



# UNIVERSITÀ DI PISA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

## **La tipicità debole del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione**

*La dialettica tra statica del tipo criminoso  
e dinamica del processo*

*Relatore*

Chiar.mo Prof. Alberto di Martino

*Candidato*

Giuseppe Di Vetta

Anno Accademico 2014/2015

*A chi non smetterà di salutarmi dalla  
finestra, mentre vado...*

«Quell'ombra che l'immagine, direi,  
getta sul mondo: Come afferrarla  
esattamente? Ecco un mistero  
profondo. È il mistero della negazione:  
Le cose *non* stan così, eppure  
possiamo dire come le cose *non*  
stanno.»

(L. WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-1916*)

# SOMMARIO

## CAPITOLO I

### DIRITTO PENALE FALLIMENTARE E PROCESSO: UN TERRENO ELETTIVO DI INTERFERENZA TRA «SOSTANZIALE» E «PROCESSUALE».

1. Impostazione metodologica ed oggetto dell'indagine. La *tipicità processuale*..... 1
2. Echi del *Corpus delicti*. La natura anfibologica delle norme penali fallimentari: regola probatoria o precetto penale? ..... 8
3. L'identificazione tra «reato» e «fallimento» e il sistema delle presunzioni di frode. .... 11
4. La differenziazione progressiva del fallimento dal reato (fallimentare) e la centralità discrezionale del «caso fortuito. L'emersione del paradigma del «reato di sospetto»..... 17
5. Le contraddizioni moderne del pensiero di Francesco Carrara sul reato di «bancarotta dolosa». La «volontà di fallire»..... 26

## CAPITOLO II

### QUESTIONI SUL «BENE GIURIDICO» DEL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE: LA DIMENSIONE PROCESSUALE DELL'OFFESA TIPICA.

1. Il fondamento dogmatico della disputa sull'oggettività giuridica dei delitti di bancarotta: l'alternativa tra «scopo della tutela» e «oggetto della tutela»..... 38
  - 1.1 Le teorie c.d. «pubblicistiche». Reminescenze della concezione *metodologica* del bene giuridico..... 40
  - 1.2 La formalizzazione per via pretoria dell'offesa: il giudizio di antidoverosità della condotta come momento assorbente l'accertamento del fatto tipico. .... 48
2. La tutela della garanzia patrimoniale dei creditori: i presupposti teorici e i riflessi sulla struttura oggettiva della fattispecie..... 58
  - 2.1 «*per la contraddizione che nol consente*». Tipicità e antigiuridicità nella concezione patrimoniale. Il paradosso solo apparente della bancarotta..... 60
  - 2.2. Una possibile spiegazione alla «tenace vitalità» della tesi che inverte l'onere della prova nell'accertamento della condotta di «distrazione». Il riflesso probatorio della c.d. concezione normativa..... 67

2.3 « <i>Schuld und Haftung</i> »: la preesistenza cronologica della «responsabilità» all'insolvenza.....	74
3. La critica di Pietro Nuvolone e la sua persistente attualità. La delimitazione della «zona di rischio penale» e il bene giuridico «processuale».....	79
3.1 Le obiezioni alla tesi della coincidenza tra «zona di rischio penale» e «stato di insolvenza».....	90
4. Provvisorie conclusioni sull'accertamento del profilo offensivo del fatto nel prisma dell'accertamento processuale.....	96
4.1 La relativizzazione della presunzione assoluta di pericolosità della condotta. Il difficile compromesso tra esigenze di tutela e garanzie dell'imputato. I persistenti dubbi sulla conformità alla presunzione di non colpevolezza.....	99
4.2 La «flessibilizzazione delle categorie dogmatiche» in funzione probatoria. L'offensività della condotta come elemento negativo della fattispecie legale.....	107
4.3 La bancarotta fraudolenta per distrazione come sanzione dell'«omessa dimostrazione della destinazione dei beni». La duplice presunzione di «distrazione» e «di pericolosità» rispetto alla garanzia dei creditori.....	114

### CAPITOLO III

#### DALLA DINAMICA ALLA STATICA DEL TIPO CRIMINOSO: ANALISI DELLA STRUTTURA DELLA FATTISPECIE E PROFILI DI IMPUTAZIONE DELL'EVENTO.

1. Analisi critica dell'attuale orientamento giurisprudenziale. Le coordinate ermeneutiche per una ricostruzione della fattispecie in adesione ai principi di determinatezza e offensività.....	123
2. La qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento: da «condizione di esistenza del reato» ad «elemento normativo interno alla fattispecie».....	135
3. La compatibilità tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche (o offensive) e il principio di personalità della responsabilità penale.....	144
4. « <i>Con ciò sia cosa che li nomi seguitino le nominate cose</i> ». Ancora sulla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento: da «evento del reato» ad «elemento qualificante dell'offesa». Il modello c.d. eziologico.....	156
5. Il paradigma tipologico del «pericolo concreto». La costruzione della dinamica oggettiva dell'offesa. La sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca.....	162

6. Conclusioni e dubbi «iperbolici»: la bancarotta c.d. riparata, la funzione sostanziale e condizionante della dichiarazione di fallimento e la non configurabilità del tentativo attenuato ex art. 56, 4° co., c.p.....	187
Bibliografia .....	0

# CAPITOLO I

## DIRITTO PENALE FALLIMENTARE E PROCESSO: UN TERRENO ELETTIVO DI INTERFERENZA TRA «SOSTANZIALE» E «PROCESSUALE».

### **1. Impostazione metodologica ed oggetto dell'indagine. La *tipicità processuale*.**

«Non è raro, nella prassi giudiziaria, che il processo penale per bancarotta assuma le cadenze fobiche del rituale espiatorio, reazione istintuale del “sistema” al trauma dell’insolvenza e ai conseguenti clamori»: così scrive Cesare Pedrazzi, in apertura di un ormai celebre trattazione della materia penale fallimentare<sup>1</sup>, evidenziando come il processo penale «per bancarotta» tradisca il «pericolo di dare per presupposte, anziché ricercare, le colpe individuali». Con questa solida consapevolezza, l’obiettivo preminente della presente indagine è quello di analizzare i rapporti di reciproca interferenza che storicamente – e ancora oggi, forse con maggiore intensità – caratterizzano l’applicazione delle fattispecie penali fallimentari, con particolare riferimento ai delitti di bancarotta fraudolenta patrimoniale, propria e impropria, di cui agli artt. 216, 1° co. e 223, 1° co., R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.).

L’enucleazione degli spazi di interferenza e, in alcuni casi, di sovrapposizione tra il momento statico della norma incriminatrice e la dinamica della sua concretizzazione processuale implica, in questo speciale settore della legislazione penale complementare, una ricognizione storica dell’evoluzione delle fattispecie incriminatrici, pur sempre limitatamente alla prospettiva qui delineata. La necessità dell’analisi diacronica è volta

---

<sup>1</sup> C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 1995, ora in ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 419 ss.

soprattutto ad accreditare l'ipotesi che è proprio in questo settore apparentemente periferico dell'ordinamento penale che si assiste storicamente e con maggiore evidenza a quel complesso e variegato fenomeno che va sotto il nome di «processualizzazione» delle categorie sostanziali del diritto penale<sup>2</sup>. Si tratta, a ben vedere, di una definizione stipulativa e approssimativa di un fenomeno complesso, suscettibile di presentarsi in una pluralità di variabili in rapporto al referente di «parte speciale». In tal senso, nell'ambito delle norme penali che gravitano intorno alla crisi d'impresa – genericamente intesa – il medesimo fenomeno si caratterizza per una sua specificità, sia, come si accennava, per la sua storicità, sia per il peculiare significato che in tale «delicato» contesto assume il processo penale, come già nitidamente sottolineato in apertura.

Il terreno dei reati fallimentari (e il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, nello specifico), allora, può costituire un punto di osservazione qualificato per tentare di formulare alcune conclusioni di portata più generale sul graduale e surrettizio processo di metamorfosi probatoria che coinvolge le strutture sostanziali della responsabilità penale.

Questa prospettiva di analisi, per così dire integrata esige una preliminare dichiarazione metodologica, cui corrisponde, per necessità, anche la definizione dell'oggetto di indagine<sup>3</sup>.

La moderna dogmatica penale - è stato efficacemente insegnato<sup>4</sup> - non solo dovrebbe introiettare, come criterio metodologico ricostruttivo del

---

<sup>2</sup> Per una definizione del fenomeno in esame, si consideri A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 844, secondo cui con il termine «processualizzazione» del diritto penale (sostanziale) «si è soliti indicare l'ingresso nell'area del diritto penale di elementi ad esso estranei, ossia di fattori che dovrebbero servire a dimostrare qualche cosa che rientra nell'ambito del diritto penale. I fattori processuali – prosegue l'Autore – attraverso la loro rilevanza sintomatica-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale».

<sup>3</sup> Si riprendono qui le conclusioni cui è pervenuto T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, pp. 228 ss.

<sup>4</sup> C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II ed., De Gruyter, Berlin-New York, 1973, trad. it. in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato.*, Esi, Napoli, 2009, *passim*.



sistema e delle singole componenti della teoria del reato, la considerazione preminente (e il conseguente valore *euristico*) della funzione della pena (prevenzione generale e speciale), ma, al contempo, dovrebbe estendere il suo spettro d'indagine, dilatando l'*oggetto* dell'analisi dogmatica fino a ricomprendere «non più soltanto il sistema giuridico positivo del diritto penale dato, ma [...] il sistema penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili»<sup>5</sup>, cioè la norma penale, nella sua statica, e il processo penale, come la *sua* dinamica. Adattando questa visione «cinematica» (o «cinematografica», come eloquentemente suggerito da Tullio Padovani) al sottosistema penale fallimentare, si ritiene possibile accennare, fin da subito, a due direzioni di indagine, già tratteggiate nelle loro linee essenziali dalla dottrina poc'anzi richiamata, e destinate, nel loro svolgimento, ad un esito complementare.

La prima coordinata di indagine investe la categoria sostanziale della tipicità e il significato che assume nell'ambito del processo penale avente ad oggetto la contestazione di un delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Il tema è stato efficacemente perlustrato e formalizzato dalla dottrina attraverso il riferimento ad un'inedita «tipicità processuale»<sup>6</sup>, alludendo alla costante e variegata tendenza della prassi applicativa a sovvertire, manipolare e adattare i confini tipologici del modello legale, cristallizzato dal legislatore in sede di formulazione della norma incriminatrice, in funzione della risoluzione di difficoltà probatorie, incertezze ermeneutiche o surrettizie esigenze di effettività repressiva<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Così T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, cit., p. 238.

<sup>6</sup> Si veda per tale rilievo F. M. IACOVELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 158 ss.

<sup>7</sup> Per un'attenta ricognizione delle forme in cui si presenta il fenomeno nella contemporaneità del sistema penale si rinvia a S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, ESI, Napoli, 2007, *passim* e, in part., 103 ss. L'Autore propone la disamina di una delle specifiche varianti in cui si manifesta il sovvertimento della tipicità legale, costituita da una sorta di surrettizia ed implicita selezione arbitraria dei contenuti normativi del fatto tipico in funzione delle esigenze di semplificazione probatoria. «Il caotico panorama giurisprudenziale – suggerisce l'Autore – appare infatti segnato con frequenza dall'evidente tendenza ad un continuo riadattamento del modello astratto di riferimento per il procedimento di sussunzione, al fine di assecondare le variabili dettate dal concreto e sempre diverso materiale probatoria, del quale, di volta in volta, si dispone». Così, «[...] quando la rarefazione per via giurisprudenziale dei criteri di prova da applicare ad oggetti di ostico accertamento non appare sufficiente a

Più in particolare, si dovrà verificare il grado di selettività astratta di cui sono dotati gli elementi descrittivo – strutturali in cui si compendia la fattispecie incriminatrice in esame, nell’ambito dei vari momenti processuali attraverso i quali si seleziona il fatto storico, «penalmente rilevante»<sup>8</sup>. Preliminare rimane, lungo questo versante, l’analisi «statica»

---

superare ricorrenti difficoltà probatorie, si interviene modificando la fattispecie incriminatrice, in modo da renderla più «trattabile» processualmente e ciò anche semplicemente mediante l’eliminazione della componente tipica che costituisce un ostacolo alla prova». A questo procedimento di capillare «amputazione» del fatto tipico non è affatto indenne l’applicazione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Limitandosi solo a brevi accenni, si segnalano come oggetto di successivi approfondimenti: il modulo di accertamento a carattere presuntivo della condotta di «distrazione» (art. 216, 1° co., l. fall. e art. 223, 1° co., l. fall.), la deformazione processuale del profilo offensivo del fatto tipico, assunto a mero espediente «motivazionale»; il ricorso – proposto anche da una parte della dottrina (v. *ultra*) - alla categoria del «rischio», come surrogato all’accertamento di un effettivo «evento di pericolo concreto»; le perduranti incertezze e le oscillazioni arbitrarie della giurisprudenza sulla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ora elemento costitutivo non meglio qualificato, ora «evento» causalmente legato alla condotta tipica, ora condizione obiettiva di punibilità; ed infine, sul versante dell’elemento soggettivo, l’utilizzo di parametri di accertamento a carattere «tautologico», rieditando, in forme più o meno manifeste, l’espediente logico-probatorio del *dolus ex re*.

<sup>8</sup> La tipicità costituisce, nell’ordito costituzionale del sistema penale (art. 25, 2° co., Cost.), il precipitato del principio di legalità sostanziale; in tal senso, all’istanza di tipicità corrisponde il primo grado di selezione in astratto del «penalmente rilevante». Tuttavia, come è stato autorevolmente segnalato (v. per tutti, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 528 ss. e, in part., 532-5), una volta superato il paradigma anacronistico della mera neutralità e strumentalità del processo rispetto al diritto penale sostanziale, l’operatività del principio di legalità (sostanziale) deve essere riconosciuta negli stadi «nascenti» ed «intermedi» della dinamica punitiva, cioè nei luoghi (nel *procedimento* e nel *processo* penale) e nei momenti in cui la potestà punitiva si concretizza attraverso scansioni procedurali che corrispondono, nella logica della legalità *processuale*, ad un esercizio limitato di un potere avente natura giurisdizionale. In questa prospettiva, la legalità sostanziale non solo costituisce *regola di giudizio* (per il giudice, nel momento terminativo della vicenda processuale, cioè nella fase deliberativa, artt. 527 ss. c.p.p.), ma dovrebbe rappresentare un «limite all’attività di indagine, al potere di accusa», cogente, pertanto, nella fase sorgiva del procedimento penale, a cominciare dall’apertura delle indagini preliminari e dal primo momento in cui l’Ufficio del Pubblico ministero procede ad una preliminare ricomposizione del materiale probatorio – di per sé suscettibile di integrazioni quantitative e «qualitative» - in sede di iscrizione della notizia di reato e, ancor prima, nell’ambito dell’approfondimento della *notitia criminis*. Accolta questa visione, un punto di particolare interesse ai fini della presente indagine concerne nello specifico le modalità di acquisizione e di elaborazione della *notitia criminis* avente ad oggetto un «presunto» fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Tre aspetti di questo delicato momento emergono come particolarmente problematici, alla luce dell’operatività del principio di legalità sostanziale, finanche in sede di indagini preliminari. Il primo: il carattere performativo della relazione del curatore fallimentare, nominato dal giudice delegato, al momento della dichiarazione di fallimento, rispetto al potere di indagine e all’esercizio dell’azione penale da parte del Pubblico ministero (art. 33, 4° co., l. fall.); la funzione e l’incidenza dell’art. 238, 2° co., l. fall. (e art. 7, l. fall.) sull’*an* dell’esercizio dell’azione penale, in rapporto con le norme generali di cui agli artt. 405 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.; ed infine, la pervasività del potere di indagine (e di *pre-inchiesta*) del Pubblico ministero nel contesto di un’impresa in dissesto. E’ proprio in considerazione dell’ampiezza *cronologica* (e retrospettiva) di questo potere di indagine che la dottrina ha proposto, come si vedrà, la delimitazione di una «zona di rischio penale», tracciando un confine (sostanziale) alle logiche di accertamento processuali. Ciò a

della fattispecie incriminatrice per valutarne, nell'applicazione giurisprudenziale (soprattutto di merito), le deviazioni rispetto modello legale di riferimento, così come ricostruito attraverso un'interpretazione autenticamente teleologica. Tuttavia, la prospettiva dinamica che qui si intende privilegiare non può limitarsi alla mera constatazione degli orientamenti giurisprudenziali, diffusi nel settore penale fallimentare, e volti ad accreditare interpretazioni *lato sensu* estensive o manipolative della fattispecie oggettiva. Lo spettro d'analisi deve invece ampliarsi verso l'approfondimento delle modalità endoprocessuali, dei moduli argomentativi e degli strumenti logico-probatori attraverso i quali il giudice, nell'ambito del giudizio normativo di tipicità, perviene alla sua conclusione in ordine alla sussunzione del fatto storico, debitamente accertato nelle sue componenti materiali, entro le maglie del fatto tipico, così come dedotto nel processo penale, attraverso la formulazione dell'imputazione (*rectius*, del «fatto processuale»<sup>9</sup>). In questo senso, si

---

testimonianza dell'interazione tra il *deficit* di determinatezza della fattispecie sul piano sostanziale (v. *ultra*, Cap. II) e il suo riflesso di natura processuale. Su tali profili, si rinvia a S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Esi, Napoli, 2001, pp. 95 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 110 ss. Sull'interazione assiologica ed operativa tra legalità «sostanziale» e legalità «processuale» si considerino D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 951 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 656 ss.

<sup>9</sup> Si ricorre, nel testo, ad una formula generica per intendere il «fatto» così come ricostruito dal Pubblico ministero in sede di formulazione dell'imputazione (*rectius*, esercizio dell'azione penale) ai sensi degli artt. 405, 1° co., c.p.p., 416 c.p.p. e, in particolare, 417, 1° co., lett. b), ove è prescritto che la richiesta di rinvio a giudizio deve contenere «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge». Pertanto: è richiesta l'identificazione del fatto storico, risultante dal materiale probatorio compulsato durante le indagini preliminari, e la qualificazione giuridica che il magistrato inquirente ha ritenuto di attribuire all'accadimento storico verificatosi. Il «fatto» rappresenta, in questa prospettiva, non solo la base cognitiva del successivo processo penale bensì, allo stesso tempo, la risultante di un'operazione di mediazione valutativa tra gli accadimenti storici che lo compongono e il modello legale di riferimento (la fattispecie incriminatrice). Ne consegue che il «fatto», oggetto del processo penale, non si esaurisce in una dimensione storico-descrittiva, ma dovrebbe rispondere ai parametri conformativi «sostanziali»: determinatezza, materialità, offensività, conformità ai criteri *legali* di imputazione soggettiva. Da qui un ulteriore ed essenziale corollario: è «questo» l'unico fatto, così caratterizzato, che potrebbe costituire oggetto del procedimento probatorio (v. *ultra*). Ecco, dunque, che l'espressione «fatto processuale», pur qui accolta in termini a- tecnici, è astrattamente idonea ad esprimere la mediazione valutativa e conformativa del dato storico-effettuale che si verifica all'apertura del processo penale. Sul carattere polisenso del concetto di «fatto» nel procedimento penale, si considerino: A. PAGLIARO, voce *Fatto: b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè,

rivela di particolare rilievo per il suo carattere paradigmatico la declinazione in chiave processuale della categoria (sostanziale) del bene giuridico in relazione alla fattispecie di cui all'art. 216, 1° co., l. fall. Una volta ricondotta l'oggettività giuridica di categoria alla tutela delle ragioni del ceto creditorio nel contesto del procedimento concorsuale, la giurisprudenza tradisce un ricorso argomentativo e meramente strumentale alla categoria dell'*offensività*, anteponendo l'accertamento della condotta (e delle modalità tipiche descritte nella fattispecie astratta) ad un'acritica affermazione di lesività del fatto, per come esso si è svolto ed è stato accertato sul piano storico-effettuale. Il bene giuridico, «utilizzato» come un mero espediente logico-giustificativo, appare così svuotato dalla sua intrinseca funzione selettiva, che è legata alla necessaria considerazione dell'elemento oggettivo del reato, nelle sue componenti della *condotta* e dell'*evento*, come precipitati fattuali del contenuto offensivo del reato, isolato normativamente dal legislatore nella descrizione della fattispecie legale. E' questa una delle forme cangianti in cui si manifesta surrettiziamente il fenomeno della flessibilizzazione delle categorie sostanziali<sup>10</sup>, la cui considerazione implica però una più profonda valutazione di teoria generale del reato.

Anticipando per un istante gli estremi della questione, vi è da chiedersi se un simile ricorso nominalistico alla categoria del bene giuridico non sia forse l'esito di una perdurante fragilità nella ricostruzione (ed enfaticizzazione legislativa) della funzione del principio di offensività<sup>11</sup> nella sistematica del reato. Una risposta a questo interrogativo dalla portata assiologica potrà essere tentato proprio dalla prospettiva del diritto penale fallimentare: un settore che è tradizionalmente attraversato, almeno nella riflessione teorica, dall'esigenza di enucleare nelle opache trame normative

---

Milano, 1967, pp. 961 ss., ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 537 ss.; S. FURFARÒ, *L'accertamento dei fatti processuali*, in A. GAITO, *La prova penale*, Utet, Torino, 2010, pp. 378 ss.

<sup>10</sup> Per un'attenta ricognizione, A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legisl. pen.*, 2011, pp. 397 ss. e, in part., 406 ss.

<sup>11</sup> Con ampi riferimenti, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim.dir. pen. cont.*, 2013, 4, pp. 44 ss.

un parametro di «lesività in concreto»<sup>12</sup> e, allo stesso tempo, esposto alle contraddizioni emergenti dalla prassi giudiziaria, orientata ad esaurire l'accertamento della responsabilità penale per un fatto di bancarotta nell'asseverazione «discorsiva»<sup>13</sup> del carattere *lesivo* dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dall'imprenditore, poi dichiarato fallito. A fronte di questa situazione in un certo qual senso «paradossale», emerge la necessità di operare una prima ricognizione statica dell'oggetto giuridico del delitto in esame, mediante l'analisi del formante teorico, verificando criticamente gli esiti cui si perverrà nella prospettiva dell'attualizzazione processuale (e probatoria) del profilo lesivo tipico individuato<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In tal senso, si consideri il pionieristico studio di G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ristampato in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 723 ss.

<sup>13</sup> Non sembra peregrino descrivere il profilo evidenziato nel testo riprendendo quanto sostenuto da A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 845, in ordine all'accertamento del nesso di causalità, ove si assiste «alla *metabolizzazione processuale* delle opacità sostanziali: le difficoltà e le incertezze epistemologiche sono affrontate con gli strumenti della coerenza argomentativa e della c.d. certezza processuale. Riconfigurate entro i confini, gli istituti e le finalità del processo penale, le problematiche sostantive vengono allocate nei "rassicuranti" binari della discorsività». Nei medesimi «binari», a modesto parere di chi scrive, sembra innestarsi l'accertamento dell'effettivo spessore lesivo della condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale, allorché il giudice, come spesso accade nell'ordinario svolgimento di questi processi, è tenuto alla difficile selezione degli atti di disposizione patrimoniale che, salvo quelli macroscopicamente evidenti nella loro portata eccentrica rispetto al *continuum* economico-gestionale dell'impresa, siano tali da esprimere *concretamente* un coefficiente di lesività proprio ed autonomo rispetto alle prevedibili concause che hanno condotto l'impresa all'insolvenza irreversibile. Un procedimento di selezione che, in assenza della necessità di accertare un nesso di causalità, non può che svolgersi in base al mero rilievo quantitativo e, soprattutto, *qualitativo* dell'atto di disposizione patrimoniale *in sé per sé considerato*, con la conseguenza che, in sede motivazionale, il giudice non potrà che limitarsi ad invocare la coerenza dell'impostazione accusatoria, in base alla quale è stato isolato – tra gli altri – *quel* dato comportamento economico. Per ulteriori rilievi e i necessari riferimenti giurisprudenziali, v. *ultra*, Cap. II.

<sup>14</sup> V. *ultra*, Cap. II.

## 2. Echi del *Corpus delicti*. La natura antifibologica delle norme penali fallimentari: regola probatoria o precetto penale?

L'evoluzione del diritto penale fallimentare e, in modo particolare, delle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale può essere approssimativamente sintetizzata come il progressivo tentativo (in parte, forse, incompiuto) di risolvere un problema *di prova* o, per meglio dire, una questione probatoria. Per tale deve intendersi l'esigenza, propria del sistema penale, di isolare, in sede di formulazione legislativa della norma incriminatrice, elementi, e, più precisamente, «fatti» *capaci* di formare oggetto di un procedimento probatorio, inserito in un modello processuale di matrice cognitivista, le cui condizioni essenziali risiedono nella «verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica sia la falsificazione»<sup>15</sup>.

Questa esigenza di carattere assiologico<sup>16</sup> non solo caratterizza l'attuale esperienza dell'ordinamento penale, nei rapporti tra diritto

---

<sup>15</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 94 ss.

<sup>16</sup> Istanza assiomatica ormai consacrata da Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 806 ss., con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 603 c.p. («Plagio»), sulla base di innovative argomentazioni, volte ad integrare la «tradizionale» declinazione del principio di tipicità con la considerazione del suo riflesso processuale, in termini di «verificabilità» dell'elemento costitutivo del reato nel contesto dell'accertamento giudiziario. In particolare, la Corte costituzionale ha modo di rilevare come la norma «prevede un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata». L'illegittimità costituzionale per difetto di determinatezza è pertanto soluzione obbligata, giacché ogni altro tentativo di ricostruzione in termini tassativi del fatto tipico, posta la sua intrinseca inconsistenza empirica e l'impossibilità di operarne l'accertamento in sede probatoria, si risolverebbe in un'«interpretazione analogica». Il giudice costituzionale dimostra, in questa specifica occasione, la piena consapevolezza della necessaria integrazione delle due prospettive, l'una sostanziale, l'altra processuale, e delle prevedibili «involuzioni» e patologie cui può dar luogo un *deficit* di determinatezza (sul piano della previsione legale astratta) nell'applicazione giurisprudenziale. Tale consapevolezza emerge per il riferimento operato allo strumento analogico, inteso funzionalmente come il mezzo interpretativo attraverso il quale ciò che non può essere verificato e accertato *nel processo* è, tuttavia, conseguibile per effetto di una selezione, valorizzazione o interpolazione arbitraria del fatto tipico. Si è di fronte, in sostanza, ad una delle forme in cui si traduce – questa volta con riferimento alla *quaestio iuris* – il fenomeno della metabolizzazione processuale delle «opacità sostanziali», già segnalato (v. *retro*, nt. 14).

sostanziale e processo<sup>17</sup>, ma può essere riconosciuta all'origine della fisionomia normativa e strutturale dei reati fallimentari, che ancora oggi risente, come efficacemente segnalato da più parti della dottrina<sup>18</sup>, di un metodo di formulazione delle fattispecie incriminatrici di tipo «casistico»<sup>19</sup>, di cui costituisce un esempio paradigmatico l'art. 216, 1° co., n. 1, là dove la definizione del fatto penalmente rilevante è rimessa ad un'elencazione sovrabbondante di singole condotte («distrazione», «occultamento», «dissimulazione», «distruzione», «dissipazione», «esposizione o riconoscimento di passività inesistenti»), senza che la norma fornisca, come si tenterà di chiarire<sup>20</sup>, alcun criterio tipologico per operare una differenziazione nel momento applicativo, se non il loro mero rilievo lessicologico, anch'esso di difficile decifrazione in sede di interpretazione.

La prospettiva che qui si intende approfondire concerne la ricostruzione del nesso di condizionamento che intercorre tra gli elementi costitutivi del fatto, così come consacrato dal legislatore del '42, e le

---

<sup>17</sup> Lucidamente, D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, cit., *passim*.

<sup>18</sup> *Inter alios*, L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1965, pp. 23 ss. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, agg. da C. F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2008, p. 15 e p. 36; F. GRISPIGNI, *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 135. Con riferimento al Codice di commercio del 1882 e nel contesto dell'elaborazione dei primi progetti di revisione legislativa, G. DELITALA, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123, ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 755 ss., che osserva: «Il metodo analitico seguito dal legislatore male, infatti, si presta, per la rigida interpretazione cui vincola l'interprete, ad una ampia comprensione di tutti i possibili concreti atteggiamenti del reato di bancarotta, donde deriva la possibilità che fatti manifestamente delittuosi possano, alcune volte, restare impuniti e, per converso, abbiano a punirsi, od a punirsi troppo gravemente altri fatti nei quali, in concreto, o non si ravvisa alcuna ragione di punibilità o la si ravvisa in un grado notevolmente minore». La posizione di Delitala è condivisa da S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società editrice libraria, Milano, 1930, p. 5.

<sup>19</sup> Sul metodo «casistico» di formulazione delle norme incriminatrici fallimentari, vigente il Codice di commercio del Regno d'Italia (1865), si sofferma criticamente, con l'efficacia che gli è propria, Francesco Carrara (*Pensieri sulla nozione di bancarotta* (1873) riprodotto in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, II ed., Prato, 1881, pp. 74-76), ritenendola ora «frivola ed inconveniente ad un codice», ora «viziosa», perché teneva «dietro a minuzie insignificanti, a circostanze materiali che nulla influiscono sui criterii essenziali e sulle forze costitutive del malefizio», ora foriera di inconvenienti sul piano applicativo, giacché la norma formulata per elencazione di casi specifici esige, dinanzi all'ipotesi concreta non prevista, «di riconoscere una lacuna nella legge ed assolvere quella fraude, lo che è un male: o bisogna condannare per analogia, lo che è un male anche più funesto e terribile» (per tale ultimo passaggio, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, vol. 7, IV ed., Prato, 1883, p. 110).

<sup>20</sup> V. Cap. II.

esigenze probatorie sottese alla sua attualizzazione pratica, verificando, all'esito dell'indagine, come questa supposta interazione tra «tipicità» e «accertamento probatorio» condizioni la stessa tenuta del tipo criminoso, cioè la sua conformità ai principi di legalità e personalità della responsabilità penale. D'altra parte, non si può tralasciare di considerare come la dottrina, in modo pressoché unanime, abbia affrontato l'interpretazione della fattispecie in esame nel tentativo di sanare un originario *deficit* di determinatezza e descrittività, rilevando, pur con variazioni di argomenti e diversità di soluzioni, il contenuto tautologico dell'incriminazione (es. il copioso richiamo ad una pluralità di azioni tipiche) e la sua incerta dimensione teleologica (in breve: punizione della «causazione del dissesto», del suo «aggravamento», o totale irrilevanza di qualsiasi nesso di contestualità tra condotta tipica di depauperamento patrimoniale e stato d'insolvenza dichiarato?).

Le gravi incertezze in punto di tipicità (sostanziale) si ripercuotono in sede di applicazione giurisprudenziale, dove si assiste ad una sorta di costante permeabilizzazione del fatto alle necessità della prova<sup>21</sup>, ma hanno una precisa origine storica. E' per questo che si ritiene opportuno, ai fini del presente contributo e per la prospettiva *integrata* che si è scelto di privilegiare, procedere ad un'analisi diacronica del processo di stratificazione normativa che ha infine condotto all'adozione della vigente ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>22</sup>. In questo percorso sarà possibile rilevare il perdurante interscambio tra elementi del fatto e oggetto di prova, al fine di sondarne il carattere per così dire «costitutivo» finanche del vigente modello di incriminazione.

---

<sup>21</sup> Per i necessari riferimenti giurisprudenziali v. *ultra*, Cap. III.

<sup>22</sup> Il percorso di ricostruzione storica dell'evoluzione della fattispecie di bancarotta fraudolenta è stato proposto, pur con obiettivi parzialmente divergenti da quelli presenti, da A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 168 ss.



### 3. L'identificazione tra «reato» e «fallimento» e il sistema delle presunzioni di frode.

E' affermazione ricorrente in dottrina<sup>23</sup> quella secondo cui la moderna configurazione del fallimento e del correlato apparato di sanzioni penali è da ricondurre all'esperienza giuridica della società comunale e mercantile – a cominciare dal XIII sec. – e, in particolare, alle prime fonti normative – gli Statuti mercantili – che hanno approntato l'embrionale nucleo della disciplina dell'insolvenza commerciale. La tesi può essere condivisa anche con riferimento al versante propriamente penalistico: è solo con l'affermarsi del patrimonio etico e culturale della società mercantile che la sanzione a carattere personale e dal contenuto afflittivo (esemplificando, tra le altre, il *bando*<sup>24</sup>) viene ad assumere una propria funzione deterrente rispetto a comportamenti economici disfunzionali all'ordinamento etico e pubblico del mercato<sup>25</sup>. Tra questi si annovera,

---

<sup>23</sup> In tal senso, tra i molti, ALF. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Giuffrè, Milano, 1917, p. 187; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, Cedam, Padova, 1986, pp. 6 ss.; C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (storia)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 227; Nel senso che l'istituto del fallimento, così come formalizzato dal legislatore moderno nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267 è da ricondurre, nelle sue linee fondamentali, alla configurazione già sviluppata nel basso medioevo si consideri l'autorevole studio di U. SANTARELLI, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. V, Torino, 1990, *passim*.

<sup>24</sup> In generale, per un'attenta disamina delle conseguenze penali e personali del fallimento nell'età comunale, si veda L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, Ipsoa, 2012, pp. 38 ss.

<sup>25</sup> L'ordinamento pubblico del commercio corrisponde, nella visione basso medievale, ad un preesistente *ordine etico*. La *razionalità di scopo* della pena, come già ricordato nel testo, risponde prioritariamente alla custodia dell'etica professionale del ceto mercantile. E' una cultura egemonica che esprime compiutamente le sue *Kulturnormen*, su cui viene ed edificarsi il diritto penale, quale "*specchio in negativo dei valori e dei principi di una data società*" (così K. TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3). Cogliendo lo storico motto "*Recht ist Kulturscheinung*" (formulato da G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Verlag Von Quelle & Meyer, Leipzig, 1932, p. 4, si può affermare che «poche discipline giuridiche sono, come il diritto penale, permeate del contenuto proprio delle concezioni dominanti, di quel complesso cioè di elementi che determinano l'atmosfera culturale del momento storico nel quale la norma viene alla luce» (in modo così efficace, G. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1986, ed. agg. da L. PETTOELLO MANTOVANI, p. 13). In questo senso si rivelano autorevoli e preziose le riflessioni formulate da U. SANTARELLI, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, V, Utet, Torino, 1990 p 367, sul rapporto tra l'etica mercantile e l'istituto del fallimento, qui da intendersi soprattutto per i suoi risvolti penali; l'Autore osserva che «canoni etici e norme giuridiche costituivano un insieme organico ed unitario: il ceto dei mercanti esercitava, sì, la propria egemonia sull'intera civica; ma nel contempo esige da ciascuno dei suoi membri il severo adempimento dei propri doveri, ed era pronto a sanzionare con durezza qualunque mancanza si verificasse nel comportamento dei suoi

certamente, l'insolvenza, cioè l'incapacità irreversibile di adempiere le obbligazioni contratte, icasticamente rappresentata dalla «rottura del banco», a sua volta pragmatica allegoria del disvalore sociale insito nel fallimento: la frattura della *fiducia commerciale*.

Si assiste così alla progressiva «fuoriuscita» della *pena* dal contesto dell'esecuzione patrimoniale: al processo di «istituzionalizzazione»<sup>26</sup> dei valori culturali ed etici della società comunale corrisponde una nuova e moderna «razionalità di scopo»<sup>27</sup> della sanzione penale, non più ridotta alla mera funzione di «astreinte» processuale, teleologicamente orientata ad indurre il debitore insolvente (e *fugitivus*) al soddisfacimento degli interessi dei creditori. Se è dunque lo *strumento*, cioè la *pena*, a qualificare il diritto penale come tale<sup>28</sup>, è da questo preciso momento storico che può parlarsi di un intervento autenticamente «penalistico» nell'ambito della complessa ed articolata procedura di liquidazione coattiva del patrimonio del debitore al fine del soddisfacimento dei creditori commerciali. Rimane tuttavia da chiarire, in base alle fonti normative disponibili, il «fatto» suscettibile di

---

membri, per mantenere inalterato il proprio ruolo eminente». Per il concetto di *Kulturnormen* si consideri, come riferimento imprescindibile, M. E. MAYER, *Kulturnormen und Rechtsnormen*, Breslau, 1903, pp. 24 ss. Sui rapporti tra diritto penale e *Kulturnormen*, C. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Ind. Pen.*, 1982, pp. 24 ss.

<sup>26</sup> La «pubblicizzazione» del disvalore insito nell'insolvenza – cioè nella sopravvenuta ed oggettiva incapacità di adempiere le obbligazioni commerciali contratte dal *ruptus* (il debitore fallito) – trova una solida conferma nell'inasprimento del trattamento sanzionatorio in funzione della particolare qualifica soggettiva ricoperta dal debitore (*mercatores, artifices*): così L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 10 ss.; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 57. Sul rilievo che assumono, nella prospettiva della tutela (penale) della fiducia commerciale, gli strumenti di contabilità e documentazione commerciale v. C. PECORRELLA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (storia)*, cit., p. 221, nt. 4.

<sup>27</sup> Per il concetto di «razionalità di scopo» come tratto qualificante la sanzione penale, nella prospettiva della funzione di prevenzione generale della pena: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 710 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 313 ss.; ID., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 798 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 695 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3 ss.; P. VENEZIANI, *La pena: nozione, fondamento e funzioni*, in A. CRISTILLO, P. VENEZIANI, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, t. III, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 16 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 11 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 3 ss.

<sup>28</sup> In tal senso C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990, p. 64, ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 147, il quale osserva che «lo strumento sanzionatorio, non le materie sottoposte a disciplina, in buona parte comuni ad altri rami del diritto pubblico e privato, individua e contraddistingue il diritto penale nell'ambito dell'ordinamento».

assumere un rilievo penale nell'ottica del fallimento e tale da «giustificare» la comminatoria di sanzioni penali, avendo ben chiara, come premessa metodologica, la necessità di rifuggire dall'ingenua semplificazione di individuare agevolmente un «fatto» previsto in astratto e completo dei suoi elementi costitutivi. Così ragionando, si cadrebbe, come evidente, in un errore prospettico, applicando la logica propria del *Typenbildung* ad un processo di selezione del «penalmente rilevante» in cui prevale la dimensione empirica e frammentaria dell'accertamento processuale, il cui risvolto, sul piano teorico, è costituito dalla centralità del metodo analitico nella ricostruzione degli *elementa* del reato, corrispondenti, nel loro contenuto, alle scansioni procedimentali del *iudicium*<sup>29</sup>.

In questo orizzonte metodologico e, si potrebbe aggiungere, culturale, il processo di criminalizzazione della bancarotta (fraudolenta) – qui intesa in senso necessariamente generico – ha una natura esclusivamente *processuale*. Solo in questo modo si comprende la prevalenza, nelle fonti statutarie comunali<sup>30</sup>, del riferimento alla fuga, *i.e.* all'allontanamento volontario del debitore inadempiente, come necessario e sufficiente presupposto descrittivo per l'applicazione della sanzione penale al commerciante. Nella sua «infamante» esterioresità (per la società mercantile del tempo, e non solo), la *fuga* è il più concreto ed efficace dato esteriore, appetibile secondo le modalità del *constare de delicto*, per l'avvio dell'*inquisitio generalis*, volta all'acquisizione *ex officio* di un materiale probatorio sufficiente a costituire la prova della «materialità» del

---

<sup>29</sup> Un'attenta disamina della relazione di «equivalenza funzionale» tra sistema processuale e diritto sostanziale nella descrizione delle figure di reato si vede a K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, pp. 38 ss.

M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 111 ss.

<sup>30</sup> Per una rassegna delle fonti statutarie comunali, cfr. , L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 9 ss.; in particolare, in relazione agli Statuti fiorentini, si consideri A ZORZI, *Gli statuti di Firenze del 1322-1325: regimi politici e produzione normativa*, in R. DONDARINI, G. M. VARANINI, M. VENTICELLI (a cura di), *Signori, regimi signorili e statuti nel tardo medioevo*, atti del VII Convegno del Comitato italiano per gli studi e le edizioni delle fonti normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000), Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 123 ss. Ampi riferimenti anche in U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., *passim*.

commesso crimine e, di conseguenza, idoneo a giustificare la celebrazione della successiva *inquisitio specialis*<sup>31</sup>. Luogo, quest'ultimo, in cui si concentra il meccanismo probatorio, in assenza del contraddittorio, e si concretizza quell'apparato di presunzioni assolute, insuscettibili di prova contraria, che costituiscono lo strumento su cui si impernia l'accertamento della colpevolezza dell'imputato. Da un primo originario momento in cui la fuga è elemento costitutivo della qualità di *fallito*<sup>32</sup>, successivamente, «fattosi chiaro che non la fuga ma l'insolvenza era il presupposto reale dello *status* di fallito, si venne progressivamente affermando quel rapporto di strumentalità ricognitiva tra fuga (fatto noto) ed insolvenza (fatto ignorato ed oggetto di accertamento) che consentiva l'uso dello strumento probatorio della presunzione, finché non emerse – come autonomo oggetto di accertamento e di disciplina – l'insolvenza stessa». Dalla funzione «sintomatica» della *fuga* come base inferenziale materiale di una presunzione, fondata, come tale, su un procedimento logico di inferenza a due termini (fatto noto e ignoto), è stata argomentata l'equazione tra il *reato* e il *fallimento*<sup>33</sup>.

Tuttavia, in controluce a questa impostazione ricostruttiva, è possibile avanzare un'ipotesi alternativa, allorché si consideri come l'affermazione in base alla quale la decozione viene ad assorbire l'intero disvalore sociale del fatto, tanto da giustificare la comminatoria della sanzione penale, risente di un impianto deduttivo e categoriale improprio per un sistema in cui la previsione legale del fatto punibile si limita alla

---

<sup>31</sup> Sulla *ratio* garantistica della duplice scansione procedimentale, v. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, vol. VI, *Storia della procedura*, a cura di P. Del Giudice, Utet, Torino, 1902, pp. 154 ss.

<sup>32</sup> E' questa la ricostruzione progressiva proposta da U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 57 ss. Da qui gli ulteriori riferimenti nel testo.

<sup>33</sup> *Inter alios*, A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI F. P. LUISO, E. GABRIELLI, *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, vol. V, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 13 ss.

mera enunciazione del «*nomen iuris*»<sup>34</sup> e si assiste ad una costante compenetrazione tra fattispecie e prova.

La domanda da porsi è, invece, la seguente: qual è, in ultimo, il fatto primario al cui accertamento è teso il processo, informato al principio del *constare de corpore delicti*? Due paiono gli elementi da valorizzare per tentare una provvisoria risposta: la considerazione, in primo luogo, che la costruzione del disvalore sostanziale penale è il risultato della speculazione processuale, che si attua attraverso gli strumenti probatori, tipici del modello inquisitorio. In altri termini, la ricerca di un «reato», al di fuori del processo, è un errore prospettico. Più consona è, viceversa, la presa d'atto che è l'edificio probatorio (e le presunzioni che lo contraddistinguono) a configurare il «fatto punibile». In secondo luogo, è opportuno distinguere i presupposti di legittimazione dell'*inquisitio generalis* dagli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) e circostanziali che formano l'oggetto di accertamento in sede di *inquisitio specialis*<sup>35</sup>. La *fuga* è un presupposto del procedere, cioè un dato esteriore legittimante l'esercizio dei poteri di indagine del giudice inquisitore; e lo è in base non già al suo intrinseco valore dirimente, bensì per il precipitato sintomatico che esprime in direzione dell'inadempimento del debitore alle obbligazioni contratte. Su questi elementi, ancora inconcludenti, si erge l'impalcatura probatoria: il dissesto, indiziato dalla *fuga*, esprime un'autonoma efficacia presuntiva di un comportamento fraudolento, cioè di un agire in frode ai creditori<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Per tale rilievo, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 33 ss.

<sup>35</sup> Sul rapporto di successione logica e temporale tra *inquisitio generalis* e *inquisitio specialis*, anche per ulteriori riferimenti, v. A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, cit., pp. 167 ss.

<sup>36</sup> E' questa la ricostruzione in parte suggerita da P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Aracne ed., Roma, 2009, p. 281, secondo cui «la fuga, quindi, non rappresenta il comportamento antisociale che si vuole punire, ma soltanto il fatto rivelatore, l'indizio di un altro fatto che è lo stato di insolvenza, il quale, ovviamente, non può essere vietato, in quanto tale, perché in sé per sé privo di un suo disvalore, salvo che non lo si consideri come sintomatico di una vera e propria frode in danno dei creditori, una frode che, però, è difficile rivelare nella sua dimensione sia oggettiva, che soggettiva e che si presume alla base del comportamento di colui che si dà alla fuga senza prima pagare i suoi debiti».

La dinamica probatoria si articola, pertanto, su un duplice modulo presuntivo: dalla *fuga* (comportamento materiale sintomatico, *rectius* fatto secondario indiziante) all'insolvenza (fatto ignoto), a sua volta assunta come «circostanza indiziante» di una condotta fraudolenta (o *intenzione*, v. *ultra*) perpetrata in danno ai creditori. L'asserita identità tra reato e fallimento coglie, allora, solo un aspetto del meccanismo poc'anzi tratteggiato: è per ragioni di semplificazione probatoria che tra fallimento (elemento di prova) e «fatto punibile» (frode ai creditori, *reale* oggetto di accertamento) si verifica un fenomeno di interscambio, con la conseguenza di rendere incerta l'identificazione, sul piano astratto, del baricentro su cui si appunta il significato autentico del rimprovero penale. Risolta la complessa dinamica probatoria, ciò che permane è l'incertezza degli esatti confini del comportamento punibile.

Le considerazioni finora svolte paiono sorreggere l'ipotesi che questo, comunque, non debba essere ricondotto al fatto esteriore dell'insolvenza che, come attesta la successiva evoluzione storica della figura di bancarotta, gradualmente si emancipa dall'orbita del disvalore, situandosi in una posizione periferica nella struttura del delitto, peraltro ancora fortemente incerta. Se di punizione del fallimento si può parlare, è solo nel senso che questo costituisce una sorta di rifrazione processuale di un fatto «penalmente» illecito<sup>37</sup>, esteriormente inconsistente (la frode ordita in danno dei creditori) e di difficile acquisizione processuale, in cui, in base alla concezione pre-analitica del reato, propria di questa stagione del diritto penale, si compenetrano elementi oggettivi e soggettivi<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> E' secondo questa coordinata interpretativa che si ritiene possa essere inteso l'ormai arcinoto paradigma del «decoctor ergo fraudator», proposta da BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum volumen quintum*, Venetiis MDLXXV, *Consilium* CCCLXXXI, n. 19. Un paradigma di contenuto probatorio, più che sostanziale: la parafrasi efficace di una regola di giudizio, più che di un criterio orientativo del comportamento sociale, munito del presidio penalistico, in funzione di prevenzione generale negativa.

<sup>38</sup> Per alcune considerazioni sulla c.d. concezione integrata del reato, si rinvia a G. A. DE FRANCESCO, *La forza della ragione e la ragione della storia. Il seducente eclettismo della codificazione penale napoletana*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Cedam, Padova, 1998, pp. CCXXIII ss.

#### 4. La differenziazione progressiva del fallimento dal reato (fallimentare) e la centralità discretiva del «caso fortuito. L'emersione del paradigma del «reato di sospetto».

L'emersione della «moderna» (XIX sec.) figura sostanziale di «bancarotta» si realizza lungo l'orizzonte dogmatico dell'affermazione della teorica del *corpus delicti*; questa può essere intesa come il risultato di quel graduale processo di astrazione teoretica del paradigma processuale del «constare de corpore delicti», a sua volta prodromica, come acutamente suggerito<sup>39</sup>, alla formalizzazione della dottrina del *Tatbestand*<sup>40</sup>. Per i limiti della presente indagine, è necessario dare per presupposte queste profonde istanze di rinnovamento che investono il sistema penale nel periodo preso in considerazione. Con una terminologia eloquente e condivisibile, si è autorevolmente parlato del progressivo passaggio, nell'impostazione metodologica e nella concezione del reato, da un «legalismo pragmatico», proprio della stagione penalistica comunale, ad un «legalismo logico»<sup>41</sup>, cui corrisponde, in linea generale, l'inarrestabile tendenza (scientifica) alla concettualizzazione di una nozione astratta, categoriale e assiomatica di *corpus delicti*, autentico presupposto teoretico della concezione belinghiana del fatto-tipo<sup>42</sup> e del processo di normativizzazione dell'illecito penale<sup>43</sup>. Si

---

<sup>39</sup> Sul fondamento processuale del *Tatbestand*, si consideri A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*. La tesi di una matrice processualistica della nozione moderna di «fatto tipico» non è tuttavia pacificamente accolta in dottrina: il dibattito è ricostruito da S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., pp. 131 ss.

<sup>40</sup> Su tale aspetto, e per le ulteriori considerazioni nel testo, A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, cit., pp. 225 ss. e pp. 491 ss.

<sup>41</sup> Così M. R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 58-59.

<sup>42</sup> Sulla teorica del *Tatbestand*, valgono i riferimenti agli studi fontativi: E. BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, Verlag von J. E. B. Mohr, Tübingen, 1906, *passim*; ID., *Die Lehre vom Tatbestand*, Verlag von J. E. B. Mohr, Tübingen, 1930, *passim*; ID., *Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, I, c. 319 ss. Per la sua ricezione in Italia e i successivi sviluppi, principalmente si considerino: G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, pp. 530 ss.; G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp. 111 ss., ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 5 ss.

<sup>43</sup> Così R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 573 ss.

assiste, in breve, all'esordio della separazione tra diritto penale «sostanziale» e «processuale», destinata a consolidarsi con la codificazione ottocentesca e la consacrazione del principio di legalità (*rectius*, principio di tipicità, nella sua accezione statica) e, sul versante del processo, al superamento della funzione garantistica della distinzione tra *inquisitio generalis* ed *inquisitio specialis*, con il venir meno della natura di «presupposto processuale» assegnata alla materialità del *corpus delicti*<sup>44</sup>, come condizione procedurale per l'esercizio del potere di indagine da parte del giudice inquisitore.

Delineate le linee evolutive del sistema, quali gli esiti sullo sviluppo del modello di incriminazione della bancarotta? Una prima ed approssimativa risposta è nel senso dell'incertezza e della scarsità, almeno per due significative ragioni. La riflessione teorica della dottrina penalistica e i tentativi da questa promossi di una «tipizzazione» sostanziale (per *principi* ed *elementi*) dei reati si concentra sul sistema dei delitti c.d. naturali, là dove la commistione con la disciplina complementare di matrice civilistica è meno netta e pervasiva. Non così, invece, per il sistema dei reati che si inseriscono nel contesto dell'inadempimento posto in essere dal debitore commerciale, la cui cognizione è rimessa, in base alle fonti statutarie, ad un giudice civile o istituito ad *hoc* (quindi, speciale)<sup>45</sup>. Si avverte in questa scelta di privilegiare determinate tipologie criminose, caratterizzate, nei loro esiti lesivi, da conseguenze naturalistiche agevolmente afferrabili, il principio di una dialettica negativa tra una parte speciale «codicistica» e una periferica legislazione complementare che, già da ora, può essere intesa come una costante storica formale, destinata a riproporsi nel dualismo sistematico codice penale-codice di commercio e, attualmente, legge fallimentare. A questa ragione di ordine, per così dire, «dottorale», è strettamente correlata la seconda: non si può trascurare

---

<sup>44</sup> Sul processo di «dematerializzazione» della concezione fisico-naturalistica di *corpus delicti*, con la conseguente emersione del paradigma carpzoviano della «*veritas delicti*», si veda con ampi riferimenti A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, cit., pp. 246 ss. e spec. 253.

<sup>45</sup> Per tale rilievo, A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 15.



l'incidenza che ha esercitato il referente empirico – criminologico (in generale, la crisi dell'impresa e la sua «fuoriuscita» dal mercato) sullo sviluppo di questo settore della legislazione complementare, cui si aggiunge il condizionamento derivante dalle dottrine economiche che ha influito sull'anacronismo di alcune soluzioni teoriche e, sia consentito aggiungere, sulla gravità quasi eccentrica del trattamento sanzionatorio della bancarotta<sup>46</sup>. Aspetto, quest'ultimo, che costituisce una seconda e indicativa costante nell'incriminazione dei fatti di bancarotta fraudolenta.

Nonostante la loro manifesta incidenza sulle sorti progressive del sistema «bancarotta», le ragioni finora esposte delineano la cornice in cui si svolge una vicenda dogmatica di grande spessore, non solo per i fini che qui ci si è posti ma anche per la loro consistenza teorico-sistematica. In particolare, guardando al percorso di evoluzione della bancarotta in stretta correlazione all'*iter* di gestazione della moderna teorica del fatto tipico, si offre una prospettiva qualificata attraverso la quale «misurare» la lontananza delle odierne figure di bancarotta fraudolenta – artt. 216, 1° co., l. fall. e 223, 1° co., l. fall. – dal tessuto assiomatico del diritto penale e, in primo luogo, dal principio di tipicità.

L'approfondimento teorico e lo sviluppo normativo della figura in esame – apprezzabile in alcune fonti post-statutarie e, successivamente, nei primi tentativi di «codificazione»<sup>47</sup> – è giustificato dall'impellente necessità di gestire, ora sul piano pratico-processuale, ora in sede teorico-ricostruttiva,

---

<sup>46</sup> Emblematico il «riformismo» (il)liberale di P. VERRI, *Considerazioni sullo stato del commercio di Milano*, in ID., *Scritti di economia, finanza e amministrazione*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2006, pp. 65 ss. Non meno «anacronistica», almeno in una prospettiva penalistica autenticamente «liberale», la *prima* posizione assunta da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. PISAPIA, Giuffrè, Milano, 1973, p. 102, postilla (1), secondo cui finanche «il fallito innocente dovesse essere custodito come un pegno dei suoi debiti, o adoperato come schiavo dei suoi creditori». Poi, successivamente, ritornando sul punto, si «corregge»: «Il commercio, la proprietà dei beni non sono un fine del patto sociale, ma possono essere un mezzo per ottenerlo. L'espone tutti i membri della società ai mali per cui tante combinazioni vi sono per farli nascere, sarebbe un subordinare i fini ai mezzi, paralogismo di tutte le scienze, e massimamente della politica, nel quale son caduto nelle precedenti edizioni, ove dicea che il fallito innocente dovesse essere custodito come un pegno de' suoi debiti, o adoperato come schiavo al lavoro pei creditori. Ho vergogna di aver scritto così. Sono stato accusato d'irrelegione, e non lo meritava. Sono stato accusato di sedizione, e non lo meritava. Ho offeso i diritti dell'umanità, e nessuno me ne ha fatto rimprovero!».

<sup>47</sup> Li richiama, con dovizia di particolari, P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, cit., pp. 289 ss.

le ipotesi concrete in cui il fallimento del debitore commerciale è riconducibile al «caso fortuito» o, comunque, ad un'inerzia, imperizia o negligenza del fallito, incompatibile con un rimprovero penale avente come oggetto un comportamento (o «atteggiamento») fraudolento, in danno dei creditori. La differenziazione tra un fallimento «doloso» e un'insolvenza addebitabile al caso fortuito o ad altre «cause» comunque non rimproverabili a titolo di bancarotta è operata, almeno in un primo momento, secondo un approccio ancora fortemente casistico, giustificato dalla necessità di fornire al processo quel materiale probatorio, anche a carattere presuntivo, efficace per discernere e selezionare il mero insuccesso economico dalla reale condotta fraudolenta.

In tal senso si muove il pionieristico sforzo di concettualizzazione proposto da Benvenuto Stracca<sup>48</sup> che, pur procedendo, ancora, con il metodo delle *practicae*, già tradisce, negli esiti, un'impostazione categoriale e sostanziale. Si distinguono così «*tria decoctorum [...] genera: primum, illorum qui fortunae vitio decoquunt, secundum, illorum qui suo vitio conturbant fortuna set rationes. Et illud tertium, illorum qui suo partim fortunae vitio processerunt*». A questa preliminare operazione di «*distinctio*» consegue l'ampliamento del novero di fatti materiali, dotati di un elevato grado di efficacia inferenziale, da cui dedurre, attraverso il procedimento probatorio di presunzione, il carattere doloso (*rectius*, fraudolento) dell'intervenuto fallimento.

E' stato sostenuto<sup>49</sup> come la tipizzazione di ulteriori fatti materiali – oltre alla fuga – come presupposto inferenziale del ragionamento presuntivo sia alla base del superamento dell'identità tra reato e fallimento, costituendo, i comportamenti enucleati dalla prassi, il primo nucleo concettuale su cui verrà a fondarsi, attraverso il processo di formalizzazione normativa, il reato di bancarotta. La tesi è suggestiva e, in parte, condivisibile, salvo una più attenta comprensione di alcuni profili

---

<sup>48</sup> B. STRACCA, *Decisione set tractatus varii de mercatura*, Lione, III, 1553, n. 1, ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

<sup>49</sup> U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 121.

strutturali: il significato del «caso fortuito», l'eventuale presenza di un'implicita dinamica causale volta a spiegare la relazione tra frode in danno ai creditori e insolvenza, la *funzione* dei fatti materiali enucleati dalla prassi nell'economia dell'incriminazione.

Prendendo l'abbrivio da quest'ultimo aspetto, si può certamente aderire all'idea, confortata dai rilievi che precedono<sup>50</sup> e dalla considerazione dei primi tentativi codificatori<sup>51</sup>, che il processo di selezione del «fatto di bancarotta», penalmente rilevante, sia l'esito di una «mediazione processuale» dei contenuti tipologici della fattispecie legale<sup>52</sup>. In termini più piani, la tipizzazione, per esigenze probatorie, dei *fatti materiali* «sintomatici» della condotta (o dell'intenzione fraudolenta) si sostanziano, per astrazioni progressive, negli elementi oggettivi e soggettivi che compendiano – in modo pressoché costante – la norma incriminatrice della bancarotta fraudolenta. Risulta così spiegata la persistenza del metodo normativo di enumerazione casistica delle azioni astrattamente costituenti reato. Ma un simile rilievo – già, invero, acquisito dalla dottrina più consapevole della natura sintomatica dell'incriminazione in esame<sup>53</sup> - non è esaustivo della problematicità che deriva da un simile metodo di «costruzione processuale»<sup>54</sup> della fattispecie «sostanziale». I fatti costituiti dalla *fuga* del debitore insolvente, dalla materiale sottrazione di cespiti patrimoniali dall'asse dell'impresa, dalla distrazione dell'attivo, dalla simulazione di un passivo superiore a quello effettivo, dall'occultamento e distruzione dei libri contabili, transitano pacificamente nella formulazione

---

<sup>50</sup> V. *retro*, par. 1.1.

<sup>51</sup> V. *retro*, nt. 47.

<sup>52</sup> Adombra questa sorta di «inversione» del processo di selezione del «penalmente rilevante» dalla fattispecie tipica al *processo* (o, meglio, alle sue esigenze di prova), T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 452.

<sup>53</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali, diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 649, che ha modo di osservare come «la concezione sintomatica della bancarotta della bancarotta è stata ripudiata dalla dottrina: ma non è altrettanto certo che si possa considerare superata anche sul piano della legislazione».

<sup>54</sup> Su questo modulo di formazione della fattispecie incriminatrice, si veda, con ampi riferimenti, M. VALLERANI, *I fatti nella logica del processo medievale. Note introduttive*, in *Quaderni storici*, 108, pp. 133 ss.

sostanziale della fattispecie, ma non hanno un contenuto selettivo immediato ed oggettivo. A ben vedere, i fatti materiali or richiamati, poi confluiti nella descrizione legale delle condotte tipiche, si caratterizzano per un'intrinseca componente valutativa, traducendosi in proposizioni probatorie a carattere indiziante, fondate sull'operatività di implicite *massime di esperienza*, sottratte alla dialettica del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, 3° co., Cost.). L'attuale orientamento della giurisprudenza è una significativa conferma:<sup>55</sup> ai fini del positivo accertamento della responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta «per distrazione» è ritenuto sufficiente il mero rilievo «storico» dell'irreperibilità di elementi patrimoniali attivi nel complesso aziendale. Attraverso la mera enunciazione processuale del fatto storico, si ritiene soddisfatto l'onere probatorio che grava in capo alla pubblica accusa (artt. 27, 2° co., Cost. e 533, 1° co., c.p.p.), con la conseguenza che l'imputato è ammesso a fornire la *sola* «prova contraria», avente ad oggetto le ragioni economico-gestionali «giustificative» dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere, in un momento peraltro cronologicamente anche molto anteriore all'intervenuto dissesto. Questa impostazione (sinteticamente: «inversione dell'onere probatorio») non solo desta profonde perplessità in ordine alla conformità alle garanzie soggettive e all'impianto epistemologico cui è informato il processo penale e le regole probatorie, ma rivela le «fragilità» insite nella struttura «sostanziale» della fattispecie incriminatrice, in cui prevalgono, come si è detto, le componenti valutative sugli elementi descrittivi, di «agevole accertamento processuale»<sup>56</sup>. In

---

<sup>55</sup> *Ex multis*, tra le più recenti, Cass., Sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882, in *DeJure* online: «in tema di bancarotta per distrazione, il mancato rinvenimento all'atto della dichiarazione di fallimento di beni o valori societari costituisce valida presunzione della loro dolosa distrazione, a condizione che sia accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di detti beni o attività nella loro esatta dimensione e al di fuori di qualsivoglia presunzione». Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. *ultra*, Cap. II.

<sup>56</sup> Sulla necessità che il fatto tipico incorpori condotte «criminoso ben profilate nella realtà sociale» e «come tali suscettive anche di agevole accertamento empirico in sede processuale, con conseguente maggiore garanzia degli stessi diritti di difesa», si rinvia a G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. scien. pen.*, V, Torino, 1992, p. 160. Da questa attenta analisi si deduce un'interazione funzionale tra riconoscibilità empirico – criminologica di una determinata classe di comportamenti e garanzia dei diritti di difesa in sede di accertamento

termini dogmatico-sistematici, si avrà modo di verificare<sup>57</sup> come tali considerazioni potranno essere declinate nel senso di riconoscere nel modello di incriminazione della bancarotta l'operatività implicita del modulo del «reato di sospetto», con le prevedibili conseguenze che ne derivano sul piano dell'identificazione dei contenuti di disvalore del reato, sull'effettiva capacità selettiva dei suoi elementi oggettivi e soggettivi e sul correlato modello di accertamento processuale<sup>58</sup>.

Un rilievo per così dire dirimente nella ricostruzione dell'originaria struttura della «fattispecie» di bancarotta assume il riferimento al «caso fortuito» (fallimento *fortunae vitio*), che emerge nell'ambito della

---

processuale. Termine medio di questa dialettica bipolare è, per l'appunto, il fatto tipico. Alla massima espansione delle garanzie del processo penale (qui intese sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo-gnoseologico, come conformità al modello epistemologico di accertamento fondato sulla dialettica del contraddittorio nella formazione della prova, ex art. 111, 1°, 2° e 3° co., Cost.) dovrebbe corrispondere una fattispecie incriminatrice che, sufficientemente determinata, sia in grado di operare, nel momento applicativo, un'efficace selezione di fatti storici suscettibili di un *agevole* accertamento processuale, dove, con tale aggettivazione, vuole intendersi un modello di processo penale in cui gli elementi del fatto-tipo possono essere tradotti in «oggetti di accertamento» logicamente solidi, certi, e non suscettibili di deformazioni argomentative al momento della giustificazione razionale della decisione adottata dal giudice. Con ciò si intende evidenziare una corrispondenza assiologica tra principio di legalità «sostanziale» (*rectius*, principio di tipicità) e principio di legalità in senso processuale (regole probatorie, limiti dei poteri del giudice, limiti di prova, regole di giudizio, e così via dicendo, secondo le norme costituzionali e processuali che scandiscono il modello di accertamento accusatorio): come è stato acutamente osservato (D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 42 ss.) il principio di legalità (sostanziale) esige che i presupposti della responsabilità penale (fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza, secondo la «tripartizione») siano accertati secondo la formula dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio». Il contenuto garantistico della formula *bard* sarebbe del tutto frustrato da una formulazione della fattispecie che, per le sue note di indeterminatezza, per il ricorso a formule descrittive dal carattere presuntivo, inconsistenti sul piano della selettività (in sede processuale) del fatto storico, sarebbe esposta agli inconvenienti di un procedimento probatorio in cui l'*oggetto di accertamento* non risulta predeterminato, bensì «mobile», in funzione delle esigenze di coerenza logico-argomentativa della decisione del giudice, il più delle volte esito di un esercizio di intuizionismo giudiziario, più che di un rigoroso modulo di accertamento, in cui alle scansioni del giudizio di responsabilità corrispondono proposizioni probatorie certe e definite nei loro significato euristico ai fini della decisione. Così, l'istanza assiomatica di tipizzazione di «fatti» suscettivi di accertamento processuale si traduce nella preliminare necessità (logica e, ancora, assiologica) che questi possano tradursi in oggetti di accertamento rispetto ai quali è possibile predicare, in modo certo, un giudizio di «verificabilità» e «falsificabilità» processuale «al di là di ogni ragionevole dubbio». Su questi profili si tornerà nel prosieguo. Sulla relazione – qui solo accennata – tra formula *bard* (art. 533, 2° co., c.p.p.) e fattispecie incriminatrice, v. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, pp. 91 ss.; G. CANZIO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 303 ss.; C. E. PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida al diritto*, n. 10, 2006, pp. 73 ss.; C. CONTI, *Ragionevole dubbio e “scienza delle prove”: la peculiarità dell'esperienza italiana ai sistemi di common law*, in *Arch. Pen.*, 2012, 2.

<sup>57</sup> V. *ultra*, Cap. II.

<sup>58</sup> Di queste conseguenze si darà conto nel prosieguo: v. *ultra*, par. 1.3.

teorizzazione di ipotesi concrete di insolvenza ritenute non meritevoli di sanzione penale. La decifrazione della funzione attribuita a questo elemento può peraltro suggerire significative conclusioni in ordine alla ricognizione storica della collocazione dell'insolvenza (e, poi, del fallimento in senso giuridico-formale) nella struttura della fattispecie incriminatrice, non priva di riflessi sull'attuale e controversa configurazione della sentenza dichiarativa del fallimento. Il «caso fortuito» viene a svolgere, nella prima stagione di elaborazione teorica della figura in esame, una funzione *limitatrice* o *impeditiva* dell'imputazione a titolo di dolo o colpa di un fatto penalmente rilevante<sup>59</sup>, in conformità al significato dogmatico che tale elemento ha assunto in quella che è stata autorevolmente definita come una concezione «integrata» dell'illecito penale<sup>60</sup>. La prova che l'insolvenza (*rectius*, la cessazione dei pagamenti da parte del debitore commerciale) sia stata «causata» dal concorso di circostanze fortuite esclude *ab origine* la responsabilità penale; se, diversamente, il dissesto è il risultato di un'inerzia o imprudenza del debitore, purchè da questi debitamente dimostrata in sede probatoria, il trattamento sanzionatorio è mitigato, in correlazione alla minore intensità del rimprovero penale. Ma qual è il piano su cui opera il «caso fortuito»? Qual è la relazione che intercorre tra il «fortuito» e il contenuto *soggettivo* del rimprovero penale? Se il trattamento sanzionatorio è correlato, nella sua gravità, alla graduazione delle circostanze «apparentemente» efficienti in direzione del fallimento, potrebbe concludersi nel senso che il «fortuito» operi sul piano dell'imputazione causale dell'evento, identificabile, in tal caso, nel fatto stesso del dissesto dell'imprenditore. Tuttavia, una simile conclusione, sia pure ammissibile in senso logico, deve scontare il rapporto di «reciproca implicazione» e di «interdipendenza» tra fatto e colpevolezza che caratterizza la visione integrata del reato: «un simile rapporto di reciproca interdipendenza

---

<sup>59</sup> Le osservazioni nel testo sono tributarie dello studio di G. A. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993, pp. 493 ss.

<sup>60</sup> Così G. A. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, cit., pp. 494 ss.

conduceva a sottolineare la necessità che il momento soggettivo venisse a trovare un necessario momento di riscontro nell'aspetto oggettivo, ne fosse supportato, accompagnato, vivificato ulteriormente»<sup>61</sup>. Da questa compenetrazione conseguiva l'esclusione dell'imputazione a titolo di dolo di un fallimento non riconducibile su un piano latamente «causale» al debitore fallito, nonostante, per ipotesi, avesse posto in essere comportamenti tali (allontanamento volontario, occultamento di beni e via dicendo) da argomentare per la presunzione di frode in danno dei creditori. Al di là della configurazione dogmatica del «caso fortuito» in questo specifico settore, ciò che questa clausola sottende è un'istanza di oggettivizzazione dell'imputazione (a titolo di dolo o di colpa, con terminologia moderna) di un fatto di bancarotta, segnando lo slittamento del giudizio di responsabilità penale (e del correlato accertamento processuale) da un rigido determinismo probatorio, posto dall'operatività delle presunzioni assolute, ad una più flessibile dialettica sulla prova delle «cause» che hanno condotto all'insolvenza<sup>62</sup>.

La centralità che assume l'elemento del «caso fortuito» trova una giustificazione di natura squisitamente processuale, ma si riverbera sul piano sostanziale: emerge, in controtela al rilievo assegnato al fallimento *fortunae vitio*, una visione «causalista» dell'illecito penale fallimentare che transita, fino agli albori della codificazione commerciale della prima metà del XIX sec., per riemergere, anche recentemente, in relazione alle vigenti ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>63</sup>. Così, la tesi del

---

<sup>61</sup> G. A. DE FRANCESCO, *La forza della ragione e la ragione della storia. Il seducente eclettismo della codificazione penale napoletana*, cit., p. CCXXV.

<sup>62</sup> Sul punto, si consideri, *exempli gratia*, l'efficace ricognizione delle posizioni teoriche e degli orientamenti giurisprudenziali proposta da V. A. D. DALLOZ, *Giurisprudenza dei fallimenti, delle bancherotte, e della decozione*, Vincenzo Batelli ed., Firenze, 1833, pp. 6 ss.; ivi si legge che «[...] attualmente non si distingue più il fallimento dalla bancarotta per gli effetti, ma per la causa; imperocchè, se la cessazione dei pagamenti deriva unicamente dalla disgrazia, ella prende allora il nome di fallimento; si qualifica per *bancarotta semplice*, se dipende da imprudenza o da cattiva condotta; diviene *bancarotta fraudolenta* se si verifica frode o mala fede». Evidente l'interferenza sul piano strutturale tra componente oggettiva e criteri di imputazione soggettiva.

<sup>63</sup> Il riferimento è alla recente sentenza «Corvetta»: Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, con nota di U. GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*; pubblicata altresì in *Il Fallimento*, 2013, 5, pp. 560 ss., con nota di A. LANZI, *Interpretazione giurisprudenziale della bancarotta*

«passaggio» dal fallimento-reato al reato fallimentare<sup>64</sup>, in cui «la decozione viene “retrocessa” da fatto costitutivo a presupposto di punibilità» può essere integrata dalla considerazione che un tale passaggio implica un rivolgimento strutturale della fattispecie sostanziale certamente non indolore nei suoi esiti applicativi, accentuando, a modesto parere di chi scrive, l’ambiguità e l’intrinseco tautologismo da cui è affetto storicamente il modello di incriminazione della bancarotta. Questi pur provvisori risultati non possono d’altra parte essere trascurati da un’interpretazione autenticamente teleologica del fatto tipico previsto *ex art.* 216, 1° co., 1. fall., allorché si tratterà di sciogliere l’alternativa sulla qualificazione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza tra una condizione obiettiva di punibilità *intrinseca* o *estrinseca*.

## **5. Le contraddizioni moderne del pensiero di Francesco Carrara sul reato di «bancarotta dolosa». La «volontà di fallire».**

Il principale problema con cui si sono confrontati, con esiti incerti, i tentativi legislativi di formalizzazione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, a partire dal Codice di commercio del 1865 fino all’odierna legge fallimentare, risiede nella necessità di superare la matrice processuale - probatoria che ha caratterizzato l’incriminazione del «fallimento doloso», cioè di quell’insolvenza «cagionata» dal debitore commerciale in frode alle ragioni dei creditori. Questo processo di emancipazione della fattispecie incriminatrice dai retaggi (processuali) del passato si svolge in relazione ai

---

*patrimoniale nel Sistema penale.* Per alcuni commenti, si considerino: F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d’evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, pp. 437 ss.; F. 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.*, 8 maggio 2013. A partire da questa pronuncia di legittimità, che ha proposto un’interpretazione in chiave «eziologica» della struttura oggettiva della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, si è nuovamente animato il dibattito sulla configurabilità di un nesso tra condotta tipica ed insolvenza (presupposto sostanziale della dichiarazione di fallimento), come *criterio oggettivo di delimitazione* di una «zona di rischio penale», entro la quale vengono ad assumere rilievo penale i soli atti di disposizione patrimoniale «causativi» del dissesto irreversibile. Il tema sarà trattato *funditus* al Cap. III, cui si rinvia.

<sup>64</sup> Autorevolmente proposta da U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell’età intermedia*, cit., pp. 66 ss.



profili più critici, che erano progressivamente emersi nelle elaborazioni dei teorici e nella prassi applicativa. Di particolare rilievo è la riflessione di Francesco Carrara, dedicata in modo specifico all'analisi del reato di bancarotta fraudolenta (patrimoniale e documentale), disciplinata dall'allora vigente Codice di commercio del Regno d'Italia (1865), all'art. 703 («*Della bancarotta fraudolenta*»), autentico antesignano del successivo art. 860 del Codice di commercio del 1882, che riproduce pedissequamente il primo<sup>65</sup>. Sebbene ancorata ad un impianto fortemente razionalistico, di matrice giusnaturalistica, la ricostruzione carrariana del *concetto giuridico* di «bancarotta dolosa» si rivela latrice di una visione sorprendentemente moderna<sup>66</sup>, forse in parte trascurata dalla letteratura penalistica moderna, unanime nell'attribuire all'autore lucchese la paternità della teoria «pubblicistica» dell'oggettività giuridica del delitto in esame<sup>67</sup>.

Tuttavia, l'impostazione carrariana può essere apprezzata in relazione *anche* ad ulteriori profili, che dimostrano, peraltro, la piena consapevolezza dell'interazione tra previsione legale del fatto e meccanismi probatori, nonché del peculiare ruolo che il giudice penale è chiamato a svolgere allorché il processo abbia ad oggetto un delitto «artificiale», in cui è richiesta la cognizione di elementi «apparentemente» estranei alla giurisdizione criminale (la qualità di *negoziante*, lo stato di «fallito»), tanto

---

<sup>65</sup> L'art. 703, Codice di commercio (1865) *dichiara* «colpevole di bancarotta fraudolenta [...] il commerciante fallito che ha sottratti i suoi libri, distratto o dissimulato parte del suo attivo o che nei libri o nelle scritture, od in atti autentici o privati, ovvero nel bilancio si è fraudolentemente riconosciuto debitore di somme da lui non dovute». Di seguito, l'art. 704 estende le pene previste dal codice penale per il commerciante individuale agli amministratori di società, nel caso questa sia dichiarata fallita. Si tratta della prima previsione, nell'ordinamento penale italiano, della fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria e societaria (v. art. 704, 5° co.). Il Codice di commercio del 1882 non presenta particolari elementi innovati nella descrizione legale della fattispecie incriminatrice. Si distingue, rispetto al suo precedente storico (art. 703) per l'inserzione di un'ulteriore modalità di realizzazione della condotta tipica avente ad oggetto i libri contabili (alla «sottrazione» viene ad aggiungersi la «falsificazione»), nonché la previsione dell'«occultamento» di parte dell'attivo e «l'esposizione di passività inesistenti», sul versante della bancarotta fraudolenta patrimoniale. Si tratta, a ben vedere, di sintagmi normativi che confluiranno nella vigente norma incriminatrice di cui all'art. 216, 1° co., n. 1.

<sup>66</sup> Esalta il contributo carrariano alla successiva elaborazione legislativa e scientifica sul delitto in esame, R. TETI, *La bancarotta nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. Pen.*, 2011, pp. 795 ss.

<sup>67</sup> In senso ricognitivo su queste teoriche, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Cedam, Padova, 2001, pp. 4 ss.

da sollevare persistenti problemi di pregiudizialità dell'accertamento civilistico su quello penale<sup>68</sup>.

Il principio dell'indagine risiede nel riconoscimento del carattere «eccezionale» della figura di «un proprietario che commette delitto e corre pericolo della galera per avere disposto della sua proprietà»<sup>69</sup>: ciò accade, argomenta Carrara, per la particolare qualificazione del soggetto agente (un «negoziante»), rispetto al quale assumono rilievo penale condotte che, se poste in essere da soggetti privi di tale qualifica, potrebbero costituire anche oggetto di una valutazione di disonestà sul piano morale, ma in nessun caso verrebbero ad offendere l'interesse generale sotteso al reato di «bancarotta dolosa». «Interesse generale» che è da individuare in una «forma speciale» di pubblica fede, *i. e.* la tutela della fiducia, di quel particolare credito (o

---

<sup>68</sup> La soluzione proposta da Carrara è nel senso dell'autosufficienza della cognizione del giudice penale, riconoscendo a questo (e alla costituita giuria) il potere di sindacare in via principale sia la riconosciuta qualità di «negoziante» - diremmo, oggi, di imprenditore individuale, *ex art.* 216, 1° co., l. fall. -, sia lo *status* di «fallito» ai fini penali. Si tratta di un'impostazione analoga a quella attualmente vigente in Francia, secondo il provvedimento giurisdizionale che dichiara lo stato d'insolvenza dell'imprenditore (*rectius*, fallimentare) non ha efficacia di giudicato nel processo penale. Come è ben noto, l'esperienza italiana si è caratterizzata per l'adozione - in via interpretativa - dell'opzione opposta, nel senso della c.d. pregiudizialità fallimentare, almeno fino all'entrata in vigore del «nuovo» codice di procedura penale (1989), che ha sostituito il codice di rito del 1930, in vigenza del quale - stante il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità - la sentenza dichiarativa del fallimento, divenuta definitiva, vincolava il giudice penale nel giudizio per bancarotta, sia sotto il profilo dell'accertamento della qualità di imprenditore, sia in relazione allo stato d'insolvenza e al correlato *status* di «fallito». Con l'avvento del codice di rito «Vassalli» (1989), si è aperto in dottrina e in giurisprudenza un animato contrasto sulla soluzione del rapporto tra giudicato fallimentare e processo penale, soprattutto alla luce dell'affermazione legislativa di un principio di *tendenziale* autonomia (ed autosufficienza) del giudice penale, consacrato dagli artt. 2 e 3 c.p.p. (e 479 c.p.p., per quanto attiene alla «sospensione»). Gli estremi del dibattito saranno approfonditi al cap. II; per ora, sia consentito richiamare, la recente posizione adottata dalla giurisprudenza di legittimità nella ben nota Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3592, con nota di E. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*. Il giudice di legittimità, pur intervenendo a margine di una questione di diritto intertemporale penale (retroattività *in mitius* della norma modificativa della definizione legislativa di imprenditore *non* fallibile, risolta dalla Corte nel senso dell'esclusione dell'applicazione dell'art. 2, 2° co., c.p.), si è espresso chiaramente nel senso del riconoscimento di una persistente pregiudizialità fallimentare: «il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta *ex artt.* 216 e seguenti della legge fallimentare *non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza della impresa ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'art. 1 l. fall. per la fallibilità dell'imprenditore [...]*» (corsivo aggiunto).

<sup>69</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 93, ed *ivi* le ulteriori citazioni nel testo. Si deve peraltro segnalare da questo preliminare riconoscimento prenderà l'abbrivio lo studio di G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., *passim*.

«fido») che «anima [...] la vita del commercio». Si delineano così schemi concettuali e argomentativi destinati a riproporsi nel successivo sviluppo della riflessione scientifica: non solo la riconduzione del bene giuridico di categoria, cioè di quell'incerto substrato sostanziale del fatto tipico di bancarotta fraudolenta, nel contesto (altrettanto controverso) della tutela dell'economia pubblica<sup>70</sup>, ma soprattutto la relazione per così dire privilegiata tra la qualifica personale del soggetto agente (il «negoziante», allora, e l'imprenditore, vigente l'art. 1, l. fall.) e il bene giuridico che, nella prospettiva carrariana, viene ad atteggiarsi nel senso che quell'interesse, isolatamente considerato, risulta offendibile dal solo intraneo, secondo il paradigma tipico del «reato esclusivo»<sup>71</sup>. La postulata esclusività dell'offesa all'interesse della «pubblica fede», più volte ripresa ed affermata nel *Programma*, non sembra d'altra parte oscurare l'attenta ricognizione (e composizione teorica) dei profili strutturali della dinamica offensiva. E' qui, in relazione al rapporto tra «danno» e «fallimento», tra quest'ultimo e la condotta punibile, che il pensiero del giurista lucchese dimostra significative analogie con gli ulteriori sviluppi, volti a ricondurre la sistematica dei delitti di bancarotta (fraudolenta, semplice e preferenziale, patrimoniale e documentale, con le opportune precisazioni) nell'alveo della tutela, a contenuto patrimoniale, dei diritti di credito<sup>72</sup>.

Il *fallimento doloso* è definito come «*qualunque atto col quale il negoziante fallito, o in procinto di fallire, abbia anche indirettamente simulato un passivo o dissimulato un attivo in danno dei creditori e per fine di lucro proprio od altrui*»<sup>73</sup>; e ancora: «il concetto generale al quale s'informano

---

<sup>70</sup> V. *ultra*, Cap. I, sez. II.

<sup>71</sup> Su tali profili, fondamentale è l'indagine di A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 193 ss.

<sup>72</sup> V. *ultra*, Cap. II.

<sup>73</sup> Gli elementi oggettivi e soggettivi che costituiscono, nella proposta di Francesco Carrara, l'essenzialità del delitto di «bancarotta dolosa», sono riprodotti dall'art. 931 del *Progetto del nuovo codice di commercio*, predisposto dalla Commissione Reale, e poi naufragato. Di particolare rilievo, soprattutto nella prospettiva di una più efficace caratterizzazione della fattispecie incriminatrice in termini di tipicità, l'inserimento, come elemento soggettivo del fatto tipico, del dolo specifico di profitto (per sé o per altri), cui si affianca, sul versante della colpevolezza, un dolo generico di danno. E' responsabile penalmente a titolo di bancarotta fraudolenta, ai sensi dell'art. 931 del *Progetto* il «commerciante fallito che, prima del

tutte le configurazioni di fatto che danno vita al titolo del fallimento doloso, è quello di un artificio mediante il quale un negoziante prossimo al fallimento o già fallito sottrae in qualunque modo ai diritti dei suoi creditori una parte del suo patrimonio». Il corollario della definizione è evidente: si perviene, attraverso un serrato ragionamento razionale, al definitivo abbandono del paradigma di *un* fallimento (come cessazione dei pagamenti) ordito fraudolentemente in danno dei creditori. La prospettiva cambia radicalmente. E ciò si deve soprattutto al recupero – proposto da Carrara - di un'autonomia per così dire «ontologica» (e, correlativamente, semantica) del diritto penale rispetto alle costanti contaminazioni «civilistiche» cui era esposto in questo speciale settore. Il primo passaggio è negare l'assimilazione tra il fallimento (inteso ai fini civili) dal «danno immediato» che costituisce l'esito della condotta («la forza fisica», nella teorica carrariana), consistente nella simulazione di passivo ovvero nella dissimulazione dell'attivo.

Nel definire i «criteri misuratori» della «quantità naturale» del delitto, i due piani di valutazione risultano nitidamente distinti: «sotto il rapporto del danno immediato è intuitivo il criterio misuratore desunto dal più o meno di *perdita* cagionata agli interessati nel fallimento. Ma qui bisogna avvertire – aggiunge l'autore – che il valore del danno deve misurarsi dal danno recato *con la frode* e non dal definitivo del *fallimento*». E' chiaro il precipitato teorico di queste considerazioni: il pregiudizio derivante alla «massa dei creditori»<sup>74</sup>, e costituito da un determinato *quantum* di attivo «sottratto» ai primi, può ben innestarsi in una dinamica progressiva già attivata,

---

fallimento o durante il procedimento fallimentare, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con danno dei creditori, ha distratto, occultato o dissimulato parte dell'attivo, ovvero ha esposto o riconosciuto passività inesistenti». Su tale articolo e per ulteriori considerazioni sul progetto, si rinvia a G. DELITALA, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, cit., pp. 755 ss.

<sup>74</sup> L'espressione non costituisce un'interpolazione moderna del pensiero autentico dell'autore in esame. E' impiegata da Francesco Carrara (*Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 114, nt. 1) nel postulare l'unità di una pluralità di fatti di bancarotta che, pur diversi nella loro materialità, si risolvono in danno della medesima massa dei creditori. Si consideri la profonda assonanza di questa soluzione con quella adottata dalla *Legge fallimentare* all'art. 219, 2° co., n. 1 («*Circostanze aggravanti e circostanze attenuanti*»). Non si nasconde, infatti, che alla molteplicità dei fatti corrisponde, in Carrara, un ulteriore criterio misuratore della quantità *oggettiva* del reato, al pari di una circostanza aggravante.

identificabile in quel complesso di cause e congiunture che conducono il *negoziante* all'insolvenza e, dunque, alla declaratoria di fallimento. Nondimeno, il «danno immediato» (e la condotta che ne è l'ontologico antecedente) è *un* fatto in una complessità economica e giuridica già in moto. Al giudice penale – e ne è espressamente consapevole Carrara – non rimane che porgere attenzione alla descrizione di un fenomeno dato dal susseguirsi di poste attive e passive, per isolare *quel* solo danno immediato *effettivo*, non meramente opinato, che può essere individuato nel *reale* squilibrio patrimoniale tra «attivo» e «passivo»<sup>75</sup>. Questo è costituito da quella «quota», indebitamente sottratta dal debitore *fallito* (o in procinto di fallire), che è tale da determinare un *deficit* dell'attivo rispetto al passivo (*rectius*, uno squilibrio patrimoniale), cui consegue la cessazione dei pagamenti, presupposto formale della dichiarazione di fallimento, in base alla disciplina fallimentare *illo tempore* vigente.

Spingersi oltre nell'esposizione del pensiero dell'insigne autore esporrebbe al rischio di tradirne l'autenticità; nondimeno, è possibile proporre una valutazione di sintesi. E' ancora da chiarire, infatti, la natura del nesso che avvince la condotta punibile (la dissimulazione dell'attivo o la simulazione del passivo) e l'insolvenza del debitore commerciale. Vi è da chiedersi *se* nel riferirsi alla necessità di un pregiudizio alla massa dei creditori, la *deminutio* patrimoniale in cui si risolve l'elemento materiale sia legata da un nesso eziologico all'insolvenza, la quale, così ragionando, verrebbe a costituire una conseguenza – obiettivamente rilevante – della condotta. La previsione di un nesso «causa-effetto», per usare la terminologia dell'autore, consentirebbe di selezionare quei soli fatti *causativi* dell'insolvenza, escludendo dallo spettro sanzionatorio le condotte che, inserite in un preesistente e progressivo deterioramento dell'attivo patrimoniale, non siano state tali da determinare uno squilibrio patrimoniale definitivo, conseguenza di altre concause e circostanze esogene. Sul punto non sembra si possano trarre conclusioni chiare e

---

<sup>75</sup> Cfr. nello specifico F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 87, nt. 1.

univoche nella riflessione carrariana. L'impianto razionalistico e la ricerca delle strutture ontologiche si traduce nel postulare la distinzione tra una «bancarotta dolosa» (o «fraudolenta»), individuabile nel fatto del negoziante che ha «maliziosamente» preparato «il suo fallimento con *fraude preordinata* ad arricchirsi a danno dei suoi corrispondenti»; e la «scroccheria a mezzo del fallimento»<sup>76</sup> (o, più precisamente, *ad occasione* del fallimento), ipotesi in cui il negoziante, condotto all'insolvenza per disgrazia (*fortunae vitio*), abbia, successivamente alla dichiarazione di fallimento e, dunque, in una prospettiva *post-fallimentare*, compiuto atti di depauperamento del patrimonio, «vincolato» al soddisfacimento dei creditori fallimentari. Nel primo caso, il fallimento «nasce *già informato da dolo*; nasce come *conseguenza* della fraude; e il giorno stesso in cui nasce egli nasce *delitto*»<sup>77</sup>. Si comprende, pertanto, come il criterio discretivo non risieda né nella considerazione cronologica del momento in cui è posto in essere il comportamento punibile, secondo l'alternativa, ora accolta dall'art. 216 l. fall., di una bancarotta *pre* o *post* fallimentare; né sull'effettiva ed oggettiva causazione dell'insolvenza. Viceversa, tale criterio deve essere riconosciuto nell'atteggiarsi della «forza morale soggettiva»: nell'*intensità* e nella *fisionomia* che assume nella prima ipotesi («preordinazione del fallimento») e nella seconda (dolo *sussequente*, non riconducibile, per retroazione, al fallimento «del tutto onesto ed innocente») <sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. ancora F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 77.

<sup>77</sup> Così F. CARRARA, *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, cit., p. 160.

<sup>78</sup> F. CARRARA, *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, cit., p. 161. Non può tacersi, tuttavia, la personale impressione di una sorta di distanza teorica tra i «*Pensieri*» sulla bancarotta, risalenti al 1873, e la successiva formalizzazione scientifica del pensiero dell'autore che è confluita nell'esposizione di parte speciale del *Programma*. La conferma di una più profonda maturazione delle posizioni precedentemente espresse si coglie, nello specifico, nel diverso rilievo che è assegnato all'elemento soggettivo nella costruzione in astratto del concetto giuridico di «bancarotta dolosa». L'autore, d'altra parte, sembra aderire, in questa successiva fase di sviluppo dei suoi «*Pensieri*» sul concetto di bancarotta, ad una preliminare (e, per così dire, pregiudiziale) considerazione della componente *oggettiva* dell'illecito penale. Ciò emerge, in primo luogo, dalla necessità che l'atto di depauperamento si risolva in un «danno immediato» (*effettivo* o *in potenza*) nei confronti della massa dei creditori. Non vi è danno e, dunque, non vi è reato per difetto di elemento materiale, quando i creditori, alla liquidazione dell'attivo fallimentare, saranno soddisfatti, nonostante – precisa l'autore – rilevi un'intenzione maliziosa del soggetto agente. Ma un tale fatto, per aderire al titolo di «bancarotta dolosa», deve essere assistito dalla «volontà di fallire». Sulla componente soggettiva si appunta la distinzione con «la scroccheria ad occasione del fallimento»: qui, l'evento costituito dal

In questa concezione latentemente «soggettivistica» sta, forse, il *punctum dolens* della proposta carrariana intorno al delitto di bancarotta fraudolenta, tale da segnare (apparentemente) il momento concettuale più distante dalle posizioni adottate dalla giurisprudenza e dalla dottrina odierne.

Ciò nonostante, questa distanza è subito colmata dai più recenti orientamenti giurisprudenziali<sup>79</sup> che, rievocando soluzioni forse anacronistiche, tentano di risolvere quell'insolubile *deficit* di determinatezza della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, esigendo un nesso oggettivo e *psichico* tra la condotta depauperativa della

---

fallimento, non è che l'antecedente temporale di un fatto pur *materialmente equivalente* al primo (depauperamento dell'attivo fallimentare), e tuttavia privo di una proiezione teleologica verso il fallimento (presupposto). Il dolo si esaurisce nella volontà e previsione dell'effetto pregiudizievole per la massa dei creditori. La definizione di «fallimento doloso» proposta dall'autore non sembra comunque del tutto coerente con tali conclusioni: da essa non emerge alcun riferimento alla «volontà di fallire», all'artificiosa predisposizione delle condizioni del fallimento in danno dei creditori per un fine di lucro, proprio o altrui. Più conforme alla definizione è invece l'idea della «scroccheria», adattabile, nella sua esatta genericità descrittiva, non solo alla prospettiva post-fallimentare, ma anche al momento che precede la cessazione dei pagamenti. Ai fini della rilevanza penale del fatto non è richiesta la volontà attuale di fallire, in frode ai creditori. E' necessario e sufficiente, seguendo l'esposizione dell'autore, che il soggetto si determini soggettivamente nel porre in essere una condotta depauperativa del patrimonio, coltivando la rappresentazione del suo effetto lesivo immediato. Il collegamento causale con il fallimento è irrilevante: *non* è richiesto che lo squilibrio patrimoniale cui dà luogo la condotta, assistita dal dolo di danno e dal fine di profitto, sia eziologicamente determinante ai fini del fallimento. Questo è solo il «luogo» giuridico in cui quei fatti sono suscettibili di assumere rilevanza penale. Diversamente, nella bancarotta *colposa* (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., pp. 157 ss.), la minore intensità dell'elemento soggettivo (la *prevedibilità*, nella colpa, *la previsione attuale del fallimento*, nella «bancarotta dolosa», e la rappresentazione e volontà della conseguenza lesiva nella «scroccheria ad occasione del fallimento») è compensata sul piano oggettivo, esigendo che l'atto di «sottrazione» in danno dei creditori sia legato al fallimento da un nesso di «causa-effetto». Difficile discernere la dimensione *oggettiva* o *soggettiva* del nesso qualificante la bancarotta colposa. Dalla definizione del concetto («qualunque grave imprudenza o negligenza del negoziante, che a lui facevasi dovere di evitare per le leggi e consuetudini commerciali, che è stata causa del fallimento») è consentito inferire la natura fortemente normativizzata del rimprovero colposo: le «leggi e le consuetudini commerciali», espressamente richiamate, integrano il parametro cui informare il giudizio di evitabilità e prevedibilità dell'evento (necessariamente «non voluto»), identificato nel fallimento. Il nesso «causa-effetto» richiesto ai fini della responsabilità a titolo di bancarotta colposa scivola dal piano oggettivo a quello soggettivo-valutativo: la negligenza e l'imprudenza altro non sono che la sintesi di una condotta inosservante da cui è «derivato» il fallimento, che il soggetto, in conformità alle regole settoriali che informano l'agire economico, avrebbe dovuto prevedere ed evitare.

<sup>79</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit., ove espressamente si legge: «il fallimento - o meglio il suo presupposto di fatto, cioè lo stato di insolvenza [deve] 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).

garanzia patrimoniale e l'evento costituito dall'insolvenza (*rectius*, dal fallimento, che ne è la consacrazione in termini giuridico-formali). Soluzione interpretativa che si espone a due ordini di obiezioni.

La prima: la necessaria istanza di realismo cui dovrebbe informarsi il diritto penale in questo delicato settore dovrebbe suggerire la marginalità di una fattispecie concreta rispetto alla quale possa essere affermato che l'imprenditore non solo ha «previsto» ma ha *soprattutto* «voluto» come conseguenza *certa o probabile* o anche *solo possibile* (dolo intenzionale) il *proprio* dissesto, anticamera del fallimento e delle conseguenze civili e personali che da esso derivano. A tale obiezione si potrebbe tuttavia controbattere, proponendo una diversa casistica criminologica di riferimento, rappresentata dalle ipotesi di imprese «cartiere» o società di comodo<sup>80</sup> che, esaurita la loro «funzione produttiva illecita» (emissione di fatture per operazioni soggettivamente o oggettivamente inesistenti, falso in bilancio, creazione di riserve occulte extrabilancio, riciclaggio, e via dicendo), sono condotte «volontariamente» al fallimento dai soggetti apicali, nell'ottica, ad es., di una più vasta ristrutturazione del tessuto organizzativo criminale. Nonostante la loro diffusività territoriale e frequenza statistica, la considerazione di questa fenomenologia non sembra sufficiente ad argomentare conclusivamente né in ordine all'interpretazione degli elementi costitutivi l'attuale fattispecie di bancarotta fraudolenta, né ad attribuire ad essa un ultroneo significato politico-criminale<sup>81</sup>. Anzi: non sembra auspicabile che il sistema penale fallimentare (e, in particolare, la contestazione del delitto di bancarotta fraudolenta impropria) sia diretto,

---

<sup>80</sup> Un'interessante analisi del ruolo «suppletivo» del diritto penale fallimentare (artt. 216, 1° co., n. 1 e 223, 1° co., l. fall.) nella repressione delle forme più sofisticate di evasione dell'imposta sul valore aggiunto, si consideri A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA*, Cedam, Padova, 2011, pp. 150 ss. Più in generale, sul fenomeno dell'impresa illecita e il suo rilievo penale, cfr. E. VENAFRO, *L'impresa del crimine. Il crimine nell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; più nello specifico, nella prospettiva della responsabilità amministrativa degli enti da reato, si rinvia a A. CHIARI, *Art. 16. Sanzioni interdittive applicate in via definitiva*, in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, 2010, pp. 224 ss.

<sup>81</sup> Il profilo offensivo del fatto-tipo si rivela il più sensibile ad introiettare le proiezioni delle esigenze repressive che emergono in modo surrettizio nella prassi applicativa. Si rinvia al Cap. II.



come talvolta è dato osservare nella prassi giudiziaria<sup>82</sup>, alla repressione di fattispecie concrete in cui il «fallimento provocato» (e, per questo, «voluto») dello schermo societario rappresenta il segmento finale di una dinamica progressiva di «offesa» a beni giuridici eterogenei rispetto alla mera garanzia del soddisfacimento delle ragioni creditorie, come la tutela della correttezza e veridicità dell'informazione<sup>83</sup>, dell'interesse statale alla percezione dei tributi (art. 53 Cost.) e, non in ultimo, la «tutela del patrimonio», in quella particolare forma che è costituita dalle fattispecie di «riciclaggio» (art. 648-ter c.p.) e «autoriciclaggio» (art. 648-ter.1 c.p.)<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Sebbene lo si vedrà più approfonditamente nel prosieguo (v. *ultra*, Cap. II, sez. I) non può essere taciuto come la contestazione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale in connessione ad altre ipotesi di reato, comunque connesse all'esercizio dell'attività d'impresa, si rifletta nell'aggravarsi di quell'endemico vizio che già di per sé affligge i «momenti nascenti» di un procedimento penale per bancarotta fraudolenta patrimoniale. Si tratta di quel peculiare fenomeno eloquentemente definito come «cripto – imputazione» o «imputazione implicita», che si traduce, in termini operativi, nella tendenza – da parte del Pubblico ministero – a descrivere la «contestazione» non già mediante proposizioni linguistiche a contenuto descrittivo, capaci di selezionare il fatto storico, su cui, poi, si ergerà l'impianto probatorio, bensì tramite «proposizione probatorie», dotate già di per sé di un carattere assertivo e conclusivo. La conseguenza si apprezza nel senso di un complessivo *indebolimento* dei diritti di difesa dell'imputato (o della persona sottoposta alle indagini preliminari) e, al contempo, della funzione epistemologica del processo penale. E, dal versante sostanziale, non può non emergere la progressiva dispersione dei contenuti «selettivi» della fattispecie incriminatrice (e del *fatto tipico*, in particolare) nella selezione progressiva dell'accadimento storico «penalmente rilevante». Per un primo ed essenziale inquadramento di queste dinamiche interstiziali, F. M. IACOVIELLO, *Processo dell'Utri: la requisitoria del Consigliere Iacoviello*, in *Dir. pen. cont.* (online), p. 2.

<sup>83</sup> Si intende qui riferirsi alla fattispecie di «false comunicazioni sociali», a seguito della poderosa modifica, intervenuta per effetto della Legge 27 maggio 2015, n. 69, che ha inoltre introdotto gli artt. 2621-bis c.c. e 2621-ter c.c. La riforma segna il «tramonto» del modello del «reato di danno» in questo specifico settore del diritto penale societario, il cui corollario risiede nel riconoscimento della correttezza e veridicità dell'informazione societaria come precipuo e prevalente oggetto di tutela. Per tale condivisibile lettura, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.* (online), 18 Giugno 2015, *passim*.

<sup>84</sup> Sia consentita una valutazione prognostica: la recente introduzione del delitto di «Auto riciclaggio» (ex art. 3, Legge 15 dicembre 2014, n. 186) potrà avere una sua incidenza anche in relazione al sistema penale fallimentare, in conseguenza della sua indifferenziata vocazione repressiva. Non sembra affatto improbabile - salvo smentite provenienti dalla prassi degli Uffici giudiziari- che il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (propria e, soprattutto, *impropria*) potrà costituire un'efficace «reato-presupposto», nella prospettiva (strumentale) di reprimere le più eterogenee condotte di depauperamento del patrimonio aziendale, finanche non espressive di un autonomo e univoco coefficiente di offensività della garanzia dei creditori, dalle quali siano derivate le risorse economiche da reimpiegare in «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative». Questa «futuribile» situazione costituirà, *sine dubio*, un fertile terreno per verificare le interazioni non solo tra le due fattispecie incriminatrici or richiamate, ma anche tra «processo» e diritto penale sostanziale, relativamente, ad es., al ricorso «strumentale», in sede di formulazione dell'imputazione (o di avvio delle indagini preliminari) alla contestazione del delitto di bancarotta fraudolenta come «grimaldello» processuale per

La seconda: l'estensione del momento volitivo del dolo fino a ricomprendere l'evento-insolvenza è giustificata sul piano dogmatico dalla «fragile» figura del dolo eventuale, declinato, genericamente, secondo la formula dell'«accettazione del rischio», ed esposto ad un surrettizio processo di normativizzazione che, nel settore penale fallimentare, si atteggia secondo una pluralità di varianti argomentative e probatorie<sup>85</sup>. Si assiste alla valorizzazione in funzione presuntiva di dati oggettivi meramente sintomatici; al ricorso a meccanismi di inversione dell'onore della prova non solo per asseverare la natura distrattiva dell'operazione posta in essere dall'imprenditore, ma anche per trarne la prova della consapevolezza soggettiva della sua intrinseca lesività come implicita e presunta «accettazione del rischio» del verificarsi dell'evento-insolvenza; e, più in generale, ad interpretazioni della fattispecie incriminatrice caratterizzate dal preminente ed esclusivo rilievo attribuito alla condotta tipica, il cui esito, sul piano processuale, può essere inteso come una sorta di «ripiegamento» dell'intero procedimento probatorio sull'accertamento della «distrazione», da cui desumere, in via di inferenza logica, e secondo massime di esperienza «occulte» - perché non esplicitate nell'*iter* motivazionale ex art. 546, 1° co., lett. e), c.p.p – la sussistenza del dolo.

Sono state qui richiamate le più manifeste criticità che attualmente investono il versante *soggettivo* della responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Non meno controverso si rivela il profilo oggettivo della tipicità. In definitiva, la ricognizione storica qui tentata e l'analisi del pensiero di Carrara – quasi uno specchio in cui si riverberano le contraddizioni insite nella prassi e nelle teoriche più remote – suggeriscono un interrogativo, già adombrato da Cesare Pedrazzi<sup>86</sup> e, nondimeno, ancora persistente nella sua gravità: qual è l'eredità sulle odierne fattispecie fallimentari (artt. 216, 1° co., n. 1, l. fall. e art. 223, 1°

---

consentire, una volta dichiarata fallita l'impresa, un pervasivo sindacato giurisdizionale sull'esercizio complessivo dell'attività d'impresa.

<sup>85</sup> Per la disamina delle tensioni «deformanti» dell'imputazione a titolo di dolo eventuale che si avvertono nella prassi applicativa, si rinvia al Cap. III.

<sup>86</sup> V. *retro*, nt. 53.

co., l. fall.) della segnalata «equivalenza funzionale»<sup>87</sup> tra fatto e prova, in un settore, come quello penale fallimentare, in cui le costanti del «recente» fenomeno della subordinazione del «processuale» al «sostanziale» paiono, in un certo qual senso «fondative», come dimostra nitidamente la derubricazione del fallimento (ora in senso formale, ora in senso sostanziale) da *evento* costitutivo del fatto tipico ad evento condizionante la punibilità<sup>88</sup>? Passaggio che potrebbe essere letto, in prospettiva diacronica, come giustificato da una prevalente esigenza di semplificazione probatoria, attuata mediante la minimizzazione (o «riduzione») degli elementi del fatto tipico<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> L'efficace espressione è ancora di K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, cit., pp. 38 ss.

<sup>88</sup> Nella prospettiva dogmatica di valorizzazione del disvalore di azione nella ricostruzione della struttura sostanziale dell'illecito penale, accoglie gli esiti del processo di «derubricazione dell'evento» a condizione obiettiva di punibilità, D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen z. Struktur von Unrechtsbegründung u. Unrechtsausschluss*, Duncker und Humblot, Berlin, 1973, pp. Più in generale, per una ricognizione critica della tendenza, di matrice finalistica e neo-finalistica, alla «degradazione» dell'evento nella struttura della fattispecie, a sua volta strumentale all'affermazione di una concezione (neo)soggettivistica dell'illecito penale (*personales Unrecht*), N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 89 ss.; D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 133; G. MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 182 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 404 ss.

<sup>89</sup> Sul processo di «riduzione» degli elementi della tipicità al fine di corrispondere ad esigenze probatorie e politico-criminali, avvertite, in modo particolare, nel settore del «diritto penale dell'economia», si consideri K. VOLK, *Criminalità economica: problemi criminologici, politico-criminali e dommatici*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica*, Esi, 1998, pp. 50 ss., trad. it. di *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten*, in *Juristen Zeitung*, 1982, pp. 85 ss.

## CAPITOLO II

### QUESTIONI SUL «BENE GIURIDICO» DEL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE: LA DIMENSIONE PROCESSUALE DELL'OFFESA TIPICA.

#### **1. Il fondamento dogmatico della disputa sull'oggettività giuridica dei delitti di bancarotta: l'alternativa tra «scopo della tutela» e «oggetto della tutela».**

L'ormai storica questione dell'oggettività giuridica del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (propria ed impropria) non si esaurisce in un problema di individuazione ed accertamento, per via interpretativa, del substrato sostanziale dell'illecito penale fallimentare. Quest'ultimo costituisce, senza dubbio, un profilo dirimente per la ricostruzione della struttura del fatto tipico, per rispondere all'annoso quesito sulla natura, tuttora controversa, della sentenza dichiarativa di fallimento, e per verificare il *contenuto* dell'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione del reato. Ma non è l'esclusivo profilo in cui si risolve la questione sul bene giuridico di queste «speciali» fattispecie incriminatrici. Può essere colto, a ben guardare, un aspetto ancora preliminare ed interno alla teoria del bene giuridico: è la questione del *metodo* (necessariamente di carattere interpretativo) attraverso il quale si perviene all'enucleazione dell'oggettività giuridica sottesa ad un determinato reato. Un tale profilo è, d'altra parte, solo apparentemente metodologico ed estraneo al problema dell'*individuazione*: in realtà, per il suo carattere fondativo della stessa concezione di «bene giuridico», è tale da incidere sulle conclusioni cui sono pervenuti i vari indirizzi interpretativi in ordine alla definizione dell'oggetto di tutela della fattispecie di bancarotta *ex art. 216, 1° co., n. 1,*

l. fall. (e, correlativamente, ex art. 223, 1° co., l. fall.). E' forse il caso di osservare, inoltre, come la peculiare problematicità della disputa sull'oggetto giuridico sia in parte giustificabile alla luce delle diverse concezioni (sull'oggetto *penale* della tutela) che si sono avvicinate proprio nell'ambito del diritto penale fallimentare. Il dibattito sull'oggetto della tutela nei reati che orbitano intorno alla crisi d'impresa – in primo luogo, le figure di bancarotta fraudolenta – non sembra essere sopito: recentemente, pur a fronte di un ampio consenso, giurisprudenziale e teorico<sup>90</sup>, per la ricostruzione dell'oggettività giuridica in termini di tutela del patrimonio (della massa dei creditori), è stato proposto il superamento di una concezione unitaria della bancarotta, individuando differenti e specifici oggetti di tutela per le varie fattispecie incriminatrici (bancarotta fraudolenta e semplice, patrimoniale e documentale, pre-fallimentare e post-fallimentare), in considerazione della pluralità di interessi sottesi alle varie procedure concorsuali, a loro volta, funzionali alla realizzazione di una molteplicità di scopi di tutela, e, tuttavia, collocati entro un più ampio orizzonte di tutela (*rectius*, bene giuridico c.d. di categoria), costituito dall'«economia pubblica»<sup>91</sup>.

L'alternativa tra la definizione del bene giuridico come lo scopo di tutela che la norma incriminatrice (o il legislatore penale) intende perseguire<sup>92</sup> o come l'interesse tutelato *dalla* fattispecie di reato è alla base

---

<sup>90</sup> V. *ultra*, par. 2.4.

<sup>91</sup> Per questa tesi, rinviando ad ulteriori approfondimenti al par. 2.3, G. COCCO, sub *art. 216 l. fall.*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, pp. 1148 ss.

<sup>92</sup> Lo scopo di tutela può atteggiarsi in senso «oggettivo» o «soggettivo»: nel primo caso, il risultato finale che l'interprete trae dalla disposizione incriminatrice (lo scopo «oggettivo» della disposizione incriminatrice) costituisce, sul piano dell'argomentazione giuridica propriamente intesa, un tipico esempio di «argomento teleologico». Se inteso in senso soggettivo, lo «scopo» di tutela si confonde con l'intenzione (per l'appunto, soggettiva) dell'autorità normativa (legislatore ordinario) che ha previsto una determinata fattispecie incriminatrice, isolando, tramite essa, un novero necessariamente limitato di condotte, cui ha attribuito il carattere dell'illiceità penale. Nel procedimento di sussunzione (dottrinale e, soprattutto, giudiziale) si ricorre all'argomento dell'intenzione (o dello «scopo» di tutela) per giustificare (espressamente o, più spesso, implicitamente) interpretazioni estensive o applicazioni analogiche della fattispecie incriminatrice. Su tali profili, si consideri R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 267 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 370 ss.

della tradizionale contrapposizione<sup>93</sup> tra una concezione «pubblicistica» e una concezione c.d. «patrimonialistica» del bene giuridico sotteso al delitto di bancarotta fraudolenta<sup>94</sup>.

### **1.1 Le teorie c.d. «pubblicistiche». Reminescenze della concezione metodologica del bene giuridico.**

L'argomento principale su cui si fondano le teoriche che ravvisano il contenuto offensivo del fatto di bancarotta fraudolenta nell'interesse statale alla tutela dell'economia pubblica<sup>95</sup>, intesa genericamente come l'insieme delle condizioni in virtù delle quali è obiettivamente garantito lo sviluppo dell'attività economica di scambio e di produzione di beni e servizi, risiede nello stringente rapporto di consequenzialità logica che si è intesa istituire tra la qualifica (propria) di «imprenditore» del soggetto agente e l'interesse protetto dalla norma incriminatrice. La circostanza che ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta sia richiesta da parte del soggetto attivo la qualifica di «imprenditore» («se dichiarato fallito») reca con sé due corollari, logicamente coerenti, e tuttavia

---

<sup>93</sup> In particolare, si deve ad un autorevole indirizzo della dottrina il merito di aver ricondotto la radicale difformità di opinioni sull'oggetto giuridico del delitto in esame sul terreno dogmatico della distinzione tra «scopo» ed «oggetto» della tutela, cui corrisponde, come si vedrà, una differente concezione del bene giuridico. In tal senso, G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1939, pp. 279 ss., ora in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, cit., p. 841, il quale, in un'attenta e capillare critica alla concezione «pubblicistica» del bene giuridico, di memoria carrariana, ha modo di evidenziare: «[...] in tanto la bancarotta è punita in quanto è produttiva non soltanto di un danno privato, ma anche di un danno sociale, poiché *interest rei publicae* che il commercio prosperi. Ma non si deve confondere il motivo della tutela con l'interesse tutelato, l'oggetto immediato del reato con quello mediato. Oppure bisogna farlo – ché anche questa via potrebbe essere buona – senza alcuna eccezione, per tutti i reati; e non considerare più, ad es., il furto e la appropriazione come reati contro la proprietà, ma come reati contro il risparmio, poiché anche il diritto di proprietà, come tutti i diritti, non è altro, in definitiva, che uno strumento per il pubblico bene, ed in tanto è protetto in quanto serve, stimolando il risparmio, ad aumentare la ricchezza della nazione».

<sup>94</sup> L'eloquente terminologia classificatoria è mutuata da A. MANNA, *Il bene giuridico protetto*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Utet, Torino, 2012, pp. 11 ss.

<sup>95</sup> Per un'ampia ricostruzione critica in merito alla declinazione del concetto di «economia pubblica» nel diritto penale, per tutti, G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*; l'autore rileva la tendenza a camuffare, per mezzo del bene giuridico meta individuale dell'«economia pubblica», il motivo di tutela della norma penale (v. in particolar del volume citato, p. 183).

difficilmente verificabili sia sul piano dogmatico, sia sul piano empirico-criminologico. Il carattere «proprio» della soggettività attiva del reato fallimentare<sup>96</sup> (ex art. 216, 1° co. l. fall.) si risolve, secondo questo indirizzo ermeneutico, nel postulare l'esclusione dallo spettro offensivo del fattotipico degli interessi – astrattamente suscettibili di formare oggetto della tutela penale – che non siano coerenti e compatibili con la qualifica di imprenditore commerciale, presupponendo, implicitamente, che sussista una relazione giuridicamente fondata di tipo «escludente» tra la qualifica di imprenditore e gli interessi racchiusi nel macro-concetto di «economia pubblica».

Ad un rapido esame delle fattispecie che si collocano nel settore dei «Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio» (Libro II, Titolo VIII, Capo I e II), cui sarebbero espressamente da ricondurre, secondo autorevole opinione, i delitti di bancarotta (fraudolenta e semplice)<sup>97</sup>, non sembra potersi dedurre una relazione stringente tra il bene giuridico, *ivi* individuato nel controverso concetto di «economia pubblica» e la qualifica soggettiva di imprenditore o, comunque, di soggetto esercente un'attività produttiva o di scambio di beni e servizi. E' agevole rilevare che i delitti di cui agli artt. 499 ss. c.p., nonostante appaiono naturalmente destinati – in via preferenziale, almeno – agli operatori economici che

---

<sup>96</sup> Per un'esaustiva disamina della qualifica soggettiva di «imprenditore fallibile», si considerino, *inter alios*, A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., pp. 11 ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 34 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 25 ss.

<sup>97</sup> La tesi è proposta e formalizzata scientificamente con ampiezza di argomentazioni – come si vedrà – da A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, G. Priulla, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, *Monografie di parte speciale*, cit., p. 25; l'esimio autore osserva: «Parimenti, finché non si consideri la bancarotta come reato contro l'economia, l'industria e il commercio, non è possibile spiegare perché mai soggetto attivo del reato possa essere soltanto l'imprenditore commerciale: allo stesso modo come non si spiegherebbe la necessità che il delitto di peculato sia commesso da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, qualora non si volesse riconoscere che tale delitto è lesivo della pubblica amministrazione». In tal senso anche F. GRISPIGNI, *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, cit., p. 136, nt. 2, la cui ricostruzione, tuttavia, si muove nel senso di riconoscere – sebbene implicitamente – il carattere plurioffensivo del delitto di bancarotta, in cui l'economia pubblica («interesse pubblico statale, relativo al normale svolgimento della vita economica e commerciale») si atteggia come l'oggetto della tutela, *mediato* dall'offesa ai diritti dei creditori (oggetto *immediato*). Sul carattere plurioffensivo del delitto di bancarotta fraudolenta, v. *ultra*, par. 2.2.

operano sul mercato (emblematica, in tal senso, l'ipotesi di cui all'art. 501 c.p., c.d. aggio<sup>98</sup>), non limitano la soggettività giuridica all'imprenditore, riferendosi, l'enunciato legislativo, ad un agente privo di specifiche qualifiche («Chiunque»). Finanche la considerazione – sotto il profilo che qui interessa - dell'ipotesi di cui all'art. 501-bis («Manovre speculative su merci»), di più recente conio rispetto alle richiamate fattispecie, non sembra sufficiente a suffragare la tesi di una necessaria implicazione tra bene giuridico e qualifica soggettiva richiesta dalla previsione legale. Vero è che secondo il tenore letterale dell'art. 501-bis, 1° co., c.p., il riferimento testuale all'«esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale» è elemento descrittivo atto a specificare il versante del soggetto attivo, nel senso di configurare un reato proprio (dell'esercente un'attività produttiva o commerciale), ma la dottrina ha concordemente ritenuto che sia sufficiente, ai fini dell'integrazione del fatto-tipico, che il soggetto agente eserciti l'attività anche *occasionalmente*, al solo fine di conseguire proprio gli ingiusti vantaggi di questo reato<sup>99</sup>. Occasionalità nell'esercizio di un'attività economica che esclude *ab origine* il requisito oggettivo della «professionalità», richiesto dall'art. 2082 c.c. ai fini dell'attribuzione agli effetti civili della qualità di «imprenditore».

L'argomento fin qui esaminato desta, inoltre, non poche perplessità di ordine più propriamente dogmatico, giacché il riferito nesso di *reciproca* implicazione tra qualifica soggettiva ed oggetto giuridico del reato rappresenta, tuttora, un aspetto controverso nella teorica del bene giuridico e, di conseguenza, in sede di enucleazione del disvalore di un fatto

---

<sup>98</sup> *Ex multis*, F. MUCCIARELLI, *Aggio*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale della società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 424 ss.; L. D. CERQUA, voce *Reati di aggio*, in *Enc. dir.*, 1989, pp. 887 ss.; G. AZZALLI, *Lineamenti del delitto di aggio nell'attuale legislazione penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, pp. 763 ss.

<sup>99</sup> Così R. CURCI, *Manovre speculative su merci (Art. 501 bis)*, in A. MANNA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. V, *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Utet, Torino, 2010, pp. 735 ss.; N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, Utet, Torino, 1984, p. 788; M. POLVANI, *La repressione delle manovre speculative sulle merci nell'art. 501-bis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1025. *Contra*, nel senso di un reato proprio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 175.



penalmente rilevante. La relazione di intima compenetrazione (o di «connaturalità»<sup>100</sup>) che dovrebbe intercorrere tra queste due categorie (bene giuridico – condizione personale qualificata dell'agente) si presta a costituire un agevole ed efficace strumento logico ed argomentativo per l'individuazione ermeneutica dell'oggettività giuridica di quelle figure di reato in cui alla specificazione legislativa del destinatario del precetto penale corrisponde un bene – *rectius*, un sostrato offensivo – «limitatamente offendibile» o «esclusivamente offendibile»<sup>101</sup>. Sennonché, un tale ragionamento conduce alla sostanziale perdita di autonomia del bene giuridico dalla condizione personale del soggetto agente, descritta dal legislatore nella fattispecie incriminatrice<sup>102</sup>. Ne consegue, come acutamente osservato, la svalutazione del carattere effettuale, materiale e preesistente del bene giuridico<sup>103</sup>, «ridotto» ad una proiezione teleologica dei contenuti di significato degli elementi che partecipano alla descrizione del fatto tipico, tra cui, in misura pervasiva, la qualifica soggettiva. L'esito cui pervengono questi indirizzi interpretativi dimostra l'implicito impianto metodologico che ne è alla base.

---

<sup>100</sup> In questi termini, G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 79 ss.

<sup>101</sup> Nel senso che il reato proprio sarebbe costituito da beni giuridici offendibili dal solo soggetto intraneo, si consideri autorevolmente G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Giuffrè, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Cedam, Padova, 1966, pp. 404 ss. e spec. p. 420; più in generale, sul reato, oltre alle trattazioni manualistiche, si considerino G. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 847 ss.; A. GULLO, *Il reato proprio: dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 5 ss.; E. VENAFRO, *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Utet, Torino, 1996, pp. 337 ss.

<sup>102</sup> Non può escludersi che, nei reati propri o esclusivi che dir si voglia, sussista una «particolare connessione funzionale tra l'interesse tutelato e la posizione rivestita dal soggetto attivo» (in tal senso, T. PADOVANI, voce *Reati della navigazione*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 1119). Il che è diverso dall'aderire ad una ricostruzione dell'oggettività giuridica in termini di un «bene limitatamente o esclusivamente offendibile». La relazione funzionale è certamente un dato di struttura, presente nel quadro descrittivo della fattispecie, che caratterizza il nucleo offensivo del fatto. Nondimeno, ciò non autorizza ad argomentare nel senso di un nesso di necessaria implicazione tra «qualifica soggettiva» e «bene giuridico». Invero, con particolare riferimento alle fattispecie penali fallimentari, non sembra peregrino rinvenire una tale connessione, che verrebbe a caratterizzare, nei termini di un *Handlungsunwert*, la condotta penalmente rilevante. Su tale profilo, v. *ultra*, Cap. II.

<sup>103</sup> Così, A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, cit., pp. 196 ss.

La valorizzazione del momento di contatto tra condizione personale e offesa è *uno* dei passaggi in cui si compendia l'operazione interpretativa volta ad identificare il bene giuridico nello «scopo della norma».

Questa conclusione, cioè l'identità «bene giuridico» e «scopo della norma» risulta confermata allorché si presti attenzione al procedimento di accertamento dell'oggettività giuridica del delitto di bancarotta, proposto dall'autorevole dottrina poc'anzi richiamata<sup>104</sup>. «Solo la considerazione dello scopo della norma integralmente considerata può permettere l'accertamento dell'oggetto giuridico dei singoli reati»<sup>105</sup>: lo scopo *oggettivo* della norma costituisce, secondo questa impostazione, il suo significato intrinseco («la norma stessa in quanto interpretata»).

Attraverso questo processo conoscitivo, in base al quale «dal mezzo» (*rectius*, la norma) si risale al «fine» (lo scopo oggettivo) è consentito all'interprete pervenire alla conoscenza del significato dell'insieme (la fattispecie, nella sua proiezione teleologica), tramite il quale è possibile attribuire un concreto significato al «segno singolo» (cioè agli elementi che, singolarmente, compongono la fattispecie incriminatrice). Tuttavia, l'enucleazione dello scopo oggettivo della norma penale non è sufficiente alla compiuta determinazione dell'oggetto giuridico del reato. Quest'ultimo, d'altronde, non può essere identificato *sic et simpliciter* nel «complesso delle considerazioni finalistiche che stanno a base della norma [...]», bensì è costituito «solo da quell'aspetto di esse che dia ragione della esistenza della norma stessa».

Si esige dall'interprete una preliminare operazione consistente nell'isolare, tra le proiezioni di scopo della norma penale, comunque incidenti sull'atteggiarsi della tutela penale, quel «momento centrale» dello scopo oggettivo che è il bene giuridico di riferimento, cioè la ragione sufficiente

---

<sup>104</sup> V. *supra*, nt. 97.

<sup>105</sup> Così A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 7 ed *ivi* per gli ulteriori riferimenti nel testo.

idonea a spiegare l'essenza e la funzione della previsione incriminatrice nell'ordinamento penale<sup>106</sup>.

In questo complesso procedimento ermeneutico, come si diceva, rilievo assorbente assume la soggettività esclusiva (o propria) del reato in esame: se è solo l'imprenditore (fallito) il soggetto destinatario del precetto penale, il «momento centrale dello scopo della norma» non può che essere ravvisato in *quel* solo «bene» suscettibile di essere lesa, in via esclusiva, dall'agente munito di una qualifica propria<sup>107</sup>: per l'appunto, «l'ordinato esercizio del commercio».

---

<sup>106</sup> Si nega, così, il postulato fondamentale della concezione *realistica* del bene giuridico, cioè la preesistenza di quest'ultimo al dato meramente formale della norma incriminatrice *posta* dal legislatore. Lucidamente, A. PAGLIARO, *Bene giuridico ed interpretazione della legge penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 91 ss., ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, cit., pp. 275 ss. e spec. 278, osserva: «[...] E' evidente che alla proposizione che il bene giuridico è il momento centrale dello scopo, cui la disposizione mira, segue inevitabilmente l'altra, che la determinazione del bene giuridico può solo seguire, e non precedere, la interpretazione». Si tratta di una chiara adesione ai presupposti dell'impostazione metodologica, nonostante non possa trascurarsi di sottolineare come l'autore abbia in più occasioni posto in luce la necessità di integrare il metodo di accertamento dell'oggetto giuridico con una più ampia considerazione della realtà storica e sociale in cui la norma incriminatrice si colloca. In tal senso, più di recente, A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 29 ss.

<sup>107</sup> La tesi in esame, autorevolmente proposta da A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 42 ss., evoca un preciso retroterra dogmatico, cioè la teoria del reato «proprio»; in particolare, vengono in considerazione due differenti concezioni del reato proprio: la teoria della «*Sondernorm*» (c.d. norma propria) e la teoria del «*Sonderrechtsgut*» (bene giuridico proprio). In breve, secondo la prima teorica il reato esclusivo può essere considerato come una «norma a destinazione particolare», nel senso che il precetto contenuto nella disposizione penale è rivolto solo ad una determinata e ristretta cerchia di soggetti, in possesso della qualifica indicata dalla legge. I reati propri («*Sonderverbrechen*») trovano così il loro fondamento nella c.d. «*Sondernorm*». Pertanto, ai fini dell'individuazione dell'oggetto giuridico del reato proprio o esclusivo assume rilievo preminente la ricognizione dei profili di qualificazione del soggetto «destinatario» riservato del comando o del divieto (propri). A ben guardare, la teoria della *Sondernorm* si muove in una prospettiva apertamente imperativistica. La seconda concezione poc'anzi evocata, invece, cioè la teoria del «bene giuridico proprio» come essenza del reato esclusivo postula la priorità logica dell'oggetto giuridico nell'interpretazione della fattispecie: la qualifica soggettiva «dipende» dalla speciale natura del bene giuridico», con il corollario che il concetto di autorità qualificata o ristretta si declina nel senso di una «capacità» o, più precisamente, di una «legittimazione» al reato, cioè alla lesione del bene ad accessibilità ristretta. La «legittimazione al reato», nozione proposta, per la prima volta, da F. CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, pp. 134 ss. e, poi, complessivamente rielaborata da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 135-136) si esprime in una relazione immanente tra il soggetto qualificato e l'interesse tutelato, con l'ulteriore conseguenza che la «legittimazione» viene a costituire un elemento strutturale del reato, rispetto al quale si pone il problema dell'estensione del principio di colpevolezza. Sicchè, nel reato caratterizzato da questa speciale relazione tra soggettività ristretta e interesse tutelato, secondo le scansioni logiche della teoria del *Sonderrechtsgut*, la qualifica «legittimante al reato» deve costituire oggetto del coefficiente psichico doloso. Questo rapido *excursus* dogmatico risulta utile al fine

La lesione di tale bene sussiste – argomenta l'autore<sup>108</sup> - ogniqualvolta siano violati i «principi che regolano l'attività commerciale», sicché «tutti i fatti di bancarotta sono lesivi di tali principi». Il contenuto offensivo del delitto di bancarotta, pertanto, non può essere ravvisato nel mero fatto oggettivo dell'insolvenza che può rappresentare, invero, l'esito di una dinamica imprenditoriale del tutto conforme ai principi dell'«ordinato commercio». L'offesa tipizzata dal legislatore ha natura qualitativa e, al

---

di inquadrare più efficacemente la proposta interpretativa in tema di delitti di bancarotta, elaborata dall'autore poc'anzi richiamato. Si avverte, d'altra parte, un'oscillazione teoretica tra i due ben riconoscibili estremi, cioè la teoria della «norma a destinazione riservata» e la teoria del «bene giuridico proprio». Se si considerano, tuttavia, le conclusioni cui perviene l'autore in punto di qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento, la soluzione si fa più agevole. In sintesi, e secondo questa impostazione, il delitto di bancarotta è «reato proprio dell'imprenditore *fallito*»: il precetto penale (il comando) è in tal senso rivolto ad un soggetto determinato. Ma ciò che attiene alla *direzione* del comando non è necessariamente incidente sulla definizione del *contenuto* della norma penale. Si colgono due equidistanti piani di valutazione: ciò che attiene alla specificazione della direzione del precetto vincolante (*rectius*, della norma penale) non equivale a specificarne il contenuto, cioè a determinare la struttura del fatto tipico. Tale ultimo profilo attiene alla teoria del reato. E' forte in tal senso l'adesione alla matrice imperativistica della norma che è sottesa alla teoria della *Sondernorm*. Affermata così l'«appartenenza» della soggettività ristretta alla teoria della norma e, cioè, al piano del *comando*, e non al contenuto della fattispecie oggettiva, è agevole concludere, per questa teorica, «che la qualità del soggetto attivo [...] sta al di fuori del fatto», e dunque non si richiede che essa formi oggetto del dolo (o della colpa). Ricondotta la bancarotta alla teoria del reato proprio (*del fallito*, non già del mero imprenditore), l'annosa questione della natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento si fa più semplice e lineare: la sentenza ha efficacia costitutiva dello *status* di fallito; questo *status* è «elemento del reato» (non già del fatto tipico); la dichiarazione svolge, pertanto, una funzione *sostanziale*, nel senso di costituire lo *status* del destinatario della norma penale; tuttavia, dalla funzione sostanziale non è necessario che si deduca la qualificazione della sentenza come *elemento costitutivo del reato* o condizione di punibilità. In realtà, la sentenza decide una questione pregiudiziale alla decisione sulla «controversia penale»: se lo *status* di fallito è requisito essenziale del reato, la sentenza che risolve la controversia sullo *status* (nel processo fallimentare) si pone in relazione di pregiudizialità logico – giuridica con la controversia penale. E' una questione pregiudiziale su uno *status personale* rilevante ai sensi degli artt. 19 e 21 del previgente codice di procedura penale. La tesi presenta alcuni aspetti critici, primo fra tutti quello relativo all'entrata in vigore del nuovo codice di rito (1989): il vigente art. 3 c.p.p. ha circoscritto le ipotesi di pregiudizialità extrapenale alle sole controversie sullo *status* di cittadinanza e di famiglia: ne consegue, che la sentenza dichiarativa di fallimento non può più essere considerata, almeno sul piano normativo, una sentenza risolutiva di una controversia pregiudiziale su uno *status*. E' opportuno considerare, nondimeno, un'ulteriore obiezione di rilievo assiologico che è stata mossa alla teorica sinteticamente esposta: lo *status* di fallito è requisito essenziale del reato di bancarotta e, tuttavia, *non* è richiesta una coincidenza temporale tra il *momento* in cui il soggetto agente pone in essere la condotta penalmente rilevante e il momento in cui acquista la qualifica propria, necessaria ai fini dell'integrazione del reato. Lo *status* di «fallito» interviene, infatti, in un momento successivo alla commissione del fatto storico. La dottrina (v. U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 46 ss.) ha avuto modo di rilevare come «attraverso questa interpretazione, s'infrange il principio costituzionale dell'irretroattività della legge penale», dal momento che essa implica «la possibilità che un comportamento legittimo integrati, per successiva assunzione di una qualità personale, un reato». La tesi del reato proprio «a dissociazione temporale eventuale» è accolta *expressis verbis* da P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 35 ss.

<sup>108</sup> V. ancora A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., p. 28.

contempo, l'oggetto della tutela non può essere colto nel suo significato *giuridico* – salvo non aderire ad una concezione del diritto penale fallimentare meramente sanzionatoria di norme civili -, bensì è da intendere come un «vero e proprio bene a contenuto sostanziale», nel suo significato *economico*.

La tesi fin qui esposta, nonostante il carattere stringente e il rigore logico che la anima, non sembra sconfiggere le criticità che la dottrina, in modo pressoché unanime, ha riconosciuto nella c.d. concezione *metodologico-teleologica*<sup>109</sup>, esponendo la categoria dogmatica e sistematica del bene giuridico alla surrettizia dispersione della sua funzione *critica* (in rapporto al processo di criminalizzazione)<sup>110</sup> e, soprattutto, *dogmatico-interpretativa*, dando luogo a quello che è stato eloquentemente definito come un «circolo ermeneutico»<sup>111</sup>, un vizio *logico* del metodo in esame, le cui criticità si riverberano anche nell'ambito della ricognizione della struttura del fatto tipico. Si è osservato come «la ragione per cui la concezione metodologica desta perplessità consiste proprio nel fatto che essa, portando a condensare l'intero contenuto di disvalore attorno al concetto di bene giuridico, favorisce la confusione tra le diverse zone di disvalore che vanno rigorosamente distinte»<sup>112</sup>. Ne deriva, proprio in relazione all'interpretazione della fattispecie di bancarotta fraudolenta, una sorta di «obliterazione» del disvalore di evento, il quale viene a coincidere – o, più correttamente, a confondersi – nel momento strumentale (e *non* già finale) dell'offesa (disvalore di condotta), dando luogo ad una complessiva formalizzazione del fatto tipico. Chiaro esempio ne è l'affermazione secondo cui il fatto di bancarotta è tale in quanto *lesivo* dei principi dell'ordinato esercizio del commercio: si intuisce, così, come l'offesa, lungi

---

<sup>109</sup> In tal senso, limpidamente F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 197 ss.

<sup>110</sup> Per una ricognizione della funzione *critica* della teoria *materiale* del bene giuridico, si considerino G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 3 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 8 ss.

<sup>111</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 204.

<sup>112</sup> Per tale rilievo, A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, cit., p. 196.

dal costituire un momento autonomo ed estrinseco nella struttura del fatto, retroceda, fino a confondersi con essa, in direzione della condotta. Sicchè può dirsi, con una perifrasi, che è tipica la condotta che è lesiva di quei principi; il che equivale ad affermare che è *tipica* la *violazione* (comportamento antidoveroso) delle regole che presiedono all'ordinato esercizio del commercio. La norma penale, nel suo contenuto precettivo, si traduce nel risvolto deontologico negativo di se stessa, *i. e.* il «divieto» di essere violata.

### **1.2 La formalizzazione per via pretoria dell'offesa: il giudizio di antidoverosità della condotta come momento assorbente l'accertamento del fatto tipico.**

Date queste premesse, si comprendono le ragioni che giustificano lo spessore problematico che ha assunto la disputa sul bene giuridico in un settore complesso e per sua natura delicato come quello penale fallimentare, dove si avverte come pregiudiziale l'individuazione di un oggetto giuridico che sia tale da costituire per il giudice un valido parametro ermeneutico, tramite il quale discernere, nel procedimento di sussunzione del fatto storico nella dimensione normativo - astratta della fattispecie, le condotte *concretamente* offensive di un bene estrinseco, la cui lesione risulti empiricamente verificabile<sup>113</sup>, dai comportamenti che, nel *continuum* economico-gestionale dell'impresa, possono aver rappresentato una deviazione più o meno intensa, un'elusione o una violazione diretta delle regole giuridiche o dei parametri qualitativi («normalità della gestione»; «interesse sociale dell'impresa» e via dicendo) che presiedono l'esercizio di un'impresa, tuttavia inespessivi del disvalore richiesto ai fini dell'integrazione del fatto tipico.

---

<sup>113</sup> Così, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 114 ss.

Una tale esigenza si fa ancor più impellente in considerazione dei recenti indirizzi giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta<sup>114</sup>, in cui è dato osservare la tendenza a derubricare il momento processuale dell'accertamento della componente offensiva della condotta di «distrazione» nel mero riscontro, in sede motivazionale, della *contrarietà* dell'atto di disposizione patrimoniale (*rectius*, dell'operazione economica!), posto in essere dall'imprenditore, a criteri di giudizio formalistici, arbitrariamente selezionati dal giudice, cui si ritiene debba conformarsi il

---

<sup>114</sup> *Ex multis*, si possono considerare come emblematiche dell'orientamento segnalato nel testo: Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, in *Dejure online*, secondo cui «la condotta sanzionata dalla L. Fall., art. 216 - e, per le società, dall'art. 223, comma 1 - non sia quella di avere cagionato lo stato di insolvenza o di avere provocato il fallimento, bensì - assai prima - quella di depauperamento dell'impresa, consistente nell'averne destinato le risorse ad impieghi estranei all'attività dell'impresa medesima. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla deminutio patrimonii (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà - sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verifica - da parte dell'autore»; Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, in *Diritto e giustizia*, online, con nota adesiva di C. RITA LEDA; Cass., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532, in *Dejure online*; Cass. sez. V, 4 novembre 1993, n. 11498, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, pp. 677 ss.; Cass., sez. V, 8 gennaio 1996, n. 2843, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, pp. 497 ss.; Cass., sez. V, 3 ottobre 2003, n. 37565, in *Dejure online*, ove si legge: «in tema di bancarotta fraudolenta, gli atti di disposizione che determinano un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene (nella specie, la stipulazione di un contratto preliminare di vendita immobiliare), possono configurare un'ipotesi di distrazione solo quando detto vincolo sia privo di inerenzia alle finalità dell'impresa [...]». V. inoltre, Trib. Monza, 11 luglio 2001, in *Foro Ambrosiano*, 2002, pp. 110 ss.; Cass., sez. V, 5 giugno 2003, in *Foro it.*, 2004, II, p. 528. L'impostazione ora segnalata incide anche sul versante soggettivo del giudizio di responsabilità penale per bancarotta fraudolenta distrattiva: così, ai fini dell'accertamento del dolo generico, si ritiene sufficiente la mera consapevolezza da parte del soggetto agente di aver destinato le risorse patrimoniali per una finalità diversa da quelle d'impresa. Si tratta, invero, del ricorso al modello di semplificazione probatoria del *dolus in re ipsa*, secondo cui la sussistenza del coefficiente psichico *reale* (dolo generico) può essere desunta, in via presuntiva, dal fatto stesso che il soggetto ha realizzato una condotta penalmente rilevante (es. destinazione di beni sociali a finalità estranee all'oggetto sociale). In tal senso: Cass., sez. V, 9 marzo 1999, n. 4424, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, pp. 1204 ss., di cui si consideri la massima: «In tema di bancarotta per distrazione, per verificare la sussistenza del dolo appare sufficiente accertare che l'atto dispositivo che ha comportato diminuzione patrimoniale sia privo di sinallagma rispondente al fine istituzionale dell'impresa e, poiché per la realizzazione del reato è richiesto il dolo generico (ravvisabile, a volte, "in re ipsa"), la divergenza obiettiva dell'atto di disposizione da tale fine (che è l'unico cui devono ispirarsi gli atti di gestione), dà sufficientemente conto della direzione del volere dell'agente, essendo del tutto irrilevanti i motivi che hanno determinato il comportamento del soggetto». Più di recente, in senso apertamente conforme, Cass., sez. V, 30 gennaio 2015, n. 29099, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 14 gennaio 2010, n. 11889, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3574 ss.; Cass., sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in *C.E.D. Cass.*, 2015; Cass., sez. V, 4 giugno 2014, n. 35093, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 261446; Cass., sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 251214; Cass., sez. V, 2 marzo 2006, n. 7555, in *C.E.D. Cass.*, n. 233413; Cass., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835, in *C.E.D. Cass.*, 2002.

normale ed ordinato esercizio dell'attività imprenditoriale, soprattutto in forma societaria (art. 223, 1° co., l. fall.).

Il ricorso a questi evanescenti criteri di valutazione del singolo atto di gestione (estraneità dell'operazione all'«interesse sociale», «anormalità» dell'atto di gestione, contrarietà agli scopi sociali e via dicendo)<sup>115</sup> si traduce, sul piano processuale, in una progressiva formalizzazione<sup>116</sup> del contenuto sostanziale dell'illecito penale, consentendo al giudice (e, prima ancora, alla pubblica accusa) di eludere la dimostrazione probatoria che quella «isolata» operazione economica ha determinato una lesione effettiva (o un pericolo di lesione) del fabbisogno di garanzia dei creditori. Come appare evidente, l'estraneità della condotta «economica» dell'imprenditore e/o del soggetto apicale, nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria, agli interessi societari, anche se cristallizzati nelle fonti negoziali costitutive della società (atto costitutivo, statuto), non ha alcuna efficacia inferenziale di per sé concludente sull'effettivo depauperamento della garanzia patrimoniale.

Di conseguenza, se non sembra si possa affermare che l'estraneità all'interesse sociale di un'operazione economica (es. aumento del capitale sociale, con correlata sottoscrizione delle azioni o quote corrispondenti da parte di una società del gruppo cui appartiene l'impresa fallita) sia sufficiente per inferire un pericolo concreto di pregiudizio patrimoniale (o l'effettiva verifica del medesimo)<sup>117</sup>, l'attribuzione a tale parametro di un valore probatorio concludente appare come l'esito dell'applicazione di un ragionamento presuntivo. D'altra parte, i risultati cui si è pervenuti in sede di ricognizione storica della matrice processuale - probatoria della fattispecie di bancarotta fraudolenta<sup>118</sup> dovrebbero suggerire come l'impiego di formule probatorie a carattere presuntivo, estranee di per sé al

---

<sup>115</sup> Per la giurisprudenza, v. *supra*, nt. 114.

<sup>116</sup> Sul processo di «formalizzazione» processuale del profilo lesivo del fatto tipico, si consideri S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., pp. 99 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>117</sup> Per tale rilievo, N. SELVAGGI, *Estraneità dell'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 97 ss.

<sup>118</sup> V. *retro*, Cap. I.



metodo oggettivo di accertamento dei fatti nel processo penale<sup>119</sup>, trovi la sua più realistica spiegazione nella stessa formulazione della struttura oggettiva del delitto in esame, cioè in quel peculiare *deficit* di descrittività della condotta di «distrazione» che, non a caso, si presenta come un concetto sussidiario rispetto alle altre forme in cui può estrinsecarsi l'azione tipica<sup>120</sup>.

Rinviando ad altro momento un'ulteriore valutazione del processo di «impoverimento» dei contenuti tipologici della fattispecie (*in primis*, l'intrinseca e necessaria componente offensiva)<sup>121</sup>, può osservarsi, in definitiva, che le aporie poc'anzi segnalate cui conduce l'individuazione dell'oggetto giuridico nel vago e polivalente concetto di «ordinato esercizio del commercio», cioè la sostanziale svalutazione del disvalore di evento, come momento strutturale e necessario del fatto tipico, si riproducono, *per via pretoria*, nelle attuali tendenze volte ad esaurire l'accertamento dell'evento offensivo (lesione o pericolo) in un giudizio di «antidoverosità» della condotta, svolto alla luce di criteri di esercizio dell'attività di impresa già richiamati, concepiti come *cogenti* parametri deontologici. Esiste, a parere di chi scrive, una plausibile spiegazione che accomuna le due tendenze (l'una, si potrebbe dire, «teorica», l'altra, giurisprudenziale), la cui comprensione è essenziale soprattutto per ragioni di ordine pratico. In realtà, la fragilità teorica della distinzione tra il bene giuridico, inteso come ente di realtà preesistente alla previsione legislativa, e lo scopo della norma, *i.e.* «la *ratio* dell'incriminazione [che] si identifica con la stessa fattispecie vista in chiave teleologica»<sup>122</sup> assume contorni paradigmatici nel momento applicativo della norma incriminatrice. Nonostante il costante

---

<sup>119</sup> Sul contraddittorio in senso oggettivo come metodo di accertamento nel procedimento penale, *inter alios*, G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 489 ss.; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 1388 ss.; E. AMODIO, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 4, pp. 103 ss.; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 197 ss.

<sup>120</sup> *Ex multis*, E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 288 ss. Sulla natura *residuale* della «distrazione» nell'economia del fatto tipico *ex art.* 216, 1° co., n. 1, si tornerà al Cap. II, sez. I.

<sup>121</sup> *V. ultra*, par. 2.3.

<sup>122</sup> Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196.

riconoscimento, da parte della consolidata giurisprudenza, dell'oggetto immediato della tutela negli interessi patrimoniali della massa dei creditori, come tali concretamente aggredibili, la centralità dirimente che assumono, nel procedimento giudiziale di sussunzione, i parametri di regolare e fedele gestione dell'attività d'impresa, segnala lo spostamento dell'asse teleologico della fattispecie in direzione di una fase per così dire «eccentrica» e antecedente rispetto all'evento di pericolo o di lesione, a carattere quantitativo (pregiudizio quantificabile all'interesse dei creditori).

Questa retrocessione sulla condotta definisce un diverso profilo offensivo del fatto, questa volta a carattere *qualitativo*, sintetizzabile in un giudizio di difformità dell'atto di disposizione patrimoniale rispetto al modo *fisiologico* di esercizio dell'impresa. Si coglie in questi argomenti la riemersione di quello scopo tutela («l'ordinato svolgimento del commercio») che, sul piano delle enunciazioni formali, si è tentato di superare affermando, forse tralattivamente, che ai fini dell'integrazione del fatto tipico *ex art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.* è necessario accertare un pericolo (più o meno concreto)<sup>123</sup> per le ragioni dei creditori.

Un risvolto di queste «metamorfosi» processuali dell'offesa tipizzata, la cui ragione ultima è pur sempre da rintracciare nella difficoltà di provare il carattere distrattivo di un'operazione in modo autonomo dai criteri formalistici di cui sopra, si apprezza anche in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo generico; in sintesi, alla necessaria volontà e rappresentazione degli elementi costitutivi del fatto-tipico (nel loro significato di disvalore) si sostituisce, all'occorrenza, la consapevolezza da parte del soggetto attivo che l'atto dispositivo non appaia giustificabile rispetto al fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale<sup>124</sup>.

La prospettiva fin qui delineata intorno alla «questione» del bene giuridico non appare rassicurante, nel momento in cui si ha cura di

---

<sup>123</sup> Sull'atteggiarsi del pericolo nella struttura oggettiva della fattispecie in esame, v. *ultra*, Cap. II.

<sup>124</sup> Così, *ex multis*, recentemente, Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, cit.

sottoporre le tendenze della prassi ad un'attenta verifica di conformità ai canoni assiologici del diritto penale. Queste latenti e sottili logiche argomentative di «manipolazione» giurisprudenziale del «tipo criminoso» destano fondate perplessità in ordine all'osservanza del principio di legalità (art. 25, 2° co., Cost.), e dei suoi corollari, e del principio di necessaria offensività<sup>125</sup>, accolto dalla giurisprudenza costituzionale<sup>126</sup> come preminente e autonomo «criterio interpretativo applicativo affidato al giudice»<sup>127</sup>.

La distanza di questo settore della legislazione complementare dai principi che governano la materia penale è destinata ad aggravarsi, in considerazione dei gravi *vulnus* al diritto alla prova in senso soggettivo e al metodo dialettico di cui all'art. 111 Cost., 2°, 3° e 4° co. Cost. cui dà luogo l'indirizzo giurisprudenziale già segnalato<sup>128</sup> in sede processuale<sup>129</sup>. Nondimeno, la specialità del diritto penale fallimentare – con particolare riferimento alle ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, propria ed impropria – si coglie anche sotto un ulteriore angolo visuale, in cui l'attrito con la Costituzione si fa ancora più significativo, allorchè si consideri

---

<sup>125</sup> In generale, sul principio di offensività, oltre alle trattazioni manualistiche più volte richiamate, si veda: F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 313 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 886 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice penale*, 1994, pp. 276 ss.; G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 711 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 129 ss.

<sup>126</sup> La tesi della «doppia incidenza» del principio di offensività, in astratto rivolto al legislatore penale e, nell'applicazione concreta delle norme penali, rivolto al giudice, è stata progressivamente formalizzata dalla giurisprudenza costituzionale, in diverse pronunce: Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3083; Corte cost., 11 luglio 2000, n. 263, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 204, con nota di I. FERRARA, *Osservazioni sulla offensività della fattispecie di violata consegna (art. 120 c.p. m.p.)*; Corte cost., 21 ottobre 2000, n. 519, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 6 ss.; e, in particolare, Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 3320, che, nel rigettare la questione di illegittimità costituzionale sollevata in merito alla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 707 c.p., ha modo di rilevare che «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o, comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale ("offensività in astratto"), e dell'applicazione giurisprudenziale ("offensività in concreto"), quale criterio interpretativo applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato».

<sup>127</sup> Così Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, cit.

<sup>128</sup> Per l'indirizzo giurisprudenziale richiamato nel testo, v. *supra*, nt. 114.

<sup>129</sup> V. *ultra*, par. 2.3

l'affermazione della «libertà d'iniziativa economica privata» di cui all'art. 41, 1° co., Cost.

Nonostante si tratti di un aspetto di portata più generale che investe, probabilmente, l'intero contesto del «diritto penale dell'economia» (o, più esattamente, dei c.d. reati funzionalmente economici<sup>130</sup>, poiché inseriti nell'esercizio di un'attività d'impresa), nel settore in esame assume note peculiari e paradigmatiche, per l'assorbente motivo che, intervenuto il fallimento (in senso formale), il complessivo svolgimento storico di una determinata attività d'impresa si presta all'indagine e alla speculazione di diversi organi *lato sensu* giurisdizionali: il giudice fallimentare, il giudice delegato, il curatore fallimentare ed, eventualmente, nell'ipotesi che qui interessa, il Pubblico ministero e, infine, il giudice penale. Ogni segmento di questo processo di controllo corrisponde ad una funzione predeterminata *ex lege*: ragion per cui, gli elementi che assumono rilievo nell'indagine (materiale e documentale) risentono, per una stringente necessità, della prospettiva funzionale alla quale sono preordinati gli *specifici* poteri di intervento, di verifica, di richiesta di informazioni, di acquisizione ed approfondimento degli elementi rilevanti. L'attività di indagine (ed, eventualmente, di *pre-inchiesta*<sup>131</sup>) del Pubblico ministero e quella giurisdizionale del giudice, cui è devoluta, una volta formulata, la decisione sull'imputazione, si caratterizzano, per la loro intrinseca conformazione

---

<sup>130</sup> Per tale categorizzazione, C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 293 ss. e spec. p. 295, il quale distingue due differenti approcci nella sistematizzazione concettuale dei c.d. «reati economici»: l'approccio, per l'appunto, «funzionale», secondo cui il requisito dell'economicità deriva dall'assorbente rilievo del contesto in cui è realizzato il fatto penalmente rilevante: cioè l'esercizio dell'attività d'impresa; ed un approccio c.d. «effettuale», in base al quale è «economico» quel reato sostanzialmente imperniato sulla lesione o messa in pericolo di «interessi economici». Si tratta, a ben guardare, di approcci coordinati ma teoricamente distanti: il primo guarda al reato economico secondo le categorie proprie della ricerca criminologica e sociologica, essendo preminente la considerazione delle «cause» sottese alla criminalità economica e la classificazione tipologica degli autori del crimine c.d. economico. Il secondo, viceversa, pone come parametro di qualificazione gli interessi meritevoli di tutela penale: è una prospettiva di indagine critico-dogmatica e, al contempo, politico-criminale, avente ad oggetto l'analisi delle tecniche di criminalizzazione e, quindi, di formulazione delle fattispecie incriminatrici, la selezione legislativa dei beni giuridici suscettibili di tutela e così via. Tuttavia, data la labilità della nozione di «interessi economici», si rivela dotato di un maggior grado di descrittività categoriale il primo approccio, quello «funzionale».

<sup>131</sup> Si consideri *amplius*, R. APRATI, *Notizia di reato*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino, 2009, pp. 4 ss.

tecnico-normativa, per un potenziale invasivo nell'esercizio «storico» dell'impresa più consistente rispetto ai precedenti segmenti funzionali di controllo, con la prevedibile conseguenza di determinare, in astratto, una maggiore compressione di quella libertà di iniziativa economica che, stante l'intervento fallimento, si risolve in una garanzia di «sindacabilità limitata» *ex post* delle scelte economico-gestionali.

In quest'ordine di idee, e date queste pur ovvie premesse, la promessa di tipicità (o l'attesa di quella «legalità offerta»<sup>132</sup>) della fattispecie penale fallimentare si fa più insistente: sia negli stadi embrionali del procedimento penale, esigendo una selezione del «fatto storico», astrattamente suscettibile di integrare la *notitia criminis*, più intensa rispetto a quella ad es. operata dal curatore fallimentare nella sua relazione<sup>133</sup>; sia nello stadio più avanzato del processo penale, cioè nel giudizio di tipicità, momento centrale del procedimento di sussunzione. In questo più ristretto ambito del percorso di accertamento della responsabilità penale per un fatto di bancarotta si allignano le tendenze volte a ritenere sufficienti la mera condotta di «*mala gestio*» dell'imprenditore o del soggetto apicale per inferirne la lesività in concreto degli interessi patrimoniali dei creditori. Ne deriva, come è stato acutamente suggerito<sup>134</sup>, che la contestazione dei delitti in esame è suscettibile di tradursi in uno «strumento di controllo dirigitico sul governo dell'impresa, tale da legittimare un vero e proprio sindacato giurisdizionale sul merito delle scelte imprenditoriali, racchiuse in comportamenti, *ex post* rivelatesi privi di successo»<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Nel senso di una crisi tra «legalità offerta» e «legalità raggiunta», T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., p. 535.

<sup>133</sup> Sul ruolo del curatore fallimentare nella procedura concorsuale, v. D. SCANO, *Il curatore*, in V. BUONOCORE, A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Cedam, Padova, 2010, pp. 117 ss. ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

<sup>134</sup> Dalla ricognizione dei *limiti* del sindacato penale sull'attività d'impresa si muove la preziosa riflessione di F. STELLA, *Fatti di bancarotta e intervento del magistrato punitivo*, in AA. VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Milano, 1978, pp. 121 ss., le cui conclusioni, invero isolate presso la letteratura penalistica sul tema, saranno più innanzi approfondite.

<sup>135</sup> Così N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 9 -10.

L'esigenza di definire un *limite* esterno al sindacato del giudice penale nella crisi di impresa, attraverso il recupero, per mezzo di un'interpretazione in chiave teleologica, di un più elevato e compiuto grado di selettività oggettiva della fattispecie, è alla base di quelle teoriche<sup>136</sup> che hanno in radice contestato la «pubblicizzazione» del bene giuridico, foriera di distorcere il giudizio di conformità al tipo (c.d. *Tatbestandsmäßigkeit*) in funzione della repressione di atti economico - gestionali che si sostanziano nell'infrazione di meri parametri deontologici<sup>137</sup>. Così, il diritto penale sconta il prevedibile rischio di essere asservito ad un'incerta «etica del comportamento» (anziché del «risultato»<sup>138</sup>), difficilmente praticabile in questo settore di attività (l'esercizio di un'impresa privata) che, a differenza di altri, oggetto di una *diretta* regolamentazione normativa e amministrativa, risulta immune dalla cogenza di regole di condotta «funzionali alla creazione e alla conservazione di dinamiche economiche [...] razionalmente afferrabili ed empiricamente verificabili», la cui violazione *può* costituire, in contesti *istituzionali* differenti (es. mercato mobiliare<sup>139</sup>), un razionale paradigma di intervento penale<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> V. *ultra*, par. 2.2.

<sup>137</sup> Nello specifico, con riferimento ai reati di bancarotta, A. MANNA, *Il bene giuridico protetto*, cit., p. 54, il quale osserva, in modo condivisibile, che «laddove la prospettiva di tutela venga assunta in questa chiave funzionale», cioè in senso latamente pubblicistico («ordinato svolgimento del commercio»), «[...] i reati di bancarotta inevitabilmente rischiano di assumere la dimensione di reati di infedeltà, nel senso, cioè che costituirà inevitabilmente reato il comportamento “infedele”, rispetto alla funzione relativa all’ordinato esercizio del commercio». Più in generale, sulla tendenza della sanzione penale ad assumere una funzione latentemente «paideutica» nel settore del diritto penale economico, attraverso la «creazione» (in via legislativa o pretoria) di «bene giuridici» impalpabili empiricamente ed inafferrabili in sede processuale, N. MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 509 ss.; M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 190 ss.; G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, cit., pp. 142 ss.

<sup>138</sup> In senso critico, G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 345.

<sup>139</sup> La possibile legittimità (in astratto) di un paradigma di intervento penale imperniato sulla sanzione di comportamenti (es. «*market abuse*») posti in essere in violazione di predeterminate regole di condotte, aventi carattere costitutivo dell'istituzione «*mercato finanziario*», è stata proposta, di recente, da C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA. VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 51 ss. Nel senso, invece, della valorizzazione del paradigma dei «reati ad offesa funzionale», posti a presidio delle «regole del gioco» che governano il mercato finanziario, come «luogo giuridico che non potrebbe esistere, senza una previa regolamentazione [...]», si consideri T. PADOVANI, *Diritto*

---

penale della prevenzione e mercato finanziario, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 634 ss. La tesi di una «sanzione penale» delle «regole del gioco» è stata proposta da C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, cit., pp. 17 ss., ora in ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, cit., pp. 127 ss. Analogamente, G. LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Cacucci ed., Bari, 2004, *passim*. *Contra*, nel senso che i reati afferenti al settore di attività del mercato finanziario costituiscono «ipotesi tipiche di reati senza offesa», G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. I, *Teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 828 ss.

<sup>140</sup> Sia consentita una precisazione: è chiaro che il ragionamento di cui sopra sarebbe teoricamente «praticabile» ove si considerasse l'impresa come diretto ed immediato oggetto di tutela penale. Sentiero interpretativo, quest'ultimo, che è pur stato tentato, come si vedrà più oltre. Tuttavia, non sembrano reperibili nell'ordinamento giuridico (e, in primo luogo, sul piano costituzionale), indici normativi dai quali desumere l'ipostatizzazione dell'«impresa» a luogo giuridico istituzionale, suscettibile di una tutela in sede penale. Certo: non può dirsi che l'impresa o, più precisamente, il suo esercizio sia scevro da regole giuridiche cogenti (si consideri, in primo luogo, quelle poste a tutela della garanzia patrimoniale, ex artt. 2740 c.c. ss.). Nondimeno, quelle stesse regole che descrivono (e prescrivono) limiti all'iniziativa economica imprenditoriale, oltre i quali l'agire dell'imprenditore sconfina nella lesione di diritti altrui (creditori, soci, azionisti, imprese del gruppo), non paiono proiettarsi in direzione di una *ratio* di tutela sovraordinata, riconducibile ad un'ipostatizzata «dinamica economica dell'impresa», concepita quale «istituzione», al pari della struttura del mercato mobiliare che, viceversa, è esso stesso *oggetto* di una disciplina ordinaria e regolamentare. Sicchè, può costituire il referente ultimo della tutela approntata da una disciplina penale. Con ciò non si vuole inoltre affermare che quelle regole di natura civilistica e commerciale siano del tutto indifferenti in sede penale: ciò costituirebbe, a ben guardare, un grave errore prospettico. La relazione esiste ed è giuridicamente fondata nelle norme penali incriminatrici, *integrate* dalle norme fallimentari che statuiscano, ad es., i presupposti di applicabilità della disposizione penale (v. art. 1, l. fall.; art. 5, l. fall., con riferimento all'ipotesi «non controversa» di bancarotta postfallimentare ex art. 216, 2° co., l. fall.). Al contempo, non è da escludere l'incidenza diretta delle norme poc'anzi richiamate nella conformazione sostanziale dell'illecito penale fallimentare: l'antidoverosità della condotta dell'imprenditore (o dell'amministratore di società, e via dicendo), apprezzata sul piano della conformità alle regole giuridiche che presidono l'attività societaria, può partecipare a individuare il disvalore complessivo del fatto, descrivendo uno specifico disvalore di azione (*Handlungsunwert*). E' questa, esemplificando, l'interessante proposta di U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 173 ss. che, valorizzando l'elemento della soggettività esclusiva del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare – secondo lo stimato autore, *reato proprio dell'imprenditore fallibile* -, lo inquadra «tra i reati di infedeltà patrimoniale». La qualità personale di imprenditore, si sostiene, non è mero elemento del fatto (*Tatbestandsmerkmal*), ma è anche, e soprattutto, un coefficiente della condotta (*Handlungsmerkmal*): «la qualità di imprenditore influenza fin dal suo sorgere il disvalore della condotta, nonché i rapporti fra il reo e la parte lesa; la stessa valutazione del carattere fraudolento della condotta dipende dalla qualità di imprenditore del soggetto attivo». Da qui la rilevanza dell'errore sulla qualifica soggettiva ex art. 47 c.p.

E' ben evidente, comunque, la distanza teorica (con significativi precipitati applicativi) tra una simile impostazione interpretativa, la quale pur sempre si muove in una ben salda cornice «patrimoniale» (come immediato oggetto della tutela), e la ricostruzione richiamata nel testo, che si risolve in una sorta di commistione tra il disvalore modale dell'offesa e quello che, invece, è imperniato sul suo esito.

## 2. La tutela della garanzia patrimoniale dei creditori: i presupposti teorici e i riflessi sulla struttura oggettiva della fattispecie.

La concezione c.d. «patrimoniale» del delitto di bancarotta fraudolenta rinviene i suoi postulati teorici in una ben precisa configurazione del rapporto giuridico intercorrente tra l'imprenditore commerciale (*rectius*, fallibile) e la massa dei creditori dell'impresa (soci, finanziatori, fornitori, ed altri soggetti). Alla prima e per così dire «originaria» intuizione di un'autorevole dottrina commercialistica<sup>141</sup>, che ravvisava nel vincolo al soddisfacimento dei creditori, gravante sui *solī beni* dell'imprenditore-debitore, ai sensi dell'art. 1949 c.c. del previgente codice civile, il fondamento normativo dell'incriminazione per bancarotta, è seguito, da parte della dottrina penalistica più attenta<sup>142</sup>, il tentativo di una formalizzazione del percorso teoretico di accertamento dell'oggetto giuridico dei reati di bancarotta, caratterizzato, nei suoi obiettivi, dall'esigenza di ridurre la sanzione penale a mero presidio dell'effettività di un obbligo civilistico.

A prescindere, infatti, da una ricognizione delle plurime concezioni, di matrice civilistica e processualistica, avvicendatesi intorno al concetto di «garanzia patrimoniale» ex art. 1949 c.c. (l'antesignano dell'art. 2740 c.c.), è necessario per l'indagine penalistica cogliere la struttura funzionale del fenomeno descritto dalla normativa civilistica. Questa deve essere individuata nella finalizzazione dei *beni* del debitore (*rectius*, dell'imprenditore) alla realizzazione dell'interesse patrimoniale dei creditori. Ridotto a questi minimi termini il concetto di «garanzia patrimoniale», è giocoforza osservare come il soddisfacimento del diritto di credito – a prescindere da ogni considerazione sulla natura di questa situazione giuridica soggettiva, sia essa *relativa* o abbia un contenuto *reale*, e così via –, vantato dai creditori, esiga la *conservazione* di quei *beni* (a

---

<sup>141</sup> ALF. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, cit., pp. 39 ss.

<sup>142</sup> In Italia, senza alcun dubbio, G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., *passim*; ID., *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, cit., *passim*.



vario titolo «del» debitore) che costituiscono il sostrato, economicamente apprezzabile e, pertanto, giuridicamente aggredibile in via esecutiva (individuale o concorsuale) della medesima garanzia. In questa stringente logica funzionale, che è propria dell'istituto civilistico della responsabilità patrimoniale, il diritto penale interviene, in base a questa ricostruzione, a tutela dell'interesse dei creditori alla conservazione del *valore* (e non già di ogni singolo bene, concretamente inteso) ed alla «ostensibilità» del patrimonio del debitore, «poiché la garanzia patrimoniale – osserva G. Delitala – non può praticamente realizzarsi se il debitore non ha beni, o se, pur avendone i creditori non sono in grado di conoscere che appartengono a lui»<sup>143</sup>. E' consequenziale, allora, che la legge intervenga a garantire l'attuazione dell'interesse dei creditori: ora la legge *civile*, attraverso la predisposizione di mezzi cautelativi e preventivi di conservazione della garanzia patrimoniale (azione revocatoria, azione surrogatoria, azione di sequestro); ed ora la legge *penale*, attraverso le norme incriminatrici la bancarotta fraudolenta e semplice, il cui oggetto immediato della tutela «è [...] costituito dal diritto di credito, che trova in tali incriminazioni una immediata difesa sopra un triplice fronte: da un lato contro gli atti di illecita disposizione dei propri beni da parte del debitore, dall'altro contro la violazione dell'obbligo di ostensibilità, imposto dalla legge con le scritture di commercio, dal terzo contro il favoreggiamento di alcuno dei creditori a danno della massa». Si ricostruisce così la struttura *tripartita* dell'attuale sistema penale fallimentare: la bancarotta fraudolenta o semplice patrimoniale ( *ex art. 216, 1° co., n. 1 e 3° co.; art. 217, 1° co., nn. 1-5; art. 223, 1° co. e art. 224, 1° co., nn. 1-2*), la bancarotta fraudolenta o semplice *documentale* ( *art. 216, 1° co., n. 2; art. 217, 2° co.; art. 223, 1° co. e art. 224, 1° co., n. 1*) e, infine, la bancarotta preferenziale, *ex art. 216, 3° co., l. fall. e, per rinvio, art. 223, 1° co.*

In quest'ordine di idee, i reati fallimentari possono essere coerentemente ricondotti al novero dei reati contro il patrimonio:

---

<sup>143</sup> Così G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., p. 836, ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

naturalmente, il patrimonio o, per meglio dire, l'interesse a contenuto patrimoniale dei creditori alla conservazione del valore economico della garanzia (anch'essa patrimoniale) di realizzazione dei diritti di credito. Il che significa, in sostanza, tutelare, in sede penale, le condizioni oggettive perchè l'interesse dei creditori possa trovare un'efficace attuazione, limitatamente a *quella parte di patrimonio* che è funzionale (vincolata) all'adempimento delle obbligazioni contratte dal debitore commerciale.

La tesi fin qui esposta merita di essere approfondita sotto più profili al fine di coglierne le implicazioni sistematiche e quelle esegetiche sulla struttura del fatto tipico, i suoi sviluppi e, non in ultimo, il reale spessore delle obiezioni che ad essa sono state mosse nel dibattito dottorale. Obiezioni che, per inciso, costantemente si ripropongono all'attenzione dell'interprete (e del giudice), a fronte di un orientamento giurisprudenziale che, pur saldo nell'identificazione nell'interesse patrimoniale della massa dei creditori il bene giuridico presidiato dalle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non accoglie in tutti i suoi esiti sulla struttura oggettiva del fatto la tesi in esame<sup>144</sup>.

## **2.1 «per la contraddizione che nol consente». Tipicità e antigiusuridicità nella concezione patrimoniale. Il paradosso solo apparente della bancarotta.**

Vi è un aspetto della teoria «patrimoniale» dell'oggetto giuridico del delitto di bancarotta fraudolenta particolarmente trascurato dalla riflessione contemporanea<sup>145</sup>. Eppure esso costituisce la base teorica su cui non solo si è sviluppata la concezione in esame<sup>146</sup> ma, al contempo, rappresenta un importante argomento – se positivamente riscontrato in sede dogmatica –

---

<sup>144</sup> V. *ultra*, Cap. II.

<sup>145</sup> Lo richiamano, in tempi relativamente recenti, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 13 ss.

<sup>146</sup> Qui il riferimento è alla penalistica successiva all'indagine di G. Delitala, tra cui, in primo luogo, nel suo primo studio sul tema, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 1111 ss., ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, cit., pp. 971 ss.

per avvalorare la tesi dell'estraneità della dichiarazione di fallimento, nel suo effetto costitutivo lo stato di insolvenza (art. 5, l. fall.), dall'orbita offensiva della fattispecie incriminatrice.

La teoria che ravvisa l'oggetto giuridico nel «diritto di credito», inteso, a ben vedere, in termini «complessi», cioè come una sintesi di due momenti funzionalmente connessi (interesse alla conservazione del valore economico del patrimonio dell'imprenditore – interesse all'adempimento, cioè all'esatta esecuzione della prestazione patrimoniale) deve risolvere l'apparente paradosso che è sotteso alla fattispecie di bancarotta<sup>147</sup>. In effetti, è un dato di agevole intuizione che la norma incriminatrice venga a comminare una sanzione penale per un fatto che, guardato nella sua esteriorità, può astrattamente costituire l'esercizio del diritto di proprietà sui beni che compongono il patrimonio aziendale o, più in generale, l'esercizio di altre situazioni giuridiche di vantaggio, a contenuto patrimoniale, di cui l'imprenditore è legittimamente titolare. Così, ragionando in un'ottica per un istante extrapenale, non vi è dubbio che la conclusione di un contratto ad efficacia reale o obbligatoria (compravendita di un bene, contratto di *leasing* traslativo, o, più di recente, la stipula di un contratto di affitto d'azienda<sup>148</sup>) costituiscano il fisiologico esercizio o godimento di un diritto,

---

<sup>147</sup> In tal senso, efficacemente, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 988, che avverte un'«innegabile tensione dialettica tra diritto di proprietà e salvaguardia della garanzia patrimoniale. D'accordo che la proprietà come qualsiasi diritto, incontra dei limiti, anche penalmente rilevanti, a salvaguardia di interessi antagonisti: la fattispecie dell'incendio di cosa propria è troppo nota perché occorra ricordarla». Tuttavia, dato il riconoscimento costituzionale del diritto di proprietà (art. 42 Cost.) – e, si potrebbe aggiungere, dell'iniziativa economica privata – è «difficilmente accettabile una sua compressione indeterminata», soprattutto in considerazione del *rango* e della *natura* degli interessi antagonisti, come, per l'appunto, quelli patrimoniali dei creditori che compongono la massa. Un tale argomento, prosegue limpidamente il chiaro autore, si fa ancor più pressante quando si consideri «la libertà di movimento» di cui necessita l'imprenditore commerciale: libertà per necessità «commisurata al dinamismo che caratterizza la sua attività e ne incrementa l'utilità sociale», da intendersi, peraltro, come «assunzione del rischio», senza la quale l'attività d'impresa è destinata a trasformarsi in un'entità «parassitaria». Sta all'interprete, allora, evitare di trasformare la garanzia patrimoniale in un «feticcio paralizzante» per l'impresa, cercando di individuare *quel* «punto di compressione del potere di disposizione inerente alla proprietà (e a tutti i diritti patrimoniali): in questo preciso «punto» deve essere collocato lo «spartiacque tra esercizio legittimo e abuso».

<sup>148</sup> Il contratto di affitto di azienda è stato ritenuto in più occasioni idoneo ad integrare gli estremi del fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione. L'orientamento è consolidato in giurisprudenza: si considerino, Cass., sez. V, 2 maggio 2014, n. 16989, in *Cass. pen.*, 2015, p. 293; Cass., sez. V, 20 giugno 2013, n. 27702, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 28

pur se inseriti nel più ampio contesto della dinamica d'impresa. La circostanza che l'alienazione di un cespite patrimoniale (o, più in generale, la «sottrazione» di una determinata quota dell'attivo patrimoniale dell'impresa) sia stata commessa con il mero intento di «frodare» i creditori non è elemento sufficiente per escludere che l'atto di disposizione patrimoniale costituisca obiettivamente una lecita forma di esercizio di un diritto, riconosciuto dall'ordinamento civile (es. art. 832 c.c.)<sup>149</sup>. Così ragionando, in assenza di una norma extrapenale che qualifichi quel modo di estrinsecazione del diritto in termini di illiceità, si perverrebbe all'«assurda tesi» di ritenere l'atto di disposizione patrimoniale «un illecito unicamente dal punto di vista del diritto penale» con il logico corollario che «[...] un medesimo rapporto verrebbe ad essere, con stridente disarmonia, regolato in maniera antitetica dalle due branche dell'ordinamento giuridico, ponendosi a fondamento della responsabilità penale null'altro che l'esercizio di un diritto soggettivo»<sup>150</sup>.

Il problema finora esposto può essere, d'altra parte, inquadrato sotto un differente angolo prospettico, guardando alla norma attributiva del diritto e alla norma penale in termini puramente deontici<sup>151</sup>: si dovrebbe così prospettare la contraddizione tra due proposizioni deontiche del tipo «è permesso che il proprietario eserciti il diritto di proprietà» e «non è permesso che il proprietario eserciti il diritto di proprietà», con l'ulteriore conseguenza che la violazione del divieto (cioè quel medesimo comportamento permesso) è oggetto di una sanzione penale. Se dal piano astratto del linguaggio si «scende» al momento giuridico positivo, la

---

dicembre 2009, n. 49642, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 17 dicembre 2008, n. 46508, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4880 ss.

<sup>149</sup> Così G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., p. 704, che osserva: «L'elemento soggettivo scompagnato da quello obiettivo non basta in nessun caso a costituire la figura del torto giuridico».

<sup>150</sup> G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., p. 704. Si muove nella medesima prospettiva, pur con esiti ricostruttivi sui reati *de quo* differenti, l'interessante indagine di A. LANZI, *La tutela penale del credito*, Cedam, Padova, 1979, pp. 208 ss.

<sup>151</sup> Sul rapporto deontico tra enunciati normativi, con particolare riferimento alle norme che esprimono «regole di condotta», si veda R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 61 ss.

contraddizione non si fa meno palese, allorché si proietti il problema nell'ottica del giudizio di antigiuridicità, dove quelle valutazioni deontiche poc'anzi richiamate assumono consistenza positiva, nei termini ben precisi dell'efficacia scriminante dell'esercizio del diritto (*ex art. 51 c.p.*) rispetto ad una condotta tipica ai sensi dell'art. 216, 1° co., n. 1., ad es. nella forma della distrazione<sup>152</sup>.

Di conseguenza, l'affermare la sanzionabilità penale di un atto di disposizione patrimoniale dell'imprenditore-debitore, senza che esso già di per sé costituisca un fatto illecito, condurrebbe a violare un elementare principio di non contraddizione, che permea l'ordinamento giuridico nel suo complesso, «in base al quale non è concepibile che una medesima condotta possa essere autorizzata e punita allo stesso tempo»: ed è da tale prioritaria istanza di coerenza logica che deriva l'accoglimento di una nozione ampia e comprensiva di «diritto» in funzione scriminante (*ex art. 51 c.p.*)<sup>153</sup>.

La prospettiva di risolvere il paradosso intrinseco alla fattispecie di bancarotta attingendo una previa qualificazione deontica di illiceità sul piano extrapenale si espone, almeno a parere di chi scrive, ad un'obiezione dogmatica di fondo: risolvere un problema di tipicità (oggettiva) attraverso considerazioni di ordine esegetico che derivano da un piano autonomo e logicamente successivo, qual è, secondo il modello tripartito<sup>154</sup>, il giudizio

---

<sup>152</sup> Nel senso di «neutralizzare» l'efficacia scriminante dell'esercizio di un diritto attraverso la ricostruzione del profilo antigiuridico della bancarotta fraudolenta, si consideri U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 59 ss.; in termini adesivi, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 16 ss.

<sup>153</sup> Per tale rilievo, G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 263 ss. Più in generale, sul fondamento della scriminante dell'esercizio del diritto nel principio di non contraddizione, si considerino, *inter alios*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 246 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 265; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990, p. 321. Sull'interpretazione estensiva del concetto di «diritto», *inter alios*, F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 641.

<sup>154</sup> In generale, sui rapporti tra teoria del reato e collocazione del giudizio di antigiuridicità, si consideri A. MANNA, *L'antigiuridicità e le scriminanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. II, *Il reato*, Utet, Torino, 2013, pp. 211 ss.

di anti giuridicità<sup>155</sup>. In altri termini, la definizione *a priori* di un limite intrinseco al potere dispositivo dell'imprenditore, superato il quale il fatto concreto dell'esercizio del diritto perde la sua efficacia scriminante, è l'esito di un'inversione metodologica che investe la ricostruzione della dimensione tipologica dell'illecito penale. Il *tipo criminoso*, risultato di un'operazione interpretativa di tipo teleologico che ha ad oggetto il *solo* fatto tipico nelle sue intrinseche note di disvalore, non può essere ricostruito a partire dalla risoluzione in astratto di una convergenza tra norma attributiva di un diritto e norma incriminatrice. Il sintagma «distrazione», al pari delle altre descrizioni di azioni tipiche contenute nella disposizione penale (art. 216, 1° co., n. 1) isola un momento teleologico della fattispecie incriminatrice: denota l'azione tipica, la quale, in rapporto al fatto concreto, si traduce in un giudizio di conformità al modello astratto delineato dal legislatore penale. E' quindi un aspetto della norma penale riconducibile alla dinamica assiologica della legalità penale. Diversamente, se si attribuisse alla descrizione dell'azione (o, più in generale, al fatto) la funzione di esprimere una qualificazione deontica negativa (in termini di illiceità), risultato di una previa soluzione di un conflitto tra norma attributiva e norma incriminatrice, il momento teleologico dell'illecito penale verrebbe a consumarsi in una qualificazione «di secondo grado», cioè nella dimensione obiettiva di illiceità<sup>156</sup>. E' questo l'esito che, a ben guardare, potrebbe emergere dai tentativi esegetici di subordinare il piano della tipicità (ad es. nella ricognizione dell'oggettività giuridica del reato)

---

<sup>155</sup> Non è, tuttavia, un'obiezione che può essere rivolta alla teoria proposta da G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit. *passim*, che si dimostra pienamente consapevole della necessità di non sovrapporre i due momenti, l'uno teleologico e l'altro deontologico del reato in esame. Nello stesso senso, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 993, secondo cui «fino a quando non pongano in forse la capienza del patrimonio dell'imprenditore, gli atti di disposizione, comunque lessicalmente etichettabili, rientrano nell'esercizio del diritto e quindi nei limiti dell'accettabilità: in forza, si badi, non di una causa di giustificazione reperibile nell'art. 51 c.p., bensì di un limite connaturato alla fattispecie, secondo una lettura restrittiva, rispondente, essa sola, alla *ratio legis*».

<sup>156</sup> Per questo rilievo e, più in generale, sull'interazione dogmatica, colta nel processo di sviluppo della «concezione» contemporanea dell'anti giuridicità obiettiva, tra momento teleologico della fattispecie e qualificazione di illiceità in senso obiettivo, si consideri T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'anti giuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 532 ss.

ad un preliminare (e *anteposto*) giudizio di illiceità obiettiva, attraverso la ricerca di norme che previamente qualificano quel *fatto concreto* (l'atto di disposizione patrimoniale) in termini di abuso, illiceità o conflitto con altre norme dell'ordinamento.

La «soluzione» a questo errore metodologico è rappresentata da una più attenta considerazione del nesso tra tipicità e antigiuridicità obiettiva, distinguendo due gradi di qualificazione: un grado in cui si esprime, secondo il canone di legalità penale, e attraverso la struttura oggettiva della fattispecie, il giudizio di disvalore giuridico; e il secondo grado in cui si realizza quell'«ulteriore qualificazione (in rapporto alla sussistenza o alla mancanza di un fondamento giuridico di liceità) di un dato (l'azione esterna) che è a sua volta già connotato in termini di disvalore giuridico [...]»<sup>157</sup>. Tuttavia, è fuor di dubbio che il presupposto dell'autonomia tra questi due «gradi» in cui si compendia il procedimento di qualificazione di un fatto come *reato*, sia da rinvenire nella necessaria determinatezza del fatto tipico. In altri termini, in presenza di una fattispecie oggettiva descritta nei termini di un esercizio illecito, *abusivo* o distorto di un potere di agire (es. facoltà di disporre del proprio patrimonio), il giudizio di conformità del fatto concreto al modello legale – astratto si tradurrebbe nella costante risoluzione di un conflitto tra norma permissiva e norma imperativa penale.

Il termine «distrazione», per le sue innegabili difficoltà di decifrazione esegetica e per l'assenza di un solido referente empirico, espone la fattispecie di bancarotta al risultato poc'anzi richiamato. «Distrarre» potrebbe ben essere inteso nel senso di «esercitare un diritto» in termini difformi dalla norma che facoltizza il soggetto attivo a disporre del proprio patrimonio, con la conseguenza, allora, che il giudizio di tipicità si stempera nella considerazione dei limiti posti dall'ordinamento giuridico nel suo complesso all'esercizio di *quel* diritto. Limiti, superati i quali, può ritenersi integrato il fatto tipico. L'aporia di un simile ragionamento – non così distante dalla prassi applicativa, peraltro – è evidente: si antepone la

---

<sup>157</sup> In tal senso, T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, cit., p. 552.

*legalità* al piano di un'antigiuridicità che, svincolata dal fatto tipico, non può dirsi «obiettiva», ma penale<sup>158</sup>. Quale strada, allora, per superare il vizio di fondo? Un tentativo – al quale la dottrina contemporanea non è estranea, come si dirà – è sottoporre la fattispecie di bancarotta fraudolenta ad un procedimento interpretativo che esalti i contenuti tipologici della sua pur esangue struttura oggettiva, soprattutto in relazione alla nozione di «distrazione». L'esito positivo di questo tentativo dovrebbe così escludere, *ab origine*, la necessità di postulare, in sede ricostruttiva, un preliminare conflitto tra norma permissiva e norma incriminatrice. Attribuendo al concetto di «distrazione» una più solida capacità selettiva delle condotte punibili (cioè dei «fatti in concreto» ad essa conformi), la convergenza tra le due norme si risolverebbe *ex ante* su di un piano eminentemente logico-sistematico, attraverso un raffronto strutturale: la norma incriminatrice, selezionando un'ipotesi speciale tra i «casi» riconducibili al campo oggettivo di applicazione della norma facoltizzante, si rivelerebbe «speciale», conseguendone pacificamente, e senza postulare un implicito giudizio di antigiuridicità, la punibilità di quel fatto concreto, sussumibile nello spettro circoscritto della disposizione penale<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Sul concetto di «antigiuridicità penale», limpidamente T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 145 s.

<sup>159</sup> Sui rapporti tra antigiuridicità e determinatezza della fattispecie incriminatrice, con particolare riferimento alla scriminante di cui all'art. 51 c.p., *ex multis*, si veda: F. ALBEGGIANI, *sub art. 51 – Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 337; G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., p. 249.



## **2.2. Una possibile spiegazione alla «tenace vitalità» della tesi che inverte l'onere della prova nell'accertamento della condotta di «distrazione». Il riflesso probatorio della c.d. concezione normativa.**

Se quanto è stato finora osservato risulta fondato, è possibile approfondire un'ulteriore «conseguenza» della concezione c.d. «normativa» della bancarotta fraudolenta<sup>160</sup>. Questa può essere apprezzata, però, solo integrando lo spettro d'indagine con la consapevolezza dei riflessi processuali e, soprattutto, *probatori* che derivano dalla configurazione teorica della condotta penalmente rilevante (*ex art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.*, in particolare la «distrazione») come un fatto che, già di per sé, a prescindere dalla qualificazione penalistica, risulta illecito per l'ordinamento civile, rappresentando un modo di esercizio del diritto (o del potere di gestione da parte dell'amministratore) in violazione del limite estrinseco di cui all'art. 2740 c.c.

Analizzando l'*iter* argomentativo di un campione più che indicativo di sentenze in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione<sup>161</sup>, si può

---

<sup>160</sup> Per un'esauritiva esposizione dei presupposti teorico – interpretativi di questa concezione, si consideri A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 147;

<sup>161</sup> L'operatività di un modulo di accertamento a carattere presuntivo è stato riconosciuto e documentato, tra gli altri, da G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale d'impresa*, Cedam, Padova, 2010, pp. 340 ss. Nondimeno, in tempi meno recenti, coglieva le criticità del ricorso a metodi di prova presuntivi P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 213 ss., evidenziando come la mera contestazione, in sede processuale, del «disavanzo fallimentare» (o, *mutatis mutandis*, del mancato rinvenimento dei beni o della destinazione dei medesimi per finalità estranee all'oggetto sociale) non fosse sufficiente a fondare la responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta. Il ragionamento in base al quale la «prova» della distrazione (e, dunque, la responsabilità penale per bancarotta) può essere desunta dalla mancata giustificazione del disavanzo fallimentare si espone – secondo il chiaro autore – a due ordini di critiche: sul piano *sostanziale*, l'identificazione del fatto materiale di bancarotta (distrattiva) con il rilievo oggettivo del disavanzo costituisce una forma di implicita sostituzione di un elemento di prova (peraltro, non univoco e, in sé per sé considerato, inconcludente) con l'elemento oggettivo, oggetto di accertamento. Simile operazione, suggerisce l'autore, è funzionale a realizzare – operativamente, nel processo – un'inversione dell'onere della prova: «non spetta all'accusa dimostrare la distrazione, ma al fallito dimostrare di non aver distratto». Tuttavia, la mera circostanza del disavanzo fallimentare non può ritenersi sufficiente a soddisfare l'onere probatorio gravante sull'accusa: anzi, l'adempimento di un tale onere non è stato ancora iniziato, giacché «se l'accusa ritiene che il disavanzo sia, in tutto o in parte, effetto di bancarotta fraudolenta, deve dimostrare la sussistenza dei fatti di bancarotta: non vi è, in materia, nessuna inversione dell'onere della prova, nessuna presunzione legale.». E' del tutto vano – aggiunge l'autore, dimostrando una lungimirante attenzione ai piani di interazione tra i due versanti del sistema penale – che si invochi il principio del libero convincimento del

osservare un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, in virtù del quale l'accertamento del carattere «distrattivo» di una determinata operazione economica o decisione gestionale adottata dal *management* discende dall'operatività (espressa o implicita) di una presunzione relativa, la quale realizza, come logico, un'inversione dell'onere della prova in capo all'imputato. La difesa, secondo un inedito canone di riparto del *rischio* della mancata prova<sup>162</sup>, è tenuta a fornire quegli elementi probatori, sufficienti ad inficiare il contenuto concludente del procedimento logico – inferenziale precostituito su cui si fonda la presunzione *iuris tantum*. In tal senso, le direzioni in cui può esplicarsi il diritto alla prova riconosciuto all'imputato sono estremamente limitate, riducendosi, a ben vedere, alla contestazione della massima di esperienza<sup>163</sup>, cioè del criterio in virtù del quale dalla circostanza indiziante (c.d. fatto secondario) il giudice è legittimato ad inferire l'accertamento del fatto di reato (c.d. fatto

---

giudice: è necessario che l'«accusa rechi del materiale probatorio e non si limiti ad allegare un semplice fatto destituito di qualsiasi univocità». Così, non pare affatto accettabile, salvo non rievocare le «origini barbariche del diritto penale fallimentare», che il giudice possa ritenere accertato un fatto – oggi, «al di là di ogni ragionevole dubbio» - sulla base della mancata giustificazione del disavanzo da parte dell'imprenditore – imputato. Come si vedrà nel testo, le valutazioni or richiamate si dimostrano ampiamente attuali: si continua espressamente a desumere – in forza di una presunzione non esplicitata – dalla mera reticenza soggettiva ovvero da un'insufficiente o mancata giustificazione (o «spiegazione» che dir si voglia) la prova (piena) del fatto di bancarotta fraudolenta distrattiva.

Per la giurisprudenza, si segnalano le più recenti: Cass., sez. V., 10 luglio 2015, n. 29864, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 17 aprile 2013, n. 22894, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 4643 ss., secondo cui «In materia di bancarotta fraudolenta la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti»; Cass., sez. V, 27 novembre 2008, n. 7048, in *C.E.D. Cass.*, 20009;

<sup>162</sup> Si determina, in tal caso, un'inversione della regola aurea «*in dubio pro reo*», necessario corollario della presunzione di non colpevolezza ex art. 27, 2° co. Cost., intesa come *regola di giudizio*, cioè come *standard probatorio* a tenore del quale l'incertezza sull'ipotesi accusatoria deve essere risolta in favore dell'imputato. Per tale declinazione della regola di giudizio dell'«*in dubio pro reo*», pur nell'ampio dibattito intorno alla formula costituzionale di «non colpevolezza», si considerino G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1989, pp. 15 ss.; E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in F. R. DINACCI, *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 303 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 245 ss.; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, pp. 260 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 2 ss.; per una posizione critica sulla codificazione della regola in esame (art. 530, 2° co., c.p.p.), F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 141.

<sup>163</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 229 ss.; M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle c.d. massime di esperienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 126 ss.

principale). Per chiarezza: si ponga che il fatto secondario sia costituito dalla circostanza che non sono stati rinvenuti, ad es. al momento delle opportune verifiche da parte del curatore, i beni ed i valori sociali ritenuti presenti nel magazzino, oppure che il contratto stipulato dall'imprenditore o dall'amministratore appaia privo di ragioni economiche giustificative o, comunque, contrario, nella sua funzione economica, ai fini sociali. Su questi «fatti» il giudice applica una massima di esperienza dal seguente tenore: «dalla regolarità dei casi simili, il mancato rinvenimento di beni o la conclusione di un contratto per finalità estranee a quelle d'impresa costituiscono circostanze sufficienti per inferirne la prova del fatto di reato, *i. e.* la condotta di distrazione». Su questa massima di esperienza viene ad esaurirsi, in realtà, l'intero procedimento probatorio per l'accertamento (almeno) del versante oggettivo del reato.

All'apparenza, si potrebbe sostenere che l'imputato ha un significativo margine per esercitare il suo diritto di «difendersi, provando»<sup>164</sup>: potrebbe, ad es., dimostrare la sussistenza di un fatto tale da inficiare l'univocità della massima di esperienza. Ma è questa, come si diceva, un'apparenza, perché la massima di esperienza non è congegnata, nel processo per bancarotta, per consentire il legittimo esplicitarsi del principio del contraddittorio. Non solo non si consente un contraddittorio argomentativo sulla regola di probabilità su cui si fonda la massima di esperienza. Ma questa assume le forme funzionali della presunzione legale: in base a quanto previsto dall'art. 2728, 1° co., c.c., «le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro in favore dei quali esse sono stabilite»<sup>165</sup>. L'accusa è pertanto sollevata dall'onere di provare (in senso sostanziale) non solo il fatto secondario ma, allo stesso tempo, che *non* sussistono altre ipotesi ricostruttive incompatibili con il ragionamento induttivo su cui si fonda la presunzione.

---

<sup>164</sup> Sulla declinazione del diritto di difesa di cui agli artt. 24, 2° co., Cost. e 6, par. 3., Conv. eur., come «diritto di difendersi provando», per tutti v. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 12 ss.

<sup>165</sup> Nel senso della necessaria estraneità dei moduli presuntivi legali al processo penale accusatorio, informato al principio di cui all'art. 27, 2° co. Cost., si consideri, *inter alios*, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 243 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

Guardato nel suo complesso, attraverso l'analisi dei percorsi motivazionali, il processo per bancarotta è estremamente lineare: la formulazione dell'imputazione coincide con la testuale elencazione delle circostanze su cui si erge la presunzione<sup>166</sup>. Al giudice è sufficiente asseverare, in termini meramente argomentativi, la coerenza e logicità interne del procedimento inferenziale. A ben guardare, tuttavia, la portata e la funzione del ragionamento presuntivo fin qui descritto non si riduce al momento processuale consistente nell'accertamento della sussistenza materiale del fatto contestato (c.d. fatto principale). Ha, invece, delle implicazioni di tipo sostanziale, in conseguenza delle quali essa opera nel procedimento di sussunzione del fatto storico nella dimensione normativo - descrittiva della fattispecie incriminatrice (cioè, nel c.d. sillogismo giudiziale). Il giudice ritiene necessario e sufficiente per ritenere integrata l'azione tipica il mancato rinvenimento di beni e valori ovvero la conclusione di un contratto privo di ragioni economiche giustificative, allorché l'imputato non abbia fornito la prova (positiva) della destinazione alternativa dei beni o le ragioni gestionali che spieghino, in modo plausibile, l'operazione economica posta in essere. Non v'è chi non veda che il «fatto storico», oggetto del giudizio di conformità al tipo, è *qui* integrato dallo stesso *comportamento processuale* dell'imputato. Sono, questi ultimi, argomenti sufficienti per confermare l'ipotesi di partenza: che la fattispecie di bancarotta distrattiva è modulata su un persistente paradigma di sospetto<sup>167</sup>.

A questo punto, chiarita, per sommi capi, l'intelaiatura probatoria che fa da sfondo alla fattispecie «sostanziale», occorre interrogarsi sulla ragione che è sottesa al sistematico ricorso ad un metodo di accertamento di tipo presuntivo. E' opinione personale che una plausibile spiegazione possa essere attinta dal piano dell'interpretazione della fattispecie incriminatrice. Più precisamente: l'inversione o, per meglio dire, l'evidente elusione della

---

<sup>166</sup> Per maggiori approfondimenti, v. *ultra*, Cap. II.

<sup>167</sup> Per l'ipotesi di partenza, v. *supra*, Cap. I, sez. I. Per lo svolgimento degli argomenti di cui nel testo, v. *ultra*, ampiamente Cap. II.

regola aurea dell'«*in dubio pro reo*» (art. 27, 2° co., Cost.) cui dà luogo la funzione probatoria poc'anzi descritta può trovare una spiegazione teorica in una data ricostruzione esegetica della struttura del reato in esame<sup>168</sup>. In particolare, qui si intende alludere alla concezione del delitto di bancarotta fraudolenta che, per comodità espositiva, si è inteso definire come «normativa», il cui presupposto teorico è tutto racchiuso nell'assunto secondo cui il potere di disposizione patrimoniale (e «di gestione», nel caso di impresa societaria) dell'imprenditore è limitato da una *ratio* intrinseca al diritto esercitato: cioè dalla funzionalizzazione dell'esercizio dei diritti afferenti al patrimonio dell'impresa alla tutela della garanzia patrimoniale.

Da questo assunto di partenza derivano, per stringente necessità logica, ampi ed evanescenti obblighi di tutela dell'imprenditore nei confronti della massa dei creditori, come un generico dovere di fedeltà, il cui contenuto si estrinseca nell'obbligo di giustificare, alla luce di quella *ratio intrinseca* di tutela, ogni operazione economica. In quest'ordine di idee, la presunzione di colpevolezza (cioè l'inversione della regola di giudizio dell'*in dubio pro reo*) «appare» quasi ragionevole. D'altra parte, la norma penale è intesa come presidio (*ulteriore*, rispetto alle tutele civilistiche) del ricostruito limite *interno* al potere di disposizione dell'imprenditore, individuale o collettivo. La «distrazione» è intesa come un mero connotato descrittivo di un'azione già di per sé «antigiuridica», rispetto alla quale la qualificazione propriamente penalistica, come «condotta tipica» risulta logicamente consequenziale, se, come si è detto, è quella suindicata la *ratio* sottesa all'incriminazione.

---

<sup>168</sup> Questo rilievo, essenziale ai fini della presente indagine, si deve a G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 409 ss. L'autore delinea due «modelli» di interazione problematica tra diritto penale e profili probatori: l'uno può derivare dall'«intrusione di dati processuali all'interno della norma». E' quindi una forma di interazione apprezzabile sul piano della formulazione in astratto della fattispecie legale, attraverso la ricognizione dei dati di struttura in cui si compendia la figura astratta di reato. Un secondo «modulo» - meno esplorato, invero, dalla dottrina contemporanea - concerne il ruolo dell'interprete: «funzioni probatorie possono essere rintracciate anche in costruzioni sistematiche della struttura del reato». E' l'ipotesi in esame nel testo.

La circolarità del ragionamento si riflette sul piano processuale: la presunzione di colpevolezza «si regge» sul carattere *ex ante* illecito del fatto realizzato. Una valutazione «sostanziale» fonda una regola probatoria. E ancora: così come l'imprenditore, nell'esercizio dell'attività d'impresa, è tenuto a «rendicontare» e «giustificare» la sua gestione, coerentemente con la prospettiva di tutelare le ragioni dei creditori, allorchè assuma la qualità di imputato in un processo per bancarotta fraudolenta, sarà tenuto – con il rischio della mancata prova – a «discolparsi», cioè a fornire la giustificazione dell'operazione decisa o dell'effettiva sorte dei beni non rinvenuti<sup>169</sup>. Un obbligo «sostanziale» si traduce in un onere di prova, cogente in sede processuale, il cui mancato adempimento è idoneo a legittimare una sentenza di condanna.

In conclusione, alla base di questi percorsi di interferenza problematica tra diritto penale «sostanziale» e «processuale» si stagliano ragioni di ordine dogmatico e pratico. Da un punto di vista teorico, la tesi fin qui esposta lascia trasparire la tendenza, invalsa nella dottrina come, soprattutto, nella giurisprudenza, a sovrapporre concettualmente due autonomi piani di valutazione nella teoria del reato: il giudizio di disvalore, che permea gli elementi strutturali del fatto tipico (qualifica del soggetto agente, condotta, nesso di causalità, ed evento) si confonde con una più generica valutazione in termini di mera illiceità. Si tratta di una tendenza ampiamente documentata<sup>170</sup> nello sviluppo dogmatico della nozione di «antigiuridicità obiettiva» e della sua collocazione nella teoria del reato, che si ripropone in relazione ad una fattispecie, come quella in esame, specialmente permeabile all'intrusione di valutazioni onnicomprensive o esigenze probatorie nelle maglie del fatto. Questa peculiare permeabilità trova una conferma, come si è tentato di dimostrare<sup>171</sup>, nel processo, storicamente determinato, di formulazione della fattispecie oggettiva: da

---

<sup>169</sup> Quasi testualmente, tra i fautori della concezione c.d. normativa, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 276 ss.

<sup>170</sup> Per tutti, T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 532 ss.

<sup>171</sup> *V. retro*, Cap. I, sez. I.

un'embrionale impianto probatorio - processuale, in cui la norma si limitava ad enunciare i presupposti materiali che avrebbero dovuto legittimare l'attività di indagine dell'organo inquirente, secondo le scansioni proprie del *constare de corpore delicti*. Per successivi «tentativi» di astrazione legislativa, sono stati isolati quegli elementi oggettivi che attualmente compendiano l'enunciato normativo: questi, tuttavia, in quanto intrinseci della loro originaria matrice processualistica, si rivelano privi di un'effettiva capacità selettiva, così da disattendere, nel momento applicativo, il principio di determinatezza.

Indicativa di questo atteggiamento «generalizzante» della giurisprudenza in tema di bancarotta fraudolenta si rivela una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>172</sup>, che qui si richiama per dar conto di come all'accertamento secondo le scansioni della tipicità penale sia agevole sostituire un mero paradigma accertativo di «differenziazione» tra lecito ed illecito: «il delitto di bancarotta per distrazione è qualificato dalla violazione del vincolo legale che limita, *ex art. 2740 c.c.*, la libertà di disposizione dei beni dell'imprenditore che li destina a fini diversi da quelli propri dell'azienda, sottraendoli ai creditori». E prosegue: «L'elemento oggettivo è realizzato, quindi, tutte le volte in cui vi sia un ingiustificato distacco di beni o di attività, con il conseguente depauperamento patrimoniale che si risolve in un danno per la massa dei creditori. L'ablazione (*sic*) è attività astrattamente legittima e lecita se mira alla realizzazione delle finalità dell'impresa. *La liceità, però, è un valore che va accertato in concreto*. L'elemento di differenziazione tra attività lecita ed attività illecita va individuato nella misura gratuita o onerosa della cessione, di guisa che, nel primo caso, il distacco del bene e dell'attività, senza adeguata contropartita, si risolve in una finalità aziendale, e viene conservata, con l'acquisizione della controprestazione, l'integrità del patrimonio sociale.»<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Cass., sez. V, 17 maggio 1996, Gennari, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 648 ss.

<sup>173</sup> Cass., sez. V, 17 maggio 1996, Gennari, cit. (corsivo aggiunto).

### 2.3 «*Schuld und Haftung*»: la preesistenza cronologica della «responsabilità» all'insolvenza.

«Una volta fissato il limite entro il quale ciascun debitore può fare uso del suo diritto di proprietà, [...] il diritto penale [può] sanzionare quegli atti che tale limite eccedono»<sup>174</sup>. Ma in che momento sorge il limite della garanzia patrimoniale? In altri termini, la responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* preesiste al sopravvenire dello stato di insolvenza oppure coincide con essa? La questione, come evidente, ha una diretta incidenza sulla definizione della struttura della fattispecie di bancarotta fraudolenta ed evidenzia, al contempo, la necessità di definire la relazione *cronologica* intercorrente tra l'azione penalmente rilevante e il momento terminale dell'attività d'impresa: *i. e.* l'insolvenza, come presupposto sostanziale oggettivo per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 5, 1° co., 1. fall., in base al quale «l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito». La posizione della dottrina è tradizionalmente divisa su questo essenziale aspetto esegetico. L'oggetto principale della disputa teorica può essere rintracciato nell'individuazione del momento *genetico* della garanzia patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* E' evidente, infatti, che ove si ritenga che la responsabilità patrimoniale, cioè il limite superato il quale l'esercizio del potere di disposizione patrimoniale si risolve in pregiudizio dell'interesse della massa dei creditori, costituisca un aspetto strutturale del rapporto obbligatorio, si potrà pacificamente affermare che l'offesa penalmente rilevante può realizzarsi in una fase ben anteriore (anche remota) rispetto all'apertura della procedura concorsuale e, quindi, all'insolvenza<sup>175</sup>. Se il sorgere dell'obbligazione (*rectius*, del rapporto

---

<sup>174</sup> G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., p. 712.

<sup>175</sup> Si consideri, *inter alios*, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 182-183, secondo cui «[...] dal momento in cui sorge l'obbligazione, il debitore non è più pienamente libero nella sfera patrimoniale, perché deve avere riguardo anche alle esigenze degli aventi diritto: è contemporaneamente proprietario *pleno jure* dei propri beni non necessari al soddisfacimento delle ragioni dei creditori, ma anche amministratore di una parte del suo patrimonio per conto degli aventi diritto». Nello stesso senso, anche L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 82 ss.



debito – credito) reca con sé l’istituto della responsabilità patrimoniale, in quanto impone al debitore – e, per agevole estensione, all’imprenditore – «il dovere di non disporre delle proprie sostanze, in modo da pregiudicare le ragioni dei creditori»<sup>176</sup>, il *diritto* (o l’*interesse*<sup>177</sup>) alla conservazione del valore della garanzia è suscettibile di essere pregiudicato anche in epoca anteriore all’inadempimento, in cui si annovera sia il «mancato adempimento», sia l’inesatto o il ritardato adempimento. Rispetto all’impresa, sia essa individuale o collettiva, non può parlarsi di un inadempimento individuale: questo è sostituito, come notorio, dalla procedura fallimentare, cui corrisponde un’azione esecutiva collettiva, finalizzata, *ex lege*, all’attuazione dell’interesse sostanziale dei creditori. In questa prospettiva, allora, la lesione del «diritto che i creditori vantano sul patrimonio del commerciante» identifica «l’evento proprio del “fatto”, l’effetto direttamente causato dall’azione colpevole». Così, il contenuto offensivo del fatto penalmente rilevante è estraneo, logicamente e, si potrebbe aggiungere, cronologicamente, all’insorgere dell’insolvenza (cioè alla radicale inidoneità dell’impresa a far fronte alle obbligazioni contratte) e alla sua successiva dichiarazione *ex art. 16 l. fall.* Da qui un ulteriore corollario in termini di struttura: se l’evento lesivo può realizzarsi anteriormente al «fallimento» (in senso formale o sostanziale), la norma incriminatrice non richiede alcun *necessario* nesso causale tra la condotta tipica e il presupposto sostanziale della declaratoria fallimentare. L’atto consistente nel depauperamento della garanzia patrimoniale, se, in concreto, risulta riconducibile ad una delle modalità di condotta descritte *ex art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.*, non deve necessariamente esprimere un’efficacia causale rispetto alla verifica delle condizioni oggettive su cui si fonda l’inidoneità strutturale dell’impresa all’adempimento delle passività. Certo: l’atto, considerato nella sua esteriorità e prescindendo da

---

<sup>176</sup> Limpidamente, G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., p. 711, ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

<sup>177</sup> L’opzione tra i due termini («diritto» o «interesse») non ha un valore meramente lessicale, né nella prospettiva del diritto civile, né, soprattutto, nel dibattito penalistico sul profilo controverso in esame.

ogni valutazione in punto di tipicità, può aver concretamente «determinato» (salvo la necessità di intendersi, in un contesto economico, sul significato eziologico di un fatto economico - gestionale<sup>178</sup>) una situazione di dissesto che, se non opportunamente reintegrata, può consolidarsi in uno stato di insolvenza, cui segue la dichiarazione di fallimento. Ma ciò che può verificarsi sul piano storico (posto, lo si ribadisce, che possa essere validamente «rilevato» attraverso le categorie giuridico – penali della causalità) non è necessariamente rilevante sul piano della tipicità: è, in tal caso un'eventualità concretamente verificabile e, nondimeno, priva di rilievo nei termini della causalità penale<sup>179</sup>.

A ben guardare, al fondo della tesi che identifica il bene giuridico nell'interesse (o diritto) dei creditori, attuali o potenziali, alla conservazione della garanzia patrimoniale, sostenuta da ampia e autorevole parte della dottrina<sup>180</sup>, deve essere individuata una ben precisa concezione dell'istituto, civilistico, del rapporto obbligatorio e della responsabilità (patrimoniale) che ne discende. L'antioriorità dell'interesse patrimoniale dei creditori

---

<sup>178</sup> V. *ultra*, Cap. II, sez. II.

<sup>179</sup> Così, *amplius*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., p. 32; C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 43. L'assunto dell'irrelevanza di un nesso eziologico tra fatti di bancarotta e fallimento in senso sostanziale (*rectius*, dissesto) è stato, di recente, sottoposto ad una serrata critica, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (v. *retro*, nt. 63). Per questo dibattito, v. *ultra*, Cap. II, sez. I. Si tratta, tuttavia, di un assunto ormai consolidato nel panorama teorico intorno ai reati di bancarotta, come testimonia già M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Utet, Torino, 1953, pp. 27 ss.

<sup>180</sup> Alla concezione patrimoniale, nei termini suesposti, aderiscono espressamente, in plurimi contributi e solo per citarne alcuni: C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., *passim*; L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 79 ss.; A. LANZI, *La tutela penale del credito*, cit., pp. 208 ss.; M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 28 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim*; A. MANNA, *Il bene giuridico protetto*, cit., pp. 11 ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 283 ss.; N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., *passim*; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 67 ss.; A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 13 ss.; A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in ID. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in D. PULITANO (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *La tutela penale del patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 371 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta fraudolenta è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 437 ss. All'unanimità di visione sul bene giuridico protetto dalle fattispecie di bancarotta fraudolenta corrisponde una diversificata pluralità di concezioni in merito a fondamentali profili ricostruttivi: la struttura dell'offesa tipica (pericolo astratto, concreto, danno), il ruolo dello stato di insolvenza e/o della dichiarazione di fallimento (condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*, *intrinseca*; evento del reato; condizione di procedibilità) e il nesso che lega la condotta tipica e l'evento lesivo («nesso di pericolo», nesso eziologico, dolo specifico e via dicendo).

(*rectius*, della garanzia patrimoniale) rispetto all'inadempimento non è affermazione di poco rilievo, soprattutto per le implicazioni penalistiche che ne derivano. Di ciò si è dimostrata ampiamente consapevole la prima dottrina<sup>181</sup> che si è confrontata con le fattispecie in esame nel tentativo di recuperarne una piena adesione ai principi della parte generale del diritto penale. La *non* necessaria implicazione tra inadempimento e limite all'esercizio del potere di disposizione dell'imprenditore si radica, tuttavia, in quell'orientamento teorico, di matrice tedesca, secondo cui la relazione funzionale tra i due momenti del debito («*Schuld*») e della responsabilità («*Haftung*») non può atteggiarsi secondo il paradigma strutturale «tradizionale» della consequenzialità giuridica del secondo rispetto al primo. Si è osservato, in tal senso, che il concetto di obbligazione verrebbe ad essere integrato da due momenti *coevi*: l'uno consisterebbe nel rapporto di debito (*Schuld*), da cui deriva l'obbligo del debitore di eseguire la prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio; l'altro, consistente in un rapporto di responsabilità (*Haftung*), da cui sorgerebbe un diritto del creditore sul patrimonio del debitore, posto in uno stato di assoggettamento. Un diritto che il creditore può far valere attraverso l'esperimento di un'azione esecutiva (individuale o collettiva). Questo stato di assoggettamento del patrimonio del debitore – che è poi il contenuto effettivo del diritto del creditore alla «garanzia patrimoniale» non sorge per effetto dell'instaurazione del c.d. rapporto esecutivo, cioè a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione.

Il processo esecutivo (per estensione, anche quello concorsuale) sarebbe, allora, un mero strumento di *attuazione* del *preesistente* diritto del creditore. Di conseguenza, gli atti di depauperamento posti in essere dal debitore sul *proprio* patrimonio integrano una violazione del dovere giuridico di non disporre delle proprie sostanze in violazione del diritto del creditore a soddisfarsi sui beni, presenti e futuri, che costituiscono l'asse patrimoniale assoggettabile ad esecuzione.

---

<sup>181</sup> Si intende alludere, naturalmente, a G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., *passim*.

E' questa la costruzione concettuale cui aderisce l'attenta dottrina più volte richiamata: la riconduzione della fattispecie di bancarotta alla sistematica dei «delitti contro il patrimonio» appare del tutto coerente con le premesse. Il «diritto» del creditore alla conservazione della garanzia, *i. e.* delle condizioni oggettive perché il credito possa essere soddisfatto, finanche in via esecutiva, rientra nella nozione di «patrimonio», secondo un'accezione dinamica e non meramente materiale<sup>182</sup>. Rimane da comprendere il modo in cui interviene la tutela penale nella dinamica «*Schuld und Haftung*», in considerazione del fatto, soprattutto, che la delimitazione teoretica e, allo stesso tempo, applicativa tra l'applicazione della sanzione penale ad un comportamento meramente inosservante dell'obbligo di adempiere (inadempimento *tout court*) e violazione dell'obbligo di garantire il patrimonio in funzione del soddisfacimento, anche in via coattiva, del diritto soggettivo del creditore è estremamente sottile<sup>183</sup>. Nel primo caso, le fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale si risolverebbero in una poco plausibile e condivisibile rievocazione di un paradigma punitivo in cui il soggetto inadempiente è astrattamente sottoponibile ad una sanzione privativa della libertà personale per il solo fatto dell'inadempimento, sanzionato penalmente. Una prospettiva che consegnata alla storia del diritto penale c.d. del

---

<sup>182</sup> Sull'accezione di «patrimonio» nell'ambito del diritto penale fallimentare, M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 373 ss.

<sup>183</sup> Sviluppa questa interessante distinzione, in un più vasto programma di indagine, A. LANZI, *La tutela penale del credito*, cit., p. 210, secondo il quale un reato costruito sull'offesa al diritto di credito, intesa quale mero inadempimento di un obbligo di prestazione, «sarebbe piuttosto animale, rispetto al “sistema”», dal momento che «il fondamento dogmatico di tutela penale del credito nel momento dell'adempimento dell'obbligazione poggia (al di fuori della lesione di pubblici interessi)», come nel caso, riferito dall'autore, dell'art. 355 c.p., «sull'art. 2740 c.c., ed in particolare sul diritto che il creditore ha a potersi soddisfare, sussistendone i presupposti, sul patrimonio del suo debitore, e non già su di un più generale obbligo corrispondente che imponga al debitore di pagare e che sia, in caso di inosservanza, penalmente sanzionato». Nondimeno, in relazione ad ipotesi in cui si assiste alla dissociazione soggettiva tra il titolare del patrimonio, cui è imputata l'obbligazione e il soggetto attivo del reato, non sarebbe del tutto intangibile il principio «secondo il quale, in generale, non [può] costituire illecito penalmente rilevante il comportamento attuato dal debitore in modo da divenire insolvente e così inadempiente. Come evidente, qui l'autore allude alla fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria societaria, la cui struttura oggettiva è imperniata sulla causazione del dissesto, *i. e.* l'inadempimento sistematico dell'impresa alle pretese dei creditori.

patrimonio<sup>184</sup> e, *a fortiori*, estranea agli orizzonti di tutela di un sistema costituzionalmente orientato. Nella seconda prospettiva, quella di un'autentica tutela penale del credito – e non già del mero adempimento –, la norma incriminatrice fallimentare interviene anche in un momento anteriore rispetto all'insolvenza: attua una «tutela per così dire preventiva tenendo ad impedire, col suo comando e la relativa efficacia deterrente, la commissione di determinati atti lesivi, e intervenendo con la propria sanzione punitiva ad effettuato compimento degli stessi»<sup>185</sup>.

### **3. La critica di Pietro Nuvolone e la sua persistente attualità. La delimitazione della «zona di rischio penale» e il bene giuridico «processuale».**

Così chiarite le radici dogmatiche della concezione c.d. patrimoniale<sup>186</sup> – sui corollari più oltre si tornerà<sup>187</sup> –, assume un rilievo

---

<sup>184</sup> Per un'esauritiva ricognizione del graduale percorso di «abolizione» del «carcere per debiti», come strumento penalistico in funzione complementare alla responsabilità per inadempimento, si consideri, di recente, G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, vol. II, Utet, Torino, 2011, pp. 5 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1991, pp. 61 ss.

<sup>185</sup> Così, A. LANZI, *La tutela penale del credito*, cit., p. 20. Nel senso che la sanzione penale non esplica la sua efficacia preventiva negativa in relazione all'inadempimento, G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Giuffrè, Milano, 1935, ora in ID, *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, cit., p. 871, il quale osserva: «L'oggetto della tutela penale che lo Stato appresta mediante l'incriminazione dei così detti atti di bancarotta è, infatti, rappresentato dai diritti di credito. E la tutela penale di questi diritti è, per così dire, necessariamente mediata, ché la pena non serve a stimolare l'adempimento, ma solo ad assicurarne la soddisfazione forzata».

<sup>186</sup> Non si vuole d'altra parte sostenere che la ricostruzione in chiave patrimoniale dell'oggetto giuridico dei delitti di bancarotta sia «dipendente» da una data costruzione dogmatica del concetto di «obbligazione». Non tutti gli autori, poco sopra richiamati (v. nt. 187), ritengono necessario approfondire nozioni così radicate nella dogmatica civilistica, né per argomentare in punto di bene giuridico, né per derivarne conclusioni sulla natura giuridica della dichiarazione di fallimento: se essa attinga o meno la dinamica offensiva dei fatti di bancarotta. Tuttavia, la natura, anche storica, per così dire «bifronte» delle fattispecie penali fallimentari, le quali, come noto, si innestano su un ceppo civilistico (la procedura concorsuale), impone all'interprete di rifuggire da soluzioni ermeneutiche totalmente avulse dalla normativa fallimentare di contesto. Il che significa non già «preferire» acriticamente metodi interpretativi di tipo sistematico, volti, come in passato, a dedurre i contenuti sostanziali della norma incriminatrice dalla disciplina commercialistica; si tratterebbe di un metodo d'analisi incurante della necessaria autonomia del diritto penale sul piano ordinamentale. «Autonomia» che si traduce, in termini positivi, secondo i principi e le categorie dogmatiche che caratterizzano il diritto penale, sostanziale e processuale. Nondimeno, la «radicalizzazione» di questa istanza, in sede scientifica, potrebbe facilmente tradursi, proprio in tema di bene giuridico, nell'ipostatizzare contenuti lesivi empiricamente inconsistenti, teoricamente fragili e incoerenti sul piano ordinamentale. O ancora: l'individuazione del bene giuridico nell'interesse

centrale la critica che ad essa è stata mossa da una parte autorevole della dottrina, le cui argomentazioni paiono ancora profondamente attuali, soprattutto se si considera l'assenza di interventi legislativi di modifica della fattispecie incriminatrice in esame.

La premessa fondamentale da cui prendono origine le teorie alternative in esame è sintetizzabile nel problema di definire il «momento in cui si apre, per l'imprenditore, la zona del rischio penale»<sup>188</sup>: cioè quello

---

patrimoniale dei creditori, se formulato in modo del tutto indipendente dalla considerazione delle *modalità* e delle strutture con cui l'ordinamento giuridico, nella sua unità, declina questa forma di tutela, esporrebbe la fattispecie, soprattutto nella sua applicazione, ad un fenomeno largamente documentato di «gratuita elargizione» di oggettività giuridiche evanescenti, meramente nominali, *funzionali* per giustificare (e motivare) vere e proprie interpretazioni analogiche e «eversive» del tipo criminoso. D'altronde, la necessità di un costante raffronto tra i due versanti dell'ordinamento che qui vengono in considerazione, sembra oggi pienamente confermata dagli interventi di riforma del legislatore, incidenti, in particolar modo, su ipotesi di reato «geneticamente» caratterizzate dall'esigenza di coordinamento con la normativa fallimentare. Ci si riferisce alla «bancafallimento preferenziale», di cui all'art. 216, 3° co., l. fall., che punisce «il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o titoli di prelazione». La dottrina ha rilevato una «continuità tra l'azione revocatoria e la bancafallimento preferenziale», nel senso della tendenziale coincidenza (o «osmosi di lettura») tra i rispettivi ambiti oggettivi di applicazione: un atto revocabile ai sensi dell'art. 67 l. fall., nella sua versione anteriore alla riforma, poteva considerarsi astrattamente integrante gli estremi oggettivi della bancafallimento preferenziale (così R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dei reati di bancafallimento*. L'art. 217-bis l. fall., in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., pp. 370 ss.). La «continuità» è stata in un primo tempo interrotta dal legislatore che è intervenuto sull'art. 67 l. fall., restringendo il campo oggettivo di applicazione della revocatoria fallimentare (3° co.), senza, tuttavia, modificare la norma penale fallimentare, con la prevedibile conseguenza che i pagamenti *non revocati* avrebbero potuto assumere rilevanza penale, in quanto preferenziali. Per risolvere le criticità emerse dal mancato coordinamento tra i due versanti (fallimentare e penale), e per recuperare l'aderenza della fattispecie incriminatrice ad un basilare principio di *extrema ratio*, si era sostenuto che l'esclusione dell'azione revocatoria (ex art. 67, 3° co., l. fall.) doveva tradursi, limitatamente alle ipotesi tipizzate dalla norma fallimentare, nella loro irrilevanza penale a titolo di bancafallimento preferenziale. L'art. 67, 3° co., l. fall. era così inteso come una «causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto». Almeno in parte, la soluzione proposta dalla dottrina è stata consacrata dal legislatore, il quale, con la Legge 30 luglio 2010, n. 122, ha introdotto l'art. 217-bis, l. fall. («Esenzione dai reati di bancafallimento») ha, con un'inedita e problematica terminologia, «esentato» i pagamenti e le operazioni posti in essere «in esecuzione» di un'ipotesi di soluzione di risanamento della crisi di impresa dall'applicazione della fattispecie incriminatrice ex artt. 216, 3° co. e 217 l. fall. L'intervento legislativo si spiega alla luce di un'avvertita esigenza di coordinamento della normativa penale alle «nuove» finalità di risanamento, positivizzate dalla legge fallimentare, nella prospettiva di una valorizzazione del principio di sussidiarietà dell'intervento penale. Per tali considerazioni, si veda, ampiamente, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 115 ss.; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancafallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1467 ss.; G. G. SANDRELLI, *La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi d'impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, in *Arch. Pen.*, 2015, 2, *passim*.

<sup>187</sup> Le implicazioni sulla struttura del reato in esame sono state fin qui solo accennate. Su queste si tornerà al Cap. III.

<sup>188</sup> Così, testualmente, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 18, il quale, più oltre (p. 28), osserva che sarebbe «assurdo, infatti, pensare che si possa retroagire

«spazio» (temporale o sostanziale) nel *continuum* dinamico dell'attività dell'impresa, anteriore alla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, in cui determinati atti di disposizione patrimoniale sono astrattamente «idonei» ad integrare gli estremi oggettivi del fatto tipico di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

L'istanza di delimitazione di questa «zona di rischio penale» può essere agevolmente tradotta nella necessità di individuare una soglia di rilevanza penale, *prima* della quale le condotte economico-gestionali dell'imprenditore non sono suscettibili di assumere *quel* coefficiente di offensività che è intrinseco alla fattispecie oggettiva. Secondo questa prospettiva, la «zona di rischio penale» viene a definire un limite tipologico (e, dunque, *esegetico*) del fatto tipico, al pari degli altri elementi strutturali previsti dal legislatore nel quadro descrittivo della fattispecie normativa.

Nondimeno, il ricorso alla terminologia del «limite» o della «soglia di rilevanza», sebbene tecnicamente improprio, è comunque sintomo di un'esigenza per così dire complementare, la quale può essere colta solo avendo riguardo alla specificità del contesto di attività in cui è destinata a trovare applicazione la fattispecie di bancarotta fraudolenta: l'impresa. Quest'ultima si realizza come un fenomeno organizzativo per sua natura idoneo a svilupparsi nel tempo: ogni fatto o comportamento si innesta in una successione cronologica, potenzialmente illimitata. In tal modo, come si trattasse di una descrizione sequenziale, l'impresa può essere ricostruita in senso retrospettivo. Ed è la prospettiva cronologico – retrospettiva a caratterizzare concretamente l'intervento del magistero penale, fin dal momento sorgivo dell'acquisizione della notizia di reato (art. 330 c.p.p.),

---

indefinitamente nel corso della vita dell'impresa». Negli stessi termini, M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 225 ss. e par. p. 230, secondo cui «un comune senso di giustizia vieta, infatti, di poter considerare colpevole di bancarotta fraudolenta un imprenditore il quale, in una lontana stagione (poniamo alcuni lustri prima della dichiarazione di fallimento), abbia perduto (dissipato) sul tavolo verde, un buon gruzzolo di milioni. E ciò mentre la sua impresa navigava in ottime acque». Aderiscono alla tesi in esame, F. CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 4; F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Jovene, Napoli, 1962, pp. 23 ss.: l'autore individua l'oggetto giuridico nel diritto di garanzia dei creditori sul patrimonio del debitore – imprenditore, riconoscendone, tuttavia, la natura processuale: sicché l'oggetto immediato della tutela sarebbe la stessa azione esecutiva.

che, in questo contesto, può retroagire in modo indeterminato lungo la sequenza cronologica, senza un limite concreto predefinito, se non quello derivante dalla dimensione normativo - astratta della fattispecie incriminatrice<sup>189</sup>. Così, il linguaggio ricorrente («soglia di rilevanza», «zona di rischio penale» e simili) suggerisce l'idea di delimitare una parentesi nella sequenza cronologica, con un inizio e una fine certa (l'apertura della procedura concorsuale), specularmente allo spettro oggettivo di selezione della norma incriminatrice.

Il vero problema, in assenza della previsione legale ad es. di soglie cronologiche o quantitative di «punibilità», risiede nella scelta dell'opzione interpretativa (o, più prosaicamente, dei criteri) attraverso la quale attingere il risultato di una limitazione *ex ante* dello spazio di rilevanza penale. Come problema esegetico, pertinente, propriamente, al canone di determinatezza della fattispecie penale, ogni soluzione, astrattamente plausibile, si traduce secondo il linguaggio delle categorie del reato.

Date queste premesse, quasi intuitivamente può comprendersi come la prospettiva («metodologica») di definire una «zona di rischio penale» (nella «teoria» del delitto di bancarotta) venga a coincidere, per necessità logica, con il tentativo di isolare il nucleo offensivo del fatto tipico, cercando di enfatizzarne le note qualificanti, che possano concretamente rispondere, soprattutto nel momento «processuale» della sua applicazione, ad una tale prioritaria istanza di determinatezza della norma incriminatrice. Si intercetta così il tema, invero non periferico, del bene giuridico: su questo terreno, con esiti forse antitetici rispetto alla concezione «patrimoniale», si è mossa la dottrina cui si deve la prima concettualizzazione della «zona di rischio penale».

L'obiezione fondamentale alla teoria «patrimoniale» consiste nel contestare l'antioriorità del limite di cui all'art. 2740 c.c. (il «momento della responsabilità») rispetto all'inadempimento, con il corollario di negare la

---

<sup>189</sup> Sul ruolo della «notitia criminis» nello stadio nascente del procedimento, si consideri T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., p. 554.



possibilità di affermare l'illiceità di un atto di disposizione patrimoniale realizzato dall'imprenditore *prima* dell'insorgere della situazione di inadempimento. Giacchè, si dice, «il creditore ha *il diritto di cautelarsi sui beni del debitore* per non perdere la possibilità dell'adempimento; ma, correlativamente, a questo diritto *non vi è*, in linea di massima, *un dovere del debitore di non disporre dei propri beni.*»<sup>190</sup>. Al venir meno del dovere giuridico di cui all'art. 2740 c.c. corrisponde l'assenza di un *effettivo* diritto di garanzia dei creditori sui beni del debitore (pur sempre nella fase che precede l'inadempimento): «In sostanza, qui, come sempre, il patrimonio del debitore rappresenta, sì, la garanzia del creditore, nel senso che il creditore acquisterà il diritto di soddisfarsi su di esso nel caso di inadempimento; ma un diritto di garanzia dei creditori non sussiste prima dell'inadempimento; e i creditori hanno solo il diritto di esercitare alcune azioni di carattere cautelare».

Se, allora, non è illecito l'atto depauperativo del patrimonio del debitore – imprenditore, dal momento che, prima dell'inadempimento, *non* sussiste un diritto («di garanzia») suscettibile di essere violato, la qualificazione di illiceità si sposta in avanti, sul momento dell'adempimento: «l'illecito – si sostiene – non consiste nel fatto di disporre dei propri beni (diversi da quelli oggetto dell'obbligazione), ma nel fatto di adempiere o, comunque, di rendere impossibile l'adempimento».

Ciò detto, può allora convintamente escludersi – secondo questa ricostruzione – che l'oggetto giuridico dei reati fallimentari sia costituito da *un* diritto di garanzia sui beni del debitore – imprenditore, coevo al sorgere del rapporto di debito. Ma questo è solo il primo passaggio di un percorso interpretativo che procede serrato. Si prosegue, infatti, con l'essenziale distinzione tra l'inadempimento dell'obbligazione originaria (mancata o inesatta esecuzione della prestazione, c.d. adempimento volontario) e la fase esecutiva, attraverso la quale i creditori possono soddisfare le loro

---

<sup>190</sup> Così P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 22 ss. ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

pretese con l'esperienza dell'azione esecutiva, salvo che non si tratti di un'obbligazione infungibile, al cui inadempimento conseguirà, in forza di legge, un'obbligazione risarcitoria sostitutiva. Si ipotizzi un atto che incida in senso negativo su quella parte di patrimonio che è necessario al soddisfacimento in via coattiva delle ragioni dei creditori: in tal caso, è evidente, che l'inadempimento c.d. volontario si è già consumato. L'atto ipotizzato è illecito perché viene a frustrare ogni residua «possibilità» di soddisfazione dei creditori: il depauperamento patrimoniale rende «impossibile anche l'adempimento coattivo o il risarcimento del danno».

Chiarita, sinteticamente, la premessa di «struttura» cui aderisce questa dottrina, si pone, immediata, la domanda sulla funzione che verrebbe ad espletare l'applicazione della sanzione penale in questa dinamica di matrice privatistica.

In base a quanto finora osservato, si potrebbe facilmente concludere che le norme penali fallimentari – e, nello specifico, le fattispecie di bancarotta c.d. prefallimentare – siano poste a tutela del mero diritto di credito, nel senso di sanzionare i comportamenti che rendono «impossibile» l'adempimento dell'obbligazione ovvero il fatto stesso dell'inadempimento. La comminatoria edittale avrebbe la funzione, sanzionando le condotte antidoverose (*ex art. 1218 c.c.*), di prevenire ogni ipotesi obiettiva di mancato inadempimento o inesatto adempimento o, più in generale, ogni comportamento integrante la violazione dell'obbligo di diligenza nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Malgrado l'apparente coerenza logica, una simile soluzione si rivela, nella sostanza, quanto meno eccentrica, per le ragioni già richiamate. Condivisibile è allora la limpida presa di posizione secondo cui «in linea generale, la lesione del diritto di credito, e cioè l'inadempimento dell'obbligazione nel sistema del nostro diritto, anche quando è volontario, non costituisce illecito penale, ma solo illecito civile»<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Il rilievo è, ancora, di P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 24.

Se, allora, il bene giuridico non può essere ricondotto al «diritto di credito» (cioè all'interesse all'attuazione della prestazione, sia essa originaria, successiva o sostitutiva dell'obbligo inadempito), qual è la funzione della minaccia di pena? Per rispondere in modo efficace e non «cadere» nel vizio di postulare una mera tutela penale dell'adempimento, vengono in rilievo, a dire di questa dottrina, almeno due aspetti. Il primo emerge *ex tabulas* dalla norma incriminatrice: il delitto di bancarotta fraudolenta è un'incriminazione «condizionata» al verificarsi di un evento futuro ed incerto, individuato *ex lege* nella dichiarazione di fallimento, il cui presupposto sostanziale è costituito dallo stato di insolvenza, così come previsto dall'art. 5 l. fall. Se la «punibilità» (*rectius*, la «rilevanza penale» del fatto, almeno nella prospettiva dell'autore) è subordinata al «fatto» dell'inadempimento organico dell'impresa (l'insolvenza), il legislatore ha inteso definire, una «zona di *rischio penale* per garantire nei limiti del possibile, con la minaccia di una eventuale sanzione penale, i creditori dal pericolo dell'inadempimento», purchè per tale si intenda non già l'inesatta o mancata esecuzione della prestazione c.d. originaria, bensì la mancata soddisfazione dell'interesse patrimoniale dei creditori che può realizzarsi *solo* per mezzo del processo esecutivo concorsuale.

Il secondo aspetto è oggetto di unanime riconoscimento in dottrina: è notorio, d'altra parte, che pur ammettendo che l'oggetto giuridico dei delitti di bancarotta sia da rinvenire nell'interesse alla conservazione del valore economico della garanzia patrimoniale, questo è giuridicamente rilevante non già nella prospettiva del singolo creditore, bensì in quella più ampia della categoria dei creditori<sup>192</sup>. Se la ricognizione sistematica delle norme civili (art. 2740 c.c.) consente di isolare un interesse patrimoniale, è indubitabile che la legge fallimentare lo declini in relazione ad un gruppo ristretto e astrattamente determinabile di soggetti: la categoria dei creditori

---

<sup>192</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 976, il quale osserva che «la tutela penale del diritto di credito attraverso le norme penali della legge fallimentare non è dunque una tutela atomistica: non è protetto il singolo rapporto né il singolo creditore. E' una tutela collettiva dei creditori come categoria». Come tale, la categoria non può identificarsi con la «massa dei creditori, che si configura come tale unicamente nella cornice della procedura concorsuale».

presenti e futuri<sup>193</sup>. Le opinioni sul punto divergono sulle conseguenze che da tale aspetto derivano: «in realtà, considerando nel loro insieme le norme del diritto penale concorsuale, si constata che il diritto di credito non viene tutelato da un punto di vista individuale, ma da un punto di vista collettivo: cioè, dal punto di vista dell'interesse pubblicistico al *massimo soddisfacimento* di tutti i creditori secondo i criteri della *par condicio*»<sup>194</sup>. Non si tratta, però, di un interesse che ha natura «sostanziale»: se così fosse, si arriverebbe ad aderire alle tesi contrastate. E' invece un «interesse pubblicistico – processuale»: questo emerge dalla circostanza che le norme penali fallimentari considerano allo stesso modo – e, dunque, *equiparano* – sia gli atti compiuti *anteriamente* all'apertura formale della procedura concorsuale, sia posteriormente, a fallimento dichiarato (bancarotta c.d. postfallimentare).

L'equiparazione è argomento sufficiente per sostenere che sia nel primo che nel secondo caso la norma incriminatrice si basa su un «presupposto concorsuale», con la conseguenza ulteriore che la questione del bene giuridico non può che essere risolta in modo tendenzialmente uniforme. Inoltre, in entrambe le ipotesi (pre e post- fallimentare), la tutela del credito non si realizza in termini individuali, bensì secondo la concezione dei creditori come «massa». Il che significa, sempre secondo questa impostazione, che «l'*interesse giuridico immediatamente leso è un interesse pubblicistico-processuale*: il che non esclude, naturalmente, che siano necessariamente lesi anche degli interessi patrimoniali, essendo, d'altronde, evidente che l'interesse processuale, per sua natura, è lo schermo difensivo di un bene sostanziale». Se così è, perché si ritiene logicamente necessario, in quest'ordine di idee, astrarre dal bene sostanziale? La risposta risiede, ancora una volta, nelle premesse. Il bene «sostanziale», consistente nell'interesse dei creditori alla realizzazione, anche in via esecutiva, delle loro ragioni, *non* sussiste prima

---

<sup>193</sup> Nel senso della distinzione tra «interessi diffusi» e «interessi che fanno capo a gruppi finiti», limpidamente C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 300 ss.

<sup>194</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 24.

dell'inadempimento organico dell'imprenditore; in sostanza, il limite al potere di disposizione dell'imprenditore, discendente *ex art. 2740 c.c.*, non è giuridicamente prospettabile *prima* dell'insorgere dello stato di dissesto. Allo stesso modo, non è concepibile una «massa» dei creditori, se non sulla base del «presupposto concorsuale». Dirimente è pur sempre il processo esecutivo, attraverso il quale assume rilievo l'interesse della massa al soddisfacimento del credito.

Tuttavia, come può essere concepita la tutela processuale della massa dei creditori se si verte in un'ipotesi di bancarotta prefallimentare? D'altronde, nel caso di bancarotta postfallimentare, non vi è dubbio che l'apertura della procedura concorsuale costituisca un antecedente cronologico rispetto alla commissione di una condotta penalmente rilevante: *nulla quaestio*, pertanto, sulla possibilità di concepire una «massa» di creditori ammessi alla ripartizione dell'attivo liquidato per mezzo della procedura instauratasi. Il dato positivo, nondimeno, equipara le due ipotesi, subordinando, nella bancarotta prefallimentare, la rilevanza penale delle condotte depauperative dell'imprenditore al fallimento in senso formale. «Se fosse sufficiente – si chiede retoricamente l'autore – l'esistenza di un danno patrimoniale, la condizione [della dichiarazione del fallimento, n.d.a.] apparirebbe del tutto superflua dato che il danno si è verificato già prima»<sup>195</sup>. Ciò significa che la norma penale, allorché subordina il rilievo penale (o offensivo) del fatto, alla declaratoria di fallimento, si basa sul presupposto concorsuale. In tal senso, «nulla vieta che, a determinati fini, la legge possa considerare una realtà la massa anche prima di tale momento [l'apertura *formale* della procedura, n.d.a.]. E poiché non è dubbio – prosegue questa dottrina – che la legge penale fallimentare presuppone l'esistenza di una massa, anche prima dell'apertura del fallimento, è necessario stabilire quali sono i fini di questa presupposizione». Poiché la presupposizione è legata alla condizione della dichiarazione fallimentare (c.d. *presupposto concorsuale*), non può che

---

<sup>195</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 25.

concludersi nel senso che i «fini» perseguiti dalla legge penale coincidono con i «fini» della procedura concorsuale: sicché, «oggetto generico di tutte le norme penali propriamente concorsuali è [...] *l'interesse processuale all'attuazione dei fini delle procedure concorsuali, consistenti nella ripartizione di tutto l'attivo secondo i criteri della par condicio* [...]».

Diversamente ragionando – lo si ribadisce – non troverebbero spiegazione razionale e giuridicamente fondata i seguenti aspetti: a) l'equiparazione normativa tra bancarotta prefallimentare e postfallimentare di cui all'art. 216, 2° co., l. fall.; b) la concezione dell'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori concepiti come «massa» e non *uti singuli*; c) il condizionamento della «punibilità», nell'ipotesi di bancarotta prefallimentare, al verificarsi dell'evento futuro ed incerto della dichiarazione di fallimento; d) l'operatività della «garanzia patrimoniale» come limite al potere dispositivo dell'imprenditore, dopo l'inadempimento; e) la sanzionabilità penale del fatto consistente nel «pagamento preferenziale» di crediti esistenti (art. 216, 3° co., l. fall., c.d. «bancarotta preferenziale»), in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento: ragion per cui, è necessario presumere che la legge penale «presupponga» come operativo il principio della ripartizione dell'attivo fallimentare in egual misura tra i creditori componenti la massa, salvo le cause legittime di prelazione. «Presupposizione» che può essere spiegata solo nella prospettiva teleologica che la norma penale è posta a tutela del «bene strumentale»<sup>196</sup> del processo esecutivo.

Dall'inquadramento, così operato, della fattispecie di bancarotta fraudolenta entro la sistematica dei reati «contro l'amministrazione della giustizia», discendono conclusioni di estremo rilievo in ordine all'individuazione della «zona di rischio penale». Si avverte, fin da ora, che

---

<sup>196</sup> Sul problema della tutela penale di beni c.d. strumentali si considerino, tra gli altri, A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. CONTI (a cura di), Cedam, Padova, 2001, *passim*; G. A. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. I, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 929 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 670 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.

il criterio qui adottato ha natura *obiettiva e cronologica*<sup>197</sup>: viene infatti ad essere definita una precisa parentesi *temporale* entro la quale determinati atti, realizzati dall'imprenditore e lesivi dell'interesse processuale al massimo soddisfacimento dei creditori secondo i principi concorsuali, sono astrattamente idonei ad assumere rilievo penale ai sensi dell'art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.

Ai fini dell'integrazione del reato, nella sua componente oggettiva, è necessario che si realizzi, secondo le modalità descritte nella fattispecie normativa, la lesione all'interesse pubblicistico – processuale, oggetto immediato di tutela. Tuttavia, un tale interesse *non* può essere leso prima che sia intervenuto il *presupposto* della procedura fallimentare, cioè lo stato di insolvenza<sup>198</sup>. Da questo istante temporale (cioè dal sopravvenire dello stato di insolvenza), il potere di disposizione dell'imprenditore è *ex lege* limitato dall'esigenza di garantire l'attuazione dell'interesse processuale alla liquidazione del *maggior* attivo al fine di soddisfare i creditori fallimentari. «Il compimento di certi atti, descritti negli artt. 216 e ss. della legge fallimentare, pendente lo stato di insolvenza, è condizionalmente illecito, perché dolosamente o colposamente frustra le finalità della imminente e prevedibile procedura concorsuale [...]». Perché possa configurarsi il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale è necessario che la condotta dell'imprenditore, depauperativa del patrimonio aziendale, sia stata posta in essere in una fase già patologica dell'attività economica organizzata, in cui concretamente rileva l'incapacità organica dell'impresa a rispondere con mezzi normali alle obbligazioni contratte. Questa parentesi temporale, che intercorre tra lo stato di dissesto (l'insorgere della patologia economico – finanziaria) e la dichiarazione di fallimento – almeno per la bancarotta prefallimentare -, descrive una situazione di disvalore *oggettivamente* pregnante: al di fuori di questo contesto, gli atti, sia pure concretamente depauperativi, sono incapaci di attingere il nucleo offensivo

---

<sup>197</sup> In senso critico, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 18.

<sup>198</sup> Limpidamente, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 30 ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

del fatto tipizzato: l'interesse pubblicistico – processuale al soddisfacimento coattivo della massa fallimentare. E' di agevole comprensione che in questa prospettiva – e lo si vedrà a breve -, il fallimento in senso formale, come accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, accede all'orbita offensiva del fatto tipico, in quanto attualizza in senso cronologico la lesione tipica dell'interesse processuale, il *solo* aggredibile, e soltanto nella «zona» così circoscritta. Al giudice penale compete, pertanto, un accertamento a carattere per così dire pregiudiziale: verificare che l'atto, oggetto del giudizio di conformità al tipo, sia stato realizzato in pendenza di un'obiettiva situazione di incapacità dell'impresa ad adempiere alle passività accumulate nel corso del suo svolgimento. In assenza di una coincidenza temporale tra lo stato di dissesto e la condotta (in astratto) penalmente rilevante, il giudizio di tipicità non può risolversi nel senso dell'accertamento di una condotta tipica: il «fatto storico» è privo del contenuto offensivo richiesto dalla norma incriminatrice.

### **3.1 Le obiezioni alla tesi della coincidenza tra «zona di rischio penale» e «stato di insolvenza».**

La tesi or ora esposta ha trovato numerose critiche, le quali, sebbene tutte convergano nel contestare *ab origine* l'individuazione del bene giuridico nell'interesse processuale di cui si è detto, si svolgono con argomentazioni e si appuntano su profili differenti.

Di particolare rilievo è, in tal senso, l'obiezione secondo la quale il richiedere lo stato di insolvenza come necessario presupposto ai fini della rilevanza penale della condotta (prefallimentare) dell'imprenditore condurrebbe all'«assurdo di non ritenere incriminabili tutti i fatti di bancarotta che, avendo cagionato il dissesto, dovevano necessariamente precederlo e cioè proprio quelli di maggiore gravità (come la distrazione



dei beni in un fallimento preordinato»<sup>199</sup>. La conseguenza è intuitiva: la presupposizione necessaria di uno stato di insolvenza, come *humus* offensivo in cui si inseriscono i fatti di bancarotta, esclude *a priori* dall'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice le condotte economico – gestionali che abbiano cagionato lo stato di insolvenza, «e che perciò necessariamente la precedono, come, ad esempio, [...] le operazioni di grave imprudenza e gli sperperi che hanno determinato il dissesto, ecc....»<sup>200</sup>. Ciò si pone, secondo questa critica, in aperto contrasto con la lettera della legge e con gli scopi che la norma penale persegue. Sarebbe in contrasto con la *littera legis*, si è autorevolmente affermato<sup>201</sup>, perché l'enunciato delle disposizioni penali fallimentari, tranne un caso rappresentato dall'art. 217, 1° co., n. 3 e 4, non richiede espressamente un

---

<sup>199</sup> Per questo rilievo, L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 85. La prima formulazione della critica si deve a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 23, secondo cui «il singolare punto di partenza ha portato il Nuvolone ad un grave risultato: ad affermare che per la punibilità dei fatti di bancarotta pre-fallimentari è necessario che al momento della commissione si sia verificato il presupposto della procedura concorsuale, e cioè lo stato di insolvenza del debitore. Tale risultato, che è una conseguenza necessaria della premessa, conferma la fragilità della costruzione, non potendo in alcun modo ammettersi che non siano punibili i fatti di bancarotta commessi dall'imprenditore prima di cadere in stato di insolvenza». Si associano alla critica, con argomentazioni non dissimili, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 8 ss.; A. LANZI, *La tutela penale del credito*, cit., pp. 217-218; N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., p. 10, il quale, pur accogliendo l'indicazione metodologica che discende dalla teoria di Pietro Nuvolone (la definizione di una zona circoscritta di rilevanza penale), avverte che alla necessità di «individuare un criterio che esprima l'attualità dell'attitudine all'offesa, in collegamento con la situazione di insolvenza, si accompagna l'esigenza di non far "avanzare" oltremodo la soglia dell'intervento penale al livello del pregiudizio per i creditori, rendendo "tardiva" la risposta penale nella prospettiva di protezione del bene giuridico». Tuttavia sembra che il rilievo ora richiamato si muova nella prospettiva teoretica in virtù della quale la lesione tipizzata dal legislatore penale deve essere riconosciuta nel pregiudizio patrimoniale costituito dallo stato di insolvenza, cioè dall'inadempimento organico dell'impresa. Non si spiegherebbe altrimenti la rilevata «tardività» della risposta punitiva, se non presupponendo che l'offesa tipica all'interesse patrimoniale dei creditori può ben sostanziarsi nella situazione di insolvenza. Conferma questa osservazione l'ulteriore rilievo critico promosso da G. COCCO, sub *art. 216 l. fall.*, cit., p. 845, secondo cui l'asserita coincidenza tra «zona di rischio penale» e «situazione sostanziale di insolvenza» presenta il vizio di fondo che il limite fissato dalle norme penali per garantire i creditori dal pericolo di inadempimento (*rectius*, la zona di rischio penale) finirebbe per identificarsi con una situazione in cui quell'*inadempimento* si è già consumato, con l'insorgere dell'insolvenza. Ancora una volta: qui si presuppone che nell'orbita offensiva del fatto tipico debba essere ricondotto il mero inadempimento. Con altri argomenti, pur sempre criticamente, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 55 ss.

<sup>200</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., p. 23.

<sup>201</sup> Oltre agli autori richiamati alla nt. 207, il rilievo è proposto anche da C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, Monduzzi, 2000, ora in ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, cit., p. 841 (da qui le ulteriori citazioni).

nesso di contestualità temporale tra il fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (o documentale) e la situazione sostanziale di insolvenza. Da qui, dovrebbe trarsi un limite «invalicabile» all'interpretazione della fattispecie incriminatrice, secondo il noto e concludente argomento «*ubi lex voluit, dixit; ubi tacuit, noluit*». Argomento che, come noto, può essere utilizzato al fine di suffragare un'interpretazione restrittiva o meramente letterale<sup>202</sup>, sul presupposto, in realtà opinabile e difficilmente verificabile, che il risultato ermeneutico corrisponda all'effettivo scopo del legislatore o della norma.

Tuttavia, a ben guardare, l'estrema esilità dell'enunciato normativo, nonché il carattere semanticamente controverso di alcune espressioni letterali impiegate dal legislatore penale, come, esemplificando, la «distrazione» (art. 216, 1° co., n. 1), nel formulare la fattispecie legale, consentono di esprimere alcune perplessità sulla solidità di un'interpretazione meramente letterale, a maggior ragione se sostenuta su un argomento di scopo, sia esso oggettivo (lo «spirito della legge», cui si richiamano alcuni autori<sup>203</sup>, o soggettivo (lo scopo perseguito dal legislatore storico). A ciò si aggiunga un rapido appunto di coerenza logica nel ricorrere all'argomento letterale: è affermazione unanime presso la dottrina<sup>204</sup> che il silenzio della legge su un presunto nesso di causalità tra la condotta di bancarotta e il dissesto dell'impresa è sufficiente per argomentare l'irrelevanza *giuridica*, ai fini dell'integrazione del fatto tipico, della sussistenza in concreto di (e sia accertato) un legame eziologico tra il fatto di bancarotta e lo stato di insolvenza dell'impresa. Ora, quello stesso silenzio della legge sul rapporto tra «distrazione» e fallimento (in senso sostanziale) è conferente per sostenere la punibilità dei fatti causativi dell'insolvenza. E' opinione di chi scrive che, data la consistenza ambigua del testo normativo, l'argomento letterale è suscettibile di rivelarsi

---

<sup>202</sup> Per un'approfondita ricognizione dei profili teorico – argomentativi dell'interpretazione letterale si consideri *amplius* R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 267 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 370 ss.

<sup>203</sup> In tal senso, L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 85.

<sup>204</sup> V. *ultra*, Cap. III, par. 1.

contraddittorio, salvo non voler riconoscere, in sede di interpretazione della fattispecie astratta, l'incidenza di valutazioni politico-criminali pienamente legittime, come, per ipotesi, potrebbe rivelarsi quella in esame, secondo cui l'ambito di applicazione del delitto in esame deve estendersi in direzione delle condotte che abbiano cagionato l'inidoneità organica dell'impresa a far fronte alle passività contratte. Ma è questa, come pare evidente, una decisione interpretativa fondata su esigenze di gestione e coordinamento della risposta punitiva, improprie per l'interprete, come per il giudice.

D'altra parte, non sembra si possa raggiungere un tale risultato – quello cioè di escludere anche la sola «possibilità» teoretica di una coincidenza tra situazione sostanziale di insolvenza e offensività del fatto -, ragionando, sempre per ipotesi, in termini assiologici, ad es. invocando il principio di uguaglianza in senso formale di cui all'art. 3, 1° co., Cost. Si potrebbe infatti sostenere che la norma, così interpretata<sup>205</sup>, distingue tra «fatti» che invero esprimono il medesimo contenuto di disvalore, con la conseguenza di ritenere applicabile una grave sanzione penale al solo *fatto successivo* alla causazione del dissesto, e non già al *fatto causativo* che ne rappresenta concretamente la premessa. La legge distinguerebbe situazioni simili, le quali meriterebbero, invece, il medesimo trattamento sanzionatorio. Un simile ragionamento, che emerge in controtuce alla critica poc'anzi richiamata, non si sottrae ad un dubbio di fondo: esso sottende, infatti, l'affermazione di principio secondo cui la «causazione dell'insolvenza» e il fatto successivo, depauperativo del patrimonio aziendale, siano «situazioni non dissimili», in quanto accomunati da un disvalore omogeneo, apprezzabile secondo una scala progressiva, nel primo caso, finanche più intenso. Ma è la norma penale a definire un «parametro» di disvalore. La tesi presuppone che il nucleo di disvalore del fatto penalmente rilevante sia da ricondurre al mero fatto dell'inadempimento delle pretese patrimoniali dei creditori: coerentemente, la condotta che ha spogliato l'impresa del suo patrimonio (causandone il dissesto) e la

---

<sup>205</sup> V. *supra*, par. 2.2.4.

condotta che ha, successivamente, «aggravato» il disequilibrio economico – finanziario già in atto, riducendo l’attivo fallimentare, sono meritevoli del medesimo trattamento. In entrambe i casi, il diritto a contenuto patrimoniale dei creditori fallimentari risulta pregiudicato. E’ chiaro, allora, che l’asserita irragionevolezza della distinzione è prospettabile solo se si accoglie la premessa: in caso contrario, sta e cade con essa.

Si comprende, così, la facile replica alle obiezioni fin qui esaminate: «[...] se la causazione dell’insolvenza non costituisce materia di illecito per volontà del legislatore, è inutile obiettare che, in realtà, dovrebbe costituire reato»<sup>206</sup>. Il motivo dell’esclusione, d’altra parte, ha una sua intima razionalità: «E, invero, le cause dell’insolvenza sono così varie e molteplici che difficilmente si può sceverare ciò che è addebitabile all’imprenditore da ciò che deriva da fattori non dominabili dalla volontà del medesimo; e, inoltre, salvo casi patologici eccezionalissimi, è difficile pensare ad un imprenditore che volontariamente determinati la sua insolvenza, e quindi il suo fallimento». Diversamente opinando, suggerisce l’autore, verrebbe ad essere eluso il problema della limitazione all’effetto di penalizzazione retrospettiva cui dà luogo la norma penale fallimentare: «per incriminare la causazione dell’insolvenza occorrerebbe quasi sempre risalire molto indietro nel tempo; e allora si verrebbe a creare una zona eccessivamente ampia di rischio penale, col risultato di rendere precaria la vita dell’impresa, inibendo, in ultima analisi, anche ogni utile iniziativa. Il che è naturalmente contrario a quella esigenza di limite, che è caratteristica del diritto in genere e del diritto penale in ispecie»<sup>207</sup>.

Le perplessità evocate lasciano trapelare un legittimo dubbio sull’effettivo valore euristico delle critiche finora richiamate; allo stesso modo, queste suggeriscono che il terreno più fertile per una disputa sulla «validità» della tesi di un oggetto giuridico «processuale» del delitto di bancarotta sia, per l’appunto, quello propriamente dogmatico, rilevando il

---

<sup>206</sup> Così P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 31 ed *ivi* ulteriori citazioni nel testo.

<sup>207</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 32.

carattere «strumentale» del bene giuridico consistente nella tutela del mezzo processuale esecutivo, come strumento per garantire il soddisfacimento coattivo degli interessi patrimoniali dei creditori fallimentari.

In questo senso, si è ampiamente osservato<sup>208</sup> come la tutela penale del credito, realizzata dalle norme penali fallimentari, non sia imperniata sul momento dell'adempimento, bensì su quello della responsabilità patrimoniale, con il corollario che una condotta depauperativa del patrimonio aziendale, posta in essere dall'imprenditore, può assumere rilevanza penale in quanto lesiva dell'interesse «sostanziale» al soddisfacimento in via coattiva del credito. Certo: l'interesse sostanziale, riferibile ai creditori, è «mediato» dal mezzo processuale concorsuale, che ne rappresenta lo strumento di attuazione giurisdizionale. Tuttavia, ciò non autorizza ad inferirne che le procedure concorsuali siano tutelate «come valore giuridico a sé stante, autonomo e astratto rispetto ai rapporti sostanziali»<sup>209</sup>. Ebbene, è la natura strumentale del processo esecutivo a lumeggiare l'oggetto immediato della tutela: cioè, il bene sostanziale *alla cui realizzazione* è preordinato *ex lege* il mezzo esecutivo a carattere collettivo<sup>210</sup>. Escluso dall'orizzonte di tutela l'interesse pubblicistico – processuale, viene di conseguenza meno il presupposto dello stato di insolvenza ai fini della punibilità dei fatti lesivi della «garanzia» patrimoniale. Nondimeno, si «riapre» così l'annoso problema<sup>211</sup> *se ed, eventualmente, in che termini definire, all'infuori dell'accertamento*

---

<sup>208</sup> Per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 983 ss.; C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, cit., pp. 430 ss.

<sup>209</sup> Così, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 984.

<sup>210</sup> In tal senso, anche A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 18 ss., il quale, nell'ambito di una serrata critica alla teoria processuale, ha modo di rilevare come non sia invero contestabile la centralità della tutela dei «fini del processo fallimentare» nella ricerca dell'oggettività giuridica dei reati fallimentari. Tuttavia, proprio la considerazione che si tratta della «tutela dei fini delle procedure concorsuali» è sufficiente per respingere la tesi di un'oggettività giuridica «processuale», giacché dal precedente assunto «ne segue che [le disposizioni penali] non tutelano il processo, ma gli stessi interessi sostanziali alla cui garanzia è ordinato il processo. Si tratta di *tutela del fine*, non di tutela del mezzo: e ciò basta per fare escludere che la bancarotta sia un reato contro l'amministrazione della giustizia» (corsivo aggiunto).

<sup>211</sup> A questo profilo è dedicato il Cap. III, par. 1.

dell'oggettività giuridica, un limite tipologico, intraneo alla fattispecie incriminatrice, in virtù del quale circoscrivere gli effetti di una «criminalizzazione» retrospettiva delle condotte che si inseriscono nel *continuum* economico-gestionale dell'impresa.

#### **4. Provvisorie conclusioni sull'accertamento del profilo offensivo del fatto nel prisma dell'accertamento processuale.**

La teoria della «zona di rischio penale», al di là del suo esito in punto di individuazione dell'oggetto immediato della tutela, ha il merito di aver posto in evidenza le aporie sottese ad un'interpretazione del fatto tipico in base alla quale assume rilevanza penale, a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la condotta imprenditoriale che abbia determinato una lesione o sia ritenuta idonea a porre in pericolo la garanzia patrimoniale, prescindendo da ogni valutazione in merito al momento in cui il fatto è stato realizzato nel corso dello svolgimento dell'impresa ovvero dalla considerazione del rapporto intercorrente tra la lesione (o il pericolo) e il sopravvenuto stato di dissesto. Su queste basi è andato consolidandosi un indirizzo giurisprudenziale orientato a declinare l'offesa penalmente tipica (la messa in pericolo degli interessi patrimoniali dei creditori) nei termini di un «pericolo presunto». Interpretazione da cui derivano due importanti conseguenze: da un lato si solleva la pubblica accusa dall'onere sostanziale di dimostrare, in sede processuale, la sussistenza in concreto di una probabilità di lesione della garanzia patrimoniale, limitando la contestazione (anche al momento della formulazione dell'imputazione) al mero rilievo della condotta posta in essere dall'imprenditore dichiarato fallito, a prescindere dalle circostanze temporali e dalle condizioni economico-finanziarie in cui è stata realizzata. Dall'altro lato, e cioè con riferimento al giudice, l'orientamento giurisprudenziale in parola si è tradotto nel ritenere irrilevante l'accertamento (e cioè, la *prova*) dei concreti riflessi economico-finanziari della condotta sull'entità del

patrimonio e, più nello specifico, su quella parte-valore dell'asse patrimoniale aziendale che concorre, per mezzo della procedura concorsuale, al soddisfacimento in via coattiva dei creditori. Il che significa che, pur in assenza di un'effettiva lesione alla garanzia patrimoniale, tradottasi nel mancato o ridotto soddisfacimento coattivo degli interessi patrimoniali dei creditori, la condotta è tale da integrare gli estremi del fatto tipico<sup>212</sup>.

Si è così realizzata una significativa anticipazione della soglia di tutela penale, elidendo, nell'applicazione della norma incriminatrice, qualsiasi nesso di contestualità o prossimità offensiva dell'azione tipica rispetto alla situazione sostanziale di dissesto, momento in cui è dato realmente verificare se un fatto, realizzato, per ipotesi, anche in un tempo significativamente anteriore al collasso dell'impresa, si è tradotto in un «danno» o in una consistente probabilità di verifica di un pregiudizio per gli interessi patrimoniali dei creditori<sup>213</sup>. L'atteggiamento giurisprudenziale ora richiamato trova, peraltro, un solido argomento nel mero dato letterale, là dove non è richiesto alcun nesso oggettivo o soggettivo tra la condotta penalmente rilevante e il fallimento, sia esso inteso in senso formale o sostanziale, quale stato irreversibile di dissesto dell'impresa<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Per tale rilievo, G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 338 ss.

<sup>213</sup> Nel senso dell'irrelevanza di qualsiasi nesso di contestualità temporale tra la situazione sostanziale di insolvenza (o la dichiarazione di fallimento), si pone la giurisprudenza costante: *ex multis*, Cass., sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546, in *Guida al diritto*, 2008, p. 101, secondo cui « [...] i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Infatti, tutte le ipotesi alternative di distrazione previste dalla norma si realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede un nesso causale o psichico tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, probabile o possibile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua preesistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta [...]». In senso conforme, Cass., sez. V, 18 gennaio 2008, n. 7414, in *Guida al diritto*, 2008, p. 81 (s.m.); Cass., sez. V., 22 aprile 1998, n. 8327, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 652 ss.; più di recente, Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, 33527, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, cit.

<sup>214</sup> L'assenza di un nesso eziologico e psichico tra la condotta penalmente rilevante (es. distrazione) e il fallimento (sia inteso, in senso formale, come dichiarazione di fallimento *ex art.* 16 l. fall. o come situazione sostanziale di insolvenza, *ex art.* 5 l. fall.) è principio ormai

In questa prospettiva, i parametri di valutazione di tipo qualitativo («estraneità dell'operazione negoziale alle finalità dell'impresa»; «contrasto dell'operazione con l'oggetto sociale», e via dicendo<sup>215</sup>), cui questa giurisprudenza fa sovente ricorso, rappresentano, a ben guardare, il solo criterio di selezione delle condotte penalmente rilevanti. D'altra parte, una volta che si prescinda dall'analisi delle condizioni economiche dell'impresa al momento della commissione della condotta astrattamente tipica, il riconoscimento del carattere «presuntivamente lesivo» di un'operazione negoziale non può che essere argomentato sulla base di un parametro sostanziale di giudizio eccentrico rispetto all'asse teleologico della fattispecie, imperniato sulla tutela del bene giuridico consistente nella conservazione del valore economico della garanzia patrimoniale. Si assiste ad un'implicita operazione (giurisprudenziale) di obliterazione della dimensione offensiva del fatto tipico: *se* l'oggetto giuridico è privato di una reale capacità selettiva nell'ambito del giudizio di conformità del fatto storico al modello legale delineato dalla norma incriminatrice, è consequenziale concludere nel senso di uno spostamento del baricentro offensivo in funzione della tutela di un bene incerto e vago come la «correttezza gestionale dell'impresa»<sup>216</sup>.

---

ampiamente consolidato in giurisprudenza (salvo rare eccezioni, come si vedrà): ne dà ampia e attenta rassegna G. SOANA, *Reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 135-136.

<sup>215</sup> V. *supra*, par. 2.1.2.

<sup>216</sup> Si è così parlato di un processo di «depatrimonializzazione» e correlata «pubblicizzazione» del bene giuridico: N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., p. 21.



#### **4.1 La relativizzazione della presunzione assoluta di pericolosità della condotta. Il difficile compromesso tra esigenze di tutela e garanzie dell'imputato. I persistenti dubbi sulla conformità alla presunzione di non colpevolezza.**

L'esito cui si perviene questo indirizzo giurisprudenziale evoca un profondo retroterra dogmatico, che investe l'intera legislazione penale c.d. accessoria e, in modo invero peculiare, la sistematica dei reati funzionalmente economici: non può infatti trascurarsi la relazione che intercorre tra la morfologia del «pericolo» e la fisionomia del bene giuridico. E' stato acutamente rilevato<sup>217</sup> come la tendenza legislativa alla formulazione di fattispecie incriminatrici caratterizzate da un significativo grado di anticipazione della soglia di tutela penale (c.d. *Vorfeldkriminalisierung*) si risolva, in sede processuale, nell'«affidare al giudice la descrizione e la determinazione del bene giuridico tutelato». Nondimeno, una tale tendenza non può ritenersi limitata al piano delle tecniche di formulazione delle norme incriminatrici e alle modalità di tutela penale di volta in volta sperimentate dal legislatore.

E' un fenomeno più ampio che coinvolge, secondo una direzione inversa a quella ora rievocata, l'applicazione concreta della norma incriminatrice e, più precisamente, l'interazione tra la dimensione astratta dell'offesa tipizzata e il suo accertamento processuale. L'anticipazione della tutela – segnalata, per il suo carattere esemplare, nel sistema penale fallimentare – è un risultato cui la giurisprudenza perviene attraverso l'astrazione del pericolo di lesione (qui inteso come oggetto di accertamento) dalle circostanze concrete in cui questo è posto in essere; in termini efficaci, il pericolo «viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza»<sup>218</sup>. In tal modo, la presunzione realizza un'efficace semplificazione dell'onere

---

<sup>217</sup> Così W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema «Bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 367 ss.

<sup>218</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 211.

probatorio in capo alla pubblica accusa<sup>219</sup>, rimettendo alla difesa (o, invero, escludendo del tutto) l'onere di contestare l'attitudine lesiva della condotta realizzata, avanzando un ragionevole dubbio sulla corrispondenza tra l'offensività in concreto del fatto storico e il pericolo pronosticato in astratto dal legislatore<sup>220</sup>. Il giudizio di pericolo, tuttavia, rimane intangibile, sottratto alla dialettica processuale.

Di conseguenza, una così evidente anticipazione della soglia di tutela, accompagnata funzionalmente dall'operatività di una presunzione (legale) a carattere tendenzialmente assoluto, non può che destare gravi perplessità in ordine alla conformità ai principi che governano l'intero sistema penale, sul versante sostanziale e processuale: in primo luogo, rispetto al principio di necessaria offensività, dal momento che l'operatività della presunzione, propria dei reati di pericolo presunto, solleva il giudice dal potere-dovere di accertare la corrispondenza tra l'effettiva attitudine lesiva della condotta e il livello di pericolo pronosticato dal legislatore nella norma penale incriminatrice, con la conseguenza di rendere punibili anche fatti *apparentemente* tipici e, tuttavia, inoffensivi, perché, in concreto, privi del coefficiente di offensività richiesto dalla norma. E, ancor più consistenti, si rivelano le criticità rispetto alla presunzione di non colpevolezza (art. 27, 1° co., Cost.), il cui contenuto prescrittivo si traduce *anche* nel rigetto di ogni valutazione precostituita e aprioristica di sussistenza degli elementi che concorrono all'affermazione della responsabilità penale per il fatto commesso; e, allo stesso modo, le medesime perplessità si avvertono in rapporto al principio del contraddittorio, sia esso inteso in senso oggettivo (art. 111, 4° e 5° co., Cost.) e, soprattutto, soggettivo, come diritto di difesa dell'indagato o imputato (art. 24, 2° co., Cost.; art. 111, 2° e 3° co., Cost.), da cui discende la refrattarietà del procedimento penale da ogni contestazione accusatoria,

---

<sup>219</sup> In tal senso, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. I, *Teoria generale del reato*, cit., *passim*.

<sup>220</sup> In tal senso, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., p. 1441, il quale osserva «che la prova dell'insussistenza in concreto dell'offensività pronosticata invece in astratto rappresenta un c.d. "fatto impeditivo" al perfezionarsi della tipicità del comportamento oggetto di giudizio».

avente ad oggetto i fatti previsti dall'art. 187 c.p.p., che si sottragga all'esercizio del diritto di prova del soggetto sottoposto al procedimento e/o processo penale.

Pur a fronte di queste censure, la giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni tentato un «recupero» della categoria dogmatica e politico-criminale in esame nel senso di una valorizzazione della necessaria offensività della struttura oggettiva della fattispecie. L'interpretazione ed applicazione in chiave di offesa dei reati di pericolo *presunto* è la traiettoria delineata dalla Corte costituzionale per sanare l'apparente irriducibile contrasto di questa classe di reati con i principi poco sopra richiamati: con varie argomentazioni e posizioni, invero anche critiche<sup>221</sup>, la dottrina si è posta lungo la medesima coordinata di armonizzazione con i canoni assiologici del sistema penale. Non è questa la sede per rievocare un percorso dogmatico così complesso e tuttora oggetto di ampio dibattito: nella prospettiva integrata<sup>222</sup> che qui si è scelto privilegiare meritano particolare attenzione, tuttavia, quegli indirizzi interpretativi che hanno colto come punto di partenza del percorso di armonizzazione poc'anzi segnalato il carattere trasversale – o, per meglio dire, interstiziale, tra diritto sostanziale e processo penale - della categoria del «pericolo presunto». Pertanto, l'indirizzo giurisprudenziale già richiamato che riconduce la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale alla sistematica del «reato di pericolo presunto» si candida a rappresentare per la sua esemplarità un fertile terreno di indagine nella prospettiva critica or ora delineata, in cui è agevole cogliere l'interazione tra le due complementari dimensioni dell'ordinamento penale, con particolare riferimento ad un aspetto centrale della tipicità (e, correlativamente, del giudizio di responsabilità penale) che è l'accertamento della lesività del fatto storico, sia essa intesa come qualità intrinseca del fatto tipico o, secondo la concezione realistica dell'offesa, quale autonomo elemento costitutivo del reato. Ed, in effetti, l'accertamento della sussistenza in concreto dell'offesa al bene giuridico,

---

<sup>221</sup> V. *ultra*, nt. 231.

<sup>222</sup> V. *supra*, par. 1.2.

presidiato dalla norma penale incriminatrice, deve essere inteso come un necessario passaggio del più ampio giudizio di corrispondenza del fatto storico al tipo legale, descritto dalla fattispecie astratta.

La categoria del «pericolo presunto» - cui implicitamente aderisce la giurisprudenza di cui sopra – consente di eludere, in forza di una presunzione legale, l'accertamento dell'attitudine pericolosa della condotta, alla luce del circostanze concrete in cui è stata realizzata. Il giudice si limita così a verificare la conformità del fatto storico alla descrizione dell'azione, prescindendo, di regola, dalla considerazione di ulteriori fatti e circostanze – astrattamente idonei a formare oggetto di prova *ex art. 187 c.p.p.* – che possano, ad esempio, escludere *in concreto* la consistenza potenzialmente lesiva della condotta.

Come anticipato, la Corte costituzionale<sup>223</sup>, intervenendo a più riprese sul punto, ha avuto modo di affermare, anche con specifico riferimento ai reati di pericolo c.d. presunto o astratto, un duplice livello di operatività del principio di necessaria offensività. Il primo, come noto, attiene ai limiti cui è sottoposta la discrezionalità del legislatore in materia penale (art 25, 2° co., Cost.) e si risolve, nello specifico, in un controllo di «non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà»<sup>224</sup> delle valutazioni da questo operate in ordine all'adozione di una tecnica di anticipazione della soglia di tutela penale al livello del pericolo «presunto»<sup>225</sup>. Più nello specifico, allorchè il

---

<sup>223</sup> *Ex multis*, di particolare rilievo, per la sua incisività e chiarezza, Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2646 ss., avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 73, 75 e 78, D.p.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanza psicotrope) per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e necessaria offensività (art. 25, 2° co., Cost.), attesa l'irrazionalità e arbitrarietà (*rectius*, la manifesta irragionevolezza) della prognosi legale di pericolo «di spaccio» su cui si fonda la sanzionabilità penale della condotta di «detenzione illecita di stupefacenti» oltre il limite tabellare della dose media giornaliera. Per la giurisprudenza costituzionale conforme v. *ultra*, nt. 253.

<sup>224</sup> Sul controllo di ragionevolezza, tra i molti, G. INSOLERA, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 291 ss.

<sup>225</sup> Si consideri ancora Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, cit., ove si afferma: « [...] che le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale», cosicché è riservato al legislatore «l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una *presunzione assoluta di pericolo* sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano *irrazionali* od *arbitrarie*,

legislatore penale abbia inteso adottare questa modalità tecnica di tutela, è necessario ai fini della conformità al principio di offensività che la valutazione aprioristica («legale») di pericolosità della condotta, descritta in termini normativo - astratti, sia fondata su una legge scientifica o su regole di esperienza, risultanti ad esempio, da indagini statistiche, probabilistiche, o criminologiche o, più in generale, da verifiche fattuali<sup>226</sup>. Il controllo costituzionale di «non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà» si rivela, pertanto, con riferimento alle valutazioni sottese alla presunzione di «pericolosità», estremamente pervasivo<sup>227</sup>.

Venendo, ora, al secondo livello di operatività del principio di offensività – che qui interessa approfondire -, questo si sostanzia in un vincolo ermeneutico e in un criterio applicativo<sup>228</sup>, in base ai quali è richiesta al giudice l'enucleazione in via interpretativa dell'offesa tipizzata dal legislatore (cioè, del disvalore penale trasfuso nella dimensione astratta del fatto tipico) e, correlativamente, il suo accertamento *in concreto* in relazione al fatto storico che è oggetto di giudizio<sup>229</sup>.

Il principio *nullum crimen sine iniuria* esige, con specifico riferimento ai reati di pericolo *presunto* che il giudice, nell'ambito della

---

ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*» (corsivo aggiunto).

<sup>226</sup> Sulla verifica, interna al sindacato di costituzionalità, della «correttezza fattuale della selezione – tipizzazione di condotte davvero definibili “pericolose”, ancorchè in astratto», si consideri la lucida riflessione di D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 165 ss.

<sup>227</sup> Da qui la tensione tra istanza democratica e istanza di garanzia, acutamente argomentata da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss., cui dà luogo l'applicazione, da parte della giurisprudenza costituzionale, del principio di necessaria offensività, in tal caso inteso «in astratto» come limite alla discrezionalità legislativa. In questo senso si è osservato che il canone di offensività, declinato dalla Corte costituzionale secondo una penetrante e complessa criteriologia ( di cui, una minima parte ricorre in relazione al sindacato di non manifesta irragionevolezza avente ad oggetto i reati di pericolo c.d. presunto) si traduce, a differenza, ad esempio, del principio di personalità della responsabilità penale, in un controllo «contenutistico» delle scelte di penalizzazione del legislatore, essendo potenzialmente in grado di sindacare la selezione stessa dei beni giuridici oggetto di tutela.

<sup>228</sup> V. *retro*, nt. 127.

<sup>229</sup> Sulla possibilità che il principio di offensività, nella sua dimensione «giudiziale» (cioè come canone interpretativo – applicativo) possa essere utilizzato, nell'ambito del sindacato di costituzionalità su una norma penale, come espediente argomentativo per «eludere» la verifica di offensività in astratto dei fatti selezionati dal legislatore, si veda ancora F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 355 ss.

valutazione di tipicità del fatto storico, provveda all'accertamento della *concreta* idoneità lesiva della condotta, considerando le circostanze specifiche in cui è stata realizzata e alla luce di ulteriori elementi, suscettibili di assumere rilievo nell'ambito del procedimento probatorio. E' stato così affermato che « [...] l'offensività deve ritenersi di norma implicita nella configurazione del fatto e nella sua qualificazione di illecito da parte del legislatore, salvo talune ipotesi marginali - cui si farà cenno - nelle quali, a causa della necessaria astrattezza della norma, può verificarsi divergenza fra tipicità ed offesa». Di conseguenza, prosegue la Corte, con particolare riferimento ai reati di pericolo presunto o comunque fondati su una prognosi legale di pericolosità, è «[...] precipuo dovere del giudice di merito [...] apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la eccedenza eventualmente accertata [detenzione di stupefacenti superiore lievemente alla d.m.g., n d.a.] sia di modesta entità così da far ritenere che la condotta dell'agente - avuto riguardo alla ratio incriminatrice del divieto di accumulo e tenuto conto delle particolarità della fattispecie - sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante»<sup>230</sup>. E non diverse paiono le conclusioni della Corte, pur sempre con riguardo ad una fattispecie di pericolo presunto («detenzione illegale di armi o esplosivi», previgente art. 2, Legge 2 ottobre 1967, n. 895, «Disposizioni per il controllo delle armi»), là dove, premettendo che è unanimemente accettato che il canone di offensività costituisce un'ineludibile direttiva per l'interpretazione delle norme penali, si è sostenuto che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò (= il quantitativo minimo

---

<sup>230</sup> Così, Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, cit.

d'esplosivo) che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante»<sup>231</sup>.

Da questa giurisprudenza costituzionale<sup>232</sup> la dottrina<sup>233</sup>, nell'ottica di quel tentativo di «armonizzazione» dei reati di pericolo presunto all'insieme dei principi poco sopra richiamati (offensività, presunzione di non colpevolezza, contraddittorio in senso soggettivo) ha tratto argomento per affermare il potere-dovere del giudice di merito di accertare se la prognosi legale di pericolo operata dal legislatore nella fattispecie incriminatrice («ragionevole e non arbitraria» in astratto) «risulti confermata dalle concrete circostanze di fatto in cui il comportamento oggetto di giudizio si è manifestato ed abbia così conservato, anche rispetto alla situazione specifica, la sua credibilità razionale». L'accertamento dell'offensività in concreto della condotta «presunta» pericolosa deve svolgersi secondo un modello bifasico: innanzitutto, è necessario che il giudice enuclei il bene giuridico tutelato e i caratteri che qualificano il pericolo pronosticato dal legislatore, delineando, per mezzo dell'interpretazione teleologica, il c.d modello legale di offesa; definito quest'ultimo, il giudice di merito procede alla «comparazione» tra il tipo enucleato e il fatto storico, accertando, *al di là di ogni ragionevole dubbio*, se la prognosi di pericolosità della condotta si è *effettivamente* riprodotta nella situazione storica contingente.

Tuttavia – e qui sta, poi, l'esito più interessante della tesi in esame –, l'accertamento della pericolosità in concreto della condotta, la cui attitudine lesiva pronosticata dal legislatore, esige il venir meno del carattere *assoluto*

---

<sup>231</sup> Corte. cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1129 ss.

<sup>232</sup> Si considerino, tra le altre, Corte cost., 11 luglio, n. 263, cit., ove si legge che «L'art. 25 della Costituzione postula [...] un interrotto operare del principio di offensività dal momento della sua astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice, con conseguente distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e l'autorità giudiziaria, alla quale soltanto compete di impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale [...]»; Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, cit.; Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *Giur. it.*, 1991, pp. 771 ss.; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, cit.; Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354, in *Foro it.*, 2003, p. 2923; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, cit.

<sup>233</sup> La tesi è proposta e sviluppata da M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., pp. 1433 ss. Da qui le ulteriori citazioni nel testo.

della presunzione: ed è questa una conclusione che discende, per necessità logica, da questa lettura in chiave offensiva dei reati di pericolo presunto. L'attribuzione al giudice del potere di sindacare nelle contingenze storiche concrete la valutazione astratta di pericolosità non può che risolversi nel consentire alle parti - e, dunque, in primo luogo, all'imputato e al pubblico ministero - la facoltà di prova e di argomentazione in merito all'attitudine offensiva del fatto. Il che significa relativizzare la presunzione processuale di offensività: da assoluta a relativa<sup>234</sup>, senza tuttavia imporre al Pubblico Ministero la prova («positiva») del pericolo nella situazione concreta, «ma semmai consentendo all'imputato di dimostrare l'assenza attraverso l'ammissione di una sorta di "prova liberatoria" cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa». La dinamica processuale, in questa prospettiva, diviene il luogo in cui poter apprezzare una ritrovata conformità dei reati di pericolo presunto ai principi di rilievo costituzionale che informano la materia penale. Ciò nonostante, una simile soluzione («processuale») si presta a due ordini di considerazioni, che non sono sfuggite alla dottrina in esame; a ben guardare, sul piano dogmatico, la tesi potrebbe portare ad un «offuscamento» delle differenze strutturali tra i reati di pericolo concreto, in cui è rimesso al giudice l'accertamento della sussistenza in concreto del «pericolo», e i reati di pericolo presunto. Una distinzione - ed è questa la seconda obiezione - che corrisponde a manifeste esigenze politico - criminali: cioè garantire la prevenzione generale, per effetto della comminatoria di una sanzione penale, di condotte appartenenti ad una classe di comportamenti ritenuti pericolosi in base a valutazioni generalizzanti ed astratte, di cui l'accertamento della pericolosità in concreto, tuttavia, risulterebbe, nella maggior parte dei casi, un insormontabile ostacolo all'effettività dell'intervento penale, per (innegabili) difficoltà probatorie. A fronte di queste obiezioni, il punto di

---

<sup>234</sup> Si tratterebbe, come proposto da M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., p. 1438., di una soluzione - quella cioè di relativizzare la presunzione di pericolosità, stabilita *ex ante* dal legislatore - già avanzata, proprio con riguardo ai reati di pericolo presunto, da una parte autorevole della dottrina italiana e tedesca (v. nt. 54).



equilibrio tra le due esigenze (di tutela e di garanzia dell'imputato, cui è contestata una fattispecie di pericolo presunto) è stato individuato nel carattere «relativo» della prognosi legale di pericolo: il giudice, si è sostenuto, deve sì accertare la pericolosità in concreto della condotta, oggetto della valutazione prognostica del legislatore, *ma* un tale poterdovere non deve necessariamente tradursi nell'esigere dal Pubblico ministero la prova della sussistenza in concreto della «pericolosità presunta». Ciò determinerebbe l'elisione di qualsiasi differenza tra il pericolo concreto e presunto, ponendosi in aperto contrasto con la funzione politico – criminale che quest'ultima tipologia espleta nel sistema sociale. Pertanto, ricade sull'imputato l'onere di provare (e, conseguentemente, su questi grava il «rischio» della mancata prova), l'assenza nella situazione concreta della pericolosità pronosticata dal legislatore: e, più precisamente, all'imputato compete dimostrare l'insussistenza di un elemento (l'esposizione potenziale a pericolo del bene giuridico) che concorre a determinare il giudizio di conformità del fatto storico al tipo legale.

#### **4.2 La «flessibilizzazione delle categorie dogmatiche» in funzione probatoria. L'offensività della condotta come elemento negativo della fattispecie legale.**

La tesi, a sommosso avviso di chi scrive, suggerisce un radicale interrogativo sull'*effettiva* compatibilità di una tale soluzione (c.d. processuale) al principio di presunzione di non colpevolezza. D'altronde, riconosciuta la funzione di semplificazione probatoria della categoria del pericolo presunto, è agevole osservare come le maggiori perplessità che discendono da questa tipologia di reati si colgano sul terreno delle garanzie processuali dell'indagato/imputato.

Invero, l'obiezione secondo cui una tale impostazione si risolve in un'inversione dell'onere sostanziale della prova non sembra superabile attraverso la configurazione di un (inedito) diritto dell'imputato a provare

un «fatto impeditivo»<sup>235</sup> della tipicità, cioè l'insussistenza in concreto dell'offensività pronosticata in astratto dal legislatore. Il rischio di «tradire» nel suo contenuto assiologico e precettivo l'art. 27, 2° co., Cost. è evidente: la presunzione di innocenza deve infatti essere intesa nel duplice significato di una «regola di trattamento» e di una «regola di giudizio»<sup>236</sup>. In tal'ultimo senso questa tende ad ottenere l'effetto che è previsto dall'art. 2728, 1° co., c.c., dispensando l'imputato dall'onere di dimostrare la propria «innocenza» e rimettendo, al contempo, sulla pubblica accusa l'onere di «produrre le prove necessarie a superare la iniziale presunzione di non colpevolezza o – rispettivamente – di innocenza dell'imputato»<sup>237</sup>.

In quanto regola probatoria, la presunzione di innocenza cristallizza nel procedimento penale la ripartizione del rischio per la mancata prova: qualora la pubblica accusa non abbia raggiunto, in relazione ad ogni elemento oggettivo e soggettivo del reato, lo *standard* probatorio prescritto ex art. 533, 1° co., c.p.p., l'incertezza sull'addebito deve risolversi in favore dell'imputato, secondo la regola aurea dell'*in dubio pro reo*. In questa prospettiva aderente al modello processuale vigente e ai principi assiologici cui è informato, la presunzione legale di pericolosità, sebbene relativizzata, inverte la regola probatoria: si esonera il Pubblico ministero dall'onere sostanziale di provare un elemento costitutivo del reato, quale la tipicità del fatto (l'attitudine lesiva della condotta). Si tratterebbe, alla luce di una più attenta classificazione etimologica, di una presunzione relativa «propria»<sup>238</sup> o di una «pseudo presunzione»<sup>239</sup>, il cui effetto sul piano processuale consiste nella dispensa dalla prova di un fatto (ignoto) necessario al

---

<sup>235</sup> M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., pp. 1441.

<sup>236</sup> V. *retro*, nt. 162.

<sup>237</sup> Così A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, Utet, Torino, 2010, p. 65.

<sup>238</sup> Per la quale, si consideri P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 94; il chiaro autore, in base ad un'attenta ricostruzione storica dell'origine dell'istituto delle presunzioni, perviene alla distinzione tra «presunzioni relative proprie», il cui effetto è l'esonero dalla prova di un fatto ignoto, costitutivo della fattispecie, e «presunzioni relative improprie», le quali, invece, realizzano una sostituzione di prova, nel senso che il «fatto ignoto» (oggetto di presunzione) è desunto in base ad un fatto indiziante noto, indicato dal legislatore, e salvo prova contraria.

<sup>239</sup> In tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 936.

perfezionamento della fattispecie, fatta salva la possibilità di dimostrarne l'insussistenza (c.d. prova contraria).

A nulla vale, pertanto, il richiamo ad un diritto alla «prova contraria» (e «negativa»<sup>240</sup>) rispetto ad un fatto (la pericolosità in concreto della condotta) che non risulta a sua volta «provato» dal soggetto processuale su cui, operante la presunzione di innocenza, graverebbe la situazione svantaggiosa derivante dal mancato adempimento dell'onere probatorio (il proscioglimento dell'imputato). Un diverso ragionamento, a ben guardare, condurrebbe all'opinabile soluzione di trasporre nel procedimento penale la regola probatoria di cui all'art. 2697 c.c., tipica del processo civile, gravando l'imputato dell'onere di dimostrare l'insussistenza del «fatto» presunto (l'offensività della condotta) come un «fatto impeditivo» o «estintivo» della pretesa punitiva (*rectius*, della responsabilità penale), dimostrando implicitamente di presupporre quella medesima equivalenza di situazioni sostanziali che caratterizza la dinamica processuale nel rito civile<sup>241</sup>.

Quanto finora osservato sembra sufficiente a porre perlomeno in rilievo la persistenza dell'obiezione secondo cui la «relativizzazione» della presunzione di pericolosità non esclude la sua incidenza sulla regolamentazione dell'onere della prova nel processo penale, determinandone un'evidente inversione. Ciò nondimeno, la riflessione intorno ai reati di pericolo presunto (o astratto) sottende un ulteriore e più vasto piano problematico: i rapporti tra tipicità ed offensività, nelle ipotesi in cui la lesività (o pericolosità) dell'azione descritta dal legislatore sia «mediata», in sede processuale e nell'ambito del giudizio di conformità, da una presunzione<sup>242</sup>, sia essa intesa in termini assoluti o relativi<sup>243</sup>. Il

---

<sup>240</sup> Sul concetto di prova «negativa», A. TRAVERSI, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 36 ss.

<sup>241</sup> Sviluppa le differenze tra il rito civile e il processo penale, con particolare riferimento al regime della prova dei «fatti impeditivi» (gravante sul *convenuto*, nel processo civile), G. BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 252.

<sup>242</sup> In generale, sul fenomeno delle presunzioni (assolute o relative) nel procedimento penale, con una più ampia ricognizione della funzione che queste vengono a svolgere sul piano del diritto penale sostanziale, si veda, tra i molti, M. FERRAIOLI, voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*,

presupposto della teoria poc'anzi esaminata, orientata a configurare l'offensività in concreto della condotta come «oggetto» di una prova liberatoria da parte dell'imputato<sup>244</sup> (nelle ipotesi di reato di pericolo presunto), può essere agevolmente identificato nell'asserita dissociazione strutturale tra la tipicità e il profilo offensivo del fatto, secondo la ben nota interpretazione dell'art. 49, 2° co., c.p.<sup>245</sup>.

Il risvolto processuale della concezione realistica dell'offesa si apprezza in modo particolarmente chiaro in considerazione delle ipotesi di pericolo presunto: in base al combinato disposto degli artt. 49, 2° co., c.p. e dell'art. 187 c.p.p., l'offensività in concreto della condotta (*rectius*, la sua attitudine offensiva, cioè la sussistenza in concreto del pericolo pronosticato dal legislatore in astratto) è concepita come un fatto che si riferisce alla «punibilità», come tale suscettibile di aderere ad autonomo

---

in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, *passim*; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 565 ss. Agli autori si devono le osservazioni nel testo sulla teoria delle presunzioni nel diritto penale sostanziale e processuale.

<sup>243</sup> Si intende qui riferirsi alla categoria delle presunzioni assolute (o relative) c.d. improprie. Nel primo caso, data l'operatività della presunzione assoluta impropria, l'accertamento e l'eventuale prova dell'insussistenza di un elemento della fattispecie penale (qui, latamente intesa come l'insieme degli elementi positivi e negativi che concorrono ai fini della realizzazione processuale della pretesa punitiva) o, in misura più ristretta, del fatto tipico (es. offensività in concreto della condotta) risulta del tutto irrilevante. Data la fattispecie legale A + B + C, il legislatore – espressamente o implicitamente – dichiara l'elemento C «presunto». Il fenomeno è ben distinto rispetto alle presunzioni assolute proprie, in base alle quali il fatto ignoto «C» è desunto – operante la presunzione legale *iuris et de jure* – dal fatto noto «D» [A+B+C(+D)]. La dottrina penalistica ha prestato particolare attenzione alla prima categoria, le c.d. presunzioni improprie, rilevando la loro incidenza sostanziale nella formulazione della fattispecie incriminatrice: si è così affermata la natura «sostantiva» delle presunzioni in base alle quali si determina una sostanziale «riduzione» degli elementi che appartengono alla fattispecie legale, latamente intesa, o al fatto tipico, giacché rendere irrilevante la sussistenza (o la prova dell'insussistenza) di un fatto («C») equivale a negarlo come elemento di fattispecie. In tal senso, autorevolmente, G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1936, p. 243; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 81;

<sup>244</sup> Nel senso di una «prova liberatoria», M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., p. 1438.

<sup>245</sup> La letteratura in merito all'interpretazione dell'art. 49, 2° co., c.p. è vasta: ci si limita qui a segnalare: M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 6 ss.; ID., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 786 ss.; ID., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 23 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, *passim*; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Utet, Torino, 1973, pp. 72 ss. Per la critica alla concezione c.d. realistica dell'offesa, tra gli altri, F. STELLA, *La teoria del bene giuridici e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 140 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 207 ss. Riprende gli estremi del dibattito, N. MADIA, *L'impropria incidenza della teorica del bene giuridico sul dibattito relativo alla nozione di "evento"*, in *Ind. Pen.*, 2012, pp. 411 ss.

oggetto di prova. In presenza di una fattispecie di pericolo presunto, la sussistenza dell'elemento della lesività in concreto (l'esposizione a pericolo del bene) è oggetto di una presunzione relativa impropria, in virtù della quale si inverte l'onere della prova – esonerando il Pubblico ministero dalla prova dell'offesa-, con l'ulteriore conseguenza che è l'imputato a dover fornire – come onere liberatorio – la prova dell'insussistenza di tale elemento. In base a queste premesse, si comprende il significato che assume la configurazione di un elemento come l'offensività quale «fatto impeditivo» al perfezionarsi della fattispecie penale: la presunzione relativa inverte il «segno» dell'elemento di fattispecie, che da positivo (sussistenza nel caso concreto della lesività della condotta) si converte in negativo (insussistenza dell'offesa), il cui rischio della mancata prova grava sull'imputato.

Riconosciuta l'incidenza della presunzione sul regime dell'onere della prova – nel senso ora illustrato -, è necessario tuttavia prestare maggiore attenzione all'operazione per così dire «dogmatica – ricostruttiva» che è stata intrapresa da questa dottrina. L'idea secondo la quale alcuni elementi della fattispecie incriminatrice possono assumere valenza negativa, con le conseguenze di ordine probatorio segnalate (inversione dell'onere della prova) trova un (apparente) solido appiglio nella concezione delle cause di giustificazione e delle altre cause di non punibilità – genericamente intese – come «fatti favorevoli» all'imputato, cioè elementi «negativi» o «fatti impeditivi» o «estintivi», il cui onere della prova è attribuito al giudicante, secondo quanto sembrerebbe emergere dall'art. 530, 3° co., c.p.p., fatta salva, naturalmente, l'efficacia unilaterale del dubbio circa la sussistenza di tali elementi, la quale non può che risolversi in favore dell'imputato. Senza addentrarsi nella disamina di un profilo così controverso, il *punctum dolens* della costruzione in esame è un altro: può l'offesa – elemento costitutivo del reato – essere concepita come fatto impeditivo, la cui dimostrazione in sede probatoria è rimessa all'imputato? E ancora: data l'operatività della presunzione, può l'offesa

ritenersi equiparata, nel suo trattamento processuale, ai «fatti favorevoli» di cui all'art. 530, 3° co., c.p.p.? Una risposta positiva ai quesiti formulati renderebbe del tutto superfluo l'interrogativo sulla compatibilità dei reati di pericolo *presunto* al principio di necessaria offensività e al canone assiologico della presunzione di non colpevolezza. E, allo stesso modo, potrebbe rappresentare una solida giustificazione per quelle tendenze giurisprudenziali – tra cui, come illustrato, si annovera l'indirizzo in tema di «prova» del pericolo di lesione per la garanzia patrimoniale – che rimettono all'indagato/imputato la prova dell'insussistenza dell'offesa in concreto della condotta. Il dato generale da cui partire per l'analisi di questi articolati profili è l'assunzione – di ordine metodologico – che le categorie dogmatiche in cui si compendia la teoria del reato non possono ritenersi *neutrali* rispetto alla loro attualizzazione processuale: di conseguenza, la conformità alla regola di giudizio imperniata sulla presunzione di non colpevolezza (art. 27, 2° co., Cost.) è strettamente correlata alla ricostruzione dogmatica e alla collocazione degli elementi in cui è scandito il reato e, di riflesso, il giudizio di responsabilità penale.

D'altronde, l'aporia di fondo delle teoriche volte a ricostruire (o «convertire») elementi della fattispecie (o del fatto, come nell'ipotesi del «caso fortuito» o della «forza maggiore»<sup>246</sup>) in elementi negativi o impeditivi risiede nell'artificialità dell'attribuzione di un «segno» ad un dato requisito, senza tuttavia che ciò modifichi in nulla la sostanza. Il carattere meramente convenzionale di queste opzioni dogmatiche si rivela, peraltro, funzionale ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova all'interno del procedimento penale: attribuire convenzionalmente ad un elemento un carattere «negativo» - esemplare, in tal senso, la concezione bipartita - per inferirne, in punto di prova, un onere a carico dell'imputato, significa ricostruire la fattispecie penale secondo il paradigma civilistico della «regola/eccezione», da cui consegue, secondo un'efficace massima,

---

<sup>246</sup> Sul punto, *amplius*, E. DI SALVO, *Art. 45*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, *Il reato. Il reato consumato e tentato*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 600 ss.

che «*reus in excipiendo fit actor*»<sup>247</sup>. Vero è, come sostenuto da una parte della dottrina<sup>248</sup>, che in relazione alla prova delle cause di giustificazione è ben possibile argomentare, *anche* in base alla soluzione adottata all'art. 530, 3° co, c.p.p., che il Pubblico ministero sia «esonero» dalla prova dell'insussistenza della situazione di fatto che è sottesa alla scriminante; grava, infatti, sull'imputato l'onere di fornire (o di «allegare») elementi specifici idonei a fondare un'incertezza sull'insussistenza, nel caso sottoposto a giudizio, della scriminante. In applicazione della regola dell'*in dubio pro reo*, spetterà al Pubblico ministero arricchire il quadro conoscitivo, escludendo l'incertezza, e al giudice pronunciare una sentenza di assoluzione, nel caso in cui il dubbio persista integro, pur a seguito dell'integrazione prospettata dall'accusa. A ben vedere, si tratta di una soluzione che è strettamente correlata alla sostanza del *thema probandum* (insussistenza di una situazione di fatto scriminante); di conseguenza, implica un non indifferente «salto logico» la riconduzione di un elemento del fatto tipico alla dinamica probatoria delineata dal 3° co. dell'art. 530 c.p.p.

L'obiezione che si realizzi in tal modo un'inversione della regola di giudizio, attraverso una sistematica del reato a ciò funzionale, è forse insuperabile. E alla medesima obiezione si espone il tentativo fin qui delineato di armonizzare la categoria del «pericolo presunto» ai principi costituzionali richiamati.

Si potrebbe allora sostenere che, una volta accolta l'obiezione, si riaprirebbe l'annoso problema dell'ammissibilità costituzionale della stessa tipologia dei reati di pericolo presunto. Una tale conseguenza, a sommosso parere di chi scrive, non può essere elusa, avendo però cura di recuperare una distinzione – non meramente nominale – tra il pericolo «astratto» e il

---

<sup>247</sup> Per tale conclusione, ampiamente argomentata, G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, cit., *passim*.

<sup>248</sup> In tal senso, D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 215 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 146 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., pp. 134 ss. *Contra*, G. BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, cit., p. 251.

«pericolo presunto»<sup>249</sup>. Il percorso di «armonizzazione» non può svolgersi sul piano processuale, rimeditando la sistematica del reato in un'acritica funzione di giustificazione di un'inversione della regola di giudizio che presiede l'accertamento dei fatti su cui si fonda la responsabilità penale. Diversamente, l'ammissibilità di una tecnica di anticipazione della tutela penale nella forma del «pericolo presunto» appare astrattamente prospettabile, come suggerito da attenta dottrina<sup>250</sup>, a condizione che essa si riveli conforme al principio di proporzione, tutelando beni di rilievo primario, a carattere ad esempio collettivo e purchè risulti insufficiente il ricorso alla modalità del «pericolo concreto»; al contempo, si richiede che la prognosi legale di pericolosità sia fondata su massime di esperienza consolidate piuttosto che leggi scientifiche riconosciute: aspetto, quest'ultimo, rispetto al quale si è mostrata sensibile la giurisprudenza costituzionale<sup>251</sup>.

#### **4.3 La bancarotta fraudolenta per distrazione come sanzione dell'«omessa dimostrazione della destinazione dei beni». La duplice presunzione di «distrazione» e «di pericolosità» rispetto alla garanzia dei creditori.**

A conclusione di questo breve intermezzo, appaiono di più facile comprensione critica i percorsi giurisprudenziali registrati in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Può dirsi acquisito, d'altra parte, che l'attuale formulazione della fattispecie di cui all'art. 216, 1° co., n. 1, l. fall. non sembra riconducibile alla categoria del «pericolo presunto», circoscritto entro i termini di ammissibilità poc'anzi delineati. Di conseguenza, l'adozione, operata da questa giurisprudenza, di un

---

<sup>249</sup> In tal senso, *inter alios*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 208 ss.; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Studi in memoria di G. Bellavista*, 1977, pp. 175 ss.; S. CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991; M. PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. Pen.*, pp. 686 ss.

<sup>250</sup> Efficacemente, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 140 ss.; in questo senso, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 225.

<sup>251</sup> V. *retro*, nt. 232.



paradigma di accertamento dell'offesa in virtù del quale si perviene all'inversione della regola di giudizio, si pone non solo in aperto contrasto con le garanzie della difesa riconosciute nell'ordinamento costituzionale (art. 27, 2° co. Cost.; art. 24, 2° co., Cost.; art. 111, 2° e 3° co., Cost.) bensì, ancor prima, determina un'arbitraria dilatazione del «modello di offesa» tipizzato dal legislatore, in violazione del basilare principio di legalità (art. 25, 2° co., Cost.). In ragione di ciò, sembra di poter affermare che, in materia penale fallimentare e con particolare riguardo alla fattispecie in esame, i tentativi di inversione della regola di giudizio, evidenti nell'accollare all'imprenditore (individuale o collettivo) la «prova» dell'insussistenza dell'esposizione a pericolo della garanzia creditoria («presunta» dalla norma penale, così interpretata) si rivelano epifanie «inquietanti» di quel più ampio fenomeno di «offensiva probatoria», autorevolmente documentato<sup>252</sup>, cui è particolarmente sensibile il diritto penale dell'economia e, a parere di chi scrive, con maggior evidenza il sistema penale fallimentare<sup>253</sup>. E, tuttavia, sebbene un tale fenomeno sia

---

<sup>252</sup> Il fenomeno è stato così eloquentemente definito da K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica*, cit., pp. 207 ss., trad. it. di *Strafrecht und Wirtschaft*, inedito.

<sup>253</sup> Una completa disamina dell'operazione giurisprudenziale di «depauperamento strutturale» della fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione è proposta da V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Iiriti Editore, Reggio Calabria, 2008, pp. 165 ss., secondo cui «la giurisprudenza suole contrarre a tal punto la prova di quella specifica modalità alternativa della condotta di bancarotta patrimoniale costituita dalla *distrazione*, da cagionare una vera e propria *mutilazione strutturale* della fattispecie incriminatrice nella sua interezza, privandola in effetti del suo stesso nucleo offensivo. [...] Se la presunzione è addirittura *assoluta* – come nel caso del pericolo astratto o presunto, ovvero dei reati di sospetto [...] – allora l'elemento che ne costituisce oggetto sfugge a qualsiasi valutazione da parte del giudice». Le conseguenze di questo *modus probandi* non si esauriscono, secondo l'autore, nell'invertire la regola di giudizio che «dovrebbe» governare il riparto dell'onere probatorio nel procedimento penale. C'è, infatti, una conseguenza ulteriore: si espone l'imputato, onerato di fornire la c.d. prova contraria (giustificare le finalità perseguite con l'operazione economica, oggetto di giudizio) della sussistenza/insussistenza dell'elemento che forma oggetto di presunzione al «rischio di un *costante* giudizio di insufficiente assolvimento di tale onere probatorio invertito». Sia sul piano teorico generale, sia sulla base all'esperienza processuale, l'autore osserva che l'efficacia dimostrativa della prova contraria volta a «smentire» una presunzione si rivela di per sé «fortemente attenuata», giacché «una rilevante quota della sua persuasività è già in partenza "sprecata" nel raffronto con lo schema presuntivo». Ciò è sufficiente per affermare che l'operatività di una presunzione – sia essa assoluta o relativa – non solo si pone in aperta violazione del canone costituzionale di cui all'art. 27, 2° co., Cost. ma, al contempo, realizza una illegittima compressione del c.d. diritto di difendersi provando, riconosciuto all'imputato dalle norme costituzionali e codicistiche che hanno positivizzato il principio del contraddittorio in senso soggettivo, dal momento che la prova contraria al ragionamento presuntivo si rivelerà – nella dialettica probatoria già in parte

interno alle dinamiche del processo, non appare peregrino sostenerne un retroterra dogmatico, in sintesi identificabile nella postulata autonomia dell'offesa dal fatto tipico<sup>254</sup>: tesi, quest'ultima, che si «offre» ai processi di flessibilizzazione giurisprudenziale, ad esempio negativizzando convenzionalmente elementi strutturali che partecipano alla dimensione offensiva del fatto per rispondere positivamente a mere esigenze di prova.

Soggetta a questi processi di interferenza tra dimensione sostanziale e processuale, la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale (per distrazione) muta sensibilmente la sua dimensione tipologica: l'anticipazione della tutela, guadagnata sul terreno della prova, attraverso l'inversione della regola probatoria, determina l'arretramento del disvalore

---

formatasi per effetto della presunzione – un'«arma spuntata», affetta da un congenito deficit di persuasività e di attendibilità. Da ciò deriva, altresì, il sostanziale svuotamento funzionale del contraddittorio oggettivo, qui inteso come metodo dialettico di accertamento, orientato alla formazione della prova attraverso il contributo gnoseologico dei soggetti istituzionali che prendono parte al procedimento: dinanzi ad una proposizione probatoria preconstituita e «intangibile» (i. e. la presunzione assoluta o relativa di pericolosità della condotta; la presunzione di «dolosa distrazione») è quanto meno difficile prospettare l'instaurazione di un contraddittorio *effettivo*: quest'ultimo rischia di ridursi nella celebrazione fittizia di uno scambio di ipotesi ricostruttive alternative tra accusa e difesa, rispetto alle quali, tuttavia, l'efficacia persuasiva della presunzione risulta preminente. Questo esito è reso possibile, peraltro, dalla tendenza del giudice – particolarmente evidente nella materia penale fallimentare – a fare ricorso a formule e a moduli argomentativi stereotipati al fine di assolvere – solo *formalmente* – all'obbligo di motivazione della sentenza (art. 111, 6° co., Cost.; art. 125, 3° co., c.p.p.), i cui passaggi sono analiticamente scanditi dall'art. 546, 1° co., lett. e), là dove è prevista la «coincisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle *ragioni* per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie». L'utilizzo di formule tratlative («il mancato rinvenimento dei beni costituisce valida presunzione della dolosa distrazione» e via dicendo) è ritenuta ragione sufficiente, ex art. 546, 1° co., lett. e) per escludere, *al di là di ogni ragionevole dubbio* (art. 533, 1° co., c.p.p.), ogni ipotesi ricostruttiva del fatto storico, alternativa a quella unilateralmente fornita dal Pubblico ministero, sottratta al contraddittorio (almeno a quello *effettivo*), e fondata su una presunzione. A ben guardare, data l'inconsistenza gnoseologica della presunzione, è arduo ritenere che la sua traduzione argomentativa (le formule cui poc'anzi si è fatto riferimento) possa integrare una *ragione*, razionalmente credibile, per confutare la persuasività di un elemento di prova «a discapito» che abbia fatto sorgere un pur minimo *dubbio*, come occasione (mancata) di approfondimento dell'esangue panorama probatorio su cui si è, per ipotesi, fondata una sentenza di condanna. D'altronde, la «ragionevolezza» del dubbio – e, per converso, l'insufficienza o contraddittorietà della prova (art. 530, 2° co., c.p.p.) – è concetto *relativo*, la cui valutazione non può prescindere dall'*iter* probatorio ed argomentativo seguito dal giudice: sicché, la validità operativa del *dubbio ragionevole*, come presupposto indefettibile di garanzia per l'imputato (presunto innocente) dipende dal *grado* di assoggettabilità del contributo probatorio fornito dall'accusa alla critica del contraddittorio sulla prova: se l'elemento probatorio in cui si traduce la presunzione è intangibile, la *ragionevolezza* del dubbio è ridotta ad un'«*imago sine re*», insuscettibile di verifica in sede di legittimità.

<sup>254</sup> Suggestiscono questa prospettiva critica, F. STELLA, *La "descrizione" dell'evento. L'offesa. Il nesso causale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 55; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 174 ss.

nel momento anteriore della condotta che, tuttavia, in assenza di una descrizione legale tipica dotata di una sufficiente capacità selettiva, è facilmente intesa come la sintesi di una formula probatoria consolidata.

In altri termini, è difficile distinguere la proposizione interpretativa dalla proposizione probatoria<sup>255</sup>: ciò appare evidente allorché si consideri l'adagio, sovente impiegato dalla giurisprudenza, secondo cui «la prova della distrazione può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni» oppure « il mancato rinvenimento, all'atto della dichiarazione di fallimento, di beni e di valori costituisce, qualora non sia da questi [dall'imprenditore, n.d.a.] giustificato, valida *presunzione* della loro dolosa distrazione, probatoriamente rilevante al fine di affermare la responsabilità [dell'accusato, n.d.a.]»<sup>256</sup>. In assenza di qualsiasi accertamento in merito alle modalità oggettive della condotta, può dirsi con una chiara metafora che nel gioco di specchi<sup>257</sup> cui si assiste tra «oggetto dell'accertamento» (*rectius*, elemento del fatto) e «elemento di prova» è difficile decifrare i contorni netti dell'azione penalmente rilevante: se la distrazione consiste nella destinazione di beni per finalità «non giustificate», come può il «fatto storico», oggetto di accertamento, costituire al contempo, elemento probatorio per inferire la sussistenza del primo? Non sembra peregrina la critica prospettata in dottrina, secondo cui l'operare di questa «valida presunzione» di «dolosa distrazione» - per citare

---

<sup>255</sup> Sull'interscambio tra i due piani, autorevolmente K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, cit., pp. 203 ss.

<sup>256</sup> *Ex multis*, a titolo esemplificativo, Cass., sez. V, 19 febbraio 2010, n. 19049, in *C.E.D.*, 2010, che tuttavia esclude nei confronti dell'amministratore apparente (c.d. testa di legno) l'«automatica applicazione [del] principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto».

<sup>257</sup> La metafora del «gioco di specchi» è stata proposta e sviluppata da T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., pp. 539-540, che ha modo di osservare: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio di piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un *gioco di specchi* nel quale la prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono» (corsivo aggiunto).

la giurisprudenza – sia l'esito di una «sottovalutazione [...] delle modalità della condotta»<sup>258</sup>.

Il fatto storico, oggetto di giudizio, risulta costruito attraverso la mediazione di elementi di prova, invertendo l'ordine logico «imputazione – motivazione – decisione»: l'imputazione «si ricava dalla motivazione», sovrapponendo «i piani della descrizione del fatto e della argomentazione sulle prove del fatto»<sup>259</sup>. L'imputazione è carente del suo contenuto descrittivo: la contestazione avviene «*tramite prove*», anziché mediante il «*testo linguistico*»<sup>260</sup>. Il giudice, in sede di motivazione, si limita a richiamare il contenuto dell'imputazione, già di per sé assertiva e conclusiva, e, nondimeno, priva di un'effettiva capacità di delimitare e qualificare il fatto storico, oggetto di giudizio, nonché i temi di prova su cui dovrà svolgersi il procedimento probatorio. La motivazione è, così, distante dal contenuto sostanziale e dialogico scolpito dal combinato disposto degli artt. 192, 1° co., c.p.p. e 546, 1° comma, lett. e), c.p.p.

In questa «situazione spirituale» della giurisprudenza, la reale fisionomia strutturale della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale risulta difficilmente decifrabile: la centralità che assume, nella definizione del «fatto storico» così come nel procedimento di sussunzione, la «mancata giustificazione» della destinazione dei beni non è limitata al piano della ricostruzione e della valutazione delle prove. E' essa stessa oggetto di contestazione: il che significa che assume valore «sostanziale». La distrazione è, in effetti, intesa come «la destinazione di beni»

---

<sup>258</sup> Così A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, cit., p. 101, che aggiunge: «L'ingiustificato mancato rinvenimento del bene non è inteso infatti nel suo significato di limite modale del reato, ma è piuttosto inteso come mancata informazione degli organi fallimentari o inquirenti circa la destinazione del bene, come se la distrazione, in nome della fungibilità tra le forme della bancarotta, potesse equivalere a una sorta di bancarotta «documentale».

<sup>259</sup> F. M. IACOVIELLO, *Processo dell'Utri: la requisitoria del Consigliere Iacoviello*, cit., p. 2, che osserva come la sovrapposizione segnalata, a sua volta derivata dal carente contenuto descrittivo dell'imputazione, si riverbera, viziandola, nella motivazione della sentenza: «si motiva dando per scontato un fatto e si trae il fatto da spezzoni di frasi, da un verbo, da un sostantivo. La motivazione diventa assertoria, non indica – non dico le prove – ma neppure i fatti, sovrappone i piani della condotta, dell'evento e del dolo, copre i vuoti logici con slittamenti semantici». Queste osservazioni, pur

<sup>260</sup> Ancora F. M. IACOVIELLO, *Processo dell'Utri: la requisitoria del Consigliere Iacoviello*, cit., p. 3.

ingiustificata, *i. e.* l'omessa giustificazione della destinazione dei beni. In precedenza<sup>261</sup> si è avuto modo di rilevare che la ricostruzione giurisprudenziale della bancarotta fraudolenta si basa sul presupposto – giuridicamente indimostrato – che sull'imprenditore grava un generico obbligo di trasparenza o «di verità», la cui violazione (*rectius*, omissione) è suscettibile di assumere rilevanza sostanziale ai fini dell'addebito a titolo di bancarotta fraudolenta<sup>262</sup>. In quella sede si era avanzata l'ipotesi che un obbligo sostanziale – in realtà, tutto da verificare – transitasse, per il tramite di un'interpretazione in chiave normativa della fattispecie penale, sul piano processuale, «giustificando» l'inversione dell'onere probatorio. Ora, alla luce di quanto illustrato, sembra di poter affermare che non solo la giurisprudenza ritiene di poter inferire da un generico obbligo di trasparenza nella gestione un onere probatorio in sede di accertamento processuale, generando, in tal caso, gravi perplessità sul rispetto del principio del *nemo tenetur se detergere*, inteso quale limite esegetico per l'interpretazione della fattispecie<sup>263</sup>, ma anche che il vero «fatto» su cui si appunta il rimprovero penale è costituito da quello stesso comportamento (processuale) dell'imprenditore – imputato, posto in essere in violazione di un preesistente obbligo di corretta gestione.

Questa conclusione appare suffragata da alcune sentenze di legittimità<sup>264</sup> e di merito<sup>265</sup>, in cui, con uno sforzo di chiarezza, la

---

<sup>261</sup> V. *retro*, par. 1.2.2.

<sup>262</sup> Negli stessi termini, A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 101, secondo il quale «[...] la ricostruzione della distrazione come fattispecie a forma libera denota che pur trattandosi di *azione* illecita, essa sembra nonostante ciò poggiare su un obbligo di trasparenza in capo all'imprenditore, come se in fondo si sottintendesse una sua responsabilità per l'*omessa* giustificazione (anche contabile) del bene non reperito». Nel senso che un tale orientamento giurisprudenziale determina un ampliamento eccessivo e potenzialmente arbitrario del potere del giudice penale di sindacare *nel merito* le scelte economico – gestionali dell'impresa, E. POTETTI, *La bancarotta fraudolenta per distrazione: quali limiti alle scelte dell'imprenditore?*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 3568 ss.

<sup>263</sup> Sul rilievo sostanziale della garanzia del «*nemo tenetur se detergere*» come limite esegetico all'interpretazione della fattispecie penale, si consideri D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detergere. Profili di diritto sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1271 ss.

<sup>264</sup> Tra le altre, si segnalano: Cass., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532, in *Dejure online*, avente ad oggetto la contestazione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione (art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.) nell'ipotesi di un contratto di compravendita, perfezionato prima dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società, avente ad oggetto prodotti caseari «estranei» al settore merceologico delineato dall'oggetto sociale dell'impresa

responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale viene argomentata in funzione di una vera e propria posizione di garanzia dell'imprenditore, il cui contenuto si estrinseca in un «obbligo di dire la verità»<sup>266</sup> sulla destinazione dei beni, quasi a suggerire che la qualifica propria di imprenditore – rilevante sul piano sostanziale - sia sufficiente per escludere le garanzie basilari di cui è titolare il soggetto che, *nel procedimento penale*, assume la qualità di persona sottoposta alle indagini o imputato (art. 60 c.p.p.): tra cui si annovera la facoltà di non rispondere (artt. 64, 3° co., lett. b e 65, 3° co. c.p.p.) e la facoltà di mentire (artt. 372 c.p. e 371-bis c.p., come noto, richiedono la qualifica propria di testimone o «possibile testimone»). Sicchè, *se* la distrazione è *ivi* configurata, in assenza dell'approfondimento probatorio di altri aspetti del fatto storico corrispondenti alle concrete modalità di realizzazione della condotta (es. asportazione dei beni dai locali aziendali), come la destinazione di beni per i quali è stata omessa dall'imprenditore una «plausibile giustificazione», è

---

fallita, in assenza del «mancato rinvenimento degli utili conseguenti a tale acquisto, in uno alla mancanza delle scritture contabili e all'assenza di plausibili giustificazioni in merito alla destinazione della merce». La Corte nel rigettare il ricorso *ex art. 606 c.p.p.*, 1° co., lett. b) e lett. e) c.p.p. avverso la sentenza di parziale riforma della Corte d'appello, osserva che « la sentenza impugnata fa corretta applicazione dei principi più volte espressi da questa Corte, secondo cui il fallito è *obbligato a dire la verità circa la destinazione data ai beni di impresa* (merci ricevute, denaro riscosso) dei quali sia certa la preesistenza nel suo patrimonio al momento dell'interpello formulato dal curatore al riguardo, perché la destinazione legale dei beni del debitore all'adempimento delle sue obbligazioni comporta una limitazione della libertà di disposizione dei beni anzidetti, tutelata da sanzione penale nei confronti del debitore stesso nell'ipotesi di fallimento» (corsivo aggiunto). Del medesimo tenore, e forse ancor più limpida nel rilevare l'obbligo di trasparenza e di correttezza gestionale come «elemento di precomprensione» in sede di accertamento della responsabilità penale, si può considerare Cass., sez. V, 16 dicembre 1997, n. 11703, in *C.E.D.*, rv. 209269, dove si legge: «in materia di reati fallimentari, in particolare con riferimento alla bancarotta patrimoniale, gli amministratori di una società dichiarata fallita hanno l'*obbligo di fornire la dimostrazione della destinazione* data ai beni acquisiti al patrimonio, in quanto la destinazione legale dei beni del debitore all'adempimento delle obbligazioni contratte comporta una limitazione della libertà di utilizzare gli stessi, onde dalla mancata dimostrazione può essere desunta la prova della distrazione o dell'occultamento».

<sup>265</sup> Di particolare interesse, Trib. Campobasso, 20 maggio 2015, n. 229, in *Dejure online*, là dove si afferma che «La prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni a seguito del loro mancato rinvenimento, infatti, l'imprenditore è posto dal nostro ordinamento in una posizione di garanzia nei confronti dei creditori, i quali ripongono la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'impresa sul patrimonio di quest'ultima. La perdita ingiustificata del patrimonio o l'elisione della sua consistenza danneggia le aspettative della massa dei creditori ed integra l'evento giuridico sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta».

<sup>266</sup> *V. retro*, nt. 270.

conseguenziale concludere che l'omessa dimostrazione (della destinazione) è fatta oggetto di una sanzione penale, in evidente contrasto con le *elementari* garanzie costituzionali della difesa poc'anzi richiamate.

In definitiva, e tornando per un istante alle premesse in merito alla lettura in chiave di pericolo *presunto* del delitto in esame, non v'è chi non veda l'operare coordinato di due diversi ragionamenti presuntivi, collocati in due successivi momenti della dinamica processuale. Il primo concerne la prova della «dolosa distrazione»<sup>267</sup>: a ben guardare, l'efficacia inferenziale della massima di esperienza che dal mancato rinvenimento dei beni o dall'omessa giustificazione della destinazione dei medesimi desume, in via induttiva, la sussistenza dell'elemento oggettivo (*e* soggettivo) è del tutto sottratta al contraddittorio argomentativo delle parti e alla valutazione razionale del giudice, che la applica acriticamente e in modo automatico, senza approfondire, come richiesto *ex art.* 192, 1° co., c.p.p., la sua idoneità logico – inferenziale in funzione della prova di un «fatto», oggetto di accertamento<sup>268</sup>.

D'altra parte, non sembra che il giudice, stante il disposto dell'art. 192, 2° co., c.p.p. che limita il «libero convincimento del giudice», possa ritenere accertata la sussistenza di un fatto, sulla base di *una* o più circostanze indizianti (*rectius*, meri elementi indiziari), in assenza di un positivo riscontro della loro gravità, univocità e concordanza<sup>269</sup>. In base a queste considerazioni, l'automatismo inferenziale cui il giudice fa ricorso lascia trapelare non poche e significative perplessità sul carattere latentemente «presuntivo» (in senso proprio) di un tale metodo di accertamento: e non rimane che prospettare la possibilità – invero meramente teoretica - che un simile atteggiamento giurisprudenziale, trasfuso nella sentenza, sia passibile di «manifesta illogicità della

---

<sup>267</sup> Sul profilo soggettivo e sul carattere presuntivo del suo accertamento si tornerà nel prosieguo: v. *ultra*, Cap. III.

<sup>268</sup> Sul profilo dell'idoneità inferenziale delle massime di esperienza, V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2014, pp. 334 ss.

<sup>269</sup> Su tale profilo, si veda *amplius* P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 85 ss., che escludono l'unicità di un indizio – salvo rarissime ed isolate eccezioni – per sostenere la certezza di una conclusione probatoria.

motivazione» (art. 606, 1° co., lett. e, c.p.p.) per la fragilità intrinseca del procedimento inferenziale, fondato su una massima di esperienza della cui univocità e validità è legittimo dubitare.

L'ulteriore momento su cui riflettere concerne l'accertamento dell'offensività della condotta: qui il giudice astrae dalla valutazione degli elementi e delle circostanze obiettive in base alle quali è possibile argomentare l'attitudine lesiva della condotta (*rectius*, la probabilità di lesione della garanzia patrimoniale dei creditori), come, esemplificando, le condizioni economico-finanziarie dell'impresa al momento della commissione del fatto piuttosto che il sopravvenire di fatti successivi dotati della capacità di escludere i riflessi depauperativi che dal fatto derivano per il soddisfacimento coattivo dei creditori, prima della dichiarazione di fallimento o dell'insorgenza della situazione sostanziale di dissesto. Qui si annida la prognosi legale di pericolosità cui si è fatto finora riferimento: e su questa via risulta del tutto «giustificata» - date le premesse - la condanna di un imprenditore a titolo di bancarotta fraudolenta per distrazione, nonostante in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento siano intervenuti fatti reintegrativi dell'attivo patrimoniale, tali da aver «annullato» i riflessi negativi della condotta economico - gestionale dell'imprenditore sulla garanzia patrimoniale<sup>270</sup>; oppure, nonostante le circostanze concomitanti o anteriori alla realizzazione dell'azione illecita siano tali da elidere la probabilità di lesione della garanzia patrimoniale.

---

<sup>270</sup> In tal senso, Cass., sez. V., 16 febbraio 1994, Freato, in *Cass. pen.*, 1996, p. 939; Cass., sez. V., 5 novembre 1986, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 2244 ss.



## CAPITOLO III

DALLA DINAMICA ALLA STATICA DEL TIPO CRIMINOSO: ANALISI DELLA STRUTTURA DELLA FATTISPECIE E PROFILI DI IMPUTAZIONE DELL'EVENTO.

### **1. Analisi critica dell'attuale orientamento giurisprudenziale. Le coordinate ermeneutiche per una ricostruzione della fattispecie in adesione ai principi di determinatezza e offensività.**

Le contraddizioni e le gravi perplessità, anche di ordine costituzionale, che è stato possibile evidenziare, grazie alla prospettiva d'indagine *integrata* qui privilegiata<sup>271</sup>, nell'applicazione e nell'interpretazione giurisprudenziale del delitto di bancarotta fraudolenta c.d. distrattiva suggeriscono, ora, di intraprendere una più attenta analisi della struttura del fatto tipico, dando comunque per acquisita la «cornice» per così dire teleologica in cui si colloca la fattispecie in esame: la tutela dell'interesse alla conservazione del valore economico della garanzia patrimoniale, in funzione del soddisfacimento in via coattiva dei diritti di credito vantati nei confronti dell'impresa. Un interesse, occorre ribadirlo, che ha natura squisitamente patrimoniale<sup>272</sup> ed è soggettivamente riferibile alla categoria dei creditori (attuali e potenziali) dell'impresa<sup>273</sup>.

Anche una rapida ed ingenua considerazione della struttura semantico – descrittiva della norma incriminatrice consente di porre in rilievo gli aspetti

---

<sup>271</sup> V. *retro*, Cap. I, par. 1.

<sup>272</sup> Un'attenta analisi della modalità tecnica di tutela approntata dalle fattispecie fallimentari, nel più ampio contesto sistematico dei «reati contro il patrimonio» è proposta da G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 335 ss.

<sup>273</sup> Definisce in concreto i soggetti afferenti a tale categoria, F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 7.

che sono alla base delle fragilità e delle controversie interpretative più volte evocate: l'inserimento della «dichiarazione di fallimento» nel quadro descrittivo della fattispecie secondo una formula ipotetica di primo tipo («è punito [...] se è dichiarato fallito, l'imprenditore che [...]»)), con la conseguenza di legittimare i tentativi ermeneutici di ascrivere l'elemento della dichiarazione alla categoria apparentemente periferica delle condizioni obiettive di punibilità, sulla base del mero criterio letterale<sup>274</sup>.

A tale aspetto si aggiunga la previsione in astratto delle condotte tipiche attraverso formule anodine (« [...] ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni [...]), prive, come noto, di referenti empirico – criminologici consolidati e identificabili, in modo univoco, da parte dell'interprete e, soprattutto del giudice.

Invero, il concetto generale di «distrazione», elemento descrittivo che può ben rappresentare una «costante» nel diritto penale di parte speciale<sup>275</sup>, risulta un'efficace conferma delle difficoltà cui incorre il giudice nel decifrare in astratto e selezionare, poi, in concreto il «fatto storico» riconducibile alla descrizione astratta: è ben nota, d'altra parte, la controversia interpretativa in ordine ai rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione, su cui è intervenuta, di recente, la giurisprudenza di legittimità<sup>276</sup> proponendo una soluzione articolata e non

---

<sup>274</sup> V. *ultra*, par.5.

<sup>275</sup> In tal senso, T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 104 ss.

<sup>276</sup> Cass., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 4404, in *C.E.D. Cass.*, rv. 241887. La vicenda da cui ha avuto origine il ricorso per Cassazione merita di essere richiamata. Al presidente del consiglio di amministrazione di una società cooperativa è contestato il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 223, 1° co. e 216, 1° co., n. 1, l. fall. Il giudice di prime cure dichiara il «non doversi procedere» a carico dell'imputato, riconoscendo l'effetto preclusivo ex art. 649 c.p.p. derivante da una precedente sentenza irrevocabile di non doversi procedere ex art. 531 c.p.p., avente ad oggetto un addebito a titolo di appropriazione indebita per *i medesimi fatti* (utilizzo indebito di carte di credito per spese personali, prelievi e bonifici a proprio favore) che costituiscono l'imputazione successiva a titolo di bancarotta fraudolenta per distrazione. Il Pubblico ministero e le parti civili propongono ricorso per cassazione avverso la sentenza di non doversi procedere ex art. 649 c.p.p.; in particolare, il pubblico ministero d'udienza ha modo di rilevare l'illegittimità del provvedimento impugnato, escludendo la sussistenza, nel caso di specie, della situazione tipica idonea a dar luogo all'applicazione del divieto di *ne bis in idem*: non solo, si afferma, le condotte di appropriazione e distrazione presentano differenze ontologiche che le rendono non sovrapponibili, giacché la «distrazione» evidenzia, già semanticamente, uno spettro più ampio di modalità di attuazione, ma soprattutto la fattispecie di bancarotta fraudolenta è connotata da

scevro da dubbi di conformità al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p.

In presenza di una condotta di «apprensione», astrattamente riconducibile alle ipotesi di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta distrattiva, la Corte ha convintamente escluso la configurabilità del concorso formale di norme in favore dell'applicazione dell'art. 84, 1° co., c.p. Nonostante l'«ontologica differenza» tra le due fattispecie, l'appropriazione indebita, al ricorrere della dichiarazione di fallimento, «perde la sua autonomia», e rimane assorbita nella fattispecie «*maior*» di bancarotta fraudolenta, secondo il paradigma di cui all'art. 84 c.p.<sup>277</sup>.

---

« un *quid pluris* rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, almeno fintantoché questa continui ad essere rappresentata come elemento costitutivo della fattispecie e non già come elemento ad essa estrinseco, rilevante soltanto ai fini della punibilità». Ne consegue, una *diversità* strutturale tra le due fattispecie, sufficiente ad escludere l'applicabilità della preclusione processuale ad un secondo procedimento per bancarotta distrattiva: ai fini dell'identità del fatto, rilevante ai sensi del 1° co. dell'art. 649 c.p.p., è necessaria che sussista una «corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona». Corrispondenza che è carente, nel caso di specie, non solo sul piano naturalistico (data l'intervenuta dichiarazione di fallimento), ma anche su quello più strettamente giuridico, giacché, per orientamento consolidato, la declaratoria fallimentare *appartiene* alla struttura oggettiva della fattispecie, come elemento costitutivo. Diversamente opinando, il giudice di prime cure aveva ritenuto configurabile l'identità del fatto, rilevante ai fini dell'applicabilità della preclusione *ex art. 649 c.p.p.*, rilevando che la sopravvenuta dichiarazione di fallimento, non costituendo evento del reato, è del tutto inidonea a legittimare l'instaurazione di un procedimento penale per bancarotta fraudolenta, in cui l'imputazione coincide materialmente con il *fatto* che forma oggetto di giudicato, a titolo di appropriazione indebita (prescritta). D'altra parte, lo stesso giudice di prime cure risolve in astratto i rapporti tra le due fattispecie nel senso di escludere il concorso formale (che avrebbe, a sua volta, legittimato l'esercizio dell'azione penale per il *medesimo fatto*), invocando il paradigma dell'assorbimento del primo reato (*ex art. 646 c.p.*) nel secondo (art. 216 l. fall.); ciononostante, riconosce l'effetto preclusivo del giudicato intervenuto sul reato «contenuto» rispetto al «reato contenente». La Corte di cassazione accoglie il ricorso proposto dal Pubblico ministero e pronuncia sentenza di annullamento con rinvio, argomentando l'illegittimità del provvedimento impugnato sulla base dell'errore in cui è incorso il giudice di prime cure, avendo, quest'ultimo, sì riconosciuto in astratto un'ipotesi di assorbimento *ex art. 84 c.p.*, senza tuttavia trarne le logiche e necessarie conseguenze. Se a fronte di una sentenza irrevocabile avente ad oggetto il «reato assorbente» (es. art. 216 l. fall.) può riconoscersi l'effetto preclusivo all'esercizio dell'azione penale per il reato che è nel primo contenuto, nell'ipotesi *inversa* (quella oggetto di ricorso), un tale effetto «non può dispiegarsi, in quanto, diversamente, resterebbe impunita l'area di illiceità od anti-giuridicità non coperta dalla fattispecie minor (potrebbe definirsi, plasticamente, come l'area residua di un cerchio maggiore, non coperta dalla sovrapposizione di un cerchio minore e concentrico)». Pertanto, nel caso di specie, data una sentenza irrevocabile di «non doversi procedere» per intervenuta prescrizione del delitto di appropriazione indebita (reato contenuto), dovrà applicarsi il 2° co. dell'art. 170 c.p., in base al quale la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende a quest'ultimo.

<sup>277</sup> Sulla «perdita di autonomia» (assorbimento) del reato – elemento costitutivo (nell'ipotesi in esame, appropriazione indebita *ex art. 646 c.p.*) nella fattispecie complessa (art. 216, 1° co., n.

La bancarotta fraudolenta per distrazione viene così a delinearsi come una fattispecie *complessa*, «a formazione progressiva» - questa la definizione offerta dal giudice di legittimità -, i cui elementi costitutivi sono rappresentati da una condotta «appropriativa» - idonea, per ipotesi, ad integrare la fattispecie di cui all'art. 646 c.p. - e la dichiarazione di fallimento. Secondo l'impostazione proposta dalla Corte, l'elemento di differenziazione, rilevante per escludere l'ipotesi del concorso formale, è costituito dalla declaratoria fallimentare, che conferisce al fatto, unitariamente considerato, «una diversa e più grave connotazione, sì da trasformarlo in un'entità antiggiuridica affatto nuova e di gravità di gran

---

1, l. fall.), quale indice per differenziare la categoria di cui all'art. 84 c.p. dalla diversa ipotesi di «reato presupposto del reato accessorio», caratterizzato «dalla presenza di un'autonoma rilevanza (anche e soprattutto sul piano ascrittivo) in confronto con il reato accessorio», si consideri G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 40 ss. e 127 ss. Tuttavia, a ben guardare, la qualificazione del delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva come «reato complesso» si espone all'obiezione di fondo secondo cui la «dichiarazione di fallimento» non assume di per sé rilevanza penale, con la conseguenza che la complessità descritta dall'art. 216 l. fall. dovrebbe essere più correttamente ricondotta alla categoria del reato complesso *in senso lato*: figura, anche questa, che, al pari del reato c.d. composto (reato complesso *in senso stretto*, art. 84, 1° co., c.p.) risulta fondata su un rapporto di *specialità unilaterale* (per aggiunta, nel caso in esame), giacché l'elemento ulteriore rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, *privo* di rilevanza penale, si «aggiunge» al nucleo normativo di una disposizione incriminatrice (in tal senso, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 391; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 484 ss.). L'osservazione ora prospettata ha, invero, un valore meramente descrittivo: altro discorso è infatti verificare *se*, tra la fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta distrattiva intercorra effettivamente un rapporto di specialità unilaterale per aggiunta, il quale si risolva, sul piano del raffronto logico - strutturale tra le fattispecie, nell'impossibilità di «rinvenire un termine correlativo della fattispecie generale che possa essere confrontato, ed eventualmente qualificato come "diverso", rispetto all'elemento "ulteriore" presente nella norma speciale [...]» (in tal senso, G. A. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, pp. 425 ss.). Senza peraltro addentrarsi nell'analisi di un tale profilo, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità si rivela, *prima facie*, riduttiva e semplificante, tralasciando di considerare gli *altri* elementi descrittivi o valutativi che dovrebbero assumere rilievo nel raffronto strutturale tra le fattispecie convergenti. L'impressione che si trae è che, pur a fronte di un'adesione formale ad un criterio di analisi logico - strutturale, la soluzione adottata ai rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione risulta più autenticamente orientata a criteri metagiuridici, quale, ad es., quello di «consunzione», privilegiando, nel discernere le ipotesi di concorso formale da una convergenza apparente *sub specie* di reato complesso in senso lato, il contenuto sostanziale espresso dal reato c.d. contenente. Per la riconduzione della figura del reato complesso in senso lato all'operatività del principio di specialità, oltre agli autori sopra menzionati, si considerino G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 206 ss.; V. B. MUSCATIELLO, *Concorso di norme. I presupposti e la disciplina della pluralità apparente*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 968 ss. Per la soluzione - qui tendenzialmente condivisa - della convergenza tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta distrattiva nel senso del riconoscimento di un concorso formale eterogeneo di reati, si consideri P. DI GERONIMO, *Bancarotta fraudolenta ed appropriazione indebita: una controversa ipotesi di reato complesso*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1604 ss.

lunga maggiore»<sup>278</sup>, così da impedire l'effetto preclusivo di cui all'art. 649 c.p.p.

La sintetica disamina dei rapporti strutturali intercorrenti tra le due fattispecie ora prese in esame, così come ricostruiti dalla costante giurisprudenza<sup>279</sup>, sembra suggerire la «dipendenza», in termini di disvalore oggettivo, del fatto tipico descritto dalla norma di cui all'art. 216, n. 1., l. fall., dall'elemento (costitutivo) della dichiarazione di fallimento. Il che significa, a ben guardare, che, in assenza di *un* tale elemento aggiuntivo, il fatto distrattivo, inserito nel contesto qualificato d'impresa, verrebbe tendenzialmente a coincidere con la dimensione offensiva delineata dalla fattispecie di appropriazione indebita, eventualmente aggravata ai sensi del combinato disposto degli artt. 646, 3° co. e 61, 1° co., n. 11, c.p. La logica conseguenza di un tale ragionamento consiste nel riconoscere nella sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto elemento costitutivo del reato o «condizione di esistenza» che dir si voglia<sup>280</sup>, una funzione descrittivo – costitutiva nell'economia del fatto tipico *ex art.* 216 l. fall., evidenziando un nucleo offensivo qualitativamente diverso e più intenso rispetto al fatto di cui all'art. 646 c.p.

La radicale difficoltà di decifrare in senso univoco il contenuto obiettivo e selettivo della condotta tipica di distrazione, salvo non voler aderire ad interpretazioni estensive di dubbia conformità ai principi di determinatezza e tassatività<sup>281</sup>, si aggiunge ad un ulteriore aspetto di complessità che emerge *ex tabulas* dalla ricognizione della norma incriminatrice in esame: l'assenza, nel quadro descrittivo del fatto, di un nesso eziologico tra l'azione penalmente rilevante ed *un* evento costitutivo (artt. 40 e 41 c.p.), inteso quale «effetto tipico della condotta, attiva od

---

<sup>278</sup> Così Cass., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 4404, cit.

<sup>279</sup> Un'attenta rassegna di questo indirizzo giurisprudenziale è proposta – in senso adesivo - da U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 56 ss., nt. 53.

<sup>280</sup> Per un *excursus* terminologico sulle qualificazioni della sentenza dichiarativa del fallimento, pur sempre nella cornice di un elemento afferente al fatto tipico, si veda F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, cit., p. 2.

<sup>281</sup> V. *ultra*, par. 4.

omissiva»<sup>282</sup> e, al contempo, come «sostrato di fatto» ed «indice dell'offesa»<sup>283</sup> tipizzata dal legislatore<sup>284</sup>. Una volta riconosciuto al nesso eziologico un'imprescindibile funzione «tipizzante»<sup>285</sup>, esprimendo, nell'economia della fattispecie incriminatrice, un momento di disvalore oggettivo, autonomo rispetto al rilievo della modalità *tipiche* di attuazione della condotta, la sua irrilevanza nella struttura oggettiva del fatto tipico di bancarotta fraudolenta non può che segnalare la necessità di ricostruire la «dinamica dell'offesa»<sup>286</sup>, cioè il modello di offesa al bene giuridico della garanzia patrimoniale, in alternativa ad un paradigma offensivo, diffuso in altre esperienze continentali, storicamente comparabili, imperniato sulla causazione (dolosa)<sup>287</sup> del fallimento *tout court* o della situazione

---

<sup>282</sup> Così, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1983, p. 163.

<sup>283</sup> N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 183.

<sup>284</sup> Un'assenza che si fa ancora più evidente, soprattutto per le sue conseguenze in ordine alla ricostruzione della dimensione offensiva tipica della fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, allorché si consideri l'intervento operato dal legislatore (art. 4, 1° co., D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) sul delitto di bancarotta c.d. «da reato societario», prevista dal n. 1 dell'art. 223, 2° co., l. fall.: la modifica legislativa si è limitata ad un «aggiornamento» - in base ad un criterio di «omogeneità offensiva» - dei reati societari c.d. presupposto e all'esplicita previsione, come elemento costitutivo del fatto tipico, di un nesso eziologico tra la condotta integrativa degli estremi oggettivi dei reati *ivi* menzionati e il dissesto della società. Superando, in tal modo, i seri dubbi di legittimità costituzionale a più riprese prospettati dalla dottrina in relazione al principio di responsabilità personale *ex art. 27, 2° co. c.p.*, in base all'attuale formulazione della fattispecie incriminatrice, assume rilevanza penale la sola «causazione dolosa» del dissesto della società, salvo la pur significativa problematica di includere o meno nel concetto di «causazione» finanche il mero aggravamento *quantitativo* di un dissesto (aumento delle passività, rilevanti in sede di procedura concorsuale) - cristallizzato in stato di insolvenza irreversibile -, derivante da altre cause concorrenti rispetto alla condotta tipica. Tuttavia, l'adozione da parte del legislatore di un modello eziologico non sembra priva di riflessi, come si sosterrà più oltre, sul piano dell'oggettività giuridica del delitto di bancarotta c.d. societaria e, al contempo, non è scevra da perplessità sul piano applicativo, dal momento che il giudice dovrà accertare, secondo un giudizio condizionalistico - nomologico, che una determinata condotta - astrattamente integrante un reato societario - abbia «cagionato» o «concorso a cagionare» il dissesto dell'impresa. Impresa che si rivela, già ad un primo esame, estremamente ardua, se si considera il contesto economico - gestionale in cui si inserisce il fatto causativo del dissesto, per sua natura refrattario alla rigidità di un modello condizionalistico di spiegazione causale, salvo non voler appiattare l'accertamento ad un mero rilievo contabile dei riflessi economico - finanziari della condotta, isolatamente considerata, sull'attivo fallimentare. Sul delitto di bancarotta fraudolenta da reato societario v. *ultra*, par. 5.

<sup>285</sup> Sul punto si rinvia all'approfondita indagine di E. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 796 ss.

<sup>286</sup> Per questa efficace espressione, C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 30.

<sup>287</sup> Un'esauriente analisi, in chiave comparatistica, dei sistemi penali fallimentari diffusi in Europa è proposta da L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. III, cit., pp. 2321 ss. Con particolare riferimento al modello tedesco, si

sostanziale che ne costituisce il presupposto, l'insolvenza.

In questa prospettiva, assume un rilievo pregiudiziale la soluzione all'intricata questione del rapporto tra la condotta penalmente rilevante e l'evento costituito dal fallimento, soprattutto se inteso in senso sostanziale, cioè come l'insorgenza di uno stato irreversibile di insolvenza dell'impresa. Si registra, con riguardo a questo essenziale passaggio, l'affermazione di un «principio giurisprudenziale di granitica solidità»<sup>288</sup>, secondo cui il fallimento piuttosto che lo stato di insolvenza non possono costituire l'evento del reato di bancarotta, con la conseguenza che è del tutto irrilevante, ai fini dell'integrazione del fatto tipico, l'efficienza causale dell'atto di disposizione patrimoniale realizzato dall'imprenditore rispetto alla verifica dello stato di insolvenza dell'impresa. Parimenti irrilevante è la sussistenza di un «nesso psichico» tra la condotta dell'autore e il dissesto definitivo dell'impresa: non è infatti necessario che il fallimento o lo stato di insolvenza che ne è il presupposto formino oggetto del momento volitivo e rappresentativo del dolo, sia pure in termini di accettazione del rischio di una sua verifica, come precisato in una recente sentenza<sup>289</sup>.

E' sufficiente, viceversa, ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto, la mera «consapevolezza di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte» ovvero di realizzare una condotta depauperativa della garanzia patrimoniale (c.d. *deminutio patrimonii*).

Accogliendo per un istante l'*iter* argomentativo qui ripercorso, vi è da chiedersi quale sia il criterio discrezionale attraverso il quale il giudice possa correttamente discernere tra un atto di disposizione patrimoniale che presenti potenziali margini di perdita economica (*rectius*, un'operazione negoziale economicamente infausta) e un medesimo atto che invece implichi un'esposizione a pericolo dell'interesse patrimoniale dei creditori,

---

consideri G. FORNASARI, *Cenni sulla disciplina dei reati fallimentari in Germania*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, pp. 145 ss.

<sup>288</sup> In tal senso, Cass., Sez. V, 12 febbraio 2013, n.27993, in *DeJure online*.

<sup>289</sup> Cfr. Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, cit.

così da integrare la condotta tipica. Dall'angolo visuale dell'elemento soggettivo (dolo generico, inteso come rappresentazione e volontà della *deminutio patrimonii*) è possibile inferire che l'effettivo discrimine tra il mero insuccesso economico, come risolto potenziale (o attuale) di un'operazione economica, e il depauperamento «penalmente rilevante» sia identificabile proprio nel carattere distrattivo dell'atto di disposizione patrimoniale, il quale realizza uno sviamento di risorse economiche verso finalità estranee all'impresa o, più precisamente, incompatibili con una sua «fisiologica gestione». La giurisprudenza è unanime nell'escludere che ai fini dell'accertamento del dolo generico richiesto dalla fattispecie legale sia necessario che il soggetto attivo abbia agito nella consapevolezza di un preesistente o concomitante stato di dissesto dell'impresa o allo scopo di recare pregiudizio ai creditori<sup>290</sup>. Appiattito l'elemento soggettivo sulla rappresentazione e volontà della condotta tipica di depauperamento patrimoniale (*rectius*, sulla consapevole destinazione di risorse economiche per finalità estranee all'impresa), i due profili, oggettivo e soggettivo, rischiano evidentemente di compenetrarsi, ora sul piano della ricostruzione teorica, prospettata da questa giurisprudenza, ora in sede di accertamento processuale.

L'aspetto ora accennato merita di essere approfondito. Si presti attenzione alla formula «finalità dell'impresa», che ricorre costantemente, in un variare di accezione terminologiche, nel percorso motivazionale offerto da queste sentenze: la «distrazione», d'altra parte, in quanto concetto di «relazione»<sup>291</sup> implica la preliminare definizione di due parametri qualitativi in base ai quali valutare – e, nel procedimento, accertare – l'effettivo sviamento da uno scopo o funzione definita *ex ante* (primo parametro) ed un fine verso il quale la deviazione si realizza (secondo parametro), necessariamente incompatibile con il primo. La

---

<sup>290</sup>*Ex multis*, si segnalano: Cass., sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229, in *C.E.D. Cass.*, rv. 253932; Cass., sez. V., 8 febbraio 2012, n. 11633, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, cit.; Cass., sez. V, 1 luglio 2002, n. 29896, in *Dejure online*; Cass., sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17044, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3872.

<sup>291</sup> Per tutti, G. MARINUCCI, voce *Distrazione (diritto penale)*, cit., pp. 310 ss.



nozione di «distrazione», come intesa dalla giurisprudenza in materia penale fallimentare, cioè come destinazione disfunzionale, sottende una necessaria dialettica tra due poli. Le finalità d'impresa costituiscono, in questa prospettiva, il parametro idoneo a valutare la sussistenza di uno sviamento funzionale di risorse economiche in una direzione gestionale incompatibile rispetto ad esso. A ben guardare, tuttavia, un tale parametro, se pur formalmente coerente con il contesto d'attività in considerazione (l'esercizio di un'attività economica organizzata), così come applicato dalla giurisprudenza si rivela privo di una reale capacità selettiva, *in assenza* di una definizione in concreto delle «finalità» (d'impresa), al cui perseguimento si ritiene preordinato il potere di gestione dell'imprenditore individuale e/o dell'amministratore. In altri termini, e salvo non voler aderire ad una ricostruzione formalistica del parametro in esame come «estraneità dell'operazione all'oggetto sociale», le finalità d'impresa vengono ad identificarsi nei limiti cui è sottoposto l'esercizio del potere di gestione: limiti interni, costituiti, per l'appunto, dagli interessi di categoria dei soggetti che entrano in contatto, a vario titolo, con l'impresa. Tra questi, si annovera il prevalente interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale: cioè di quel *valore* sufficiente a garantire il soddisfacimento anche in via coattiva delle obbligazioni contratte dall'impresa. In definitiva, e per concludere sul punto, l'esito del ricorso ad un parametro così evanescente si apprezza, come già accennato, sul piano dell'elemento oggettivo: la condotta di distrazione si risolve, in realtà, in un atto di «sottrazione» o nel mero «distacco» di risorse economiche dal patrimonio dell'impresa, posto a garanzia dell'esposizione debitoria.

Così ragionando, il riferimento implicito, sovente operato dalla giurisprudenza, ad uno sviamento di risorse economiche si rivela superfluo, come una mera formula argomentativa, riproponendo l'essenziale problema di discernere gli atti di disposizione patrimoniale da cui è legittimo attendere un esito infausto (c.d. perdita economica) dall'operazione negoziale che, intervenuta la dichiarazione di fallimento, è tale da assumere

rilevanza penale, in quanto univocamente diretta a determinare un'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. A sommo parere di chi scrive, è in questo delicato passaggio che si annida il prevedibile «pericolo» di recuperare sul piano «scivoloso» dell'elemento soggettivo ciò che è più difficilmente afferrabile in termini di tipicità (oggettiva). In assenza di un approfondimento sulle modalità obiettive di attuazione della condotta, esigendo, ad esempio, un'indagine sul carattere *obiettivamente* anomalo della singola operazione negoziale rispetto ad un parametro di regolarità commerciale (tipologia delle operazioni, frequenza delle medesime, e via dicendo) o alle finalità dell'impresa, ricostruite, però, in modo puntuale in base alle fonti normative e negoziali, la distinzione tra uno sviamento declinato in senso esclusivamente oggettivo (come connotato accertabile della condotta) e una deviazione funzionale concepita, invece, come mera «intenzione» dell'agente, si fa molto labile. In tal senso, il giudice potrebbe essere indotto ad accertare il carattere «distrattivo» di una data operazione negoziale, così differenziando la condotta depauperativa dal mero atto dispositivo da cui conseguono (per ipotesi) significative perdite economiche, sulla base della surrettizia ricostruzione di un'intenzione di «destinare» risorse economiche per finalità incompatibili con l'interesse presidiato dalla sanzione penale<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> L'emersione dell'*intenzione* perseguita dal soggetto agente, pur all'infuori della tipizzazione di un autonomo elemento del fatto tipico (dolo specifico), come oggetto di accertamento *implicito e preminente* rispetto alla componente oggettiva della fattispecie (condotta, nesso di causalità, evento) può essere ricondotta, da un punto di vista dogmatico, alla tendenza legislativa ed interpretativa ad un'eccessiva valorizzazione dell'*azione* nella struttura oggettiva della fattispecie legale, su cui viene a concentrarsi il disvalore complessivo del fatto. Più in particolare, la centralità dell'azione e del disvalore che essa esprime (*Handlungsunwert*) può rappresentare l'esito (radicale) della marginalizzazione dell'evento (e del disvalore oggettivo che su di esso si appunta) nella (ri)costruzione della morfologia obiettiva dell'illecito penale: ne è un'espressione paradigma l'enucleazione di un «evento» come condizione obiettiva di punibilità, del tutto svincolata dai canoni di imputazione oggettiva e soggettiva. L'«amputazione» in via legislativa o interpretativa di un segmento strutturale dell'illecito penale, pur rispondente ad esigenze politico-criminali e a soluzioni conformi alle singole ipotesi di parte speciale, ha come risultato lo spostamento del baricentro offensivo sul momento «logicamente» anteriore della condotta tipica. Si è così sostenuto, in modo più che condivisibile, che « l'assenza di un evento nella fattispecie criminosa – o, comunque, la rinuncia ad accettarne la presenza – non può essere validamente compensata dal rilievo attribuito alla (mera) condotta, posto che quest'ultimo si presta più facilmente ad essere

La deriva «soggettivistica» ora prospettata non può, d'altra parte, destare particolare stupore, giacchè essa non solo risulta razionalmente spiegabile alla luce di un'attenta analisi dei riflessi strutturali derivanti dall'asserita «neutralità» causale del fatto di bancarotta, privo di un evento costitutivo, come estremo obiettivo e separato dalla condotta; ma, come si diceva, risulta anche ampiamente documentata nell'esperienza applicativa, relativa a fattispecie sistematicamente distanti, ma comunque caratterizzate, prima dei noti interventi di modifica legislativa, da un nucleo tipologico tendenzialmente comune: si intende qui riferirsi alla previgente ipotesi di «peculato per distrazione», di cui all'art. 314 c.p., ante riforma<sup>293</sup>, e alla fattispecie di abuso d'ufficio, ex art. 323 c.p. – nella formulazione antecedente alla modifica di cui all'art. 13, Legge 16 luglio 1997, n. 234 – anch'essa imperniata sul paradigma generale dello sviamento funzionale (c.d. abuso oggettivo) di un potere giuridico, in tal caso di natura

---

fagocitata dall'indagine concernente l'*Intentionsunwert* del soggetto agente» (così, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 183). Nei medesimi termini si è espressa un'altra autorevole dottrina (T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 82 ss.) che, pur con riferimento ad un contesto sistematico ben distante dalle fattispecie di bancarotta fraudolenta, ha parimenti rilevato le gravi criticità sottese ad opzioni legislative e scelte interpretative orientate ad attribuire all'evento una mera «funzione illusoria», incentrando la dimensione strutturale e, quindi, contenutistica dell'illecito penale sull'*azione* e, correlativamente, sul finalismo – si badi – *meramente* soggettivo che la sostiene. La prospettiva *integrata* che si è inteso adottare in questa indagine ha mostrato con chiarezza i risvolti *processuali* della «riduzione» strutturale della fattispecie al mero rilievo dell'azione, soprattutto se quest'ultima risulta carente di un contenuto descrittivo (paradigmatico, il concetto di «distrazione») e di ulteriori elementi (descrittivi o normativi) che ne specificino le concrete modalità di attuazione: rinviando al capitolo che precede (II), si vuole sinteticamente alludere al ricorso, significativamente frequente in materia penale fallimentare, ai moduli di accertamento a carattere presuntivo e semplificante cui si è fatto più volte riferimento. Per una ricognizione del quadro teorico – dogmatico che fa da sfondo alle osservazioni di cui sopra: G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 3 ss.; E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Cedam, Padova, 1989, pp. 89 ss.; G. LICCI, *Figure del diritto penale: il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 82 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, cit., *passim*; ID., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. I, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 1443 ss.

<sup>293</sup> In particolare, per un'accurata analisi del pericolo di un'eccessiva prevalenza del momento soggettivo – finalistico sulla componente oggettiva della fattispecie di «peculato per distrazione», prima dell'intervento riformatore (art. 1, Legge 26 aprile 1990, n. 86), si veda, tra gli altri, F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in ID., *Scritti di diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 385 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 201 ss.

pubblicistica, al pari delle fattispecie in cui è presente, come descrizione dell'azione tipica, il concetto di «distrazione»<sup>294</sup>.

Logica conseguenza dell'asserita assenza di un nesso di derivazione causale tra la condotta penalmente rilevante e il fallimento, sia questo pur inteso come «stato d'insolvenza», è l'irrelevanza di ogni limite cronologico alla penalizzazione di condotte che s'inseriscono nella sequenza economica e gestionale dell'impresa. Così, la giurisprudenza maggioritaria è unanime nel rifiutare la necessità di identificare nella preesistenza di una situazione sostanziale di insolvenza una soglia cronologica come limite all'efficacia retrospettiva dell'incriminazione, sostenendo, apertamente, che «il delitto di bancarotta non impone contestualità tra l'azione antidoverosa e il pregiudizio derivante dalla stessa, ma ammette anche uno sfasamento temporale, se esso non elide il portato dannoso dell'azione: sicché la tutela penale dispiega la sua efficacia retroattivamente, risalendo a ritroso, a far data dalla dichiarazione di fallimento, ricapitolando ogni passaggio della gestione dell'impresa fallita nel pregiudizio che viene accertato al momento della dichiarazione di insolvenza con la verifica delle passività gravanti sulla stessa»<sup>295</sup>. Ne consegue che non è richiesto ai fini dell'imputazione

---

<sup>294</sup> Per una disamina, da un punto di vista dogmatico, dell'intersezione concettuale tra le categorie logico – sistematiche di «distrazione» e «abuso del potere», si considerino: L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 15 ss.; G. MARINUCCI, voce *Distrazione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 310 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 52 ss.; F. C. PALAZZO, *Il concetto di «distrazione» nel delitto di peculato*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 185 ss.; C. F. GROSSO, *Abuso d'ufficio e distrazione punibile tra vecchia e nuova disciplina dei delitti contro la Pubblica amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 217 ss. Sul passaggio da un modello di «abuso funzionale» ad un modello fondato, invece, sulla «violazione del dovere», a seguito della riformulazione legislativa della fattispecie di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1633 ss.; G. LICCI, *Abuso d'ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in AA. VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli Allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 459 ss.

<sup>295</sup> Così, *ex multis*, Cass., sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, in *C.E.D. Cass.*, rv. 251215; in senso conforme, di recente, Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, cit., ove si legge che «la teoria c.d. della zona di rischio penale [...] ugualmente deve essere disattesa, in quanto, per la speciale configurazione del precetto, la protezione penale degli interessi creditorî è assicurata mediante la sua connotazione di reato di pericolo. L'offesa penalmente rilevante è conseguente anche all'esposizione dell'interesse protetto alla probabilità di lesione, onde la penale responsabilità sussiste non soltanto in presenza di un danno attuale ai creditori, ma anche nella situazione di messa in pericolo dei loro interessi». Diversamente, nel senso della contestualità tra l'azione distrattiva, penalmente rilevante, e l'insolvenza preesistente dell'impresa, si

soggettiva del fatto di bancarotta fraudolenta per distrazione che il soggetto agente, al momento della condotta, si sia prefigurato un preesistente stato di insolvenza dell'impresa.

## **2. La qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento: da «condizione di esistenza del reato» ad «elemento normativo interno alla fattispecie».**

Il problema della qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 16 l. fall.) ben può essere rappresentato come il punto di emersione del divario più significativo e finora incolmabile tra la giurisprudenza, più che consolidata<sup>296</sup>, e la dottrina, dove si rilevano molteplici e anche distanti opzioni interpretative. La giurisprudenza coltiva una solida linea di continuità con un'ormai remota pronuncia delle Sezioni unite<sup>297</sup>, secondo cui la dichiarazione di fallimento, «pur costituendo elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta», dovrebbe differenziarsi dalle condizioni obiettive di punibilità, che presuppongono un reato già perfetto nei suoi elementi costitutivi, dal momento che essa costituisce «addirittura una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi ed omissivi anteriori alla sua pronuncia [...]». Con questa terminologia il giudice di legittimità, nel suo più autorevole consenso, evocava la controversa categoria dogmatica delle condizioni di esistenza del reato, concettualmente distinte dalle condizioni di punibilità, ed individuate negli elementi che, pur svolgendo una

---

consideri Trib. Rimini, 2 novembre 1979, in *Dir. fall.*, 1980, pp. 101 ss. Si tratta, a ben vedere, di pronunce isolate.

<sup>296</sup> Per un'attenta e completa disamina della posizione della giurisprudenza, unanimemente orientata a considerare la sentenza dichiarativa di fallimento come «elemento costitutivo del reato», la cui definizione dogmatica è tuttavia incerta e non meglio precisata, si veda, *inter alios*, A. MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.*, in . GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 61 ss.; G. SOANA, *Reati fallimentari*, cit., pp. 53 ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 269 ss.

<sup>297</sup> Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1958, in *Giust. pen.*, II, 1958, pp. 513 ss., con nota di G. SABATINI.

«funzione di essenza» (*rectius*, costitutiva del fatto), non ineriscono all'attività criminosa, costituendo più precisamente dei «dati *extrinseci, concomitanti o successivi* alla medesima»<sup>298</sup>. In quanto elementi «extrinseci» all'attività criminosa – intesa come attività materiale di realizzazione degli elementi costitutivi del reato –, le condizioni del reato «agiscono *obiettivamente*», prescindendo da un'imputazione causale e soggettiva<sup>299</sup>. Attribuita alla sentenza dichiarativa di fallimento una funzione costitutiva del fatto penalmente rilevante è coerente con una tale premessa l'affermazione secondo cui, all'infuori del fallimento, cioè in epoca anteriore all'intervento del provvedimento giurisdizionale, i fatti astrattamente idonei ad integrare la condotta tipica sarebbero penalmente indifferenti, almeno a titolo di bancarotta. Il principio è stato limpidamente enunciato nella medesima pronuncia, resa a Sezioni unite: «Non si può dire che la lesione o il pericolo del bene protetto con l'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 di per se stesso costituente reato e, comunque, illecito [...]». E si aggiunge: «I fatti

---

<sup>298</sup> La formalizzazione scientifica della categoria delle «condizioni del reato» (*rectius*, di esistenza del reato) è da riconoscere a E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Jovene, Napoli, 1930, pp. 67 ss. Di particolare interesse è la circostanza che l'esimio autore abbia ricondotto alla categoria delle «condizioni del reato» ipotesi ad oggi pacificamente ascritte al piano delle condizioni obiettive di punibilità: si consideri, ad es., la previgente fattispecie di «*Infedeltà in affari di Stato*», di cui all'art. 111 cod. pen. del 1889, in cui il nocumento all'interesse pubblico («[...] in modo da poter nuocere all'interesse pubblico [...]») è qualificato come condizione del reato, essendo del tutto superflua la circostanza che il nocumento possa, nel caso concreto, costituire l'effetto (la «derivazione») della condotta: ciò che rileva ai fini della collocazione di questo elemento tra le condizioni di esistenza del reato è la circostanza che «la legge non richiede la prova di tale derivazione».

<sup>299</sup> Da queste, le condizioni di reato, si differenziano le «condizioni di punibilità», la cui funzione ed effetto è circoscritto all'applicazione della sanzione: sicché, il reato è già «perfetto» nei suoi elementi strutturali e, dunque, le condizioni in parola operano come «*causa superveniens*, da cui finisce per dipendere la punibilità del fatto». Alla luce delle singole ipotesi annoverate tra queste ultime condizioni, sembra arduo non riconoscerne una natura ambigua, assisa tra sostanziale e processuale: vi confluiscono, infatti, ipotesi che agiscono sulla procedibilità del reato (*querela di parte*) ed altre fattispecie che, invece, esplicano effetti estintivi della punibilità (prescrizione del reato, morte dell'imputato). La concezione disunitaria del fenomeno «condizionale», cioè la distinzione tra *condizioni del reato* e *condizioni di punibilità*, su cui era fondato l'art. 47, Progetto preliminare del codice penale, non è stata accolta nella versione definitiva del codice: l'art. 44 c.p., tuttavia, si limita a definire un criterio funzionale di imputazione degli eventi condizionali, senza offrire una definizione contenutistica e strutturale del fenomeno condizionale.

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 violazione delle relative norme incriminatrici». Ed in modo lineare si conclude che «[...] la dichiarazione di fallimento inerisce all'attività antecedente dell'imprenditore, trasformandola in attività trasgressiva della norma penale»<sup>300</sup>.

La giurisprudenza successiva sperimenta molteplici variazioni linguistiche per definire la sentenza dichiarativa di fallimento, nonostante ad una tale varietà di nomi non corrispondano percorsi concettuali e ricostruttivi nella sostanza differenti all'impianto originariamente proposto dal giudice di legittimità. In questo senso, più di recente, è intervenuta, nella sua composizione più autorevole, la Corte di cassazione<sup>301</sup>, che, pur a margine della soluzione di una questione di diritto intertemporale, emersa a seguito dell'abrogazione della procedura di amministrazione controllata (Titolo IV, Legge fallimentare) per effetto dell'art. 147, D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5<sup>302</sup>, ha ritenuto di ribadire *expressis verbis* l'indirizzo tradizionale (la sentenza dichiarativa come *elemento costitutivo del fatto*), senza sottrarsi, tuttavia, ad un autonomo tentativo di definizione. Infatti, in base alla presupposta assimilazione dell'abrogata procedura di amministrazione

---

<sup>300</sup> Le citazioni da Cass., S.U., 25 gennaio 1958, cit. L'impostazione è poi ribadita in plurime e successive sentenze di merito e di legittimità, dove si afferma, ormai con formule tralatizie, che «gli atti di disposizione che l'imprenditore compie sui propri beni ed i comportamenti attivi ed omissivi, ch'egli tiene nella condotta dei propri affari sono penalmente irrilevanti siccome libera manifestazione del diritto di gestire l'impresa nel modo che a lui sembra più conveniente per la tutela dei propri interessi; essi, invece, diventano penalmente rilevanti quando, con la constatazione giudiziale della insolvenza viene accertata la lesione arrecata ai diritti dei creditori [...]. Pertanto, soltanto con la dichiarazione di fallimento si verifica l'esposizione a pericolo (e, quindi, si realizza l'offesa) dell'interesse tutelato; prima di tale momento è, per contro, impossibile affermare che la condotta abbia intaccato l'interesse dei creditori, perché esso è pienamente salvaguardato finché esistono altri beni sufficienti (ossia una capacità patrimoniale adeguata) a soddisfare regolarmente le obbligazioni. In altre parole, finché non sopraggiunge il fallimento, che è l'unico mezzo tecnico idoneo ad accertare lo stato di dissesto, si deve ritenere che la capacità patrimoniale sia adeguata e che non sia, pertanto, attuale l'ipotesi di una lesione dell'interesse dei creditori»: così Cass., sez. V., 3 aprile 1973, n. 660, in *C.E.D. Cass.*, rv.124687.

<sup>301</sup> Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1619 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*.

<sup>302</sup> Per una disamina del profilo intertemporale si consideri M. GAMBARDELLA, *Abolito criminis e bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 145 ss.

controllata (art. 236, l. fall.) alla procedura ordinaria di fallimento, si è precisato «che il decreto di ammissione all'amministrazione controllata ripete, nell'ambito della corrispondente fattispecie di bancarotta, la stessa natura e gli stessi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento ed integra, pertanto, un elemento costitutivo del reato e non già una mera condizione obiettiva di punibilità, presupponendo questa un reato già strutturalmente perfetto, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo». Tuttavia, la Corte ha ritenuto di approfondire dogmaticamente la generica qualificazione di «elemento costitutivo del reato», evocando, in modo esplicito, la «concezione belinghiana del fatto tipico (*Tatbestand*)», in base alla quale esso «racchiude “l’insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato”», tra cui, soggiunge la Corte, possono essere ricompresi «i così detti elementi normativi che, instaurando una stretta relazione giuridica con la condotta, partecipano alla descrizione della medesima fattispecie e rimangono imprescindibilmente inseriti nel suo nucleo essenziale [...]». Sicché, il decreto di ammissione all'amministrazione controllata e, del pari, la sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 16 l. fall. costituiscono elementi normativi interni alle fattispecie di bancarotta, genericamente intese. Tralasciando eventuali perplessità – pur legittime – su quest'ultima soluzione definitiva, non sembra che il nucleo concettuale della tesi giurisprudenziale in esame sia particolarmente mutato: ora come «elemento normativo interno alla fattispecie», ora come «condizione di esistenza del reato»<sup>303</sup> ed ora, come si vedrà tra breve, quale «elemento orientativo dell'offesa», ciò che rimane, al fondo dei nomi, è la fisionomia di un elemento costitutivo del fatto tipico, la cui integrazione è necessaria ai fini di affermare la tipicità di ipotetiche condotte di manipolazione del patrimonio dell'impresa che corrispondono alla descrizione della condotta tipica.

Le critiche all'indirizzo ora sinteticamente illustrato si sono concentrate nel rilevare l'ambiguità di fondo che è sottesa alla considerazione della

---

<sup>303</sup> Ancora, più di recente, Cass., sez. V, 23 marzo 1999, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1784 ss.



dichiarazione di fallimento come «elemento costitutivo del fatto», *distinto* dalla condotta, e tuttavia non riconducibile alla categoria dell'«evento tipico del reato»: si è così riconosciuto un elemento costitutivo dalla natura indeterminata, collocato all'*interno* della struttura del fatto tipico, in una «zona» incerta, successiva alla condotta, ma non riducibile al suo effetto tipico, cioè all'evento<sup>304</sup>. Le conseguenze di questa fragile ricostruzione dogmatica non si esauriscono sul piano teorico, ma espongono la fattispecie, così come ricostruita dalla giurisprudenza, a gravi vizi di illegittimità costituzionale<sup>305</sup>, in primo luogo sotto il profilo della violazione del principio di responsabilità personale. Se alla dichiarazione di fallimento, dissociata causalmente dalla condotta, è attribuita la funzione di qualificare come illeciti penali i fatti di bancarotta, anteriori alla sua pronuncia, ciò significa che essa incide sul piano della tipicità. Da qui un ulteriore corollario logico: posto che la condotta, prima della pronuncia del Tribunale fallimentare *ex art. 16 l. fall.*, non costituisce un fatto «penalmente rilevante» (*rectius*, tipico ai sensi dell'art. 216, 1° co., n. 1), la sopravvenuta dichiarazione di fallimento concentra in sé l'offesa tipica, cioè il contenuto di disvalore complessivo del fatto. Al sopravvenire del fallimento, si realizza l'offesa tipizzata dal legislatore e, retrospettivamente, la condotta posta in essere dal debitore assume rilievo penale. L'offesa alla garanzia patrimoniale, eventualmente arrecata dall'imprenditore per mezzo di una condotta di sottrazione di risorse economiche dall'impresa, *in assenza* del fallimento, non è ipotizzabile neanche *sub specie* di messa in pericolo dell'interesse presidiato dalla norma incriminatrice. *Rebus sic stantibus*, la violazione del principio di colpevolezza, così come sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale è evidente: si addebita al soggetto agente la responsabilità penale per un fatto, in cui un elemento costitutivo (la dichiarazione di fallimento), su cui s'impenna il disvalore complessivo,

---

<sup>304</sup> Tra i molti, rileva l'ambiguità di una tale concezione, in modo efficace e lucido, C. PEDRAZZI, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 836

<sup>305</sup> Per tutti, C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 341 ss., ora in ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., pp. 1005 ss.

non è oggetto di un rimprovero personale, giacché è sottratto all'oggetto del dolo. L'esito cui è pervenuta la giurisprudenza in materia di bancarotta fraudolenta prefallimentare si è mantenuto invariato anche a seguito della valorizzazione in prospettiva costituzionale del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27, 1° co., Cost.*, esigendo che gli «elementi più significativi della fattispecie»<sup>306</sup> siano «coperti» almeno dal «requisito subiettivo minimo» della colpa<sup>307</sup>.

E, d'altra parte, ancora più incisiva in questa prospettiva può essere considerata un'altra e coeva pronuncia della Corte costituzionale<sup>308</sup>, là dove, quasi risolvendo l'intrinseca vaghezza del riferimento agli «elementi significativi della fattispecie»<sup>309</sup>, si chiariva che «l'art. 27 comma 1° Cost. [...] richiede non solo che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente e siano quindi investiti del dolo e della colpa, ma anche che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso rimproverabili». La giurisprudenza, come si diceva, non sembra accogliere le significative indicazioni di ordine assiologico provenienti dalla Corte costituzionale,

---

<sup>306</sup> In tal senso, Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 699 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che instaura il principio di colpevolezza*. Per ulteriori commenti, si considerino: T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile della legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. pen.*, 1988, pp. 453 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, pp. 1394 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 339 ss.; F. C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 980 ss.

<sup>307</sup> Per una lettura completa del percorso giurisprudenziale e dottrinale di affermazione del principio di colpevolezza, nel senso dell'esclusione di qualsiasi forma di responsabilità penale che non sia connotata – quanto meno – dalla sussistenza di un atteggiamento colposo riferibile a tutti gli elementi costitutivi del fatto, si consideri S. CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Utet, Torino, 1996, pp. 107 ss.

<sup>308</sup> Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Cass. pen.*, 1989, pp. 758 ss.

<sup>309</sup> E' stata avanzata in dottrina una lettura in base alla quale la sentenza della Corte costituzionale, n. 1085/1988, può essere considerata come il superamento della precedente «esitazione» del giudice delle leggi nel riconoscere un «divieto tassativo di responsabilità oggettiva» *ex art. 27, 1° e 3° co. Cost.*: una cautela che è stata giustificata, in quella sede, proponendo un altrettanto pericolante distinzione tra ipotesi di «responsabilità oggettiva spuria o impropria», in cui un «un solo, magari accidentale elemento del fatto [...] non è coperto dal dolo o dalla colpa dell'agente» (così Corte cost., 364/1988) dalle ipotesi di responsabilità oggettiva c.d. pura o propria, che si pongono in aperto contrasto con il principio di colpevolezza, così come ricostruito dall'interpretazione integrata del 1° e 3° co. dell'art. 27 Cost. Per questa lettura, E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 869.

accogliendo del principio di responsabilità *personale* una lettura quanto meno «minimalista»<sup>310</sup>: ne è una patente conferma la motivazione con cui la Corte di cassazione, in una ben nota sentenza (c.d. «Bordoni»)<sup>311</sup> ha escluso che l'indirizzo consolidato, costante nell'escludere la riferibilità soggettiva della dichiarazione di fallimento al soggetto agente (quanto meno per colpa), si ponga in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, rivalutato in chiave costituzionalmente orientata.

La Corte trova il più solido appiglio per argomentare una tale conclusione nella distinzione tra ipotesi di responsabilità oggettiva propria o impropria<sup>312</sup>, la quale, a sua volta, è fondata sulla differenziazione tra elementi dotati di una loro «significatività» nella struttura del fatto tipico, come tali necessariamente oggetto di imputazione soggettiva, ed elementi (del fatto) «non significativi» o meramente «accidentali», rispetto ai quali non si pone l'esigenza di postulare un rimprovero soggettivo, almeno a titolo di colpa. Da questa ambigua premessa, è facile argomentare che se la dichiarazione di fallimento non può costituire l'evento del reato, giacché non è legata da alcun nesso oggettivo con la condotta<sup>313</sup>, al contempo può sostenersi che non può essere ritenuto un elemento costitutivo dotato di quel «grado» di significatività tale per cui è necessario postulare un coefficiente soggettivo di rimproverabilità<sup>314</sup>. Attraverso quel pur minimo spiraglio lasciato aperto dalla sentenza n. 364/1988, cioè la «significatività»

---

<sup>310</sup> In tal senso, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 51.

<sup>311</sup> Cfr. Cass., sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 828 ss.; altresì pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1143 ss., con nota di G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimine sine culpa*.

<sup>312</sup> Su questa distinzione, si veda *amplius* S. CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, cit., pp. 109 ss.

<sup>313</sup> Principio, come si è più volte ricordato, ormai costante; per completezza, oltre alle sentenze già richiamate al capitolo precedente, si veda: Cass., sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 651, ove si legge che «[...] il fallimento non costituisce affatto l'evento del reato di bancarotta, sicché arbitrario sarebbe pretendere un nesso eziologico tra la condotta, realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo che incide sulla consistenza patrimoniale di un'impresa, ed il fallimento». Riprende l'argomento proposto nella sentenza «De Benedetti», più di recente, anche Cass., sez. V., 15 aprile 2015, n. 15613, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*. Su quest'ultima sentenza si tornerà a breve: v. *ultra*, par. 1.2.

<sup>314</sup> Nel seno che la qualificazione di un elemento del fatto come «evento» non è – *in negativo* – necessaria per riconoscerne la «significatività» ai fini dell'operatività di un coefficiente soggettivo di imputazione, si consideri Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, cit.

dell'elemento come criterio discrezionale per dirimere le ipotesi di violazione del principio di personalità della responsabilità penale, la giurisprudenza di legittimità sembra «guadagnare» un solido - ed apparente - riparo dalle censure di incostituzionalità avanzate dalla più acuta dottrina.

Non v'è chi non veda che l'intero ragionamento or ora accennato sta e cade con la premessa, come ha ampiamente dimostrato la medesima giurisprudenza costituzionale, con la sentenza n. 1085/1988<sup>315</sup>; allo stesso modo, l'*iter* motivazionale qui in esame - implicito anche nella giurisprudenza più recente, dinanzi alle perduranti critiche della dottrina - presenta un vizio di incoerenza interna, la cui evidenza non è facilmente eludibile. Invero, una volta attribuita alla dichiarazione di fallimento una funzione costitutiva della tipicità del fatto - il pericolo di lesione, d'altra parte, può realizzarsi solo nel momento in cui l'insolvenza risulta accertata per mezzo della pronuncia del Tribunale fallimentare - non pare affatto coerente riconoscergli la natura di un «elemento accidentale», «non significativo», soprattutto se una tale significatività, come autorevolmente sostenuto<sup>316</sup>, non può che essere apprezzata, secondo un autentico canone di interpretazione teleologica, sul piano del disvalore, cioè in relazione all'offesa che il legislatore ha tipizzato attraverso la previsione degli elementi che compongono il fatto tipico<sup>317</sup>.

Alla luce dell'indirizzo inaugurato dalla Corte costituzionale ed ormai consolidato sembra porsi la drastica alternativa tra la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come «elemento costitutivo del

---

<sup>315</sup> V. *ultra*, nel testo.

<sup>316</sup> Così G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/1988*, cit., p. 1395.

<sup>317</sup> Diversamente, invece, Cass., sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, cit., là dove si legge che « [...] pur essendo la dichiarazione di fallimento elemento costitutivo della fattispecie di bancarotta prefallimentare previsto nell'art. 216 l. fall., non necessariamente essa debba dipendere dall'atteggiamento psichico del soggetto agente. Certo, resta il problema della individuazione degli elementi «più significativi» della fattispecie che debbono necessariamente essere ricompresi nella sfera di rappresentazione del soggetto agente. Individuazione che non può essere lasciata all'arbitrio dell'interprete, ma che deve essere effettuata sulla base delle categorie interpretative stabilite dal legislatore (artt. 12 e 14 preleggi). Orbene [...] interpretazione letterale e sistematica inducono ad affermare che per il legislatore fallimentare, la dichiarazione di fallimento (o di liquidazione coatta amministrativa) di norma (e quindi fatte salve le eccezioni espressamente previste, come l'ipotesi del cpv. n. 2 dell'art. 223 l.fall.) non deve necessariamente essere collegata da nesso psicologico al soggetto agente».

fatto», e per ciò solo investito da un coefficiente soggettivo di imputazione o, invece, come elemento (condizionale) che si colloca all'infuori della struttura oggettiva del fatto tipico, senza, peraltro, esprimere alcuna incidenza sulla dimensione offensiva del fatto. Diversamente, la tesi giurisprudenziale che elude una tale secca alternativa si pone in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, configurando la declaratoria fallimentare sì come elemento costitutivo che partecipa al disvalore complessivo del fatto (anzi, ne rappresenta l'elemento *fondativo*), senza, tuttavia, farne discendere un'imputazione soggettiva quanto meno a titolo di colpa. A nulla vale, d'altra parte, come si è poc'anzi illustrato, che l'elemento «significativo» (in quanto espressivo del disvalore intrinseco del fatto) non sia identificabile come l'evento del reato, effetto tipico della condotta penalmente rilevante. Parte autorevole della dottrina ha inoltre evidenziato un ulteriore profilo di frizione tra la presente interpretazione della fattispecie di bancarotta fraudolenta e canoni assiologici, di rilievo costituzionale, che presiedono la materia penale, primo fra tutti il «divieto di responsabilità per fatto altrui»: si è così rilevato – e la critica appare condivisibile – che la descrizione del fallimento in senso formale (o sostanziale) come elemento costitutivo in cui si concentra l'offensività tipica del reato, in assenza di un nesso di imputazione causale tra la condotta e il fatto (dichiarazione di fallimento) si risolverebbe nell'accollare all'imprenditore una responsabilità penale per un fatto *non* riconducibile alla sua condotta e, come tale, «non proprio»<sup>318</sup>. A ciò si aggiunga che siffatta ricostruzione della fattispecie in esame, dissociando cronologicamente il momento della condotta dal momento in cui si inverte il contenuto precettivo del divieto (al momento della dichiarazione di fallimento), non può che determinare quell'«effetto retrospettivo» dell'incriminazione su cui si è più volte insistito<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., pp. 1009.

<sup>319</sup> Sull'«indefinita retroattività dell'illiceità» cui darebbe luogo l'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie di bancarotta è stata argomentata la teoria della «zona di rischio penale», coincidente con la preesistenza di uno stato di insolvenza, da parte di , P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., *passim*. La critica all'effetto retrospettivo del

### **3. La compatibilità tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche (o offensive) e il principio di personalità della responsabilità penale.**

Il tema della compatibilità tra l'interpretazione giurisprudenziale in parola e il principio di colpevolezza, inteso alla luce della lettura coordinata tra il 1° e il 3° co. dell'art. 27 Cost., si interseca ad una questione di ampio respiro dogmatico e politico – criminale che può a ragione essere considerata centrale – e, per i suoi esiti, dirimente – nella «teoria» del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Si tratta, come intuibile, del problema, ancora in parte insoluto, della compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale e conseguente ammissibilità della controversa categoria delle condizioni obiettive di punibilità c.d. intrinseche o improprie, la cui elaborazione concettuale è stata occasionata, non a caso, da un autorevole tentativo teorico di qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento<sup>320</sup>. In questa sede, in realtà, il tema non può essere esplorato nelle sue molteplici implicazioni: è evidente, d'altra parte, che il solo quesito sull'ammissibilità di una tale categoria implica, preliminarmente, l'individuazione di quelle ipotesi ad essa riconducibili. Operazione, quest'ultima, che a sua volta non può prescindere dalla selezione dei criteri diagnostici in base ai quali discernere, sul piano della fattispecie astratta, le ipotesi dubbie – su cui emergono i maggiori contrasti presso la dottrina -, e, con maggiore problematicità, differenziare le condizioni c.d. intrinseche «che *qualificano ed attualizzano* la lesione dell'interesse» da quelle che, invece, in quanto *estrinseche*, «non hanno alcuna incidenza sul carattere lesivo della fattispecie», manifestando «la presenza di un interesse alla quale il legislatore subordina la integrale

---

fallimento, cui ha aderito con ampie argomentazioni anche C. PEDRAZZI (v. *retro*, nt. 324), è stata di recente riproposta, con particolare attenzione ai profili processuali relativi al ruolo centrale che è così attribuito al Pubblico ministero, da F. SGUBBI, *Le nuove regole penali*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per la crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 129 ss.

<sup>320</sup> Si intende alludere alla proposta interpretativa di P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., *passim*, i cui estremi saranno più oltre analizzati.

realizzazione dell'illiceità penale del fatto»<sup>321</sup>. Un interesse che la dottrina ora richiamata ritiene irriducibile al profilo offensivo del fatto, sia pure se ne presupponga la sua natura «esterna», e riconducibile, invece, all'opportunità o convenienza di celebrazione del processo<sup>322</sup>: il che apre un ulteriore profilo di complessità, ponendosi la necessità di distinguere, pur nell'affinità dei due fenomeni, le condizioni obiettive di punibilità estrinseche dalle condizioni di procedibilità<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Per questa classificazione primaria, si consideri, tra i molti, F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 594. Nondimeno, occorrerà tornare nel prosieguo sul concetto di attualizzazione o progressione dell'offesa tipizzata dal legislatore. Si deve a P. NUVOLONE (*Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 182) si deve l'idea di un'attualizzazione dell'offesa ancora potenziale espressa dalla condotta: al verificarsi dell'evento dedotto nella condizione obiettiva di punibilità intrinseca ciò che era solo in potenza (stadio della condotta) verrebbe ad assumere carattere attuale e definitivo. In breve, vi è da chiedersi se la «progressione» implica alternativamente un'omogeneità o eterogeneità dell'offesa che è «contenuta» nell'evento condizionale. Allo stesso modo, è stata prospettata una ricostruzione per così dire parallela del meccanismo condizionale intrinseco, postulando che l'avverarsi dell'evento condizionale determinerebbe l'irreversibilità della lesione degli interessi già offesi dalla condotta tipica: così, autorevolmente, G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 2006, p. 184; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 152 ss.

<sup>322</sup> Le condizioni obiettive di punibilità *estrinseche* esprimerebbero, pertanto, una valutazione di convenienza allo svolgimento del processo per un *fatto* che è già completo nella sua dimensione offensiva tipica; in termini più incisivi, il legislatore subordina la «rilevanza penale» di un fatto al ricorrere di un elemento, cui è legata l'opportunità *positiva* del processo: così, F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., pp. 594 (nt. 11) e 595. In senso parzialmente diverso T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 403, il quale osserva che «[...] le condizioni obiettive di punibilità «estrinseche» interagiscono con quell'aspetto della prevenzione che si riferisce alla necessità o all'opportunità di accertare la responsabilità e di infliggere la pena [...]».

<sup>323</sup> La soluzione al rapporto tra condizioni obiettive di punibilità estrinseche e condizioni di procedibilità (equidistanza o assorbimento delle prime nelle seconde?) è tema ampiamente esplorato dalla dottrina: tra gli altri, si segnala: A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pp. 182 ss.; P. VIOLANTE, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, in *Ind. Pen.*, 1993, pp. 583 ss. Con specifico riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento, la tesi della sua qualificazione come «condizione di procedibilità» è ad oggi patrocinata, con ampie argomentazioni, da U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim*; esprime, nondimeno, efficaci critiche, M. ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. Pen.*, 1982, pp. 122 ss. Riconduce, invece, le condizioni estrinseche alla categoria processuale della «procedibilità», F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1440 ss. Più in generale, con riferimento all'inquadramento del fenomeno condizionale, si consideri G. NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 184 ss.; ID., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, VII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.; M. ROMANO, *sub Art. 44*, in ID., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; G. MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, pp. 410 ss.; G. CASAROLI, *Commento all'art. 44 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, t. I, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 352 ss.; P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Cedam, Padova, 1992, *passim*; ID., *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del*

Il problema della compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale degli elementi condizionali che, pur marginalmente, incidono sul disvalore complessivo del fatto si è posto in modo significativo a seguito del duplice intervento della Corte costituzionale<sup>324</sup>, con cui si è definitivamente accolto il principio in base al quale «[...] perché l'art. 27, primo comma, Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati»<sup>325</sup>.

---

reato, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, t. II, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 278 ss.

<sup>324</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.; Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, cit.

<sup>325</sup> Questa la massima finale di Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085. Si veda anche Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, in cui è stata affrontata la questione di legittimità costituzionale della previgente fattispecie di «frode fiscale», di cui all'art. 4, n. 7, della legge 7 agosto 1982, n. 516, sollevata per presunta violazione degli articoli 25, 2° co. (*sub specie* vizio di indeterminatezza) e 3 Cost. (disparità di trattamento) in relazione al concetto di «misura rilevante» dell'alterazione della dichiarazione dei redditi. La Corte ha modo di rilevare che l'elemento (*quantitativo*) della «misura rilevante» «in presenza d'un completo significato offensivo tipico del fatto, pur facendo parte della fattispecie in senso ampio (e dovendo anch'essa raggiungere un grado di determinatezza [...], idoneo non a garantire la libertà ma il principio d'uguaglianza) risulta, dunque, estrane[o] alla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto in senso stretto, limitandosi a connotare soltanto la gravità dell'intera fattispecie del delitto in esame. In altre parole: qualsiasi alterazione del risultato della dichiarazione è idonea a frustrare la funzione d'accertamento fiscale ma soltanto allorché la predetta alterazione raggiunga la «misura rilevante» il legislatore ritiene opportuno il concreto intervento punitivo». Viene così a delinarsi la figura delle condizioni obiettive di punibilità *estrinseche*, in quanto del tutto aliene rispetto al contenuto offensivo del «fatto in senso stretto»: la «misura rilevante» dell'alterazione del risultato dichiarativo – conseguente alle condotte infedeli e fraudolente descritte *ex art.* 4, n. 7 – costituisce, secondo la ricostruzione della Corte, un *quid pluris* attraverso il quale il legislatore opera una selezione (di secondo grado) dell'ambito delle frodi punibili. La condotta dichiarativa infedele, dotata di un pur minimo grado di idoneità decettiva, da cui consegue un'alterazione del reddito è già di per sé tipica. Il fatto è integrato nelle sue note tipiche di offensività. La «misura rilevante» dell'alterazione interviene a connotare solo la sua «gravità», «contrassegnando il limite a partire dal quale l'intervento punitivo è ritenuto opportuno». Da qui una conseguenza invero molto significativa: « [...] l'esigenza di determinatezza correlata a tale requisito deve essere stimata tenendo ben conto ch'esso non fonda, e tanto meno esaurisce, il contenuto offensivo del fatto e che da esso il legislatore poteva addirittura prescindere, in linea di principio, limitandosi a sanzionare la condotta simulatoria o dissimulatoria risoltasi nell'alterazione del risultato della dichiarazione». Il principio di determinatezza si atteggia in modo diverso a seconda che l'elemento svolga una funzione costitutiva del modello legale di offesa, tipizzato dal legislatore o, invece, una funzione meramente selettiva di quei *fatti*, già di per sé «meritevoli di pena» - così, testualmente, la Corte – la cui punibilità (in concreto) è subordinata ad un ulteriore valutazione – questa volta di



Si è così argomentata la radicale incompatibilità delle condizioni c.d. «offensive» (incidenti, cioè, sul disvalore oggettivo del fatto), sul presupposto che esse si sottraggono (*ex art. 44 c.p.*) ai coefficienti di rimproverabilità soggettiva (dolo o colpa), dando luogo a residuali ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>326</sup>.

Da questa assunzione di tipo assiologico parte della dottrina ha tratto una più ampia indicazione di ordine dogmatico, negando l'esistenza teoretica della categoria di condizioni obiettive *intrinseche*, così da ridurre l'orizzonte in esame al dualismo tra elementi costitutivi del fatto e condizioni di punibilità estrinseche, rappresentate, queste ultime, da «quegli accadimenti, menzionati in una norma incriminatrice, che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena»<sup>327</sup>: incidenti, cioè, sulla «punibilità in

---

«opportunità politica» - in cui si esprime «l'esigenza effettiva di pena» rispetto al singolo fatto storico. Pertanto, rispetto agli elementi che definiscono il «confine tra il lecito e l'illecito», e incidono in senso costitutivo il disvalore intrinseco del fatto, il principio di determinatezza risponde ad una primaria ed esclusiva esigenza di garanzia della libertà dei singoli. E' la declinazione «forte» del principio di legalità – determinatezza. In relazione, invece, agli elementi condizionanti la punibilità – estranei al nucleo offensivo, e del tutto superflui nel discriminare ciò che è «meritevole di pena» - il principio di determinatezza non è posto « in funzione di garanzia della libertà (assicurata con la previsione di un'offesa dal contenuto tipico «tassativamente» definito) bensì in funzione della parità di trattamento tra gli autori del fatto illecito, la cui «selezione repressiva» non può porsi in contrasto con il principio d'uguaglianza». La ricostruzione del fenomeno condizionale (estrinseco) proposta con la sentenza n. 247/1989, che si pone, d'altra parte, in una linea di continuità con le già ricordate pronunce n. 364 e n. 1085 (v. *supra*) non sembra affatto distante dalle ricorrenti elaborazioni teoriche orientate a qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento come elemento marginale e periferico della fattispecie incriminatrice – e, correlativamente, alieno dal suo nucleo offensivo -, come tale riconducibile alle condizioni obiettive di punibilità estrinseche o proprie (v. *ultra*, nel testo).

<sup>326</sup> Così, S. CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 115. In senso analogo, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, cit., pp. 1403 ss.; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 394 ss.

<sup>327</sup> In tal senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., pp. 376 ss., secondo cui «un ingiustificato ampliamento della gamma delle condizioni obiettive di punibilità è invece operato da quella parte della dottrina che ha coniato il nome di “*condizioni intrinseche* (o *improprie*) di punibilità”, per alludere ad eventi che rendono attuale l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma o ne rappresentano una progressione [...]. Questa formula – soggiungo gli autori – *maschera autentici elementi costitutivi del fatto* [...]. Lo scopo, a volte dichiarato, di questa nuova categoria è quello di assoggettare taluni elementi costitutivi del fatto alla disciplina delle condizioni obiettive di punibilità (che, a norma dell'art. 44 c.p. rilevano obiettivamente) e quindi *sottrarli all'oggetto del dolo* – nei delitti dolosi – o *della colpa* – nei delitti colposi». In senso analogo, recentemente, D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto*

astratto»<sup>328</sup>. La tesi di una radicale incompatibilità tra gli elementi condizionali marginalmente offensivi e il principio di colpevolezza non è tuttavia condivisa da chi<sup>329</sup> ne ha tentato un recupero, nel senso della conformità al principio *ex art. 27 Cost.*, per «adozione» della regola di imputazione soggettiva degli elementi «non insignificanti» del fatto. Più nello specifico, si è proposta l'estensione della regola di imputazione soggettiva a titolo di colpa rispetto a quegli elementi che ineriscono, pur in modo marginale o comunque in via secondaria il nucleo offensivo del tipo: così, «se un nucleo di colpevolezza è richiesto rispetto ad elementi aggravatori di fatti base che già costituiscono reato e sono punibili» - qui il riferimento è, come evidente, ai delitti aggravati dall'evento -, «[...] a maggior ragione deve richiedersi il medesimo requisito con riguardo ad elementi (le *cdp*) [le condizioni obiettive di punibilità offensive, n.d.a.], che pur costituendo offese marginali o secondarie, rendono punibili ed elevano a reato fatti altrimenti – in loro assenza – non punibili e non reato»<sup>330</sup>.

---

*e definizione normo-culturale*, Giappichelli, Torino, p. 17; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 81.

<sup>328</sup> In senso ricognitivo, P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, cit., p. 290.

<sup>329</sup> La tesi è patrocinata in dottrina da F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., pp. 1483 ss.

<sup>330</sup> Così F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., p. 1498. Non è questa la sede per ripercorre compiutamente la tesi proposta dal chiaro autore: rinviando all'opera citata per ulteriori approfondimenti, si ritiene tuttavia di precisare che i presupposti teorici dell'impostazione *ivi* accolta sono due, sinteticamente enunciabili come segue: *a*) le condizioni obiettive di punibilità si «riducono» agli elementi condizionali che espletano una funzione «costitutiva» del tipo, *ivi* inteso, riprendendo importanti contributi della dogmatica tedesca (v. in particolare nt. 251), come «*Unrechtstatbestand*»; in tal senso, gli eventi dedotti nelle condizioni c.d. «offensive» determinano il giudizio di disvalore che il legislatore ha trasfuso nella previsione legale della fattispecie incriminatrice. Viene citato come esempio paradigmatico la fattispecie di cui all'art. 571 c.p. («Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina»): in assenza del «pericolo di una malattia nel corpo o nella mente», il fatto consistente nella condotta abusiva non esprime quel grado di disvalore tipico che il legislatore ha isolato con la norma incriminatrice. In assenza di quell'evento – condizione, l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina può ben costituire un illecito sul piano civile, amministrativo o disciplinare: nondimeno, perché possa corrispondere al giudizio di disvalore del tipo penale, è necessario un *quid pluris* (l'evento – condizione), che segna, d'altra parte, il «passaggio» ad un «*Gesteigertes Unrecht*», un illecito più intenso. *b*) le condizioni c.d. estrinseche, che non esprimono un contenuto offensivo tipizzato «marginale» o «secondario», e dunque non contribuiscono all'essenza materiale dell'illecito, sono estromesse dalla fattispecie sostanziale, in direzione del fenomeno condizionale processuale, *i. e.* le condizioni di procedibilità.

In senso adesivo alla tesi dell'imputazione colposa delle condizioni «offensive», senza tuttavia negare la presenza nell'ordinamento positivo di ipotesi riconducibili alla specie delle condizioni obiettive di punibilità estrinseche, P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Cedam, Padova, 1992, *passim*; ID., *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, cit., pp.

L'esigenza di postulare un nesso di rimproverabilità soggettiva tra l'agente e l'evento – condizione ha trovato un cauto e pur significativo accoglimento in relazione alla fattispecie di cui all'art. 571, 1° co., c.p., che può essere considerata, come noto, paradigmatica del dibattito intorno al fenomeno condizionale: il giudizio di colpevolezza nei confronti del soggetto agente che abbia posto in essere una condotta integrante gli estremi del fatto di cui all'art. 571, 1° co., c.p., da cui sia derivato un «pericolo di malattia nel corpo o nella mente» per il soggetto passivo, deve essere integrato dall'accertamento di un requisito di prevedibilità rispetto a quest'ultimo evento condizionante<sup>331</sup>. Su questo medesimo crinale interpretativo deve essere segnalata un autorevole proposta interpretativa (*de jure condendo*)<sup>332</sup> concernente nello specifico la sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura delle fattispecie «di bancarotta»: una volta ricondotta la dichiarazione di fallimento alle condizioni obiettive di punibilità intrinseche, in quanto elemento essenziale per l'attualizzarsi dell'offesa tipizzata<sup>333</sup>, le perplessità di ordine costituzionale (*ex art. 27 Cost.*) in merito all'imputazione *obiettiva* di questo evento – condizione potrebbero essere superate esigendo «da parte dell'agente [...] la consapevolezza del loro (probabile) verificarsi». Una soluzione che, a sommoso parere di chi scrive, è stata già avanzata, in una prospettiva *de jure condito*, e pur partendo da una collocazione estrinseca della sentenza dichiarativa di fallimento, allorché si è affermato «che non è ipotizzabile un dolo di bancarotta fraudolenta – come dolo [...] di pericolo concreto – se

---

279 ss.; G. P. DE MURO, *Il dolo*, vol. II, *L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 324 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 227; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 618 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 781.

<sup>331</sup> In questo senso, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2004, pp. 462 ss.

<sup>332</sup> Si allude qui alla tesi proposta da F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., pp. 606 – 607 e, in particolare, nt. 3 (p. 607).

<sup>333</sup> Si noti, per inciso, che l'autore summenzionato aderisce ad una ricostruzione processualistica dell'oggettività giuridica del delitto di bancarotta fraudolenta: sicché, il sopravvenire della dichiarazione di fallimento «attualizza» l'interesse processuale «all'attuazione dei fini delle procedure concorsuali». Interesse che è già potenzialmente leso dalle condotte di bancarotta poste in essere nella fase prossima o di poco anteriore della zona «di rischio penale»: cioè, nel momento in cui già sussiste una situazione sostanziale di insolvenza. Nondimeno, come si tenterà di argomentare, non sembra vi siano ostacoli

anche tale sbocco [il dissesto irreversibile, n.d.a.] non entri, almeno a livello di possibilità [...] nell'orizzonte mentale del debitore»<sup>334</sup>. Il che non significa che ai fini dell'integrazione del coefficiente soggettivo (dolo generico) sia necessario accertare che il soggetto agente abbia previsto il dissesto (si noti: irreversibile!) come conseguenza, anche eventuale, della propria condotta: è sufficiente – e, comunque, *necessario* – che l'imprenditore abbia previsto l'eventualità del contesto, dello «scenario» del dissesto, perché è in questo che il «pericolo» per l'interesse patrimoniale dei creditori<sup>335</sup>, espresso in potenza dal fatto posto in essere, si consolida in danno, cioè in un *deficit* di attivo fallimentare rispetto alle pretese creditorie convergenti sull'impresa fallita. La «vicinanza» delle due prospettazioni richiamate è un dato che merita singolare attenzione. Invero, nonostante non si possa trascurare la diversa concezione dell'oggettività giuridica del delitto in esame che caratterizza le due impostazioni, ragionando sul piano della struttura della fattispecie, entrambe convergono nel segnalare l'esigenza di una maggiore coesione tra due momenti – anche cronologicamente distanti – in cui si concretizza il disvalore espresso dal tipo legale descritto dalla norma incriminatrice.

Nel primo caso, il sopraggiungere del fallimento – in senso formale – realizza l'offesa, contenuta in potenza nella condotta (per ipotesi) distrattiva: vi è, infatti, omogeneità qualitativa tra i due momenti lesivi e, data l'irrelevanza di ogni nesso causale, la prefigurazione da parte del soggetto agente della possibilità del fallimento – come «attualità» della lesione espressa in potenza dalla condotta – garantisce un maggior grado di aderenza della fattispecie al principio di personalità della responsabilità

---

<sup>334</sup> Così, C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito.*, cit., p. 512; nello stesso senso, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 869, ove ancor più chiaramente si legge che «all'oggetto del dolo, a norma dell'art. 44 c.p., è estranea la dichiarazione di fallimento, condizione obiettiva di punibilità [...]: non esclude il dolo l'erroneo convincimento di riuscire ad evitare il fallimento (grazie al soccorso di parenti o amici, alla desistenza di creditori, a interventi pubblici). Ma la consapevolezza del pericolo per i creditori non può prescindere da una previsione del dissesto per lo meno come sbocco eventuale (magari remoto, ma non meramente teorico): perché solo in una cornice di dissesto la provocata insufficienza della garanzia patrimoniale si risolve nell'impossibilità di soddisfacimento integrale delle passività».

<sup>335</sup> ...alla conservazione del *valore economico* della garanzia patrimoniale, in funzione del soddisfacimento coattivo delle loro pretese creditore.

penale. Si noti, peraltro, che l'autonomia delle condizioni obiettive di punibilità intrinseche dal principio «*nullum crimen sine culpa*» è stata argomentata, come si vedrà più oltre<sup>336</sup>, in ragione della loro funzione limitativa dell'area della punibilità per un fatto di reato di per sé già «meritevole di pena». Si aggiunga, inoltre, che la dottrina cui si deve l'idea della dichiarazione di fallimento come elemento inerente al contenuto offensivo del fatto non sembra pervenire, neanche in prospettiva *de jure condendo*, a postulare un coefficiente soggettivo in relazione all'evento condizionante, in forza, si potrebbe ipotizzare, della funzione limitativa della punibilità che il legislatore, attraverso la formulazione in termini condizionali della norma incriminatrice, ha inteso attribuire all'elemento condizionante<sup>337</sup>.

Tuttavia, ciò che qui interessa evidenziare è il punto di contatto in direzione del quale le due tesi paiono convergere; l'interrogativo da porsi per illuminare questo aspetto non può che essere il seguente: per quale ragione si ritiene necessario per affermare la responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta (ad es. *ex art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.*) che il soggetto agente abbia previsto come possibilità – ma non mera ipotesi teorica – il dissesto irreversibile dell'impresa (*rectius*, l'insolvenza, che dà luogo al fallimento in senso formale), *se* la messa in pericolo del bene costituito dalla garanzia patrimoniale si realizza – sul piano oggettivo – in un momento *anteriore* rispetto all'insorgenza della situazione di insolvenza, cioè nel tempo in cui si è realizzata la condotta, dotata di quell'attitudine offensiva tale da integrare il fatto tipico? E ancora, occorre interrogarsi se la segnalata conclusione in punto di elemento soggettivo sia coerente con la costruzione della fattispecie oggettiva in termini di un reato di pericolo concreto<sup>338</sup>. In base alla prima soluzione segnalata, la

---

<sup>336</sup> V. *ultra*, par. 3.

<sup>337</sup> In tal senso, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., pp. 28 ss.

<sup>338</sup> Tra i molti, ci si limita a segnalare C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 971 ss. (e gli ulteriori studi qui richiamati); L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 94 ss.; tra i suoi vari contributi, F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, cit., pp. 4 ss., cui si deve una lettura davvero autentica del pensiero di C. PEDRAZZI.

«copertura» soggettiva dell'evento costituito dalla dichiarazione di fallimento (condizione obiettiva di punibilità *intrinseca*) si giustifica in considerazione del fatto che al verificarsi dell'elemento condizionante si realizza la lesione al bene giuridico su cui è costruito l'illecito penale in esame; viceversa, alla luce della seconda elaborazione, non sembrano emergere, *prima facie*, ragioni che giustifichino un ampliamento del momento intellettuale soggettivo in direzione di uno «scenario» - la crisi irreversibile dell'impresa - che può collocarsi in una fase molto avanzata - in termini temporali - dal momento in cui il soggetto ha posto in essere la condotta tipica e, pertanto, idonea *ex ante* ad integrare la soglia offensiva del pericolo concreto. Le perplessità aumentano, come si specificherà più oltre, nel momento in cui si considera la modalità alternativa di integrazione della condotta tipica delineata dall'art. 216, 1° co., n. 1 («esposizione o riconoscimento di passività inesistenti»): in quest'ultimo caso, è la norma a richiedere testualmente un'asimmetria tra il momento soggettivo e quello oggettivo, cioè il dolo specifico di pregiudizio nei confronti dei creditori. Esigenze di coerenza tra il momento intellettuale della rappresentazione e il momento finalistico del pregiudizio impongono che il soggetto agente abbia agito prefigurandosi, come *scopo*, un esito concretamente lesivo consistente nella riduzione delle possibilità di soddisfacimento coattivo dei creditori. Come evidente, però, un pregiudizio così inteso non può che realizzarsi *al momento* dell'insorgenza della situazione di insolvenza, come stato di dissesto non ulteriormente reversibile: lì, in quell'istante, si cristallizza la situazione economico - finanziaria dell'impresa, e si avverte il *deficit* di attivo liquidabile in favore dei creditori. Logica vuole, allora, che il dolo specifico rechi con sé, come substrato o «premessa», la rappresentazione della situazione di insolvenza, quale presupposto del fallimento<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> Nel senso dell'estensione del dolo specifico di pregiudizio ai creditori anche alle ipotesi di cui al n. 1, 1° co., art. 216 l. fall. per le quali *non* è espressamente richiamato, si consideri l'autorevole opinione di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., pp. 131 ss. Lo scopo di arrecare pregiudizio ai creditori, non riducibile alla mera rappresentazione e volontà di determinare un *danno* o un *pericolo* per le ragioni dei creditori (anche *sub specie* di

L'oggetto del dolo generico – in relazione alle ipotesi di «distrazione» - è allora integrato dalla previsione dello «scenario» in cui l'evento di pericolo<sup>340</sup>, determinato dalla condotta, si concretizzerà in una lesione attuale per i creditori. Ciò è sufficiente per segnalare almeno il dubbio di un'implicita incoerenza<sup>341</sup> nel momento in cui la sfera di rappresentazione del soggetto agente viene estesa fino a ricomprendere la possibilità di un «evento» (in senso atecnico) che, stante la tesi qui in esame, non esprime in sé un'inerenza al nucleo offensivo del tipo legale, collocandosi all'esterno del fatto in senso stretto, come condizione obiettiva di punibilità estrinseca, da cui dipende, nel caso concreto, la sua punibilità.

Potrebbe obiettarsi a questo rilievo che tra la rappresentazione della mera eventualità di uno «sbocco fallimentare» (*rectius*, di un dissesto irreversibile) e la prefigurazione della possibilità di fallire (*rectius*, di una

---

accettazione di tale rischio, quindi a titolo di dolo eventuale) – è questa la tesi avanzata in dottrina da L. CONTI (*Diritto penale commerciale*, cit., pp. 170 ss.) – ha l'ulteriore funzione di limitare l'effetto di penalizzazione retrospettiva più volte segnalato, nel senso che il reato potrà dirsi integrato nelle sole ipotesi in cui sarà stata integrata la condotta tipica (es. distrazione) e il soggetto agente abbia agito allo scopo di «sottrarre beni alla garanzia dei creditori» per riservarli a sé o ad altri: si è già detto, però, che un tale scopo «non può sussistere, per la sua natura, se non nei fatti che sono compiuti in previsione della insolvenza, e cioè quando il fallimento si prospetta come probabile per l'autore». Non è questa la sede per un'approfondita disamina di questa conclusione: ci si limita qui a rilevare che dal riconoscimento di un dolo specifico di pregiudizio nei confronti dei creditori, inteso come «scopo di sottrazione di beni propri o dell'impresa alla garanzia patrimoniale» potrebbero discendere ulteriori conseguenze finanche sul piano dell'elemento oggettivo, ove si attribuisca a questo elemento, inserito nella descrizione del fatto tipico, una funzione ulteriormente selettiva rispetto a quella già espletata dagli elementi descrittivi (naturalistici o normativi) previsti dal legislatore. Certo, l'integrazione del momento intellettuale con la rappresentazione della possibilità di insolvenza – come presupposto allo scopo di pregiudizio nei confronti dei creditori – non può che svolgere una funzione limitativa dell'area di rilevanza penale. Nondimeno, si tratta di una «selezione» che è pur sempre fondata sull'accertamento di una componente soggettiva, desumibile in sede probatoria attraverso vari indici, il cui apprezzamento non può che risultare più permeabile a ben conosciute logiche presuntive, tali da determinare la sostanziale obliterazione del contenuto psichico *reale* del criterio di imputazione dolosa. A diverse conclusioni si perviene, invece, valorizzando le implicazioni del dolo specifico nell'ambito della componente *oggettiva* del reato, esigendo, in sintesi, l'accertamento che la condotta sia per le sue concrete modalità di realizzazione univocamente diretta – *rectius*, teleologicamente orientata ed idonea – ad attingere il risultato che il legislatore ha enucleato come ulteriore requisito di selettività del fatto tipico. Prospettiva, questa, che potrebbe contribuire a corroborare – proprio in sede di accertamento processuale – l'univocità oggettiva della condotta di bancarotta (soprattutto nella forma «distrattiva») sulla cui carenza la dottrina ha tradizionalmente insistito. L'univocità *obiettiva* verrebbe così a delimitare ulteriormente lo spettro di applicazione della fattispecie incriminatrice, in ossequio ai principi di determinatezza e offensività. Si avrà modo di tornare su tali aspetti.

<sup>340</sup> Su questi profili strutturali, v. *ultra*, par. 1.

<sup>341</sup> Che sarà ulteriormente sviluppato: v. *ultra*, par. 2.

dichiarazione di fallimento come apertura della procedura concorsuale) intercorra una differenza profonda e sostanziale, che va oltre l'enunciazione meramente verbale, e può formare oggetto di un accertamento in sede probatoria. Il contesto di attività in considerazione, cioè l'impresa, e, correlativamente, gli indici fattuali che al giudice è consentito valorizzare nel procedimento probatorio ai fini dell'accertamento del dolo richiesto dalla fattispecie di bancarotta lasciano residuare diversi dubbi sulla verificabilità (empirica) di una così sottile differenza. Con ciò si vuole affermare che, nello schermo rappresentativo dell'agente, i dati consistenti nella «possibilità» di un infausto esito dell'esercizio dell'impresa (crisi irreversibile) e l'eventualità di fallire (cioè che intervenga l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza) tendono ad una sostanziale equivalenza<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> Si consideri, inoltre, che l'accertamento di questo *ulteriore* oggetto del dolo (prefigurazione della mera eventualità del dissesto irreversibile, *i. e.* insolvenza) è stato prospettato solo da una parte autorevole della dottrina (C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 510 ss.), ed è rimasto isolato, pur tra coloro che ricostruiscono la fattispecie in esame in chiave «patrimoniale», identificando l'offesa tipica nella «lesione o messa in pericolo» della garanzia patrimoniale: si consideri, ad esempio, la posizione di U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 180 ss., che «riduce» il coefficiente soggettivo richiesto dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale alla «consapevolezza di ledere la garanzia patrimoniale», cioè alla rappresentazione e volontà di un evento *naturalistico*, consistente nella «diminuzione della garanzia patrimoniale» (*rectius*, squilibrio economico). Da qui un'importante conseguenza la cui menzione non può essere trascurata: ai fini dell'accertamento del dolo generico di bancarotta fraudolenta non rileva l'erroneo convincimento, pur ragionevolmente fondato (ad es. in base a circostanze favorevoli o a fattori economici congiunturali concretamente prospettati) che l'impresa si sottrarrà al fallimento. Nondimeno, se su questo specifico punto si avverte un'unanimità di vedute da parte degli autori summenzionati, diversa è invece la conclusione in riferimento all'accertamento del profilo rappresentativo avente ad oggetto lo scenario della crisi irreversibile dell'impresa: *quid iuris* nel caso in cui l'imprenditore abbia posta in essere una condotta di depauperamento della garanzia patrimoniale, in un tempo ben distante dall'insorgenza del dissesto irreversibile, senza che una tale prospettiva di crisi irreversibile si sia affacciata sullo «schermo mentale» dell'agente, avendo questo ragionevolmente confidato in un andamento economico – finanziario dell'impresa più che positivo? La conclusione logica sarebbe nel senso di escludere la configurabilità del «dolo di pericolo», richiesto dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta. Siffatta conclusione, tuttavia, viene a confermare la perplessità espresse nel testo (v. *supra*). Al contempo, però, la tesi ha il merito di segnalare la necessità di un più intenso nesso – si potrebbe dire, *psichico* – tra il momento in cui si realizza la condotta tipica, idonea ad ingenerare una concreta probabilità di pericolo per l'interesse creditorio alla conservazione della garanzia patrimoniale, e la fase terminale dell'attività d'impresa, cioè lo stato irreversibile di dissesto. In tal modo, a sommo parere di chi scrive, viene ad essere parzialmente garantita l'esigenza di delimitazione dell'area di punibilità a titolo di bancarotta: escludendo il c.d. «dolo di pericolo» nel caso in cui l'agente abbia agito *senza* la benché minima previsione di un'evoluzione infausta dell'esercizio economico, si guadagna sul piano della componente soggettiva una maggiore prossimità della soglia di rilevanza penale rispetto al dissesto irreversibile, *rectius* l'insolvenza. Rimane tuttavia da spiegare la ragione per cui, nella



---

prospettiva della condizione estrinseca di punibilità, è ritenuta *insufficiente* al fine di affermare la responsabilità penale a titolo di bancarotta, la coscienza e volontà dell'evento di pericolo costituito dalla riduzione del patrimonio sociale *oltre il limite* del valore economico necessario per il soddisfacimento delle obbligazioni contratte. Sia consentita, infine, un'ultima precisazione sul riferimento, frequente sia in dottrina che in giurisprudenza, alla «consapevolezza» e «volontà» di ledere (*rectius*, porre in pericolo) l'interesse dei creditori (cioè, la garanzia patrimoniale) come contenuto in cui si esaurisce il dolo generico del delitto in esame. Non è difficile scorgere in questo generico riferimento il prevalere di una concezione *giuridica* dell'evento, inteso come ulteriore elemento del fatto, concettualmente autonomo dall'evento naturalistico, e identificato nella lesione o messa in pericolo del bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice. Pertanto, il dolo generico viene agevolmente ridotto alla «consapevolezza» di porre in pericolo l'interesse dei creditori, senza ulteriormente approfondire l'interazione tra la struttura del fatto e l'oggetto del dolo, e con la conseguenza di elidere ogni ipotetico spazio di rilevanza all'errore sul fatto *ex art. 47 c.p.* Al di là di ogni rilievo di ordine dogmatico (per i quali, per tutti, G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 417 ss.), i riflessi di questa configurazione estesa dell'oggetto del dolo si avvertono con maggiore significatività, come prevedibile, nella fase processuale di accertamento: nella giurisprudenza in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale si assiste all'adozione di modelli di semplificazione probatoria della struttura del dolo, ritenendo sufficiente, ai fini della piena prova della componente intellettuale e volitiva, la mera «consapevolezza» della rischiosità o pericolosità oggettiva della condotta posta in essere. La mera consapevolezza di aver distratto determinate risorse economiche per finalità estranee alla funzione di garanzia dei creditori è *indizio* sufficiente per inferire che l'imprenditore non solo si è rappresentato l'evento lesivo consistente, secondo una concezione autenticamente patrimoniale, in una «diminuzione della garanzia patrimoniale» (cioè, un'eccedenza tra attività e passività), ma, al contempo, che l'agente si è determinato in funzione della realizzazione di un tale evento (momento volitivo). Si è rilevato criticamente che «[...] la consapevolezza da parte dell'agente (consapevolezza indiziata dalla natura oggettiva del fatto) della pericolosità o rischiosità oggettiva di determinate azioni dimostrerebbe implicitamente che egli ha deciso a favore dell'illecito e ciò basterebbe a giustificare un'imputazione a titolo di dolo» (così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 355 ss.).

La dottrina ha ampiamente esplorato questi moduli presuntivi, che trovano un loro terreno elettivo proprio in ambito penale fallimentare, con peculiare riferimento alla fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, in cui la condotta appare, nelle sue note descrittive, idonea ad esprimere una univocità offensiva, ora sul piano oggettivo, ora sul piano soggettivo, «indiziando», in quest'ultimo caso, la volontà (di cagionare la lesione al bene giuridico) del soggetto agente. Il tema dell'accertamento dell'elemento soggettivo doloso in relazione alle fattispecie c.d. «soggettivamente pregnanti» esula dai limiti di questa trattazione: si rinvia, pertanto, ad attenta dottrina che ha perlustrato ulteriori profili di interferenza tra diritto penale sostanziale e processo, tra cui F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 55 ss.; V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, cit., pp. 167 ss.; G. CERQUETTI, *Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari*, in AA. VV., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 84 ss.; Id., *Il dolo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 314 ss.; M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Jovene, Napoli, 2012, *passim*; S. CANESTRARI, «Rischio di impresa» e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, pp. 550 ss.; M. CATENACCI, *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di "dolo eventuale"*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., pp. 71 ss.

**4. « Con ciò sia cosa che li nomi seguitino le nominate cose». Ancora sulla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento: da «evento del reato» ad «elemento qualificante dell'offesa». Il modello c.d. eziologico.**

Con un'inattesa pronuncia<sup>343</sup> la Corte di Cassazione ha sottoposto ad un'approfondita e consapevole «revisione critica»<sup>344</sup> l'indirizzo interpretativo ormai consolidato in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, e formatosi «per gemmazione da vecchie pronunce e non più approfondito in tempi recenti». L'obiettivo che il collegio dimostra di aver perseguito con questa coraggiosa e ampiamente argomentata sentenza può essere sinteticamente indicato nel tentativo – senza dubbio meritorio – di risolvere l'aporia dogmatica e assiologica, non scevra da consistenti sospetti di incostituzionalità, cui dà luogo l'orientamento tradizionale nel momento in cui si qualifica la sentenza dichiarativa di fallimento come «elemento costitutivo» del reato (*rectius*, del fatto tipico), escludendone, al contempo e in modo reciso, un collegamento eziologico con la condotta tipica e, correlativamente, un nesso psichico con il soggetto agente, cioè un coefficiente di rimproverabilità personale. Si ritiene opportuno ripercorrere, pur in estrema sintesi, i passaggi attraverso i quali il collegio perviene ad una ricostruzione del delitto in esame come una fattispecie causalmente orientata, il cui evento costitutivo deve essere individuato, in conformità ai canoni garantistici di imputazione obiettiva e soggettiva, nella situazione sostanziale di insolvenza.

La Corte sviluppa un ragionamento che ha il pregio formale di una struttura logica sillogistica, nonostante non siano mancate, come si vedrà, acute e condivisibili critiche sul piano della coerenza contenutistica. L'abbrivio del percorso di revisione critica non può non essere la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento

---

<sup>343</sup> Il riferimento è alla c.d. sentenza «*Corvetta*», anche nota come sentenza «*Ravenna Calcio*»: Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit. Per i commenti, v. *retro*, nt. 63.

<sup>344</sup> Così, testualmente, Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit., par. 14. Da qui le ulteriori citazioni nel testo.

costitutivo del reato, in alternativa alla tesi che ritiene di individuare in questo elemento una condizione obiettiva di punibilità del reato. A quest'ultima prospettiva – argomenta la quinta sezione della Suprema Corte – è di ostacolo un rilievo apparentemente insuperabile e, come tale, ribadito costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito: «il fallimento (e cioè l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza dell'imprenditore) compartecipa intrinsecamente della fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore ad una condotta – quella di disposizione dei beni per finalità estranee a quelle proprie dell'impresa – che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante», assumendo semmai rilievo in «campo civile ed amministrativo». Dalla *funzione* qualificante così attribuita alla dichiarazione di fallimento, e preso atto dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 1085/1988, discende per necessità stringente la sua *natura giuridica* di elemento costitutivo del reato. Non può infatti essere trascurato che con la sentenza poc'anzi nominata si è riconosciuto che la «disposizione di cui all'art. 44, in definitiva, costituisce una eccezione ai principi ordinamentali del nostro diritto criminale contenuti negli artt. 40 a 43 del codice (che sono diretta attuazione del principio costituzionale contenuto nell'art. 27, 1° co.)», con la conseguenza che la qualificazione in termini di condizione obiettiva di punibilità «mal si attaglia a quelle fattispecie in cui l'evento, cui è collegata la rilevanza penale della condotta, sia intrinsecamente legato all'interesse protetto ed al disvalore complessivo della fattispecie».

A ben vedere, si è in presenza di un elemento costitutivo e non già di una condizione obiettiva di punibilità propria o estrinseca; si osservi, per inciso, che la Corte accoglie del principio di personalità della responsabilità penale, così come «sviluppato» dalla giurisprudenza costituzionale, una declinazione radicale, tale da escludere dal panorama ricognitivo finanche la mera configurabilità di un elemento, espresso in termini condizionali dalla norma incriminatrice, che esprima una «parte» dell'offesa tipizzata dal legislatore, pur non individuando un requisito costitutivo del fatto in

senso stretto, soggetto ai criteri di imputazione causale e soggettiva prescritti dagli artt. 40, 41 e 43 del codice penale. Si delinea così una stringente corrispondenza biunivoca tra *funzione* e *natura* giuridica degli elementi della fattispecie penale (in senso lato): ad una funzione costitutiva del disvalore penale non può che corrisponde la natura di elemento costitutivo del fatto (in senso stretto), come tale causalmente collegato alla condotta descritta dal legislatore, ed imputato soggettivamente, a titolo di dolo o di colpa (art. 43 c.p.). La prospettiva dogmatica accolta dalla Corte poggia sul radicale dualismo «elemento costitutivo» o «condizioni obiettive di punibilità» (estrinseche), accolto, come si è visto<sup>345</sup>, da parte autorevole della dottrina.

Se è fondato, allora, l'assunto di un rilievo offensivo assorbente del fallimento nella struttura della fattispecie, ne consegue che «non può da un lato ritenersi che qualsiasi atto distrattivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria un qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta e il verificarsi del dissesto». Ribadito l'assunto tradizionale, cioè il fallimento come elemento costitutivo del reato, premessa *minore* del ragionamento sillogistico<sup>346</sup>, la successiva indagine promossa dal giudice di legittimità si

---

<sup>345</sup> V. *retro*, par. 1.1 e 2.

<sup>346</sup> Il sillogismo proposto dalla sentenza è stato così formalizzato da F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 437: a) tutti gli elementi costitutivi del fatto, cronologicamente successivi alla condotta, sono «evento del reato», alla prima causalmente collegati, ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. (premessa maggiore); b) la sentenza dichiarativa del fallimento (*rectius*, lo stato di insolvenza, che ne costituisce il presupposto sostanziale) è elemento costitutivo del fatto, cronologicamente successivo alla condotta (premessa minore); c) la sentenza dichiarativa di fallimento è evento del reato, ed è connessa alla condotta da un nesso eziologico, ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. (conclusione). E' stata rilevata l'intrinseca fragilità di un tale ragionamento, giacché «la premessa minore [...] si riduce a ben vedere in una asserzione tautologica: ciò che deve essere dimostrato (perché la dichiarazione giudiziale di insolvenza sia da ritenere "evento" del reato di bancarotta, ciò che corrisponde al termine medio del sillogismo) non lo è, in quanto l'*explanans* si riduce a mera asserzione non altrimenti motivata». In senso analogo, F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., pp. 15 ss. La conclusione cui perviene la Corte (la sentenza dichiarativa di fallimento è evento del reato, eziologicamente collegato alla condotta tipica) è stata sottoposta ad un serrato esame critico, confutando, gradualmente, gli argomenti addotti dal collegio a

muove in una serrata e, date le premesse, impeccabile critica dell'insegnamento tradizionale, che pur sempre si impernia su quell'opinabile assunto di base. Con un linguaggio per un istante evocativo – se è consentito –, la *par costruens* del percorso (ri)costruttivo della Corte può essere intesa come l'attenta deduzione delle conseguenze, in punto di imputazione giuridico - penale, che dovrebbero derivare dall'attribuzione del *nomen* di «elemento costitutivo» alla sentenza dichiarativa di fallimento<sup>347</sup>, quasi perseverando in quell'adagio per cui «*nomina sunt consequentia rerum*».

In tal senso, può dirsi nitidamente con le parole della Corte che l'«inevitabile conseguenza» che discende dalla qualificazione di «elemento costitutivo» consiste nell'«applicabilità dei principi [...] di cui agli artt. 40, 41, 42, 43 c.p.».

La bancarotta fraudolenta patrimoniale (propria o impropria) è un reato di evento, i cui elementi strutturali tipici si apprezzano nella condotta e nel nesso eziologico che avvince quest'ultima all'evento naturalistico, consistente nell'«insolvenza della società, che trova riconoscimento formale e giuridicamente rilevante nella dichiarazione di fallimento». Poiché il fallimento si pone come conseguenza «esclusiva o concorrente

---

sostegno del modello eziologico delineato. Sussistono, infatti, ostacoli insuperabili alla configurazione dello stato di insolvenza come evento del delitto in esame: *a)* argomento letterale: là dove il legislatore ha inteso punire la causazione dolosa del fallimento, ha richiesto espressamente per l'integrazione del fatto tipico l'efficienza eziologica delle condotte rispetto alla verifica dell'evento; ciò emerge evidente da un raffronto sistematico tra gli artt. 216, 1° co. (e 223, 1° co.) e gli artt. 223, 2° co., n. 1 e 2, l. fall. *b)* argomento sistematico: la Corte ritiene «estensibile» il modello eziologico previsto dal legislatore *ex art. 223, 2° co., l. fall.*, sulla base del rilievo che i due nuclei di fattispecie (bancarotta fraudolenta patrimoniale propria e impropria e bancarotta c.d. societaria) individuano, strutturalmente e in termini di disvalore, due «aree perfettamente sovrapponibili»: solo in questa prospettiva, estendendo il nesso eziologico alle ipotesi di bancarotta c.d. «a – causali» risulterebbe *ragionevole* l'equiparazione sanzionatoria. Ma l'argomento prova troppo, a cominciare dalla pretesa omogeneità offensiva tra i due versanti. Si rinvia, oltre che agli autori summenzionati, al par. 5 del presente contributo.

<sup>347</sup> Si legge, infatti, al par. 12 della sentenza (Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit.) che « [...] ribadito che [il fallimento] entra a pieno titolo nella fattispecie, quale elemento costitutivo, occorre ora approfondire le relazioni che devono sussistere tra la condotta dell'agente e l'evento dissesto, proprio alla luce di quei principi generali in tema di elemento soggettivo ed attribuibilità causale [...]. Tale indagine si rivela necessaria perché fino ad oggi questa Corte, pur affermando che il fallimento è elemento costitutivo del reato di bancarotta, ha però sostanzialmente ritenuto che non sia configurabile quale evento del reato o che configuri un evento *sui generis*, che non necessita di copertura né da parte dell'elemento soggettivo, né con riferimento al nesso causale con la condotta dell'imprenditore».

della condotta distrattiva dell'imprenditore», l'oggetto del dolo si amplia in funzione della comprensione dell'evento e del nesso di causalità che ne rappresenta il criterio di imputazione sul piano obiettivo.

Perché possa affermarsi la responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta è necessario, di conseguenza, che il soggetto agente abbia preveduto e voluto, quanto meno a titolo di dolo eventuale (*ivi* declinato secondo l'ambigua formula dell'«accettazione del rischio») il decorso causale che dalla condotta depauperativa conduce al dissesto irreversibile e l'evento stesso dell'insolvenza, successivamente accertata dal Tribunale fallimentare<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> Sono così rigettate le ricostruzioni, proposte in giurisprudenza, del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale come «reato di mera condotta» o «reato ad evento astratto» (*rectius*, di pericolo astratto): cfr. par. 25 della sentenza più volte richiamata. La dottrina (F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 444 ss.) ha accolto favorevolmente la soluzione adottata dal giudice di legittimità in ordine alla ricostruzione dell'oggetto del dolo, superando l'orientamento giurisprudenziale c.d. tradizionale secondo cui è sufficiente e necessario, ai fini del giudizio di rimproverabilità soggettiva, che il soggetto agente abbia agito nella consapevolezza (e volontà) di porre in essere la condotta tipica descritta *ex art.* 216, 1° co., n. 1. Nella prospettiva del fallimento (in senso sostanziale) come evento costitutivo del reato, l'oggetto del dolo si arricchisce: al giudice compete l'accertamento che l'agente si sia rappresentato e abbia voluto, o, quanto meno, ne abbia accettato il rischio concreto di verifica, la situazione di dissesto (irreversibile), come «conseguenza» della sua azione. Allo stesso modo, «seguendo la prospettiva del reato di pericolo concreto è possibile recuperare i tratti di offensività anche nell'elemento soggettivo, nel quale deve rientrare la possibilità (dolo di pericolo) di un depauperamento patrimoniale cui consegua l'irrealizzabilità delle pretese creditorie [...]. E, con riferimento al dissesto, occorre conseguentemente che entri nell'orizzonte mentale dell'agente come potenziale scenario ricollegabile al proprio operato» (così l'autore poc'anzi menzionato). Le due tesi paiono convergenti in punto di elemento soggettivo: si è così osservato, che «la sentenza in commento è senza dubbio coerente con quest'ultima impostazione in punto di elemento soggettivo». Diversa è, tuttavia, l'impostazione per quanto concerne la struttura oggettiva della fattispecie: nel primo caso, la situazione di insolvenza viene descritta come «evento costitutivo», nel secondo, è qualificata come condizione obiettiva di punibilità, che interviene in relazione ad un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ratificando l'opportunità di «punire» nel caso di specie. La «distanza», da questo angolo visuale, appare incolmabile: eppure, la convergenza di opinioni che si apprezza in funzione dell'arricchimento dell'elemento soggettivo (rappresentazione e volontà della non teorica «possibilità del dissesto irreversibile») sta a segnalare, a sommo parere di chi scrive, l'insufficienza, sotto il profilo della colpevolezza, di una ricostruzione teorica in cui la previsione e volontà dell'evento pericoloso (compromissione della garanzia patrimoniale, *rectius* squilibrio patrimoniale) è del tutto indifferente a quel momento in cui la probabilità di lesione si realizza: il depauperamento della garanzia patrimoniale si cristallizza e si traduce in un minor livello di soddisfacimento delle pretese dei creditori. Sebbene astrattamente condivisibile, l'integrazione così prospettata dell'elemento soggettivo lascia trasparire una sorta di «asimmetria» tra la componente oggettiva e soggettiva: l'oggetto del dolo si amplia in funzione di un elemento (o di un contesto, o di un elemento di contesto, che dir si voglia) che è del tutto estraneo – secondo queste teoriche – al disvalore oggettivo del fatto. Certo: l'asimmetria può essere colmata, affermando, come si vedrà (v. *ultra*, par. 4), che, affinché il fatto integri gli estremi della tipicità, è necessario che gli effetti depauperativi della garanzia patrimoniale, derivanti dalla condotta, «persistano» fino al momento della dichiarazione di

Questa, in estrema sintesi e tralasciando le ulteriori argomentazioni<sup>349</sup>, è la tesi finale prospettata dalla Suprema Corte con la pronuncia «*Ravenna Calcio*»: l'adozione di un modello per così dire «eziologico» di spiegazione della dinamica offensiva tipica del delitto di bancarotta fraudolenta risponderebbe, come sostenuto, ad una prioritaria istanza di conformità ai canoni assiologici di personalità della responsabilità penale<sup>350</sup>. Tra le pur molteplici interpretazioni prospettabili, al giudice spetta l'adesione alla decisione interpretativa conforme alla Costituzione<sup>351</sup>.

---

fallimento, cioè dell'accertamento giudiziale della situazione sostanziale di insolvenza. Il che significa spostare in avanti il *momento* in cui operare il giudizio di sussistenza del pericolo concreto. Da qui alcune perplessità di ordine dogmatico in merito alla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*.

<sup>349</sup> Le ripercorrono in senso critico F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., *passim*; L. TROYER, A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Soc.*, 2013, pp. 335 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., *passim*.

<sup>350</sup> La tesi del fallimento come «evento costitutivo» del reato, causalmente legato alla condotta tipica, trova autorevoli precedenti dottorali: G. BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1938, pp. 304 ss.; R. ROVELLI, *Reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 12 ss. La sentenza «*Ravenna Calcio*» è stata positivamente accolta, pur con posizioni diversificate, da una parte della dottrina: in questo senso, A. LANZI, *Interpretazione giurisprudenziale della bancarotta patrimoniale nel Sistema penale*, cit., pp. 560 ss., che, tuttavia, ritiene preferibile la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità *intrinseca*, recuperando la determinatezza della fattispecie in chiave soggettiva, esigendo che il soggetto agente abbia agito «con la scienza, coscienza e volontà di sottrarre beni alla garanzia dei creditori»: il che presuppone quanto meno la rappresentazione del sopravvenire dello stato di insolvenza e della possibilità della dichiarazione di fallimento (cfr. A. LANZI, *La tutela penale del credito*, cit., pp. 220 ss.). Aderisce all'interpretazione in chiave «causalmente orientata» del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione (propria e impropria) G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, pp. 894 ss. Pur contestandone la ricostruzione in ordine all'elemento oggettivo, si esprime positivamente sulla scelta di valorizzare ed arricchire i presupposti per l'imputazione soggettiva, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 450 ss., evidenziando come l'impostazione accolta dalla sentenza «*Ravenna Calcio*» (previsione e volontà del dissesto irreversibile, come evento del reato) si presenti coerente con la necessaria «rappresentazione» della possibilità di dissesto (non meramente teorica), quale ulteriore oggetto di accertamento nel giudizio di colpevolezza.

<sup>351</sup> La Corte invoca espressamente siffatta tipologia di interpretazione (adeguatrice alla Costituzione) al fine di giustificare la soluzione ermeneutica prospettata: nondimeno, alcuni commentatori (L. TROYER, A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, cit., p. 342) hanno criticamente rilevato come una tale ricostruzione si traduca in un'operazione interpretativa «*contra litteram legis*». A nulla varrebbe, pertanto, il richiamo all'esigenza di selezionare, tra le possibili decisioni interpretative alternative, quella più conforme alla norma costituzionale. Si è sostenuto, esemplificando, che la formulazione letterale della norma non consentirebbe – dato il periodo condizionale né il riferimento testuale alla dichiarazione di fallimento – di trascurare il dato formale del provvedimento giurisdizionale (sentenza dichiarativa di fallimento) in funzione dell'identificazione dell'evento offensivo nello stato di insolvenza (presupposto oggettivo, a carattere sostanziale) che del primo costituisce l'oggetto di accertamento. Parimenti, la formula «se è dichiarato fallito» traccerebbe in modo inequivoco – per il suo

## 5. Il paradigma tipologico del «pericolo concreto». La costruzione della dinamica oggettiva dell'offesa. La sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca.

La rapida rassegna giurisprudenziale finora operata e, in particolare, l'esame delle argomentazioni prospettate nella sentenza «*Ravenna Calcio*» consentono di focalizzare con più precisione le intrinseche debolezze, in termini di tipicità, che affliggono, soprattutto nel suo momento applicativo, la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione. Se si considera, per un istante, l'impostazione c.d. tradizionale accolta dalla giurisprudenza, emerge, lampante, «*un'insanabile contraddizione etica*»<sup>352</sup>, che può essere sintetizzata con l'efficace rilievo secondo cui «[...] un fatto non può diventare illecito per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile [il fallimento, n.d.a.]. Delle due l'una: o l'evento è imputabile, e allora lo si imputa e si risponde per averlo cagionato – condotta *ex ante* pericolosa e dunque idonea a tale effetto – oppure non è imputabile e allora ciò che rende illecita la condotta deve risiedere nel comportamento stesso o nella situazione in cui viene posto in essere *ex ante*, non nel risultato»<sup>353</sup>. In quest'ultima direzione, cioè nel senso di una valorizzazione dell'offensività immanente alle condotte tipiche *ex art. 216, 1° co., n. 1, l. fall. (e 223, 1°*

---

rilevato letterale – un elemento condizionale, sì da rendere l'operazione interpretativa proposta dal giudice di legittimità, in questa sentenza, invero rimasta isolata, come un sovvertimento del significato letterale del documento normativo, in aperta violazione del principio di soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost. Sebbene non sia questa la sede per addentrarsi in una disamina dei rapporti tra principio di legalità e limiti (assiologici) all'attività interpretativa del testo normativo di una disposizione penale, la critica prospettata da questa dottrina sembra provare troppo, giacché, richiamandosi al limite invalicabile della *littera legis*, nonché alla volontà legislativa che è trasfusa nella norma incriminatrice, presuppone che il significato letterale dell'enunciato – peraltro corrispondente alla volontà del legislatore – appaia al giudice e all'interprete «univoco», senza la necessità di ulteriori mediazioni interpretative. Non v'è chi non veda che un simile ricorso all'argomento letterale implichi, anche se in modo inespresso, una retrostante decisione interpretativa in ordine agli elementi testuali vaghi e indefiniti, a sua volta fondata su assunzioni di tipo *dogmatico* suscettibili di essere verificate e opiniate nel discorso scientifico. Può essere addotto, a mo' di conferma di tali perplessità, il quasi unanime consenso che ha raccolto in dottrina l'abbandono del criterio letterale al fine di sceverare, in relazione all'elemento dubbio, le condizioni obiettive di punibilità dagli elementi costitutivi del fatto tipico (v. *retro*, nt. 328).

<sup>352</sup> Così, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari: le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011, pp. 54 ss. (corsivo dell'autore).

<sup>353</sup> Ancora, in modo efficace, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari: le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, cit., p. 54.



co., l. fall.), si è mossa la dottrina<sup>354</sup> che ha proposto ed ampiamente argomentato un'interpretazione della fattispecie in esame in chiave di «pericolo concreto», tentando di sanare i sospetti di illegittimità costituzionale discendenti dalla consolidata tradizione giurisprudenziale. A questa teorica è tempo ora di dedicarsi, isolando le conclusioni più rilevanti sul piano della struttura oggettiva del tipo legale, al fine di verificarne la «distanza», dogmatica e applicativa, da altre elaborazioni teoriche, anche recenti, orientate a recuperare il momento terminale dell'attività d'impresa (il fallimento) nella dinamica offensiva della fattispecie di bancarotta.

La premessa del ragionamento costituisce un dato ormai acquisito: le norme penali fallimentari si inscrivono nella sistematica dei reati contro il patrimonio, in quanto realizzano la tutela di un bene giuridico a contenuto patrimoniale, soggettivamente riferibile ad un gruppo ristretto di soggetti

---

<sup>354</sup> Le premesse, invero imprescindibili, di questo percorso teoretico non possono che essere riconosciute a G. DELITALA, di cui si segnala, tra i suoi diversi studi già citati nel testo: *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ristampato in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 723 ss. Le pionieristiche riflessioni sono state poi approfondite e, in un certo qual senso, portate a compimento in una seconda stagione della normativa penale fallimentare, con l'entrata in vigore degli attuali artt. 216 ss., l. fall., da C. PEDRAZZI, ai cui contributi, tutti qui richiamati, si farà riferimento. La tesi, nel suo contenuto basilare, ha trovato ampio consenso in dottrina, nonostante non siano mancate prospettazioni teoriche e conclusioni diversificate, che meritano attenta considerazione. Solo per citare alcuni autori: L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, cit., *passim*; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., *passim*; C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 1565 ss.; T. PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 686 ss. Più di recente, soprattutto a seguito dell'intervento della Suprema Corte di cassazione, con la sentenza «Ravenna Calcio» (v. *retro*, nt. 348), il dibattito, invero mai sopito, si è nondimeno infittito, e le posizioni della dottrina si rivelano, ad oggi, ancora più diversificate, nonostante la tesi di un'«offensività intrinseca» delle condotte tipiche, declinata come attitudine lesiva, da valutare *ex ante*, permanga come premessa in molte elaborazioni odierne, che ad essa fanno esplicito o implicito riferimento. Letture «autentiche» della proposta interpretativa in esame sono, ad esempio, quelle proposte da F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., pp. 437 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., *passim*. Ad essa aderiscono, G. L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., pp. 337 ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 269 ss. Opta, invece, per un'integrazione della struttura obiettiva della fattispecie, imperniata sull'idoneità lesiva *ex ante* della condotta a produrre una «lesione della garanzia patrimoniale», con un ulteriore elemento del fatto tipico («nesso di rischio»), oggetto di autonomo accertamento, N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., pp. 17 ss., riprendendo la proposta già formulata da M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari: le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, cit., pp. 54 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 142 ss.

(la «categoria» dei creditori<sup>355</sup>), consistente nell'interesse al massimo soddisfacimento (in via coattiva) delle pretese creditorie, vantate nei confronti dell'impresa. Si tratta, come più sopra ribadito, di un modello di tutela del «diritto di credito»<sup>356</sup>, in cui, tuttavia, non assume rilievo l'inadempimento in sé – prospettiva in realtà anacronistica e aliena al sistema penale moderno<sup>357</sup>, bensì quei comportamenti, variamente definiti dalla legislazione penale fallimentare, che determinano una lesione – effettiva o potenziale, ora non rileva – alla garanzia patrimoniale, così come ricostruita alla luce delle univoche indicazioni che provengono dalla disciplina privatistica (artt. 2740, 2741 c.c.).

Occorre comunque precisare le modalità attraverso le quali si concretizza la tutela della «garanzia patrimoniale»: è un'esigenza di *extrema ratio* e sussidiarietà dell'intervento penale ad imporre non solo un coordinamento con la disciplina civilistica dei mezzi di conservazione della responsabilità patrimoniale<sup>358</sup>, ma, soprattutto, ad esigere che la tutela *penale* della garanzia patrimoniale operi nei limiti della necessità concreta. Ciò significa, in base alla ricostruzione in esame, che la garanzia patrimoniale non può che atteggiarsi come un «limite mobile, che varia col continuo variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore», e si rivela solo attraverso una «valutazione concreta e contingente, attenta all'*hic et nunc* dell'impresa»<sup>359</sup>.

La garanzia patrimoniale è quindi un'entità relativa, suscettibile di quantificazione, ed individuata in quel valore economico del patrimonio aziendale che corrisponde, in termini descrittivi, all'esposizione debitoria dell'impresa<sup>360</sup>. Di riflesso, allora, «l'obbligo di conservazione» che grava

---

<sup>355</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., pp. 832 ss.

<sup>356</sup> Di recente sul punto, A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 13 ss.

<sup>357</sup> C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 430.

<sup>358</sup> Coordinamento nel senso di un'autonomia ed indipendenza tra i due modelli di tutela: in tal senso, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 974 ss.

<sup>359</sup> Si consideri ancora C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 991.

<sup>360</sup> Più precisamente, la conservazione della garanzia patrimoniale, così intesa, implica un «equilibrio» tra attività e passività dell'impresa, nel singolo intervallo di tempo preso in considerazione. Questo intervallo di tempo – è importante precisarlo – dovrebbe essere limitato al momento in cui è posta in essere la condotta tipica o si realizza l'evento pericolo (v. *ultra*).

in capo all'imprenditore (individuale o collettivo, il discorso è il medesimo) è «cirscritto ai valori attivi necessari a soddisfare le obbligazioni man mano che giungano a scadenza»<sup>361</sup>. All'obbligo di conservazione corrisponde un limite al potere di disposizione patrimoniale di colui che esercita il potere di gestione dell'impresa: l'esposizione a pericolo della garanzia patrimoniale, cui dà luogo la commissione di un fatto di bancarotta patrimoniale, integra la violazione di quell'obbligo e, specularmente, il

---

Il concetto di «garanzia patrimoniale», se inteso solo come entità estrinseca ed aggredibile, senza ulteriori precisazioni, può essere fuorviante, inducendo l'interprete a considerarne, per così dire, la sola dimensione «statica», «realistica». Per chiarezza, è necessario invece valorizzarne la dimensione valutativa, «dinamica»: la garanzia patrimoniale è (anche e soprattutto) un giudizio sull'equilibrio finanziario dell'impresa, in un dato intervallo temporale, il quale implica la considerazione di una molteplicità di componenti. Le discipline aziendali insegnano che un tale giudizio è suscettibile di variare in funzione dei fattori considerati, dei parametri di valutazione adottati e, soprattutto, dell'intervallo di tempo preso in considerazione (breve, medio e lungo periodo, per intendersi). Il punto più delicato è comprendere se al giudice penale, ai fini di accertare l'idoneità lesiva della condotta (v. *ultra*, nel testo) è richiesta la valutazione dell'equilibrio economico dell'impresa – parametro in cui vi rientrano componenti valutative in merito, ad es., alle future «entrate» dell'impresa, ragionevolmente prospettabili – oppure deve limitarsi alla mera considerazione «contabile» del patrimonio netto (o dell'equilibrio c.d. patrimoniale) in un dato intervallo di tempo. Si tratta, come evidente, di un problema che attiene alla *selezione della base e del momento del giudizio di prognosi postuma*, con un'ulteriore precisazione: più si amplia la prospettiva di valutazione, in funzione di elementi gestionali come la capacità dell'impresa a recuperare mezzi di pagamento o fonti di finanziamento, o in considerazione di passività prossime o meno prossime alla scadenza, più si «aggrava» il contenuto valutativo del giudizio, allontanandosi dall'*hic et nunc* dell'impresa (per tali profili, si veda E. . SANTESSO, *Lezioni di economia aziendale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 215 ss.). E maggiori sono le perplessità che emergono dall'affidare al giudice penale un sindacato così complesso e suscettibile di debordare nella mera discrezionalità. La relazione che il curatore ha l'obbligo di trasmettere al Pubblico ministero (art. 33, 4° co., l. fall.), acquisibile al procedimento penale come «documento» (ai sensi dell'art. 234 c.p.p.), ed utilizzabile nel dibattimento (art. 431, lett. h), anche se avente, in parte, contenuti «dichiarativi», può costituire un efficace strumento di ricognizione sull'organizzazione aziendale, la struttura economico – finanziaria dell'impresa nel tempo anteriore alla dichiarazione di fallimento e, non in ultimo, su fatti posti in essere dall'imprenditore, che potrebbero formare oggetto di approfondimento probatorio, nell'ambito delle indagini preliminari (art. 326 c.p.p.), e successiva imputazione a titolo di bancarotta, anche fraudolenta (art. 405 c.p.p.). Permangono, nondimeno, molteplici e gravi dubbi sia sull'utilizzabilità dibattimentale della relazione del curatore fallimentare, soprattutto nei suoi profili dichiarativi, sia sul valore probatorio, apparentemente *decisivo*, che ad essa il giudice decide di accordare: su tali profili, G. L. SOANA, *La valenza probatoria della relazione del curatore nel processo penale*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, cit., pp. 401 ss. Si condivide inoltre l'acuto rilievo secondo cui «l'insidia dei processi per bancarotta – il maggior rischio di iniquità – scaturisce dal clima fallimentare nel quale prendono l'avvio: per lo più sulla traccia della relazione del curatore, cui la legge prescrive (art. 33) un'indagine *causale necessariamente retrospettiva*: donde la tentazione di giudicare col senno di poi, la tendenza a retrodatare inavvertitamente elementi di giudizio e circostanze indizianti» (corsivo aggiunto): così C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 439.

<sup>361</sup> C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 436 ss.

superamento del limite intrinseco al potere di gestione attribuito all'imprenditore.

Tuttavia, questi ultimi rilievi hanno solo una portata «descrittiva»: invero, non paiono autorizzare una ricostruzione del contenuto offensivo del fatto in funzione meramente sanzionatoria di preesistenti obblighi civili - pur giuridicamente fondati - che condurrebbero la fattispecie ad assumere i connotati paradigmatici di reati di «mera trasgressione»<sup>362</sup>, incompatibili, anche per il solo *singolare* spessore del trattamento sanzionatorio, con le basilari istanze di offensività e proporzionalità che informano il diritto penale. La prospettiva di un'oggettività giuridica patrimoniale e, correlativamente, di un parametro su cui «misurare» l'offesa, concreto, tangibile e quantificabile come la «garanzia patrimoniale», garantisce una stringente adesione al canone di necessaria offensività della fattispecie incriminatrice, fugando il rischio di una «formalizzazione» del profilo offensivo del fatto, che potrebbe derivare da una concezione normativizzante del tipo criminoso. Esito, quest'ultimo, che si è avuto modo di ravvisare in quegli orientamenti teorici, non privi di opinabili riflessi applicativi, volti a radicalizzare i contenuti normativi del fatto tipico, ascrivendo la bancarotta fraudolenta patrimoniale al modello dei reati di infedeltà<sup>363</sup>. Questa operazione, a ben guardare, presuppone l'enucleazione di impliciti ed indefiniti «obblighi di fedeltà», che traducono, in forma speculare e descrittiva, il contenuto del precetto penale nel «divieto di non ledere la garanzia patrimoniale». La conseguenza è evidente: il bene giuridico *reale*, attraverso l'ipostatizzazione di questi

---

<sup>362</sup> A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 41 ss.

<sup>363</sup> E' ad esempio la soluzione proposta da U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim*, il cui retroterra dogmatico è stato già individuato nell'implicita adesione alla teorica del reato proprio come «*Sondernorm*». L'autore postula che la qualifica soggettiva propria (imprenditore commerciale soggetto al fallimento, ex art. 1 l. fall.) eserciti un ruolo preminente, quasi esclusivo, nell'individuazione del bene giuridico tutelato e, conseguentemente, nella definizione del nucleo tipologico del fatto: non solo la qualifica soggettiva si pone come *Handlungsmerkmal*, necessario oggetto di rappresentazione da parte dell'agente, ma da essa discenderebbe impliciti «obblighi» in capo all'imprenditore, sulla cui violazione viene a fondarsi un prevalente disvalore di azione, con la conseguenza di marginalizzare il momento effettuale della lesione all'interesse patrimoniale dei creditori.

obblighi retrostanti, si candida generosamente, nel momento applicativo, a quel processo di «formalizzazione» cui poc' anzi si faceva riferimento.

Del tutto diversa è invece la teorica della bancarotta fraudolenta come reato di pericolo concreto: questa guarda alla concretezza ed attualità dell'offesa, e ne indaga, come si vedrà, il momento *effettuale*.

L'interpretazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito attribuisce al fallimento, inteso in senso giuridico – formale, la funzione costitutiva del disvalore complessivo dell'illecito penale fallimentare: in tal senso, sconta la grave obiezione di imputare all'infuori di ogni nesso causale o soggettivo un «fatto» non rimproverabile e «non proprio», con le conseguenze in punto di conformità al principio di cui all'art. 27 Cost<sup>364</sup>. Per evitare che la tipicità si risolva in una «proiezione retrospettiva di un fallimento, magari sopraggiunto ad anni di distanza»<sup>365</sup> dall'atto di disposizione patrimoniale, realizzato dall'imprenditore, è compito dell'interprete interrogare gli elementi descrittivi in cui si compendia la fattispecie astratta, e valorizzarne l'intrinseca ed immanente carica offensiva. Si assiste, pertanto, ad uno spostamento dell'asse teleologico della fattispecie incriminatrice, concentrando il giudizio di disvalore sulle forme modali delle condotte, che non possono essere ridotte a meri schemi astratti, inconferenti in termini di determinatezza, e prive di effettivi connotati lesivi. L'interpretazione teleologica del fatto esige di non limitarsi alla mera ricognizione della terminologia, «solo in apparenza puramente descrittiva», impiegata dal legislatore nella formulazione della norma incriminatrice: «termini come «distrazione» e «dissipazione» sono

---

<sup>364</sup> Con particolare chiarezza, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 836, secondo cui, in base all'orientamento giurisprudenziale contestato, «[...] l'illiceità penale non sarebbe coeva ai fatti di bancarotta, di per sé indifferenti; sarebbe il riverbero di un accadimento successivo, la dichiarazione di fallimento: di un accadimento che, non costituendo un effetto causale delle condotte, non può neppure essere oggetto di rimprovero. Si finisce per dar corpo a un'illiceità non riferibile al soggetto agente, in contrasto col principio costituzionale di personalità della responsabilità penale».

<sup>365</sup> C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1010.

impregnati di una connotazione negativa, che solo un riferimento all'oggettività giuridica consente di esplicitare»<sup>366</sup>.

Ricondotte al paradigma tipologico del pericolo concreto, le condotte tipiche, sia che esse implicino una diminuzione effettiva («distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione») o fittizia («esposizione o riconoscimento di passività inesistenti»)<sup>367</sup>, esprimono una potenzialità lesiva immanente, una pregnanza offensiva rispetto al bene tutelato, che, tuttavia, non oltrepassa lo stadio dell'esposizione a pericolo (concreto)<sup>368</sup> dell'interesse dei creditori al massimo soddisfacimento in via esecutiva delle proprie ragioni patrimoniali. La declinazione del modello legale di offesa nei termini di un'esposizione a pericolo della garanzia patrimoniale – formula sintetica con cui si esprime l'interesse dei creditori alla liquidazione di quella parte di attivo fallimentare che risulti adeguata a soddisfarne le pretese – assicura l'*elasticità* della tutela penale, fugando – almeno negli auspici – il rischio di una penalizzazione retrospettiva di comportamenti economico – gestionali dell'imprenditore che, pur determinando una perdita economica, ipoteticamente consistente, non siano tali da porre «in forse la capienza del patrimonio»<sup>369</sup>. E' una tecnica di tutela astrattamente compatibile con il contesto di attività in cui si inserisce: realizza, infatti, quel necessario temperamento tra l'esercizio del potere di disposizione dell'imprenditore o amministratore e la rilevanza di interessi categoriali, a contenuto patrimoniale, caratteristici della dinamica d'impresa.

A ben guardare, questa può essere definita come la descrizione astratta della dinamica offensiva tipica del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Rimangono da comprendere, alla luce della teorica in esame, le modalità effettuali con cui si realizza il modello fin qui delineato e,

---

<sup>366</sup> Ancora, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 992. Ad un recupero di un'offensività concreta, *immanente* alle condotte tipiche descritte dal legislatore nella norma incriminatrice, militano anche imprescindibili considerazioni in punto di «proporzionalità» della pena al disvalore intrinseco del fatto: così, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 434.

<sup>367</sup> Sui concetti di «diminuzione effettiva» o «fittizia», in modo esaustivo, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 159 ss.

<sup>368</sup> C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 438.

<sup>369</sup> C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 993.

successivamente, i conseguenti rapporti tra la condotta, il pericolo e il fallimento, inteso sia nei termini di un provvedimento giurisdizionale con funzione costitutiva dello stato di insolvenza, sia quale «situazione di impotenza economico patrimoniale idonea a privare l'imprenditore della possibilità di far fronte con mezzi normali ai propri debiti»<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> Così Cass. civ., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 2566, in *Dir. e giust.*, 2015, 11 febbraio. In senso analogo, Cass. civ., sez. VI, 30 ottobre 2014, n. 23111, in *Dejure online*; Cass. civ., sez. VI, 11 luglio 2014, n. 16050, in *Dejure online*; Trib. Cagliari, 31 marzo 2015, n. 56, in *Il Fallimentarista online*, 2015. Si tratta di una definizione ormai consolidata presso la giurisprudenza fallimentare: tuttavia, si rivelano ancora problematiche, soprattutto in sede penale, la delimitazione concettuale della nozione di «dissesto» da quella di insolvenza, nonché i rapporti logico – sistematici tra i due concetti. Il dato normativo e la giurisprudenza offrono univoche indicazioni al fine di operare un'efficace distinzione. L'art. 5, 2° co., l. fall. stabilisce il presupposto obiettivo per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 16, l. fall.: «lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Una volta accertata la sussistenza del requisito soggettivo di fallibilità (art. 1, 2° co., lett. a, b e c), l'imprenditore commerciale (fallibile) è «dichiarato fallito», se versa in stato di insolvenza (art. 5, 1° co., l. fall.). Il Tribunale fallimentare è dunque tenuto a procedere alla dichiarazione di fallimento, allorché sussistano i due requisiti ora richiamati, salvo che l'imprenditore commerciale non avanzi una proposta di concordato preventivo (artt. 160 ss., l. fall.), ovvero presenti i requisiti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (D.lgs. 270/1990). L'art. 5 l. fall. propone una nozione *tecnica* di insolvenza, in quanto riferibile al solo imprenditore commerciale fallibile, di cui all'art. 1 l. fall. A differenza delle altre ipotesi di *insolvenza*, quella concorsuale (o commerciale) è un concetto *dinamico*, che non può essere ridotto alla mera constatazione dell'insufficienza (*hic et nunc*) del patrimonio del debitore alla soddisfazione delle obbligazioni contratte. L'insolvenza commerciale, quale presupposto *oggettivo* necessario per la dichiarazione di fallimento, implica la valutazione della condizione economica e patrimoniale dell'impresa: realtà, invero, caratterizzata, sia sul piano oggettivo che soggettivo, da una struttura organizzativa soggetta a costanti variazioni. Si noti peraltro che il concetto di «insolvenza», accolto dal legislatore all'art. 5 l. fall., non può essere individuato nel mero «fatto» dell'inadempimento, riesumando la nozione di «cessazione dei pagamenti», che ha caratterizzato anche la disciplina penale fallimentare, vigente il codice di commercio. Può considerarsi del tutto superata l'equivalenza tra mero fatto dell'inadempimento e stato di insolvenza, sia sul piano sostanziale, sia sul piano probatorio. Ciò significa che non solo non si può accedere ad un'interpretazione che identifichi lo stato di insolvenza con l'inadempimento di singoli rapporti obbligatori, giacché l'art. 5, 2° co., l. fall. intende riferirsi, per l'appunto, ad una dimensione economico – patrimoniale dell'impresa (cioè ad uno *status*), che può ben esteriorizzarsi («lo stato d'insolvenza *si manifesta* [...]») attraverso un inadempimento anche di una singola obbligazione, ma con tale fatto non può *tout court* identificarsi. Allo stesso modo, sul piano degli *indici di esteriorizzazione* della situazione di insolvenza, i quali assumono funzione probatoria nel procedimento di dichiarazione del fallimento, deve osservarsi che il fatto dell'inadempimento non assume un valore inferenziale *univoco* dello stato di insolvenza. Date queste brevi osservazioni, è agevole comprendere come l'asserita problematicità della nozione di «insolvenza», con i suoi riverberi nella riflessione penalistica in materia di bancarotta, derivi in larga parte dalla difficoltà di separare l'*ubi consistam* dello *stato di insolvenza* dai *fatti* che invece ne rappresentano una sintomatologia tipica, cioè indici dotati di un valore probatorio in funzione dell'accertamento di un tale stato. A ciò si aggiunga, per inciso, che la definizione legislativa di cui all'art. 5, 2° co., l. fall., non implica alcun riferimento all'eziologia dello stato di insolvenza: sono del tutto indifferenti, nella prospettiva della dichiarazione di fallimento, i fattori ipoteticamente dotati di un'efficacia eziologica in direzione dell'insolvenza. La locuzione «stato», impiegata dal legislatore nel descrivere il presupposto oggettivo della

---

dichiarazione di fallimento, ha una forte pregnanza tecnica: descrive una situazione economico – patrimoniale, di tipo qualitativo, da intendersi come il risultato di una valutazione complessa, che si svolge alla luce di elementi sintomatici, che devono trovare una conferma negli ulteriori elementi da cui è possibile inferire le condizioni economiche, finanziarie e monetarie della singola impresa, considerata in prospettiva. In quest'ordine di idee, l'interpretazione prevalente declina il concetto di «insolvenza» come una «situazione di oggettiva impotenza patrimoniale funzionale e non transitoria per la quale l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e del credito necessarie alla propria attività». Una definizione, come evidente, del tutto muta sulle cause che hanno, per ipotesi, condotto ad una tale situazione di organica inidoneità dell'impresa a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni. Non convince del tutto il tentativo, operato da una parte della dottrina penalistica, di descrivere l'insolvenza come un *evento*, sia pure qualitativo, così da distinguerlo dal dissesto, come *evento* invece misurabile, graduabile, suscettibile di integrazioni o riduzioni, ed inquadrabile nel disequilibrio economico, cioè nell'eccedenza delle passività sulle attività. Occorrono infatti almeno due precisazioni perché questa definizione possa risultare compatibile con il dato normativo (art. 5 l. fall.), alla luce delle considerazioni qui svolte. Il dissesto non si identifica con lo stato di insolvenza: il primo, infatti, assume, come parametro, la sola dimensione statica dello squilibrio patrimoniale, nel senso di un'eccedenza del passivo rispetto all'attivo, che può avere carattere reversibile (transitorio) o irreversibile (definitivo). Il dissesto, però, può costituire un «fatto» (o un elemento) da cui desumere con un significativo grado di univocità uno stato di insolvenza. Nondimeno, lo stato di insolvenza può essere desunto da una situazione di assoluta carenza di liquidità dell'impresa, pur a fronte di un cospicuo patrimonio immobiliare, difficilmente realizzabile, a causa della congiuntura del mercato o per altre circostanze esterne, oggetto di valutazione. L'impresa, in quest'ultimo caso, è *in bonis*, e non presenta profili contabili di disequilibrio patrimoniale (dissesto): eppure risulta un'impotenza economico-funzionale a soddisfare i propri impegni, a carattere non transitorio, perché nella valutazione dell'assoluta carenza di liquidità è implicito, ad es., un giudizio sulle concrete ed effettive possibilità di realizzo dei crediti e via dicendo. Da questa prospettiva, «dissesto» e «insolvenza» rappresentano entità *non* identificabili e *non* correlabili in termini causali. Se può sussistere, allora, una situazione di insolvenza senza dissesto (es. carenza assoluta di liquidità), è necessario interrogarsi sulla possibilità che si configuri la situazione inversa: cioè che sussista un dissesto, all'infuori di una situazione di insolvenza. Se per dissesto si intende una mera insufficienza del patrimonio transitoria e reversibile, è ben possibile ipotizzarne la configurabilità a prescindere da una situazione qualificata di insolvenza. Questo disequilibrio patrimoniale è suscettibile di aggravamento quantitativo (aumento della passività) come di reintegrazione. Esprime una pericolosità in rapporto all'interesse dei creditori al soddisfacimento delle proprie pretese creditorie, perché evidenzia un *deficit* dell'attivo rispetto al passivo. Ma non dice ancora nulla sull'inidoneità *definitiva* dell'impresa a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni. Se, invece, per dissesto vuole intendersi una situazione di insufficienza patrimoniale a carattere definitivo, non transitorio, questo «stato» non sembra configurabile all'infuori di una situazione qualificata di insolvenza, di cui una componente prevalente è, per l'appunto, lo squilibrio patrimoniale in cui è incorsa l'impresa per una pluralità di cause. Il dissesto esprime così *la* dimensione quantitativa dello stato di insolvenza, che tuttavia non si riduce ad essa. In quest'ottica, appare coerente la terminologia, sovente impiegata dalla dottrina, che distingue un «dissesto» intermedio e transitorio da un dissesto finale o definitivo, alludendo, in tal'ultimo caso, al solo squilibrio patrimoniale, che *qualifica* lo stato di impotenza organica dell'impresa a far fronte con mezzi ordinari alle obbligazioni contratte. Da qui derivano importanti implicazioni sul piano interpretativo, con riferimento alle ipotesi di causazione dolosa del dissesto (art. 223, 2° co., nn. 1 e 2, l. fall.), causazione colposa, in caso di inosservanza di obblighi di legge (art. 224, n. 2, l. fall.), aggravamento colposo (art. 217, n. 4, l. fall.) e aggravamento *doloso* (artt. 216 e 223, 1° co., l. fall.). Su questi ultimi profili, M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari: le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011, pp. 49 ss., secondo cui le condotte tipiche di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria o impropria (216, 1° co., n. 1 e 223, 1° co., l. fall.) possono rilevare come ipotesi di «aggravamento» meramente quantitativo di un dissesto già esistente al momento della condotta (aumento del passivo), poi sfociato in una situazione qualificata di insolvenza.



Ragionando, ora, in una prospettiva *effettuale*, la tipicità del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (propria o impropria) è scandita attraverso due momenti, cronologicamente ed empiricamente autonomi, in cui si concretizza la dinamica offensiva del fatto tipico. La condotta di distrazione, così come le altre forme modali descritte *ex art. 216, 1° co., n. 1.*, determinano «ciascuna un proprio effetto tipico immediato – «naturalistico» - che si risolve nell'estromissione reale o apparente, totale o parziale [...] di qualche bene dal patrimonio dell'imprenditore»<sup>371</sup>. Un «primo» evento naturalistico può essere allora individuato nella diminuzione reale o fittizia della consistenza patrimoniale dell'impresa; al fine di verificare, in concreto, la sussistenza di un tale effetto tipico della condotta, è del tutto indifferente la natura negoziale o materiale della condotta di espromissione di risorse economiche dal patrimonio aziendale. Ciò che rileva è, invece, che un tale effetto sia *effettivamente* riscontrabile: sicché, l'evento consistente nella «sottrazione di attivo» dalla funzione di garanzia generica cui è vincolato il patrimonio (*ex art. 2740 c.c.*) è configurabile nel caso in cui, ad esempio, l'operazione negoziale posta in essere dall'imprenditore sia tale da ridurre l'attivo patrimoniale, in base ad una valutazione che tenga conto della complessità dei suoi effetti, a cominciare dalla sussistenza di eventuali interessi patrimoniali che l'impresa può ragionevolmente attendere di soddisfare per mezzo di quell'operazione o, ancora, della congruità di un eventuale corrispettivo. L'accertamento del carattere «distrattivo» di una data condotta economico – gestionale dell'imprenditore assume un carattere paradigmatico: lungi dall'aderire ad una ricostruzione formalistica dell'azione tipizzata dal legislatore, esaltando evanescenti criteri di giudizio, come le «finalità aziendali», al giudice compete verificare se, ad esempio, il corrispettivo pattuito dall'imprenditore, a fronte del trasferimento del diritto di proprietà su un bene aziendale o della costituzione di altro diritto reale o comunque economicamente valutabile, risulti congruo, secondo una valutazione

---

<sup>371</sup> Così, C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 501.

globale del rapporto sinallagmatico, oppure risponda ad un interesse patrimoniale dell'impresa.

Al di là dei dubbi, soprattutto di ordine applicativo, che un tale metodo di accertamento evoca, soprattutto se si considera l'estrema discrezionalità che potrebbe caratterizzare la valutazione della corrispettività sostanziale di un determinato rapporto contrattuale, la sussistenza di questo primo evento naturalistico (*i. e.* depauperamento della consistenza patrimoniale dell'impresa) integra *solo* una prima «soglia di offensività» del fatto. Nonostante abbia determinato una riduzione, concretamente stimabile, dell'attivo patrimoniale, la condotta non ha ancora raggiunto quel livello di lesività che è richiesto ai fini dell'integrazione del fatto tipico. Si è così osservato, in modo peraltro condivisibile, che «il primo evento di diminuzione reale o apparente della consistenza patrimoniale non può di per sé considerarsi offensivo, potendo imputarsi anche ad un legittimo esercizio del potere di disposizione inerente alla titolarità del diritto»<sup>372</sup>. L'offensività delle condotte incidenti in negativo sulla consistenza patrimoniale dell'impresa è legata ad un ulteriore evento, anche questo naturalistico, individuabile nella compromissione della garanzia patrimoniale dei creditori. Più precisamente, sempre in base alla prospettiva teorica qui in esame, la condotta di depauperamento patrimoniale assume il carattere della tipicità allorché sia tale da determinare una situazione di disequilibrio patrimoniale. Una situazione che, come si diceva<sup>373</sup>, *non* deve essere identificata nell'insolvenza, quale presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento (art. 5 l. fall.), in quanto consistente nell'eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale. Se l'effetto depauperativo, derivante dalla condotta materiale o negoziale realizzata dall'imprenditore, è tale da attingere la garanzia patrimoniale, si realizza la soglia dell'esposizione a pericolo dell'interesse dei creditori al soddisfacimento delle loro pretese. Sussiste, sul piano effettuale, un pericolo *concreto* per il bene giuridico presidiato dalla norma

---

<sup>372</sup> Ancora C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 503.

<sup>373</sup> *V. retro*, nt. 370.

incriminatrice. Così ricostruita, la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale si profila come un reato di pericolo (concreto), con l'importante precisazione, in realtà non meramente definitoria, che l'evento (costitutivo) è qui identificato nel *pericolo* che si produca, a sua volta, un ulteriore risultato lesivo del bene giuridico protetto, costituito, in tal caso, dall'offesa, attuale e definitiva, dell'interesse patrimoniale dei creditori al pieno soddisfacimento delle loro pretese. La compromissione della garanzia patrimoniale, cioè la «situazione» di dissesto, ancora *reversibile*, determinata dalla condotta incidente sull'attivo patrimoniale, può essere intesa come un «risultato di pericolo [...], assunto ad elemento essenziale del fatto tipico in qualità di evento e dunque di risultato naturalistico della condotta»<sup>374</sup>. Si delinea, così, un «reato di evento di pericolo» o «di evento pericoloso»<sup>375</sup>.

Tracciata, in astratto, la struttura per così dire «bifasica» del fatto tipico, rimane da comprendere il concreto atteggiarsi della garanzia patrimoniale come una soglia mobile di «rilevanza penale», su cui al giudice compete

---

<sup>374</sup> Così, autorevolmente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 246 che, tuttavia, osserva come il “pericolo” costituisca «essenzialmente un *giudizio* probabilistico di relazione più che un dato di consistenza davvero naturalistica», aggiungendo, in modo invero più che condivisibile in relazione alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, che una tale componente naturalistica risulta ancora più «rarefatta» nelle ipotesi in cui anche l'oggetto del pericolo, cioè quell'ulteriore risultato lesivo che radica in sé l'offesa definitiva al bene giuridico, è espresso in termini valutativi. Allo stesso tempo, però, come suggerisce l'autore, l'enucleazione di un «evento di pericolo», come elemento obiettivo che si inserisce nella struttura del fatto tipico, garantisce «il richiamo di circostanze fattuali ulteriori ed aggiuntive rispetto alla mera condotta, [...] sulle quali si deve estendere l'accertamento del giudice». Si vedrà come l'autonomizzazione concettuale di questo elemento di pericolo *dalla* «condotta», che ne rappresenta l'antecedente (naturalistico e cronologico), esplica un'incidenza significativa sia nella ricostruzione della base del giudizio di sussistenza del pericolo, ampliando il contesto delle circostanze che il giudice porrà a fondamento della prognosi di pericolo, sia sul *momento* che il giudice dovrà porre come parametro per la selezione dei «fatti» valorizzabili in sede di accertamento.

<sup>375</sup> La definizione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 210; in senso analogo si orienta N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 211. La posizione dell'ultimo autore ora richiamato si colloca, peraltro, in una più ampia ed approfondita revisione dogmatica della struttura dei reati di pericolo (astratto e concreto), tentando l'enucleazione di un autonomo evento di pericolo, esterno ed autonomo rispetto alla condotta, e da questa causalmente «provocato» (in tal senso, cfr. N. MAZZACUVA, *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990). Nello stesso senso, D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, cit., p. 131, che, evocando implicitamente l'idea del pericolo come «situazione» (*Zustand*), su cui si radica un autonomo momento di disvalore dell'illecito penale (*Erfolgswert*), lo definisce come «uno stato che si verifica nel mondo esterno e che acquista importanza per il suo collegamento con un altro stato non ancora verificatosi».

stimare la concreta lesività del fatto rispetto all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. La garanzia patrimoniale è un concetto di relazione, a contenuto qualitativo, che non può essere ridotto al mero rapporto contabile tra attività e passività dell'impresa (conto economico). L'accertamento concernente la sussistenza dell'evento lesivo (*rectius*, l'esposizione a pericolo dell'interesse patrimoniale del ceto creditorio) implica un ampliamento del quadro gnoseologico disponibile per il giudice: non è sufficiente il mero rilievo algebrico di un'esuberanza del passivo rispetto all'attivo, nonostante quest'ultima sia idonea a tradursi, in sede fallimentare, nella riduzione della «moneta fallimentare» con cui i creditori potranno soddisfarsi, bensì è richiesta la valutazione della situazione patrimoniale contingente in cui versa l'impresa. Il c.d. «fabbisogno di garanzia», sebbene non possa prescindere da un pur esiguo margine di attivo, deve essere colto in una dimensione prospettica, con riferimento agli impegni economici, genericamente intesi, che l'impresa ha assunto, finanche per il futuro prossimo, senza tralasciare la considerazione delle «attività» e delle prospettive favorevoli *ragionevolmente* conseguibili dalla stessa. Il giudizio prognostico di pericolosità<sup>376</sup> esige, in definitiva, la contestualizzazione nella situazione patrimoniale contingente dei parametri in base ai quali è possibile verificare la sussistenza di una probabilità di lesione al bene giuridico. Pertanto, è del tutto coerente con questa impostazione il rilievo preminente che è attribuito, in sede di accertamento, alla circostanza che l'impresa versi in un concomitante «stato di crisi» o, più in generale, in una situazione di preesistente insufficienza della garanzia patrimoniale: appare chiaro, infatti, che in tali circostanze la soglia di offensività concreta, costituita dal fabbisogno di garanzia, tenderà ad assottigliarsi, ampliando, quasi proporzionalmente, l'ambito di significatività offensiva delle condotte di disposizione patrimoniale incidenti sull'attivo. Le situazioni patrimoniali ora descritte, non

---

<sup>376</sup> Più approfonditamente, par. 2.2.

identificabili nello stato di insolvenza<sup>377</sup>, assumono un contenuto particolarmente pregnante nell'ambito del giudizio di pericolo, e contribuiscono come efficaci indicatori di un'ipotetica compromissione della garanzia patrimoniale all'accertamento del profilo lesivo del fatto. Pertanto, costituiscono circostanze concrete valorizzabili in sede processuale, al fine di selezionare il fatto dotato di un'effettiva attitudine lesiva rispetto al bene giuridico di natura patrimoniale; cionondimeno, la rilevanza di queste situazioni obiettive (di crisi o pre-crisi dell'impresa) non consente di affermare che all'infuori di esse, e cioè in una contingenza economico – patrimoniale attualmente e prospetticamente equilibrata non sia configurabile una condotta dotata di quel grado di idoneità lesiva tale da integrare la soglia di tipicità del pericolo concreto. Il parallelismo, sovente proposto in dottrina, tra la presente ricostruzione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (propria e impropria) e le fattispecie incriminatrici, vigenti nell'ordinamento tedesco (§§ 283 ss., *StGB*), ed introdotte con la «prima legge per la lotta contro la criminalità economica» (1. *WiKG*, 1976) deve essere accolto cautamente, per l'assorbente ragione che gli elementi descrittivi che caratterizzano l'ipotesi di cui al § 283, 1° comma, *StGB* («*Bankrott*»), cioè la situazione di «sovraindebitamento» («*Überschuldung*») o l'attuale o imminente incapacità di effettuare pagamenti («*Zahlungsunfähigkeit*»), espletano, nell'economia del fatto tipico, una funzione costitutiva, selezionando, come tipiche, quelle sole condotte che si collocano temporalmente in un contesto economico – gestionale «qualificato», che forma oggetto di accertamento da parte del giudice, in quanto *presupposto* della condotta<sup>378</sup>. Non si tratta, infatti, di meri indici fattuali orientativi, che il giudice *può* ritenere di valorizzare, in chiave selettiva, nell'ambito del giudizio di sussistenza del pericolo concreto, così come, viceversa, accade – o si auspica accada – in relazione

---

<sup>377</sup> Per le ragioni anzidette: v. *retro*, nt. 370.

<sup>378</sup> Diversa è invece la collocazione strutturale nella fattispecie oggettiva delle medesime situazioni economico – patrimoniali nell'ipotesi di cui al 2° comma del § 283, in quanto previste come *evento*, cioè effetto tipico causalmente connesso alle condotte descritte dal legislatore.

alle ipotesi criminose domestiche. La norma incriminatrice (art. 216, 1° co., n.1, l. fall.), nell'odierna formulazione, non sembra autorizzare una soluzione diversa da quella ora prospettata, relegando queste situazioni economicamente significative all'ambito dei parametri che vengono a costituire la *base* del giudizio di idoneità lesiva<sup>379</sup>.

L'assunto finale cui perviene la teorica in esame non può che essere colto nella collocazione periferica – nel senso che ora si chiarirà – che si attribuisce alla sentenza dichiarativa di fallimento e, correlativamente, ai provvedimenti giurisdizionali ad essa *ex lege* equiparati.

Si è detto che le condotte tipiche di bancarotta fraudolenta patrimoniale si caratterizzano per una «carica offensiva» che ne rappresenta il connotato qualificante<sup>380</sup>: questa non si esprime nella forma del *danno*, attuale e concreto, al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, bensì si arresta allo stadio della probabilità di lesione. La norma incriminatrice non richiede, secondo questa lettura, che tra la condotta potenzialmente lesiva della garanzia patrimoniale e il fallimento in senso giuridico - formale sussista un nesso di causalità. Parimenti irrilevante, sul piano giuridico - penale<sup>381</sup>, è l'eventuale efficienza causale delle condotte rispetto alla verifica dello stato di insolvenza, requisito sostanziale della dichiarazione di fallimento. Cionondimeno, lo stato di insolvenza *può* presupporre una situazione economico – patrimoniale di dissesto: quest'ultima costituisce, come noto, un'entità graduabile e, come tale, suscettibile di quantificazione (eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale). Ne consegue che rispetto ad una tale entità può essere valutata la specifica incidenza delle condotte tipiche, nel senso di una causazione o di un aggravamento del dissesto (aumento del passivo). Al momento dell'apertura della procedura concorsuale, lo stato economico – patrimoniale dell'impresa si cristallizza: l'esuberanza del passivo rispetto

---

<sup>379</sup> Per questa ragione non ha trovato adesione in dottrina l'idea, autorevolmente proposta (v. *retro*, cap. II, par. 2.2) di individuare nella situazione qualificata di insolvenza il *presupposto* della condotta di bancarotta fraudolenta prefallimentare.

<sup>380</sup> Così, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1002.

<sup>381</sup> Non può infatti escludersi, sul piano fattuale, che tra la condotta depauperativa della garanzia patrimoniale e il dissesto irreversibile sussista un nesso condizionalistico.

all'attivo si traduce immancabilmente in una lesione (attuale) dell'interesse dei creditori al soddisfacimento in via esecutiva delle proprie pretese patrimoniali.

Il danno patrimoniale, attuale e definitivo, nei confronti dei creditori, cui espressamente si riferisce il 1° co. dell'art. 219 l. fall. (v. *infra*), non può che cogliersi, sul piano cronologico e sostanziale, nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento<sup>382</sup>. In questa prospettiva, il danno, rivelatosi al momento dell'apertura della procedura concorsuale, non è che il sostrato fattuale che esprime la compromissione definitiva ed irreversibile della garanzia patrimoniale. In termini equivalenti, può dirsi che il «danno patrimoniale» (ex art. 219 l. fall.) corrisponde a quella differenza negativa, empiricamente stimabile, tra l'attivo suscettibile di liquidazione concorsuale e le passività cui deve far fronte l'impresa. In base a questa «stima», al giudice compete l'applicabilità delle circostanze aggravanti o attenuanti di cui al 1° e al 3° co. dell'art. 219 l. fall.<sup>383</sup>. La valutazione della «rilevante gravità» o «speciale tenuità» del danno patrimoniale implica la soluzione di un preliminare quesito in ordine all'imputazione oggettiva del pregiudizio al fatto di bancarotta: si richiede al giudice di selezionare quella sola parte del pregiudizio patrimoniale che costituisce il risultato effettivo della condotta tipica. In tal senso, mentre l'accertamento dell'idoneità lesiva della condotta si risolve in un giudizio avente natura prognostica, a base totale (v. *infra*), l'applicazione delle circostanze ad effetto speciale di

---

<sup>382</sup> Diversa è invece la soluzione proposta da U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 462 ss., cui espressamente aderiscono A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 358: il danno patrimoniale di cui all'art. 219 l. fall. non può essere identificato nel «passivo fallimentare», cioè in quella differenza negativa che è obiettivamente riconducibile alla condotta tipica. «Il danno della bancarotta e il passivo fallimentare non hanno alcun *necessario* rapporto fra loro»: così il primo autore ora menzionato. Pertanto, escluso ogni riflesso sostanziale della dichiarazione di fallimento, giacché il danno definitivo e attuale, *rivelatosi* nel fallimento, è del tutto indifferente, l'art. 219, 1° e 3° co. l. fall. non può che essere riferito al «pericolo cui furono esposti gli interessi dei creditori».

<sup>383</sup> Si è così affermato che «il riflesso sostanziale del fallimento non manca di una specifica rilevanza positiva: al momento del fallimento ha riguardo l'art. 219 l. fall., quando assume come circostanze aggravante o attenuante l'entità del danno patrimoniale. Si parla, beninteso, non del danno inerente al fallimento come tale, ma di quello addebitabile alle condotte di bancarotta. Solo, però, al momento della dichiarazione di fallimento è possibile tirare le somme: il danno, attualizzandosi, si fa misurabile»: così C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 999.

cui all'art. 219 l. fall. si fonda, invece, sulla verifica attuale (*non* predittiva) della misura in cui «i fatti di bancarotta [hanno pregiudicato], in termini percentuali, le possibilità di soddisfacimento dei creditori, intaccando la *massa attiva* ripartibile fra i medesimi»<sup>384</sup>. Appare evidente, in base a queste osservazioni, che il danno qui rilevante non può essere dissociato dal contesto concorsuale, cioè da quella fase in cui la probabilità di lesione, espressa dalle condotte tipiche, si attualizza e concretizza. Svolte queste premesse, è necessario affrontare *funditus* il passaggio teorico forse più delicato nella ricostruzione della struttura oggettiva del delitto in esame. Un interrogativo consente efficacemente di focalizzare il tema: qual è il rapporto che deve sussistere, ai fini della tipicità del fatto, tra il pregiudizio potenziale (esposizione a pericolo) e il pregiudizio attuale e concreto all'interesse dei creditori, che si è rivelato a seguito del sopravvenire del fallimento?<sup>385</sup> Un primo orientamento<sup>386</sup> nega recisamente una continuità di tipo eziologico tra i due stadi di lesione ora descritti: è vero, si sostiene, che «il danno dei creditori può farsi coincidere col fallimento, nel senso che parlare di danno sarebbe, prima di quel momento, prematuro»<sup>387</sup>; tuttavia, la tipicità del fatto di bancarotta non si fonda sulla rilevanza dell'eventuale incidenza causale delle condotte sull'*an* o il *quantum* del dissesto. Questo rapporto può sussistere, *de facto*, ma è insignificante sul piano della tipicità

---

<sup>384</sup> C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 935; in senso analogo, L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, cit., p. 355.

<sup>385</sup> Una breve precisazione: il pregiudizio cui nel testo si fa riferimento *non* può essere identificato nello stato di insolvenza, giacché, come dimostrato, questa situazione di impotenza economico – patrimoniale al regolare soddisfacimento delle obbligazioni contratte dall'impresa non solo può essere ingenerata da cause del tutto estranee rispetto alla condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ma, a sua volta, può non presupporre uno squilibrio patrimoniale. Nel primo caso, si consideri l'ipotesi di un fallimento c.d. fiscale, quando lo squilibrio patrimoniale che conduce l'impresa al definitivo collasso, con conseguente declaratoria fallimentare, è fondato in modo prevalente o esclusivo su debiti tributari nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. Per il secondo caso, si può invece fare riferimento alla c.d. crisi di liquidità: l'impresa presenta un equilibrio economico – patrimoniale, ma le attività consistono prevalentemente in risorse non liquide e non di breve realizzo. In entrambe i casi, è ben possibile ipotizzare una condotta di depauperamento della garanzia patrimoniale, che abbia, ad esempio, aggravato il dissesto, determinando un aumento del passivo, nonostante l'insorgenza dell'insolvenza sia del tutto indipendente dal fatto di bancarotta fraudolenta.

<sup>386</sup> E' la soluzione patrocinata da C. PEDRAZZI nel suo primo studio sul tema (*Riflessioni sulla lesività della bancarotta*), successivamente rivisitata (v. *supra*, nel testo), aderendo, almeno parzialmente, alla proposta di C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., pp. 570 ss.

<sup>387</sup> C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1003.



oggettiva; un «danno specificatamente imputabile alla condotta [...] assume rilievo giuridico [...] soltanto come circostanza», ai sensi dell'art. 219, 1° e 3° co., l. fall.

La marginalizzazione, nella struttura del fatto tipico, del pregiudizio concreto ed attuale all'interesse patrimoniale dei creditori ha conseguenze applicative di non poco momento, tanto da aver giustificato, successivamente, un'integrazione in senso «correttivo» della tesi in esame, per il tramite del riconoscimento di una funzione sostanziale condizionante della dichiarazione di fallimento (v. *infra*). Nella sua radicalità, la tesi che nega ogni nesso obiettivo tra la condotta tipica e il dissesto (o il danno patrimoniale definitivo) ha come conseguenza logica e diretta l'affermazione della punibilità di quelle condotte, incidenti sull'attivo patrimoniale ed idonee ad esporre a pericolo (concreto) l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, nonostante, in un momento cronologicamente successivo – e, tuttavia, anteriore al fallimento –, siano intervenuti fatti (es. resipiscenza del debitore) o circostanze oggettive (sopravvenienze attive) capaci di neutralizzare gli effetti pregiudizievoli derivanti dal fatto di bancarotta. E' il caso - limite della c.d. «bancarotta riparata». Di conseguenza, all'irrelevanza di un «ponte» causale tra il fatto di bancarotta e il danno effettivo, cristallizzatosi nel fallimento, consegue la punibilità di una condotta, pur priva, nei suoi *esiti finali*, di un'effettiva incidenza negativa sulle possibilità di soddisfacimento coattivo dei creditori. La tesi si palesa coerente con un modello legale di offesa che realizza un'anticipazione della tutela penale alla soglia del pericolo concreto: sicché, le circostanze o i fatti successivi all'evento di pericolo (compromissione reversibile della garanzia patrimoniale) risultano del tutto estranei dal giudizio prognostico, *ex ante*, sulla sussistenza del pericolo concreto. Da questa prospettiva è inevitabile concludere nel senso dell'estraneità della dichiarazione di fallimento alla struttura del fatto tipico, e, più precisamente, al piano dell'offesa: alla sentenza del Tribunale fallimentare «non può riconoscersi altro ruolo che quello della condizione

di punibilità»<sup>388</sup>, *estrinseca*, la cui funzione sembra ridursi alla mera ratifica della sussistenza di ragioni di opportunità che giustificano l'applicazione della pena<sup>389</sup>.

Si è così osservato, in stretta aderenza a tale soluzione, che «il fallimento, come particolare procedura concorsuale di esecuzione forzata, *non determina l'offesa, ma la rivela e la rende punibile*»<sup>390</sup>. Si profila così

---

<sup>388</sup> C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 1002.

<sup>389</sup> Si è così osservato che «[è] il meccanismo procedurale del fallimento che dà ragione del condizionamento sanzionatorio, rimuovendo le ragioni di opportunità che sconsigliano un automatico intervento repressivo. La dichiarazione di fallimento spossa il fallito, ponendo fine alla vita dell'impresa: viene meno la preoccupazione di evitare all'unità produttiva l'impatto traumatizzante di un sindacato penalistico esteso all'intera conduzione economico – finanziaria, foriero di rischi per un sistema economico fondato sull'iniziativa e per gli stessi creditori; i quali, fino a quando le difficoltà dell'impresa non si dimostrino insuperabili, possono sempre contare su di un soddisfacimento integrale» (così C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1014). In senso analogo, A. PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 583; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., *passim*. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., pp. 13 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., p. 376.

<sup>390</sup> Per tale rilievo, L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, cit., p. 120 (corsivo dell'autore). L'autore si domanda, retoricamente, se «davvero si può ritenere che l'imprenditore il quale, per esempio, ha dissipato in una sera tutto il suo patrimonio al tavolo da gioco o incendiato il suo magazzino in odio ai creditori o trasferito i suoi beni in un paese straniero ove essi non sia raggiungibili per impedire l'esecuzione forzata sui medesimi, non abbia con tali comportamenti posto in pericolo, *in modo attuale e sostanziale*, gli interessi dei portatori di ragioni di credito?». La risposta è evidentemente positiva, nella prospettiva teorica ora in esame. Ma nel caso in cui l'imprenditore, dopo l'improvvido sperpero di risorse economiche, abbia posto in essere una condotta di reintegrazione patrimoniale, quale dovrebbe essere la conclusione? Orbene, una volta ricondotta la sentenza dichiarativa di fallimento alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità *estrinseche*, in quanto mera condizione di applicazione della pena, esterna all'offesa, un'istanza di coerenza impone la punibilità di quel fatto idoneo, già al momento della realizzazione della condotta, a porre in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Si sarebbe di fronte, pertanto, ad un fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e in concreto *punibile*, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento. Sennonché, non sembra questa la conclusione cui perviene l'autore poc'anzi richiamato, almeno con riferimento ai fatti di distrazione ed occultamento già «completati» (*rectius*, perfetti nei loro elementi costitutivi), seguiti da una totale reintegrazione del patrimonio prima della dichiarazione di fallimento. Si invoca, infatti, la necessaria persistenza degli effetti pregiudizievoli per l'interesse patrimoniale dei creditori al momento del fallimento: sicché, nonostante sia intervenuta la sentenza dichiarativa, il fatto, tipico, antiggiuridico e colpevole *non* è punibile, dal momento che «la dichiarazione deve sopravvenire quando la diminuzione patrimoniale è ancora in atto». A ben guardare, richiedere, ai fini della punibilità del fatto di bancarotta (in sé per sé già perfetto *come reato*) la persistenza (cronologica) degli effetti depauperativi della condotta *non* può che significare che al momento della dichiarazione di fallimento deve sussistere quell'evento di danno (attuale e definitivo), al cui verificarsi è subordinata, *ab externo*, la punibilità. Al di là delle perplessità di ordine dogmatico che riguardano, in modo particolare, la compatibilità di una tale funzione «sostanziale» della dichiarazione di fallimento con la sua qualificazione come condizione obiettiva di punibilità *estrinseca* (v. *ultra*), la posizione espressa da L. CONTI presenta ulteriori profili problematici in relazione alla configurabilità del tentativo di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Si consideri l'ipotesi di un imprenditore che ponga in essere atti idonei, diretti in mondo non equivoco a

un elemento condizionale *esterno* al fatto di reato, che non concerne il piano di interessi presidiato dalla norma penale, né le modalità tecniche con cui il legislatore ha congegnato la tutela penale dell'interesse patrimoniale dei creditori al soddisfacimento delle loro pretese. Si rileva, per inciso, che le posizioni ora esposte<sup>391</sup>, salvo divergenze interpretative su punti marginali, si avvicinano tendenzialmente alle conclusioni cui perviene quella dottrina che ha escluso la natura «sostanziale» dell'elemento condizionante costituito dalla sentenza dichiarativa di fallimento<sup>392</sup>, ritenendo di esaurire la tipicità del fatto di bancarotta al solo rilievo della condotta e dell'evento (naturalistico) di «lesione della garanzia patrimoniale» ed escludendo, di conseguenza, qualsivoglia riflesso sostanziale dell'apertura della procedura concorsuale sul piano dell'elemento soggettivo<sup>393</sup> piuttosto che in relazione alla punibilità del fatto di bancarotta c.d. riparata<sup>394</sup>.

Un'altra lettura della relazione tra condotta di bancarotta e pregiudizio definitivo (*nel* fallimento) è comunque prospettabile: vi è da chiedersi,

---

rendere indisponibili e inattuabili determinate risorse economiche, si da esporre, in base alla tesi in esame, ad un pericolo attuale la garanzia patrimoniale dei creditori. Si ipotizzi inoltre che l'attività esecutiva è stata interrotta da una circostanza esterna o dal fatto di un terzo. Successivamente, interviene la dichiarazione di fallimento. Si è sostenuto, rispondendo positivamente al problema, più generale, della configurabilità del tentativo rispetto ai delitti condizionati (sul punto, in senso positivo anche M. ROMANO, *sub* Art. 56, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 599) che in tale ipotesi possa ritenersi integrata l'autonoma fattispecie di tentativo di bancarotta fraudolenta, *ex* artt. 216, 1° co., n. 1, l. fall. e 56 c.p. Diversa è invece la soluzione, come si diceva, nel caso in cui, successivamente al completamento della condotta, il soggetto agente sia intervenuto sanando lo squilibrio patrimoniale. La punibilità *ivi* deriverebbe dall'assenza di effetti lesivi al momento della dichiarazione di fallimento. Vi è da chiedersi, allora, quale sia la ragione che giustifichi un'applicazione «differenziata» del medesimo criterio di persistenza degli effetti lesivi, quale precipitato del meccanismo di condizionamento della punibilità. Non pare infatti che nel primo caso, allorché l'esecuzione dell'azione sia stata interrotta dall'esterno, possano nondimeno ravvisarsi effetti depauperativi persistenti al momento della dichiarazione di fallimento. Eppure, qui si punisce, a titolo di tentativo. Questa aporia logica sottende, a sommo parere di chi scrive, un'aporia dogmatica, che concerne, come si accennava, l'individuazione della funzione sostanziale che l'elemento condizionante (dichiarazione di fallimento, *rectius* accertamento dello stato di insolvenza) svolge nella dinamica offensiva della fattispecie di bancarotta (v. *ultra*).

<sup>391</sup> Si ragiona qui in assenza dei «correttivi» teorici di cui si dirà al par. successivo.

<sup>392</sup> U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., *passim*.

<sup>393</sup> La «prospettiva del fallimento», anche come mera possibilità, è del tutto estranea al momento rappresentativo e volitivo del dolo. Questo si limita agli elementi che, in base all'impostazione dell'autore, compendiano il fatto tipico: la qualifica di imprenditore commerciale, la condotta e l'evento naturalistico che da essa consegue.

<sup>394</sup> Si tornerà in modo specifico sul punto nel paragrafo successivo.

infatti, «che cosa significhi veramente, sul piano dei criteri alla cui stregua si fa capo ad una imputazione per bancarotta, punire l'imprenditore anche se la sua condotta tipica non ha lasciato traccia sulla vita economica dell'impresa»<sup>395</sup>, ad esempio perché, in un momento successivo alla realizzazione dell'atto distrattivo, l'agente ha intrapreso con successo un'attività orientata alla reintegrazione dello stato economico – patrimoniale, neutralizzando così le probabilità di lesione al bene giuridico patrimoniale. In questo caso, ragionando in termini concreti, i creditori non risentiranno dell'effetto depauperativo della condotta di bancarotta: intervenuta la dichiarazione di fallimento, ed accertata l'insolvenza, originata da altre cause del tutto irrilevanti nella prospettiva penalistica (debiti fiscali, crisi di liquidità, e così via), l'attivo, poi liquidabile in sede concorsuale, non risulta, nell'attualità del fallimento, in alcun modo intaccato. In linea di principio, può dirsi che non sussiste un dissesto, specificamente riconducibile alla condotta, ovvero che l'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dall'imprenditore, pur sussistendo una situazione di squilibrio patrimoniale (*al momento* del fallimento), non ha contribuito al suo aggravamento, nel senso di un aumento delle passività.

Stando ad una ricostruzione della fattispecie in chiave di pericolo concreto, il fatto commesso dall'imprenditore, purché abbia determinato l'evento di pericolo, è tipico, ai sensi dell'art. 216 (o 223, 1° co., l. fall.), nonostante la circostanza che l'attivo «sottratto» alla funzione di garanzia sia stato successivamente reintegrato. Diversamente, appare condivisibile la soluzione alternativa, auspicata da autorevole dottrina<sup>396</sup>, rilevando, come premessa, che il superamento di una concezione sintomatica (o «presuntiva») della fattispecie di bancarotta fraudolenta, il cui baricentro di

---

<sup>395</sup> E' questo l'essenziale interrogativo da cui prende abbrivio l'opzione ermeneutica proposta da C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., p. 567.

<sup>396</sup> C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., pp. 567 ss.; E. MEZZASALMA, *L'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1970, pp. 12 ss. Aderisce a tale orientamento anche T. PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, cit., pp. 690 ss., pur intervenendo in ordine all'applicazione dell'amnistia ad un'ipotesi di bancarotta semplice documentale del socio occulto, cui il fallimento è esteso per effetto di una «seconda» sentenza dichiarativa di fallimento.

disvalore viene in definitiva a «poggiare» sullo stato di insolvenza, presuppone il riconoscimento che il fatto di bancarotta «potrà acquistare piena rilevanza penale nella misura in cui, avendo lasciato traccia sulla vita economica dell'impresa, ha fatto sì che al momento dell'apertura della procedura concorsuale si sia venuta a creare una situazione [...] diversa da quella che si sarebbe verificata ove la condotta tipica non fosse stata invece compiuta, e pregiudizievole per gli interessi dei creditori»<sup>397</sup>. Questa «traccia», la cui persistenza al momento della dichiarazione di fallimento è autonomo oggetto di accertamento, non può che costituire il danno patrimoniale irreversibile cui si è più volte fatto riferimento. La sentenza del Tribunale fallimentare svolge, quindi, una funzione *sostanziale* nell'economia della fattispecie penale: l'apertura della procedura concorsuale rappresenta la «modalità cronologica essenziale per la rilevazione in concreto della lesione dell'interesse protetto»<sup>398</sup>.

Acquisita la funzione sostanziale della sentenza dichiarativa del fallimento, è opportuno svolgere alcune considerazioni sulla *struttura* della fattispecie, alla luce di questa proposta interpretativa. La prima necessaria osservazione concerne il rapporto strutturale tra le condotte tipizzate dalla norma incriminatrice e il danno effettivo ai creditori, espresso *nel* (dal) fallimento: questo evento di danno (o di lesione), a carattere ormai irreversibile, è interno al fatto tipico, o ne rimane estraneo, assorbito dal meccanismo condizionale? Il punto è di particolare interesse, perché da esso dipende, in primo luogo, la possibilità teoretica di configurare un tentativo punibile, nei casi, ad esempio, di bancarotta c.d. riparata. Si ipotizzi infatti di configurare il danno effettivo, addebitabile alla condotta, come evento costitutivo del fatto di reato «in senso stretto»<sup>399</sup>. Non

---

<sup>397</sup> Così, C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., p. 568.

<sup>398</sup> Per questo essenziale rilievo, C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., p. 569. Da questo assunto deriva l'esclusione della natura processuale della dichiarazione di fallimento, in quanto questa, «lungo da presentarsi come un semplice limite processuale che presuppone integrata la fattispecie criminosa, concorre, quale suo elemento costitutivo, a definirne gli estremi».

<sup>399</sup> D'altronde, è stato acutamente osservato come un «un certo tipo di rapporto causale fra condotta di bancarotta ed insolvenza [dissesto irreversibile], quantomeno nei confronti delle

sembrano esservi particolari ragioni ostative alla punibilità, a titolo di delitto tentato, eventualmente attenuato *ex art. 56, 4° co., c.p.*, del comportamento dell'imprenditore che, distratte ingenti risorse economiche dall'impresa, prevedendo come possibilità concreta la frustrazione effettiva dell'interesse creditorio al soddisfacimento coattivo, ha poi realizzato una condotta antagonistica, reintegrando l'attivo patrimoniale, poco prima del fallimento, richiesto, ad esempio, dai creditori. E' questa, tuttavia, una mera ipotesi speculativa: cade nel momento stesso in cui si rileva che il nesso eziologico che *può* sussistere tra la condotta e il dissesto non è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, sicché l'elemento «dubbio», di cui occorre precisare la natura, è la sentenza dichiarativa di fallimento. Quest'ultima può infatti intervenire per «cause» del tutto estranee rispetto all'azione tipizzata.

Scartata la prospettiva di individuare in quello «specifico dissesto» - che non si sarebbe verificato, o si sarebbe verificato in un'altra dimensione quantitativa, in assenza della condotta tipica - l'evento lesivo, come effetto tipico risultante dal fatto di bancarotta, rimane l'opzione, più condivisibile, di ascrivere la sentenza dichiarativa alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità. Rimane, tuttavia, da comprendere il significato che assume il «danno patrimoniale» nella fattispecie, quando si afferma che questo, «pur non facendo parte del fatto [tipico], è in ogni caso necessario per la integrazione della fattispecie criminosa e per la conseguente responsabilità penale.»<sup>400</sup>. Da qui deve dedursi che il danno, rivelatosi al momento dell'apertura della procedura concorsuale, non può essere ridotto ad un mero pleonasma, insignificante ai fini della responsabilità penale dell'imprenditore: la sua sussistenza è infatti richiesta nei casi in cui, pur

---

figure che si concretano in una diminuzione patrimoniale reale o fittizia, sia individuabile: stabilito che tale condotta rileva agli effetti della responsabilità penale nella misura in cui abbia arrecato nocumento ai creditori, si dovrà infatti riconoscere che nelle figure predette «l'insolvenza specificamente realizzatasi» è diversa, e più grave, di quella che si sarebbe verificata ove l'imprenditore non avesse posto in essere il comportamento illecito: il che null'altro significa che tale comportamento è concorso a cagionare appunto tale «specifica insolvenza»: in tal senso, C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., p. 570.

<sup>400</sup> C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, cit., p. 571.

essendo la condotta idonea a porre in pericolo l'interesse protetto, l'evento «temuto», oggetto della proiezione probabilistica, *non* si è in concreto verificato. La tipicità si ferma, allora, alla soglia del pericolo di *un* danno che può o meno verificarsi al momento della dichiarazione di fallimento. Al positivo riscontro dell'attitudine lesiva del fatto di bancarotta, corrisponde l'integrazione del fatto tipico. Si ha così un fatto *tipico*, antigiusuridico e colpevole: ma la responsabilità penale per *quel* medesimo fatto non può ancora essere affermata finché, dichiarato il fallimento, non si verifica quell'ulteriore e centrale momento *dell'*offesa tipica che è il pregiudizio irreversibile all'interesse patrimoniale protetto dalla previsione incriminatrice. *Quid iuris* nel caso in cui al fatto, perfetto nei suoi elementi costitutivi, e dunque lesivo, in quanto *pericoloso*, succede una condotta antagonista, capace di neutralizzare il realizzarsi dell'evento *ulteriore*? Alla luce di questa tesi, il fatto mantiene intatta la sua conformità al tipo legale: ma, a ben vedere, l'offesa non si è completata. Si profila, in tal modo, un fatto tipico e, al contempo, «inoffensivo». E si svela così la matrice dogmatica che è sottesa a questa teorica, cioè la concezione realistica dell'offesa, per cui ogni reato deve concretizzare un'offesa penalmente rilevante, senza che sia necessario distinguere tra la messa in pericolo o la lesione dell'interesse tutelato, salvo il caso in cui l'illecito penale presenti una struttura condizionale. Infatti, si è autorevolmente sostenuto che «un evento di pericolo nei confronti di un interesse non esulante dalla fattispecie criminosa può aversi esclusivamente in quelle figure in cui l'effettiva lesione si concreta in una condizione di punibilità, che si presenta quindi come elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito (e non di quest'ultimo)»<sup>401</sup>. Come si vedrà, non sembra necessario aderire ad una lettura «realistica» della dinamica offensiva, postulando un ulteriore elemento di fattispecie (la «lesione attuale dell'interesse protetto») per pervenire ai medesimi e condivisibili risultati sulla struttura del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

---

<sup>401</sup> Così M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 788.

Tralasciando per un istante le considerazioni dogmatiche, ciò che emerge da queste prospettive interpretative è che il «ruolo» (o la *funzione*) della dichiarazione di fallimento non può ridursi a segnalare una mera opportunità di applicazione della pena, del tutto irrelata rispetto al giudizio di disvalore che il legislatore ha «riprodotto» nella formulazione – certo, «imperfetta», e frutto di compromessi teorici e pratici non irrilevanti – della fattispecie incriminatrice. Il che non significa attribuire alla sentenza dichiarativa di fallimento un contenuto di disvalore, di per sé autonomo e, allo stesso tempo, supplementare o aggiuntivo rispetto a quello già espresso dal fatto tipico. Questa obiezione, a ben guardare, dimostra di non considerare il significato che l'elemento condizionale può assumere come modalità tecnica di conformazione del modello legale di offesa. Quando si afferma, come è stato fatto, che la dichiarazione di fallimento «incide» sull'offesa piuttosto che rappresentarne la modalità di «rilevazione cronologica», non sembra doversi concludere nel senso di una consustanzialità di disvalore tra i due elementi, l'offesa e la condizione. Coglie nel segno, e chiarisce la prospettiva quell'autorevole dottrina che ha colto la «diversità della condizione dagli elementi costitutivi del reato» non già nella «natura» o nell'«essenza ontologico – razionale» del fattore condizionante, bensì nella «posizione» e nella «funzione» che ad essa sono state impresse dalla legge, nella «costruzione» del modello legale di offesa<sup>402</sup>. Da qui può trarsi l'indicazione metodologica di considerare la condizione in primo luogo come una «tecnica legislativa» di costruzione della «fattispecie di responsabilità penale», con la conseguenza che la qualificazione dogmatica dell'elemento condizionale deve rispondere ad una prioritaria ed assorbente analisi della *funzione* che siffatto elemento viene ad espletare. Così, anche l'annosa questione della (possibile) e da alcuni negata distinzione tra condizioni obiettive di punibilità estrinseche o intrinseche, proprie o improprie, può essere colta sotto un diverso angolo visuale, dismettendo, almeno per i casi che permangono dubbi – così per la

---

<sup>402</sup> In questo senso e per le citazioni, autorevolmente M. ROMANO, *sub* Art. 44, cit., pp. 476 ss.



fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale – la «tendenza ontologista» ad interrogarsi sulla natura qualitativamente prossima o speculare dell'interesse di cui sono latori gli elementi condizionanti la punibilità, inseriti dal legislatore nella norma incriminatrice. Anzi, si potrebbe sostenere che l'ipotetica eterogeneità o omogeneità dell'interesse che la condizione dovrebbe esprimere non è che un ulteriore elemento di complessità, cioè il risultato di una preliminare diagnosi, imperniata su un criterio sostanziale e teleologico. E' bene precisare, pur nella sua ovvietà, che l'invocato concetto di «funzione» non può che essere inteso alla luce di una sistematica teleologica del reato, e dunque, con prevalente riferimento agli scopi che l'applicazione della pena è tesa ad attuare nell'ordinamento: di conseguenza, deve essere acquisito, come termine costante di raffronto nell'indagine, l'interazione tra elementi condizionanti in varia guisa la punibilità e l'esigenza di prevenzione generale sottesa alla comminatoria edittale<sup>403</sup>.

## **6. Conclusioni e dubbi «iperbolici»: la bancarotta c.d. riparata, la funzione sostanziale e condizionante della dichiarazione di fallimento e la non configurabilità del tentativo attenuato ex art. 56, 4° co., c.p.**

Alla luce di quanto finora detto, l'interpretazione del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto

---

<sup>403</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, cit., pp. 405 ss. Di questa prospettiva, attenta alla funzione limitativa della responsabilità penale che gli elementi condizionali espletano, si fa interprete quella parte della dottrina che ritiene di superare i dubbi di legittimità costituzionale dell'istituto in parola, per violazione del principio di cui all'art. 27, 1° Cost., espressi con particolare riferimento alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità *intrinseche* o *improprie*, le quali, come noto, approfondiscono o attualizzano il livello dell'offesa, già «contenuta» nel fatto in senso stretto, ovvero esprimono una progressione offensiva, in termini quantitativi (o cronologici) o qualitativi. E' stato osservato che «tali condizioni, seppure riflettono un approfondimento del significato offensivo del fatto, sono destinate a ridurre l'area della punibilità, che altrimenti coinciderebbe con l'intera estensione del reato cui accedono. Se d'altra parte il fatto criminoso in senso stretto risulta già offensivo in qualche misura dell'interesse protetto ed è di per sé conforme al divieto di responsabilità oggettiva, non è complessivamente ravvisabile né una violazione del principio di offensività né del principio di personalità»: così, *inter alios*, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, p. 665. Sul punto, si veda anche A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., pp. 190 ss.

(*rectius*, «di evento pericolo») non sembra offrire una spiegazione solida e, soprattutto, coerente con le sue premesse in ordine alla struttura della fattispecie oggettiva, alla «non punibilità» del fatto di bancarotta, idoneo a porre in pericolo l'interesse patrimoniale dei creditori, la cui potenzialità offensiva è successivamente neutralizzata per effetto di condotte di reintegrazione dell'attivo patrimoniale. La giurisprudenza prevalente, come noto<sup>404</sup>, nell'ottica del fallimento in senso giuridico - formale come «elemento costitutivo del reato», la cui qualificazione non è, tuttavia, precisata, risolve queste ipotesi affermando che «*ancorchè* 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»<sup>405</sup>. In una recente e «dotta» pronuncia<sup>406</sup>, il giudice di legittimità, riabilitando l'orientamento tradizionale che identifica nella sentenza del Tribunale fallimentare un «elemento costitutivo del reato», tuttavia non riducibile all'evento del reato, causalmente collegato alla condotta tipica, aderisce espressamente alla teorica della bancarotta come reato di pericolo (concreto), spingendosi fino a prospettare la compatibilità di una tale lettura con la necessità che il *concreto* effetto lesivo dei fatti penalmente rilevanti sia valutato *al momento* della dichiarazione di fallimento. Si è così evidenziato che «[...] le condotte incriminate non sono

---

<sup>404</sup> Si tratta di una giurisprudenza più che consolidata: si rinvia alle sentenze segnalate nei paragrafi precedenti.

<sup>405</sup> Così Cass., sez. V, 27 febbraio 2006, n. 7212, in *C.E.D.*, rv. 233604. Si noti la formula concessiva dell'«*ancorchè*», quasi a suggerire il dubbio che l'interpretazione in chiave di pericolo (concreto) non può giustificare l'ampliamento cronologico del giudizio prognostico fino alle soglie della dichiarazione di fallimento (v. *infra*, nel testo). Ciò implica il riconoscimento alla dichiarazione di fallimento di una funzione «condizionante» che incide sul piano della rilevazione dell'offesa. Nel senso della rilevanza di un'eventuale riequilibrio economico intervenuto *medio tempore* tra la condotta distrattiva e la sentenza dichiarativa del fallimento, si consideri Cass., sez. V, 12 gennaio 2007, n. 533, in *C.E.D.* rv. 235694.

<sup>406</sup> Cass., sez. V, 15 aprile 2015, n. 15613, in *Diritto penale contemporaneo online*, con nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta fraudolenta)*. Di rilievo la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento per cui opta la Suprema Corte nella pronuncia ora richiamata: essa verrebbe a svolgere la funzione di un «elemento qualificante dell'offesa propria del reato».

prive di un autonomo disvalore, anche prima della declaratoria giudiziale», sicché è da ritenere ormai superata la prospettiva del fallimento come elemento che funge da collettore retrospettivo di illiceità dei fatti anteriormente commessi, altrimenti penalmente irrilevanti. Le condotte tipizzate, soggiunge la Corte, presentano un disvalore intrinseco, che deve essere ricostruito in ragione dell'oggettività giuridica patrimoniale: in questa «rinnovata» prospettiva interpretativa, «può dunque ritenersi che il fallimento non determini in maniera *autonoma* l'offesa, ma, per l'appunto, la renda attuale e meritevole di pena»<sup>407</sup>. E aggiunge, in modo – si ritiene – contraddittorio, che l'«esposizione a pericolo dell'interesse dei creditori diviene connotato di tipicità della condotta proprio in ragione della funzione che la dichiarazione di fallimento assume nella struttura della fattispecie»: passaggio che già adombra come la tipicità «offensiva» della fattispecie venga irrimediabilmente a gravitare *nel* momento dell'apertura della procedura esecutiva. L'impressione trova immediata conferma, quando si chiarisce che «l'esito concorsuale va dunque inteso non quale progressione dell'offesa» - e, fin qui, *nulla quaestio*, se al fallimento in sé non si attribuisce un rilievo di disvalore -, «bensì come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta»: così, nuovamente, si «ricade» nella contraddizione logica e dogmatica di traslare la tipicità del fatto *dal* momento in cui la condotta esprime la sua potenzialità lesiva, *sub specie* di pericolo concreto, *al* momento in cui l'oggetto della proiezione di pericolo si è realizzato sotto forma di un danno

---

<sup>407</sup> Cass., sez. V, 15 aprile 2015, n. 15613, cit., p. 98. Lascia peraltro perplessi il riferimento alla «meritevolezza di pena» come connotato ulteriore di un'offesa che si ritiene già autonomamente perfetta, quasi suggerendo che possa esistere un fatto tipico, completo nei suoi elementi, su cui l'ordinamento ha già espresso un autonomo giudizio di disvalore, il quale tuttavia difetti *tout court* del crisma della «meritevolezza di pena». Salvo non voler invocare dottrine «lontane» dal percorso argomentativo seguito dalla Corte, che propongono una più generale rivisitazione della teoria del reato alla luce delle categorie della «meritevolezza di pena» e del «bisogno di penale» (cfr. M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 39 ss.), l'espressione impiegata dal giudice di legittimità tradisce la difficoltà di conciliare l'affermazione secondo cui il fatto è di per sé tipico già allo stadio del pericolo e l'attribuzione alla sentenza dichiarativa di fallimento di un tale ruolo qualificante l'offesa che, stando alle premesse da cui prende abbrivio la sentenza, dovrebbe già risiedere nelle condotte idonee ad esporre a pericolo la garanzia patrimoniale.

effettivo nei confronti dei creditori, il cui interesse al massimo soddisfacimento coattivo risulta *attualmente* frustrato. A nulla vale la precisazione, invero tratatizia, secondo cui «il fallimento non trasforma la bancarotta in reato di danno, giacché lo stesso non costituisce oggetto di rimprovero e non consegue necessariamente alla consumazione delle condotte incriminate, le quali vengono punite *per il solo fatto di aver esposto a pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale* [...]»<sup>408</sup>. D'altronde, quest'ultima osservazione appare superflua, allorché si consideri che lo spostamento del baricentro offensivo al momento della dichiarazione di fallimento non implica affatto, come parrebbe dedursi da quest'ultimo passaggio della Corte, l'identificazione del «danno» nel «fatto» del fallimento o nel suo presupposto sostanziale, che è lo stato di insolvenza.

La sentenza ora passata in (rapida) rassegna si inserisce nel più vasto panorama di pronunce<sup>409</sup> che hanno affrontato in modo esclusivo lo spinoso tema della c.d. «bancarotta riparata»<sup>410</sup>, proponendo una soluzione che, pur condivisibile nell'esito pratico (non punibilità dei fatti di bancarotta, seguiti da condotte di reintegrazione patrimoniale che abbiano «eliso» l'effetto pregiudizievole della garanzia patrimoniale), lascia nondimeno insoddisfatti sul piano dogmatico, per il persistere di alcune criticità che così possono essere sintetizzate: a) incompatibilità tra la ricostruzione del reato in chiave di «pericolo concreto» e la necessaria valutazione degli effetti lesivi al momento della dichiarazione di fallimento, allorché il «danno» (cioè, gli effetti depauperativi persistenti) può o meno essersi verificato: qui si

---

<sup>408</sup> Cass., sez. V, 15 aprile 2015, n. 15613, cit., p. 98.

<sup>409</sup> Di recente, Cass., sez. V, 13 febbraio 2015, n. 6408, in *Diritto penale contemporaneo online*, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata"*, ove si legge: «non integra fatto punibile come bancarotta per distrazione la condotta ancorché fraudolenta, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno inverso, capace di reintegrare il patrimonio della fallita prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura, quantomeno, prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva di fallimento». In senso conforme, Cass., sez. V, 26 gennaio 2006, n. 8521, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pp. 745 ss., con nota di O. ZAMPANO, *Bancarotta «riparata» e principio di offensività*; Cass., sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in *Guida al dir.*, 2007, pp. 59 ss.

<sup>410</sup> In senso ricognitivo, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 62 ss.

apprezza, a ben guardare, un ulteriore aspetto, foriero di perplessità di ordine ancora più generale, quando si qualifica come *tipica* la condotta dotata di un'attitudine lesiva capace di raggiungere il grado del pericolo concreto, per poi negarne la «punibilità» sulla base di un giudizio che ha come oggetto *esclusivo* lo stadio finale dell'offesa all'interesse presidiato dalla norma incriminatrice. Non può escludersi, in linea di principio, che il giudizio di punibilità, relativo ad un fatto tipico, antigiuridico e colpevole (e, dunque, «reato») possa introiettare anche valutazioni relative alla dimensione «quantitativa» dell'offesa (come «quantità che si realizza nel tempo successivo alla condotta»), ma ciò implica una ben chiara e precisa scelta sul piano della qualificazione dell'elemento che svolge siffatta funzione nell'ambito della fattispecie incriminatrice (v. *infra*)<sup>411</sup>. b) In conseguenza del punto or ora segnalato, rimangono invero opache e incerte le ragioni per cui se la tipicità del fatto si ritiene integrata sulla soglia dell'esposizione a pericolo concreto, la condotta di bancarotta, successivamente seguita da comportamenti di reintegrazione della garanzia patrimoniale, non sia punibile, se essa è risultata idonea, al momento della realizzazione della condotta (o dell'evento pericoloso che dir si voglia) ad esporre a pericolo l'interesse patrimoniale dei creditori<sup>412</sup>. c) Permangono, infine, gravi dubbi in merito alla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*, quando la sua funzione sostanziale, come si dirà a breve, si estrinseca nel richiedere la verifica, da parte del giudice, della *permanente* sussistenza dell'attitudine

---

<sup>411</sup> Su questo profilo, autorevolmente M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. II, cit., pp. 1721 ss.; sul rapporto tra offensività (*rectius*, tipicità) del fatto, giudizio di punibilità e dimensione quantitativa dell'offesa, si considerino le lucide osservazioni di S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, t. II, cit., pp. 2078 ss.

<sup>412</sup> Non sembra prospettabile, infatti, spostare in avanti il *momento* in cui operare il giudizio prognostico di pericolo al fine di ampliarne la base gnoseologica per ricomprendervi i fatti e le circostanze di reintegrazione patrimoniale, intervenuti successivamente alla realizzazione della condotta o dell'evento di pericolo. Ciò significherebbe, infatti, «tradire» la funzione di anticipazione della tutela penale che il paradigma del pericolo concreto è chiamato a svolgere, lasciando così coincidere la «base» totale del giudizio con la verifica dell'evento che è oggetto stesso della proiezione di pericolo: in tal senso, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 184 ss.

lesiva (*rectius*, della lesione *attuale*) al momento dell'apertura della procedura concorsuale<sup>413</sup>, tanto da escludere la punibilità di fatti di bancarotta seguiti da comportamenti attivi di resipiscenza: si affaccia il dubbio<sup>414</sup>, tutto da esplorare nei suoi esiti, che l'inquadramento dogmatico della sentenza dichiarativa di fallimento tra le condizioni obiettive di punibilità proprie o estrinseche colga solo un versante – e forse, neanche quello prevalente – della complessiva funzione che un tale elemento svolge nella dinamica dell'offesa delineata dal tipo legale. In altri termini, è l'oggetto stesso del «giudizio di punibilità» cui dà luogo l'operatività del meccanismo di condizionamento a suggerire uno spazio che è rimasto in penombra nell'autorevole riflessione che ha ascritto questo elemento alla *species* delle condizioni estrinseche: a ben guardare, infatti, la necessità che l'effetto lesivo della condotta persista fino al momento in cui il giudice fallimentare accerta, con efficacia costitutiva, lo stato di insolvenza evidenzia un profilo lesivo «ulteriore» rispetto a quello che è già oggetto di un'autonoma qualificazione in termini di tipicità della condotta di bancarotta (esposizione a pericolo dell'interesse tutelato). L'oggetto della proiezione di pericolo (*rectius*, l'evento – lesione) è estraneo al fatto inteso in senso stretto e, nondimeno, ne costituisce un requisito ai fini della punibilità in concreto. Si sostiene, infatti, che la condotta di bancarotta, pur

---

<sup>413</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., pp. 842 ss.

<sup>414</sup> Ma per altri (G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 86-87 e, in part., nt. 70) si tratterebbe di una sincera e pur ragionevole incoerenza da parte di quella dottrina (v. *supra*, nt. 417) che *comunque* esclude la punibilità dei fatti di bancarotta c.d. riparata, pur qualificando la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*. Da tale qualificazione, infatti, e secondo l'autore poc'anzi menzionato, dovrebbe discendere come necessario corollario la punibilità del fatto, in quanto tipico (e lesivo), avendo realizzato l'esposizione a pericolo dell'interesse presidiato dalla norma incriminatrice, rimanendo del tutto irrilevanti, nella prospettiva della tipicità (così come della «punibilità») la circostanza che la probabilità di lesione si sia poi attuata e realizzata al momento del fallimento. Diversamente opinando, sembra suggerire l'autore, si perverrebbe ad un'insanabile contraddizione con l'asserita collocazione *estrinseca* della sentenza del Tribunale fallimentare. Il rilievo critico, già proposto da altra parte della dottrina (A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 63), che arriva ad «intendere» l'esigenza della permanenza della lesione come il riconoscimento del carattere intrinseco alla condizione di punibilità rappresentata dal fallimento, coglie forse nel segno, ma, a sommosso parere di chi scrive, pecca nell'approfondire l'asserita «incoerenza», anziché la *funzione* che il condizionamento potrebbe invero svolgere in relazione alle ipotesi di bancarotta c.d. riparata (v. *supra*, nel testo).

tipica (e dunque lesiva) non può soggiacere all'applicazione della pena<sup>415</sup>, quando intervengono fatti idonei a neutralizzarne la «potenzialità causale» rispetto all'effettiva compromissione della garanzia patrimoniale.

Questo perché – sia consentito aggiungere – la «quantità» (nel tempo) dell'offesa<sup>416</sup> cui il legislatore ha subordinato la concreta applicazione della sanzione penale è posta ad uno stadio successivo dalla mera esposizione a pericolo. Uno «stadio» che non è tuttavia previsto dalla fattispecie legale come «evento costitutivo» e che, al contempo, non può che essere rilevato nel momento terminale dell'attività d'impresa, che è la dichiarazione di fallimento. In questo senso, l'elemento condizionale scandisce nel tempo le «fasi» della dinamica offensiva, consentendo all'imprenditore, fino al limitare ultimo del dissesto irreversibile, di neutralizzare la probabilità di lesione che consegue dalla sua precedente condotta (v. *infra*).

Questa funzione «sostanziale» della dichiarazione di fallimento, riconosciuta anche dalla dottrina orientata nel senso di una condizione obiettiva di punibilità *estrinseca*<sup>417</sup> non sembra, a sommosso parere di chi scrive, riconducibile, almeno in via esclusiva, ad una mera opportunità del punire, legata, ad esempio, all'esigenza di evitare che un intrusivo e penetrante sindacato penalistico possa frustrare l'esercizio dell'attività d'impresa, quando è ancora lontano il dissesto definitivo o la situazione di crisi, già concomitante, è recuperabile<sup>418</sup>. In realtà, anche a voler ragionare in termini di «opportunità», è difficile negare che tale valutazione non filtri da un piano che è consentaneo e prossimo alle esigenze di prevenzione

---

<sup>415</sup> In tal senso, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 506, che osserva: «Il giudizio di pericolosità concreta alla luce della situazione del momento rimane acquisito [al momento dell'evento di pericolo, n.d.a.] e potenzialmente operativo, anche se lo sbocco infausto non segua a breve termine: sappiamo però che a circoscrivere l'area della punibilità interviene il filtro della condizione obiettiva, dalla cui efficacia restano esenti, sebbene in sé tipiche, le condotte la cui pericolosità concreta possa ritenersi riassorbita prima della crisi terminale».

<sup>416</sup> Sulla dimensione «quantitativa» dell'offesa tipizzata, A. MORO, *Unità e pluralità di reati: principi*, Cedam, Padova, 1951, pp. 2 ss.

<sup>417</sup> Escludono questa funzione sostanziale condizionante, ritenendo punibili i fatti di bancarotta, nonostante al momento della dichiarazione di fallimento non permangono effetti lesivi della garanzia patrimoniale, A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 62 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pp. 36 ss.

<sup>418</sup> Critico sul punto, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., p. 77.

generale che il legislatore ha trasfuso nella formulazione della fattispecie incriminatrice o, ancor più precisamente, nel delineare un tipo di offesa che si caratterizza per il modo in cui questa si attualizza nel tempo<sup>419</sup>, attraverso due stadi, l'uno cronologicamente successivo all'altro, senza che quest'ultimo (cioè l'evento terminale) acquisti una funzione costitutiva del fatto tipico.

Queste brevi osservazioni schiudono un sentiero dogmatico da indagare, non privo di ostacoli, forse in parte insormontabili, che si orienta in direzione della qualificazione della sentenza che accerta lo stato di insolvenza come una condizione obiettiva di punibilità intrinseca<sup>420</sup>.

D'altronde, non pare condivisibile il tentativo di superare il modello del reato condizionato fin qui descritto, sul presupposto di «cancellare dal vocabolario penalistico il concetto di *condizione intrinseca* [...]»<sup>421</sup>, così identificando l'evento costitutivo del delitto di bancarotta nella «diminuzione patrimoniale sussistente al momento della dichiarazione di fallimento», con l'ulteriore corollario di inquadrare la sentenza che accerta lo stato di insolvenza in un «elemento costitutivo essenziale o significativo, il cui verificarsi deve costituire oggetto del rimprovero all'autore della condotta», e dunque formare oggetto del dolo.

Al di là delle perplessità di ordine esegetico che una tale opzione interpretativa solleva<sup>422</sup>, il vizio cui essa si espone è il medesimo che in realtà tenta di superare: e questo emerge quando, in relazione alle ipotesi di

---

<sup>419</sup> Sul punto, si rinvia alle lucide osservazioni di T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, cit., p. 405; posizione più di recente ribadita in ID., *Cause di estinzione del reato e della pena*, Corso tenuto presso la Scuola Superiore Sant'Anna, anno accademico 2013/2014, dattiloscritto, p. 34.

<sup>420</sup> In questo senso, si muove l'indagine di A. MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.*, cit., pp. 61 ss., ritenendo la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità intrinseca più compatibile con la lettura della fattispecie in chiave di pericolo concreto. Ritiene, tuttavia, che in conformità al principio di personalità della responsabilità penale, l'elemento condizionale, così ricostruito, debba essere oggetto almeno di un giudizio di prevedibilità, aderendo implicitamente alle teoriche che più in generale si sono orientate nel senso di estendere i criteri di imputazione soggettiva alle condizioni obiettive intrinseche. Diversa, nella premessa in punto di ricostruzione del fatto tipico, è la tesi di A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 101 ss.

<sup>421</sup> Così, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, cit., p. 77.

<sup>422</sup> V. *retro*, Cap. II.



bancarotta c.d. riparata, si evidenzia l'incoerenza di quelle teoriche che concludono nel senso della «non punibilità» (finanche a titolo di tentativo), argomentando dalla funzione sostanziale condizionante riconosciuta alla dichiarazione di fallimento. Se il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale è reato di danno, cui corrisponde, sul piano soggettivo, la previsione e volontà di cagionare, per effetto della propria condotta, la riduzione dell'attivo fallimentare poi liquidabile in funzione del soddisfacimento dei creditori, vi è da chiedersi la ragione per cui, in tal caso, sia da escludere la punibilità a titolo di delitto tentato, attenuato, come evidente, per l'intervento di comportamenti attivi antagonisti che hanno impedito il verificarsi dell'evento di danno.

Questo rilievo illumina un versante della proposta, qui solo tratteggiata nelle sue linee di massima, che, in conclusione, merita comunque di essere richiamato. In astratto, potrebbe infatti ipotizzarsi un'ulteriore spiegazione alla non configurabilità del tentativo attenuato *ex art. 56, 4° co., c.p.*, in relazione a quelle condotte *già* idonee a porre in pericolo l'interesse patrimoniale tutelato dalla norma, e poi seguite da comportamenti attivi antagonisti rispetto alla realizzazione della lesione attuale, sebbene anteriori all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza (e quindi, alla rilevazione del danno). Questa spiegazione risiede nella *funzione* politico criminale che è stata attribuita a questa tecnica di «enucleazione» (o oggettivazione) di un «grado» o di una «parte» dell'offesa: l'ordinamento, si è osservato, mediante il ricorso ad una tale modalità tecnica, «attribuisce rilevanza negativa assoluta, per escludere la punibilità, al *difetto* di verifica dell'evento». In questo modo, «il reo che riesca ad impedirlo, beneficia di un trattamento assai più favorevole che non nell'ipotesi in cui l'evento fosse di natura costitutiva, perché in tal caso la sua condotta antagonista efficace darebbe luogo soltanto all'attenuante del ravvedimento attivo (art. 56, 4° co. c.p.)»<sup>423</sup>. La congruità di questa

---

<sup>423</sup> Così, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, cit., pp. 405-406, che inoltre rileva che «mentre all'agente viene addossato il rischio che l'evento segua incolpevolmente, gli viene anche accordato il vantaggio di una

soluzione rispetto alla conformazione strutturale della fattispecie di bancarotta fraudolenta deve essere attentamente vagliata, non mancando ragionevoli dubbi in merito alla circostanza che pur stante la reintegrazione patrimoniale, comunque la sentenza dichiarativa potrebbe intervenire, sebbene, in tal caso, non sia rilevabile alcun danno addebitabile al fatto di bancarotta<sup>424</sup>. Allo stesso modo, però, può osservarsi come il contesto di attività che la norma incriminatrice prende in considerazione (l'impresa), si presta in modo particolarmente agevole alla tecnica di modulazione della dinamica offensiva ora descritta: ciò che rileva, come si è più volte evidenziato, è il lasso temporale che potrebbe per ipotesi intercorrere tra il compimento della condotta, dotata di un'autonoma attitudine lesiva, e l'evento, enucleato in termini condizionali. Più è ampio questo divario temporale, più la funzione espletata dalle condizioni obiettive di punibilità intrinseche potrebbe risultare efficace e propizia in termini di selettività della fattispecie incriminatrice<sup>425</sup>. Cionondimeno, stante l'attuale formulazione della norma incriminatrice, è tuttavia agevole obiettare che lo stadio terminale della proiezione teleologica di pericolo (cioè il danno attuale e definitivo) non può identificarsi con la sentenza dichiarativa di fallimento, cui *ex tabulas* si riferisce la norma. Un ostacolo, apparentemente insuperabile, che si oppone anche alla funzione «sostanziale» che alcuni ritengono di attribuire all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza: il condizionamento qui si esprime nell'attribuire efficacia escludente della punibilità alla mancata persistenza degli effetti

---

radicale impunità, se riesce a scongiurarlo. Le condizioni «intrinseche» rappresentano così forme di incentivazione indiretta a impedire il livello di offesa cui la legge subordina la punibilità, e a realizzare, sull'estrema soglia della tutela, l'interesse protetto dalla norma». Nel medesimo senso, F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., p. 606.

<sup>424</sup> Nel senso della non punibilità del fatto di bancarotta c.d. riparata, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 42; F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., che così argomenta: «Poiché le precedenti manomissione dei beni (distrazioni, occultamenti ecc.) sono penalmente illecite solo se poi si verifichi il dissesto fallimentare, l'annullamento di esse prima che la condizione si sia avverata, elimina ogni possibilità di configurare il delitto. Non si tratta, dal punto di vista giuridico, di desistenza o pentimento operoso: l'imprenditore non soggiace a pena perché nel momento del fallimento non esiste quella situazione di fatto (diminuzione del patrimonio) che è richiesta per l'incriminabilità a titolo di bancarotta».

<sup>425</sup> In tal senso, T. PADOVANI, *Cause di estinzione del reato e della pena*, Corso tenuto presso la Scuola Superiore Sant'Anna, anno accademico 2013/2014, dattiloscritto, p. 35.

lesivi all'apertura della procedura concorsuale, cioè alla verifica di quel danno che solo la sentenza del Tribunale fallimentare è in grado di rilevare<sup>426</sup>.

---

<sup>426</sup> «Che il fallimento sia, dunque, un elemento attinente al contenuto del reato di bancarotta non può minimamente negarsi: se esso non costituisce l'evento proprio dell'azione delittuosa, è però vero che tale evento (l'offesa al diritto dei creditori) può prodursi solo nello stato di insolvenza o di liquidazione: il reato viene a nascere col fallimento o nel fallimento. Per esso l'offesa ai diritti dei creditori, potenzialmente contenuta nelle precedenti violazioni degli obblighi giuridici imposti al commerciante, diviene *effettiva e rilevante*, per esso ancora è resa possibile la successiva commissione di nuove analoghe trasgressioni: il fallimento è l'ambiente proprio del reato di bancarotta. Ed in questo senso può bene chiamarsi una condizione del reato»: così, autorevolmente, G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., p. 725.



## BIBLIOGRAFIA

- A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 2000, pp. 22-44; ID., *Diritto penale ed attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 24 ss.
- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 5 ss.
- F. ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, pp. 257 ss.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 15 e p. 36.
- F. BAIOLO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012.
- BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum volumen quintum*, Venetiis MDLXXV, *Consilium CCCLXXXII*, n. 1.
- P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo*, Aracne ed., Roma, 2009.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. PISAPIA, Giuffrè, Milano, 1973.
- R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010.
- U. GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, pp. 257 ss., nota a Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502.
- E. BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, Verlag von J. E. B. Mohr, Tübingen, 1906.
- G. BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova, 1966, pp. 986 ss.
- G. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1986, (ed. aggiornata da L. PETTOELLO MANTOVANI).

- G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, pp. 530 ss.
- A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, Cedam, Padova, 1986, pp. 6 ss.; C. PECORRELA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (storia)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967.
- R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G. G. SANDRELLI, *Reati commessi dal fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 2728 ss.
- R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2011.
- R. BRICCHETTI, R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Giuffrè, Milano, 2003.
- F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960.
- A. CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella “opzione penale” con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, pp. 289 ss.
- A. CADOPPI, *Art. 4*, in A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari (Commentario al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61)*, Cedam, Padova, 2002.
- CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. II, *Il reato*, Utet, Torino, 2013.
- I. CARACCIOLI, *Le nuove false comunicazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, pp. 465 ss.
- G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Giappichelli, Torino, 2013.
- M. CATENACCI, *Offensività del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 1443 ss.
- G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 57 ss.
- L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1965.

- L. CONTI, voce *Fallimento (Reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, Torino, 1991.
- F. COPPI, *Osservazioni sui “reati di sospetto” e, in particolare, sul “possesso ingiustificato di valori”*, in *Giur. cost.*, I, 1968, pp. 1708 ss.
- F. 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.*, 8 maggio 2013.
- A. D’AVIRRO, E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Giuffrè, Milano, 2007.
- F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- G. DELITALA, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 124.
- G. DELITALA, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123, ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 755 ss.
- G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp. 111 ss., ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 5 ss.
- G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1926, pp. 437, ss., ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, cit., pp. 703 ss.
- G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, cit., pp. 685 ss.
- T. DELOGU, *Lo strumento nella teoria generale del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 273 ss.
- G. P. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, *L’accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010.
- A. DI AMATO, *Diritto penale dell’impresa*, Giuffrè, Milano, 2011.
- P. DI MARTINO, *The historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants Of institutional Change and structural differences in History of Insolvency and Bankruptcy from an International perspective*, K. GRATZER, D. STIEFEL (a cura di), *History of Insolvency and Bankruptcy: from an International Perspective*, Huddinge, 2008, pp. 263-279.
- M. DONINI, *Teoria del reato. Un’introduzione*, Cedam, Padova, 1996.

- G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2011.
- G. A. DE FRANCESCO – C. PIEMONTESE – E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, 2010.
- G. A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 5024 ss.
- G. A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione della fattispecie a tutela della persona*, in S. VINCIGUERRA – F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di G. Marini*, ESI, Napoli, 2010, pp. 276 ss.
- G. A. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in AA. VV., *Quaderni fiorentini*, vol. 36, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 625 ss.
- G. A. DE FRANCESCO, *L’eterno ritorno. Note problematiche in tema di rapporto causale*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 454 ss.
- A. DE MARSICO, *Circa i rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta, il concetto di attivo del commerciante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, p. 359.
- A. DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Jovene, Napoli, 1969.
- G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino.
- O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 681.
- A. DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 537 ss.
- A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 58 ss.
- M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d’uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 2011, pp. 39 ss.
- M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 4, pp. 44 ss.
- M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1552 ss.



- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*.
- K. ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Marcelliana, Brescia, 1993.
- M. JOSÉ FALCÓN Y TELLA, F. FALCÓN Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione. Diritto di punire?*, Giuffrè, Milano, 2008.
- G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Studi in memoria di G. Bellavista*, I, 1977, pp. 176 ss.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2010.
- G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, Torino, 2000, pp. 153 ss.
- G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 836 ss.
- G. FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, pp. 130 ss.
- A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. giur.*, XXXVIII, 1987, pp. 816 ss.
- G. M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in AA. VV., *Scritti giuridici per Guido Rossi*, vol. II, *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1303 ss.
- L. FOFFANI, *La riforma delle procedure concorsuali: profili penali (in margine alla proposta di legge n. 7497 del 14.12.2000, per la riforma delle procedure della crisi d'impresa)*, in *Crit. dir.*, 2001, pp. 98 ss.
- G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1994.
- M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano, 1950.
- M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Giappichelli, Torino, 1967.

- M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2000.
- W. GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 452 ss. (trad. di *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, Fest. Bockelmann, München, 1979, pp. 155 ss.).
- M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 88 ss., nota a Cass., sez. V, 8 ottobre 2002, n. 34622.
- A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, Giuffrè, Milano, 1997.
- G. GATTI, *Statuti dei mercanti di Roma*, A. Forni, Roma, 1980.
- L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, Ipsoa, 2012.
- A. GIUDICI, *Apologia della giurisprudenza romana o Note critiche al libro intitolato "Dei delitti, e delle pene"*, Giuseppe Galeazzi Regio Stampatore, 1783.
- U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006.
- U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2013.
- F. GRISPIGNI, *La bancarotta e le leggi in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, pp. 132 ss.
- C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 569 ss.
- H. J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, pp. 768 ss.
- F. M. IACOVIELLO, *Il dolo eventuale tra diritto sostanziale e diritto processuale*, intervento al Convegno "Dolo intenzionale, dolo diretto, dolo eventuale. Possibilità di una definizione di fronte all'emergere del concetto di "colpa grave", 5 novembre 2008, Roma, dattiloscritto.
- G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, pp. 459 ss.
- H.H. JESCHECK, *Lerhbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 190 ss.

- A. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, pp. 69 ss.
- M. A. F. LAINNÈ, *Commentaire Analytique de la Loi du 8 juin 1838, sur les faillites et banqueroutes*, Paris, 1839, pp. 588 ss.
- M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Ipsoa, Milano, 1972.
- A. LANZI, *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2006, pp. 1445 ss.
- A. LANZI, *I reati di sospetto e la loro vicenda costituzionale*; altresì pubblicata in *Giur. cost.*, 1996, pp. 335 ss.
- S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 122 ss.
- V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), in trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.
- S. LO FORTE, *Il principio di offensività*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. II, Utet, Torino, 2013, pp. 913 ss.
- S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società editrice libraria, Milano, 1930.
- M. E. MAYER, *Kulturnormen und Rechtsnormen*, Breslau, 1903.
- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento. La disputa tra oggettivismo e soggettivismo*, in *Ind. Pen.*, 2006, pp. 496 ss.
- A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, pp. 597 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, Cedam, Padova, 2012.
- F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 323 ss.
- F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1962.

- F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA. VV., *Aspetti e tendenza del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2011.
- G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 424 ss.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1920.
- A. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio Rufo*, in *Studi Franciosi III*, Jovene, Napoli 2007, pp.1611 ss.
- G. MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971.
- G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Esi, Napoli, 2002, pp. 15 ss.
- MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, 1983.
- N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 123 ss.
- N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983.
- N. MAZZACUVA, *Evento*, in *Dig.*, IV, 1990, pp. 445 ss.
- S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992.
- F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, pp. 437 ss.
- E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007.
- M. L. NAVARRA, *Sul divieto di carcere privato nel tardo impero romano*, in *Studia et documenta historiae iuris*, 2009.

- W. NAUCKE, *Einführung: Beccaria, Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker*, in C. BECCARIA, *Von den Verbrechen und von den Strafen (1764)*, a cura di T. VORMBAUM, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005, pp. XIV ss.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1983.
- P. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956.
- P. NUVOLONE., *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Ind. Pen.*, 1972, pp. 386 ss.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Led, Milano, 2005.
- T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 82 ss.
- T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 527 ss.
- T. PADOVANI, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione "promozionale" del diritto penale*, in *Identità del sistema penale (La difesa penale, suppl. n. 9, 1985)*, pp. 47 ss.
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 798 ss.
- T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 419 ss.
- T. PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della del furto aggravato*, in AA. VV., *Studi per E. Graziani*, Pisa, 1972, pp. 489 ss.
- A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 729 ss.
- A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 633 ss.
- F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013.

C. E. PALIERO, *Le fattispecie “causalmente orientate” sono davvero a “forma libera”?* (Tipicità ed accertamento del nesso di causalità), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1499 ss.

E. PALIERO, *“Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari”*, Cedam, Padova, 1985.

M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 726 ss.

C. PEDRAZZI, *Introduzione*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 1995.

C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell’economia*, Giuffrè, Milano, 2003.

C. PEDRAZZI, *Il fine dell’azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, pp. 259 ss.

C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955.

C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in A.A. V.V., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984.

C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990, p. 64, ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 140 ss.

C. PEDRAZZI, *Gestione d’impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell’economia: problemi generali, diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 69 ss.

C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.

A. PERINI, *Appunti per una prima lettura del “nuovo” art. 223, comma 2, n. 1, legge fall. Osservazioni sul nesso di condizionamento tra reato societario e dissesto*, in *Il Fisco*, 2003, pp. 2155 ss.

A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Cedam, Padova, 2001.

A. PERINI, *Il “cagionamento del dissesto”: la nuova “bancarotta da reato societario” al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, pp. 721 ss.

- M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 169 ss.
- U. PIOLETTI, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, I agg., Utet, Torino, 2008, pp. 345 ss.
- P. PISA, *I reati di sospetto nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1477 ss.
- D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 951 ss.
- D. PULITANÒ, *Il patrimonio come oggetto di tutela*, in ID. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 16 ss.
- D. PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1285.
- D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Lo spettacolo della giustizia a Roma: le orazioni di Cicerone*, Palermo, 7 marzo 2006.
- R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 594.
- G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Verlag Von Quelle & Meyer, Leipzig, 1932.
- ALF. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Giuffrè, Milano, 1962.
- M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995.
- M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*.
- C. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Ind. Pen.*, 1982, pp. 24 ss.
- C. ROXIN, *Franz von Listz und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfes*, in *ZStW*, 1969, pp. 622 ss.

- C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II ed., De Gruyter, Berlin-New York, 1973, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it., Esi, Napoli, 2009.
- B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Cedam, Padova, 2010.
- D. SALCUNI, *La colpevolezza e le cause che la escludono o la diminuiscono*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. II, *Il reato*, Utet, Torino, 2013, pp. 463 ss.
- S. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età post-classica e giustiniana*, in *AUFG*, 2007, pp. 55 ss.
- G. SCHIAVANO, *I reati fallimentari oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, pp. 681 ss.
- G. G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1296 ss.
- D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1966.
- U. SANTARELLI, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. V, Torino, 1990.
- C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, Giappichelli, 2000.
- M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi ed inediti (1972-2007)*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3
- J. SCHUMPETER, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Duncker & Humblot, Berlino, 2006, *passim*.
- A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO, E. GABRIELLI, *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, vol. V, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 13 ss.
- F. SGUBBI, *Relazione tenuta all'incontro del CSM del 14-16 gennaio 2002, Reati fallimentari*, in [www.csm.it](http://www.csm.it), 4° dattiloscritto.
- G. L. SOANA, *I reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2012.
- F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale dell'evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 99 ss.



- F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 767 ss.
- F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1267 ss.
- F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 36 ss.).
- F. STELLA, *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in AA. VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1978.
- F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica.*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1062 ss.
- F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- B. STRACCA, *Decisione set tractatus varii de mercatura*, Lione, III, 1553, n. 1.
- E. H. SUTHERLAND, *White collar crime*, Dryden Press, New York, 1949.
- F. TAGLIARINI, *Osservazioni in tema di condotta tipica nei cosiddetti reati di sospetto*, in *Arch. Pen.*, 1969, pp. 330 ss.
- K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 3 ss.
- K. TIEDEMANN, *Cesare Beccaria e i reati economici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1381 ss.
- A. VALLINI, *“Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 341 ss.
- G. VASSALLI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, Napoli, 1981, pp. 265 ss.
- G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 629 ss.
- F. VASSALLI, *La disciplina penalistica delle crisi d'impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE, A. BASSI, vol. II, *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica*, Cedam, Padova, 2010
- F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1970.

K. VOLK, *Dolus ex re*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica*, ESI, Napoli, 1998, pp. 107 ss. (trad. it. di *Dolus ex re*, in F. HAFT, W. HASSEMER, U. NEUMANN, W. SCHILD, U. SCHROTH (a cura di), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 611-624).

A. ZORZI, *Gli statuti di Firenze del 1322-1325: regimi politici e produzione normativa*, in R. DONDARINI, G. M. VARANINI, M. VENTICELLI (a cura di), *Signori, regimi signorili e statuti nel tardo medioevo*, atti del VII Convegno del Comitato italiano per gli studi e le edizioni delle fonti normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000), Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 123 ss.

P. VENEZIANI, *La pena: nozione, fondamento e funzioni*, in A. CRISTILLO, P. VENEZIANI, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, t. III, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1 ss.

F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 28 gennaio 2013, nota a Cass., Sez. V, 8 gennaio 2013, n. 733.

H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Mainz, 1935, pp. 84 ss.

G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico. La pretesa dimensione critica del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 843.

T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Giuffrè, Milano, 1965, (trad. it. di *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959).

## *Ringraziamenti*

Ai *maestri* che ho incontrato,

e a chi sa che non ha bisogno di essere su questa pagina.

All'Università *pubblica* e alla Scuola Superiore Sant'Anna.

Alle mie passioni felici e a quelle *tristi*.