

IL MUTATO ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE: LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO È UNA CONDIZIONE OBIETTIVA DI PUNIBILITÀ ESTRINSECA

Commento a [Cass., Sez. V, sent. 8 febbraio 2017 \(dep. 22 marzo 2017\),
n. 13910, Pres. Fumo, Rel. De Marzo, Ric. Santoro^{\(*\)}](#)

di Eliana Reccia

SOMMARIO: 1. La dichiarazione di fallimento: un elemento incerto. – 2. Il caso. – 3. Il valore giuridico della sentenza dichiarativa di fallimento. “Elemento costitutivo del reato” *vs* “condizione obiettiva di punibilità”. – 4. La posizione della giurisprudenza. – 5. Le critiche della dottrina. – 6. La posizione della dottrina: un’interpretazione prettamente letterale della norma ma più garantista. – 7. La decisione della Cassazione in commento. – 8. Qualche considerazione sulla sentenza e alcune prospettazioni *de lege ferenda*.

1. La dichiarazione di fallimento: un elemento incerto.

«Dal punto di vista del diritto penale, la disciplina giuridica del fallimento presenta una serie di singolarità tali, da rendere questo capitolo della scienza del diritto penale tra i più difficili ed oscuri¹»: così Rocco iniziava il capitolo relativo all’analisi penalistica del fallimento.

Il ruolo svolto dalla sentenza dichiarativa di fallimento nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare costituisce ancora una questione non risolta. La locuzione «se dichiarato fallito», infatti, da più di mezzo secolo rappresenta l’oggetto di un’accesa discussione, tra una giurisprudenza, (che era) granitica e una dottrina (quasi) altrettanto monolitica.

Nel lontano 1958 la sentenza Mezzo aveva inteso la dichiarazione di fallimento quale *condizione di esistenza* del reato; si è andata poi accreditando la natura di *elemento costitutivo* della bancarotta: un elemento, però, *sui generis*, sganciato dal fatto e dalla

* Per un primo esame della decisione in commento si veda C. CASTALDELLO, *Bancarotta fraudolenta, natura della dichiarazione di fallimento*, in *Studium iuris*, 2017, 894; F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d’insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*, in *Le Società*, 2017, 897; A. ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: “pace fatta” tra giurisprudenza e dottrina?*, in *Giur. It.*, 2017, 1679; M. N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1151.

¹ A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Napoli, 1917, 114.

colpevolezza. La dottrina, invece, ha sempre – in prevalenza – sostenuto la natura di condizione obiettiva di punibilità, oscillando tra la tipologia intrinseca e quella estrinseca.

In questo quadro si inserisce la sentenza in commento; occorre pertanto un'analisi della pronuncia e del contesto in cui si inserisce, per tentare di comprendere quali concrete ricadute potrà avere nel nostro ordinamento.

2. Il caso.

La pronuncia in esame ha a oggetto la decisione della Corte di Appello di Lecce la quale, confermando la sentenza di primo grado, aveva ritenuto responsabile un imprenditore individuale del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La difesa dell'imputato aveva formulato i motivi di gravame per il ricorso in Cassazione concentrandosi prevalentemente su un particolare vizio di motivazione: la Corte di merito *in primis* e quella di Appello poi non avrebbero «chiarito»² e dunque provato la prevedibilità per Santoro del futuro stato di dissesto della sua azienda. A parere della difesa, infatti, l'imprenditore avrebbe posto in essere «condotte in sé neutre ed anzi lecite, in quanto espressive della libertà dell'imprenditore di gestire i propri beni»³ e, aderendo all'indirizzo giurisprudenziale che considera il fallimento evento del reato di bancarotta prefallimentare, riteneva che esso avrebbe dovuto essere preveduto e voluto, quantomeno a titolo di dolo eventuale⁴. Così lamentando che la sentenza impugnata, avrebbe erroneamente omissso di verificare la sussistenza del nesso eziologico e dell'elemento psicologico del reato, rispetto al dissesto della società.

3. Il valore giuridico della sentenza dichiarativa di fallimento. “Elemento costitutivo del reato” *vs* “condizione obiettiva di punibilità”.

La fattispecie di bancarotta fraudolenta tipizzata dal legislatore all'art. 216 l. fall. (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), prevede la punibilità per l'imprenditore – «se...è dichiarato fallito» –, che ponga in essere una delle condotte descritte. Valutare il ruolo nella fattispecie di bancarotta del sopraggiungere del fallimento costituisce il problema sul tappeto.

La protasi «se dichiarato fallito» richiama, almeno per la costruzione lessicale, l'istituto previsto dall'art. 44 c.p., le condizioni obiettive di punibilità. Ipotesi, queste, in presenza delle quali «l'oggettivo verificarsi dell'evento, in cui la condizione consiste, è sufficiente per la punibilità del reato»⁵. Ne segue che, se una norma presenta diciture del tipo “se dal fatto derivano”, “se dal fatto consegue”, queste devono considerarsi

² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*

³ *Ibidem*.

⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 47502, 24 settembre 2012, in *Dejure*.

⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 2004, 475.

degli “indicatori” delle condizioni oggettive in presenza delle quali il legislatore ritiene sussistente la punibilità del soggetto al mero verificarsi di un evento che viene a questi imputato a prescindere dal fatto che egli l’abbia voluto o meno. Dunque, a prima vista, accedendo a un’interpretazione lessicale della norma, l’espressione «se dichiarato fallito» sembrerebbe enunciativa di una condizione obiettiva di punibilità. Ma l’analisi ermeneutica non può evidentemente fermarsi solo a questo punto.

La natura della dichiarazione di fallimento, infatti, non è di così facile inquadramento sistematico e la sua collocazione in una categoria dogmatica piuttosto che in un’altra costituisce un dibattito ancora irrisolto.

4. La posizione della giurisprudenza.

Si ha l’impressione che le soluzioni giurisprudenziali sul punto siano funzionali a «far coincidere *tempus e locus commissi delicti* rispettivamente con la data e il luogo in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento»⁶. Esigenza, dunque, meramente processuale.

La giurisprudenza «giunge ad attribuire alla dichiarazione stessa un’efficacia qualificante dei fatti di bancarotta, sul piano dell’illiceità e della stessa tipicità: l’obbligo violato sarebbe un riflesso dell’avvenuto fallimento»⁷. In punto di offesa, «si tratterebbe di un disvalore “a scoppio ritardato” che farebbe assumere rilevanza penale a comportamenti dell’imprenditore considerati leciti fino all’emanazione della sentenza medesima. Ulteriormente a tale caratteristica, punto costante della tesi giurisprudenziale sarebbe quello per cui la dichiarazione di fallimento assumerebbe una posizione di decisa centralità nella configurazione dei reati previsti dalla legge fallimentare: partecipando in maniera netta alla descrizione dell’offesa e compenetrandosi con le condotte tipiche previste dalla norma, assumerebbe una connotazione rilevante all’interno della fattispecie incriminatrice»⁸.

Questo almeno secondo la posizione maggioritaria⁹. Non mancano tuttavia soluzioni più o meno affini, e che occorre brevemente analizzare per meglio comprendere la portata della problematica in esame.

a) Condizione di esistenza del reato

⁶ Così G. CASAROLI, *Commento all’art. 44 c.p.*, in *Codice penale*, T. PADOVANI (a cura di), Milano, 2014, 1, 352. Nello stesso senso M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 172; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, op. cit., 127.

⁷ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Diritto Penale*, IV, Milano, 2003, 1009.

⁸ Così E. FASSI, *Il revirement della Corte di Cassazione: la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Cass. pen.*, 2017, 226.

⁹ Il convincimento che il fallimento sia un elemento costitutivo della fattispecie di bancarotta, probabilmente, costituisce un risvolto più razionale della *ratio* ispiratrice della originaria legge fallimentare: l’imprenditore fallito era comunque indegno di sopravvivere nel tessuto economico sociale e ne andava necessariamente estirpato come una sorta di formazione neoplastica. Così A. MAFFEI ALBERTI, *Prefazione*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 5.

La pronuncia che ha segnato l'inizio di un dibattito sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento è stata emessa dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 1958¹⁰. Appare opportuno, anche sinteticamente, ripercorrere la vicenda oggetto della sentenza così che risulti più chiaro il ragionamento della Cassazione in quello che è stato definito un «caso guida»¹¹. Gli imputati, due imprenditori falliti, non erano particolarmente “meritevoli”; infatti, lungi dall’aver avuto «il serio e ragionevole convincimento che con il loro operato potessero essere salvate le sorti dell’impresa...con la serie di fatti commessi, avevano avuto, invece, l’unico intento di fare danaro, senza preoccuparsi minimamente di salvaguardare l’impresa e le ragioni dei creditori, coerentemente, del resto, a quello che figurava essere il loro passato, tutt’altro che limpido, per essersi mostrati entrambi spregiudicati e commercialmente scorretti, oltre che inclini ai falsi e alla truffa»¹². L’unica speranza per questi imprenditori era l’applicazione dell’amnistia o dell’indulto «i cui limiti temporali erano tali da coprire il fatto se il momento consumativo veniva stabilito nel momento delle condotte prefallimentari, non invece se il momento consumativo veniva identificato nel fallimento».¹³ La difesa degli imputati fondava le proprie istanze sulla natura di condizione obiettiva di punibilità del fallimento, «intesa come condizione sospensiva, che non incide sul momento consumativo neanche al fine di stabilire la data di decorrenza delle cause di estinzione del reato: e la Cassazione decise a sezioni unite, nell’intento di risolvere la questione una volta per tutte»¹⁴.

La Suprema Corte, però, decise di risolvere nel modo più rigoroso la questione, così pervenendo alla soluzione che oggi costituisce ancora “il precedente” della più consolidata giurisprudenza di legittimità in materia.

La Corte, infatti, partendo da una distinzione tra le condizioni obiettive di punibilità e la dichiarazione di fallimento, elaborò il seguente principio di diritto: «la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l’aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l’esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia, e ciò in quanto attiene così strettamente all’integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti

¹⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, II, 513, con nota di G. SABATINI, *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*. Orientamento confermato più di recente da Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, in *Riv. pen.*, 2009, 951. Tra la più recenti che consolidano un simile indirizzo cfr. Cass. pen. Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, in *Le Società*, 2011, 1196. In dottrina, tale interpretazione è stata condivisa da M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 87 ss.

¹¹ M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2014, 120.

¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, *cit.*, 514.

¹³ M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 121.

¹⁴ *Ibidem*.

medesimi, i quali, fuori dal fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta penalmente irrilevanti»¹⁵.

Dunque, la dichiarazione di fallimento deve essere considerata una condizione di esistenza del reato¹⁶, in assenza della quale la bancarotta non potrebbe configurarsi¹⁷: un elemento strutturale *sui generis*.

Un'opinione, questa, che esprime appieno l'intento di evidenziare una «realità diversa» da quella dell'elemento costitutivo del reato, quanto meno nel significato proprio del termine; «attagliandosi la stessa a una componente necessaria perché il fatto sia penalmente rilevante, ma, come evidenziato dal termine "condizione", distinta dai dati costitutivi della struttura essenziale del reato»¹⁸. Una distinzione che rileva soprattutto in termini di colpevolezza e tipicità: la condizione di esistenza del reato, in quanto elemento "sui generis", infatti, esula dal necessario collegamento psicologico e causale con la condotta del soggetto agente. Aderendo alla natura di condizione di esistenza¹⁹, pertanto, le condotte tipiche di bancarotta acquisterebbero rilevanza penale, e idoneità lesiva, solo se inserite nel contesto dell'avvenuto fallimento, diversamente risultando «atti pienamente leciti, privi di un autonomo disvalore idoneo a giustificare l'intervento sanzionatorio penale»²⁰. Gli atti di disposizione che l'imprenditore compie sui propri beni e la condotta, attiva o omissiva, che egli tiene nei propri affari sono atti penalmente irrilevanti. Si impregnano di disvalore quando, con la constatazione giudiziale dello stato d'insolvenza, viene accertata la lesione ai diritti dei creditori; ne consegue che solo con la declaratoria fallimentare si verifica l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato: «finché non sopraggiunga il fallimento, unico mezzo tecnico idoneo ad accertare lo stato di dissesto, si dovrebbe ritenere che la capacità patrimoniale sia adeguata e che non sia attuale l'ipotesi di una lesione dell'interesse dei creditori»²¹. Il disvalore che contraddistinguerebbe queste tipologie di condotte è stato

¹⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, *cit.*, 514.

¹⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 33, 17 gennaio 1967, Turiaco, Rv. 103644; Cass. Pen., Sez. V, n. 98, 30 gennaio 1968, Scarinzi, Rv. 107572; Cass. Pen., sez. VI, n. 1759, 16 ottobre 1969, Cianfrocca, Rv. 1133250; Cass. Pen., sez. I, n. 374, 20 febbraio 1973, Alessandrini, Rv. 124661; Cass. Pen., sez. V, n. 2811, 30 gennaio 1985, Squadrito, Rv. 168506. Nella dottrina più recente non mancano Autori che condividono tale impostazione, G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-37*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1141 ss.

¹⁷ Un antesignano di tale insegnamento giurisprudenziale fu M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, *op. cit.*, 92.

¹⁸ Cass. Pen., sez. V, n. 32031, 7 maggio 2014, Daccò, in *Dejure*.

¹⁹ Per un approfondimento in tema si veda C. CASSANI, *La struttura della bancarotta: dichiarazione di fallimento e altre procedure concorsuali*, in *Diritto penale dell'economia*, (diretto da) CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA, Milano, 2017, 1651 e ss.

²⁰ Deve evidenziarsi che a simili conclusioni, confermate dell'impostazione giurisprudenziale in esame, era pervenuta la dottrina commercialista degli inizi del secolo scorso, secondo cui oggetto della sanzione penale è proprio il fallimento. Si veda in proposito G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, 316; A. ROCCO, *Il fallimento*, *op. cit.*, 39.

²¹ *Ex multis* Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 20736, 25 marzo 2010, Olivieri, Rv. 247299; Cass. Pen., Sez. I, n. 1825, 6 novembre 2006, Iacobucci, Rv. 235793; Cass. Pen., Sez. I, n. 4356, 16 novembre 2000, Agostini, Rv. 218250; Cass. Pen., Sez. I, n. 2392, 11 aprile 1996, Rv. 205164; Cass. Pen., Sez. I, n. 4859, 27 ottobre 1994, Ferrari, Rv. 200019; Cass. Pen., Sez. I, n. 2988, 2 luglio 1991, Rv. 187893; Cass. Pen., Sez. V, n. 3049, 16 dicembre 1986, Milanese, Rv. 175326.

definito «a scoppio ritardato»²² e investirebbe comportamenti dell'imprenditore leciti e insindacabili – in quanto rientranti nella piena libertà gestionale accordata a chi assume la qualifica di imprenditore commerciale – fino al momento in cui egli non entri nello *status* prima di insolvente e poi di fallito. Da quel momento in poi quegli stessi comportamenti – fino ad allora penalmente irrilevanti – diventano tipici: «la violazione commessa dall'imprenditore è un fatto penalmente indifferente, che assume carattere di illiceità solo con la dichiarazione di fallimento, indispensabile, quindi, per l'integrazione della fattispecie criminosa, segnando il momento in cui diviene operante la lesione degli interessi giuridici protetti»²³.

La sentenza Mezzo lo precisava esplicitamente: «la dichiarazione di fallimento inerisce all'attività antecedente dell'imprenditore, trasformandola in attività trasgressiva della norma penale. La riprova dell'esattezza di tale concetto si ha nella considerazione che taluni fatti di bancarotta, dalla legge ipotizzati come reato, neanche astrattamente sono concepiti fuori e senza fallimento»²⁴.

Una delle conseguenze è che una volta intervenuto il fallimento, il giudice penale sarebbe legittimato a una ricostruzione a ritroso di fatti realizzati anche ai tempi in cui l'impresa era in piena produttività, «proprio perché la giurisprudenza medesima non accede alla tesi della c.d. zona di rischio penale, per cui è giuoco-forza ritenere che in tal modo i reati di bancarotta assumono la qualifica di reati di pericolo astratto e/o presunto»²⁵. In realtà, le motivazioni poste alla base del principio di diritto elaborato nel 1958 risiedono nell'esigenza di individuare solidamente il *tempus* e il *locus commissi delicti* delle fattispecie di bancarotta, con il fine ultimo di rendere inapplicabile l'indulto e l'amnistia agli imputati.

Se, infatti, la declaratoria fallimentare fosse stata considerata una condizione obiettiva di punibilità, questa sarebbe rimasta svincolata dalla causalità e dal giudizio di colpevolezza, ma, di certo, il luogo consumativo, ai fini dell'individuazione dell'organo giudicante competente territorialmente, sarebbe stato individuato in quello della realizzazione della condotta, non per forza coincidente con quello sede dell'impresa e del Tribunale deputato a pronunciarsi sul fallimento. E siccome potrebbe frequentemente trattarsi di una pluralità di condotte, risulterebbe più complessa l'individuazione del giudice territorialmente competente. È questo il motivo per il quale si era scelta l'opzione processualmente più risolutiva. La dottrina²⁶, infatti, evidenzia che talvolta non vi è coincidenza tra il luogo in cui si verifica la condizione obiettiva di punibilità e il luogo in cui fu consumato il reato. E in effetti, i Giudici

²² 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. – Riv. trim.*, 3/2013, 359.

²³ Così *ex multis* cfr. Cass. Pen., 6 novembre 2006, in Ced, rv. 235793; Cass. Pen., 17 agosto 2001, in *Guida al diritto*, 38, 2001, 89.

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, *cit.*, 518.

²⁵ Così A. MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.*, in L. Ghia - C. Piccininni - F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, Roma, 2012, Cap. III, 65.

²⁶ M. ZANOTTI, *Condizioni obiettive di punibilità e responsabilità soggettiva, in responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Stile (a cura di), Napoli, 1989, 549.

estensori della sentenza Mezzo sembravano più preoccupati di non concedere l'applicazione dell'amnistia e di confermare la sentenza di condanna nei confronti dei due imprenditori "immeritevoli" che di interrogarsi sulla natura della declaratoria fallimentare. Gli imprenditori, in quanto falliti, dovevano soggiacere alla punizione. L'amnistia, dunque, non doveva essere concessa e l'attenzione dei Giudici per la declaratoria fallimentare era univocamente motivata dalla preoccupazione della disciplina secondo cui l'effetto estintivo era limitato ai reati commessi prima della declaratoria ed escludeva la possibilità di dichiarare estinti i reati di bancarotta per i quali la dichiarazione di fallimento fosse, invece, intervenuta successivamente alla data di pubblicazione del decreto di amnistia. Ogni soluzione differente, e pertanto legata al riconoscimento della natura di condizione obiettiva di punibilità del fallimento non era percorribile: «se la dichiarazione di fallimento dovesse considerarsi tale – infatti – la bancarotta dovrebbe ritenersi, conseguentemente, un reato alla cui struttura il fallimento è del tutto estraneo, la qual cosa urta contro la realtà storica e giuridica»²⁷.

b) Elemento costitutivo del reato

La prevalente giurisprudenza di legittimità, sviluppando il principio di diritto elaborato dalla sentenza Mezzo, colloca la sentenza dichiarativa di fallimento tra gli elementi costitutivi del reato – altrimenti detti «elementi essenziali utili a configurare il reato»²⁸. Essa assumerebbe, dunque, un ruolo di «assoluta centralità»²⁹ nell'ambito dei reati fallimentari in quanto *elemento fondante il disvalore penale del fatto*.

Pur attribuendole tale funzione, la giurisprudenza è fermamente convinta che il fallimento «non costituisca l'evento del reato di bancarotta sicché sarebbe arbitrario pretendere un nesso eziologico tra questo e la condotta dell'imprenditore»³⁰.

L'orientamento in parola, che è stato confermato dalla Corte Costituzionale³¹, è strumentale a fornire un valido supporto dogmatico all'obiettivo di far coincidere *tempus* e *locus commissi delicti* con la data e il luogo in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento³². Non occorrerebbe pertanto un nesso eziologico tra i fatti di distrazione ed il successivo depauperamento dell'impresa attraverso la destinazione delle risorse per scopi estranei all'attività, così che le condotte incriminate, una volta intervenuta la declaratoria fallimentare, si connoterebbero di disvalore in qualsiasi momento poste in essere, da ciò conseguendone una rilevanza penale anche se verificatesi in un momento in cui l'impresa non versava in stato di decozione³³.

²⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, *cit.*, 516.

²⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 587, del 6 novembre 2013 in *Dejure*.

²⁹ F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 360.

³⁰ Cass. Pen., sez. V, n. 47502, 6 dicembre 2012, in *Dejure*.

³¹ Cfr. Corte Cost., sentenza del 27 luglio 1982, n. 146, in *Cass. Pen.*, 1982, 1924.

³² Sul punto si veda C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1970, 565; G. BERETTA, *L'attuale atteggiamento della giurisprudenza sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nel quadro dei reati prefallimentari*, in *Ind. Pen.*, 1972, 294.

³³ Cass. Pen., Sez. Un., n. 22474, 31 marzo 2016, in *Dejure*, con nota di A. ALESSANDRI, *Le falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2016, 1479.

È uno schema che, nella prassi, resta ampiamente diffuso, seppur con modifiche o limature successive.

L'esigenza, tuttavia, di ricondurre questo elemento costitutivo ai più elevati dettami costituzionali, è stata avvertita da una giurisprudenza "più attenta", che, però, nelle conclusioni, non ha avuto il coraggio di optare per un necessario collegamento eziologico e psicologico della condotta con il fallimento. Le due sentenze del caso Parmalat, infatti, puntualizzavano che, proprio in quanto elemento costitutivo della fattispecie, la sentenza di fallimento è anche «elemento attualizzante l'offesa» tant'è che analizzando i termini utilizzati per la tipizzazione delle condotte di bancarotta questi «appaiono impregnati di una evidente connotazione negativa, rivelando l'intenzione del legislatore di selezionare per l'incriminazione soltanto comportamenti che, in quanto evocativi di un'anomala gestione dei beni dell'impresa, risultano intrinsecamente idonei a mettere in pericolo l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. violando il relativo dovere gravante sull'imprenditore»³⁴. Attraverso questo presupposto la Suprema Corte perviene alla conclusione che il fallimento, pur essendo elemento costitutivo della fattispecie ed elemento attualizzante l'offesa, comunque da solo non può autonomamente attualizzarla, ma può «renderla meritevole di pena»³⁵. Nonostante un simile dato, però, non si assisterebbe alla trasformazione della bancarotta da reato di pericolo in reato di danno.

Si segnala, peraltro, che in queste pronunce viene introdotto un cambio di lettura circa la rilevanza delle condotte di bancarotta; secondo la Cassazione, infatti, il legislatore ha voluto punire condotte che attentano all'integrità della garanzia patrimoniale dei creditori indipendentemente dalla loro effettiva incidenza causale sulla determinazione del fallimento. Le condotte di bancarotta, pertanto, si connoterebbero per un autonomo disvalore, anche prima della declaratoria fallimentare. Una conclusione questa che sarebbe dettata dalla loro stessa configurazione normativa³⁶.

c) Evento del reato

Le evoluzioni ermeneutiche successive alla sentenza Mezzo, negli anni, si sono distaccate dal "nucleo madre". Tra queste è stata prospettata la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento avrebbe natura di elemento costitutivo del reato ma nella più specifica qualità di *evento* della condotta di bancarotta³⁷. La pronuncia³⁸ che ha accolto questo assunto, per la prima volta dopo cinquanta anni, ha momentaneamente messo in discussione le conclusioni sino ad allora consolidate. La bancarotta sarebbe un reato di evento, rappresentato dall'insolvenza della società, che trova

³⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 15613, 5 dicembre 2014, in *Dejure*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Al riguardo si veda G. BONELLI, *Del fallimento*, op. cit., 92; S. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano, 1913, 83; A. ROCCO, *Il fallimento*, op. cit., 39.

³⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 47502, 6 dicembre 2012, in *Dejure*.

riconoscimento formale e giuridico nella dichiarazione di fallimento, dichiarazione che pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente nonché essere sorretto dal dolo.

Più in particolare la sentenza Corvetta³⁹, nella prima parte, dopo aver ritenuto che la locuzione «se dichiarato fallito» costituisce una protasi in cui il «se» assume valore condizionale del periodo che precede – è punito –, valuta la soluzione elaborata in dottrina sulla natura di evento della declaratoria fallimentare la più coerente secondo un canone interpretativo letterale, così pervenendo alla conclusione che la sentenza dichiarativa di fallimento debba considerarsi l'evento del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare: «il fallimento compartecipa intrinsecamente della fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore a una condotta che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante; allora non può da un lato ritenersi che qualsiasi atto distruttivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata a 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 una qualche forma di collegamento eziologico tra condotta e dissesto»⁴⁰.

Per la prima volta, la Cassazione tenta di ricollegare oggettivamente e soggettivamente il fallimento alle condotte dell'imprenditore e critica l'orientamento consolidato, ritenendolo affermato solo per "gemmazione" dalle precedenti pronunce e privo di una chiara *ratio* di riferimento. Partendo da questi presupposti perviene così alla conclusione che considerare il fallimento quale elemento essenziale del reato ne comporta la soggezione ai principi generali dell'ordinamento, in particolare a quelli tipizzati all' art. 27 Cost.; che il dissesto deve essere rappresentato e voluto, anche a titolo di dolo eventuale, dall'imprenditore e deve porsi in rapporto di causalità con la condotta di distrazione patrimoniale.

Purtuttavia, l'unanime giurisprudenza successiva non ne ha condiviso le conclusioni e si è assistito a un ritorno ai principi elaborati dalla sentenza Mezzo⁴¹.

³⁹ Secondo questa opzione interpretativa «il fallimento è elemento costitutivo dell'illecito in qualità di evento e si pone quale conseguenza della condotta distrattiva dell'imprenditore. L'interesse protetto dalla norma, dunque, non è solo il potenziale pregiudizio del ceto creditorio, ma la lesione definitiva dei diritti di credito che si determina con il fallimento. Tanto è vero che...l'imprenditore non è punito se non viene successivamente dichiarato fallito». Così argomentando secondo la Suprema Corte sarebbe possibile attenersi all'orientamento consolidato in materia, ma allo stesso tempo garantire il rispetto del principio di colpevolezza – tutela che mancava nell'interpretazione conferente alla declaratoria di fallimento la natura di elemento costitutivo e tipico del reato –.

⁴⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 47502, 6 dicembre 2012, con nota di F. VIGANÒ, [Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento](#), in questa Rivista, 14 gennaio 2013. Per un ulteriore approfondimento si veda anche G. G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta propria*, in Cass. Pen., 2013, 1429 e F. BALATO, [Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura di bancarotta fraudolenta](#), in questa Rivista, 16 febbraio 2015.

⁴¹ In dottrina si è fin da subito accolto con favore il coraggio mostrato – “clamoroso revirement” dalla Suprema Corte nel mettere in discussione un orientamento ormai granitico – al riguardo si veda F. VIGANÒ, [Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento](#), cit. –; una volta approfondito il ragionamento

5. Le critiche della dottrina.

«La giurisprudenza non riesce a spiegare come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato»⁴². Il vero punto debole della tesi giurisprudenziale, in tema di natura della dichiarazione di fallimento, risiede nell'impossibilità di spiegare giuridicamente l'esistenza di un elemento costitutivo del reato, quale sarebbe il fallimento, totalmente avulso da causalità e colpevolezza.

La dottrina maggioritaria è estremamente critica per più ordini di ragioni.

sotteso alla dichiarata natura di evento del fallimento, tuttavia, non sono mancate condivisioni – si veda G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 67 ss.; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 891 ss. – il quale l'ha definita una "sentenza coraggiosa" –; A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.; F. MORETTI, *Finalmente anche per la bancarotta valgono i principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 2013, 299 ss. In termini sostanzialmente adesivi, ma con qualche più marcata perplessità su alcuni specifici punti della pronuncia, v. altresì G. CHIARAVAGLIO, *Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 69 ss.; A. C. SPAGNUOLO, *Revirement della Corte di Cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?* in *Cass. pen.*, 2013, 2772 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti) specie?* in *Le Società*, 2013, 335 ss. – ma anche numerose critiche: F. D'ALESSANDRO, [Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?](#), cit.; U. GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 157 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 437 ss. – l'Autore l'ha definita una "decisione eccentrica" –; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Milano, 2014, 107 ss.; G. G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, op. cit., 1440 ss. Le critiche si sono prevalentemente concentrate sul sillogismo utilizzato nell'iter logico argomentativo della Cassazione – «l'argomento, sviluppato in un sillogismo di prima classe, risulta solido soltanto in apparenza, poiché la premessa minore ("il fallimento costituisce evento del reato di bancarotta"), si riduce, a ben vedere, in una asserzione tautologica: ciò che deve essere dimostrato (perché la dichiarazione giudiziale di insolvenza sia da ritenere evento della bancarotta, ciò che corrisponde al termine medio del sillogismo) non lo è in quanto l'*explanans* si riduce a mera asserzione non altrimenti motivata. Si osservi che soltanto la fondatezza della premessa minore autorizza la riconducibilità della medesima (*rectius*, della situazione ivi descritta) alla regola enunciata dalla premessa maggiore ("l'evento del reato è conseguenza della condotta secondo il nesso eziologico ex artt. 40 e 41 c.p.), così da giungere in modo corretto alla conclusione per la quale "tra condotta di bancarotta e fallimento sussiste il nesso eziologico ex artt. 40-41 c.p.» –, sulla natura di evento del fallimento e sulla necessità di un nesso causale tra condotta e fallimento: a tali considerazioni veniva opinato che laddove il legislatore avesse voluto individuare un evento e la necessità di un nesso eziologico lo avrebbe fatto esplicitamente attraverso una specifica tipizzazione, come avvenuto nell'ipotesi di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall. Di recente la sentenza Corvetta è stata commentata da A. MELCHIONDA, [La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 61 ss.

⁴² P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in P. Nuvolone, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 290.

Il punto di partenza⁴³ è la presa di coscienza che i problemi interpretativi insorti in materia fallimentare originano dalla natura stessa delle fattispecie di bancarotta. Questa, infatti, si basa su una duplice presunzione, in tema di colpevolezza e di causalità. I problemi di legittimità costituzionale ineriscono dunque all'intera disciplina fallimentare.

La dottrina, pertanto, sottolinea come la presunzione già di per sé dissemi dubbi di ragionevolezza, a maggior ragione una duplice presunzione in una materia così delicata. Il problema, infatti, è che le "ontologiche" incertezze di cui si connota la fattispecie di bancarotta si trasferiscono, e se possibile si acuiscono, in quella declaratoria fallimentare che ne costituisce il fondamento.

Si impone, pertanto, un'analisi più dettagliata delle considerazioni critiche elaborate sul punto dalla dottrina.

a) *Condizione di esistenza del reato*. La dottrina maggioritaria ha efficacemente criticato le soluzioni ermeneutiche elaborate in tema dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁴; *in primis* la natura di "condizione di esistenza del reato". Al riguardo, infatti, nel considerare tale ricostruzione «alquanto anomala»⁴⁵, si sono espresse non poche perplessità. Il motivo appare evidente: «non è riscontrabile in alcun'altra fattispecie criminosa, né nella parte generale del diritto penale, l'elemento di esistenza del reato»⁴⁶. Questo istituto non sembra trovare cittadinanza nell'ordinamento giuridico. E già questa prima constatazione dovrebbe indurre a un atteggiamento di rifiuto per tale impostazione giurisprudenziale. Ma è soprattutto il profilo dell'offensività a destare preoccupazioni: «i fatti di bancarotta prefallimentare trovano in se medesimi, in un'immanente carica di pericolosità nei confronti del bene tutelato, le ragioni della loro penale illiceità»⁴⁷.

In secondo luogo, questa impostazione costringerebbe il giudice ad andare necessariamente a ritroso – pressoché senza limiti – nella ricostruzione degli accadimenti oggetto di giudizio, sindacando all'imprenditore l'esercizio della sua discrezionalità, e nel contempo qualificando come tipici in relazione al fallimento fatti commessi molto tempo prima della dichiarazione di fallimento, ad esempio quando l'impresa era *in bonis*, e che ben potrebbero essere totalmente e causalmente slegate dalla produzione del fallimento. Non solo. Il giudice potrebbe conferire il crisma del penalmente rilevante alle "mere imprudenze" dell'imprenditore magari commesse in un'epoca aurea dell'impresa stessa e comunque del tutto non riconducibili alla bancarotta. Ma la linea di confine tra "mera attività imprudente" e realizzazione di una condotta piena di disvalore, che sia idonea a qualificarsi come penalmente rilevante, non è poi così labile: «tutt' al più – le mere attività imprudenti – potranno costituire un

⁴³ A. ROCCO, *op. cit.*, 131.

⁴⁴ A eccezione di una esigua condivisione sussistita in un periodo antecedente la stessa pronuncia Mezzo, si veda in proposito M. PUNZO, *op. cit.*, 89; in termini critici L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955, 76-77.

⁴⁵ Così A. MANNA, *op. cit.*, 65-66.

⁴⁶ Così A. MANNA, *Ibidem*.

⁴⁷ Così C. PEDRAZZI, Art. 216. *Bancarotta fraudolenta*, in C. Pedrazzi – F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, 17.

addebito di scarsa perizia a livello imprenditoriale, che, tuttavia, non può, da solo, certo costituire reato, né può legittimamente diventarlo laddove, magari a distanza di un notevole lasso di tempo, l'impresa è, probabilmente per tutt'altre ragioni, stata dichiarata fallita»⁴⁸. Alcuni autori non hanno poi mancato di rimarcare che l'interpretazione consolidata, per quanto pragmaticamente utile ai fini dell'accertamento del *tempus commissi delicti*, appaia comunque insoddisfacente: «se la dichiarazione è elemento costitutivo del reato – nella sua funzione di condizione d'esistenza del reato stesso – andrebbe indicato il percorso attraverso il quale codesto elemento è imputato, oggettivamente e soggettivamente».⁴⁹ D'altronde, la giurisprudenza ha sempre glissato sul punto, avallata, peraltro, dalla Corte Costituzionale⁵⁰. L'impressione è che la “condizione di esistenza del reato” risulti priva di qualsiasi fondamento dogmatico, creando all'interno della fattispecie una sorta di “zona franca” non presidiata da causalità e colpevolezza. Tutto ciò può davvero ritenersi bilanciabile dalle ricordate istanze di ordine processual-probatorio? La strada della natura di condizione di esistenza del reato, dunque, risulta «impraticabile, contrastata com'è sia dalle previsioni legislative in tema di responsabilità oggettiva, sia dalla lettura dell'art. 44 c.p., sia soprattutto dai principi emergenti dalla normativa costituzionale»⁵¹.

b) *Elemento costitutivo “atipico” del reato*. Secondo questo orientamento la declaratoria fallimentare sarebbe un elemento costitutivo del reato, privo però delle caratteristiche tipiche che a esso si riconoscono.

«Un escamotage»⁵² interpretativo che volutamente non inquadra il fallimento nella categoria dell'evento. In effetti, tale negazione sembra il frutto di una precisa scelta finalizzata a rendere tale elemento svincolato dal nesso causale. Una scelta che viene definita «di semplificazione organizzativa processuale di rara intelligenza, peccato però che ad essere sacrificato – a causa di tale scelta – sia un principio costituzionale portante del sistema penale»⁵³.

In realtà non mancano critiche anche in tema di offensività: «la dichiarazione di fallimento non può assurgere a elemento costitutivo del reato giacché non ha contenuto offensivo, essendo anzi predisposta per tutelare gli interessi dei creditori. Per giunta essa è opera del giudice, e in certi casi l'imprenditore è addirittura obbligato a chiederla»⁵⁴. Il fallimento, dunque, non sarebbe dotato di adeguata carica di disvalore tale da elevarsi a elemento costitutivo del reato.

⁴⁸ Così A. MANNA, *op. cit.*, 67.

⁴⁹ A. NISCO, *op. cit.*, 2.

⁵⁰ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 146, del 1982; ordinanza n. 636 del 1987, in *Dejure*.

⁵¹ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Diritto Penale*, IV, Milano, 2003, 1011-1012. Si veda in proposito anche F. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Roma, 1971, 230. In dottrina si riscontrano isolate condivisioni della natura di condizione di esistenza del reato da attribuire alla dichiarazione di fallimento, in proposito si veda M. PUNZO, *op. cit.*, 92.

⁵² G. FLORA, *op. cit.*, 4.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ In proposito si veda C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, *op. cit.*, 898; U. GIULIANI BALESTRINO, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, 113.

Il nostro ordinamento, peraltro, non conosce un elemento costitutivo del reato, cronologicamente successivo alla condotta, che non richieda un legame causale con essa. Detto orientamento non è stato accolto dalla dottrina, eccezione fatta per un'isolata posizione⁵⁵, che ha condiviso tale assunto ermeneutico sul presupposto che fosse pienamente compatibile con il principio di colpevolezza. «Il fallimento, pur costituendo un fatto processuale di per sé indipendente dalla volontà dell'agente e indipendente dalla sua condotta, ben può essere previsto come possibile o probabile in presenza di determinate situazioni di crisi o precisi dell'impresa e anche nell'ipotesi in cui la natura dell'operazione, pur tenuta in una situazione di impresa sana, ne possa in qualche modo incrinare la solidità»⁵⁶. Tale autore è stato fermamente convinto dell'idoneità lesiva delle condotte precedenti il fallimento e della possibilità di coadiuvare una simile impostazione con il principio di colpevolezza. «Pertanto le procedure concorsuali possono essere considerate nei reati di bancarotta come elementi costitutivi essenziali o significativi, il cui verificarsi deve costituire oggetto del rimprovero all'autore della condotta e dunque debbono costituire oggetto del dolo, unitamente al verificarsi del descritto evento dannoso»⁵⁷. Un fallimento da intendersi come elemento costitutivo del reato, con il quale si accerta la *deminutio patrimonii* che costituisce l'evento fondante della consumazione del reato e che deve essere collegato psicologicamente alla condotta posta in essere dall'imprenditore. In realtà questa opzione ermeneutica rappresenta l'unico esempio di "recepimento con correttivo" espresso dalla dottrina in relazione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario. L'Autore, in particolare, ritiene che qualora l'imprenditore preveda o si rappresenti la possibilità che dalla sua condotta scaturisca il fallimento, questa previsione soddisferebbe il rispetto dell'art. 27 Cost. Tanto perché detta "valutazione" conseguirebbe necessariamente al ruolo di elemento essenziale del fallimento e «alla peculiare natura dell'elemento in questione senza cui non è riconoscibile la stessa natura illecita della condotta bancarottiera»⁵⁸. Dunque in quanto elemento essenziale, il fallimento necessiterebbe di essere quantomeno "coperto" da questo tipo di atteggiamento psicologico da parte dell'imprenditore.

Peraltro, tale inquadramento nel nucleo degli elementi costitutivi della fattispecie di bancarotta costituirebbe un'«operazione ermeneutica, non solo del tutto

⁵⁵ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 72 che, al riguardo, prende come punto di partenza, il dato testuale della norma, giungendo alla conclusione che il precetto legislativo contenuto nei reati fallimentari, alla luce anche dei principi costituzionali sia: *non debbono tenersi quelle condotte che diminuendo il patrimonio a disposizione del soddisfacimento dei creditori all'avvio delle procedure concorsuali li danneggiano, a cui si lega necessariamente sul piano della colpevolezza la previsione di tutti gli elementi costitutivi del precetto*. Tale ricostruzione garantirebbe il pieno rispetto del principio di colpevolezza: *va da sé che a essere oggetto di rimprovero non è il fallimento, ma l'aver causato con le condotte fraudolente una diminuzione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori, che senza il fallimento non esisterebbero*, in ciò intravedendosi un legame soggettivo tra la condotta del soggetto agente e la *deminutio patrimonii*.

⁵⁶ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, op. cit., 80.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

corretta, ma in *bonam partem*, che non può violare il principio di tassatività»⁵⁹. Il restringimento dei fatti penalmente rilevanti, infatti, garantirebbe maggiore determinatezza alla fattispecie «circoscrivendo l'ambito temporale di rilevanza delle condotte e riducendo l'arbitrarietà della scelta in ordine al periodo della vita dell'impresa da assoggettare al sindacato penale»⁶⁰. Questa sarebbe, pertanto, l'unica ricostruzione ermeneutica in grado di garantire il rispetto dei principi di tassatività e colpevolezza e nel contempo di evitare che possano essere repressi le mere trasgressioni di regole di etica imprenditoriale, così impedendo una riaffermazione del principio *decoctor ergo fraudator*. In linea con esso, in tempi più recenti, un altro autore ha ricondotto la dichiarazione di fallimento «agli elementi più significativi della fattispecie»⁶¹ e ha espresso l'esigenza di una relativa soggezione al principio di responsabilità penale personale.

c) *Evento del reato*. La prevalente giurisprudenza di legittimità ha, dunque, dai primi anni cinquanta a oggi sempre optato, quanto alla dichiarazione di fallimento, prima per la natura di condizione di esistenza del reato e poi per quella di elemento costitutivo, ma non quale evento. In questo modo si è giustificata la possibilità che la stessa dichiarazione esulasse da qualsiasi schema di imputazione oggettiva – nesso eziologico – e soggettivo – nesso psicologico –. Questo convincimento si attagliava perfettamente, secondo tale corrente ermeneutica, alle ipotesi di bancarotta per distrazione⁶². Con la sentenza Corvetta, invece, si assiste all'interpretazione del fallimento quale evento del reato di bancarotta prefallimentare.

«Questa sentenza ha il merito di rimettere in discussione un orientamento granitico ma del tutto incoerente sul piano sistematico, nella misura in cui, da un lato, nega alla dichiarazione di fallimento natura di condizione obiettiva di punibilità e, dall'altro, la sottrae alle regole generali sull'imputazione oggettiva e soggettiva di cui

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, R. BORSIERI (a cura di) Padova, 2015, 341.

⁶² «Nessuna rilevanza in ordine alla configurabilità dei fatti di bancarotta fraudolenta di cui alla l. fall. art. 216 n. 1 può derivare dal fatto che la declaratoria di fallimento sia avvenuta a distanza di oltre due anni dalla commissione delle distrazioni fraudolente, in quanto gli atti di disposizione dei propri beni, di per sé non delittuosi, una volta intervenuto il fallimento, assumono il carattere di illeciti penali in qualunque tempo siano stati commessi e quindi anche in epoca non prossima al fallimento, a prescindere dai collegamenti eziologici e psicologici fra tali fatti di bancarotta e il fallimento stesso che, pur essendo il momento stesso del reato di bancarotta non ne costituisce l'evento», Cass. Pen., sez. V., n. 13588, 12 marzo 2010, in *Dejure*; in precedenza Cass. Pen., sez. V., 27 novembre 1985, Benedetti, rv. 171578; Cass. Pen., sez. V., 27 settembre 2006, Corsatto, rv. 235481. La dichiarazione di fallimento, dunque, non è l'evento della fattispecie di bancarotta, pertanto non occorre provare il legame eziologico tra questo e la condotta dell'imprenditore, anzi «pretenderlo sarebbe del tutto arbitrario», Cass. Pen., sez. V, n. 8327, 22 aprile 1998, Bagnasco, in *Dejure*. I sostenitori dell'orientamento in esame pongono a fondamento di tale conclusione la considerazione che l'espressione “se dichiarato fallito” non sarebbe idonea a descrivere un legame eziologico tra condotta e fallimento. Essi si basano, dunque, su di un mero dato semantico, sostenendo che allorquando il legislatore ha voluto richiedere un legame causale con l'avvenuto fallimento, lo ha fatto esplicitamente attraverso l'utilizzo del verbo cagionare, così tipizzandolo nella fattispecie incriminatrice.

agli artt. 40-43 c.p., senza giustificare in maniera plausibile il fondamento di questa regola»⁶³.

Non sono, tuttavia, mancate aspre critiche soprattutto quanto all'*iter* logico argomentativo adoperato dai Giudici di legittimità. Più in particolare, la Cassazione è pervenuta alla conclusione che il fallimento sia l'evento del reato utilizzando un ragionamento imperniato su questo tipo di «sillogismo»⁶⁴: tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, cronologicamente successivi alla condotta, sono evento del reato → la dichiarazione di fallimento è un elemento costitutivo della fattispecie di bancarotta, cronologicamente successivo alla condotta → la dichiarazione di fallimento è evento del reato di bancarotta. Al riguardo occorre considerare che se una singola premessa oppure entrambe le premesse sono false, la proposizione conseguente è necessariamente falsa. Invece, se le premesse sono entrambe vere, la conclusione può essere comunque falsa, come mostrano i cosiddetti paradossi logici che restano il principale limite di una logica formale, ovvero che prescinda dal contenuto dei singoli soggetti e predicati. Pertanto, il sillogismo è sì uno strumento necessario, ma di per sé solo non sufficientemente idoneo per arrivare alla verità. Provando ora a spostare questo discorso sul piano giuridico, e applicandolo al sillogismo argomentativo utilizzato nella sentenza Corvetta, è stato rilevato⁶⁵ che nella fattispecie di bancarotta vi è incertezza già nella premessa maggiore – non esistono elementi costitutivi della fattispecie, conseguenti alla condotta, che non siano evento del reato –, ma anche nella premessa minore – la dottrina confuta la natura di elemento costitutivo della dichiarazione di fallimento –. Ecco perché si ritiene che questo tipo di *iter* motivazionale abbia fondamenta molto dubbie. Se, infatti, il metodo utilizzato per giungere alla conclusione oggetto dell'impostazione esaminata non è valido, altrettanto non validi saranno i risultati cui esso perviene.

Questo orientamento è stato, altresì, sottoposto alle medesime critiche già formulate in relazione alla prospettata tesi della natura di condizione di esistenza del reato: si è puntualizzato, infatti, che il legislatore, nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare, non abbia voluto appositamente costruire reati fallimentari d'evento, tant'è che in altre ipotesi lo ha fatto espressamente – a esempio nella bancarotta societaria – utilizzando «sintagmi inequivoci quali “cagionare il dissesto”»⁶⁶. Nel nostro caso invece no. L'omissione, dunque, di tale tipizzazione nelle restanti ipotesi di bancarotta dovrebbe indurre a ritenere che il legislatore non abbia consapevolmente voluto elevare la sentenza dichiarativa di fallimento a evento del reato di bancarotta. A

⁶³ F. VIGANÒ, [*Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento?*](#), cit., 4. In tempi più recenti la sentenza Corvetta è stata commentata da A. MELCHIONDA, [*La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*](#), cit., 61.

⁶⁴ F. D'ALESSANDRO, op. cit., 367 e sulle aporie di un simile ragionamento si veda F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, op. cit., 9.

⁶⁵ Per un approfondimento di tale iter-motivazionale si veda F. D' ALESSANDRO, op. cit., 367.

⁶⁶ Così L. TROYER - A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie*, in *Le Società*, 3, 2013, 342.

conforto di questa opinione, si è, peraltro, puntualizzato che «concepire la bancarotta di cui all'art. 216 l. fall. come reato di evento resta la premessa indimostrata di tutto il ragionamento sviluppato dalla sentenza, premessa che si pone in contrasto con il dato normativo, sia perché l'art. 216 n. 1 – appunto – non prevede alcun evento, sia perché quando il legislatore ha inteso assegnare al fallimento o al dissesto la funzione di evento, ne ha fatto esplicita menzione (artt. 223, comma 2, 224 n. 2 l. fall.)»⁶⁷.

Alcune opinioni⁶⁸, poi, – per quanto minoritarie – nel ritenere impropria la natura di evento della declaratoria di fallimento, si soffermano su ulteriori aspetti a sostegno di tale tesi: non è detto che un elemento del reato, per quanto cronologicamente successivo alla condotta, debba necessariamente costituire l'evento della fattispecie. In altre parole, la sentenza dichiarativa di fallimento, secondo quest'ultima ricostruzione è un elemento essenziale della fattispecie di bancarotta, non necessariamente identificabile nell'evento per sole ragioni di tipo criminologico.

Non manca, peraltro, chi ritiene che il ruolo di evento non dovrebbe essere conferito alla dichiarazione di fallimento, bensì allo stato di dissesto, ossia all'insolvenza⁶⁹: «ponendosi in quest'ottica l'evento offensivo del reato di bancarotta fraudolenta consisterebbe in un vero e proprio “danno” al patrimonio dei creditori che sarebbe accertato una volta e per tutte con la sentenza dichiarativa di fallimento»⁷⁰.

d) *Elemento qualificante l'offesa propria del reato*. Questo orientamento⁷¹ consolida quello maggioritario ma aggiunge un *quid pluris*: conferisce al fallimento la specifica funzione di qualificare l'offesa propria del reato.

Tra i primi commentatori, si è immediatamente notato che tale opzione non riesce a spiegare il motivo per il quale un elemento successivo alla condotta, che qualifichi e attualizzi l'offesa, debba sottrarsi a ogni principio d'imputazione oggettiva e soggettiva⁷². Già ad una primissima analisi, infatti, un'aporia – anche piuttosto evidente – sembra contraddistinguere tale tesi. La giurisprudenza di legittimità in questa occasione, infatti, ha attribuito alla dichiarazione di fallimento la specifica funzione di attualizzare l'offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie di bancarotta: offesa che risulterebbe già perpetrata prima ancora dell'intervento del fallimento e più in particolare al momento della realizzazione delle condotte tipiche. Così confermandone, peraltro, la natura di reato di pericolo e facendone derivare la funzione di “elemento qualificante l'offesa propria del reato”. In sostanza, se la dichiarazione di fallimento non intervenisse, l'imprenditore, nonostante sia debitore in quel preciso momento storico, non verrebbe comunque punito per le condotte pregresse poste in essere e tipizzanti la bancarotta ma si dovrebbe attendere proprio l'intervento di quell'elemento – il fallimento – che è prettamente idoneo a qualificare e

⁶⁷ In tal senso F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento*, op. cit., 444 ss.

⁶⁸ G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 49.

⁶⁹ S. LONGHI, op. cit., 75 e in tempi più recenti A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in A. Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, 293.

⁷⁰ Per un più ampio e completo approfondimento di tale impostazione si rinvia a L. PISANI, op. cit., 1168.

⁷¹ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 32352, 7 marzo 2014, in *Dejure*; Cass. Pen., sez. V, n. 15613, 5 dicembre 2014, cit.

⁷² A. NISCO, *Il nesso oggettivo*, op. cit., 8.

attualizzare l'offesa ai creditori. In realtà, queste argomentazioni sembrano, invece, proprio conformarsi alla natura di condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento.

6. La posizione della dottrina: un'interpretazione prettamente letterale della norma ma più garantista.

«Che il fallimento sia 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 con il fallimento o nel fallimento...il fallimento è l'ambiente proprio dei reati di bancarotta. E in questo senso ben può chiamarsi una condizione del reato»⁷³.

La "monolitica" posizione dottrinale sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento è da rinvenirsi in un preciso presupposto: «il bancarottiere è punito per aver pregiudicato la garanzia, ma in quanto sopravvenga il fallimento»⁷⁴. È solo, infatti, con il fallimento che «l'offesa dei diritti dei creditori, potenzialmente contenuta nelle precedenti violazioni degli obblighi giuridici imposti al commerciante, diviene effettiva e rilevante».⁷⁵ «L'imprenditore, dunque, è libero di disporre liberamente della cosa propria»⁷⁶ – nei limiti previsti dagli artt. 41 e 42 Cost. –, questo almeno fino a che non intervenga il fallimento. Fino a quel momento, infatti, «il debitore è, giuridicamente, in grado di adempiere e di impedire, adempiendo, la realizzazione forzata delle pretese creditorie»⁷⁷.

In questo quadro la dichiarazione di fallimento trasforma il pericolo derivato dalle condotte di bancarotta nel danno effettivo agli interessi dei creditori. La dottrina maggioritaria, pertanto, ritiene che tale istituto, in quanto «sbocco naturale» del depauperamento delle risorse dell'impresa, rivesta la natura propria di condizione obiettiva di punibilità. L'intervento di tale sentenza, infatti, determina la punibilità della fattispecie di bancarotta, a prescindere dalla ricostruzione di un legame soggettivo con la condotta dell'imprenditore. D'altronde, «la scelta di escludere che la stessa costituisca l'evento del reato è stata dettata da dichiarati obiettivi di politica criminale perseguiti dai compilatori della legge fallimentare»⁷⁸: la configurazione del fallimento come evento del reato indebolirebbe – perché bisognerebbe provare il

⁷³ G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1926, 437.

⁷⁴ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, op. cit., 439.

⁷⁵ G. DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, 1926, ora in *Diritto penale*, II, 1137.

⁷⁶ Così F. MUCCIARELLI, [Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, 395.

⁷⁷ G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, 1935, ora in *Diritto penale*, II, 871.

⁷⁸ G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2017, 2689.

collegamento causale tra la condotta e l'evento – troppo la difesa penale del credito che alimenta le imprese commerciali⁷⁹»

Condizione obiettiva di punibilità, secondo la formulazione legislativa di cui all'art. 44 c.p., questo è il fermo convincimento della dottrina: il fallimento rileva a prescindere che l'imprenditore lo abbia voluto o meno determinare come conseguenza della propria condotta.

a) *Condizione obiettiva di punibilità*

«La sentenza dichiarativa di fallimento opera come condizione di punibilità, non contribuendo in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, ma esprimendo solo una valutazione di opportunità in ordine all'inflizione della pena»⁸⁰. Questa la sintesi dell'opinione maggioritaria della dottrina⁸¹; occorre pertanto approfondire le caratteristiche tipiche delle condizioni obiettive di punibilità per meglio comprendere le istanze di tale opzione interpretativa.

Norma di riferimento è l'art. 44 c.p. in cui viene tipizzato «un qualcosa di aggiuntivo o supplementare rispetto al fatto illecito: un avvenimento concomitante o successivo alla condotta che non va a completare un fatto di reato, ma si limita a rendere punibile il fatto medesimo, già identificato e strutturato secondo le sue note essenziali di disvalore»⁸². Le condizioni obiettive di punibilità si caratterizzano principalmente per la loro autonomia dal giudizio di responsabilità penale a titolo personale, motivo, questo, per il quale costituiscono un istituto fortemente discusso; in dubbio è la loro compatibilità con il principio di colpevolezza, anche se si è puntualizzato che «il problema della compatibilità delle c.o.p. con il principio di

⁷⁹ Si veda Disciplina del fallimento del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, con allegata relazione ministeriale alla maestà del Re Imperatore, Roma, 1942, 48.

⁸⁰ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV, Milano, 2012, 376.

⁸¹ Senza alcuna pretesa di completezza si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, F. GROSSO (a cura di), Milano, 2008, II, 55; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Bologna, 2003, 108; E. M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E. M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 207; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 24; G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1145; G. CASAROLI, *Artt. 216-241*, in MAFFEI - ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1408; L. CONTI, *op. cit.*, 111; G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Padova, 1935, 41; C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 560; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 15; C. PEDRAZZI, *sub art. 216 l. fall.*, in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito – art. 216-227*, in *Commentario SCAJOLA-BRANCA. Legge fallimentare*, (a cura di) F. GALGANO, Bologna, 1995, 16.

⁸² Si veda M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, 55; G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 618; F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig.*, XIV, Torino, 1967, 588; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440; M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, 592; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 169.

responsabilità penale personale si può porre solo se le c.o.p. fanno parte del reato»⁸³, in quanto tale principio si riferisce all'illecito penale, non a entità giuridiche estranee a esso. In realtà, è la stessa norma di riferimento a essere ambigua: essa rispecchia la poca chiarezza che in materia aveva il legislatore dell'epoca⁸⁴. Secondo alcuna dottrina⁸⁵ si ha condizione obiettiva di punibilità quando operando mentalmente la relativa eliminazione il fatto conserva la natura di accadimento dannoso così non essendo necessario nemmeno un nesso di causalità materiale con la condotta⁸⁶. «Occorre, però, che sia completamente estraneo al precetto giuridico, e cioè che sia di natura tale da non potersi concepire, rispetto all'agente, un divieto di realizzarlo»⁸⁷.

L'art. 44 c.p. non definisce tale istituto, non ne chiarisce la distinzione rispetto agli elementi costitutivi del reato e ne enuncia solo il criterio di imputazione, precisando che le c.o.p. non debbano essere – necessariamente – oggetto del dolo. In dottrina, tuttavia, si ritiene che da detta norma, nonostante le carenze evidenziate, è comunque possibile desumere i seguenti «caratteri normativo-concettuali delle condizioni di punibilità: imputabilità oggettiva dell'evento-condizione e conseguente diversità (legislativamente non esplicitata) rispetto agli *essentialia delicti* ai quali, viceversa, va sempre riferita la volontà colpevole; estraneità delle condizioni rispetto all'antigiuridicità⁸⁸; natura supplementare delle condizioni rispetto al fatto tipico di reato⁸⁹».

Tali condizioni sono definite "obiettive" poiché rilevano solo in quanto esistenti e a prescindere da riscontri soggettivi dell'agente⁹⁰. Alla luce di un simile dato normativo è più che evidente la difficoltà, sentita già dall'introduzione di questo istituto nel 1930, di distinguere le condizioni di punibilità dagli elementi strutturali del reato⁹¹. La giurisprudenza, dal canto suo, già con la stessa sentenza Mezzo stabiliva che la condizione obiettiva di punibilità, quali che siano le incertezze in ordine alla esatta nozione della stessa, risponde alla caratteristica di non far parte dell'insieme degli elementi necessari per l'esistenza del reato, inteso questo come fatto lesivo di un interesse penalmente protetto⁹². E in epoca successiva veniva precisato che «nel concetto di "fatto" si dovesse comprendere il complesso degli elementi materiali attribuibili all'agente «perciò ne restano escluse non solo le circostanze ma anche le condizioni obiettive di punibilità, intese come quegli elementi obiettivi estrinseci

⁸³ A. ALESSANDRI, *Commento art. 27 Cost.*, in BRANCA - PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, 96.

⁸⁴ Si veda in proposito *Lavori preparatori al Codice penale*, IV, 1929, 130. Per un approfondimento si veda F. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, *op. cit.*, 10 e ss.

⁸⁵ O. VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, Firenze, 1932, 55.

⁸⁶ Così P. CURATOLA, voce *Condizioni di punibilità*, in *Enc. Dir.*, 1961, VIII, 812.

⁸⁷ In tal senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 760.

⁸⁸ Così T. PADOVANI, *op. cit.*, 1.

⁸⁹ M. ROMANO, *op. cit.*, 476.

⁹⁰ J. BAUMANN – U. WEBER, *Strafrecht*, 8, Aufl., 1977, 490.

⁹¹ In questo senso A. ALESSANDRI, *Art. 27, primo comma*, *op. cit.*, 96.

⁹² Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., n. 2, 25 gennaio 1958, Mezzo, in *Giust. Pen.*, 1958, 513, con nota di G. SABATINI, *op. cit.*

all'azione o all'omissione, concomitanti o successivi all'esecuzione del fatto, senza il concorso dei quali questo non è punibile, ossia gli elementi estranei al processo esecutivo del reato, posti dalla legge a carico dell'agente ancorché non voluti»⁹³.

Secondo alcuni autori «l'oscurità e la scarsa funzionalità della norma sono dovute anche alla non chiara percezione da parte dei compilatori e della dottrina dell'epoca delle differenze tra condizioni di punibilità (intese come requisiti attinenti alla mera esecuzione della pena) e condizioni di esistenza del reato (concepite come eventi estranei rispetto al fatto, concomitanti o successivi alla condotta, ma in rapporto di – possibile – derivazione causale da essa) e tra queste ultime e gli elementi costitutivi del reato».⁹⁴

In seno alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità, è stata operata una distinzione tra condizioni *intrinseche* ed *estrinseche*: «le prime consistenti in fattori portatori di un interesse solo formalmente estraneo al reato ma sostanzialmente del medesimo tipo o comunque prossimo rispetto a quello del reato stesso»⁹⁵. Le seconde, invece, sono «del tutto estranee alla sfera di lesività propria del fatto tipico, destinate a far interagire il disvalore della condotta con un accadimento esterno, in assenza del quale si preferisce non sanzionare penalmente una condotta comunque corrispondente al tipo legale e connotata altresì da antigiuridicità e colpevolezza».⁹⁶

La caratteristica tipica di tali condizioni, in particolare di quelle intrinseche, è, come anticipato, la difficile compatibilità con l'art. 27 Cost.; la norma ex art. 44 c.p., infatti, prevede la responsabilità del soggetto agente per il sol fatto che si sia verificata una condizione e non anche perché l'evento costitutivo della condizione che si è venuto a realizzare sia scaturito dalla sua condotta. Secondo l'opinione di dottrina maggioritaria le c.o.p. si collocano all'esterno del reato ed è solo aderendo a questa interpretazione che è possibile ritenerle "legittime" in seno al nostro ordinamento: se sono esterne al reato, allora non è necessario che siano oggetto di dolo e del relativo giudizio di responsabilità penale personale. In dottrina si è anche puntualizzato, al riguardo, che «la questione del titolo soggettivo o oggettivo di imputazione si può porre solo con riferimento a elementi costitutivi del reato e ciò perché il richiamo alla condizione obiettiva ha un senso solo se accanto alla categoria delle condizioni obbiettive esiste corrispondentemente la categoria delle condizioni subiettive»⁹⁷. Per tale dottrina, dunque, il problema è l'eventuale contenuto offensivo attribuibile a tali condizioni e in proposito potrebbe essere plausibile ritenere che il legislatore volesse far rientrare, almeno originariamente, elementi che esprimano un *quantum* di offesa o che quindi contribuiscano a definire il disvalore del fatto; anche perché a pensarla diversamente, secondo tale autore, non avrebbe avuto alcun senso stabilire l'irrelevanza del collegamento doloso in rapporto a elementi del tutto estranei alla sfera del divieto e

⁹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 11 luglio 1967, Sugameli, in Cass. Pen., 1968, 419.

⁹⁴ G. CASAROLI, *Sub art. 44*, in *Codice penale*, Milano, 2014, 330.

⁹⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, op. cit., 479.

⁹⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, op. cit., 478; F. BRICOLA, *Voce Punibilità (condizioni obbiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 588; A. ALESSANDRI, *Commento art. 27 Cost.*, op. cit., 1.

⁹⁷ F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1444-1445.

quindi privi di significato in termini di offensività⁹⁸. D'altronde la funzione dell'art. 44 c.p. non è quella di vanificare l'elemento psicologico delle fattispecie che contengono condizioni obiettive di punibilità, ma soltanto di imputare obbiettivamente alcuni elementi periferici di fattispecie penali⁹⁹.

Chiaramente, le difficoltà di conciliare questo istituto con il giudizio di colpevolezza accentuano le problematiche di compatibilità della dichiarazione di fallimento con l'attribuita natura di c.o.p. e, proprio per questo motivo, la dottrina si divide tra quanti includono detto istituto nelle c.o.p. intrinseche e quanti la ritengano una c.o.p. estrinseca.

b) Condizione obiettiva di punibilità intrinseca

Secondo Delitala¹⁰⁰, il fallimento costituisce una condizione al solo verificarsi della quale si produce la lesione al bene tutelato; motivo, questo, per il quale la relativa dichiarazione necessita di essere ricompresa tra le condizioni obiettive di punibilità intrinseche. Il pensiero di tale Autore costituisce il modello interpretativo di tutte le elaborazioni sviluppatesi successivamente in dottrina. Questo orientamento ritiene che la dichiarazione di fallimento avrebbe non solo la capacità di qualificare penalmente i fatti di bancarotta ma anche di incidere sul bene tutelato approfondendone l'offesa¹⁰¹.

«La qualificazione di una condizione come intrinseca vuol significare che essa contribuisce a rendere più evidente, ossia ad attualizzare l'offesa di quell'interesse che è già potenzialmente realizzata dal fatto in senso stretto. La sentenza dichiarativa di fallimento rende attuale e qualifica come processuale quell'interesse la cui lesione è già potenzialmente racchiusa in una serie di fatti di bancarotta, commessi nella cosiddetta zona di rischio penale»¹⁰². Poiché, dunque, le c.o.p. intrinseche si caratterizzano per la funzione di attualizzare un'offesa già potenzialmente perpetrata dalla condotta dell'imprenditore, e poiché il fallimento sembra esplicare proprio detta funzione, ne consegue che il fallimento debba considerarsi una c.o.p. intrinseca.

La sentenza dichiarativa di fallimento, quindi, si connoterebbe per alcune caratteristiche peculiari: sarebbe atta a qualificare l'interesse leso dal fatto costitutivo del reato, o addirittura a imprimere il crisma dell'illiceità agli atti di disposizione compiuti dall'imprenditore sui propri beni.¹⁰³ Tale dottrina, dunque, giudicava sempre vietati gli atti che, per loro natura e per direzione soggettiva, tendono a creare una situazione di squilibrio tale tra attivo e passivo che, in rapporto alla capacità dell'impresa e alle normali vicende commerciali, si può ritenere insuperabile. Leciti, invece, sarebbero quegli atti che «pur aumentando eventualmente il passivo e rendendo più aleatorio l'adempimento di certe obbligazioni, sono espressione normale dell'attività commerciale, che è tutta fondata sul principio speculativo, sempre se

⁹⁸ F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, op. cit., 1451.

⁹⁹ Così F. BRICOLA, *Voce Punibilità*, op. cit., 594.

¹⁰⁰ M. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, op. cit. 437.

¹⁰¹ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, op. cit., 42; F. BRICOLA, *voce Punibilità*, op. cit., 594.

¹⁰² F. BRICOLA, op. cit., 594. Opta per tale natura anche G. FIANDACA, *Diritto penale*, op. cit., 751.

¹⁰³ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., 42.

compiuti da un'impresa economicamente sana»¹⁰⁴. Ciò nonostante, essa non propendeva per l'utilizzo di un criterio causale: «la causazione del dissesto non è presa in considerazione dalla legge (salvo che in casi espressi), essendo il dissesto normalmente frutto di una serie di fattori non dominabili dalla volontà, il cui accertamento potrebbe determinare un inaccettabile regresso all'infinito negli atti d'impresa; d'altra parte, un nesso causale non sarebbe riconducibile agli elementi di reato, dal momento che, salvo casi patologici eccezionali, nessun imprenditore vuole fallire»¹⁰⁵. L'autore, dunque, si sofferma sulla constatazione che il fallimento, in quanto circostanza "negativa" nella storia di un'impresa, non dovrebbe essere voluta da nessun imprenditore – almeno in linea di massima – e pertanto si verifica quale avvenimento slegato da ogni legame oggettivo e soggettivo con la condotta dello stesso, tuttavia è portatore di un interesse prossimo a quello leso ai creditori, e per questo motivo deve rientrare nell'ambito delle c.o.p. intrinseche.

Questa tesi di Nuvolone è stata fortemente criticata in quanto condurrebbe a una eccessiva restrizione della punibilità: così argomentando, infatti, vi sarebbe il fondato rischio di limitare la punibilità alle sole condotte realizzate in costanza di insolvenza, lasciando impunte le pur gravi condotte che intenzionalmente la generano¹⁰⁶. Ne sono, però, stati rilevati anche i pregi; tale impostazione, infatti, evidenzerebbe un parametro di adeguatezza della condotta rispetto alla normalità delle vicende commerciali che funge da primo "segnale d'allarme" della tipicità ed è legato all'insolvenza in quanto dato strutturale della fattispecie¹⁰⁷ –: evitare che penda sulla vita dell'impresa, come una vera e propria spada di Damocle, la possibilità che ogni iniziativa presa in passato possa, in futuro, un giorno, trasformarsi in un grave reato¹⁰⁸. In sintesi: da un lato la tutela della libertà d'iniziativa dell'imprenditore; dall'altro il tentativo di porre un freno a quel regresso all'infinito che caratterizza la giurisprudenza in materia.

c) *Condizione obiettiva di punibilità estrinseca*

In seno alla dottrina, gran parte degli autori¹⁰⁹ ritengono che il fallimento costituisca una c.o.p. estrinseca: nell'ottica di salvaguardare l'iniziativa economica privata, non si riterrebbe opportuno avviare azioni penali che abbiano a oggetto le fattispecie di bancarotta prima che l'impresa sia concretamente venuta meno. «Coerentemente con la natura di condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, la sentenza dichiarativa di fallimento sancisce la opportunità di sottoporre alle gravi

¹⁰⁴ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., 29.

¹⁰⁵ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., 31-32.

¹⁰⁶ C. PEDRAZZI, sub art. 216 l. fall., op. cit., 11-12; N. PISANI, *Attualità dell'offesa e «zona di rischio penale» nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, op. cit., 10-11.

¹⁰⁷ Tale intuizione è perfettamente evidenziata da D. FALCINELLI, voce *Reati fallimentari*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2010, 718.

¹⁰⁸ A. LANZI, *La tutela penale del credito*, Padova, 1979, 217.

¹⁰⁹ Ex multis si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 728; A. PAGLIARO, *Principi*, op. cit., 407; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Codice*, op. cit., 751.

sanzioni penali contemplate per i delitti di bancarotta condotte rispetto alle quali il legislatore non ha ritenuto necessario un sindacato penale fin tanto che l'impresa è ancora vitale e può quindi ancora assicurare il soddisfacimento delle ragioni creditorie. Quando tale prospettiva definitivamente tramonta – quale ne sia il motivo – la ragione d'opportunità svanisce e i comportamenti pregressi, in quanto già espressivi dell'offesa, divengono punibili (o, come ritiene la teoria quadripartita, acquistano il nome di reato)¹¹⁰.

I pregi di tale linea interpretativa sarebbero da riscontrare nella solidità logico-giuridica che tale impostazione fornisce, ossia «allocare correttamente il disvalore sulle condotte di bancarotta»¹¹¹, ed evitare presunzioni di dolo. Nel contempo la declaratoria di fallimento costituirebbe una condizione estrinseca e come tale immune da censure di costituzionalità perché compatibile con il principio di colpevolezza¹¹².

Attribuire al fallimento il carattere di condizione obiettiva di punibilità intrinseca, invece, «metterebbe in questione – secondo Pedrazzi – la costituzionalità della fattispecie in esame alla luce del principio di personalità della responsabilità penale» (ex art. 27, comma 1, Cost.)¹¹³.

Il fallimento, in particolare, «segna il passaggio dalla potenza all'atto e, quindi, l'irreversibilità dell'offesa ai creditori, il momento in cui il danno attualizzandosi si fa misurabile»¹¹⁴. Ma, poiché non si richiederebbe l'esistenza di un nesso causale tra la condotta dell'imprenditore e il fallimento stesso, sebbene questo denoti l'attualità del danno, ci si troverebbe di fronte a una condizione obiettiva di punibilità – estrinseca –. «Il danno evidenziato dalla dichiarazione di fallimento non coincide con quello prodotto dalle condotte di bancarotta, laddove l'incidenza delle condotte tipiche è soltanto eventuale»¹¹⁵, eventualità che si tramuta in definitiva concretizzazione grazie all'intervento della declaratoria fallimentare. Questa ricostruzione risulterebbe perfettamente compatibile con l'art. 27 Cost; la dichiarazione di fallimento non è, infatti, soggettivamente riconducibile all'agente «ancorché al suo verificarsi maturino taluni parametri di qualificazione del fatto in senso stretto» – e, pertanto, sarebbe inutile porsi un problema di colpevolezza –. Il fatto non deve essere imputato all'imprenditore e in quanto tale non occorre nemmeno porsi il problema del relativo giudizio di responsabilità a titolo personale.

Tale opzione determina come prima e più immediata conseguenza una valutazione “progressiva per gradi” del livello di offensività dell'atto di disposizione verso un bene di tipo patrimoniale¹¹⁶. Passibile pertanto di un accertamento

¹¹⁰ F. MUCCIARELLI, [*Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*](#), cit., 362.

¹¹¹ Così F. D'ALESSANDRO, op. cit., 366.

¹¹² C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, op. cit., 364.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in onore di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 1137-1139.

¹¹⁵ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, op. cit., 1142.

¹¹⁶ C. PEDRAZZI, *Sub art. 216 l. fall.*, op. cit., 11.

contestualizzato al momento della realizzazione della condotta e svincolato da quello in cui l'imprenditore viene dichiarato fallito – di qui la natura propria di condizione obiettiva di punibilità estrinseca –. La declaratoria di fallimento pertanto «cristallizza l'offensività senza nulla aggiungervi»¹¹⁷ e «dona una connotazione di definitività all'attitudine lesiva di tali fatti che si colora come danno»¹¹⁸. Se, allora, la fattispecie tipica di bancarotta è già integrata a prescindere dall'intervento del fallimento, in termini di pericolo concreto, al riguardo, ci si è chiesti cosa potrebbe accadere per quelle condotte tipiche la cui pericolosità non sia più attuale al momento del fallimento¹¹⁹. «Si pone cioè la necessità di restringere la portata dell'incriminazione alle sole condotte pericolose la cui potenzialità causale non sia spenta al momento del fallimento»¹²⁰. In altre parole, affinché possa reggere l'impianto di questa tesi, occorre che ci si trovi in presenza di condotte la cui potenziale pericolosità si protragga fino all'intervento del fallimento. Ne consegue che per le condotte non più provviste di questa potenzialità, viene invocato un limite di operatività della condizione che l'Autore riconosce e rinviene in un preciso dato normativo: l'art. 219 l. fall. Questa norma, infatti, richiede che le eventuali conseguenze dannose derivanti dalla condotta siano valutate al momento della dichiarazione di fallimento e rilevino «nei soli confronti delle condotte tipiche che nel momento in cui interviene la condizione di punibilità conservino un'attualità di attitudine offensiva»¹²¹. Tale soluzione, secondo l'Autore, determinerebbe un equo contenimento della repressione che dovrebbe vietare una valorizzazione penalistica di atti d'impresa la cui offensività possa dirsi, al tempo del fallimento, disattivata da condotte riparatorie¹²². Occorre, pertanto, che sussista la pericolosità dell'offesa al momento in cui l'imprenditore viene dichiarato fallito.

Secondo Pedrazzi, in particolare, le condotte tipiche di bancarotta producono un *loro tipico effetto immediato*¹²³: la *deminutio patrimonii* dell'imprenditore. Ebbene, questa diminuzione in sé non è peggiorativa anzi «è del tutto inoffensiva, dato che l'offesa si realizza quando in virtù dell'assottigliamento reale o fittizio delle attività, il patrimonio del debitore viene reso inadeguato o fatto apparire inadeguato alla sua funzione di garanzia»¹²⁴, così determinando uno squilibrio tra attività e passività. Per constatare un simile disequilibrio «bisognerà guardare al patrimonio dell'impresa come se essa dovesse essere posta in liquidazione: se l'attivo realizzabile risultasse, a una valutazione imparziale, almeno pari alle passività sia certe che probabili, l'equilibrio sarebbe salvaguardato; a partire invece dal momento in cui il pareggio con le passività venisse raggiunto impiegando, oltre tutto l'attivo realizzabile anche il passivo, sia pure solo parzialmente, non potrebbe più parlarsi di equilibrio del

¹¹⁷ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, op. cit., 351.

¹¹⁸ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, op. cit., 362.

¹¹⁹ A. NISCO, op. cit., 7.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ C. PEDRAZZI, Sub art. 216 l. fall., op. cit., 24.

¹²² C. PEDRAZZI, Sub art. 216 l. fall., op. cit., 25.

¹²³ C. PEDRAZZI, *Commentario SCAJOLA - BRANCA*, op. cit., 67.

¹²⁴ C. PEDRAZZI, *Commentario SCAJOLA - BRANCA*, op. cit., 69.

capitale perché l'impresa non produrrebbe ma consumerebbe ricchezza e...in assenza di correttivi....si verserebbe in stato di dissesto»¹²⁵. Questa ricostruzione, in effetti, non presuppone per un preciso motivo né l'esigenza di un legame oggettivo né soggettivo tra il fallimento e la condotta del soggetto agente: esso costituirebbe "un evento" tutt'altro che dominabile da parte dell'imprenditore. In più l'assenza di tali legami potrebbe in realtà trovare una propria legittimazione nella stessa lettera della norma: essa non dice "se fallisci ti punirò"¹²⁶, proprio perché l'imprenditore non sarebbe in grado di domare il fallimento che non potrebbe pertanto essere lui attribuibile.

Quello che, invece, è possibile attribuire all'imprenditore è la responsabilità di quanto, seppur da lui non voluto né causato, viene a prodursi come condizione al cui verificarsi il legislatore ritiene plausibile la sua punibilità, ossia il fallimento. Tale condizione, dunque, risulterebbe del tutto estranea alla sfera di lesività propria del fatto tipico di bancarotta, ma sarebbe in grado di far interagire il disvalore della condotta con un accadimento esterno. Non è peraltro da trascurarsi che un autore come Manzini, nel premettere che la norma di cui all'art. 44 non può servire a una «completa considerazione delle condizioni di punibilità»¹²⁷, evidenziava che tale norma si riferisce solo alle condizioni estrinseche al fatto, «mentre le condizioni soggettive si identificano con gli elementi costitutivi del reato, anche perché non sono mai estrinseche all'esecuzione di esse»¹²⁸. L'Autore, inoltre, aveva elaborato un interessante distinguo, al riguardo, tra condizioni di punibilità del fatto e condizioni di punibilità del reato: le prime sono gli elementi obiettivi, estrinseci all'azioni e all'omissione, concomitanti o successivi all'esecuzione del fatto stesso, senza il concorso dei quali questo non è punibile poiché non costituisce reato. Se queste non si verificano il fatto non costituisce reato «in modo assoluto, né in concreto, né in astratto. Esse sono stabilite in applicazione del principio di politica criminale, per cui non si ritiene giustificata la punizione se non quando risulti necessaria»¹²⁹. In presenza delle seconde, invece, il reato può ritenersi potenzialmente completo, in quanto la punibilità del fatto non è sottoposta dalla legge al verificarsi di alcuna condizione oggettiva. «In tali ipotesi il fatto costituisce reato in astratto, ma non in concreto»¹³⁰. E da un simile distinguo la dichiarazione di fallimento sembra precipuamente corrispondere alle caratteristiche tipiche della condizione di punibilità del fatto, che può essere solo estrinseca.

7. La decisione della Cassazione.

Questo *excursus* è apparso propedeutico a comprendere la portata del principio di diritto enunciato nella sentenza in commento: dal 1958 a oggi la ricostruzione

¹²⁵ Per una più completa e approfondita disamina si veda G. CHIARAVAGLIO, *op. cit.*, 4.

¹²⁶ G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, *op. cit.*, 859.

¹²⁷ Così V. MANZINI, *Diritto penale*, Torino, 1948, 561.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Così P. DE GENNARO, *La bancarotta*, Napoli, 1930, 164 ss.; V. MANZINI, *Diritto penale*, *op. cit.*, 563.

giurisprudenziale elaborata dalla sentenza Mezzo sembra essere stata per così dire «tramandata» di sentenza in sentenza, senza che – tranne in sporadici casi – ne siano state messe in discussione le fondamenta. È come se da allora in poi nessuno si fosse seriamente interrogato sulla reale efficacia di questa ricostruzione, sull’impatto pratico e dogmatico e sul rapporto costi/benefici quanto al sacrificio di principi fondamentali, operato in nome della esigenza prammatica di individuare il *locus* e il *tempus commissi delicti*.

La Suprema Corte, nella pronuncia in esame, invece, ritiene infondato il ricorso e l'*incipit* delle considerazioni in diritto è una precisa "dichiarazione di intenti": «questo Collegio ritiene, in adesione all'opinione della prevalente dottrina, che la dichiarazione di fallimento costituisca, rispetto al reato di bancarotta prefallimentare, condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, ai sensi dell'art. 44 c.p.»¹³¹.

L'*iter* motivazionale è essenziale: la Cassazione, dopo un breve *excursus* della posizione dominante in giurisprudenza, e delle isolate eccezioni come la sentenza Corvetta, sostiene anche che «il fallimento in quanto tale non costituisce oggetto di rimprovero per l'agente nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale....peraltro non si vede in che modo – il legislatore – potrebbe qualificare come elemento costitutivo di una fattispecie criminosa quello che è un provvedimento del giudice: la dichiarazione di fallimento, appunto»¹³². Parte poi da un primo punto fermo che utilizzerà come perno per le deduzioni finali cui perviene: l'art. 41 della Costituzione impone che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Da questo presupposto consegue che, secondo la Corte, l'imprenditore non debba essere considerato il *dominus* assoluto e incontrollato dei beni aziendali. Così concludendo che l'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza già con l'atto depauperativo e lasciando intendere che le ipotesi di bancarotta prefallimentare configurano reati di pericolo avente natura di mera condotta. «Osserva giustamente la sentenza in commento che nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare l'offensività dei fatti si realizza con la lesione dell'interesse al soddisfacimento dei creditori sulla garanzia patrimoniale dell'imprenditore individuale, rappresentata dal patrimonio di quest'ultimo (art. 2740 c.c.); ragion per cui, nel compiere atti distrattivi sui beni aziendali, l'imprenditore viola il vincolo di sostanziale indisponibilità "in negativo" che su di essi è impresso dall'essere preordinati al raggiungimento del profitto a al soddisfacimento degli interessi dei creditori, prima che si giunga alla decozione conclamata. Sicché l'offensività delle condotte di bancarotta prefallimentare, sarebbe già integrata allorché sia compiuto l'atto depauperativo che realizza la lesione al patrimonio dei creditori al corretto soddisfacimento delle proprie pretese creditorie»¹³³.

La Suprema Corte passa poi a evidenziare che il carattere antigiusuridico della condotta di depauperazione, incriminata dal reato di bancarotta fraudolenta

¹³¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*.

¹³² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, *Dejure*.

¹³³ N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un importante revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1158.

patrimoniale, a prescindere dall'intervento della dichiarazione di fallimento, «non è messa in discussione dalla specificità della bancarotta preferenziale»¹³⁴. Tanto perché il fatto che tale ipotesi presupponga un contesto di insolvenza «deriva dalle specifiche finalità perseguite dal legislatore, che, in questo caso, mira proprio a evitare un pregiudizio per le ordinarie regole del concorso tra i creditori»¹³⁵. Ma anche in questi casi l'offensività sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento – il pagamento preferenziale, dice la Corte, eseguito in una situazione di insolvenza, tendendo ad alterare le ordinarie quote di soddisfazione delle ragioni creditorie, «comunque si qualifica come un atto pregiudizievole»¹³⁶ –: questa, dunque, assolve alla mera funzione di rendere applicabile la sanzione penale», non essendo in alcun modo utile alla risoluzione della crisi.

Secondo la Corte, dunque, la dichiarazione di fallimento non incide sull'offesa e non ne approfondisce la portata – compito a cui potrebbe assolvere invece l'insolvenza, ritenuta assolutamente distinta e distinguibile dal fallimento –, «anzi, se mai, garantisce una più efficace protezione delle ragioni dei creditori stessi»¹³⁷.

A questo punto la Cassazione, con un brusco passaggio privo di ulteriori e più opportune esplicazioni, sostiene che il fallimento, «in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente»¹³⁸, rappresenta una «condizione estrinseca di punibilità», precisando che tale opzione interpretativa era già stata prospettata nella Relazione del Guardasigilli del 1942.

Più in particolare, la funzione assolta da tale condizione sarebbe quella di restringere l'area del penalmente illecito «imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi creditori, segua la dichiarazione di fallimento»¹³⁹. La declaratoria fallimentare, dunque, in quanto tale, conformemente al dettato della Corte Costituzionale¹⁴⁰ – «non in tutti i fatti meritevoli di pena è rinvenibile un'esigenza effettiva di pena: la punibilità del reato può essere subordinata a elementi di varia natura, nei quali si cristallizza una valutazione di opportunità politica» –, «renderebbe punibili fatti astrattamente meritevoli di pena». Una dichiarazione di fallimento da qualificare come *filtro* per l'individuazione dei fatti concretamente punibili. E, in quanto elemento estraneo al *fatto*, non sarebbe soggetto al necessario rispetto del principio di colpevolezza.

La Cassazione, poi, a sostegno delle proprie conclusioni in tema, richiama le affermazioni delle Sezioni Unite nella sentenza Passarelli¹⁴¹, in quanto ritiene che in quella sede fosse già stata anticipata la natura di condizione obiettiva di punibilità

¹³⁴ Cfr. Cass. Pen. Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Costituzione, n. 247, 16 maggio 1989, in *De jure*.

¹⁴¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., n. 22474, 31 marzo 2016, in *Dejure*, con nota di A. ALESSANDRI, *Le falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, op. cit., 1479.

estrinseca del fallimento. E in particolare, il passaggio della massima in cui è stato stabilito che, nelle ipotesi di bancarotta distrattiva prefallimentare, la condotta si perfeziona con la distrazione mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento che consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo e comunque esterno alla condotta: «pur non qualificando *nominatim* la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, tale ruolo le hanno inequivocabilmente assegnato, così superando l'antica sentenza Mezzo»¹⁴². «Una pronuncia che, secondo il Collegio, sebbene non abbia espressamente qualificato la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, ne ha riconosciuto la natura di «evento successivo ed estraneo cui è subordinata l'applicazione della sanzione penale», finendo sostanzialmente per attribuirle proprio tale ruolo»¹⁴³.

Nella parte conclusiva la Corte evidenzia, altresì, che l'affermata e sostenuta natura di condizione estrinseca del fallimento risulterebbe utile anche a soddisfare le problematiche di ordine più prettamente processuale che da sempre, in materia, rappresentano la finalità precipua della giurisprudenza di legittimità. Quanto alla prescrizione, infatti, questa decorrerà dal giorno in cui la condizione si è verificata, non dovendo modificare nemmeno le statuizioni in punto di *locus e tempus commissi delicti*, né quelle che disciplinano indulto e amnistia entrambe relative alla punibilità e non all'aspetto offensivo.

E così, al termine di questo scarso compendio motivazionale, dopo un brevissimo riferimento alla manifesta infondatezza dichiarata dalle Sezioni Unite Rizzoli¹⁴⁴ circa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 150 del d. lgs. N. 5 del 2006¹⁴⁵, formula le seguenti due conclusioni: 1) la dichiarazione di fallimento non costituisce elemento costitutivo del reato e non ne costituisce l'evento; 2) la dichiarazione di fallimento, dunque, ha funzione di mera condizione oggettiva di punibilità; essa determina il *dies a quo* della prescrizione e vale a radicare la competenza territoriale. Si assiste così a un ritorno alle origini: fino al 1955, la più consolidata giurisprudenza di legittimità propendeva, infatti, per la natura di condizione obiettiva di punibilità¹⁴⁶.

¹⁴² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*

¹⁴³ A. CHIBELLI, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso revirement della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2205.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., n. 24468, 26 febbraio 2009, in *Dejure*, con nota di F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 4, 1620.

¹⁴⁵ Secondo cui i ricorsi e le procedure fallimentari pendenti al momento della entrata in vigore del decreto indicato continuano a essere definiti secondo la legge anteriore, nella parte in cui consente, in relazione ai ricorsi già presentati, la pronuncia dichiarativa di fallimento nei confronti di soggetti che, in applicazione del nuovo regime, non sarebbero assoggettabili a tale tipo di decisione, non rinvenendosi alcuna disparità di trattamento tra colui che, in base alla precedente normativa, si trovava in condizione di essere dichiarato fallito e colui che, a seguito della disciplina sopravvenuta, non lo è più, posto che nella struttura delle fattispecie previste dagli artt. 216 ss. l. fall. la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale e non per i fatti con essa accertati

¹⁴⁶ La prevalente giurisprudenza era orientata per la natura di condizione obiettiva di punibilità: Cfr. Cass. Pen., sez. III, 4 marzo 1952, Mazzanti; Cass. Pen., sez. I, 15 marzo 1950, Petriccioli; Cass. Pen., sez. III, 19

8. Qualche considerazione sulla sentenza e qualche prospettazione *de lege ferenda*.

Il nodo problematico che perdura dal 1958 riguarda la ragione per la quale la giurisprudenza di legittimità ritenga indistintamente idonee a offendere il patrimonio dei creditori tutte le condotte dell'imprenditore cronologicamente precedenti al fallimento. Vero è che le ipotesi di bancarotta prefallimentare si atteggiavano a reati di pericolo concreto, sicché la valutazione della potenzialità offensiva è anticipata, ma occorrerebbe allora almeno individuare, in seno alla fattispecie, un elemento che ne testimoni il perdurare e la pericolosità dell'offesa al momento del fallimento. Il fallimento, invece, non viene interpretato come tale, ma come elemento del fatto tipico che indossa le vesti "tipiche" delle c.o.p. ed è pertanto avulso da causalità e colpevolezza.

Forse occorrerebbe spostare il baricentro dell'interesse ermeneutico sul reale problema: la natura delle ipotesi di bancarotta prefallimentare. Siamo in presenza di reati di condotta e di pericolo concreto ma la giurisprudenza spesso sembra interpretarli come reati di evento: il dubbio nasce dalla continua affermazione della Cassazione che per l'individuazione del *tempus commissi delicti* occorre fare riferimento al momento in cui è intervenuta la dichiarazione di fallimento. Se si considerano reati di condotta occorre prendere, invece, a tal fine, come punto di riferimento il momento della condotta posta in essere. Un caso emblematico¹⁴⁷ può essere utile per tentare di chiarire il ragionamento prospettato. In quella ipotesi, infatti, la Suprema Corte, partendo dal presupposto che dissesto e dichiarazione di fallimento non possono essere considerate nozioni fungibili a causa della loro ontologica eterogeneità, ha affermato la necessità di una rappresentazione, da parte dell'agente, della pericolosità della condotta distrattiva e «ha ammesso che i fatti di bancarotta non sono privi di un autonomo disvalore, prima della declaratoria giudiziale di fallimento, essendo impregnati di un'evidente connotazione negativa, testimoniata dal lessico impiegato, intrinsecamente idonei a mettere in pericolo l'interesse dei creditori. In questo senso il fallimento non determina autonomamente l'offesa, ma la rende attuale e meritevole di pena»¹⁴⁸. Una simile affermazione, però, dovrebbe elevare il fallimento a condizione obiettiva di punibilità¹⁴⁹. In questa pronuncia dunque si è ammesso di non poter

marzo 1955, Biagin; Cass. Pen., sez. un., 30 maggio 1953, Eugenio; Cass. Pen., sez. III, 28 dicembre 1954, Dardano; Cass. Pen., sez. III, 23 giugno 1955, Casamassima.

Fino al 1955 la dottrina più consolidata optava invece per la natura di evento del fallimento: G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al Codice del Commercio*, Milano, III, 92; S. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano, 1913, 83; A. ROCCO, *Il fallimento*, op. cit., 124; R. ROVELLI, *Reati fallimentari*, 1952, 13; M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 87.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 15613, del 5 dicembre 2014, con nota di C. BRAY, [La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia \(e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta\)](#), in *questa Rivista*, 13 maggio 2015.

¹⁴⁸ A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, 18.

¹⁴⁹ In tal senso si veda G. G. SANDRELLI, *Note critiche alla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza*, op. cit., 1299.

connotare di offensività le condotte di per sé neutre solo perché, poi, a seguito di esse sia intervenuta la dichiarazione di fallimento – una sorta di lesività retroattiva – e dunque di non poter punire un soggetto per aver posto in essere una condotta priva di disvalore che invece se ne impregna solo una volta intervenuto il fallimento. Questa sentenza sembra pertanto accogliere la tesi di Pedrazzi: «resta tuttavia poco soddisfacente l'individuazione del parametro rispetto al quale compiere il giudizio di "idoneità", il contesto in cui collocarlo e soprattutto il rapporto, se non con la dichiarazione di fallimento (provvedimento giurisdizionale che per sua natura sfugge ad un rapporto diretto con le condotte) con il presupposto fattuale della dichiarazione stessa, ossia lo stato di insolvenza, "fatto" accertato dal giudice civile: il dissesto dell'impresa»¹⁵⁰.

Se, peraltro, la bancarotta fraudolenta prefallimentare è un reato di pericolo concreto non può in alcun modo confondersi la mera esposizione a pericolo del bene con la causazione del danno – evento giuridico – perché diversamente dovrà considerarsi tale fattispecie di danno, o individuarsi in un altro "momento della crisi", precedente al fallimento, l'evento giuridico richiesto.

In questo contesto, dunque, deve essere analizzata la sentenza Santoro. Detta pronuncia va di certo apprezzata per la coraggiosa presa di posizione, dopo cinquantanove anni, in totale controtendenza rispetto all'indirizzo consolidato in giurisprudenza, sulla natura del fallimento – «non si può che accogliere favorevolmente il mutamento di orientamento della Cassazione, nella speranza che trovi successiva conferma anche attraverso il necessario accertamento di un *quid pluris* in punto di disamina sull'integrazione dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma per un completo adeguamento della fattispecie di reato al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.»¹⁵¹ –. Così come le conclusioni: la declaratoria fallimentare, nella struttura della bancarotta prefallimentare ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca. «Ad essa il legislatore subordina la punibilità dei fatti distrattivi dell'imprenditore, considerando questi ultimi bisognosi di pena non prima del sopraggiungere della sentenza dichiarativa. L'evento-condizione si giustifica per ragioni di opportunità estranee all'economia dell'offesa»¹⁵². Al riguardo, alcuna dottrina ha anche evidenziato l'efficacia ricognitiva della sentenza dichiarativa, rispetto alla anti-giuridicità dei precedenti atti di disposizione dell'imprenditore¹⁵³.

Purtroppo però se ne devono sottolineare molti aspetti che destano non poche perplessità; innanzitutto l'incoerenza nell'affermare che la bancarotta prefallimentare abbia sì natura di reato di mera condotta¹⁵⁴, ma per l'individuazione del *tempus e locus*

¹⁵⁰ A. ALESSANDRI, *Profili penali*, op. cit., 20.

¹⁵¹ E. FASSI, op. cit., 2226.

¹⁵² N. PISANI, op. cit., 1171.

¹⁵³ M. ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Archivio penale*, 1984, 116.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, pag. 6, in *Dejure*, in cui la Corte precisa che: «Da tali premesse discende che l'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza indubbiamente già con l'atto depauperativo dell'imprenditore».

commissi delicti occorre attendere il verificarsi della condizione – dichiarazione di fallimento¹⁵⁵. Se si tratta di reati di mera condotta, questi dovrebbero, invece, ritenersi consumati già al momento della relativa realizzazione¹⁵⁶, anche se secondo la Suprema Corte: «se è pur vero che, dal punto di vista dell'offesa, la massima gravità concreta del fatto si è raggiunta, in termini di disvalore, in epoca anteriore alla realizzazione della condizione, è però anche vero che, secondo quanto lo stesso legislatore mostra di ritenere, in presenza di una condizione di punibilità, occorre attribuire rilievo anche al momento in cui si realizza l'opportunità della punizione»¹⁵⁷.

L'iter logico argomentativo, poi, non sembra ispirarsi a criteri di particolare razionalità giuridica: l'impressione è che si cerchi di appigliarsi a tanti argomenti scollegati tra loro nella ricerca di trovare delle valide fondamenta alle proprie affermazioni di principio. Sembra peraltro che si condividano solo le conclusioni della elaborazione di Pedrazzi: ma senza le relative premesse tale impostazione perde di valore.

L'idea è che si sia in presenza di troppo tardive variazioni del tema: definire nominalmente la dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo o condizione obiettiva di punibilità, sui presupposti utilizzati dalla Cassazione e con le argomentazioni addotte, sembra non spostare nulla in seno alla sistematica dell'ordinamento. Anche perché, come evidenziato nel precedente *excursus* in materia, questa contrapposizione tra giurisprudenza e dottrina sembra più una contrapposizione formale che sostanziale. L'impressione è che con la pronuncia in esame la giurisprudenza, stante l'impossibilità di portare ancora avanti il proprio consolidato convincimento, si sia rassegnata e si sia allineata alla posizione della dottrina solo ora, ma che di fatto, nella sostanza, a parte il *nomen iuris* lo avesse già fatto. Essa, infatti, ritiene potenzialmente offensive le condotte dell'imprenditore precedenti il fallimento e attende l'intervento di tale provvedimento per elevarle a meritevoli di pena; un fallimento che sembra un elemento esterno al fatto tipico, in quanto avulso da causalità e colpevolezza.

A pochi giorni dalla sentenza Santoro, però, la Cassazione si è nuovamente pronunciata in materia statuendo che: «il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale

¹⁵⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, pag. 10, in *Dejure*, in cui si puntualizza che: «Siffatta considerazione consente di affermare che il concetto di consumazione del reato di cui all'art. 8 c.p...deve essere appunto ricostruito nei termini di completa realizzazione della fattispecie incriminatrice. La conclusione, oltre a garantire una piena equiparazione delle soluzioni in tema di *tempus* e *locus commissi delicti*, la cui diversificazione non avrebbe alcun senso, è coerente con le finalità della norma che assumono la consumazione del reato a presupposto della loro applicabilità, giacché la condizione di punibilità, pur estranea, nella accezione che qui assume rilievo, all'offesa comunque rappresenta il dato che giustifica l'intervento sanzionatorio dello Stato». Riguardo alla individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti* dei delitti di bancarotta prefallimentare alla luce della natura della declaratoria fallimentare di condizione obiettiva di punibilità si veda F. MUCCIARELLI, [Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta](#), cit., 401.

¹⁵⁶ In tal senso si veda F. ANTOLISEI, *Diritto penale*, op. cit., 263, il quale precisa che: «Nei reati di pura condotta ...l'ipotesi tipica consiste soltanto in un'azione o omissione...in quelli il legislatore ravvisa un danno o un pericolo ne sol fatto che sia stata posta in essere una data condotta»; al riguardo si veda anche G. FIANDACA, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2014, 209.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 13910, 22 marzo 2017, in *Dejure*.

prefallimentare è un reato di pericolo concreto, in cui l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare»¹⁵⁸. Puntualizzando che «la qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva estrinseca di punibilità, che non ha qui immediata rilevanza in quanto estranea ai motivi dell'odierno ricorso, ne risulta nondimeno criticamente disattesa, in quanto assunta a premessa per negare rilevanza all'indagine sulle implicazioni soggettive della qualificazione della bancarotta fraudolenta prefallimentare come reato di pericolo concreto»¹⁵⁹. A distanza di due giorni arriva, dunque, il *renvoiement* – seppur implicito – della Cassazione. Ma nonostante ciò, la sentenza Santoro sembra aver fornito lo spunto necessario a distogliere l'attenzione dalla natura del fallimento e concentrarla sulla idoneità offensiva delle condotte a esso precedenti così da affermare¹⁶⁰ che: la bancarotta è un reato di pericolo concreto e la valutazione di tale pericolo deve poggiare su criteri *ex ante* in relazione alle caratteristiche complessive della condotta e della situazione finanziaria della società, senza che sia esclusa da tale valutazione la permanenza o meno della stessa situazione, fino all'epoca che precede l'atto di apertura della procedura. Ai fini dell'individuazione dell'elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, inoltre, ha valore fortemente indiziante l'aver agito nella “zona di rischio penale” che in dottrina¹⁶¹ viene individuata come prossimità dello stato di insolvenza, «in altre parole, l'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall'agente imprenditore, è destinato a orientare “la lettura” di ogni sua iniziativa di distacco dei beni nel senso dell'idoneità a creare pericolo per l'interesse dei creditori»¹⁶². Si conferisce idoneità offensiva alle condotte dell'imprenditore prima dell'intervento della dichiarazione di fallimento, ma un'idoneità potenziale che deve perdurare fino all'intervento della sentenza e deve essere provato da «comportamenti obiettivi»¹⁶³: esempi sono le operazioni fittizie, la distruzione, la dissipazione. Secondo detta pronuncia dunque, la condotta dell'imprenditore non va valutata in virtù di una progressione offensiva, ma in una ottica dinamica da leggersi come «prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta»¹⁶⁴. È pertanto fondamentale, non tanto qualificare e identificare la natura della dichiarazione di

¹⁵⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Dejure*, con nota di R. BRICCHETTI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto*, in *ilpenalista.it*, 8 maggio 2017. E con nota di G. CHIARAVAGLIO, *Superato il divario tra teoria e prassi a proposito del rapporto tra bancarotta e dichiarazione di fallimento?*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 456. Nello stesso senso Cass. Pen., Sez. V, n.38396, 23 giugno 2017, in *Dejure*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Così Cfr. Cass. Pen., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Dejure*.

¹⁶¹ P. NUVOLONE, *op. cit.*,

¹⁶² R. BRICCHETTI, *op. cit.*, *ilpenalista.it*, 8 maggio 2017.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Dejure*.

fallimento, ma compiere un'indagine sulla riferibilità soggettiva del pericolo concreto per la massa di creditori.

Lo schizofrenico *revirement* della Suprema Corte di certo alimenta l'incertezza del diritto, ma offre anche l'occasione per focalizzare l'attenzione sul vero nocciolo duro della questione: il problema non è solo la natura della dichiarazione fallimentare, non è l'alternanza della giurisprudenza di legittimità, ma il "silenzio", in materia, di quel legislatore; un silenzio che è divenuto ormai intollerabile. Si assiste a una ipertrofia normativa, connotata da tipizzazioni ormai "decrepite", al punto che la giurisprudenza si sostituisce al legislatore, ma non avendone gli strumenti risulta ondivaga, altalenante cosa che mina ancor più il già incerto campo interpretativo con l'effetto di un «crescente spazio occupato nell'ambito dello stesso diritto penale dal momento interpretativo, a discapito della legislazione»¹⁶⁵. Lo stato attuale della materia fallimentare, infatti, sembra essere l'ennesimo palese esempio di erosione dei principi costituzionali del nostro ordinamento.

Volendosi, infine, permettere di porsi in un'ottica *de lege ferenda*, sembra giunto il momento di allinearsi alle istanze europee che tendono ad abbandonare l'idea dell'imprenditore fallito come un irrecuperabile criminale e che ricordano come l'attività d'impresa sia un'attività rischiosa. Il futuro legislatore dovrebbe ripensare alla materia non stigmatizzando l'imprenditore fallito, bensì individuando nell'insolvenza un momento talora fisiologico dell'impresa, ma allo stesso tempo un segnale d'allarme utile a comprendere che si sta agendo in una "zona di rischio" per l'imprenditore, il quale dovrà avere la consapevolezza che in presenza di quella situazione economica la sua condotta potrà essere pericolosa per l'interesse dei creditori, e su questo presupposto distinguere i diversi stadi di insolvenza, dissesto e fallimento, magari relegando la declaratoria fallimentare a mero provvedimento giurisdizionale «che per sua natura sfugge ad un rapporto diretto con le condotte»¹⁶⁶, a quella liquidazione giudiziale di cui parla il progetto Rordorf¹⁶⁷, dunque a mera c.o.p. estrinseca, dando più spazio al dissesto da considerarsi evento giuridico conseguente alla condotta pericolosa del soggetto agente e in quanto tale a essa collegato eziologicamente e psicologicamente quand'anche a titolo eventuale, magari a titolo di dolo eventuale di pericolo¹⁶⁸ – d'altronde la dottrina più autorevole¹⁶⁹ ha puntualizzato che è da escludersi la qualificazione in termini di condizioni obiettive di punibilità di eventi che siano concepiti come risultato di una condotta e dai quali dipende l'esistenza del reato

–.

¹⁶⁵ G. FIANDACA, Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia, in *Cass. Pen.*, 2017, 1, 0013B.

¹⁶⁶ A. ALESSANDRI, *Profili penali*, op. cit., 20.

¹⁶⁷ In proposito si vedano i punti salienti della Riforma Rordorf, cfr. Disegni di legge, Atto Senato n. 2681, Modifiche alla legge fallimentare, in *www.senato.it*

¹⁶⁸ In tal senso si veda C. PEDRAZZI, *Art. 216*, op. cit., 133.

¹⁶⁹ F. BRICOLA, Voce *Punibilità*, op. cit., 593; A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 1998, Bologna, 99.

Si segnala, infine, che, in questo contesto ermeneutico, qualcosa sembra muoversi; la Commissione Rordorf ha elaborato una proposta di riforma della materia fallimentare¹⁷⁰ e il 20 settembre è stata raggiunta l'intesa politica necessaria. La riforma è passata sia alla Camera che al Senato, senza emendamenti – nonostante le non poche perplessità in tema di nozione di crisi d'impresa¹⁷¹. Di certo non rassicura constatare che la nuova legge sui reati fallimentari nemmeno fa cenno alla materia penale. È stata solo prevista l'introduzione di una causa di non punibilità – conseguente all'introduzione di misure di allerta che puntano a far emergere tempestivamente la crisi dell'impresa – prevista per l'imprenditore che lancia l'allarme di crisi. In particolare, tale causa si applicherà agli imprenditori imputati di bancarotta semplice e fraudolenta in tutte le ipotesi in cui abbiano procurato un danno lieve, ma che abbiano tempestivamente presentato istanza per la composizione assistita della crisi, richiesto l'accordo di omologazione dell'accordo di ristrutturazione del debito o presentato domanda di concordato preventivo.

È compito anche della dottrina, in questi casi, prospettare soluzioni normative razionali, efficaci e innovative e proporle al legislatore quand'anche cieco e inerte. Che possa essere questa riforma lo spunto utile per un intervento del legislatore anche nell'ambito penale della materia?

¹⁷⁰ Al riguardo, si segnala che la riforma Rordorf ha previsto un'interessante procedura extra giudiziaria di allerta che servirà per accertare l'insolvenza. Si tratta di uno strumento stragiudiziale e confidenziale di sostegno delle imprese, diretto a una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa, destinato a diventare un sistema di composizione assistita della crisi. In caso di mancata collaborazione, scatta la dichiarazione pubblica di crisi.

¹⁷¹ Il concetto di crisi elaborato è quello di "probabilità di futura insolvenza" che ben si concilia con la nostra distinzione in termini di progressione offensiva dei diversi stadi tra insolvenza dissesto e fallimento. Il 12 ottobre 2017 la delega per la revisione della disciplina sulla crisi di impresa e insolvenza è diventata legge. Il testo prevede dei meccanismi di allerta per impedire alle crisi aziendali di diventare irreversibili e ampio spazio agli strumenti di composizione stragiudiziale per favorire l'accordo tra debitori e creditori per gestire l'insolvenza. È prevista una fase di allerta utile a anticipare l'emersione della crisi. Per un approfondimento della riforma si veda F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 49 e ss. Il termine fallimento sarà sostituito dalla "liquidazione giudiziale" e la finalità è quella di «rivedere lo stigma che spesso non è più giustificato nella fase di una economia globalizzata, ma anche a non sprecare capacità imprenditoriali, perché uno può essere un buon imprenditore e aver avuto una prima esperienza imprenditoriale non felice», così Ministro della Giustizia, A. ORLANDO, in *Il Sole24ore*, 12 ottobre 2017. Scelta, questa sintomatica, di un rilevante salto culturale, perché la crisi viene finalmente considerata come eventualità in qualche modo fisiologica per un'impresa e non più uno stigma morale. Per i primi commenti si veda F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017.