituendo la prima normale premessa della seconda³².

Non si versa neppure nella categoria della progressione criminosa, segnata dal «passaggio contestuale, determinato da risoluzioni successive, da un fatto corrispondente ad una fattispecie legale ad un fatto corrispondente ad una fattispecie più grave, strutturalmente implicante la prima»³³. E, infatti, nel caso che qui interessa, si assiste sì ad una molteplicità di fatti e di risoluzioni successive, ma manca *l'escalation* di offesa al medesimo bene giuridico, come testé evidenziato.

In conclusione, da qualunque angolo prospettico si analizzino i rapporti tra il reato di cui all'art. 640 c.p. e quello previsto dall'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall., non può che concordarsi per il concorso di reati e, dunque, per l'applicazione di ambo le norme incriminatrici, non paventandosi all'orizzonte possibili frizioni con il principio del *ne bis in idem*, né sostanziale, né processuale.

STEFANIA ZANELLATO

³² Per un approfondimento sul tema, cfr.: VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 505; FIORE, voce *Postfatto*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1995, IX, 653; PACILEO, VOLPE, voce *Antefatto e postfatto non punibile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 2.

³³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, 508. In proposito, cfr. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942. In questa sede giova rammentare che Cass., Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49992, in www.iusexplorer.it, ha riconosciuto una progressione criminosa tra la malversazione a danno dello Stato di cui all'art. 316-bis c.p. e la bancarotta impropria distrattiva prevista dall'art. 223, co. 1, l. fall.

