



*Facoltà di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto Penale dell'Economia*

La bancarotta fraudolenta per distrazione

Relatore

Prof. Filippo Sgubbi

Candidato

Matteo Galdelli

Correlatore

Prof.ssa Maria Novella Masullo

N° matricola

120003

Anno Accademico

2017/2018

Sommario

PREMESSA.....	3
CAPITOLO I	4
Il reato di bancarotta	4
Premessa	4
1. Il Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267	6
2. Le riforme della legge fallimentare.....	12
2.1 Le prospettive de iure condendo	24
4.1. Reato di pericolo	41
5. Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta.....	47
CAPITOLO II.....	58
La bancarotta fraudolenta patrimoniale.....	58
Premessa	58
1. Soggetti Attivi	59
2. Oggetto materiale	72
3. Condotte	77
3.1 La fungibilità delle condotte	84
4. Elemento psicologico	86
5. Il concorso di persone.....	91
6. Le sanzioni	94
7. Circostanze aggravanti ex art. 219 l. fall.....	97
8. Il rapporto con gli altri reati	100
CAPITOLO III.....	102
La condotta distrattiva	102
1. Il concetto di distrazione.....	102
2. Il concetto di distrazione nelle fattispecie di cui agli artt. 646 e 314 c.p.....	106
3. L'onere della prova in caso di distrazione.....	108
4. Le operazioni infragruppo.....	110
5. Ulteriore casistica	124
BIBLIOGRAFIA	129
Sentenze	139

PREMESSA

La seguente trattazione è incentrata sul reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e, in particolare, sulla condotta distrattiva.

Nella suddivisione in capitoli si è analizzato il reato di bancarotta, nel primo capitolo, partendo dal fallimento e dal Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267, seguendo l'iter storico dettato dalle riforme susseguitesi negli anni, con lo scopo di esaminare il percorso evolutivo che la fattispecie ha subito negli anni, fino a considerare le proposte di riforma più recenti.

Si è inoltre scesi più in particolare approfondendo gli elementi essenziali del reato in questione, e le diverse tipologie che questo presenta, con la finalità di fornire una completa panoramica delle varie forme che il reato di bancarotta può assumere.

Nel secondo capitolo si è voluto scendere ancor di più nel dettaglio della disciplina in questione analizzando da vicino il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, attraverso l'esame dei suoi elementi costitutivi, esaminando in particolare ogni singola condotta che possa integrare questo reato.

Si sono inoltre analizzate le circostanze di cui all'art. 219 legge fallimentare, il rapporto con gli altri reati.

Nel terzo e ultimo capitolo il tema della condotta distrattiva è stato trattato molto più nello specifico, chiudendo il discorso lasciato in sospeso nei due precedenti.

Dapprima si è esaminato il concetto di distrazione in relazione alle fattispecie di appropriazione indebita e peculato, disciplinate dagli artt. 646 c.p. e 314 c.p.; successivamente si è scesi nel dettaglio esaminando la configurabilità della condotta distrattiva con riferimento alle operazioni infragruppo. La trattazione si è poi conclusa con l'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali che evidenziano la varietà delle ipotesi in cui la distrazione può configurarsi.

CAPITOLO I

Il reato di bancarotta

SOMMARIO: 1. Il Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267 – 2. Le riforme degli anni 2000 – 2.1 Le prospettive *de iure condendo* – 3. Tipologie di bancarotta - 4. Bene giuridico tutelato – 4.1 Reato di pericolo – 5. Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta

Premessa

Il termine “fallimento”, lascia presupporre intrinsecamente un concetto di stampo punitivo, per il quale è stato elaborato un complesso schema sanzionatorio, volto a reprimere l’insolvenza del debitore. Proprio questa figura nel normale corso della storia, ha visto modificare la propria funzione di tutela in situazioni di inadempienza; agli albori dei consorzi civili potevano essere inflitte sanzioni molto severe nei confronti dei debitori inadempienti. Si poteva anche arrivare al pagamento tramite schiavitù o, in forma molto più radicale, con la morte.

Il vincolo di natura patrimoniale veniva quindi trasfigurato su un piano di carattere personale, grazie all’acquisizione dello stato di insolvente.

Sin dal mondo romano si è tentato di arginare questo fenomeno, tentando di distinguere le diverse varietà di debitori, a seconda che l’inadempienza fosse da attribuirsi a cause accidentali o presentasse un chiaro connotato fraudolento.

Nei secoli XII e XIII il commercio diventa il cuore pulsante della vita economica, i rapporti commerciali si intensificano, le reti si moltiplicano ed emerge un’esigenza sempre maggiore di regolare tutti questi rapporti.

È proprio quest’epoca che genera la parola *fallimentum*, che sta ad indicare l’impossibilità del commerciante di adempiere ai pagamenti per cui si era impegnato, venendo meno ai propri obblighi.

Con la nascita delle Corporazioni di commercianti vengono elaborati, per ognuna di esse, degli statuti, aventi forza di legge per tutti gli iscritti. Gli statuti avevano lo scopo di regolare il commercio e prevedevano organi la cui funzione era quella di garantire una piena tutela a creditori e falliti.

La sanzione irrogata puniva il mercante inadempiente che avesse arrecato un danno

ai creditori, ed un pregiudizio al buon nome della Corporazione alterando l'andamento e l'equilibrio dei rapporti commerciali ¹.

Il termine “bancarotta” nasce proprio dall'atto di voler impedire al mercante fallito di continuare nell'esercizio della sua normale attività commerciale, rompendogli il banco.

Solamente con l'arrivo dei Codici, si giunge ad una più chiara e definita disciplina della materia fallimentare; nel 1807 venne approvato il Codice di Commercio, il quale annoverava tra le sue caratteristiche più importanti un diverso regime di esecuzione, a seconda della natura civile o commerciale del credito inadempito. L'evoluzione storica della differenziazione tra insolvenza civile e fallimento commerciale raggiunge la sua completezza con la legislazione statutaria.

Questo Codice subì delle notevoli modifiche, in particolare, con la legge del 28 maggio 1838 costituì il Terzo Libro del Codice di Commercio.

I continui mutamenti storico-culturali che si sono susseguiti all'interno del Regno d'Italia negli anni successivi all'adozione del Codice del 1807, hanno portato poi il legislatore ad adeguarsi al pensiero della società dell'epoca, elaborando un'impostazione che prediligeva la “chiusura” anziché la “conservazione” dell'impresa in dissesto.

Fu proprio questo l'intento perseguito nei lavori preparatori che portarono all'introduzione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

¹ G. PACCHI in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011.

1. Il Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267

Considerando da vicina l'innovazione che il Regio Decreto ha introdotto, si ritiene utile, ancor prima di analizzare la disciplina penale del reato di bancarotta, svolgere una panoramica relativamente alla parte "pre-penale" strettamente correlata alla materia.

Il 16 marzo 1942, venne introdotto nel nostro ordinamento il Regio Decreto n. 267, in un particolare scenario storico-politico; il legislatore premeva particolarmente verso un più pronunciata tutela del creditore e del terzo, rispetto alla figura dell'imprenditore in crisi. Questo, divenuto insolvente, veniva considerato "*come una pianta inaridita, che non meritava di essere curata, e, dunque, da estirpare*". Si palesa quindi la volontà del legislatore di elaborare un meccanismo efficace per consentire ai creditori l'ottenimento di un adeguato ristoro alla lesione del diritto, senza prevedere degli istituti in grado di poter risollevarne l'impresa dalla crisi.

Uno degli obiettivi della procedura del 1942 era far sì che il fallimento arrecasse il minor nocimento possibile in termini economici, salvaguardando i diritti di credito dei terzi e concedendo una soddisfazione in tempi brevi, anche se in maniera parziale. Il legislatore del 1942 ha quindi ideato una procedura atta a far prevalere la tutela dell'interesse creditorio, piuttosto che individuare eventuali possibilità di salvare l'imprenditore dalla crisi. La disciplina della c.d. legge fallimentare, non è riconducibile solamente all'imprenditore commerciale, ma anche all'impresa. Il concetto di impresa veniva ricondotto esclusivamente alle attrezzature, al magazzino, ai macchinari e ad una parte del capitale di rischio dell'imprenditore. Naturalmente nel corso del tempo è notevolmente mutata l'importanza dell'impresa, dovuta alla nuova realtà economico-sociale. Diversi autori evidenziarono come fosse necessario riformare la legge fallimentare, al fine di renderla più attuale ed aderente al nuovo modo di concepire l'economia².

² JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela de credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in Giur. Comm., 1994, I, 492 ss.; ID., *Nuove regole per la crisi di impresa*, in Fall. 2000, 993 ss.; PALUCHOWSKY, *Del concordato preventivo e degli accordi di*

Viene fornita al creditore l'opportunità di veder garantito il proprio diritto, sull'universalità del patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c.; in questo senso vengono considerati tutti i beni di qualsivoglia natura che sono oggetto del processo esecutivo speciale: beni mobili e immobili, universalità di beni o diritti, le azioni giuridiche ed i rapporti pendenti. L'impossibilità per il fallito di depauperare il suo patrimonio, viene assicurata dalla perdita della legittimazione processuale attiva e passiva oltre che di tutti i rapporti che riguardano, anche se in minima parte, il suo patrimonio.

In questo modo si intende colpire anche tutti quegli atti economicamente depauperatori, che risultino mancanti di un rapporto sinallagmatico o laddove questo risulti viziato, nei confronti dei quali viene prevista l'azione revocatoria in particolari situazioni è possibile individuare come illegittimi atti che sono posti in essere in un periodo sospetto e con il creditore pienamente consapevole dello stato di crisi in cui l'imprenditore versava.

Il concetto di universalità viene dunque a coinvolgere anche i beni che entreranno nella sfera patrimoniale dell'imprenditore nel futuro³.

Aver definito il concetto di universalità rende più semplice analizzare il concetto della c.d. "responsabilità patrimoniale"; questa trova piena tutela nell'art. 2740 c.c. che stabilisce la doverosa risposta del debitore all'adempimento dell'obbligazioni da lui contratte, con tutti i suoi beni presenti e futuri; l'art. 2741 c.c. disciplina l'eguale diritto dei creditori a venir soddisfatto tramite i beni del debitore. Il patrimonio assume quindi funzione di garanzia per il creditore, garanzia che può realizzarsi tramite le diverse forme giurisdizionali che l'ordinamento offre, e che sono accomunate dalla possibilità di aggredire i beni del debitore. Questo procedimento consente di traslare il piano del diritto, da quello sostanziale al piano processuale.

ristrutturazione: presentazione, Sub art. 160, in PAJARDI, *Codice del Fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKY, 6° ed. Milano, 2009, 1673 ss.

³ PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 27.

Analizzando una qualsiasi forma di obbligazione, in dottrina si individuano due diversi momenti: il momento normativo, atto ad introdurre un comando nell'ordinamento, e un momento sanzionatorio, un ulteriore comando volto al risarcimento del danno causato dalla mancata osservanza della disposizione normativa. Da questo rapporto si configura una responsabilità di tipo obbligatorio derivante dalla violazione delle norme obbligazionarie. Il diritto fallimentare evidenzia come sia necessario l'avanzamento della pretesa davanti ad un organo giurisdizionale, per far sì che venga raggiunta la soddisfazione concreta del diritto del creditore sul patrimonio debitorio, anche contro la volontà di questo. La sanzione non risulta quindi essere un elemento necessario per l'essere della norma giuridica, tuttavia, per quanto riguarda le obbligazioni, l'esistenza di una sanzione consente di poter agire coattivamente per la commutazione delle prestazioni, riuscendo così a garantire uno stato di "sicurezza sociale"⁴.

La disciplina del fallimento si basa su diverse regole fondamentali, che ne denotano le caratteristiche; quella che risulta come più importante è la regola della *par condicio creditorum*.

Nel 1942, l'unico scopo che il processo fallimentare si riservava di perseguire era quello della soddisfazione dei creditori tramite l'esecuzione forzata; soltanto tramite le riforme successive si aggiungeranno altri elementi che modificheranno le finalità. Risulta essere chiaro il riferimento di questa all'art. 2741 c.c., secondo il quale tutti i creditori, salvo la presenza di particolari cause di prelazione, hanno eguale diritto a poter vantare la propria pretesa sui beni del debitore. Il soddisfacimento avviene in maniera proporzionale tra tutti i creditori, è una regola assoluta che sacrifica la posizione di ciascun creditore, salvo casi di legittime prelazioni.

L'analisi del Regio Decreto consente di individuare i presupposti soggettivi ed oggettivi necessari affinché si verifichi il fallimento.

In forza dell'art. 1, "*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti*

⁴ PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale*, cit., 2.

pubblici”; la qualifica di imprenditore commerciale si acquista quando si svolge un’attività di cui all’art. 2195 c.c.

Presupposto oggettivo invece si annovera lo stato di insolvenza, disciplinato ai sensi dell’art. 5 della l. fall.: vi deve essere un inadempimento relativo ad un’obbligazione certa, esigibile, liquida. La Corte di Cassazione ha fornito una propria interpretazione allo stato di insolvenza⁵, configurandola come uno stato di impotenza funzionale e non transitoria, che rende incapace l’imprenditore di poter soddisfare le obbligazioni contratte.

Tramite il verificarsi dello stato di insolvenza⁶, sarà possibile instaurare un processo esecutivo, suscettibile, qualora si venisse ad identificare l’inadempimento come elemento sintomatico di una grave situazione di crisi dell’impresa o dell’imprenditore, di poter sfociare poi in un processo di fallimento: si ritiene quindi necessaria un’indagine più approfondita volta ad individuare collegamenti con altri inadempimenti, che darebbero vita ad un’insolvenza generale ed obbiettiva nelle cause e legittimerebbe l’esecuzione fallimentare speciale.

Le obbligazioni assunte si riferiscono alla complessità dello stato del patrimonio, per questo si parla di insolvenza anche in una fase antecedente alla manifestazione degli inadempimenti, in quanto vi sia una oggettivamente motivata e seria prospettiva. In questo senso la giurisprudenza della Suprema Corte⁷ afferma che l’adempimento in via preferenziale di soltanto alcune obbligazioni, non sarebbe né sufficiente a configurare uno stato d’insolvenza né il contrario, identificando l’insolvenza come un particolar modo di essere del patrimonio dell’imprenditore.

⁵ Cfr. Cass. 28 giugno 1985 n.3877; Cass. 28 gennaio 2008 n.1760.

⁶ Il termine insolvenza, delineato nell’art. 5 della l.fall., venne elaborato da BONELLI ai tempi del codice napoleonico, un concetto che poi ottenne la sua legittimazione all’interno del codice del commercio del 1882 con legge del 2 Aprile n. 681. Ripreso successivamente da CALAMANDREI (*Del Fallimento*, Torino, 1893, II ed., 2), il quale sostenne che il sistema che da consistenza al fallimento nell’insolvenza, sia il migliore in quanto presenta un notevole riguardo nei confronti della condizione essenziale del commercio, puntualità ed esattezza negli adempimenti delle obbligazioni assunte.

⁷ Cfr. Cass. 16 marzo 1979, n. 1563, in *Rep. Giur. It.*, v. fallimento, n. 124.

D'altro canto, in giurisprudenza⁸ si identifica l'inadempimento non come un indice dell'esistenza dell'insolvenza ma come possibile indice di un generale stato di dissesto economico-finanziario irreversibile.

L'insolvenza assume rilevanza per l'ordinamento solamente quando si verifica una lesione della sfera giuridica altrui, quando ad una pluralità di soggetti viene negata la legittima pretesa di adempimento. La procedura di fallimento viene attuata solamente nel momento in cui venga verificata l'irreversibilità della crisi: qualora si trattasse di una illiquidità temporanea, non verrebbe integrato, secondo la giurisprudenza⁹, lo stato d'insolvenza; in tal senso la giurisprudenza ha, in più casi, ritenuto per "insolvenza" l'impossibilità ad adempiere di tipo cronico ed irreversibile¹⁰, in ciò suffragata anche dalla recente riforma del 2006 attuata con la legge n.5, in cui si è precisato come l'insolvenza sia una particolare specie del più ampio *genus* della crisi d'impresa (art. 160, co. 3, l. n.5/2006).

Proprio in riferimento al termine "crisi d'impresa", si ritiene opportuno apporre una precisazione sul rapporto che lo lega al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza. Vengono ricollegate alla crisi d'impresa tutte quelle alterazioni che rendono impossibile, in capo all'impresa, il raggiungimento delle condizioni di corretto funzionamento gestionale e di equilibrio economico¹¹.

La dottrina restringe il campo dei molteplici aspetti che la crisi può assumere: la crisi di legalità e la crisi economica. Queste possono anche entrare in contatto tra di

⁸ Cfr. Trib. Chieti 26 maggio 1992, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 545; Trib. Roma 22 febbraio 1993, in *Impresa*, 1993, 1267; Trib. Napoli 7 febbraio 1996, in *Il Fall.*, 1996, 503.

⁹ Cfr. Trib. di Roma 10 aprile 1987, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 7,184.

¹⁰ Cfr. Trib. di Torino 10 aprile 1997, in *Dir. Fall.* 1997, II, 533 e Trib. di Roma 8 febbraio 1995, *ivi*, 1995, II, 2, 190.

¹¹ Si considera possibile identificare tracce di questa concezione nell'art. 2403 c.c., all'interno del quale viene regolata l'attività di vigilanza degli organi di controllo, i quali hanno l'obbligo di far sì che vengano rispettati i principi di corretta amministrazione e di adeguatezza e del concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

loro, seppur debba riconsiderarsi prettamente di carattere economico la tipologia di stato di crisi che va a colpire la garanzia patrimoniale dei creditori ¹².

La presenza di anomalie di funzionamento non consente all'impresa di poter perseverare e raggiungere il suo naturale scopo, in quanto riducono i flussi di denaro che dovrebbero invece aumentare, generando una liquidità tendente allo zero, che può poi produrre delle perdite. Generalmente riconducibile a disfunzioni gestionali, la nascita di uno stato di crisi non può considerarsi come un evento istantaneo, essendo preceduto da una fase di declino che vede il reddito diminuire, contraendo sempre più il patrimonio netto ¹³.

Con il mero intento di rendere più chiaro l'argomento trattato, evitando che vengano confusi termini simili, si considera necessario analizzare il significato che viene attribuito alla parola "dissesto": per "dissesto", o deficit patrimoniale, si considera uno stato di declino reddituale e di crisi finanziaria ai quali si somma una condizione di incapacità delle attività patrimoniali rispetto alle passività contratte per finanziare l'esercizio dell'impresa ¹⁴.

Se la finalità del fallimento risulta essere di carattere satisfattivo, le procedure minori rappresentano la risposta del legislatore del '42 all'esigenza di risoluzione della crisi d'impresa. Tra di esse, si ritiene utile analizzare lo strumento del concordato preventivo (art. 160 ss. l.f.), le cui finalità sono la salvaguardia dell'azienda e la tutela del patrimonio nell'interesse dei creditori stessi, oltre all'evitare l'insorgenza, in capo all'imprenditore "onesto ma sfortunato" ¹⁵, delle sanzioni penali tipiche dei reati fallimentari, i quali vengono ad esistere solo in caso di fallimento.

¹² PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale*, cit., 109.

¹³ ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, 3 ss.

¹⁴ Studio Battaglia, *Crisi aziendale: il corretto approccio alla sua soluzione*, Ragusa, 2014, disponibile su: http://www.crescitapmi.it/il_corretto_approccio_alla_sua_soluzione.html, [sito consultato in data 20/02/2018].

¹⁵ Celebre espressione nasce da quella di imprenditore "onesto ma sfortunato" di CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, 1 ss. in riferimento alla disciplina antecedente di cui alla legge 24 maggio 1903, n. 197.

Al fine di poter applicare questo strumento di risoluzione della crisi d'impresa, l'imprenditore doveva rispettare una serie di criteri che ne denotassero la meritevolezza: iscrizione al registro delle imprese da almeno due anni con regolare tenuta delle scritture contabili, l'assenza di una pregressa dichiarazione di fallimento o ammissione alla procedura di concordato preventivo negli ultimi cinque anni ed infine la completa assenza di condanne per i reati di bancarotta o di altri delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia, l'industria e il commercio.

Lo scopo della suddetta procedura consiste nel raggiungere un accordo con i creditori.

Il concordato preventivo non è l'unico strumento di risoluzione della crisi d'impresa che il legislatore del 1942 ha elaborato: la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione controllata sono ulteriori soluzioni alla crisi d'impresa volte ad evitare il fallimento della stessa. La matrice che accomuna quanto fino ad ora descritto, fornisce una visione della risoluzione della crisi d'impresa esclusivamente tramite la soddisfazione delle pretese creditorie¹⁶, mediante istituti di carattere pubblicistico e ispirati alla «logica “darwiniana” della eliminazione dal mercato degli “individui deboli”»¹⁷.

2. Le riforme della legge fallimentare

Successivamente all'emanazione della legge fallimentare, sono state molteplici le modificazioni normative che il legislatore ha introdotto, al fine di poter adattare la

¹⁶ PAJARDI, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, 228: «Sanzione e chirurgia nel fallimento [...], alternativa al processo esecutivo con una soluzione processual-volontaristica nel concordato preventivo, lodevole sensibilità per la prevenzione nell'amministrazione controllata, e ancora chirurgia e anzi ipersanzione nella liquidazione coatta amministrativa, concepita persino in caso di inesistenza dello stato di insolvenza e per imprese svolgenti attività di pubblico interesse nella cui liquidazione il potere esecutivo voleva intervenire in modi determinanti».

¹⁷ NAPOLEONI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, 107.

disciplina di settore ai cambiamenti socio-economici. La contrapposizione che vedeva le pretese creditorie e l'imprenditore interessato a proseguire la propria attività, giungeva a termine con la liquidazione dei beni dell'impresa e la relativa distribuzione del ricavato tra i creditori, rispettando il principio della *par condicio creditorum*. Difficile al contempo poter garantire l'uguale trattamento di tutti i creditori nei casi dei rimedi alternativi, concordato preventivo e amministrazione controllata in particolar modo, dovuto soprattutto all'alta percentuale di pretese da soddisfare ¹⁸.

Le profonde innovazioni del dopoguerra hanno modificato notevolmente l'asse produttivo del nostro Paese, cambiando anche i connotati dell'impresa e generando un diverso approccio alla crisi d'impresa.

Si è iniziato a capire quali fossero le reali conseguenze della dissoluzione dell'impresa, sia a livello economico-produttivo che in relazione agli effetti sociali negativi, generati dalla perdita di posti di lavoro.

Nei casi in cui la crisi coinvolgeva imprese di grandi dimensioni si potevano verificare effetti di carattere macroeconomico. Le necessità di dover soddisfare le esigenze che emergevano, portò all'elaborazione di due diverse soluzioni: la prima consentì "l'utilizzo alternativo delle procedure"; la seconda introdusse una disciplina specifica al fine di poter gestire la crisi delle grandi imprese. Risultò chiara la volontà del legislatore di evitare eventuali ripercussioni negative sui valori occupazionali. Le procedure furono soggette a "*storture applicative dirette alla conservazione in vita dell'impresa*"¹⁹.

La grande impresa viene quindi inserita al centro di una normazione recante degli importanti rinnovamenti in tema di gestione della crisi. Questi vengono avviati nel 1979 con la legge 3 aprile 1979 n. 95, generalmente conosciuta come "Legge Prodi", che introdusse importanti modificazioni in materia di amministrazione

¹⁸ PAJARDI, *Esecuzione concorsuale*, cit., 228.

¹⁹ GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, 11.

straordinaria di grandi imprese, riuscendo a fornire una tutela adeguata anche alle classi lavorative, nel contesto di una politica industriale di respiro nazionale²⁰.

La dimensione dell'impresa era elemento di valutazione per analizzare l'esposizione debitoria e il perimetro occupazionale sul quale verteva la potenziale minaccia, al fine di determinare l'intervento sanatorio, tramite un decreto del Ministero dell'industria. Tuttavia soltanto tramite la sentenza del Tribunale poteva venir dichiarato lo stato di insolvenza. Si procedeva successivamente alla nomina ministeriale dei commissari, deputati all'elaborazione di un programma di risanamento coerente con gli indirizzi generali dell'industria, e degli interessi dei creditori. Il medesimo decreto poteva consentire all'impresa di continuare la propria attività qualora questa fosse avvenuta nell'interesse dei creditori.

Si evince quindi come l'ordinamento giuridico inizia ad allinearsi ai cambiamenti verificatisi nel dopoguerra, modificando la propria visione iniziale.

Con il d.lgs. n. 270 dell'8 luglio 1999 c.d. "Prodi-bis" venne abrogata la precedente "legge Prodi", correggendo l'automatica sottoposizione dell'impresa che avesse rispettato i criteri dimensionali e che fosse risultata risanabile, alla procedura straordinaria.

I cambiamenti alla legge fallimentare prima degli anni 2000 non hanno prodotto alcun effetto sotto il profilo penale: ciò è avvenuto solamente con il decreto legislativo n. 61 del 2002, in materia di reati societari e in particolar modo in tema di bancarotta societaria. Questo ha modificato l'art. 223, 2° comma n.1 della legge fallimentare considerando rilevanti per la bancarotta solamente i reati societari siano offensivi degli interessi patrimoniali dei creditori.

In relazione alla precedente formulazione, la nuova fattispecie richiede che il reato societario abbia cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società poi fallita²¹.

²⁰ JORIO, *Le procedure*, cit., 510 ss.

²¹ MANGANO, "Disciplina penale del fallimento", Milano, 1993, p. 87; MACCAGNO BENESSIA, "Reati fallimentari", in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1987.

Il nesso eziologico che collega la condotta illecita e il dissesto, secondo una parte della dottrina dovrebbe considerarsi come «*un anticipo di quella che dovrebbe essere la riforma dei reati fallimentari in cui il reato di bancarotta fraudolenta dovrebbe ricollegarsi all'insolvenza della società dichiarata fallita o quantomeno ad un rapporto di causalità tra il fallimento e la condotta fraudolenta*»²².

Il progetto iniziale prevedeva anche una riforma dei reati fallimentari, che doveva essere approvata assieme a quella del diritto fallimentare, ma che tutt'ora non ha trovato spazio nelle dovute sedi parlamentari. La modifica del 2002 ha riguardato l'art. 223, 2° comma, n.1, il quale a sua volta ha generato delle ripercussioni sul 2° comma, n. 2: «*il carattere residuale della fattispecie e l'ampia latitudine applicativa connaturata alla ristretta area di rilevanza penale nel nuovo n. 1 dell'art. 223, hanno determinato una nuova sua possibile rilevanza*»²³.

I progetti di riforma della legge fallimentare portarono, nel dicembre del 2001, all'istituzione di una Commissione ministeriale presieduta dall'avv. Sandro Trevisanato, il cui compito era di redigere una legge delega di riforma del diritto fallimentare; si formò una commissione con quasi quaranta componenti, che presentò due diversi progetti dopo due anni di lavori. Questi però furono frutto di uno stallo, che portò il Governo a designare una nuova Commissione con una forma più ristretta, modificandone lo scopo: un progetto di legge ordinaria²⁴.

Il motivo per cui si ritiene importante porre l'accento su questo progetto è perché viene considerato il primo di “*natura davvero organica*”²⁵; la legge sulla crisi d'impresa viene totalmente riscritta, comportando addirittura un abbandono del termine “fallimento”, sostituito con “liquidazione concorsuale”.

²² D'AVIRRO e DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, 77.

²³ SOANA, *I reati*, cit., 2.

²⁴ JORIO e FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 43.

²⁵ JORIO e FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a 5 anni dalla riforma*, Milano, 2010, cit., 35.

Nonostante sia stato considerato un testo di legge profondamente innovativo, non arrivò mai al vaglio del Parlamento a causa di due ragioni: il disegno di legge presentava oltre duecento articoli e per questo venne considerato di difficile gestione, soprattutto chi (Abi, Banca d'Italia, Confindustria) a lungo aveva spinto per un progetto di riforma non ritenne il progetto coerente con le loro esigenze.

Purtuttavia venne avviato un disegno di legge nella stessa legislatura, che presentava alcuni frammenti del progetto della seconda Commissione Trevisanato, istituita nel febbraio del 2004. Il Governo inserì in un decreto legge per la competitività delle imprese i seguenti elementi: la revisione dell'azione revocatoria; la modifica del concordato preventivo e la creazione degli accordi di ristrutturazione e del piano attestato di risanamento.

La parte penalistica del testo predisposto dalla commissione governativa, non ha proseguito l'iter parlamentare di approvazione, creando una separazione dei percorsi normativi. La critica mossa attingeva all'eccessivo abbattimento delle pene edittali; in particolar modo venne considerata inaccettabile dai più, la soglia punitiva che prevedeva una maggiore severità per la bancarotta dell'imprenditore rispetto a quella societaria. La disposizione prevedeva inoltre la riduzione della pena a sei anni di reclusione per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, e a quattro anni di reclusione nel caso di bancarotta preferenziale.

L'intento della riforma penalistica era quindi quello di perseguire e reprimere, con adeguata sanzione penale, solo le condotte che aggredivano gli interessi patrimoniali dei creditori, pur rimanendo intatta la rilevanza di cui godono le condotte prefallimentari anche se non casualmente collegabili al dissesto.

Il concordato preventivo ha subito un forte allontanamento rispetto all'originario istituto previsto nel 1942, non presentando più quel legame forte con i requisiti di meritevolezza soggettiva dell'imprenditore insolvente. Oggi si svincola da qualsiasi logica premiale, venendo esteso ad uno stato di crisi più generico che includa anche le situazioni di pre-insolvenza²⁶.

²⁶ In particolare, la riforma del decreto sviluppo del 2012 ha introdotto una specifica disciplina per il concordato preventivo con continuità dell'attività d'impresa (art. 186 bis l. fall.).

È stato elaborato uno schema volto ad individuare le soluzioni alternative al fallimento, sulle quali si incastano i profili specifici di ogni procedura: 1) il debitore redige un piano di risanamento oppure di liquidazione; 2) un professionista incaricato ne attesta veridicità e fattibilità; 3) se si tratta di un accordo o di un concordato, i creditori esprimono la loro volontà negoziale; 4) il tribunale si limita alla verifica delle condizioni di legalità della proposta e della presenza del consenso informato in capo ai creditori aderenti.

La legge 14 maggio 2005 che ha ratificato il d.l. 14 marzo 2005 n. 35, è considerato un provvedimento importante in quanto racchiude istituti nevralgici come l'azione revocatoria ed il concordato preventivo.

Questi vanno ad interagire in maniera diretta sulla fattispecie di bancarotta c.d. preferenziale (art. 216, 3° comma) e con la disciplina di cui all'art. 236, 2° comma.

Quest'ultimo però, a seguito dell'abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata, risulta svuotato, facendo venir meno la responsabilità penale per le ipotesi di bancarotta commesse nel contesto dell'amministrazione controllata. Il ridimensionamento dell'azione revocatoria assume un valore ideologico, in ragione del quale viene accolto il principio fondamentale della continuità aziendale e della conservazione dell'impresa; il creditore non viene indotto ad allontanarsi dall'impresa, consentendo la prosecuzione dei rapporti commerciali.

Nel 2006 è stato introdotto il d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, e questo intervento governativo ha modificato molte delle disposizioni del r.d. 267/1972. La finalità perseguita era di affidare al debitore e ai creditori la possibilità di gestire la crisi imprenditoriale, attribuendo alla figura del curatore la posizione di pubblico ufficiale sottoposto al potere interdittivo del comitato dei creditori²⁷.

La riforma ha dovuto confrontarsi con le gravi difficoltà delle procedure concorsuali, per questo motivo il legislatore ha voluto ampliare i poteri attribuiti ai creditori, relegando l'autorità giudiziaria ad un ruolo notarile. Si evince la volontà del legislatore di attenuare i rapporti tra il debitore e i creditori, favorendo la

²⁷ JORIO e FABIANI, *Il nuovo diritto*, cit., 37.

collaborazione e l'armonia tra le parti, disincentivando gli aspri conflitti tra le parti²⁸.

La moderna concezione del fallimento deve considerarsi come una crescita dell'imprenditore, volta a incentivare la conservazione dell'attività d'impresa. A questa si contrappone chiaramente la volontà dei creditori desiderosi di poter riscuotere il proprio credito.

Nel 2007 il Governo ha corretto ed integrato la disciplina dell'anno precedente, con il d.lgs. 169/2007, esercitando la delega suppletiva. Questo nuovo testo normativo, è riuscito a fornire un maggior coordinamento tra le norme in essere.

Si è avuta una modifica del presupposto soggettivo dell'accesso alle procedure concorsuali: il d.lgs. 5/2006 aveva ristretto l'area della fallibilità, utilizzando un nuovo metodo di individuazione del piccolo imprenditore, con l'intento di ridurre il numero dei fallimenti; questa comportò una massiccia riduzione delle procedure concorsuali. Il decreto ha agito ridefinendo l'art. 1 della l. fall., ampliando nuovamente l'area del fallimento, dettando nuove regole che individuano l'imprenditore commerciale che non può accedere alle procedure concorsuali.

La riforma ha segnato un importante allontanamento dal passato, eliminando molti dei punti in contatto con la disciplina precedente: stabilisce infatti la fallibilità di tutti gli imprenditori commerciali (individuali o collettivi; piccoli o medi; artigiani o commercianti), che non possano dimostrare il mancato superamento dei parametri relativi all'attivo patrimoniale, ai ricavi e all'indebitamento²⁹.

La modifica dell'art. 1 l. fall. ha generato conseguenze applicative anche in relazione ai procedimenti penali pendenti, al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, per i reati di bancarotta.

²⁸ Si ricorda il brocardo "*bellum omnium contra omnes*".

²⁹ JORIO e FABIANI, *Il nuovo diritto*, cit., 78.

Si è reso necessario l'intervento delle Sanzioni Unite della Corte di Cassazione penale³⁰, per dirimere il contrasto giurisprudenziale rispetto all'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 2, 2° comma c.p. in materia di c.d. *abolitio criminis*.

La Suprema Corte ha tracciato una univoca interpretazione in relazione all'imprenditore imputato del reato di bancarotta, che in base ai presupposti della precedente formulazione dell'art. 1 l. fall., è stato dichiarato fallito. Naturalmente per effetto della modifica introdotta con il d.lgs 5/2006, tali presupposti sono venuti meno e dunque avrebbero escluso il fallimento all'imprenditore imputato di reati fallimentari.

Risultano accentuati i profili relativi alla privatizzazione delle procedure concorsuali, seppur non risultino modificati i rapporti di forza tra gli interlocutori della disciplina della crisi d'impresa. La Corte a Sezione Unite asserisce quanto segue: *«Il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex art. 216 e seguenti della legge fallimentare non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza della impresa ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'art. 1 l. fall. per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'art. 1 l. fall., ad opera del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 e poi del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell'art 2 c.p. sui procedimenti penali in corso»*.

Il d.l. del 31 maggio 2010 n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*), convertito nella l. 30 luglio 2010 n. 122, si registra come il primo atto normativo entrato nel merito della tutela penale.

Il provvedimento ha introdotto l'art. 182-*quater*, per quanto concerne la materia di preveducibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione; ha inserito nuovi commi all'art. 182-*bis*; ha introdotto l'art. 217-*bis* rubricato *«esenzione dai reati di bancarotta»*³¹.

³⁰ Cfr. Cass. Sez. Unite Pen., 28 febbraio 2008 (dep. 15 maggio 2008), n. 16601.

³¹ La nuova norma dispone la non applicabilità degli artt. 216, 3° comma, e 217 ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in sede di esecuzione di un concordato preventivo

L'intento dell'atto normativo era quello di garantire l'immunità dall'applicazione della disciplina penale, nei casi di un "salvataggio" particolarmente arduo dell'impresa, nei confronti della quale l'ipotesi di fallimento diventi sempre più concreta. Agevolando il ricorso a forme stragiudiziali di concordato si tenta di prevenire il fallimento dell'impresa.

L'intervento ha quindi riguardato i pagamenti e le operazioni in esecuzione: di un concordato preventivo; di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; del piano di cui all'art. 67, 3° co., lett. d).

La disposizione incide su due diverse fattispecie incriminatrici: la bancarotta semplice, in relazione alla repressione delle operazioni di imprudenza volte alla dilazione dei tempi della dichiarazione di fallimento; e la bancarotta preferenziale, solo per l'ipotesi di esecuzione di pagamenti, ai sensi dell'art.216, 3° comma ³².

Non si tratta quindi di aver modificato una norma extra-penale che incide sul precetto penale, ma di aver generato una fattispecie del tutto nuova. Il perimetro che la disciplina ha tracciato, non le consente di poter ampliare l'effetto dell'esimente fino a poter ricoprire l'intera area della revocatoria di cui all'art. 67.

In questo senso si deve registrare come la novella presenti diverse imperfezioni, la rubrica stessa viene considerata impropria, in quanto il termine "esenzione" non assume alcun significato in diritto penale, ed inoltre lascia presupporre un'esimente speciale.

La previsione punitiva non viene applicata nei casi in cui si agisca in ragione dell'operazione solutoria, non dovendo essere considerata alcuna connotazione soggettiva. Per questo l'esenzione può venir estesa a tutti i con concorrenti. Il testo prevede inoltre solamente i casi di operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis o dell'art- 67. 3° comma, lett. d). Essendo una norma derogatoria degli artt.

di cui all'art. 160 l. fall., di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis ovvero del piano di risanamento di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d) l. fall.

³² CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. dir. pen. economia*, 2006, 773 ss.

216 e 217, non sarebbe possibile estendere l'esimente né ai casi dell'art. 67, 3° comma, né agli accordi tra debitore e creditore assunti al di fuori del regime della novella.

Le condotte che la disposizione trascura non possono dar vita ad un'automatica applicazione della disciplina di bancarotta preferenziale e semplice. Pertanto si ritiene necessario verificare sia il profilo soggettivo dell'autore del fatto, che tutti gli elementi costitutivi del reato. Il rilievo penale potrà ritenersi assente nei casi in cui non venga rilevato lo specifico dolo di vantaggio del creditore, consapevole però del danno ai restanti, ovvero dell'elevato grado di colpa che contraddistingue la disciplina della bancarotta semplice³³.

Il solo richiamo agli artt. 216 e 217 l. fall. non preclude il riferimento alla disciplina di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., in quanto figure incriminatrici parallele che rinviano in maniera formale alle ipotesi principali.

Quanto alla descrizione dei fattori di esclusione della tipicità indicati dall'art. 217-bis l. fall., si è affermato che con l'espressione "pagamenti" il legislatore abbia voluto ricomprendere ogni modalità solutoria di un debito.

Risulta, invece, di più difficile comprensione il concetto di "operazioni", del quale è stata accolta un'accezione più ampia e indefinita in considerazione della indefinita quantità di situazioni che ne differenziano la finalità e destinazione. La dottrina³⁴ vi riconduce anche scadenzamenti, consolidamenti del debito o impegni a confermare linee di credito per un certo ambito temporale.

Il d.l. n.78 del 2010 conclude quel percorso di riforme iniziato con i Decreti Legislativi del 2006 e del 2007, consolidando l'impianto riformatore volto ad "aiutare" le imprese in crisi. Il legislatore ha agevolato il ricorso al concordato preventivo e agli altri strumenti di risoluzione della crisi d'impresa introdotti con il d.lgs. n. 5 del 2006, che avevano incontrato le riserve degli operatori, preoccupati

³³ BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Riforme delle norme fallimentari con effetti indiretti sulla disciplina penale*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 1294.

³⁴ MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, DPP 2010.

dall'idea che le operazioni e i pagamenti potessero integrare le fattispecie di bancarotta semplice o preferenziale. Non alterare l'equilibrio del mercato degli scambi e dei rapporti economici, mantenendo in vita l'impresa in crisi è il pensiero che ha guidato i progetti di riforma che il legislatore ha elaborato negli anni successivi all'introduzione della legge fallimentare nel 1942, aumentando esponenzialmente l'importanza degli istituti che consentono all'impresa di non interrompere la sua attività di produzione³⁵.

In questo senso, si ritiene opportuno menzionare il c.d. “decreto sviluppo” (d.l. 22 giugno 2012 n. 83) convertito con la l. n. 134/2012. L'inserimento dell'art. 236-*bis* l.fall., che prevede un reato proprio del professionista attestatore del piano di recupero, ha innovato la parte penalistica della l. fall.; ha esteso l'art. 217-*bis*, tramite l'ampliamento dell'ambito di applicazione anche ai pagamenti e finanziamenti compiuti ai sensi dell'art. 182-*quinqies*. Ad esso si aggiunge il “decreto sviluppo *bis*” o “cresci Italia due”, il quale ha ampliato la portata della fattispecie di favore ai piani omologati nella fase di composizione del sovra indebitamento³⁶.

L'art. 217-*bis* in versione originaria vedeva come oggetto di esenzione, le operazioni e i pagamenti esecutivi dei piani, degli accordi omologati e dei concordati preventivi.

Con il “decreto sviluppo *bis*” l'ambito dell'art 217-*bis* è stato esteso anche nei confronti di tutte quelle operazioni in corso di esecuzione di un piano presentato all'interno della procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento. Sia gli imprenditori³⁷, che la dottrina³⁸, per lungo tempo hanno richiesto l'introduzione

³⁵G. PACCHI in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011.

³⁶ SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: I rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, Diritto Penale Contemporaneo, 2013, [sito consultato in data 28/02/2018].

³⁷ *Circolare ABI-Serie Legale* n. 19; 23 agosto 2010, 5.

³⁸ AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. Pen.*, 2011, 547.

di una disciplina particolare per i casi di responsabilità in capo ai soggetti coinvolti dalla crisi di d'impresa.

Soprattutto gli operatori degli istituti di credito hanno beneficiato della riforma, nei confronti dei quali, alla concessione di nuovi crediti o alla costituzione di nuovi titoli di prelazione, potevano ricondursi le ipotesi di concorso in bancarotta preferenziale o semplice, nel caso di aggravamento del dissesto.

La novella vuole fornire ulteriore forza agli strumenti alternativi al fallimento, volti al perseguimento di una risoluzione negoziale della crisi d'impresa attraverso particolari forme di consecuzione di procedure. È stata quindi concessa una maggior protezione all'impresa nella fase antecedente l'apertura della procedura, con particolare riferimento alle azioni monitorie e alle relative ipoteche giudiziali sui beni aziendali; è stata offerta inoltre l'opportunità di sciogliere contratti non più funzionali all'impresa, nella sua veste concordataria. Emerge quindi come venga incentivato l'utilizzo del concordato preventivo, oltre agli ulteriori strumenti alternativi, come gli accordi di ristrutturazione, al fine di risolvere la crisi d'impresa.

Come premesso, tali comportamenti devono essere attuati *in esecuzione* di un piano di risanamento, di un accordo di ristrutturazione di accordi o di un concordato preventivo.

La dottrina tenta di fornire un'interpretazione estensiva alla locuzione "*in esecuzione*", con l'intento di comprendere tutti i comportamenti idonei al completamento della procedura, senza tralasciare quelli compiuti in una fase antecedente la formalizzazione della stessa³⁹. Le riforme del 2012 hanno dato ancor più risalto a questo orientamento, dato l'ingresso tra i crediti prededucibili dei finanziamenti funzionali alla domanda di concordato preventivo e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, prevedendo inoltre l'esclusione della revocatoria

³⁹ MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 287 s.

fallimentare per tutte quelle operazioni effettuate successivamente all'ammissione del concordato preventivo ⁴⁰.

2.1 Le prospettive de iure condendo

La normativa della bancarotta è tutt'ora in via di sviluppo. Il 19 ottobre 2017, è stata approvata al Senato la legge 19 ottobre 2017, recante “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*”.

Il cambiamento inizia con una importante modifica sul piano letterale, non si parlerà più di “fallimento” ma di “liquidazione giudiziale”. Si prevede l'introduzione di una nuova soluzione concordata che prevede la possibilità, in capo al soggetto fallito, di liberarsi completamente dai debiti entro un termine di 3 anni dall'apertura della procedura. Il fine perseguito è quello di evitare di giungere a conseguenze gravose connesse alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, volte a stigmatizzare l'incapacità di far fronte ai propri debiti; viene quindi concessa, al soggetto dichiarato fallito, la possibilità di iniziare una nuova attività. È previsto innanzitutto un nuovo strumento di tutela preventiva attivabile sia d'ufficio dal tribunale su segnalazione dei creditori, sia dal debitore, volto a svolgere una rapida analisi delle cause che hanno creato la crisi economica e finanziaria dell'impresa. Questa procedura di allerta, non si applicherà alle società quotate e alle grandi imprese. Notevole è l'incidenza che la riforma intende avere nella sfera penale, anche in relazione dell'introduzione di una nuova causa di estinzione del reato, sulla quale il giudice potrà pronunciarsi nel momento in cui il danno sia stato riparato per intero dall'imputato a mezzo restituzioni o risarcimento, previa audizione della persona offesa e delle parti.

⁴⁰ Altri autori hanno circoscritto l'effetto limitativo della tipicità alle sole condotte poste in essere a seguito dell'approvazione od omologazione degli strumenti di soluzione concordata della crisi, in ragione del divieto di interpretazione analogica applicabile alle norme che prevedono cause di esclusione del tipo (cfr. D'ALESSANDRO, F., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, n.2, p. 213).

Si ritiene che la legge 19 ottobre 2017, n. 155 possa portare diversi benefici, sia in termini economici che di crescita finanziaria, mantenendo un occhio di riguardo alle imprese in difficoltà⁴¹.

3. Tipologie di Bancarotta

Lo scopo del presente paragrafo è quello di individuare le diverse tipologie di bancarotta, analizzandole e differenziandole tra di loro, in relazione alle loro caratteristiche.

Una prima distinzione viene individuata (art. 216, 2° e 3° comma) attraverso l'analisi del momento in cui la condotta viene posta in essere, e il rapporto che questa ha con la dichiarazione di fallimento; distinguiamo quindi la bancarotta pre-fallimentare, nella quale la condotta viene posta in essere antecedentemente all'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento; e la bancarotta post-fallimentare, nella quale la dichiarazione di fallimento precede la condotta, o nei casi in cui il tribunale abbia concesso l'autorizzazione all'esercizio provvisorio ex art. 90 l. fall.

Si ritiene però necessario fare un appunto in merito, perché non tutte le fattispecie di bancarotta si presentano in entrambe le forme: la bancarotta semplice, ad esempio, viene punita solamente nella sua forma pre-fallimentare⁴².

La dichiarazione di fallimento si erge quindi a spartiacque tra le due ipotesi sopracitate, nettamente differenziate da un profondo connotato temporale. Nel corso della seguente trattazione verrà analizzato il ruolo fondamentale che ricopre la sentenza dichiarativa di fallimento, e la sua collocazione nella fattispecie di bancarotta.

⁴¹ D'ESPOSITO, *Crisi d'impresa: la nuova riforma fallimentare e i risvolti in ambito penale*, 12 Novembre 2017, disponibile su <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittoCivile/2017-10-11/e-legge-riforma-diritto-fallimentare-151614.php> [sito consultato in data 5/03/2018].

⁴² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. Vol. II, *I reati fallimentari*, Milano, 2018, 91.

Nel Capo I del Titolo VI l. fall., tra “*i reati commessi dal fallito*”, si trovano le disposizioni inerenti alle fattispecie di bancarotta semplice e fraudolenta (artt. 216 e 217). La denominazione del Capo denota una prima differenziazione sul piano soggettivo delle diverse tipologie del reato di bancarotta; la contrapposizione dei “*reati commessi dal fallito*” rispetto a “*i reati commessi da persone diverse dal fallito*”, delinea i margini di quella che viene comunemente denominata “*bancarotta propria*”: reati commessi dal fallito sul proprio patrimonio e sulla propria documentazione contabile.

D’altro canto con la “*bancarotta impropria*”, si delineano tutti i reati commessi da persone diverse dal fallito: amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società di persone, capitali, dichiarate fallite in relazioni ai beni delle stesse (ex artt. 223, 1° comma e 224, n. 1, definita anche come *bancarotta societaria*), nonché l’istitutore dell’imprenditore dichiarato fallito in relazione ai beni di quest’ultimo (ex art. 227 l. fall.)⁴³.

Lo schema della bancarotta impropria viene delineato dal legislatore tramite un rinvio al modello della bancarotta propria, questo però presenta degli inconvenienti che vengono abilmente risolti tramite l’applicazione del canone di parallelismo tra il fallimento della società di capitali e il fallimento individuale⁴⁴.

Le differenze che la bancarotta impropria presenta nei confronti di quella propria, devono ricondursi al soggetto attivo del reato, che è una persona fisica non assoggettata al fallimento; e all’oggetto materiale dell’attività criminosa, poiché non si tratta di beni dell’autore del reato, ma di beni da ricondursi all’ente o alla persona fisica sui quali l’agente esercita i poteri di gestione o controllo.

In questi termini si considera non necessaria la qualità di imprenditore commerciale in capo all’autore del reato.

La bancarotta viene tradizionalmente suddivisa in due classi: bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice. Questa distinzione ha un forte connotato psicologico: il

⁴³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 216.

⁴⁴ ALLEGRI, *La tutela dei creditori nel fallimento*, FALL 1984, 213.

concetto di fraudolenza evoca una «*volontà prava*»⁴⁵, deliberatamente offensiva; la bancarotta semplice viene considerata come categoria residuale, classificata come meramente colposa⁴⁶.

Seppur sembra facile distinguere le due tipologie, la legge non fornisce altrettanta chiarezza: sono infatti di difficile individuazione i limiti della bancarotta semplice, che sembrerebbe chiamata a recitare un ruolo sussidiario nei confronti della bancarotta fraudolenta; tale tesi va però presa *cum grano salis*, in quanto amplierebbe troppo l'ambito applicativo della bancarotta fraudolenta.

La disposizione di cui all'art. 217 l. fall., 1° comma, nel preambolo recita: «*fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente*»; questo inciso è volto a prevenire un concorso formale, nel caso in cui, per un medesimo contesto di fatto, si venissero a creare spazi vuoti, interrompendo il rapporto di continuità tra le due, lasciando alla bancarotta semplice la funzione sussidiaria di cui sopra⁴⁷.

La legge fallimentare prevede un diverso regime sanzionatorio per due diverse tipologie di bancarotta: per la bancarotta fraudolenta la pena prevista va dai tre ai dieci anni di reclusione; per la bancarotta semplice la pena massima è di due anni di reclusione. L'art. 219, 1° comma prevede inoltre la possibilità di aumentare la pena fino alla metà tramite l'applicazione dell'aggravante.

Sono previste inoltre pene accessorie, come l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale, punita dall'art. 234 l. fall.; ad essa sono applicabili anche le pene accessorie previste dal codice penale, tra cui l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa ex art. 32-*bis* c.p.

Ai sensi dell'art. 241 l. fall. è prevista una causa di estinzione della responsabilità, solamente per la bancarotta semplice: nel momento in cui il fallito fosse sottoposto a riabilitazione civile, disposta dal tribunale fallimentare (ex art. 144 l. fall.; previo accertamento delle condizioni di meritevolezza ex art. 143 l.fall.; senza condanne penali ostative ex art. 145 l.fall.). Nel momento in cui la sentenza di riabilitazione

⁴⁵ ANTOLISEI, *Manuale*, Milano, 2003, cit. 247.

⁴⁶ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale*, cit., 117.

⁴⁷ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale*, cit., 86.

fosse pronunciata prima del passaggio in giudicato della condanna per bancarotta semplice, il reato dovrebbe considerarsi estinto interamente; qualora intervenisse successivamente, cesserebbero l'esecuzione e gli effetti della condanna.

Si ritiene necessario analizzare la bancarotta preferenziale, che discende dalla bancarotta semplice, dalla quale è stata separata e trasferita nell'art. 216, 3° comma l. fall., nella disposizione dedicata alla bancarotta fraudolenta. Nonostante la nuova collocazione, è pacificamente considerata una figura autonoma, sia per la sanzione ad essa collegata, di gran lunga minore (da uno a cinque anni) rispetto alla bancarotta fraudolenta; sia sul piano dell'oggettività giuridica.

La bancarotta preferenziale non comporta alcuna sottrazione al creditore, né viene intaccato il patrimonio; infatti l'illiceità penale viene a configurarsi nel momento in cui il principio della *par condicio creditorum* venga violato. La spiegazione offerta dalla dottrina analizza il fatto che l'imprenditore non ritiene per sé beni, ma paga e vuole pagare, se pure in modo non conforme alla legge⁴⁸.

Non si tratta di una condotta volta alla distrazione dei beni dal patrimonio ma la tutela è imperniata attorno alla pari soddisfazione degli interessi dei creditori sui beni del patrimonio del debitore. Questo può avvenire attraverso due condotte alternative: eseguire un pagamento o simulare un titolo di prelazione. In relazione alla prima condotta si possono venire a delineare numerose ipotesi che però escludono categoricamente le prestazioni basate su un mero *facere*. Allo stesso modo non rientrano nella fattispecie in esame neppure gli adempimenti obbligazionari consistenti in un dare, aventi ad oggetto esclusivamente la mera consegna del bene.

Possono essere ricondotti nella nozione di pagamenti dell'art 216, 3° co., esclusivamente quelli che sono costituiti dal c.d. pagamento traslativo, correlato quindi ad un trasferimento del diritto di proprietà, categoria in cui rientrano sia il pagamento pecuniario sia la dazione di cose da trasferire in proprietà.

La bancarotta presenta una caratteristica peculiare rispetto ai comuni delitti contro il patrimonio: si registra infatti una discrasia tra l'oggetto dell'offesa (il patrimonio

⁴⁸ CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, D PEN 1991, 7.

dei creditori); e l'oggetto materiale su cui ricadono le condotte tipizzate (il patrimonio netto del reo). In questi casi quindi si parlerà di bancarotta patrimoniale o bancarotta documentale.

L'art. 216, 1° comma, n. 1, con la locuzione "i suoi beni" designa l'oggetto delle condotte, precisando come l'impatto possa essere anche parziale.

Nel 2° comma, n. 2, dell'art. 217 l. fall., è presente un chiaro riferimento al patrimonio dell'imprenditore, nei confronti del quale dovranno senza dubbio incidere le spese di cui al n. 1, le operazioni da considerarsi imprudenti previste dal n. 3 ed infine l'aggravio del dissesto del n. 4. Naturalmente, per essere considerati ai fini della bancarotta patrimoniale, i beni, sia immateriali che futuri⁴⁹, devono essere suscettibili di una valutazione economica.

Con il termine "beni" si considerano tutti quegli oggetti nei cui confronti l'imprenditore possa vantare un diritto (diritti reali, personali, di garanzia, di godimento e tutte quelle situazioni giuridiche attive che possano portare un giovamento anche ai creditori), con la conseguenza che anche i beni conseguiti in maniera illecita debbono esservi ricompresi⁵⁰.

Si ritiene opportuno non scendere nei dettagli della disciplina di bancarotta patrimoniale, che sarà oggetto della trattazione nei capitoli successivi.

In base all'art. 2214 c.c., uno degli obblighi previsti dallo statuto dell'imprenditore commerciale consiste nella redazione della documentazione contabile. La contabilità assume, nella vita dell'impresa, un'importante funzione di carattere organizzativo, è infatti uno strumento di controllo atto a garantire una gestione basata su criteri di razionalità economica.

In particolare nel fallimento, al sopraggiungere della necessità di liquidare l'impresa, ai sensi dell'art. 216, 1° comma, n. 2, viene richiesto alla contabilità di ricostruire il patrimonio e il movimento degli affari dell'impresa: la ricostruzione del patrimonio è necessaria all'individuazione di eventuali passività; la ricostruzione del movimento degli affari è importante per agire tramite revocatoria

⁴⁹ Cfr. Cass., 24 maggio 1982, *Foro. it.*, 1987, II, 234.

⁵⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. V, sentenza 15 dicembre 1993, in *Cass. Pen.*, 1995, 1039.

nei confronti di tutti quegli atti da considerarsi inefficaci nei confronti dei creditori. A differenza della bancarotta patrimoniale le scritture contabili non hanno una funzione satisfattiva, sono strumentali per la tutela dell'interesse patrimoniale del creditore.

L'art. 217, 2° comma l. fall. prende in considerazione solamente i tre anni antecedenti la dichiarazione di fallimento, registrando una finalità di carattere strumentale per l'esigenza di ricostruzione della procedura fallimentare, prescindendo dalle preoccupazioni attinenti al buon andamento dell'economia⁵¹.

Alla bancarotta documentale sono ricondotte tutte quelle ipotesi di reato che mirano a sanzionare le inadempienze riconducibili alla tenuta delle scritture contabili, obbligatoriamente previste ex art. 2214 c.c. (libro giornale, libro degli inventari, corrispondenza commerciale comprensiva degli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute...), si comprendono quindi anche quelle scritture considerate come facoltative, previste dagli oneri civili, tributari o previdenziali (le scritture ausiliarie di magazzino, il registro delle fatture emesse, il libro matricola, il libro paga...), all'interno delle quali si possono trovare dati contabili. La dicitura "*libri e scritture contabili*" non prende in considerazione solamente gli strumenti cartacei, ma anche altri mezzi, che tramite la moderna tecnologia hanno avuto una sempre maggior espansione.

La legislazione ha da lungo tempo espressamente previsto «*i soggetti che adottano contabilità in codice o che si avvalgono di sistemi meccanografici elettronici e simili per l'elaborazione di dati contabili*» (art. 14, d.p.r. n. 600/1973)⁵².

La regolare tenuta della documentazione contabile consente di poter rilevare eventuali condotte penalmente illecite dell'imprenditore; rientra nello scopo della procedura fallimentare lo svolgimento di un sindacato penale (il curatore deve infatti svolgere una relazione nella quale deve riportare «*sulla responsabilità del*

⁵¹ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., 138.

⁵² Cfr. Cass., 18 febbraio 1988, in *Dir. fallim.*, 1989, II, 126; Cass., 18 aprile 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1424.

fallito o degli altri e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruzione penale» ex art. 33 l. fall.).

Non si deve, tuttavia, considerare che l'obbligo di documentazione contabile sia in contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*, conseguenza del diritto di difesa inviolabile sancito all'art. 24 Cost.

Quest'obbligo è volto a tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori, attraverso la trasparenza del patrimonio e della gestione; non risultando finalizzato al mero esercizio dell'azione penale, per i reati commessi dall'imprenditore.

Seppur considerata in maniere negativa da autorevole dottrina, si ritiene interessante verificare se, l'esigenza di occultare precedenti reati, possa essere configurata come una scriminante nei confronti degli episodi di bancarotta documentale⁵³.

Nella sentenza della Corte costituzionale è stato sancito, infatti, che «*il diritto alla difesa opera solo in favore dell'imputato o indiziato di reato*» e «*neppure nella più lata concezione è ipotizzabile il suo esercizio in relazione a comportamenti che in sé considerati non costituiscono autodenuncia o confessione di reati*»⁵⁴.

Si deve quindi rilevare come la registrazione contabile effettuata dell'imprenditore, non costituisca confessione o autodenuncia da parte dello stesso; la sua utilizzazione in sede penale è da ritenersi meramente eventuale, in quanto risulta connessa all'apertura di una procedura concorsuale che ne determini l'acquisizione⁵⁵.

A questa interpretazione si allinea una sentenza della Corte di Cassazione, la quale ha statuito che: «*il diritto di difesa comporta, oltre a facoltà di vario genere e ad obblighi di informazione, la non assoggettabilità ad atti di costrizione, ma non anche la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi*

⁵³ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., 139.

⁵⁴ V. Corte Cost. n. 2236, 1984.

⁵⁵ PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitalia*, III, Milano, 1984, 1122; nello stesso senso PALADIN, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 314

non legati alla pretesa punitiva. In altre parole il diritto di difesa non comprende il diritto di arrecare offese ulteriori»⁵⁶.

Così come la bancarotta patrimoniale, quella documentale può presentarsi sia come bancarotta semplice che fraudolenta; entrambe sono però accomunate dall'interesse tutelato.

La differenza più marcata tra le due viene data dalla particolare gravità delle condotte, considerando sia l'aspetto psicologico sia le modalità, che identificano la bancarotta fraudolenta.

4. Bene giuridico tutelato

Circa l'oggetto della tutela della fattispecie della bancarotta non si registra unanime interpretazione. Si ritiene necessario operare una *summa divisio*, che fa leva sulla distinzione tra le opinioni in senso "privatistico" e quelle in senso "pubblicistico". Il profilo privatistico risulta essere quello dominante, in quanto pone l'accento sulla tutela dei creditori; l'altro tende a risaltare la lesività della bancarotta nei confronti dell'economia pubblica⁵⁷.

Le teorie pubblicistiche sono state successivamente riviste con una chiave privatistica, riconoscendo ai creditori la rilevanza che i loro interessi richiedono; d'altro canto si è rimarcata l'offesa che lo stato di insolvenza crea «*nella vita economica del paese e, quindi, il pregiudizio che ne deriva dalla normalità degli scambi e alla fiducia nell'esercizio del commercio: in una parola, il credito pubblico*»⁵⁸. In dottrina, si è anche valorizzato l'intervento normativo attuato con la legge n. 95/1979 (in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza) a sostegno della tesi della natura plurioffensiva dei reati di bancarotta⁵⁹.

⁵⁶ V. Cass., 22 gennaio 1992, Cass. Pen., 1992, 2198.

⁵⁷ PERINI in PERINI-DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, 4.

⁵⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 46.

⁵⁹ V. Cass. V, 10 ottobre 1978, CERUTTI, R PEN 1979.

L'interesse alla conservazione del patrimonio del debitore può considerarsi l'asse attorno al quale è storicamente sempre ruotato il sistema delle incriminazioni di bancarotta, le quali si vengono ad affiancare ai rimedi di matrice civilistica generale e specificatamente fallimentare.

Secondo l'opinione prevalente della dottrina la bancarotta è, dunque, un delitto contro il patrimonio, che aggredisce, cioè, gli interessi patrimoniali dei creditori, ponendone comunque in pericolo la soddisfazione⁶⁰.

Tuttavia il riconoscimento del diritto di garanzia dei creditori come fondamento della bancarotta viene obiettato da chi afferma che il diritto in questione non possa avere luce prima dell'inadempimento⁶¹. Si sostiene quindi come la fattispecie sia posta a tutela della procedura esecutiva concorsuale.

Questa tesi viene però superata da un ulteriore indirizzo dottrinale, il quale ritiene come l'atto o il fatto generi un'obbligazione in capo al debitore oltre al debito stesso, che presuppone un dovere del debitore stesso di eseguire una prestazione di fare o non fare, suscettibile di un valore economico⁶².

Si afferma quindi che il principio della responsabilità patrimoniale enunciato dall'art. 2740 c.c., (tutti i beni presenti e futuri del debitore costituiscono la garanzia del suo debito) venga recepito dalla disciplina penalistica e che il fatto di bancarotta risulti lesivo del diritto di garanzia di cui all'art. 2740 c.c., il quale afferma come dalla nascita dell'obbligazione il debitore veda limitata la sua libertà di poter agire sul proprio patrimonio, nel rispetto dei creditori; resta comunque libero di: *«poter disporre di quei beni non necessari al soddisfacimento delle ragioni dei creditori, ma anche amministratore di una parte del suo patrimonio per conto degli aventi diritto»*⁶³.

⁶⁰ DELITALIA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 730.

⁶¹ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 78.

⁶² SATTA, in GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, 102.

⁶³ NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., 83.

La dottrina prevalente⁶⁴ e la giurisprudenza⁶⁵, di comune avviso, identificano il bene giuridico tutelato negli interessi patrimoniali dei creditori del fallito (c.d. *concezione patrimoniale della bancarotta*).

Nei casi di bancarotta fraudolenta patrimoniale verrà identificato nell'interesse alla conservazione della garanzia sul patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c., 1° comma. Nei casi di bancarotta fraudolenta documentale verrà individuato nell'interesse alla trasparenza del patrimonio e del movimento degli affari del debitore; in questi casi per ricostruire l'attivo patrimoniale, sarà necessario individuare atti inefficaci o revocabili; la dottrina fornisce un concetto di patrimonialità corroborato da una duplice indicazione normativa: la struttura del dolo specifico, incentrata sul danno patrimoniale dei creditori e la possibilità di estendere le circostanze sulla base del danno patrimoniale inflitto⁶⁶. Nei casi di bancarotta preferenziale il bene giuridico viene identificato nel rispetto del principio della *par condicio creditorum* (ex art. 2741 c.c.), che garantisce il trattamento paritetico dei creditori. Si è convenuto nel sostenere come la bancarotta preferenziale sia la conferma che la bancarotta sia un reato contro il patrimonio.

Anche se le condotte di bancarotta propria ricadono direttamente sul patrimonio del fallito, sono i creditori i soggetti passivi, i cui interessi patrimoniali sono tutelati in quanto afferenti ad una categoria di soggetti⁶⁷.

Il bene giuridico pare assumere, in realtà, una fisionomia parzialmente distinta in ragione del momento in cui viene compiuto il fatto di reato, e, segnatamente, in relazione all'intervento o meno della declaratoria di fallimento.

⁶⁴ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., 71; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 70; CONTI, *Fallimento*, cit., 15.

⁶⁵ Cfr. Cass. V, 11 novembre 1999, n. 12897, Tassan Din, RTDPE 2000, 476; Cass. V, 14 novembre 1993, Manco CP 1995, 1635.

⁶⁶ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di Galgano: artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995, 93.

⁶⁷ PEDRAZZI, in AA.VV. *Manuale*, cit., 74; nello stesso senso MACCAGNO BENEZIA, *Reati fallimentari*, EG, XIII, Roma 1988;

Nell'ipotesi pre-fallimentare, la bancarotta - sia essa fraudolenta patrimoniale, preferenziale o fraudolenta documentale - ha una matrice esclusivamente privatistico-sostanziale⁶⁸, tesa alla protezione dei diritti del ceto creditorio contro la triplice minaccia: *a)* delle indebite disposizioni di beni di proprietà del debitore; *b)* della violazione dell'obbligo di tenuta e di consegna delle scritture contabili, in funzione ricostruttiva del patrimonio predetto; *c)* del favoreggiamento preferenziale di un creditore a scapito degli altri e a danno, in ogni caso, del ristoro del credito.

Nel caso, invece, della bancarotta post-fallimentare, la natura privatistica è accompagnata da un riflesso più strettamente pubblico, afferente alla protezione degli interessi della giustizia, concretamente rappresentati dalla procedura concorsuale (e dal tribunale con i suoi ausiliari)⁶⁹, derivante dal fatto che la sentenza dichiarativa di fallimento contiene l'accertamento dell'insolvenza e rappresenta il presupposto del reato di bancarotta. Quanto alle ulteriori fattispecie previste agli artt. 217, 236, 223 e 224 l. fall., occorre muovere ulteriori distinzioni.

Difatti, le ipotesi di bancarotta semplice, in quanto ontologicamente pre-fallimentari (salvo il caso, comunque non post-fallimentare bensì post-concordatario, previsto dal n. 5 dell'art. 217 l. fall.), hanno come unico oggetto di tutela il patrimonio in funzione di garanzia, come chiaramente si evince già dalla semplice lettura delle norme.

Quanto alla previsione dell'art. 236 l. fall., poi, deve osservarsi che, vigente l'odierna disciplina fallimentare, il presupposto incarnato dal concordato preventivo non ha come parametro fondante l'insolvenza del debitore, bensì lo stato di crisi. Quest'ultimo rappresenta un insieme più ampio, e slegato dall'impossibilità di procedere immediatamente alla soddisfazione dell'obbligazione del creditore, come implicitamente confermato dall'art. 160, 3° comma l. fall., laddove si dispone che *“per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*.

⁶⁸ COCCO, Sub *art. 216*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007, 1149; MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 295.

⁶⁹ ROSSI, *I reati fallimentari*, cit., 35, la quale tuttavia include nell'oggetto giuridico della bancarotta post-fallimentare anche il bene dell'economia pubblica.

Pertanto, essendovi un presupposto radicalmente diverso e parimenti essendo diverso lo strumento giuridico per la risoluzione del conflitto - stavolta ad elevato tasso di “privatizzazione” - il profilo della tutela della funzione del tribunale fallimentare sembra allentarsi non poco (nelle ipotesi pre-concordatarie), in favore della assoluta patrimonialità del bene giuridico tutelato. Inoltre, la disposizione dell’art. 236 l. fall., consentendo l’applicazione delle citate norme incriminatrici anche in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria (con l’intervento del d.l. 83/2015), mantiene intatta la natura essenzialmente privatistica dell’oggetto della tutela penale; considerare “pubblicistica” in senso stretto la natura della procedura concordataria (e delle varie forme di accordo in stato di crisi) significherebbe disconoscere la sua vigente conformazione, in favore di un ingiustificabile “autonomismo” penalistico.

Ancora, le ipotesi autonome delineate all’art. 223, comma 2, n. 1 e 2, e all’art. 224, n. 2, l. fall., ovverosia la c.d. bancarotta “da reato societario”, la bancarotta “per effetto di operazioni dolose” e la bancarotta colposa da “aggravio del dissesto”, sono tutte polarizzate sull’aspetto patrimonialistico della tutela ed hanno intrinsecamente natura pre-fallimentare.

Alla luce dei rilievi svolti, occorre chiedersi come si giustifichi l’equiparazione *quoad poenam* tra bancarotta pre- e post-fallimentare, nonché l’equiparazione con le fattispecie appena indicate, avuto riguardo, in particolare, proprio alla diversa lesività dei fatti tipici di tali ipotesi. La medesima condotta, infatti, in ragione del tempo del commesso reato assume un disvalore ben diverso, cui corrisponde, tuttavia, una identica - per quanto ampia - cornice edittale di pena.

Infine, l’aver individuato un oggetto della tutela di matrice patrimonialistica consente di provare a immaginare quale sia (e se vi sia) uno spazio per l’applicazione dell’art. 50 c.p. in relazione ai fatti di bancarotta pre-fallimentare, come potrebbe ipotizzarsi nel caso della formalizzazione di una volontà inequivoca dei creditori sociali.

Secondo un condivisibile orientamento ⁷⁰, la scriminante potrebbe operare in relazione alla bancarotta preferenziale: la *par condicio*, infatti, non può dirsi turbata da un comune accordo circa il “privilegio” accordato ad uno dei creditori, che renda lecita la sperequazione anche ad intervenuto fallimento.

Per contro, la rilevanza del consenso dell’avente diritto con riferimento ai fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale è ampiamente dibattuta in dottrina ⁷¹. Preliminare alla opzione per la rilevanza o meno della scriminante è la chiara individuazione del bene giuridico, ma anche del tipo criminoso nelle sue costanti fenomeniche: anzitutto, come si è in precedenza osservato, le nozioni di “patrimonio” e di “ceto creditorio” costituiscono concetti dinamici e mutevoli dal punto di vista concreto-sostanziale: in considerazione di ciò, il soggetto passivo del reato non risulta essere mai il singolo creditore, e tale non è neanche l’insieme dei creditori ad una determinata data, anche avuto riguardo alla disciplina processuale posta dall’art. 240 l. fall., che opta per la rappresentanza unitaria di un interesse “diffuso”, derogato solo in casi specifici e, per l’appunto, altamente “personali”.

Dal punto di vista pubblicistico, il reato di bancarotta viene inserito tra i reati contro l’amministrazione della giustizia, in quanto lo scopo è predeterminato alla conservazione dei beni del debitore, affinché i creditori possano rivalersi su di essi. Come precedentemente analizzato, sul debitore gravano obblighi di soddisfacimento in maniera paritetica dei creditori, oltre agli obblighi di conservazione e di trasparenza della documentazione al fine di ricostruire la vita dell’impresa.

Il primo profilo riprende il sopracitato principio della *par condicio creditorum*, poiché viene in rilievo il diritto di credito in capo ai creditori, considerati come *massa*, non come individui. L’interesse immediatamente leso assume una connotazione pubblicistica, l’interesse patrimoniale viene offeso solamente in maniera mediata e indiretta. La legge persegue i medesimi fini della procedura fallimentare, confermando come l’oggetto della tutela penale sia l’interesse

⁷⁰ SCALERA, *La bancarotta fallimentare*, Milano, 2001, 40.

⁷¹ PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 17; MANGANO, *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1980, 13.

processuale alla ripartizione dell'attivo, nel pieno rispetto del principio della *par condicio*⁷². L'orientamento, tuttavia, incontra un limite invalicabile, ove non tiene conto che le condotte di bancarotta possano essere commesse anche prima che sia aperta la procedura concorsuale⁷³.

In questo senso si ritiene opportuno procedere verso una specificazione: ci si deve riferire al diritto di credito, inteso come il diritto privato che vede come soggetto passivo il debitore; o al diritto di garanzia considerato come un «*diritto soggettivo pubblico a carattere processuale, che non si dirige verso il debitore ma verso il giudice*»⁷⁴. Si concretizza così un rapporto processuale corrente tra l'azione e la responsabilità, che nell'ipotesi di bancarotta assumerebbe una tutela del processo concorsuale. Si considera che la bancarotta andrebbe a ledere la potestà esecutiva del giudice, la quale non potrebbe operare senza la presenza di beni da poter colpire⁷⁵.

Seppur la precedente interpretazione sia suffragata da un'autorevole dottrina, la prevalente⁷⁶ esclude che sia riconosciuta alla fattispecie una finalità di tutela della funzione giurisdizionale. Il presupposto concorsuale che identifica i creditori come massa, risulta carente in relazione ai fatti di bancarotta prefallimentare, posti in essere quando il fallimento non si sia ancora configurato, lasciando ancora liberi i creditori di agire individualmente⁷⁷.

Considerando come oggetto della tutela i fini del processo fallimentare, si riconosce che sono tutelati gli interessi alla garanzia dei quali è ordinato il processo, il che

⁷² NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit. 18.

⁷³ CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, Riv dir proc, 1975, 1 ss.

⁷⁴ PADOVANI, *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, 1879.

⁷⁵ LA MONICA, *Diritto penale commerciale, I, I reati fallimentari*, Milano 1988.

⁷⁶ PEDRAZZI, in AA.VV. *Manuale*, cit., 73 e 116. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 24.

⁷⁷ ALLEGRI, *La tutela penale*, cit. 215.

porta ad escludere la possibilità di classificare la bancarotta tra i reati contro l'amministrazione della giustizia ⁷⁸.

Un ulteriore orientamento ⁷⁹, partendo dal presupposto che i diritti dei creditori siano pienamente salvaguardati dalle norme civilistiche che disciplinano l'istituto del fallimento, ravvisa l'oggetto della tutela penale in un interesse sociale, ossia nell'interesse al corretto andamento delle relazioni economiche (reato contro l'economia pubblica) ⁸⁰.

La tesi in esame veniva supportata da coloro che consideravano salvaguardati dalle norme i diritti dei creditori e ritenevano inoltre che l'insolvenza dell'impresa avrebbe causato danni nei confronti dell'economia pubblica, tali da ripercuotersi sulle altre imprese, dando vita ad una reazione a catena che avrebbe coinvolto l'intero sistema economico ⁸¹.

In dottrina, nell'identificare il reato di bancarotta come delitto contro la pubblica economia, si è precisato come la bancarotta debba trovare collocazione tra «*i delitti lesivi dell'ordinato esercizio del commercio*», non in relazione alla disciplina del commercio, «*bensì di rispondenza dell'attività commerciale ai principi di una sana economia*» ⁸². La tradizionale configurazione della bancarotta come “reato proprio

⁷⁸ CONTI, *Fallimento*, cit. 84.

⁷⁹ DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano 1987, 144; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 127;

⁸⁰ BOLAFFIO, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 636; nello stesso senso CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. trim. dir. comm.* 1935, I, 218-219, il quale afferma: “*Il suo danno è realmente nel disordine, nel marasma che viene determinato dall'arresto dell'attività economico-giuridica dei pagamenti dell'azienda: fenomeno che ha dei contraccolpi di portata, di estensione e di intensità indefinita nel complesso dell'economia pubblica; quindi il danno nasce per il fatto stesso che si scuotono, si turbano, una pluralità di economie necessariamente collegate*”.

⁸¹ NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, 63; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, 2636; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, 485-486; FERRARA, *Il fallimento*, 2°ed., Milano, 1966, 250

⁸² PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, 32; nello stesso senso DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, Napoli, 1929, 38; BERENINI, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio* nel *Trattato* diretto dal FLORIAN, Milano,

dell'imprenditore commerciale", ha portato la dottrina a considerare come non sia tutelato solamente il diritto di credito, ma anche il credito *tout court*.

Dal rigoroso regime sanzionatorio si evince come il legislatore voglia tutelare la pubblica economia dall'ampia diffusione che i danni derivanti da bancarotta potrebbero comportare; sanzioni così aspre non avrebbero senso se i "reati fallimentari tutelassero il patrimonio", soprattutto in relazione alle sanzioni previste per i comuni delitti contro il patrimonio ⁸³.

Contro la tesi in esame si è osservato come: «*restino comunque sullo sfondo e non appartengono al nucleo indefettibile dell'oggettività giuridica: sia perchè coinvolti in via soltanto eventuale (ancorché con certa frequenza); sia perchè pregiudicati in via indiretta, tramite l'offesa ai diritti dei creditori. La perturbazione macroeconomica, quando si riscontra, non è che ulteriore ripercussione del sacrificio inflitto ai creditori*» ⁸⁴.

Autorevole dottrina si dichiara concorde con l'interpretazione testé citata registrando come il concetto di pubblica economia complichino ulteriormente l'interpretazione e la comprensione della bancarotta, rivelandosi "evanescente e astratto" ⁸⁵. Si ritiene dunque che «*per quanto grave possa essere la condotta posta in essere non avrà mai efficacia lesiva tale da danneggiare gli interessi patrimoniali dell'intera collettività*» ⁸⁶.

1937, 17 ss; MANGANO, *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1989, 48 e ID., *Disciplina penale del fallimento*, 2° ed., Milano, 1993, 18.

⁸³ ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 28.

⁸⁴ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale*, cit., 103 s.

⁸⁵ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 9; PERDONO', *I reati fallimentari*, in MANNA (a cura di) *Corso di diritto dell'impresa*, Padova, 2010, 329 ss.; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 3° ed., Bologna, 2012, 284; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 8.

⁸⁶ SANTORIELLO, *I reati*, cit., 10 s.

4.1. Reato di pericolo

I reati di bancarotta sono configurati come reati di pericolo.

Nell'ambito del diritto d'impresa questa configurazione persegue l'unico scopo di fornire una tutela che non risulti tardiva o inadeguata e che sia garantita in una fase antecedente alla verifica dell'evento⁸⁷. Tuttavia, le difficoltà riscontrabili nello svolgere tale "accertamento causale" hanno suscitato molte perplessità: l'evento in sé non viene sanzionato al verificarsi dell'offesa, bensì al paventarsi di una situazione pericolosa che potrebbe potenzialmente recare una lesione al bene protetto⁸⁸.

Il legislatore sanziona il verificarsi di una situazione pericolosa, anche se non sfoci in una vera e propria lesione, anticipando così la tutela penale. La punizione avviene in una fase antecedente al verificarsi dell'evento dannoso, lesivo.

Come è noto, la dottrina individua due diverse tipologie di pericolo: concreto e astratto. Nei reati di pericolo concreto, questo, essendo elemento costitutivo della fattispecie, deve essere accertato in concreto dal giudice; il quale è chiamato a verificare che il bene giuridico tutelato dalla norma sia stato concretamente, appunto, posto in pericolo. In sede processuale deve essere accertato che quel particolare fatto abbia suscitato quel pericolo, considerando la condotta nelle circostanze concrete in cui essa è stata posta in essere. In queste ipotesi di reato si considera necessario che il bene protetto venga effettivamente messo in pericolo, quest'ultimo deducibile anche dalle sole modalità della condotta⁸⁹.

Si parlerà invece di pericolo astratto o presunto, qualora non risulti necessario che il bene protetto sia concretamente messo in pericolo, in quanto la sola realizzazione del fatto previsto dalla norma tipica dovrà considerarsi come sufficiente. L'accertamento svolto in tal caso sarà più semplice, poiché volto esclusivamente al

⁸⁷ STRATENWERTH, *Il diritto penale nella crisi della società industriale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1994, 252.

⁸⁸ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., 42.

⁸⁹ GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, 40 ss.

verificarsi di comportamenti rientranti all'interno delle classi astratte che, nella generalità dei casi, espongono il bene giuridico a pericolo.

Differentemente dalle ipotesi di pericolo concreto, in cui quest'ultimo si realizza in un momento successivo rispetto al verificarsi della condotta illecita; il pericolo astratto si configura precedentemente ad essa ovvero in sua concomitanza, in quanto esso costituisce presupposto della condotta stessa o suo oggetto materiale⁹⁰.

Parte della dottrina ha ritenuto idoneo distinguere tra pericolo astratto e pericolo presunto: nel primo caso la condotta presenta intrinsecamente il connotato di pericolosità, limitando così l'attività del giudice al mero riscontro delle conformità della condotta con la legge; nel secondo caso invece il connotato della pericolosità non sarà presente nella condotta stessa, pertanto le condotte incriminate verranno considerate come pericolose senza che vi sia alcun accertamento probatorio da parte del giudice. Non risulta necessario quindi che il bene protetto venga concretamente messo in pericolo⁹¹.

Non deve essere, quindi, svolto un accertamento di pericolosità concreta che ricollegli l'offesa di quel bene giuridico alla condotta in esame, ma si considererà un pericolo che non sia strettamente dipendente dal comportamento. Questo è basato sull'offensività della condotta, senza che sia richiesto al giudice di accertare la pericolosità in quel caso concreto⁹².

Ampia parte della dottrina rifiuta la distinzione sopramenzionata, rilevando come: *«se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una species in cui questa probabilità manchi. Ne deriva che, nei casi in cui si ravvisa un*

⁹⁰ GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, cit., 1 ss.

⁹¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 212 ss.;

⁹² PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale*, cit., 111; GALLO, *Foro pen.*, 1969, 1; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. Vol. 1: Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 416; ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 44; ID,

*pericolo astratto, in realtà non si ha una forma di pericolo ma una presunzione di pericolo, la quale non ammette prova contraria»*⁹³.

La legge non richiede che vi sia una “prossimità cronologica” tra bancarotta e fallimento; purtuttavia la principale preoccupazione della dottrina riguarda l’eventuale avverarsi della condizione di punibilità, la quale porterebbe ad una temporalmente indefinita ricerca della responsabilità penale⁹⁴.

Un’interpretazione dottrinale configura una “zona di rischio penale” coincidente con lo stato d’insolvenza, individuando, nello sfociare dello stato di insolvenza in fallimento, l’avverarsi di quella condizione di punibilità: in questo modo si considereranno previsti della fattispecie soltanto i fatti prefallimentari realizzati quando l’insolvenza era in atto⁹⁵.

Tuttavia, questa tesi non trova conforto nella legge, in quanto solamente in particolari fattispecie si presuppone che il dissesto sia già in atto (ex art. 217, 1° comma, n. 3 e 4); essa, infatti, risulterebbe una soluzione troppo restrittiva, poiché non includerebbe tutte quelle condotte volte a determinare il dissesto, escludendo i casi più gravi⁹⁶.

Autorevole dottrina fornisce una “rigorosa definizione dei fatti di bancarotta”, così da rinforzare, in particolare per quanto riguarda la bancarotta fraudolenta, il regime sanzionatorio, escludendo un’irrazionale espansione della responsabilità penale.

⁹³ ANTOLISEI, *Reati formali e materiali, reati di pericolo e di danno*, in *Rivista penale*, s.6, VI, 1922, 105 ss.; nello stesso senso PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 32 ss.; CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell’anticipazione della tutela penale*, in *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2013, 84 ss.; LATTANZI - LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2016, VIII, III, 794 ss.; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, II, 1426, nota 12, secondo l’Autore in questione, il pericolo presunto non sarebbe altro che la versione processuale del pericolo astratto.

⁹⁴ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., 111.

⁹⁵ NUVOLONE, *Reati in materia di fallimento*, *Enc. Dir.*, XVI, 481, ID, *Limiti penali del diritto di proprietà in funzione della tutela dei creditori*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, II, 1969, 965; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, 217;

⁹⁶ PEDRAZZI, in AA.VV., *Manuale*, cit., ibidem.

Risulta inoltre di difficile accoglimento la configurazione delle fattispecie di bancarotta come ipotesi di pericolo presunto, ritenendo, quindi, la stessa un'ipotesi di reato di pericolo concreto ⁹⁷.

In quanto tale per il perfezionamento del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è richiesta l'esistenza di un nesso causale tra i fatti posti in essere ed il fallimento; sarà quindi possibile prendere in considerazione fatti commessi in qualsiasi momento, anche nel caso in cui la condotta sia stata realizzata quando l'impresa non versava "ancora in stato di insolvenza". Al fine di configurare il reato in questione, dovrà essersi verificato un "depauperamento dell'impresa", e un "pericolo per il patrimonio e la conservazione dell'integrità dello stesso", da verificarsi attraverso l'esito della procedura concorsuale e «*sulla base dell'idoneità del fatto distrattivo ad incidere sulla garanzia dei creditori*» ⁹⁸.

Scendendo maggiormente nel dettaglio, è senza dubbio interessante prendere in considerazione come nella sentenza della Corte Suprema in cui si è affermato che: «*il reato di bancarotta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, nel senso che l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione agli interessi della massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare*» ⁹⁹.

Si è, dunque, rilevato che «*reputare sufficiente la constatazione in sé dell'atto distrattivo equivale ad aderire ad una ricostruzione della fattispecie in termini di "pericolo presunto" e cioè come ipotesi criminosa che si affida ad una catena di presunzioni proprio sulla rimproverabilità della esposizione a pericolo del patrimonio; il pericolo previsto dalla bancarotta prefallimentare non può che essere corredato dalla idoneità dell'atto di depauperamento a creare un vulnus*

⁹⁷ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale*, cit., 111;

⁹⁸ SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato di pericolo concreto*, in *il Quotidiano giuridico*, Torino, 14 settembre 2017, disponibile su: <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2017/09/14/la-bancarotta-fraudolenta-patrimoniale-e-un-reato-di-pericolo-concreto>, [sito consultato in data 06/06/2018].

⁹⁹ Cfr. Cass. Pen. sez. V, 7 aprile 2017, n. 17819.

alla integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura di una procedura concorsuale con una analisi che deve riguardare in primo luogo l'elemento oggettivo, per investire poi l'elemento soggettivo, e che certamente deve poggiare su criteri ex ante, in relazione alle caratteristiche dell'atto stesso e della situazione finanziaria della società, laddove l'antiorità di regola è tale relativamente al momento della azione tipica, senza però che sia esclusa dalla valutazione la permanenza o meno della situazione fino all'epoca che precede l'atto di apertura della procedura e senza, comunque, che possano acquisire rilevanza, nella prospettiva che qui interessa, fattori non imputabili come un tracollo economico».

Per questo si deve considerare come elemento indiziante, l'azione che viene svolta nella c.d. "zona di rischio penale", individuata dalla dottrina come quella zona che traccia il confine con lo stato di insolvenza, utile per l'individuazione di un eventuale stato di crisi dell'impresa. Questa però sarà necessariamente conosciuta dall'imprenditore e guiderà le sue azioni di distacco dei beni dal patrimonio, idonee a produrre una lesione degli interessi dei creditori. La pronuncia della Corte di Cassazione, non esclude che: *«il reato possa essere integrato da comportamenti antecedenti a tale fase, a condizione che questi presentino caratteristiche obiettive che, di regola, non richiedono particolari e ulteriori accertamenti per provare la esposizione a pericolo del patrimonio e che risultino e permangano congruenti rispetto all'evento giuridico (esposizione a pericolo degli interessi della massa) che poi si addebita all'agente».*

Si ritiene inoltre necessario trattare della disciplina della c.d. *bancarotta riparata*, configurata come una possibile conseguenza della bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione. La Cassazione Penale nella sentenza n.52077 depositata il 15 dicembre 2014, disamina la reintegrazione del patrimonio dell'impresa deve realizzarsi antecedentemente la soglia cronologica costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento, annullando così tutti i pregiudizi che si erano venuti a creare nei confronti dei creditori ¹⁰⁰.

¹⁰⁰ V. Cass. Pen. sez. V, n. 28514/2013.

Seguendo un ulteriore orientamento elaborato sempre dalla V sez. della Suprema Corte¹⁰¹, si ritiene escluso il pericolo concreto di pregiudizio per i creditori, qualora antecedentemente alla sentenza di fallimento, si sia verificato il rientro di una somma corrispondente o addirittura superiore al valore dei beni distratti, escludendo così la sussistenza dell'elemento materiale della bancarotta. In relazione ad un ulteriore caso di fallimento, i giudici di legittimità hanno disposto l'irrilevanza di un fallimento chiuso per una mancanza sopravvenuta del passivo, in seguito al pagamento dei debiti¹⁰²: solo la revoca del fallimento ex art. 19 l. fall., qualora si verificasse l'insussistenza dello stato di insolvenza al momento della dichiarazione di fallimento, farebbe venir meno la fattispecie di bancarotta documentale. La Suprema Corte ha escluso in questo caso la rilevanza del reato di bancarotta, tenendo in considerazione il pagamento dei debiti di una società fallita come *post factum* rispetto alla dichiarazione di fallimento.

¹⁰¹ Cfr. Cass. Pen. sez. V, n. 50979/2014.

¹⁰² Cfr. Cass. Pen. sez. V, n. 50975/2014.

5. Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta

Nell'ambito della disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali, contenuta nel regio decreto n. 267 del 1942, il legislatore ha attribuito rilievo penale ad una serie di condotte che possono essere tenute dal fallito o da altri soggetti coinvolti nella gestione dell'impresa prima, o dopo la dichiarazione di fallimento.

La sussistenza della sentenza dichiarativa di fallimento assurge a *condicio sine qua non* della sanzione penale. Ciò ha indotto, pertanto, dottrina e giurisprudenza a domandarsi quale sia, *in primis*, la *ratio puniendi* sottesa agli illeciti e, in secondo luogo, quale sia il corretto inquadramento giuridico dell'elemento suddetto nella struttura dei reati.

Presupposto della dichiarazione di fallimento è lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5, l.fall., il quale afferma al 1° comma «*l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito*»; mentre al 2° comma descrive le modalità attraverso cui lo stato d'insolvenza possa presentarsi, ma non ne fornisce una definizione: «*Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*». Ai fini della punibilità, la norma richiede non solo la commissione dei fatti dalla medesima tipizzati, ma anche la declaratoria di fallimento. Con la sentenza dichiarativa di fallimento, il tribunale accerta che l'imprenditore commerciale, il quale non riesca a dimostrare il possesso congiunto dei requisiti indicati dall'art. 1 l. fall., versi in stato di insolvenza. Il provvedimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni in suo possesso, producendo effetti anche nei confronti dei creditori (ex artt. 51, 52 l. fall.).

La sentenza dichiarativa di fallimento assume una diversa funzione a seconda che inerisca ad una bancarotta pre- o post-fallimentare.

Nell'ipotesi di bancarotta post-fallimentare la declaratoria di fallimento si configura come un presupposto del fatto. Assume, quindi, la funzione di elemento costitutivo del fatto tipico, divenendo oggetto di rappresentazione e volizione. La sentenza

viene emanata in una fase anteriore rispetto alla commissione dei fatti tipizzati come reato.

L'ipotesi di bancarotta pre-fallimentare crea maggiori problemi, generando orientamenti profondamente discordanti tra dottrina e giurisprudenza. La sentenza dichiarativa di fallimento può essere ricondotta a due differenti configurazioni: ad un elemento costitutivo del reato; ad una condizione obiettiva di punibilità.

Una sentenza della Corte Suprema¹⁰³, risalente al 1958, individua la sentenza dichiarativa di fallimento come “*condizione di esistenza del reato*”. In questo senso si ritiene opportuno distinguere le due diverse configurazioni che vengono attribuite alla declaratoria fallimentare, portando alla luce le differenze tra le condizioni obiettive di punibilità (ex art. 44 c.p.) e gli elementi costitutivi del reato¹⁰⁴.

Con l'art. 44 c.p. vogliono disciplinarsi quegli eventi successivi o concomitanti all'azione del reo, che accedono ad un reato già completo in tutti i suoi elementi.

Non devono necessariamente essere ricondotti all'agente, ma anzi, sono svincolati dal nesso di causalità con la condotta.

Nei casi in cui venisse a verificarsi la condizione, l'agente verrà chiamato a rispondere del reato, anche se non l'ha voluto. Il verificarsi della condizione risulta quindi essere esterno al fatto tipico e non incide sul disvalore penale del fatto.

Per elemento costitutivo del reato si intende un qualcosa che incida sul disvalore penale, il cui verificarsi inciderebbe direttamente sulla rilevanza penale della condotta posta in essere dall'agente.

A fine di risolvere i casi dubbi, viene adottato un criterio che distingue le condizioni di punibilità dagli elementi costitutivi del reato. Questo criterio analizza il rapporto che intercorre tra gli elementi previsti nella fattispecie e nel bene giuridico tutelato: qualora l'elemento incida sul disvalore penale del fatto o sull'offesa al bene

¹⁰³ V. Cass., SS.UU., 5 gennaio 1958, n. 2, *Mezzo*, in *De Jure*; nello stesso senso, cfr. più di recente Cass., sez. V, 19 settembre 2014, n. 51094; 13 maggio 2014, n. 37424.

¹⁰⁴ PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, 93; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 45; PAJARDI-FORMAGGIA, *I reati fallimentari*, Milano, 1994, 54.

giuridico, si tratterà di elemento costitutivo del reato; nel momento in cui questo non incida in alcun modo, si tratterà di una condizione obiettiva di punibilità.

Con la sentenza Mezzo si è quindi affermato come la declaratoria fallimentare sia un elemento costitutivo del reato, in quanto qualifica fatti che senza di essa sarebbero irrilevanti, incidendo sul disvalore del penale del fatto. Questa analisi genera delle interessanti conseguenze in materia di *locus e tempus commissi delicti*: il tempo e il luogo rilevanti saranno quelli in cui la sentenza dichiarativa di fallimento viene pronunciata. La giurisprudenza non ha mai affermato che la sentenza dichiarativa di fallimento possa essere considerata come evento del reato, comportando l'irrelevanza del nesso causale tra le condotte incriminate e il dissesto, escludendo quest'ultimo dall'oggetto del dolo.

Tuttavia, questo orientamento ha prodotto diverse resistenze nella dottrina, soprattutto successivamente alla sentenza n. 364/1988 della Corte Cost., che ha affermato che il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) debba essere interpretato come responsabilità per fatto proprio colpevole. La colpevolezza diviene necessaria, per far sì che un soggetto possa rispondere di un reato.

In seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale furono presentati diversi ricorsi presso la Cassazione, il cui scopo era quello di ottenere il riconoscimento della necessità di imputare soggettivamente la sentenza dichiarativa di fallimento o, quantomeno, il dissesto, al soggetto agente, come elemento costitutivo del reato.

In questo senso la c.d. sentenza Rizzoli ¹⁰⁵ assume una notevole importanza, in quanto precisa come il decreto di ammissione all'amministrazione controllata

¹⁰⁵ Cfr. Cass. SS.UU., 24468/2009; il d.lgs. 5/2006 aveva abrogato interamente il titolo IV della l. fall., il quale considerava la disciplina dell'amministrazione controllata come una procedura "minore", volta esclusivamente alla liquidazione dell'impresa e al pagamento dei creditori. Il problema che venne a configurarsi in seguito a questo provvedimento, riguardava gli effetti che questa modifica legislativa avrebbe prodotto nella fattispecie di bancarotta, se *abolitio criminis* o una mera successione di leggi penali. Il ricorrente del caso in questione richiese che fosse revocata la sentenza di condanna (ex art. 673 c.p.p.) per intervenuta abrogazione del reato di bancarotta impropria connessa all'amministrazione controllata. Nella sentenza in esame viene a configurarsi una *abolitio criminis* ex art. 2 co. 2 c.p., che produce effetti retroattivi, in quanto, essendo stati eliminati

assuma nelle fattispecie di bancarotta, la medesima natura della sentenza dichiarativa di fallimento, configurando un elemento costitutivo del reato.

Questo orientamento viene successivamente ripreso dalla sentenza emessa in relazione al caso di fallimento della U.S. Ravenna Calcio s.p.a.¹⁰⁶. La Corte afferma che la sentenza dichiarativa di fallimento si configura come elemento costitutivo del reato e che, in quanto tale, deve necessariamente essere oggetto del dolo. In questo senso lo stato di insolvenza dovrebbe essere voluto e previsto dall'agente, quantomeno a titolo di dolo eventuale. In caso contrario si configurerebbe una violazione degli artt. 42 e 43 c.p. per violazione del divieto di responsabilità oggettiva.

Posto che questa costituisce evento del reato, è necessaria la sussistenza del nesso di causalità con la condotta del soggetto agente poiché nel nostro ordinamento non è previsto alcun elemento costitutivo del reato successivo alla condotta, che non presenti un nesso eziologico con essa. Si ritiene quindi che la sentenza Corvetta consideri il fallimento, anzi l'insolvenza che ne costituisce il presupposto fattuale, come l'evento della condotta di bancarotta fraudolenta prefallimentare.

Questa impostazione è stata respinta da una successiva sentenza della Suprema Corte, relativa al caso Parmalat¹⁰⁷. Questa ha confutato tutti gli argomenti addotti dalla sentenza del 2012, ma supportando la configurazione della sentenza dichiarativa del fallimento come elemento costitutivo del reato.

La sentenza ha ripreso l'affermazione della giurisprudenza che configurava la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di esistenza del reato e a sostegno di essa viene addotto un argomento testuale secondo cui il legislatore che avesse voluto assegnare ad un elemento della fattispecie il ruolo di evento, lo avrebbe esplicitato senza mezzi termini, ricorrendo a forme lessicali evocative del

tutti i riferimenti all'amministrazione controllata nella legge fallimentare, la fattispecie viene privata di un suo elemento strutturale.

¹⁰⁶ Cfr. Cass. Sez. V, 47502/2012, *Corvetta*.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 15613/2015, *Parmalat*, con nota di Bray C., *La cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

rapporto causale. In base a queste premesse la Corte non ha ritenuto configurabile alcun rapporto causale tra le condotte vietate e la dichiarazione di fallimento. Per sostenere questa interpretazione la Corte ha affermato che non sia configurabile il rapporto tra la violazione dell'obbligo della corretta tenuta delle scritture contabili e l'evento fallimentare, fondamentale per la bancarotta documentale. La sentenza Corvetta inoltre ha sostenuto l'impossibilità di configurare un elemento costitutivo del reato, scollegato dal nesso di causalità. A tal proposito la Corte nel caso Parmalat sostiene che nulla impedisce al legislatore di attribuire una struttura unica ad un reato, salvo la necessità di non violare un precetto costituzionale. Questa sentenza ripercorre il medesimo percorso della sentenza del 2012, negando però che il fallimento sia configurabile come evento del reato di bancarotta; afferma la non necessità del nesso eziologico tra la condotta e la declaratoria fallimentare, evitando di approfondire la natura di tale elemento costitutivo. Ad essa si sono allineate diverse pronunce del medesimo anno¹⁰⁸.

Nel 2017 la Corte ha modificato ulteriormente il proprio pensiero, ma si ritiene opportuno analizzare prima la posizione della dottrina.

Secondo la dottrina oggi dominante, il fallimento deve essere inquadrato nella categoria delle condizioni obiettive di punibilità¹⁰⁹. Lo stesso, dunque, costituisce un limite alla repressione penale nel senso che i fatti indicati dalla legge, nonostante il disvalore ad essi intrinseco, vengono puniti sol qualora l'imprenditore che li ha commessi fallisca. Il fallimento potrebbe quindi essere del tutto indipendente dalle condotte di bancarotta, legittimando in ogni caso l'irrogazione della pena. Una volta dichiarato il fallimento, l'interprete è chiamato unicamente ad accertare la sussistenza delle condotte incriminate e non un nesso fra tali condotte e il successivo fallimento.

¹⁰⁸ V. Cass., sez. V, 14 maggio 2015 n. 47190; sez. V, 14 aprile 2015, n. 33278.

¹⁰⁹ PEDRAZZI, (sub) Art. 216, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito*, 1 s., adesso anche in PEDRAZZI, *Diritto penale, vol. IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 439 ss.; M. ROMANO (sub) Art. 44, in *Id.*, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3a ed., Milano, 2004, 480; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4a ed., Milano, 2012, 376 s.

Il fondamento di tale posizione risiede nella considerazione che il fallimento non trova nei fatti di bancarotta il proprio necessario antecedente causale, potendo derivare da fattori del tutto accidentali e incolpevoli; pertanto, lo stesso non può costituire l'oggetto della sanzione, essendo quest'ultima rivolta, piuttosto, alle condotte dolose e colpose che violano le regole gestionali della buona amministrazione poste a protezione delle ragioni creditorie.

Nel caso della dichiarazione di fallimento, la formula "se dichiarato fallito" degli artt. 216 e 217 l.f. sembra richiamare proprio l'esigenza che l'evento suddetto sia accertato dal giudice solo nella sua esistenza, senza gravare pertanto l'accusa dell'onere di dimostrare se l'imprenditore avesse preveduto e voluto tale esito. Ciò sia in ragione del fatto che la prova dei processi psicologici è particolarmente difficoltosa sia in ragione del fatto che il fallimento non dipende sempre e solo dalla condotta del fallito, essendo spesso la scelta sull'apertura e chiusura della procedura fallimentare rimessa ai creditori. In quanto condizione obiettiva di punibilità, il fallimento non inciderebbe sull'esistenza del reato, il quale deve essere già completo in tutti i suoi elementi, ma sulla sua concreta perseguibilità.

In questo senso la posizione è basata su due elementi. In primo luogo, rileva l'elemento testuale, poiché nel reato di bancarotta il legislatore non ha mai qualificato il fallimento come evento del reato, non risultano elementi testuali sufficienti per poter considerare la sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato; salvo i casi di cui agli artt. 223 e 224 (fattispecie di bancarotta impropria) in cui il legislatore ha espressamente considerato un rapporto di derivazione causale.

L'art. 223 l. fall., è stato modificato nel 2002, in particolare per quello che concerne il rapporto di causalità tra le condotte tipizzate ed il dissesto della società, non previsto originariamente dalla norma. La dottrina ritiene che venga rafforzato il principio del *ubi lex voluit, dixit*¹¹⁰. Con l'esclusione delle condotte ex art. 223 l. fall., nelle quali è espressamente previsto il nesso eziologico tra condotta e

¹¹⁰ PANTANELLA A., *La Corte e la damnatio memoriae della sentenza Corvetta in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 473.

fallimento, la sentenza dichiarativa di fallimento assume valore di una condizione obiettiva di punibilità.

In secondo luogo, si fa leva sull'art. 238 l. fall., relativo all'esercizio dell'azione penale per i reati fallimentari.

La regola ivi stabilita prevede che nei casi di cui agli artt. 216, 217, 223 e 224 l.fall., l'azione penale venga esercitata solamente dopo la comunicazione della sentenza di cui all'art. 17 l. fall. Può essere esercitata prima, nel caso disciplinato dall'art 7 l. fall. ed in ogni altra circostanza in cui concorrano gravi motivi, e sia stata già presentata domanda per la dichiarazione in questione.

È quindi possibile esercitare l'azione penale prima della comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento: se si configurasse la dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo, il 2° comma dell'art 238 l. fall. porterebbe alla conclusione che l'azione penale potrebbe essere esercitata pur non essendo ancora pervenuto il fallimento, quindi a reato non perfezionato. Al fine di evitare una tale affermazione, la dottrina conclude che il reato debba considerarsi già completo in tutti i suoi elementi, pur non essendo ancora pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, relegando quindi a questa il ruolo di condizione obiettiva di punibilità.

Pur considerando la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità, intravede nel suo presupposto sostanziale (il dissesto societario) l'evento del reato, il quale non si configurerebbe, di conseguenza, quale reato di condotta e di pericolo, bensì di evento, risultando necessario anche il nesso eziologico tra le condotte tipizzate e il dissesto dell'impresa.

Sarebbe sufficiente valutare l'esistenza di una delle condotte normativamente individuate, senza verificare se la stessa abbia contribuito a determinare lo stato di insolvenza e, quindi, il fallimento. Quest'ultimo, infatti, risulterebbe del tutto indipendente dalle condotte di bancarotta, legittimando, tuttavia, in ogni caso, l'irrogazione della pena. Così ragionando, d'altra parte, si rischierebbe di esporre la disciplina a situazioni di incertezza. Portando, infatti, alle estreme conseguenze queste premesse, si rischierebbe di punire fatti che integrano le condotte di bancarotta, di per sé insignificanti nel quadro del dissesto in atto, oppure troppo risalenti nel tempo rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Un tentativo di individuare validi correttivi alla problematica riscontrata può essere individuato nella elaborazione della teoria della cosiddetta zona di rischio penale, attraverso cui determinare il “confine di rilevanza” delle condotte tenute dal debitore, evitando il regresso all’infinito nella ricerca di una condotta illecita ¹¹¹. La teoria in commento, tuttavia, considera quale bene giuridico tutelato la *par condicio creditorum*, bene costituito dal corretto svolgimento del processo esecutivo concorsuale. Da tale premessa deriverebbe, pertanto, l’individuazione della soglia di rilevanza penale nel momento in cui si realizzi il presupposto sostanziale della procedura concorsuale, ovvero l’insolvenza ¹¹².

La dottrina tradizionale rileva come le condizioni obiettive di punibilità debbono essere distinte in estrinseche ed intrinseche: mentre quelle estrinseche consistono in eventi privi di qualsivoglia collegamento col fatto commesso (si pensi alla presenza sul territorio dello stato ex art.9 c.p.), quelle intrinseche rappresentano un aggravamento della lesione o messa in pericolo al bene giuridico tutelato dalla norma ¹¹³.

L’accoglimento di tale impostazione, che pure colloca la dichiarazione di fallimento all’interno del fatto tipico, non è foriera di maggiori garanzie per il reo rispetto all’inquadramento quale condizione di punibilità (intrinseca).

È chiaro, infatti, che l’affermata natura di elemento costitutivo viene svuotata di fatto di contenuto nel momento in cui si preclude qualsiasi verifica circa il collegamento causale e psichico con la condotta posta in essere.

Alla luce del principio di offensività, infatti, il giudice potrà sicuramente valorizzare in termini di maggiore concretezza le distrazioni, le falsità, le frodi e le

¹¹¹ SADRELLI G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in PISANI N. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, 49 ss, Torino 2010.

¹¹² MACCAGNO-BENESSIA, *Reati fallimentari*, EG, XIII, Roma, 1988, 7; PROTO, *La bancarotta prefallimentare: il problema della pregiudizialità prima e dopo la riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, Milano 1989, 299; MAZZA, *Le limitazioni temporali della rilevanza penale dei fatti di bancarotta*, in *Riv. Pen.*, 1996, 392; *Contra* GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2012, 182; PERINI in PERINI-DAWAN, *La bancarotta*, cit. 16.

¹¹³ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 479.

condotte imprudenti per evitare che si sia puniti per fatti di scarso rilievo nell'ottica complessiva della gestione imprenditoriale ma non potrà mai richiedere in capo all'agente la specifica causazione dell'evento fallimento. Un'interpretazione siffatta sarebbe, poi, contraria alla lettera della legge: gli artt. 216 e 217 l. fall. richiedono, infatti, la sola *dichiarazione di fallimento*, non l'*aver cagionato il fallimento*, come fa l'art. 223 l. fall.

Se, dunque, in passato la giurisprudenza di legittimità si è dimostrata maggiormente incline a favorire la qualificazione del fallimento quale elemento costitutivo del reato, non può non rilevarsi oggi un decisivo mutamento ermeneutico¹¹⁴ nel senso di ritenere tale elemento condizione di punibilità estrinseca; nello specifico, la Suprema Corte ha affermato che: *“nell'ambito dei reati di bancarotta, la dichiarazione di fallimento, in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, rappresenta una condizione estrinseca di punibilità, che restringe 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 dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento”*.

La decisione in esame prende atto del contenuto della decisione Corvetta e delle esigenze cui essa voleva rispondere – e cioè evitare di rinvenire, all'interno dei reati di bancarotta, la presenza di un elemento costitutivo, non coperto dal dolo del soggetto agente – condividendo, tuttavia, le critiche che a tale decisione sono state mosse e che sono state illustrate.

In particolare, secondo i giudici di legittimità la tesi per la quale la sentenza di fallimento sarebbe un elemento costitutivo del reato di bancarotta trae origine da un equivoco di fondo e cioè che l'imprenditore, disponendo *ad libitum* dei beni aziendali, pone in essere condotte in sé lecite in quanto espressive delle facoltà connesse al diritto di proprietà di cui è titolare. Si legge infatti nella predetta decisione che il depauperamento del patrimonio sociale ai danni della classe

¹¹⁴ Cfr. Cass., Sez. V, 22 marzo 2017, n.13910; *contra* Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014 (dep. 15 aprile 2015), n. 15613, in *Il Penalista*, 13 maggio 2015, con commento di C. Bray, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*.

creditoria si verifica solamente nel momento in cui, non essendo più possibile far fronte alle proprie obbligazioni, l'imprenditore diventa insolvente e fallisce; sulla scorta di questo assunto deve farsi conseguire l'affermazione secondo cui, nella misura in cui solo con la dichiarazione di insolvenza vengono ad emersione di possibili danni al ceto creditorio, non può attribuirsi rilevanza penale alle operazioni negoziali ed ai comportamenti dell'imprenditore che non abbiano cagionato – o quanto meno concorso a cagionare - il fallimento e che comunque siano stati posti in essere senza che il soggetto agente volesse determinare – o quanto meno si rappresentasse –l'insolvenza della società.

Invero, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di legittimità nella sentenza Corvetta, la diminuzione della garanzia è un evento pregiudizievole per i creditori di per sé ovvero prima ed indipendentemente dalla declaratoria fallimentare, come peraltro dimostra la presenza nell'ordinamento di molteplici rimedi (si pensi alle azioni revocatoria o surrogatoria o alla segnalazione al pubblico ministero ai sensi dell'art. 238, comma 2, r.d. 267 del 1942) cui il creditore può far ricorso quando si avveda che il debitore sta ponendo in essere atti dannosi per la consistenza della sua garanzia ¹¹⁵.

L'individuazione delle condotte penalmente rilevanti ai sensi degli artt. 216, comma 1 n. 1 e 223, comma 1, r.d. 267 del 1942 quindi non può essere operata soffermandosi sui riflessi causali che le scelte dell'imprenditore hanno sull'adozione della pronuncia giudiziale d'insolvenza giacché il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L'imperativo violato dall'imprenditore non vieta di fallire ma di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori. In altri termini, i comportamenti tipizzati nelle fattispecie di bancarotta esprimono compiutamente – nel momento stesso della loro realizzazione – il disvalore penale, inteso propriamente come

¹¹⁵ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, 296 ss.

l'offesa recata al bene giuridico tutelato (la garanzia dei creditori) ¹¹⁶; la circostanza poi che il legislatore subordini la punibilità di tali condotte alla pronuncia della sentenza che accerta lo stato d'insolvenza non sta ad indicare che solo al momento di tale decisione emerge la portata offensiva dei comportamenti dell'imprenditore giacché la dichiarazione di fallimento entra nella fattispecie non perché fondi o incrementi il disvalore intrinseco nei fatti di bancarotta, ma per mere ragioni di opportunità.

Secondo la decisione in esame, dunque, l'imprenditore non è il *dominus* assoluto ed incontrollato del patrimonio aziendale. La dichiarazione di fallimento non aggrava in alcun modo l'offesa che i creditori soffrono per effetto delle condotte dell'imprenditore, ma, precludendo all'imprenditore ogni margine di autonoma risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile (perché ritenuta necessaria dal legislatore) la sanzione penale.

Ecco perché la dichiarazione di fallimento, in definitiva, in quanto evento estraneo all'offesa tipica ed alla sfera di volizione dell'agente, rappresenta una condizione estrinseca di punibilità che restringe l'area della punibilità, imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento ¹¹⁷.

¹¹⁶ COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2014, 78.

¹¹⁷ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 300.

CAPITOLO II

La bancarotta fraudolenta patrimoniale

SOMMARIO: 1. Soggetti attivi– 2. Oggetto materiale– 3. Condotte – 3.1. La fungibilità delle condotte - 4. L'elemento psicologico –5. Il concorso di persone – 6. Le sanzioni – 7. Le circostanze aggravanti ex art. 219 l. fall. – 8. Il rapporto con gli altri reati.

Premessa

Ai sensi dell'art. 216 l. fall. (*bancarotta propria*) sono disciplinate diverse figure di bancarotta fraudolenta, che si dividono in *bancarotta pre-fallimentare* (art. 216, 1° comma) e *bancarotta post-fallimentare* (art. 216, 2° comma), in relazione al momento in cui venga emessa la sentenza dichiarativa di fallimento.

In questo articolo convivono tre diverse fattispecie: Bancarotta fraudolenta patrimoniale (1° comma n. 1° e 2° comma) Bancarotta fraudolenta documentale (1° comma n. 2); Bancarotta preferenziale (3° comma).

Tradizionalmente in dottrina¹ non si esclude che la previsione di più condotte possa far considerare il delitto come unitario: in questo senso l'art. 219, 2° comma n. 2, aiuta a dimostrare come in presenza di più fatti di cui all'art 216, non debbano configurarsi una pluralità di reati, mantenendo inoperosi tutti quegli istituti inerenti al concorso formale e materiali dei reati, facendo sussistere solamente una circostanza aggravante. La disposizione si configura come una norma a più fattispecie, fungibili tra di loro.

Si registra un'impostazione più recente che tenderebbe a considerare i comportamenti delittuosi di cui all'art. 216, come estremamente eterogenei sia per tipologia che per offensività: sarà quindi impossibile negare l'autonomia della

¹ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 450; LA MONICA, *I reati*, cit., 610;

fattispecie sia da un punto di vista naturalistico, sia in ragione delle conseguenze che si produrranno sulla base dei principi dell'ordinamento penale e processuale².

La singola disposizione considererebbe più norme all'interno di essa.

In questo senso una sentenza della Cassazione³ si è espressa, considerando la norma in esame come una disposizione con più norme autonome tra loro che, qualora venissero poste in essere nello stesso fallimento darebbero origine ad un concorso formale di reati, che verrebbero unificati al solo fine sanzionatorio, tramite il cumulo giuridico. La medesima condotta quindi, potrà integrare la medesima fattispecie più volte.

Viene quindi inserita tra le c.d. disposizioni a più norme o norme miste cumulative, in quanto prevedono tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie previste. Le condotte non si presentano come alternative tra di loro, ma costituiscono elementi materiali di altrettanti reati.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale punisce con la reclusione da tre a dieci anni, l'imprenditore dichiarato fallito che abbia posto in essere una di quelle condotte espressamente menzionate dal 1° comma dell'art. 216 l. fall.; di seguito la disciplina oggetto della trattazione verrà analizzata in tutti i suoi elementi costitutivi.

1. Soggetti Attivi

L'identificazione del soggetto attivo risulta un elemento chiave della disciplina in esame: i fatti offensivi analizzati rientrano nel capo I o nel capo II della legge fallimentare, a seconda che siano stati commessi dal fallito o da persona diversa da esso.

La figura principale risulta essere l'imprenditore che esercita un'attività commerciale, in ragione della definizione fornita dall'art. 1 della legge fallimentare e dall'art. 2221 c.c., ad esclusione dei piccoli imprenditori; si considera, quindi,

² GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 540; SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle sezioni unite una ricostruzione completa*, S 2011,1198;

³ Cfr. Cass. SS.UU. n. 21039/2011.

escluso l'imprenditore agricolo, sul quale è intervenuto il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228⁴. Con l'intento di poter definire al meglio la figura dell'imprenditore commerciale, si ritiene opportuno effettuare menzionare una sentenza della Suprema Corte che ha ritenuto come: *«in tema di bancarotta fraudolenta, assume la qualità di imprenditore commerciale ed è perciò soggetta a fallimento la società nel cui statuto sia previsto in modo espresso l'esercizio di un'attività commerciale riconducibile a quelle indicate dall'art. 2195 c.c., indipendentemente dall'effettivo svolgimento di essa, che invece rileva per l'imprenditore individuale»*⁵. Si ritiene, pertanto, necessario effettuare uno specifico rimando a quelle disposizioni di diritto privato contenute nel codice civile, di cui agli artt. 2082 e 2095.

L'art. 1 della l. fall., inizialmente poneva in rilievo il criterio fiscale (accertamento da svolgere ai fini dell'applicazione dell'imposta sulla ricchezza mobile), al fine di poter individuare il piccolo imprenditore non soggetto al fallimento. Purtroppo, con l'entrata in vigore del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, (art. 82, lett. a) tale imposta è stata abolita. Ulteriore criterio era stato individuato nel 2° comma dell'art.1, l. fall. il quale regolava che: *«quando è mancato l'accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta investito un capitale non superiore a lire novecentomila»*. questo però, venne dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale⁶, pertanto si ritenne, al fine di individuare i piccoli imprenditori, di far riferimento sia all'art. 2083 c.c., sia alla *«natura dell'attività svolta, nell'organizzazione dei mezzi impiegati, nell'entità*

⁴ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 3.

⁵ V. Cass. Sez. V, 22 novembre 2005, La Rocca, CED 233225, in *Cass. Pen.*, 2007, 1253, la Corte ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'esclusione della qualità di società commerciale in capo ad una società cooperativa r.l., il fatto che la prestazione di servizi menzionata nell'atto costitutivo non fosse stata in concreto esercitata, avendo, invece, la società cooperativa soltanto realizzato progetti di pubblica utilità ai sensi dell'art. 23 della l. 11 marzo 1988, n. 67.

⁶ Cfr. C. cost., 22 dicembre 1989, n. 570.

dell'impresa e nelle ripercussioni che il dissesto può produrre nell'economia generale»⁷.

Le società commerciali, dall'art. 1, 2° comma, non potevano, in nessun caso, venire considerate come piccoli imprenditori⁸.

Il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha modificato la nozione di piccolo imprenditore, disponendo che *«non assumevano tale veste gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente, avessero effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a trecentomila euro ovvero avessero realizzato ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a 200.000,00 euro»⁹.*

Nel 2007 è stato emanato un ulteriore decreto (c.d. decreto correttivo), il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, modificando il presupposto soggettivo del fallimento: *«sono soggetti a disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici»,* prevedendo inoltre, tramite il rispetto congiunto dei requisiti indicati, l'esclusione dall'applicazione del soggetto, dalle disposizioni sul fallimento.

Dalla Relazione illustrativa si legge come, l'aver riformulato l'art. 1, l. fall., faccia sì che: *«da un lato, pur senza scalfire la regola generale per cui a fallire è solo l'imprenditore che esercita ex art. 2195 c.c. un'attività commerciale, ha rimosso dal testo il riferimento letterale al piccolo imprenditore, e, dall'altro, ha rivisto, precisandoli ed integrandoli, i parametri di non fallibilità dell'imprenditore insolvente».*

⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 26 settembre 2002, n.36032, Veruschi, CED 223456, la cui sentenza segna il superamento dell'orientamento che aveva fornito un'interpretazione unitaria alle disposizioni dell'art. 1, 2° comma l. fall., e dell'art. 2083 c.c.; in senso conforme Cass. Sez. V, 17 marzo 1987, Pari, CED 175975, in *Cass. Pen.*, 1988, 1541; Cass. Sez. fer., 30 luglio 2003, Tissi, CED 226945; Cass. Sez. V, 21 marzo 2003, Severino, CED 225430.

⁸ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 4.

⁹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, *ibidem*.

Si ritiene opportuno ricordare come non sia consentito al giudice penale di potersi sostituire al giudice fallimentare, né di poter rimettere in discussione gli accertamenti ¹⁰. Gli ermellini hanno ritenuto inoltre: «*Il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e ss., L. Fall., non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza della impresa ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'art. 1, L. Fall., per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'art. 1, L. Fall., ad opera del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e poi del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 c.p. sui procedimenti penali in corso*» ¹¹.

La disposizione di cui all'art. 2 c.p. risulta inapplicabile, dal momento che la novellata formulazione dell'art. 1 l. fall. individua un nuovo contenuto, che interessa solamente le circostanze fattuali per dichiarare il fallimento, poiché non può esser definito come norma di natura "extra-penale" e, quindi, tale da sovrapporsi alla fattispecie "penale"

Non rispondono del reato di bancarotta i dipendenti dell'imprenditore (eccezione fatta per l'istitutore ai sensi dell'art 227 l. fall.) e gli eredi che non hanno continuato l'attività di impresa, salvo casi in cui questi soggetti siano chiamati a rispondere a titolo di concorso¹².

Al fine di individuare l'imprenditore chiamato a rispondere di bancarotta fraudolenta patrimoniale, deve essere valutata l'attività che esso svolge in maniera professionale. Per configurare uno stato di insolvenza, e successivamente essere dichiarato fallito, l'imprenditore deve aver assunto personalmente le obbligazioni attinenti all'impresa. Il conseguente configurarsi della responsabilità patrimoniale, è l'elemento fondante della disciplina penale, essendone il presupposto. In questo

¹⁰ Cfr. Cass. 23 ottobre 1986, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1988, 947; Cass. 17 marzo 1987 in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1988, 939; in dottrina PISANI, *Recenti dispute sullo status di imprenditore fallito nel processo penale*, in *Indice penale*, 1982, 392.

¹¹ V. Cass. SS.UU., 15 maggio 2008, n. 19601.

¹² CONTI, *Reati fallimentari*, 1991, 334.

caso infatti si parla di bancarotta propria, in quanto vi è piena coincidenza tra il soggetto dichiarato fallito e il soggetto che pone in essere uno dei fatti di bancarotta.

Sono previsti dall'ordinamento alcuni casi, in cui si assiste ad una dissociazione tra la titolarità e l'esercizio dell'impresa: il legale rappresentante dell'imprenditore incapace (art. 350, 5° comma; art. 371 n. 3 e 424 c.c.) non può essere considerato al pari dell'imprenditore perché non fallisce, così come il custode dell'azienda sottoposta a sequestro giudiziario (art. 670 n.1 c.p.c.).

Un orientamento minoritario della dottrina ipotizza l'opportunità di condannare per concorso il rappresentante non dichiarato fallito, nonostante sia stato prosciolto il soggetto nel cui nome l'impresa viene esercitata; questa soluzione non è però applicabile nel caso di una totale estraneità alla gestione dell'imprenditore sostituito¹³. Risulta impossibile poter applicare in campo penale una disciplina che faccia ricadere in capo all'impresa le conseguenze personali del fallimento¹⁴.

L'attività svolta dall'impresa viene esercitata nel nome dell'imprenditore. Si ritiene possibile equiparare all'utilizzo del nome proprio, l'uso abusivo di un nome altrui. Nei confronti del c.d. imprenditore occulto risultano essere di difficile imputazione gli effetti giuridici delle condotte poste in essere da un prestanome, al quale viene intestata la gestione dell'impresa e l'intrattenimento dei rapporti con i terzi.

Genericamente viene esclusa la responsabilità dell'imprenditore occulto, in quanto, alla base del rapporto tra l'imprenditore occulto ed il prestanome viene configurato un contratto, comportante l'obbligo del soggetto ad esercitare per conto dell'altro, un'attività d'impresa, ma in non nome proprio. Un vero e proprio mandato senza rappresentanza, poiché mancante dell'autorizzazione ad agire da parte del mandante, ex art. 1705 c.c., il quale dispone: «*il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato*». Questa norma porterebbe alla conclusione che è da considerarsi imprenditore colui i quale spende il proprio

¹³ TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Cedam, 1983, 127.

¹⁴ GALGANO, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, 79.

nome nell'esercizio dell'attività d'impresa, ritenendo non necessario il solo requisito di direzione dell'impresa ¹⁵.

La dottrina penalistica però non è dello stesso avviso e propende per il riconoscimento della figura dell'imprenditore occulto ¹⁶. Viene attribuita esclusivamente al giudice fallimentare la competenza relativa alla fallibilità dello stesso ¹⁷. La legge fallimentare non ha previsto alcuna sanzione, per i soggetti diversi dal fallito, nonostante fosse prevista dal precedente codice del commercio di cui all'art. 865 n. 3, che incriminava per bancarotta fraudolenta i fatti commessi «*esercitando il commercio sotto altrui nome o sotto nome simulato*».

La dichiarazione di fallimento emessa in capo all'imprenditore occulto è sufficiente per attribuire una responsabilità dell'imprenditore occulto a titolo di concorso, con l'aggravante di cui all'art. 112, n. 2 c.p.¹⁸.

Si è però chiamati a precisare come la sentenza dichiarativa di fallimento imponga un vincolo, che non esonera il giudice dall'accertamento della qualifica soggettiva dell'imprenditore commerciale non piccolo¹⁹. Spetta al giudice penale accertare che la situazione giuridica verificata dal tribunale fallimentare fosse presente nel momento in cui le condotte sono state poste in essere, tenendo conto anche del criterio dimensionale, in quanto potrebbe essere ricompreso un imprenditore nato "piccolo" ed esponenzialmente cresciuto nel proseguo della sua attività d'impresa. I criteri a cui il giudice deve fare riferimento sono quelli previsti dall'art. 1 l. fall.

Al fine di risultare penalmente rilevanti, si devono evidenziare quegli obblighi ritenuti come presupposti di un'impresa in attualità di esercizio, per questo motivo deve considerarsi come responsabile di aver violato la garanzia patrimoniale dei creditori, anche l'imprenditore che abbia cessato di operare come tale, manipolando

¹⁵ GALGANO, *Il diritto commerciale in 25 lezioni*, Milano, 2007, 25ss.

¹⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari Vol.1: Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, 43; CONTI, *Reati fallimentari*, 1991, 40.

¹⁷ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 46.

¹⁸ V. Trib. Novara, 13 gennaio 1978, *Foro.it*, 1978, II, 380.

¹⁹ GHIARA, *Equità e legalità*, Milano, 1970, 113-167 e 173.

la contabilità. Solamente dopo un anno dalla cessazione dell'attività, termine all'interno del quale potrà sopravvenire la dichiarazione di fallimento ex art. 10 l. fall., verrà meno la possibilità che la condotta "manipolativa" risulti penalmente rilevante.

Dall'art. 2197 c.c. si desume come le responsabilità penali della legge fallimentare, siano applicabili esclusivamente per chi svolga attività d'impresa in Italia. L'articolo in questione lascia intendere come sia possibile istituire sedi secondarie con rappresentanza stabile sul territorio italiano, rendendosi necessaria l'iscrizione al registro delle imprese (la sede principale è istituita all'estero). La legge fallimentare all'art. 9, considera soggetto al fallimento, anche chi pur avendo la sede principale all'estero, abbia nel territorio italiano una sede secondaria che eserciti attività commerciale²⁰.

Tuttavia non deve considerarsi rilevante solamente il fallimento dichiarato in Italia, poiché anche la dichiarazione intervenuta all'estero sarà efficace in Italia tramite delibazione. Il giudice dovrà accertare che l'attività in questione sia stata realmente svolta in Italia, in mancanza di tale requisito le fattispecie incriminatrici risulteranno inapplicabili.

Non si deve però confondere questo con il luogo in cui le condotte sono poste in essere: al fine di considerare il luogo di esercizio dell'attività d'impresa dovrà determinarsi la qualifica di imprenditore commerciale secondo i requisiti dettati dall'ordinamento giuridico italiano. Per quanto riguarda la punibilità dei reati fallimentari commessi all'estero da imprenditore qualificato in Italia e dichiarato fallito in Italia o all'estero, essa dovrà determinarsi alla stregua degli artt. 9 e 10 c.p.

In alcune circostanze è possibile che l'attività gestoria dell'impresa venga svolta da un soggetto non formalmente nominato o investito della qualifica di amministratore. In questo senso la problematica che viene a configurarsi concerne l'applicabilità nei suoi confronti della disciplina della bancarotta impropria.

²⁰ TEDESCHI, *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, 285; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, Cedam, 2011, 29;

L'ipotesi più ricorrente prevede la nomina di un prestanome come amministratore formale, con il semplice intento di far sì che il soggetto che gestisca effettivamente l'impresa, sia sottratto da tutte quelle responsabilità legate alla carica.

Per questo motivo dottrina²¹ e giurisprudenza²² hanno individuato la figura dell'amministratore di fatto, con l'intento di regolare tutti quei casi in cui un soggetto carente di investitura formale, abbia esercitato "di fatto" i poteri tipici dell'amministratore. La dottrina ha riconosciuto la responsabilità penale dell'amministratore che esercita suddette funzioni pur non essendo formalmente investito.

La giurisprudenza dominante si è allineata alla dottrina, riconoscendo la responsabilità dell'amministratore di fatto, basandosi sull'attività svolta in concreto piuttosto che sull'investitura formale²³. La giurisprudenza ritiene inoltre che l'amministratore di fatto sia chiamato a rispondere penalmente nei casi in cui le norme identifichino «*gli amministratori con riferimento non a una formale attribuzione di qualifiche ma all'esercizio concreto delle funzioni che dette qualifiche sostanziano*»²⁴. Inoltre afferma «*l'amministratore di fatto è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume*

²¹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 109; ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, 53; CONTI - BRUTI LIBERATI, *Il diritto penale nelle società commerciali*, Milano 1971, 119; PEDRAZZI, *Gestione di impresa e responsabilità penale*, in *Società* 1962, 220; BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.* 1984, 107; M. ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998, 200 e ss.

²² Cfr. Cass. Pen. sez. V, 14 maggio 1993, Delle Fave; Cass. pen. sez. V, 29 dicembre 1972, Zito in *Giust. pen.* 1973, II, 591; Cass. pen. sez. V, 5 dicembre 1966, Savoldo in *Dir. fall.* 1967, II, 974; Cass. pen. sez. V, 8 maggio 1964, Esposito, in *Rep. Foro.It.*, 1965, *Voce Società*, n° 220, 223; Cass. pen. sez. V, 1° luglio 1963, De Angelis in *Rep. Foro.It.*, 1964, 246.

²³ V. Cass. sez. V, 13 aprile 2006, Binda, CED 234428, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1014.

²⁴ V. Cass. sez. V, 8 maggio 2002, Kunz, in *Riv. pen.*, 2002, 768; Cass. sez. V, 19 ottobre 1999, Sgrò, CED 215878; Cass. sez. V, 13 agosto 1998, Platania, in *Cass. pen.*, 2001, 1622; Cass. sez. V, 22 aprile 1998, Galimberti *ivi*, 2000, 3451.

la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili»²⁵.

L'indirizzo interpretativo ha trovato la sua realizzazione nell'opera del legislatore attraverso la modifica della legislazione penale in materia bancaria e di intermediazione finanziaria, volta ad individuare i soggetti attivi dei reati tramite la formula «*chi esercita funzioni di amministrazione, direzione e controllo*». In questo senso è stato riscritto, dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, l'art. 2639 c.c., in materia di reati societari, equiparando così al soggetto investito di qualifica formale colui che «*esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*». Si è registrata una modifica anche nella normativa che disciplina la responsabilità da reato delle persone giuridiche, di cui all'art. 5 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, «*il quale identifica anche nei soggetti che esercitano di fatto la gestione o il controllo dell'ente i vertici apicali la cui condotta penalmente rilevante è presupposto della fattispecie illecita da cui scaturisce la responsabilità dello stesso*»²⁶.

La giurisprudenza tende ad avvicinare alla figura dell'amministratore di fatto anche le ipotesi del c.d. *dominus* della società (centro decisionale dell'ente per il tramite di un titolare apparente), dell'imprenditore occulto (soggetto che non spende il proprio nome ma che esercita professionalmente un'attività economica organizzata) e del procuratore *ad negotia* (soggetto che dovrebbe limitarsi a poteri di rappresentanza ma che esercita in realtà un'attività gestoria non occasionale)²⁷. A lungo la giurisprudenza si è interrogata tentando di specificare cosa si intendesse per “prevalente elemento funzionale”; in sede penale «*il dato formale ha scarsa rilevanza, essendo importante il rapporto naturalistico tra persona e potere di gestione dell'azienda ... rapporto che può prescindere dalla qualifica formale ... spettando la qualifica di amministratore, non solo a colui che ha la rappresentanza*

²⁵ Cfr. Cass. sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593, Assello, CED 250844; Cass. sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, Guadagnoli, CED 250094.

²⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 18.

²⁷ Cfr. Cass. sez. V, 17 gennaio 1996, Giumento, in *Cass. pen.*, 1997, 547; in senso conforme Cass. sez. V, 22 ottobre 2014, n. 2793/15, Semeraro, CED 262630.

della società di fronte ai terzi, ma anche al soggetto che di fatto esercita il potere di decisione sulla gestione del patrimonio. (...) »²⁸.

Si registra inoltre come nel caso in cui la deliberazione regolare di nomina per l'amministratore sia assente, non si possa ritenere l'amministratore di fatto come inserito nell'attività sociale, ma solamente colui che esercita in concreto e continuativamente le funzioni proprie degli amministratori. In questo senso la posizione dello stesso deve essere determinata in base alle norme civilistiche che attribuiscono la qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto.

In via processuale si procederà nel tentativo di accertare, sulla base di elementi sintomatici, che il soggetto abbia svolto attività di gestione o cogestione in qualsiasi fase di organizzazione, produzione e commercializzazione di beni e servizi ed in un qualsiasi ramo dell'azienda²⁹.

L'art. 2639 c.c. prevede al 1° comma *«per i reati previsti dal presente titolo soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto alla stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»*. L'articolo tiene conto dell'orientamento fornito dalla Suprema Corte che afferma: *«l'amministratore di fatto può essere ritenuto responsabile per violazione dei doveri connessi all'attività gestoria soltanto allorché sia provata l'estraneità alla gestione del rappresentante legale»*³⁰. Si considera responsabile il rappresentante legale qualora ponga in essere atti con funzione gestionale, la gestione di fatto, quindi, potrà essere ugualmente configurata, ma solo in relazione a singole attività: il gestore risponderà per gli atti da lui posti in essere, ma non per quelli ascritti all'amministratore di diritto.

²⁸ V. Cass., sez. V, 17 gennaio 1996, Giumento, cit.

²⁹ V. Cass. sez V, 12 maggio 2006, Ponciroli, CED 234254, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1014.

³⁰ V. Cass. Sez. V, 16 novembre 1994, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 689, con nota di Casaroli.

Entrando nel dettaglio della norma, si ravvisa al 1° comma dell'art. 2639 c.c., una clausola etichettata “mera clausola di equiparazione generale”³¹, con l'intento di tutelare anche quei soggetti che svolgono la stessa funzione, seppure “diversamente qualificata”.

Nella seconda parte del 1° comma, il legislatore individua i soggetti di fatto attraverso un duplice criterio: uno quantitativo, “la continuità dell'esercizio”; uno qualitativo, “la significatività e tipicità dei poteri svolti”³². Per “continuativo” intende: «la reiterazione di atti e comportamenti, escludendo la rilevanza di un esercizio di poteri episodico o meramente occasionali»³³; con “significativo” ci si vuole riferire: «ad ogni potere riguardante la funzione³⁴, escludendo la rilevanza delle attribuzioni atipiche o marginali³⁵, rispetto alle quali, ricorrendone gli estremi, potrà semmai individuarsi una responsabilità a titolo di concorso»³⁶.

³¹ ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 40.

³² DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, 31; PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida dir.*, n. 16/2002, 41; GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2002, 842; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2013, 128-129; nello stesso senso una pronuncia di legittimità: Cass. Sez. V, 14 aprile 2003, n. 22413, in CED Cass., n. 224948.

³³ MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 20; cfr. ALESSANDRI, *I soggetti*, cit. 46; DI GIOVINE, *L'estensione*, cit. 31; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 75; VENEZIANI, *Art. 2639*, in AA.VV., *I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)*, a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2002, 191; BIANCONI, *Art. 2639*, in *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI, Milano, 2003, 1339.

³⁴ DI GIOVINE, *L'estensione*, cit. 32; cfr. Cass. Sez. V, 14 aprile 2003, cit.

³⁵ ROSSI VANNINI, *Una svolta definitiva nell'individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?*, in *Le società*, 2000, 210-211; ALESSANDRI, *I soggetti*, cit. 46; MACCARI, *Art. 2639*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di GIUNTA, Torino, 2002, 220.

³⁶ MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., ibidem;

La figura dell'amministratore di fatto viene tipicizzata dalla disposizione in esame, seppur con specifico riferimento ai soli reati societari³⁷, in base alla formula "reati previsti al presente titolo", impedendone quindi l'applicazione per gli illeciti penali economici (fallimentari e tributari) e amministrativi³⁸.

La giurisprudenza ha da subito esteso l'ambito di applicazione della disposizione in esame ai reati fallimentari, sostenendo come il legislatore abbia finalmente recepito un principio generale che da anni veniva sostenuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza³⁹.

Particolare è il tema riguardante il titolo in forza del quale l'amministratore di fatto risponda del reato: l'amministratore di fatto risponde del reato a titolo autonomo, in quanto diretto destinatario della norma incriminatrice ed in virtù delle concrete funzioni esercitate⁴⁰. Processualmente si considera necessaria la prova che dimostri la gestione della società da parte dell'amministratore di fatto⁴¹.

Particolare menzione merita il rapporto tra l'amministratore di diritto e quello di fatto, la cui responsabilità non esclude quella degli amministratori di diritto. In base alle ordinarie norme sul concorso di persone entrambe le categorie di amministratori sono chiamate a rispondere del reato, qualora sia dimostrata la gestione effettiva dell'amministratore di fatto. Nei casi in cui questa non venga provata «*l'amministratore potrà rispondere come extraneus concorrente nel reato proprio del soggetto qualificato, purché siano provati in giudizio l'effettivo apporto causale dato al soggetto qualificato nella realizzazione reato e, sul piano*

³⁷ LORUSSO, *Profili problematici in tema di responsabilità dei soggetti di fatto nel diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 628.

³⁸ La giurisprudenza rileva, confermando l'orientamento dottrinale circa la responsabilità penale dell'amministratore di fatto in materia di reati societari, che: «non esclude un'analoga responsabilità in materia fallimentare, che è un settore diverso dotato di un'autonoma disciplina e suscettibile, quindi, di altrettanto autonoma interpretazione», Cass. Sez. V, 5 giugno 2001, Gori, in *Foro.it*, 2004, II, 239.

³⁹ Cfr. Cass., sez. V, 20 giugno 2012, n. 39535, Antonucci, CED 253363; Cass. sez. V, 1° gennaio 2008, Salamida, CED 239040; Cass. sez. V, 17 ottobre 2005, Carboni, CED 232456, in *Cass. pen.* 2007, 754.

⁴⁰ V. Cass. sez. V, 28 novembre 1996, p.m. in proc. Azzolini, in *Guida dir.*, 8/1997, 78.

⁴¹ V. Cass., sez. V, 17 gennaio 1996, Giumento, cit.

soggettivo, la consapevolezza della qualifica soggettiva rivestita dall'amministratore e la coscienza e volontà di aderire al fatto»⁴².

La Suprema Corte ha precisato «*che non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza la decisione con la quale l'imputato sia condannato per il reato di bancarotta fraudolenta per essere rimasto colpevolmente inerte di fronte alla condotta illecita dell'amministratore di fatto, in applicazione dell'art. 40, 2° comma c.p., anziché per la condotta assunta direttamente nella veste di amministratore formale, purché rimanga immutata l'azione distrattiva nei suoi profili oggettivi e soggettivi, considerato che non si determina un'apprezzabile modifica del titolo di responsabilità»⁴³.*

La giurisprudenza ha discusso molto circa le responsabilità da attribuire all'amministratore di diritto quando sia semplicemente un prestanome, o comunemente chiamato "testa di legno". Risulta evidente che l'amministratore di diritto non possa risultare esente da responsabilità penale, dichiarando semplicemente la presenza dell'amministratore di fatto. In questo senso la giurisprudenza ha ritenuto l'amministratore *pleno jure* ugualmente responsabile del reato posto in essere, anche se si sia mantenuto estraneo all'amministrazione della società; viene comunque ritenuto responsabile a titolo di concorso ex art. 40 cpv. c.p. per non aver impedito che la condotta criminosa venisse posta in essere, nonostante l'art. 2392 c.c. lo obblighi ad attivarsi in presenza di atti pregiudizievoli⁴⁴.

Orientamenti più recenti sostengono che l'investitura di amministratore non porta ad un automatico giudizio di colpevolezza, poiché la responsabilità ex art. 27, 1° comma, Cost.; «*deve essere esclusa quando la concreta gestione da parte*

⁴² BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 23; Cass., sez. V, 17 gennaio 1996, Giumento, cit.; in giurisprudenza: Cass. sez. V, 27 febbraio 1992, Capriolo, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 585; Cass. sez. V, 23 giugno 1988, Guadagni, in *Cass. pen.*, 1989, 1858.

⁴³ V. Cass. sez. V, 20 settembre 2007, Gili, CED 238210.

⁴⁴ Cfr. Cass. sez. V, 28 maggio 2014, n. 44826, Regoli, CED 261814; Cass. sez. V, 9 febbraio 2010, Mortillaro, CED 246897, in *Cass. pen.*, 2011, 691; in *Giust pen.*, 2011, II, 225.

*dell'amministratore di fatto... sia così complessiva e sostitutiva da ridurre l'amministrazione legale ad un mero atto formale, nominale»*⁴⁵.

2. Oggetto materiale

L'oggetto materiale del reato viene individuato nei beni dell'imprenditore: si tratta naturalmente di beni patrimoniali suscettibili di una valutazione economica, volti a soddisfare gli interessi dei creditori. Non si richiede solamente il rispetto della prospettiva economica, i beni devono rientrare nella sfera giuridica dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 42 l. fall. nel quale si definiscono gli effetti del fallimento sui beni del fallito. L'accezione normativa "suoi beni" si riferisce direttamente al patrimonio dell'imprenditore: l'ordinamento giuridico italiano non consente la separazione dell'azienda dal patrimonio dell'imprenditore individuale, riconducendo quindi il concetto al complesso dei rapporti giuridici, suscettibili di una valutazione economica, riconducibili all'imprenditore⁴⁶.

L'oggetto del reato di bancarotta non vede limitato il suo raggio d'azione ai soli beni di cui l'imprenditore è il proprietario, in quanto "*l'azione esecutiva, singolare o universale, si esercita sul diritto del debitore, piuttosto che sulla materialità del bene (dove esiste)*"⁴⁷. In questo senso non rientrano nella nozione in esame tutti quei beni rientranti nella categoria di diritti minori, reali o personali, di godimento o di garanzia, non attribuibili ai creditori stessi.

Sono indicati come possibili oggetto di bancarotta i beni materiali (suscettibili di trasformazione o di utilizzazione), il denaro, i beni immateriali come diritti sia sulle cose che di credito, le opere dell'ingegno, le privative sociali e i crediti⁴⁸; la denominazione sociale e il marchio⁴⁹; l'idea dell'inventore o il contenuto artistico

⁴⁵ Cfr. Cass. sez. V, 22 ottobre 2014, n.50348, Serperti, CED 263225; Cass. sez. V, 7 gennaio 2015, n. 7332, Fasola, CED 262767.

⁴⁶ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit. 44; cfr. BRICCHETTI, in BRICCHETTI-TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano 1998, 30 ss.

⁴⁷ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit. 44-45.

⁴⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 50.

⁴⁹ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 51.

o letterario di un'opera⁵⁰; le azioni, i poteri, le facoltà come mezzo per l'acquisizione o la conservazione di ulteriori beni⁵¹. Come si evince si tratta di una nozione di "bene" intesa in senso ampio e generico.

Consolidata giurisprudenza ha annoverato nel concetto di beni disponibili all'imprenditore anche i beni di terzi⁵², interpretazione tuttavia contestata da dottrina autorevole⁵³.

Sono quindi oggetto del reato di bancarotta tutte le componenti attive del patrimonio, le quali possono essere soggette a comportamenti omissivi tra i quali l'omessa custodia o l'omessa difesa di diritti. Possono configurarsi sia come atti di disposizione in senso giuridico sia come comportamenti materiali in grado di modificare situazioni di fatto.

Discorso particolare deve essere fatto circa il fenomeno dell'avviamento: la giurisprudenza ha precisato che «l'avviamento, i rapporti di lavoro e la tecnologia costituiscono beni economicamente apprezzabili e, come tali, possono essere oggetto di bancarotta per distrazione⁵⁴». Si ritiene necessario effettuare una premessa: il fallimento esplica i suoi effetti su tutti quei beni che non presentano una «*propria consistenza economica, ma rappresentano piuttosto una qualità dell'insieme (tipico il caso dell'avviamento) che possono rivestire per i creditori*»⁵⁵. Si riterrà quindi sempre necessario ricondurre la condotta tipica posta in essere ad una modificazione peggiorativa di un determinato valore, o alla scomparsa di un determinato bene.

La Suprema Corte ha recentemente modificato il suo orientamento, pronunciandosi in due diverse occasioni circa la considerazione dell'avviamento come oggetto della

⁵⁰ PAGLIARO, *Delitto di bancarotta*, Palermo 1957, 102.

⁵¹ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 277.

⁵² Cfr. Cass. Pen. sez. V, 20 marzo 2003, Griffino, CED 225937; Cass. Sez. V, 4 giugno 2005, in proc. Garbo, CED 222065.

⁵³ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 108; CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, Torino 1991, 68; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 316; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano 1999, 273 ss.

⁵⁴ V. Cass. 24 maggio 1982, *Foro.it.*, 1987, II, 234, con nota di ANDREAZZA.

⁵⁵ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 46.

bancarotta: è stato spiegato come l'avviamento, in quanto valore, non sia suscettibile di distrazione, possono essere distratti solamente fattori da cui l'avviamento trae origine, quest'ultimo sarà soggetto, eventualmente, a dissipazione⁵⁶.

Non rientrano nella sfera patrimoniale dell'imprenditore i beni posseduti a titolo precario, soggetti ad un credito di restituzione verso terzi; il curatore sarà comunque chiamato a fare l'elenco inserendo questi beni ex art. 89 l. fall., oltre all'eventuale azione di recupero degli stessi nel caso in cui il fallito ne abbia perduto il possesso ex art. 79 l. fall.

Una sentenza della Cassazione riconosce, come pur non essendo legittimata l'esecuzione dalla sola disponibilità materiale del bene in capo al fallito, questa incida sul complesso dei beni e delle ragioni patrimoniali del fallito⁵⁷.

Il bene da restituire non deve essere confuso con il rapporto contrattuale che da vita alla locazione o al *leasing*, la prevalente giurisprudenza consente al curatore del fallimento, previa autorizzazione del giudice, di subentrare nel contratto (ex art. 73l. fall.) qualora la cessione dei beni genererebbe effetti lesivi per i diritti dei creditori⁵⁸. Tutti i beni appartenenti all'imprenditore assumono una funzione di garanzia in quanto strumentali alla gestione del patrimonio rimanente, è possibile in questo senso riflettere circa l'utilità che può essere attribuita nei confronti dei diritti derivanti da contratto di locazione o *leasing* in esercizio provvisorio.

Con la medesima accezione devono essere considerati i beni acquistati dall'imprenditore con riserva di proprietà, nei cui confronti sarà configurabile la bancarotta fraudolenta, non solamente per la possibilità di subentrare nel contratto di cui sopra, ma anche in funzione del diritto alla restituzione delle rate già pagate ex art. 1526 c.c.

⁵⁶ Cfr. Cass. Pen. sez. V, 24 gennaio 2013, n. 3817; Cass. Pen. sez. V, 19 marzo 2014, n. 26542; in dottrina BRICCHETTI, *Avviamento e oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Società* n.4, 2013.

⁵⁷ V. Cass. 1° ottobre 1986, *Giust. Pen.*, 1987, III, 277.

⁵⁸ Cfr. Cass. 18 aprile 1980, in *Riv. Pen.* 1980, 925; Cass. 17 giugno 1983 in *Giust. Pen.*, 1984, II, 342.

La giurisprudenza ha rilevato la possibilità di poter distrarre il bene oggetto del contratto di locazione finanziaria: la Suprema Corte ritiene che, pur differenziandosi dalla vendita con riserva di proprietà, rendendo inapplicabile l'art 1526 c.c., debba essere considerato il diritto dell'utilizzatore a scegliere di poter acquistare il bene al termine del rapporto contrattuale (*leasing*), considerando «*il concreto interesse della curatela alla conservazione dei beni utilizzati in leasing dall'azienda fallita se non altro al fine di conservarne il valore operativo*»⁵⁹. Una parte della dottrina si allinea al pensiero affermato dalla giurisprudenza, ove si ritenga possibile applicare l'art. 73 l. fall.⁶⁰; d'altro canto si ribadisce come sfugga alla competenza del giudice penale una valutazione di convenienza negoziale, esclusa l'ipotesi in cui il bene in questione non sia suscettibile di una valutazione economica⁶¹. Soltanto di recente la Cassazione ha precisato come debba configurarsi il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, anche successivamente alla cessione di beni detenuti dal fallito in locazione finanziaria, posto che sia data prova del nocumento che la cessione provochi nei confronti degli interessi dei creditori⁶².

Per quel che riguarda i beni di provenienza illecita e in particolar modo delittuosa, questi vengono considerati oggetto materiale della bancarotta da una giurisprudenza ormai consolidata⁶³. Tuttavia le motivazioni non convincono, poiché la Cassazione afferma che «*il patrimonio dell'imprenditore va considerato nella sua consistenza oggettiva e non in relazione al modo in cui si è formato*»⁶⁴; si

⁵⁹ V. Cass. 10 maggio 1988, *Riv. pen. econ.*, 1989, 67 con nota adesiva di LETTIERI.

⁶⁰ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam 2017, 246

⁶¹ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 48.

⁶² V. Cass. Sez. V, 17 gennaio 2012, n. 13571; Cass. Sez. V, 3 novembre 2011, n. 9427, quest'ultima evidenzia come il reato sussista quando alla cessione venga accompagnata la prova che il proseguimento del rapporto si sarebbe rivelato una risorsa economica per i creditori.

⁶³ Cfr. Cass. 3 aprile 1992, *Riv. pen.*, 1993, 235; Cass. 18 gennaio 1986, *Riv. pen.* 1987, 376. Cass. 13 dicembre 1982, *Cass. Pen.*, 1984, 691.

⁶⁴ V. Cass. 13 dicembre 1982, *Cass. Pen.*, 1984, cit. 691.

evinces come si dovrebbe dimostrare la modalità illecita con cui sia stato acquisito il possesso dei beni facenti parte del patrimonio.

Inoltre nel 1975 la Suprema Corte aveva di per sé ripreso il concetto di “suoi beni” utilizzato dal legislatore, attraverso cui lo stesso «*ha inteso fare riferimento alla sfera di disponibilità del patrimonio del fallito, non alla proprietà in senso tecnico-giuridico*»⁶⁵; rilevando come non sia possibile ricondurre il patrimonio ai soli diritti di proprietà. I creditori non possono vantare alcuna pretesa su beni posseduti senza alcun titolo dal debitore, o addirittura, in contrasto con i diritti altrui. Per i beni di provenienza illecita sarà quindi necessario verificare se facciano parte del patrimonio o meno. Qualora ne siano parte, dovranno essere considerati come «suoi», e di conseguenza sarà possibile per l'imprenditore sottrarli ai creditori: si tratterà di un concorso materiale tra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ed il relativo reato contro il patrimonio commesso antecedentemente⁶⁶.

I beni illecitamente acquisiti possono entrare a far parte del patrimonio tramite un contratto, il quale risulterà annullabile per dolo *ex art.* 1439 c.c. nel caso di truffa contrattuale⁶⁷.

Diverse pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto che l'acquisizione al patrimonio sia configurabile sulla base di un contratto, il quale potrebbe essere annullabile qualora le interferenze delittuose si verificassero (p. es.: annullabilità per dolo *ex art.* 1439 c.c.)⁶⁸. Inoltre sono posti a garanzia dei creditori, i beni fungibili di illecita

⁶⁵ V. Cass. 11 marzo 1975, *Cass. Pen.* 1976, cit. 914.

⁶⁶ Circa l'ammissibilità del ricorso: v. Cass. 17 maggio 1985 in *Cass. Pen.*, 1987, 822.

⁶⁷ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 49.

⁶⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 15 dicembre 1988, in *Giust. Pen.*, 1990, II, 279-280; Cass. Sez. V, 1° ottobre 1986, in *Giur. It.*, 1987, II, 338; in dottrina NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 51 e 109; CONTI, *Reati fallimentari*, cit., 71; NAPOLEONI, *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissioni di beni provenienti da reato*, in *Cass. Pen.*, 1988, 149.

provenienza, come il denaro, che risultano indistinguibili, in quanto confusi con altri beni *eiusdem generis*⁶⁹.

La più recente giurisprudenza ha infine incluso i beni in questione basandosi sul presupposto che sarà la consistenza oggettiva del patrimonio ad interessare, e non le modalità in cui questo si è formato⁷⁰. Naturalmente la dottrina ha manifestato le sue perplessità circa questa tesi⁷¹.

È opportuno svolgere una precisazione in ragione della prova necessaria ad individuare l'appartenenza dei beni al patrimonio, una pronuncia della Cassazione ritiene necessaria l'individuazione e la separazione dei proventi da reato rispetto ai beni dell'imprenditore. Questa instaurerebbe un vincolo di pregiudizialità che tuttavia non riceva il necessario riscontro nel sistema normativo. Una soluzione differente potrebbe essere individuata solamente nell'ambito della bancarotta post-fallimentare, ma parte della dottrina ritiene «eccessivo postulare una forma di avocazione del bene alla massa attiva»⁷².

3 Condotte

L'elemento caratterizzante delle condotte previste dall'art. 216 l. fall., è l'attentato alla garanzia patrimoniale. L'intento perseguito dal legislatore era quello di riuscire a cogliere tutte le varie manifestazioni del medesimo fenomeno.

Antecedermene alla trattazione delle varie condotte, si ritiene utile fare una premessa atta a ricordare che il concetto di garanzia viene considerato nella sua

⁶⁹ Cfr. Cass., 6 febbraio 1986, in Cass. Pen., 1987, 1649. In dottrina: ANTOLISEI, *Leggi Complementari*, cit., 54; ALLEGRI, *Sulla bancarotta dei beni di provenienza delittuosa*, in *Fallimento*, 1985, 21.

⁷⁰ V. Cass. Sez. V, 18 maro 2016 n. 35000.

⁷¹ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuale*, Torino 2012, 318 ss.; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano 1993, 38; CASAROLI, *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta fraudolenta*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1991, 403.

⁷² PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*. cit. 51; per il criterio sull'avocazione del bene al fallimento PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 8.

accezione generica, intenta a considerare la pluralità dei creditori: la garanzia viene così sottratta «a tutti i creditori indiscriminatamente»⁷³.

Le condotte del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale previste dalla legge fallimentare sono: distrazione, occultamento, dissimulazione, dissipazione, distruzione e il riconoscimento delle passività inesistenti. L'ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione sarà oggetto del capitolo seguente, in questa sede si ritiene opportuno soffermarci sulle altre condotte.

Si intende per *occultamento* quell'effetto di irreperibilità generato sulle componenti attive del patrimonio; questo può avvenire sia tramite il nascondimento materiale o presso terzi di beni reali, sia attraverso la sottrazione o l'occultazione di documenti probatori. Qualora fossero attuati artifici contabili si configurerà la bancarotta documentale.

Al fine di poterne comprendere meglio i limiti, si ritiene utile trattare anche della condotta di *dissimulazione*, che contempla i casi in cui i beni vengono nascosti tramite negozi giuridici⁷⁴. Si registra comunque un'opinione contraria che individua tutte le forme di nascondimento, materiale o giuridico, come occultamento, svuotando completamente il significato della dissimulazione⁷⁵.

Anche la giurisprudenza in una pronuncia della Cassazione sovrappone le due condotte: «*in tema di bancarotta fraudolenta per occultamento, il verbo occultare, adoperato dall'art. 216 L. Fall., secondo il suo preciso significato filologico, definisce sia il comportamento del fallito che nasconde materialmente i suoi beni in modo che il curatore non possa apprenderli, sia il comportamento del fallito che, mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi i beni che continuano ad appartenergli, in modo da celare una situazione giuridica che consentirebbe di assoggettare detti beni all'azione esecutiva concorsuale*»⁷⁶.

⁷³ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit. pag. 33, 192.

⁷⁴ ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 61; LA MONICA, *Diritto penale*, cit., 256; PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 59.

⁷⁵ CONTI, *Diritto penale*, cit., 159; PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 137.

⁷⁶ V. Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2007, n. 46921.

Per la realizzazione del reato si ritiene necessario che si determini una difficoltà all'apprendimento dei beni nei confronti del curatore o dei creditori; nel caso in cui il nascondimento manchi lo scopo si configurerà il tentativo, non la consumazione del delitto.

Parte della dottrina ha proposto di applicare alla bancarotta per dissimulazione lo schema del reato impossibile (di cui all'art. 49, comma 2)⁷⁷; questa figura di reato si ha quando «*per la inidoneità dell'azione [...] è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*». In questo senso si presuppone che l'intera azione sia stata posta in essere, ma a causa dell'inidoneità dell'offesa, risulta impossibile che la stessa offenda l'interesse giuridicamente tutelato. Il capoverso sopracitato prevede due ipotesi: la non idoneità della condotta e l'inesistenza dell'oggetto materiale. La prima non deve confondersi con il delitto tentato, in quanto nel reato impossibile l'azione risulta essere completa, ma non sufficiente a ledere il bene protetto, in virtù delle sue caratteristiche intrinseche. La seconda fattispecie, invece, può presentare sia un'inesistenza assoluta dell'oggetto, poiché mai esistito in natura, sia una esistenza relativa in quanto l'oggetto seppur esistente risulti mancante nel luogo in cui la condotta criminosa viene posta in essere.

Autorevole dottrina ritiene la prima che la prima, contemperata i principi di legalità, di general-prevenzione ed offensività⁷⁸.

Per quanto concerne gli acquisti effettuati dal coniuge a titolo oneroso nei cinque anni precedenti il fallimento, esiste una presunzione che fa rientrare i suddetti nel patrimonio del fallito ex art. 70 l. fall.

Il problema sorto sulla questione venne trattato da una giurisprudenza che ha considerato la bancarotta come reato impossibile⁷⁹. Parte della dottrina considera

⁷⁷ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 279.

⁷⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2: delitti contro il patrimonio*, Padova, 2016, 459.

⁷⁹ V. App. Catania, 5 giugno 1935, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1937, 743, con nota critica di ONDEI, *In tema di reato impossibile in relazione alla bancarotta*, ivi, 744.

legittima questa presunzione ritenendo «*doverosa l'apprensione del bene ceduto dal fallito, ma non certa*»⁸⁰.

Tale questione conferma come le condotte di dissimulazione e occultamento debbano essere considerate non come tali, ma come eventi lesivi della garanzia. La giurisprudenza ritiene che la fattispecie in esame differisca dal delitto di cui all'art. 220 l. fall. (omessa dichiarazione di beni), poiché in quest'ultimo si renderà necessaria una mera condotta omissiva, nel primo invece sarà indispensabile lo svolgimento di un'ulteriore attività di nascondimento materiale o giuridico - tramite negozi simulati - del bene medesimo⁸¹.

L'annullamento fisico del bene, inteso come annullamento del valore economico dello stesso, integra la condotta di *distruzione*. In questo senso si ritengono soggetti alla condotta distruttiva solamente quei beni o diritti con un valore di scambio o d'uso. Diverse sono le modalità previste per far sì che questa condotta configuri il reato in esame; la distruzione viene riconosciuta come tale anche qualora venga effettuata tramite omissioni violando l'obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale⁸². Una pronuncia della Suprema Corte ha evidenziato come debba essere riservato in capo al debitore l'obbligo di conservazione dei beni, attraverso azioni materiali o giuridiche, al fine di prevenire la distruzione o il deterioramento degli stessi⁸³.

La distruzione può configurarsi anche nell'ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, ad un congruo prezzo, che renderebbe impossibile il normale proseguimento dell'attività d'impresa, pregiudicando contestualmente il ripiano della situazione debitoria della società. In quest'ottica si considera legittima l'attività svolta per garantire la realizzazione delle finalità della società, valutazione che richiede una analisi svolta in concreto: la legittimità della manovra viene analizzata utilizzando un criterio discretivo che tiene conto della complessità del patrimonio - in virtù del

⁸⁰ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit. pag. 54, 279.

⁸¹ V. Cass. Sez. V, 10 maggio 1983, Calzolari, in *Riv. pen.*, 1984, 89.

⁸² V. Cass. Sez. V, 16 aprile 2013, n. 32469, Nasseti, CED 256252 tratta dalla bancarotta patrimoniale per mancata riscossione di un credito.

⁸³ V. Cass. Sez. V, 10 dicembre 1999, Riccò, in *Dir. prat. Soc.*, 9/2000, 82.

principio di garanzia dei creditori – e degli effetti che la cessione genererebbe sugli interessi perseguiti e sull'integrità del patrimonio dall'impresa⁸⁴.

Qualora la perdita del cespite vada ad intaccare la capacità dell'azienda di produrre nuova ricchezza, verrebbe a decrescere il valore dell'impresa stessa, rendendo le cose ancor più difficili durante la liquidazione del patrimonio restante⁸⁵.

Si ritiene possibile che la condotta distruttiva si realizzi anche in forma parziale, come nel caso di deterioramento che lasci presupporre una significativa riduzione del valore.

Quanto alla condotta *dissipativa*, si intende per dissipazione una qualsiasi dispersione di beni avvenuta per scopi estranei all'impresa o a esigenze di vita⁸⁶. Questa condotta presenta diversi elementi in comune con alcune ipotesi di bancarotta semplice, quali l'effettuazione "spese eccessive" e il compimento di "operazioni di pura sorte". Molteplici sono le modalità attraverso cui la condotta in esame può configurarsi: si ritiene possibile intaccare il patrimonio diminuendo le attività, ma anche generando passività.

Rientrano nei fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale le condotte di *esposizione e riconoscimento di passività inesistenti*, non riconducibili a bancarotta documentale in quanto non attentano solamente all'ostensibilità del patrimonio del debitore⁸⁷.

L'esposizione può essere effettuata tramite dichiarazioni verbali o scritte verso gli organi fallimentari; questa condotta si realizzerà tramite l'esibizione di falsi contratti e l'utilizzo di false registrazioni nei libri e nelle altre scritture contabili (configurando l'ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale ex art.216, 1°

⁸⁴ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 65ss.

⁸⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 10 gennaio 2012, PetruzzIELLO, CED 252008; Cass. Sez. V, 1° aprile 2015, Bellachioma, CED 263943.

⁸⁶ Cfr. Cass. Sez. I, 25 aprile 1990, De Sena Plunkett, in *Foro.it*, 1990, II, 601; Cass. Sez. V., 12 dicembre 1972, Leorato, in *Cass. pen.*, 1973, 170.

⁸⁷ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 64.

comma, n. 2) ⁸⁸. Risulta possibile considerare implicitamente il “riconoscimento di passività inesistenti”, realizzabile con “qualsiasi mezzo idoneo allo scopo”.

Non integra il reato di bancarotta fraudolenta la contrazione di nuove passività effettive, volte alla diminuzione della capacità di soddisfacimento dei creditori, che potrà essere ricondotto alla fattispecie di cui all’art. 218 l. fall.; in questo senso si ritiene sufficiente l’acquiescenza di fronte alla rivendicazione del credito fittizio, qualora “sussista il dolo richiesto per il reato” ⁸⁹.

Sono ricomprese nella nozione di passività tutti gli elementi patrimoniali negativi, generalmente costituiti da debiti ⁹⁰.

Nell’ipotesi in cui venisse simulato un titolo di prelazione si vedrebbe realizzata la fattispecie di bancarotta fraudolenta preferenziale ex art.216, 3° comma l. fall.

La dottrina ha a lungo dibattuto circa l’individuazione delle modalità attraverso cui può configurarsi la condotta dissipativa: mentre una parte della dottrina ritiene opportuno configurare questa attraverso un’unica azione ⁹¹, l’altro orientamento dottrinale sostiene che debbano prendersi in considerazione una pluralità di atti per far sì che la stessa bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione abbia luogo⁹². Quest’ultimo aspetto incide direttamente sull’eventuale configurazione della circostanza aggravante della “pluralità dei fatti” ex art. 219, 1° comma, n.1 l. fall.

⁸⁸ V. Cass. Sez. V, 2 marzo 1990, Marazzini, CED 183521.

⁸⁹ BRICHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 107.

⁹⁰ V. Cass. Sez. V, 20 aprile 2007, Di Salvo, 237255.

⁹¹ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 64.

⁹² CONTI, *Reati fallimentari*, cit.,161; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 200.

Possono ricomprendersi nella condotta di dissipazione anche esborsi leciti⁹³ ed eticamente e socialmente apprezzabili, che risultino però insostenibili, come i contratti di sponsorizzazione, le sovvenzioni sportive o le erogazioni benefiche⁹⁴. In questo senso è possibile ricondurre a tale condotta anche le spese affrontate da una società per pubblicizzare il proprio amministratore ne gruppo decretandone il successo sponsorizzandone la carriera. Sono quindi caratterizzabili come dissipazione tutte quelle operazioni poste in essere che generino delle spese irrazionali sia nei confronti propri che della propria famiglia, e che si differenziano dalla condotta di bancarotta semplice (ex art. 217, 1° comma, n.1) in quanto spese razionali per il soddisfacimento degli interessi propri e familiari⁹⁵.

Gran parte del patrimonio, nell'ipotesi di dissipazione, viene a consumarsi a causa di operazioni manifestamente imprudenti «*sia sul piano soggettivo, in quanto esige la coscienza e la volontà dell'agente di diminuire detto patrimonio per scopi del tutto estranei all'impresa, sia sul piano oggettivo, in quanto l'operazione fraudolenta è priva del pur minimo profilo di coerenza con le esigenze dell'impresa stessa*»⁹⁶.

Nel caso in cui non venga provato il dolo tipico della dissipazione, si potrà procedere per il reato di bancarotta semplice, anche in caso di atti di gestione estranei alla normale conduzione dell'impresa. Non ricorrerà bancarotta semplice per «*vendita sistematica e preordinata*» sottocosto di beni di proprietà dell'azienda, ma questa sarà riconducibile all'ipotesi di bancarotta patrimoniale fraudolenta per

⁹³ V. Cass., sez. V, 5 giugno 2014, p.m. in proc. Di Febo, CED 260486, per cui anche l'esercizio di facoltà legittime, comprese nel contenuto di diritti riconosciuti dall'ordinamento, può costituire uno strumento di frode in danno dei creditori, in quanto la liceità di ogni operazione che incide sul patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito può essere affermata solo all'esito di un accertamento in concreto, in relazione alle conseguenze prodotte sulle ragioni del ceto creditorio.

⁹⁴ V. Cass., sez. V, 11 febbraio 1988. Tibaldi. in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 933.

⁹⁵ Cfr. Cass., sez. V, 8 aprile 1999, Spinelli, in *Guida dir.*, 22/1999,129; Cass., sez. V, 7 marzo 1989, Bruzzese, in *Cass. Pen.* 1991.146; Cass., sez. V, 23 novembre 1981, Alecce, in *Giust. pen.*, 982, II, 332.

⁹⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 74.

dissipazione⁹⁷. La giurisprudenza ha recentemente precisato che non sia la vendita in perdita a rilevare, ma l'incompatibilità della stessa con le finalità dell'impresa⁹⁸.

3.1 La fungibilità delle condotte

Riprendendo quanto affermato dalla Suprema Corte, i fatti di occultamento, dissimulazione, dissipazione, distruzione e distrazione costituiscono modalità di esecuzione, alternative e fungibili della bancarotta fraudolenta patrimoniale⁹⁹.

L'art 216, 1° comma, l. fall. è considerata dalla giurisprudenza come una norma mista alternativa¹⁰⁰, in quanto prevede forme equivalenti di offesa e riconducibili al medesimo contesto: la sottrazione di beni volti ad intaccare la garanzia al soddisfacimento degli interessi creditorii. Si è inoltre evidenziato come il concretizzarsi di una modalità piuttosto che un'altra, non assume alcun rilievo per il principio della necessaria correlazione tra accusa e sentenza, purché nella contestazione venga descritto il fatto concreto.

Tutto ciò perché i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale costituiscono altrettante modalità d'aggressione di un medesimo interesse giuridico tutelato¹⁰¹. Le Sezioni Unite¹⁰² hanno inoltre precisato come sia necessario un radicale mutamento degli elementi essenziali per connotare il mutamento del fatto, al fine di poter riassumere l'ipotesi astratta prevista dalla legge nella fattispecie concreta,

⁹⁷ Cfr. Cass, sez. V, 21 marzo 1979, Gilli in *Cass, pen.*, 1980, 1458; Cass., sez.V, 10 giugno 1998, n. 2876/99, Vichi, CED 212608, per la quale, ai fini della configurabilità del reato, deve ritenersi in perdita anche la vendita effettuata a prezzo di costo.

⁹⁸ V. Cass., Sez. V, 17 settembre 2014, n. 5317/15, Franzoni, CED 2622250.

⁹⁹ Cfr. Cass, sez. V, 10 novembre 2004, Gatto, in *Cass, pen.*, 2006, 646; Cass. sez. V, 14 ottobre 1983, De Sena, CED 161775; Cass. sez. V, 27 aprile 1983, Carboni, in *Giust pen.*, 1984, III, 331.

¹⁰⁰ V. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, pm in proc. Loy, in *Cass. pen.*, 2012, 831.

¹⁰¹ Cfr. Cass, sez. V, 5 luglio 2010, Gironi, CED 248505; Cass, Sez. V, 22 giugno 2006, Preziosa, in *Cass, pen.*, 2007, 2609; Cass.,sez.V, 6 luglio 2000, p.m. in proc. Oggioni, in *Riv. trim. dir. Pen. econ.*, 2002, 764.

¹⁰² V. Cass., SS.UU., 15 luglio 2010, Carelli, CED 248051.

così da comportare un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione arrecante un pregiudizio al diritto di difesa¹⁰³.

L'eventuale commissione di più fatti di bancarotta da luogo ad un unico reato aggravato di cui all'art. 219, 2° comma, n. 1, l. fall. Questo ha condotto il legislatore ad una considerazione unitaria di tutte le condotte, nel tentativo di sanzionare ogni azione che leda gli interessi che i creditori vantano sui beni patrimoniali dell'imprenditore dichiarato fallito.

Il principio secondo cui vi deve essere correlazione tra imputazione e sentenza viene valorizzato dalla giurisprudenza: in prima battuta ha escluso che possa configurarsi la violazione di tale principio qualora i fatti siano stati inizialmente contesati come reati di bancarotta fraudolenta legati da un vincolo di continuazione, ma che nella sentenza di rinvio a giudizio vengano considerati come unica violazione, maggiormente punita in base all'art. 219, 2° comma, n.1¹⁰⁴.

La giurisprudenza ha inoltre affermato che *“non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza - né viola il divieto di reformatio in peius - la decisione con la quale il giudice di appello applichi la circostanza aggravante speciale della bancarotta (pluralità di fatti di cui all'art. 219, 2° comma, n. 1) in riforma della statuizione del giudice di primo grado che abbia, invece, applicato la disciplina della continuazione (art. 81, 2° comma, c.p.), in quanto la predetta circostanza è, in realtà, una deroga in favor rei alla disciplina generale del concorso dei reati, del cumulo delle pene e della continuazione, i cui presupposti non si discostano da quelli di cui all'art. 81 c.p., con la conseguenza che l'imputato può ben conoscere sin dall'inizio il significato dell'accusa ed esercitare il relativo diritto di difesa”*¹⁰⁵.

¹⁰³ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 108.

¹⁰⁴ V. Cass., sez. V, 24 marzo 1972. Draghi, CED 121358-9, nel caso in esame si legge che l'imputazione *“non riguarda il fatto ma riflette essenzialmente la qualifica giuridica del fatto stesso ed attiene all'esigenza ed al diritto-dovere del giudice di strutturare l'imputazione nel modo ritenuto conforme alla legge”*.

¹⁰⁵ V. Cass. sez. V. 20 maggio 2009, Scala, CED 244489.

Ulteriori pronunce hanno precisato come non possa considerarsi violato il principio di correlazione tra imputazione e sentenza “*quando dall’originaria e più grave accusa di bancarotta fraudolenta, prevista dall’art. 216, nell’ipotesi della tenuta delle scritture modo tale da non consentire la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, si sia accertato il più lieve reato di cui all’art. 217 2° comma, per la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili obbligatorie, atteso che la seconda condotta costituisce un “minus” rispetto alla prima*”¹⁰⁶.

In questo senso la giurisprudenza ha ulteriormente escluso che integri “fatto nuovo” l’individuazione di diverse modalità della condotta illecita o di ulteriori condotte di distrazione riconducibili alla previsione dell’art. 216, trattandosi di fatto che non può generare ‘novità’ dell’illecito, costituendo modalità di esecuzione alternative e fungibili dello stesso reato¹⁰⁷.

4 Elemento psicologico

In relazione all’elemento psicologico si deve registrare una mancanza di univocità nel dato normativo: essa viene menzionato nell’art. 216 solamente in relazione alle ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, per le quali è richiesto «*lo scopo di recare pregiudizio ai creditori*»¹⁰⁸. Nulla invece viene espressamente previsto circa il dolo per i fatti di occultamento, dissipazione, dissimulazione, distrazione e distruzione, lasciando la possibilità a dottrina e giurisprudenza di esprimere divergenti opinioni.

Dottrina autorevole ritiene che il dolo presenti lo stesso contenuto in tutte le ipotesi previste nel n. 1 dell’art. 216. L’Autore ricordando una sentenza della Suprema Corte ritiene che il fondamento del dolo della bancarotta fraudolenta debba ricondursi a: «*l’intenzione di compiere un fatto o un complesso di fatti al fine di*

¹⁰⁶ Cfr. Cass. sez. V, 14 dicembre 2000, Mungo, CED 218465; Cass. sez. V, 22 marzo 2005, Corbelli, CED 231771.

¹⁰⁷ V. Cass. Sez. V, 2 dicembre 2010, Mei, CED 249262.

¹⁰⁸ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit. 70; NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 71 ss.

trarre per sé un profitto di qualunque natura, con danno o possibilità di danno per la massa di creditori»¹⁰⁹.

Dunque al fine di rilevare il dolo del reato in questione, si deve considerare necessaria la volontà di sottrarre alla garanzia dei creditori beni del patrimonio; azione che si equipara, così, alla sottrazione delle proprie attività dall'esecuzione concorsuale. «*Trattasi allora per tutte le condotte di un dolo specifico»¹¹⁰.*

Purtuttavia seguendo il criterio letterale che riconsidera l'inciso «*allo scopo di recare pregiudizio ai creditori»* alle sole ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, la giurisprudenza ha sostenuto come l'elemento psicologico a cui ricondurre l'indagine sia il dolo generico, il quale consiste, secondo il principio generale ricavabile dall'art. 43 1° comma c.p., nella coscienza e volontà di compiere atti di distrazione, distruzione, ecc., di beni appartenenti al patrimonio dell'imprenditore¹¹¹.

Non risulta così avere alcuna incidenza la finalità perseguita occasionalmente dal soggetto, in quanto al di fuori della struttura stessa del reato, né tantomeno il recupero del bene distaccato. Vengono puniti dalla norma incriminatrice i fatti di sottrazione, nei quali si traduce, ontologicamente, con relativo danno, ogni ipotesi di distrazione.

Viene a perfezionarsi la sottrazione nel momento in cui i beni si distaccano dal patrimonio della società¹¹².

L'eventuale recupero del bene è un'operazione che non assume incidenza giuridica alcuna in quanto ha luogo a *posterius*, a fattispecie perfezionata¹¹³.

¹⁰⁹ V. Cass., 7 gennaio 1947, in Giur. It., 1948, II, 122.

¹¹⁰ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 125; sul punto V., PEDRAZZI, *Reati Fallimentari*, cit., 132 ss. il quale concorda sulla rappresentazione e volizione dell'offesa alla garanzia creditoria, eccezion fatta per l'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti ritenute rilevanti per un dolo di pericolo.

¹¹¹ *Ex plurimis* Cass., sez. V, 2 ottobre 2009, Ariola, CED 245731.

¹¹² BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 129.

¹¹³ Cfr. Cass. sez. V, 30 novembre 2000, Di Somma, CED 219663; Cass. sez. V, 16 marzo 2005, Miatello, CED 231853, in *Cass. pen.*, 2007, 1253.

Al dato letterale si contrappone il comune *nomen iuris*, volto ad individuare il *proprium* della bancarotta fraudolenta nell'agire in danno ai creditori¹¹⁴.

La dottrina ritiene che come i fatti di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione devono essere posti in essere dall'agente nella consapevolezza dell'incidenza che questi avranno sul patrimonio dell'imprenditore¹¹⁵.

Viene alla luce come la differenziazione, basata sull'elemento psicologico, tra le varie ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non avvenga in maniera arbitraria: *«là dove il dolo specifico non è espressamente previsto, la descrizione della condotta è già pregnante anche sotto l'aspetto soggettivo, mentre là dove la legge ha ritenuto necessario prevedere un dolo specifico, lo ha fatto perché la semplice descrizione della condotta non avrebbe avuto quel pieno significato oggettivo e soggettivo che deve essere caratteristico della condotta del bancarottiere fraudolento»*; *«la distrazione, la dissipazione, l'occultamento, la distruzione di beni sono tutti termini che tipicizzano un condotta la quale reca in sé una univocità oggettiva e soggettiva»*¹¹⁶.

Nel rispetto della natura della bancarotta patrimoniale come reato di pericolo, si è affermata la non necessarietà dell'intento specifico di arrecare un pregiudizio economico ai creditori, in quanto è ritenuta sufficiente la consapevolezza che il danno possa essere arrecato agli interessi dei creditori¹¹⁷. L'irrealizzabilità della pretesa creditoria deve essere prevista e accettata, in quanto conseguenza possibile dell'operato, purché sia stata contrassegnata.

¹¹⁴ LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, I, 301; PIACENZA, *L'elemento psichico del delitto di bancarotta fraudolenta*, in *Giur. It.*, 1948, II, 123.

¹¹⁵ BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo della bancarotta fraudolenta*, in *Giust. Pen.*, 1954, II, 113.

¹¹⁶ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit. 72.

¹¹⁷ Cfr. Cass. sez. V, 13 febbraio 2011, Bergamaschi, CED 260407; Cass. Sez. V, 14 dicembre 2012, n.3229/13, Rossetto, CED 253932; Cass. sez. V, 13 febbraio 2006, Caimmi, CED 234232, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1018; anche ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 58 e 71, non è ipotizzabile uno scopo di lucro nelle figure di c.d. diminuzione effettiva del patrimonio.

Si è quindi ribadito come non sia necessario il dolo specifico per il reato di bancarotta patrimoniale, ma il dolo generico che consiste nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori, anche quando l'agente, pur non perseguendo tale risultato, tuttavia lo preveda e, ciò nonostante, agisca, consentendo la sua realizzazione¹¹⁸.

Le operazioni compiute sul patrimonio sociale devono essere idonee ad arrecare un danno ai creditori, e devono essere compiute consapevolmente da chi pone in essere o concorre nell'attività distrattiva, non è necessario che il soggetto agente abbia avuto l'intenzione di causare il danno nei confronti degli interessi dei creditori¹¹⁹. Il dolo generico si contraddistingue da due elementi: la coscienza e volontà di compiere il fatto di distruzione, occultamento, dissipazione, distrazione o dissimulazione; nella consapevolezza dell'appartenenza del bene al patrimonio dell'imprenditore o della società.

Ciò che si evince dal primo aspetto è l'estraneità alla fattispecie di quei casi, in cui l'intenzione del soggetto, anche se corrispondente alla condotta descritta dalla norma, non mira al distacco del bene o del suo controvalore dal patrimonio¹²⁰.

Di diverso avviso è la giurisprudenza in relazione alle ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti per le quali, al fine di configurare il dolo specifico, che ritiene necessaria la finalità di arrecare un pregiudizio ai creditori¹²¹. La finalità ricercata era quella di delimitare la fattispecie in esame rispetto all'ipotesi di cui all'art 220 l. fall. (Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito).

Risulta evidente come l'ipotesi dolosa del reato possa essere ricompresa nella fattispecie di esposizione di passività inesistenti, confermato anche da dall'art. stesso "fuori dei casi previsti dall'art. 216".

¹¹⁸ V. Cass., SS.UU., 31 marzo 2016, Passarelli, CED 266805.

¹¹⁹ V. Cass., sez. V, 5 novembre 2014, Rebuffo, CED 261739.

¹²⁰ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 130.

¹²¹ V. Cass. Sez. V, 26 ottobre 2004, di Trapani, CED 230353, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 575.

La formulazione dell'art. 216 richiedeva una differenziazione necessaria dal punto di vista dell'elemento soggettivo, con l'intento di legittimare la minore gravità del delitto previsto nell'art. 220; il tutto è stato attuato prevedendo un dolo specifico per quella particolare ipotesi di bancarotta fraudolenta. Si evince come non costituisca reato di bancarotta la condotta commessa per uno scopo che si differenzia dall'arrecare un pregiudizio nei confronti dei creditori.

Se la situazione, determinata dal riconoscimento o esposizione di passività inesistenti, persistesse anche successivamente alla declaratoria di fallimento e venisse acclarata in un momento successivo, i fatti non costituirebbero bancarotta per mancanza dell'elemento soggettivo - il dolo specifico - anche se la situazione in questione risultasse idonea ad arrecare il pregiudizio richiesto nei confronti dei creditori.

Nell'eventuale caso in cui il fallito denunciasse crediti inesistenti nell'elenco nominativo, con lo scopo di arrecare pregiudizio ai creditori, la condotta rientrerebbe nella figura di bancarotta post fallimentare in virtù della condotta successiva agli originari riconoscimenti o esposizioni¹²². Il fallimento inteso come condizione obiettiva di punibilità è estraneo all'oggetto del dolo ex art. 44 c.p.¹²³.

Non si può ipotizzare che il fallimento venga risparmiato (attraverso l'ausilio di interventi pubblici atti a difendere l'occupazione) all'imprenditore che aveva previsto di non riuscire a soddisfare completamente le pretese creditorie¹²⁴. Diversamente deve essere considerato il dissesto: l'offensività del reato di bancarotta fa leva direttamente sul dissesto, all'interno del quale gravita il pericolo di danno; per questo motivo non sarà possibile ipotizzare un dolo di bancarotta fraudolenta (nella sua accezione di pericolo concreto) se non sarà possibile ipotizzare, «*nell'orizzonte mentale del debitore*»¹²⁵, l'eventuale "scenario" che porterebbe al dissesto, anche in una sua accezione eventuale. La sottrazione di

¹²² BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 130 ss.

¹²³ V. Cass. 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.* 1991, 828.

¹²⁴ GIULIANI BALESRINO, *La bancarotta*, cit. 203.

¹²⁵ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. 76.

attività sono atti potenzialmente offensivi in grado di poter provocare o affrettare l'insorgenza del dissesto. Parte della dottrina rileva come solamente nei fatti commessi in previsione dell'insolvenza potrà sussistere l'intenzionalità di nuocere i creditori, facendo sì che l'elemento soggettivo nel tempo circoscriva l'incriminabilità dei fatti di bancarotta¹²⁶.

Si rileva quindi come sia necessaria un'adeguata conoscenza, in particolare degli aspetti negativi, della situazione aziendale e patrimoniale; la rappresentazione dovrà essere di tipo prospettico, ed in questo senso non risulta ipotizzabile il dolo di pericolo, qualora non sia prevista nello «*schema mentale del debitore*» l'eventualità di una crisi irreversibile basata su dati concreti e non meramente teorica: «*Senza un avvertito campanello di allarme sulle sorti dell'impresa non può darsi dolo di bancarotta fraudolenta*»¹²⁷.

5. Il concorso di persone

Nella bancarotta fraudolenta il concorso di persone fa riferimento direttamente alle regole dettate dagli artt. 110 ss. c.p.¹²⁸.

Il soggetto *extraneus* risponde del concorso di persone ex art. 110 c.p. con il soggetto qualificato qualora i presentino contemporaneamente alcuni elementi individuati dalla giurisprudenza¹²⁹: l'attività tipica di almeno un soggetto *intraneus*; l'influenza causale, sul verificarsi del fatto, della condotta dell'*extraneus*; la consapevolezza da parte dell'*extraneus* del soggetto *intraneus*.

Risulta ovvio annoverare nell'attività imprenditoriale la presenza di dipendenti e collaboratori esterni come consulenti e professionisti.

¹²⁶ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 72; dello stesso avviso Cass., 25 febbraio 1977, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 859, con nota di GIULIANI BALESTRINO.

¹²⁷ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. 77.

¹²⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 14 ottobre 1999, Patrucco, in *Cass. Pen.*, 2001, 3173; Cass. Sez. V, 15 dicembre 1993, Acquaviva, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1026.

¹²⁹ Cfr. Cass. Sez. V, 25 febbraio 1999, Francina, in *Cass. pen.*, 2001, 290.

La compartecipazione deve ruotare attorno alla figura dell'imprenditore, della cui qualifica devono essere consapevoli tutti i concorrenti estranei¹³⁰. Non viene altresì previsto che debba essere necessariamente l'intraneo a commettere di propria mano la condotta sanzionata come reato di bancarotta, in quanto nella vastità delle mansioni di gestione patrimoniale svolte all'interno dell'impresa, risulta ovvio considerare che queste siano attribuite ad appositi organi dell'azienda, frazionando così l'esecuzione dell'operazione tra l'imprenditore e il soggetto che realizza materialmente la condotta tipica.

Tuttavia nell'ambito dell'attività d'impresa non risulta il solo imprenditore a poter impedire il regolare adempimento, anche i terzi possono offendere i beni dei creditori, con una rilevanza penale del tutto diversa: il terzo che attenta alla garanzia potrà essere inquadrato nella fattispecie di «ricettazione» pre o post fallimentare ex art. 232 3° comma.

Il dolo di bancarotta fraudolenta non può essere scisso dalla persona del soggetto qualificato, di conseguenza risulterà impossibile per l'estraneo agire dolosamente ai sensi della fattispecie primaria¹³¹. Non può, quindi, considerarsi perfezionato il reato di bancarotta fraudolenta che non preveda un apporto doloso da parte dell'intraneo: escludendo di conseguenza la configurazione di un relativo concorso in capo a dei soggetti estranei¹³².

L'imprenditore in quanto tale assume una funzione di garanzia come capo dell'impresa ai sensi dell'art. 2086 c.c., ed in questo senso assume l'onere di impedire che l'attività d'impresa, analizzata nel suo complesso, si ponga in contrasto con le norme penali previste dalla legge fallimentare, esercitando la necessaria vigilanza.

Non viene concessa in capo all'imprenditore, la possibilità di poter delegare la posizione di garanzia che ricopre; solamente nell'ambito di un'impresa individuale,

¹³⁰ V. Cass. 9 dicembre 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 460.

¹³¹ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. 83.

¹³² Cfr. Cass. 10 novembre 1972 in *Giust. Pen.*, 1973, II, 273; Cass., 12 aprile 1983 in *Cass. Pen.*, 1984, 1402.

è prevista una responsabilità penale autonoma in capo all'istitutore per la gestione affidatagli di cui all'art. 227 l. fall.

In questo senso si evince come qualsiasi collaboratore, non responsabile dell'esercizio di un'impresa intera o di un ramo di essa (ex art. 2203 c.c.), potrà rispondere solamente a titolo di concorso con l'imprenditore, o istitutore¹³³. Il concorso può configurarsi anche nella forma omissiva.

La responsabilità che viene delineata dalle norme penali è strettamente legata alla gestione dell'impresa, in essa l'imprenditore potrà essere coadiuvato da collaboratori, ma non potrà, traendo effetto parzialmente liberatorio, delegare nessun altro¹³⁴.

La bancarotta patrimoniale potenzialmente potrebbe essere configurata come una fattispecie avente struttura bilaterale, all'interno della quale si potrebbe prevedere la presenza attiva di una controparte contrattuale¹³⁵. Parte della dottrina si contrappone a questa tesi, in quanto ritiene che la plurisoggettività debba essere inquadrata nel solo schema generale del concorso di persone¹³⁶.

Risponde di concorso in reato di bancarotta anche il soggetto che «*si affianchi all'imprenditore facendosi strumento delle sue macchinazioni, ponendo in essere delle condotte non ascrivibili al reato di ricettazione prefallimentare*»¹³⁷. Si ritiene inoltre opportuno precisare come l'ipotesi di acquisto a prezzo inadeguato sia soltanto previsto nella fase prefallimentare; il terzo acquirente, che permette all'imprenditore già fallito di svendere il bene, è chiamato a rispondere di concorso in bancarotta post-fallimentare qualora risulta consapevole di tale presupposto¹³⁸.

¹³³ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. 85.

¹³⁴ PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 134.

¹³⁵ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. ibidem.

¹³⁶ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 435.

¹³⁷ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 181; Cass., 3 ottobre 1989 in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 273, con nota di CASAROLI.

¹³⁸ PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit. 86; NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 439.

6. Le sanzioni

Il rigore del regime sanzionatorio nella legge fallimentare raggiunge il suo massimo edittale nei dieci anni di pena previsti per il reato in questione, oltre a manifestarsi nell'aumento di pena fino alla metà in relazione alla circostanza aggravante di cui all'art. 219 1° comma l. fall. Sono altresì applicabile anche le circostanze comuni escluse quelle disciplinate dagli artt. 61 n.7 e 62 n. 4 c.p., in quanto vengono derogate dalla circostanza di cui all'art. 219.

L'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 che prevede la possibilità di reintegrare totalmente i pregiudizi arrecati alla garanzia patrimoniale, prima che venga emanata la sentenza dichiarativa di fallimento, renderebbe inoperante la condizione di punibilità. Il risarcimento integrale del danno patrimoniale effettuato in una fase posteriore alla declaratoria di fallimento, assume rilevanza come semplice circostanza attenuante¹³⁹.

Fatte «*salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale*» sono applicabili, per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ulteriori pene accessorie: l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale (ricavata dall'art. 234 l. fall.) e l'incapacità all'esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa (ex art. 32 bis c.p.) nella misura fissa e inderogabile di «*dieci anni*»¹⁴⁰.

Di conseguenza risulta inapplicabile la disciplina prevista dall'art. 37 c.p., che disciplina come la pena accessoria debba essere di egual misura alla pena principale inflitta; la disposizione risulta essere applicabile alla bancarotta semplice, in relazione alla quale l'art. 217, ultimo comma, fa : «*salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale*». È prevista in questo caso una

¹³⁹ CONTI, *Reati fallimentari*, cit., 305; NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 485; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 53 e 78, il quale ritiene sufficiente il solo risarcimento parziale.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. Sez. V, 5 febbraio 2015, Assello, CED 263267; Cass. Sez. V, 10 giugno 2014, Tesi, CED 260495; Cass. sez. V, 31 gennaio 2013. Raccanello Fiori, CED 254641; Cass. Sez. V, 20 settembre 2012, Ruzzenente, CED 254736; Cass. sez. V, 30 maggio 2012, Pinelli, CED 253318; Cass. sez. V, 10 novembre 2010, n. 269/11, Marianella, CED 249500; Cass. Sez V, 20 settembre, Bucci, CED 238211.

condanna che potrebbe portare «*fino a due anni*» di inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e di incapacità all'esercizio di uffici direttivi presso qualsiasi impresa¹⁴¹.

In un primo tempo la giurisprudenza ha esteso questa lettura anche alla disciplina della bancarotta fraudolenta, affermando che “*la durata della pena accessoria... deve essere determinata in misura uguale a quella della pena principale inflitta*”¹⁴². Un'ulteriore pronuncia della Cassazione si è poi posta in contrasto con l'orientamento sopracitato, sostenendo che “*la durata della pena accessoria deve essere fissata dal giudice, indipendentemente da ogni automatismo, in misura proporzionale, se non identica, a quella della pena principale, in applicazione dei criteri di giudizio di cui all'art. 133 c.p.*”¹⁴³.

Anche se il contrasto non si è ancora definito, si deve ritenere consolidato l'orientamento favorevole ad un'interpretazione di maggior rigore.

La Corte Costituzionale¹⁴⁴ ha ritenuto pienamente compatibile il sistema delle pene accessorie con l'art. 27, 3° comma, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in merito alla disciplina che prevede una misura fissa di dieci anni per la pena accessoria, di cui all'art. 216 ultimo comma l. fall. Ha inoltre osservato che la proposta dei giudici *a quibus*¹⁴⁵ di aggiungere le parole «*fino a*» all'ultimo comma dell'art. 216, al fine di rendere possibile l'applicazione dell'art. 37 c.p, era da considerarsi come una soluzione tra le tante astrattamente ipotizzabili che si sarebbe potuta adottare qualora fosse stata accolta la questione di legittimità sollevata.

Si deve però precisare come l'addizione normativa non rientri tra i poteri della Corte, lasciando altresì ampio margine di intervento alla discrezionalità del legislatore.

¹⁴¹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 139.

¹⁴² V. Cass., sez. V, 22 gennaio 2010, Tonizzo, CED 246891.

¹⁴³ V. Cass., sez. V, 31 marzo 2010, Travaini, CED 247507.

¹⁴⁴ V. C. Cost. 21 maggio 2012, n. 134, in www.giurcost.org.

¹⁴⁵ V. Corte di Cassazione: v. Cass. sez. V, 23 marzo 2011, Capizzi, CED 250089.

Si è osservato che l'equilibrio che si è venuto a creare tra i principi costituzionali che individuano la pena e il principio di legalità, si basa sulla predeterminazione di un minimo e un massimo edittale all'interno del quale il giudice dovrà scegliere la pena adeguata al caso concreto¹⁴⁶.

A più riprese la Corte costituzionale ha ribadito come la predeterminazione di una cornice edittale di pena sia lo strumento più idoneo a garantire il conseguimento delle finalità della pena ed il rispetto del principio di uguaglianza¹⁴⁷; il principio di uguaglianza intende l'egual trattamento dei soggetti davanti alla pena, rispetto alle "personali" responsabilità, in ragione della funzione giurisdizionale volta a tutelare le posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale¹⁴⁸.

Un'ulteriore precisazione è stata effettuata di recente grazie ad una pronuncia della Corte Costituzionale¹⁴⁹ che ha ritenuto come la contrarietà delle pene fisse al «*volto costituzionale*» dell'illecito penale, debba ricollegarsi alle pene fisse, non a quei trattamenti elastici che lasciano al giudice una certa discrezionalità «*ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete*»¹⁵⁰.

¹⁴⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 140.

¹⁴⁷ Cfr. C. cost. 15 maggio 1963, n. 67; C. cost. 12 marzo 1962, n. 152; C. cost. 27 marzo 1962, n. 29; C. cost. 13 maggio 1991, n. 203; C. cost. 8 giugno 1991 n. 285, in www.giurcost.org.

¹⁴⁸ V. C. cost 14 aprile 1980, n. 50, in www.giurcost.org.

¹⁴⁹ V. C. cost 4 aprile 2008, n. 91, in www.giurcost.org.

¹⁵⁰ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 141.

7. Circostanze aggravanti ex art. 219 l. fall.

All'art. 219 l. fall. sono disciplinate alcune circostanze speciali del reato di bancarotta. In particolare due di esse riguardano l'entità del danno patrimoniale derivato dai fatti di bancarotta di cui all'art. 219, 1° comma: se il danno è di rilevante gravità, le pene comminate dagli artt. 216, 217 e 218 sono aumentate fino alla metà.

Nell'ultimo capoverso dell'articolo in questione vengono trattate le circostanze che riducono la pena fino ad un terzo, in caso di danno per speciale tenuità.

Il 2° comma prevede, invece, al n. 1 l'aumento della pena stabilita qualora il colpevole abbia commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati, mentre al n. 2) dispone che le pene siano aumentate nei casi in cui «*il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale*»¹⁵¹. L'art. 219 1° e 3° comma, presenta delle espressioni identiche a quelle utilizzate dalle circostanze "comuni" negli artt. 61 n.7 e 62 n. 4 c.p., tuttavia a differenza di queste le circostanze previste dall'art. 219 sono da considerarsi non solo come speciali, ma ai sensi dell'art. 63 c.p., è previsto un aumento della pena edittale superiore ad un terzo ¹⁵². L'aggravante del 1° comma comporta l'aumento di un ulteriore metà della pena, mentre l'attenuante di cui al 3° comma potrebbe ridurla ulteriormente di un terzo, attenuandola per un valore complessivo potenziale di due terzi¹⁵³.

Nei casi di speciale gravità o tenuità del danno si dovranno applicare le circostanze di cui all'art. 219 l. fall. e non quelle di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p., in virtù del principio di specialità¹⁵⁴. L'elemento peculiare della norma in esame è da ricondursi alla sua applicazione esclusiva ai reati di bancarotta e di ricorso abusivo

¹⁵¹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit. 326.

¹⁵² Cfr. Cass., sez. V, 18 febbraio 2009, P.G. in proc. Zaretti, Ced 24361 6; Cass., sez. 1. 9 luglio 2015, Conti, CED 264297.

¹⁵³ Cfr. Cass., sez. V, 17 febbraio 2005, p.m. in proc. Dente, Ced 231201, in *Cass pen.*, 2006, 2592, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 566; Cass., Sez. V, 23 febbraio 2015, Delfino. CED 263247.

¹⁵⁴ Cfr. Cass., sei V, 4 giugno 1986. Baraldi, in *Cass, pen.*, 1987, 1467; Cass. sez. V, 17 giugno, Tessa, *ivi*, 1986, 2040.

al credito, mentre per tutti gli altri delitti si dovranno quindi ritenere applicabili le circostanze “comuni”¹⁵⁵.

Nei casi di concorso di persone, queste circostanze devono essere estese a tutti i compartecipi ex art. 118 c.p., in quanto è riconosciuta la loro natura oggettiva ai sensi dell’art. 70, n. 1, c.p.; la circostanza di particolare tenuità del fatto ricorre qualora il fatto-reato abbia arrecato un danno particolarmente tenue ai creditori, collettivamente considerati, affermandosi inoltre come «*una volta ritenuta sussistente, la circostanza attenuante non può non applicarsi a tutti i coimputati dello stesso fatto-reato*»¹⁵⁶.

Nell’applicare le circostanze in esame si è posto il problema riguardante la valutazione dell’entità del danno.

Si è tentato di capire se la valutazione da fare avesse ad oggetto il danno patrimoniale cagionato dal fallimento (il c.d. passivo fallimentare), oppure quello scaturito dai fatti di bancarotta.

In questo senso la giurisprudenza¹⁵⁷ e la dottrina¹⁵⁸ hanno ritenuto che la valutazione debba essere fatta in relazione alla diminuzione patrimoniale causata dall’azione del reo a danno dei creditori; in questo modo si vuole accertare se i fatti

¹⁵⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 6 dicembre 1984, Tamburro, in Cass. pen., 1986, 1657, CED166982; Cass. Sez. V 15 febbraio 1977, Imperiale, ivi, 1978, 214, CED 135322.

¹⁵⁶ V. Cass., sez. V, 15 marzo 2000, Albini, CED 178345.

¹⁵⁷ Cfr. Cass., sez. V, 18 gennaio 2013, Pastorello, CED 255053, la cui sentenza afferma che la valutazione circa la particolare tenuità del fatto debba essere effettuata tenendo conto della diminuzione della massa attiva che il fallito ha provocato, la quale sarebbe stata disponibile per il riparto, ove non si fossero verificati gli illeciti; Cass., sez. V, 16 gennaio 2008, De Biase, CED 239118, secondo cui sarebbe sufficiente, al fine di escludere la circostanza attenuante, la distrazione di beni di rilevante entità, idonea di per sé ad incidere in misura consistente, sul riparto; Cass. sez. V, 9 ottobre 2001, Pietropaoli, in *Guida dir.*, 46/2001, 69; Cass. sez. V, 10 ottobre 2000, Di Muni, CED 217403, in *Cass. pen.*, 2001, 3533; Cass. Sez. V, 31 gennaio 2000, Guidella, in *Dir. prat. soc.* 9/2000, 84. In senso parzialmente difforme Cass. sez. V, 9 aprile 2003, Muschitiello, in *Cass. pen.*, 2004, 1369, che ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito che aveva negato la concessione dell’attenuante in un caso di bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale con un passivo pari a lire 480 milioni.

¹⁵⁸ SGUBBI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 205.

di bancarotta fraudolenta abbiano realmente arrecato un danno di rilevante gravità o di speciale tenuità nei confronti dei creditori, considerati nel loro complesso e non come singoli individui. Non deve farsi riferimento quindi al danno cagionato dal fallimento ma al danno derivato dal fatto di bancarotta, in quanto è questo il fatto che costituisce l'illecito penale. Si considera pertanto errato ricondurre la valutazione del danno all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo.

Ogni elemento emerso successivamente alla valutazione dovrà considerarsi escluso da essa¹⁵⁹.

La giurisprudenza ha inoltre avuto modo di chiarire, tramite diverse pronunce della Suprema Corte, come la valutazione circa l'entità obbiettiva del danno debba essere commisurata al valore complessivo dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale¹⁶⁰. La pluralità di condotte di bancarotta non porta necessariamente all'esclusione dell'applicabilità della circostanza attenuante in questione¹⁶¹.

Ulteriori difformità negli orientamenti giurisprudenziali riguardano i parametri che devono essere utilizzati per la valutazione del danno: un primo orientamento individua l'entità del passivo come parametro per valutare il danno patrimoniale subito, tenendo conto anche delle dimensioni dell'impresa, della natura delle operazioni, del periodo in cui si è manifestato il dissesto¹⁶²; l'orientamento giurisprudenziale, condiviso da autorevole dottrina¹⁶³, afferma come l'entità del danno cagionato dai fatti di bancarotta patrimoniale, debba essere commisurato al

¹⁵⁹ SGUBBI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 207.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. sez. V, 18 gennaio 2013, Pastorello, CED 255063; Cass., sez. V, 7 luglio 1998, Urso, in *Cass. pen.*, 2001, 300; Cass. sez. V, 7 agosto 1991, Pucillo, *ivi*, 1998, 3418, secondo cui nei reati fallimentari il concetto di gravità del danno scaturisce dall'intero comportamento commissivo ed omissivo del fallito; Cass. sez. V, 18 agosto 1993 Taffanin, *ivi*, 1994, 2542; Cass. sez. V, 29 aprile 1985, Giusti. *Giust pen.*, 1986, II, 22; Cass. sez. V, 23 ottobre 1984. Patti, in *Cass. Pen.* 1986, 599; Cass. sez. 12 giugno 1972, Giacobone, in *Giust. pen.*, 1974, III, 221.

¹⁶¹ V. Cass. sez. V, 25 maggio 2016, n. 36816, Cassinari, CED 267854.

¹⁶² Cfr. Cass. sez. V, 9 aprile 2003, Muschitiello, cit; nello stesso senso Cass. sez. V, 7 agosto 1997, Pucillo, cit.; Cass. sez. V, 6 giugno 1988, Peruzzi, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 625; Cass. sez. V, 11 gennaio 1984, Fiore, in *Giust pen.*, 1984, II, 475.

¹⁶³ SGUBBI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 207.

valore complessivo dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale, indipendentemente dal rapporto con l'importo globale del passivo¹⁶⁴.

8. Il rapporto con gli altri reati

È configurabile il concorso tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale ed altri reati comuni contro il patrimonio.

Analizzando il concorso materiale tra bancarotta fraudolenta patrimoniale ed il reato di truffa, la giurisprudenza ha espressamente precisato che tale concorso deve considerarsi come configurabile: sia per la diversa oggettività giuridica dei reati, sia perché con l'acquisizione fraudolenta di beni si esaurisce l'*iter criminis* della truffa; il fatto dell'imprenditore che abbia sottratto entità economiche, in maniera illecita, dal proprio patrimonio, costituisce azione distinta ed autonoma e pertanto, qualora venisse dichiarato fallito, sarebbe punito con il reato di bancarotta fraudolenta¹⁶⁵.

In questo senso una pronuncia della Suprema Corte¹⁶⁶ ha rilevato il concorso formale e non materiale tra truffa e bancarotta patrimoniale analizzando un caso in cui, ponendo in essere una condotta distrattiva, veniva contestualmente consumata una frode ai danni dell'ente responsabile della riscossione dei contributi obbligatori sulla cessione di prodotti latteari in eccedenza sulle quote assegnate dalla normativa europea. Il reato fallimentare è rilevato come non procedibile, dopo il passaggio in giudicato della condanna per la truffa, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., così come modificato dall'intervento della C. cost. 31 maggio 2016, n. 200, che ne ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui - secondo il diritto vivente - esclude che il fatto sia il medesimo per la sola

¹⁶⁴ Cfr. Cass. sez. V, 2 ottobre 2009, Olivieri, CED 245822; Cass. sez. V, 16 gennaio 2008, De Biase, cit.; Cass. sez. V, 7 luglio 1998, Urso, cit.

¹⁶⁵ Cfr. Cass. sez. V, 21 settembre 2010, Meschieri, CED 248652; Cass. sez. V, 6 dicembre 1997, Romano, in *Cass, pen.*, 1999, 648;

¹⁶⁶ V. Cass. sez. V, 4 ottobre 2016, Robusti, CED 268502.

circostanza che sussista un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile ed il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

Risulta configurabile anche il concorso tra il reato di furto e la bancarotta patrimoniale prefallimentare, salvi i casi in cui la sottrazione sia stata posta in essere dal fallito nel corso della procedura concorsuale, in quel caso si applicherà la disposizione relativo alla bancarotta post-fallimentare¹⁶⁷.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale può inoltre concorrere anche con la fattispecie di sottrazione di beni pignorati. Stando a quanto affermato dalla giurisprudenza la sottrazione di beni sottoposti a sequestro conservativo ricorre il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, concorre con il delitto di cui all'art. 334 c.p. ove la sottrazione sia avvenuta prima della dichiarazione di fallimento¹⁶⁸. Ammettendo il concorso tra i due reati per diversa oggettività giuridica, la Suprema Corte ha negato che tra i reati vi fosse una progressione criminosa.

Le critiche mosse da parte della dottrina, hanno portato ad un mutamento di idee della giurisprudenza che ha affermato l'insussistenza del concorso formale tra il reato di cui all'art. 388 c.p. e il reato previsto dall'art. 216, 1° comma, n. 1. Così facendo ha ritenuto che vi è identità tra la condotta e l'evento consistente nel sottrarre beni al loro vincolo di indisponibilità; tuttavia nel primo caso si riferisce ad una procedura esecutiva individuale e nell'altro ad una procedura esecutiva collettiva¹⁶⁹.

¹⁶⁷ V. Cass. sez. V, 17 dicembre 1970, Foraboschi, CED 116886, in *Giust. pen.*, 1970, II, 825.

¹⁶⁸ Cfr. Cass. sez. V, 19 febbraio 1980, Menozzi, in *Cass. Pen.*, 1981, 1157; Cass. sez. V, 19 giugno 1972, Raimondo, in *Foro.it*, 1973, II, 113.

¹⁶⁹ Cfr. Cass., sez. V, 15 maggio 2001, Torossi, CED 220168; Cass., sez. VI, 26 febbraio 2009, P.G. in proc. Caseti, CED 243265.

CAPITOLO III

La condotta distrattiva

SOMMARIO: 1. Il concetto di distrazione– 2. Il concetto di distrazione nelle fattispecie di cui gli artt. 646 e 314 c.p. – 3. L'onere della prova in caso di distrazione - 4. Le operazioni infragruppo –5. Ulteriore casistica.

1. Il concetto di distrazione

In questo capitolo si intende trattare la tematica lasciata in sospeso nei due precedenti. La condotta di distrazione viene considerata come una sorta di clausola di chiusura della norma, la locuzione “comunque distrae” viene considerata dalla giurisprudenza idonea a ricondurre nella fattispecie in questione, tutte quelle condotte che determinano una diminuzione delle garanzie patrimoniali¹.

Considerata come la forma classica della bancarotta fraudolenta patrimoniale², la condotta distrattiva ha suscitato diverse discussioni che hanno condotto la dottrina a considerare come distrazione (dalla locuzione latina *distrahere*: “far divergere”, “rivolgere ad altro fine, stornare una cosa a scopo diverso da quella a cui era destinata”), l'estromissione di un bene dal patrimonio dell'imprenditore o la destinazione di detto bene a uno scopo diverso da quello doveroso³.

Parte della dottrina ritiene esatta la seconda delle definizioni sopra citate, in quanto la distrazione potrà configurarsi anche senza l'estromissione del bene dal patrimonio⁴. In questo senso si dovrà intendere per distrazione: l'aver distolto un bene dalla destinazione giuridicamente vincolante, rendendolo inidoneo ad

¹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 61; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 329; LA MONICA, *Manuale*, cit. 310;

² BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1939, 365; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2644; PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 136.

³ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 52 ss.; BRICCHETTI-TARGHETTI, *Bancarotta e reati societari*, III, Milano 2003, 53 ss.

⁴ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 270.

esercitare quella funzione di garanzia generica nei confronti della generalità dei creditori.

Una pronuncia della Cassazione ha, a tal riguardo, affermato che per distrazione si deve considerare, ogni forma di diversa ed ingiusta destinazione volontariamente data al patrimonio, rispetto a quella che deve avere nell'impresa, come elemento necessario per la funzionalità della stessa e garanzia verso i terzi⁵. Nella sentenza in questione viene precisato come debba annoverarsi, tra le caratteristiche insite alla condotta distrattiva, una specifica offensività della condotta incriminata, consistente nel distogliere le attività dalla normale funzione di garanzia dei creditori, ad esse attribuita.

Il concetto di «*distrazione come atto viziato nella funzione fornisce al giudice penale una forte capacità di penetrazione e controllo sulla discrezionalità (libertà) dell'imprenditore*». In questo senso parte della dottrina ritiene che le finalità che hanno portato l'imprenditore a porre in essere un atto sviato, possano anche non essere antiggiuridiche, qualificando comunque l'atto come distrattivo, in quanto potrebbe rivelarsi comunque offensivo nei confronti degli interessi della generalità dei creditori⁶.

La giurisprudenza ha sostenuto come la semplice dazione di danaro a prestito a terzi, costituisca distrazione in quanto la destinazione dei beni facenti parte del patrimonio dell'impresa, recherebbe degli effetti negativi nei confronti della massa dei creditori, costituendo condotta distrattiva⁷.

La distrazione assume una nozione residuale in quanto gli viene attribuita la possibilità di accogliere diverse azioni offensive non riconducibili alle condotte di distruzione, dissipazione, occultamento o dissimulazione. In tal senso deve essere

⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 30 gennaio 2006, De Rosa, CED 233413; nello stesso senso: Cass. Sez. V, 26 febbraio 1986, Gesnelli, in *Cass. Pen.*, 1987, 1827; Cass. Sez. V, 28 marzo 1985, Passari, in *Giust. Pen.*, 1986, II, 21; Cass. Sez. V, 18 novembre 1983, Bandini, in *Fall.*, 1984, 1029; Cass. Sez. V, 10 febbraio 1978, Altomare, in *Giust. Pen.*, 1979, II, 658.

⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 76.

⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 17 febbraio 1969, Tafuri, CED 111498; nello stesso senso Cass. Sez. V, 25 marzo 1968, Cortivo, CED 107742.

considerato come distratto, ogni bene distaccato dal patrimonio dell'imprenditore, tramite un atto non giustificabile in termini di logica d'impresa, il cui unico scopo sia stato quello di impedirne l'apprensione agli organi fallimentari⁸.

Si ritiene opportuno considerare come talvolta vengano ritenuti come distrattivi fatti che in realtà dovrebbero essere ricondotti alle ipotesi di distruzione o dissipazione. In realtà la distinzione risulta essere priva di conseguenza, in quanto vi è piena equivalenza con le condotte incriminate dall'art. 216, 1° comma, n. 1; l'unico rischio che si potrebbe registrare in questa circostanza potrebbe essere quello di «*creare una sorta di identificazione della bancarotta patrimoniale con la sola distrazione*»⁹.

La giurisprudenza maggioritaria ha considerato come distrazione l'estromissione di un bene dal patrimonio. Si intende, pertanto, una sottrazione di beni dalla garanzia dei creditori, con conseguente ostacolo per la apprensione da parte degli organi fallimentari¹⁰.

Per quanto riguarda le operazioni poste in essere tramite un corrispettivo si ritiene opportuno valutare la congruità della vicenda negoziale in tutti i suoi aspetti, in quanto non sarà possibile configurare il reato di bancarotta qualora la cessione avvenga dietro un corrispettivo adeguato. Purtuttavia sarà possibile bilanciare, nel caso in cui vi sia la fuoriuscita di un cespite in esecuzione di un contratto traslativo, attraverso la percezione di un corrispettivo adeguato o il godimento di un servizio o l'acquisto di un ulteriore bene¹¹. Sarà configurata la condotta distrattiva qualora l'atto a titolo oneroso posto in essere, sia da considerarsi sfavorevolmente

⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 23 marzo 1999, p.m. in proc. Olivieri, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784; Cass. Sez. V, 8 agosto 1998, Fabbri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 578.

⁹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 77.

¹⁰ Cfr. Cass. Sez. V, 11 gennaio 2013, Crispino, CED 255433; Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, p.m. in proc. Raimondo, in *Cass. Pen.*, 1995, 1633; Cass. Sez. V, 1° febbraio 1988, Cartotto, in *Cass. Pen.*, 1989, 680.

¹¹ V. Cass. Sez. V, 17 maggio 1996, Gennari, in *Cass. Pen.*, 1998, 648.

sbilanciato per l'imprenditore, in relazione alla valutazione dei valori correnti e delle apprezzabili utilità nell'ottica dell'imprenditore stesso¹².

Nello stesso senso non potrà configurarsi la distrazione nelle ipotesi in cui il patrimonio dell'imprenditore diminuisca a causa di un'operazione, causando però l'entrata nel complesso dei beni, di un vantaggio equivalente alla spesa¹³.

Per far sì che si configuri il reato di bancarotta patrimoniale, la condotta posta in essere dovrà essere priva di qualsivoglia giustificazione alla luce della logica d'impresa, e deve poter arrecare un pericolo di diminuzione alla garanzia patrimoniale; le operazioni di gestione dell'impresa devono rispettare l'oggetto di tutela (l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia), e non possono rientrare in una di quelle condotte di aggressione soggette a incriminazione (dissipazione, occultamento, distruzione e distrazione). A rilevare saranno dunque le scelte che risulteranno ingiustificate e comportanti una sottrazione volontaria dei beni rientranti nel patrimonio dell'impresa dalla loro naturale funzione di garanzia delle passività della stessa¹⁴.

Possono dunque essere ricondotti alla distrazione gli atti a titolo gratuito o senza contropartita seria.

¹² Cfr. Cass. Sez. V, 5 ottobre 1982, Ricci, in *Cass. Pen.*, 1983, 2097; Cass. Sez. V, 9 ottobre 1995, Guerrini, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1398; Cass. Sez. V, 20 maggio 2002, Feniello, in *Guida dir.*, 27/2002, 72, sentenza che afferma come l'acquirente possa essere chiamato a concorrere nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione qualora conoscesse il fatto lesivo dei diritti dei creditori sul patrimonio attivo; Cass. Sez. V, 3 novembre 2011, p.m. in proc. Cannarozzo, CED 251996, pronuncia che configura l'ipotesi di condotta distrattiva, anche nei casi di cessione di un contratto di leasing, purché sia accertata la configurazione della distrazione anche in caso di prosecuzione del rapporto da parte del curatore fallimentare, qualora, in senso concreto, avesse costituito una risorsa economica per i creditori.

¹³ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 79.

¹⁴ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 79.

2. Il concetto di distrazione nelle fattispecie di cui agli artt. 646 e 314 c.p.

Il concetto di distrazione non è estraneo al diritto penale, vi sono, infatti, altre due fattispecie che vi fanno riferimento: l'appropriazione indebita *ex art. 646 c.p.* e il peculato *ex art. 314 c.p.* (come si avrà modo di approfondire *infra*, oggi giorno la condotta distrattiva è stata espunta dalla norma da ultimo citata, seppur la giurisprudenza continua a ricondurre ad essa determinate condotte illecite).

L'art. 646 c.p. disciplina l'appropriazione indebita, punendo chiunque, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropri di denaro o altra cosa mobile altrui della quale abbia a qualsiasi titolo il possesso. Con il termine "appropriazione" si considera un'interversione indebita del titolo di possesso in proprietà; con ciò si identifica l'agente che pone in essere comportamenti *uti dominus* nei confronti di una *res* della quale ha la disponibilità per un motivo qualunque (per contratto, per legge, o per ogni altra causa). La condotta incriminata deve essere perseguita con il solo intento di perseguire un profitto ingiusto per sé o per altri.

L'appropriazione indebita può diventare reato di bancarotta. Una pronuncia della Suprema Corte¹⁵, configura l'ipotesi in questione, antepoendo un'importante premessa: l'appropriazione indebita e la bancarotta per distrazione sono due fatti giuridicamente differenti, in quanto tutelano beni giuridici differenti.

La Corte ha così ribadito il principio che l'identità del fatto sussiste solamente quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale), con riguardo alle circostanze di tempo, luogo e di persona. Nel caso in cui la dichiarazione di fallimento pervenga successivamente alla commissione del fatto, il fenomeno integrerebbe una fattispecie a formazione progressiva, comportando la

¹⁵ V. Cass. Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 4004; nella fattispecie la Corte ha confermato la condanna per appropriazione indebita nei confronti di un imprenditore che, nella sua qualità di presidente del consiglio di Amministrazione della società dichiarata fallita, aveva sottratto ingenti somme di denaro dalle casse dell'impresa, attraverso indebiti prelevamenti, bonifici in proprio favore e l'utilizzo, per spese personali, della carta di credito della società.

configurazione iniziale della fattispecie minore, giungendo poi alla fattispecie maggiore, a causa del sopravvenire della sentenza dichiarativa di fallimento. Il giudice riterrà quindi assorbito il reato di appropriazione indebita nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nei casi in cui si verifichi il fallimento.

La fattispecie di peculato, disciplinata dall'art. 314 c.p., ha subito molteplici modificazioni a seguito dell'entrata in vigore della l. 86/1990: in primo luogo, si è prevista la limitazione della punibilità alla sola condotta di "appropriazione" di denaro o altra cosa mobile e non anche della "distrazione" di essi.

Essendo un reato proprio, il comportamento illecito può essere posto in essere solamente da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, attraverso un'indebita interversione del titolo di possesso in proprietà. La condotta distrattiva veniva intesa come una deviazione, di denaro o altra cosa mobile, dalla finalità predeterminata dalla legge. Successivamente al 1990 il legislatore ha eliminato la condotta distrattiva dalla fattispecie; tuttavia la giurisprudenza continua a ritenere alcune condotte distrattive come appropriative¹⁶.

La problematica dei reati di bancarotta concerne l'individuazione di cosa predetermina la destinazione del bene a cui l'imprenditore è vincolato. Nel reato di appropriazione indebita, è il proprietario stesso che stabilisce la destinazione del bene, mentre nella fattispecie di peculato si tratta di una finalità prettamente pubblicistica.

Per quanto riguarda il reato di bancarotta, due sono gli orientamenti che si sono contrapposti: il primo, ampliando la nozione di distrazione, ricomprende nella stessa qualsiasi mutamento della destinazione del bene rispetto al bene aziendale, considerando la distrazione come una qualsiasi azione di sviamento dal fine sociale. L'orientamento in questione presenta diverse problematiche in quanto attribuisce un notevole potere discrezionale al giudice penale, circa la valutazione della sussistenza o meno dello sviamento del bene dalla sua finalità aziendale.

L'orientamento contrapposto, il quale ha ricevuto il vaglio positivo della giurisprudenza, afferma la necessità di ancorare la condotta distrattiva ad elementi

¹⁶ V. Cass. Pen. sez. II, 15 ottobre 2014, n. 44176.

oggettivi, limitando così il sindacato del giudice penale. L'elemento caratterizzante viene individuato nell'asimmetria in concreto delle prestazioni corrispettive che costituiscono l'atto negoziale; in questo senso non sorgono problemi circa gli atti a titolo gratuito, quanto piuttosto sussistono delle difficoltà per gli atti a titolo oneroso riguardo la stima in caso di cessione dei beni, nei quali deve essere attentamente valutata l'adeguatezza dei corrispettivi dei beni ceduti.

Si deve considerare quindi come distrazione, qualsiasi atto commesso dall'imprenditore, attraverso il quale si verifichi una fuoriuscita di beni dal patrimonio dello stesso, con una contropartita non adeguata o del tutto assente, con l'intento di aggravare lo stato di insolvenza e minare la funzione di garanzia degli interessi della complessità dei creditori¹⁷.

3. L'onere della prova in caso di distrazione

In relazione al tema dell'onere della prova dei fatti di distrazione, dottrina e giurisprudenza esprimono posizioni divergenti.

Nell'affermare che in capo al fallito grava l'onere di provare la liceità della destinazione dei beni che possedeva, e che non vengono ritrovati al momento dell'attivazione della procedura fallimentare, la giurisprudenza sembra operare un'inversione dell'onere della prova, di dubbia compatibilità con i principi costituzionali.

Qualora il passivo non venga giustificato i giudici di legittimità ritengono possibile configurare la condotta distrattiva nei termini seguenti: *«in tema di bancarotta per distrazione, il mancato rinvenimento all'atto della dichiarazione di fallimento di beni o valori societari costituisce valida presunzione della loro dolosa distrazione, a condizione che sia accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di detti beni o attività nella loro esatta dimensione e al di fuori di qualsivoglia presunzione»*¹⁸.

¹⁷ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 61.

¹⁸ V. Cass. Pen. sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882.

Il giudice dal suddetto comportamento del fallito potrà «*trarre il convincimento, specie in assenza di qualsivoglia registrazione contabile, che i beni siano stati dolosamente distratti in pregiudizio dei creditori, essendo all'uopo sufficiente il solo dolo generico*»¹⁹.

In questo senso: «*la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni*»²⁰.

La dottrina si pone in una posizione totalmente opposta rispetto all'orientamento giurisprudenziale sopracitato²¹.

Parte di essa ritiene che la questione in esame debba risolversi sulla base di un'interpretazione ben più rigorosa delle norme sulla bancarotta. Inoltre, nel caso in cui il fallito non riesca a dimostrare «*dove sono andati a finire*» i beni, sarebbe ragionevole applicare una presunzione *iuris tantum* di illecita destinazione dei beni, sorta sulla base della posizione di garanzia attribuita all'imprenditore. Anche all'amministratore di una società è attribuito l'obbligo del rendiconto, la cui violazione costituirebbe fatto da cui il giudice potrebbe trarre argomento²².

L'applicazione della presunzione di distrazione può essere ricondotta anche all'amministratore di fatto, qualora lo stesso manchi di giustificare il mancato rinvenimento dell'attivo: «*in tema di bancarotta fraudolenta, mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto "testa di legno"), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministrazione di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo*

¹⁹ V. Trib. Monza, 28 settembre 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 6, 1526.

²⁰ V. Cass. Pen. sez. V, 18 febbraio 2009, n. 7048.

²¹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 72 ss.; CONTI, *Diritto*, cit. 161; LA MONICA, *Diritto penale*, cit., 332; MANGANO, *Disciplina penale*, cit., 61; NUVOLONE, *Il diritto penale*, 213; PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi*, cit., 81 ss. *Contra*, PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 526; PAJARDI-FORMAGGIA, *I reati fallimentari*, Milano, 1994, 81.

²² GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 277.

all'ipotesi della distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto»²³.

La tesi giurisprudenziale conferma, secondo la dottrina, come l'imprenditore-debitore sia in realtà amministratore nell'interesse dei creditori: «... la salvaguardia delle risorse sociali va [...] attuata [...] nell'interesse dei creditori e dei terzi che hanno fatto affidamento sul patrimonio e sulla capacità operativa della [...] società [...]»²⁴.

L'interpretazione sopra proposta configura il legame tra imprenditore e i suoi creditori come un vero e proprio rapporto di fedeltà; ed è per questo motivo che l'amministratore ha l'obbligo di fare in modo che tutta la propria attività risulti rappresentata nei libri e nelle altre scritture contabili²⁵.

4. Le operazioni infragruppo

Notevole importanza ha assunto il tema della condotta distrattiva nelle “operazioni infragruppo”, relativamente alle ipotesi in cui l'amministratore di una società appartenente ad un gruppo commetta un reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, compiendo atti di disposizione di beni in favore di un'altra società appartenente al gruppo, offendendo gli interessi patrimoniali dei creditori della società “sacrificata”²⁶. Si ritiene utile accennare al concetto di gruppo, in particolare tenendo conto dell'evoluzione che questo ha avuto nell'ordinamento

²³ V. Cass. Pen. sez. V, 19 maggio 2010, n. 19049.

²⁴ V. Cass. Pen. sez. V, 3 aprile 2001, n. 13169.

²⁵ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 278.

²⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 80.

italiano. A partire dagli anni settanta il fenomeno dell'aggregazione delle imprese è stato regolato attraverso una cospicua produzione normativa, la quale ha comportato che l'argomento non venisse affrontato in modo organico e unitario ma attraverso la trattazione frammentaria degli specifici problemi sorti. In questo senso si è registrato come le principali interferenze si venissero a registrare relativamente alle dinamiche dei gruppi delle società di capitali, la cui normativa era stata invece concepita, dal codice civile del 1942, come «*un mondo societario "nucleare"*»²⁷.

Purtuttavia, i primi interventi normativi si sono verificati, con la legge 7 giugno 1974, n. 216, incentrata sul «*il controllo e il collegamento tra la società e la realtà delle partecipazioni incrociate*», dimostrando come l'attenzione del legislatore si stesse incentrando sempre più su temi riguardanti i gruppi di società.

Anche l'art. 2359 c.c. ha subito diverse modificazioni, le quali hanno comportato un ampliamento della nozione di controllo a tal punto da renderla completamente basata sul concetto di "influenza dominante", rendendo opportuno il relativo riconoscimento dell'ipotesi di controllo indiretto, esercitato tramite le partecipazioni in possesso di una società controllata. La legislazione speciale in materia economica, che si è susseguita a partire dagli anni settanta, ha registrato la tendenza ad espandere l'ambito delineato dall'art. 2359 c.c., così da poter ricomprendere tutti quei profili che non rientravano nella disciplina dettata dal codice²⁸.

L'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 («*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*») ha, per l'appunto, ampliato la nozione di controllo rispetto a quella generale di cui all'art. 2359 c.c.²⁹.

²⁷ FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di «partecipazione rilevante», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 122.

²⁸ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 80 ss.

²⁹ Allo stesso modo deve essere considerata la nozione di controllo in tema di legislazione bancaria, data dall'art. 23 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: TULB); ovvero quella di cui all'art. 93, d.lgs. 11 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria:

La disciplina dei gruppi, ad oggi, non gode di un'unitaria normativa, oltre a presentare diverse lacune: l'art. 2359 c.c. si riferisce solamente alle società di capitali, e seppur viene considerata come disciplina "generale", presenta una forte connotazione settoriale. Inoltre, la mancanza di una definizione unitaria della nozione di controllo, non risulterebbe esaustiva al fine di ricomprendere a tutti i gruppi societari, qualora si decidesse di considerarli nella loro complessità³⁰.

Autorevole dottrina riteneva, inoltre, come «*il gruppo nasce (normalmente) dal controllo; il controllo non sfocia automaticamente nel gruppo*»³¹.

Il legislatore ha avvertito la necessità di adeguare progressivamente la disciplina positiva del controllo alle esigenze dei settori nei quali la suddetta avrebbe operato; si è in particolar modo preferito un tipo di controllo "esterno" delle società, ampliando le linee guida tracciate dall'art. 2359 c.c., in virtù «*dell'influenza dominante generata dai vincoli contrattuali*»³².

Un ulteriore concetto è stato sviluppato dal legislatore: la direzione unitaria o comune. Parte della dottrina ha evidenziato come «*l'influenza dominante esercitata attraverso il controllo azionario si espliciti tendenzialmente al livello delle decisioni assembleari, mentre la connotazione tipica del gruppo dovrebbe essere identificata soprattutto nell'influenza esercitata sull'attività gestionale dell'aggregato di imprese da una di esse e in grado di tradursi, per l'appunto, in una guida unitaria del conglomerato*»³³.

In base a quest'orientamento, il concetto di direzione unitaria ha visto la sua tipizzazione attraverso la legge 3 aprile 1979, n. 95 (legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi); tuttavia il concetto è limitato a

TUIF); nello stesso senso si registra anche, la definizione fornita dalle disposizioni in materia di bilancio consolidato di cui all'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

³⁰ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 81.

³¹ COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, Padova, 1999, 651.

³² BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 83.

³³ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., *ibidem*.

ricomprensione gli amministratori della società ritenuti responsabili di aver arrecato danno alle società controllate³⁴.

Ulteriori richiami alla direzione unitaria sono riscontrabili all'interno del TUILB, con il solo intento di consentire alla Banca d'Italia di poter vigilare sulla composizione del capitale delle banche, in virtù della disciplina dettata dall'art. 23, 2° comma, n. 4, in base all' "assoggettamento a direzione comune"³⁵, ma anche alla disciplina del "gruppo bancario", in materia di vigilanza consolidata, disciplinata dall'art. 61, 4° comma, la quale riconosce i poteri di direzione e coordinamento alla società "capogruppo" nell'"ambito dell'aggregato"³⁶.

Inoltre, in base all'art. 26 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 87, il concetto di "direzione unitaria" è stato considerato come «*un indice dell'aggregazione di imprese ai fini della determinazione dell'area di consolidamento del bilancio*»: in questo modo si è focalizzata l'attenzione sul potere direttivo, il quale risulta basato su accordi contrattuali e clausole statuarie instauratesi attraverso la formazione degli organi gestori (c.d. *interlocking directorate*)³⁷.

Un ulteriore "passo" è segnato dall'art. 80 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 ("*Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*", c.d. Prodi-bis), il quale identifica il criterio di riconoscimento dell'assoggettamento delle stesse ad una "direzione comune", facendo sì che si estenda la disciplina dell'amministrazione straordinaria a tutte le imprese appartenenti al "gruppo".

³⁴ BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e operazioni infragruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, I, 1-31.

³⁵ Espressione utilizzata nelle norme anticoncorrenziali in ambito radiotelevisivo per definire il controllo "presunto" previsto dall'art. 43, 15° comma del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177.

³⁶ Norme simili a queste sono previste all'interno del TUIF, all'art. 12.

³⁷ PISTORELLI, *Parametri oggettivi d'imputazione all'ente della responsabilità per il reato di aggrottaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4

Con le disposizioni introdotte nel codice civile dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6, al Capo IX del Titolo V del Libro quinto, nella rubrica «*Direzione e coordinamento di società*», è stata introdotta all'art. 2197-*sexies* c.c. l'identificazione in via presuntiva del soggetto titolare con colui che svolge attività di controllo sulle altre società facenti parte del gruppo. Si evince quindi come l'attività di direzione trovi la sua fonte di legittimazione nell'attività di controllo; la nozione di controllo in esame non si limita alle ipotesi di controllo organico della società, di cui all'art. 2359, 1° comma, n. 1 e 2, c.c., ma incorpora anche le ipotesi di controllo di fatto di cui all'art. 2359, 1° comma, n. 2; oltre all'art. 26 del d.lgs. n. 127/1991 volto ad identificare il titolare dell'obbligo di redigere il bilancio consolidato.

Tuttavia, si deve considerare come debba essere fornita la prova dell'assoggettamento all'attività di gestione e controllo, anche nel caso in cui manchino i rapporti di controllo (in questo senso si riconsiderano i casi di direzione senza controllo delle società che gestiscono fondi di investimento), in quanto non necessariamente il titolare dell'attività in questione deve essere il controllante³⁸.

Il legislatore non ha, volutamente, inserito il termine “gruppo” negli artt. 2497 e ss. c.c., lasciando spazio ad alcuni dubbi circa “la mancanza di un'esatta perimetrazione” del fenomeno in esame. La riforma di cui sopra ha semplicemente rimodellato il diritto societario in base all'introduzione della nuova normativa riguardante i gruppi, disciplinando gli effetti determinati dall'esercizio dell'attività di gestione e controllo³⁹.

Autorevole dottrina ha ritenuto che detto fenomeno non possa essere attribuito all'intervento del legislatore bensì al «frutto dell'inventiva imprenditoriale» e dell'autonomia privata⁴⁰.

³⁸ NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 575 ss.; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 984.

³⁹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 85.

⁴⁰ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2003, 165.

Il fenomeno in questione troverebbe, dunque, legittimazione non nei ripetuti tentativi elaborati dal legislatore, ma nell'art. 41 Cost. il quale prevede che «*l'iniziativa economica privata è libera*», consentendo così all'imprenditore di poter scegliere in maniera autonoma la tipologia di organizzazione più congeniale all'esercizio della sua attività d'impresa.

La definizione giuridica di gruppo non è rilevabile all'interno di alcuna norma, bensì dovrà ricavarsi dal linguaggio comune in virtù della frequenza con cui questa si è manifestata; si ritiene però come necessariamente debba essere ricondotta ad una fase antecedente al 2003, in quanto, seppur non menzionandola espressamente, il d.lgs. del 17 gennaio 2003, n.6, ne presuppone l'esistenza. L'unico rimando alla parola "gruppo" è ascrivibile all'art. 2634 c.c., nella fattispecie di infedeltà patrimoniale, introdotta dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, seppur in un'accezione generale. La nozione di gruppo viene data per assodata dalla norma incriminatrice, l'identificazione della dimensione della stessa viene completamente affidata all'interprete, causando non pochi problemi; gli elementi normativi forniti dal legislatore risultano essere pochi, lasciando l'interprete a delineare un quadro che risulterà non esaustivo ⁴¹.

La giurisprudenza ha, inoltre, rilevato come la nozione di cui all'art. 2634, 3° comma, c.c. sia più ampia rispetto a quella prevista dagli artt. 2497 e ss. c.c., comprendendo all'interno di essa l'ipotesi della holding persona fisica, non considerata dalle precedenti disposizione circa l'attività di direzione e controllo ⁴².

La condotta distrattiva nelle operazioni infragruppo può essere posta in essere mediante qualsiasi trasferimento di fondi o di attività, o qualsiasi atto di disposizione patrimoniale che manchi di adeguata contropartita ⁴³ qualora la società

⁴¹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 86.

⁴² V. Cass. Sez. V, 18 novembre 2014, Giammarino, in *Cass. Pen.*, 2005, 3781, la quale contraddistingue il gruppo dalla cooperazione tra più società - formalmente autonome - al fine di conseguire un fine unitario, mantenendo, in base agli artt. 2497 e 2497-sexies c.c., una direzione economica unitaria esercitabile anche da persona fisica.

⁴³ Cfr. Cass. Sez. V, 7 giugno 2011, Bianchi, CED 250492; Cass. Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, Bossio, CED 245136; Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, p.m. in proc, Raimondo, cit.

versi in gravi difficoltà o sia in uno stato di dissesto; la giurisprudenza ha affermato⁴⁴ *«non può in alcun modo escludersi la configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione nel caso di trasferimento ingiustificato di beni da una società in stato di insolvenza ad altra società del medesimo gruppo che si trovi in difficoltà economiche»*. Ancora, i giudici della Suprema Corte⁴⁵ hanno sostenuto che *«qualunque trasferimento di capitali o di attività in genere da una società ad un'altra, effettuato senza adeguata contropartita e quando quella che viene depauperata sia in istato di dissesto, costituisce distrazione di attivo, configurabile come bancarotta fraudolenta, in quanto si risolve in un danno alla massa dei creditori della società dissestata all'atto del fallimento della stessa. E ciò a prescindere dalla data di costituzione della società verso cui si è verificato l'afflusso dei capitali in parola e delle finalità per cui le medesime risultano essere state costituite, e fatte salve in ogni caso le azioni civili esperibili per il recupero alla massa delle attività distratte ai suoi danni»*; aggiungendo, in seguito, che: *«integra la distrazione rilevante ex. art. 216 e 223, 1° comma, l. fall. (bancarotta fraudolenta impropria) la condotta di colui che trasferisca, senza alcuna contropartita economica, beni di una società in difficoltà economiche – di cui sia socio ed effettivo gestore – ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà, considerato che, in tal caso, nessuna prognosi positiva è possibile e che, pur a seguito dell'introduzione nel vigente ordinamento dell'art. 2634, 3° comma, c.c., la presenza di un gruppo societario non legittima perciò solo qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministrazione di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito»*⁴⁶.

⁴⁴ V. Cass. Sez. V, 4 dicembre 2007, Spedicati, CED 238237.

⁴⁵ V. Cass. Sez. V, 13 marzo 1967, Tavazzani, in *Giust. Pen.*, 1968, II, 88.

⁴⁶ Cfr. Cass. Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326; nello stesso senso cfr. Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, Bevilacqua, n. 36764, afferma come: *«in tema di bancarotta fraudolenta per*

La giurisprudenza di legittimità⁴⁷ afferma, inoltre, che il fenomeno del gruppo sia di natura meramente economica e che deve rispettare il principio dell'autonoma personalità giuridica delle imprese che ne fanno parte.

Sono riconducibili alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, in particolare quali trasferimenti senza contropartita, operazioni come prestiti o finanziamenti gratuiti o non adeguatamente remunerati, posti in essere nei casi di concessione di credito senza interessi o con tassi di interesse di molto al di sotto della media prevista dal mercato⁴⁸.

Assume rilevanza anche la ricezione di finanziamenti onerosi, i quali a fronte di un corrispettivo eccessivo - tasso d'interesse e/o garanzie prestate - comportano un danno al patrimonio dal quale sono elargiti, configurando la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione.

Una sentenza della Suprema Corte⁴⁹ ha sostenuto che «*integra l'ipotesi di causazione dolosa del fallimento di cui all'art. 223, 2° comma, n. 2, l'assunzione di obblighi gravanti sul patrimonio delle società e più specificamente il rilascio di*

distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate occorre tenere conto del rapporto di gruppo, restando escluso il reato se, con valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società».

In dottrina PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 295 ss.; MILITELLO, *Gli abusi del patrimonio di società controllate e relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Pen.*, 1991, 275.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 10 febbraio 2010, Belemi, CED 24741; nello stesso senso Cass. Sez. V, 29 dicembre 1999, Magliano, in *Dir. prat. Soc.*, 4/2000, 87; Cass. Sez. V, 18 luglio 1999, Ceccherini, in *Dir. prat. Soc.*, 18/1999, 93; Cass. Sez. V, 18 marzo 1996, Cozzi, in *Cass. Pen.*, 1997, 2234; Cass. Sez. V, 10 gennaio 1996, Napoleone, *ivi*, 1997, 218; Cass. Sez. V, 4 maggio 1995, Degli Antoni, *ivi*, 1997, 218; Cass. Sez. V, 21 ottobre 1985, Bedeschi, *ivi*, 1987, 82.

⁴⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 20039, Turchi, CED 255646; Cass. Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, Tassan Din, cit.;

⁴⁹ Cfr. Cass. Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11019, Pollice; nello stesso senso Cass. Sez. V, 16 aprile 2013, n. 32647, Quiriconi e altro, CED 256779; Cass. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, cit.; Cass. Sez. V, 24 maggio 1984, Pompeo, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 274.

garanzie, nella specie, una fideiussione bancaria, a favore di altre società del gruppo di cui sia noto lo stato di difficoltà, per importi esorbitanti dalla capienza del patrimonio della società garante con ciò determinandone il fallimento».

In questo senso, il rilascio di garanzie (in particolare fideiussioni) in favore di società appartenenti al gruppo, integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui queste costituiscano il depauperamento del patrimonio, non apportando alcun utile ⁵⁰.

Anche l'ingiustificato prezzo (c.d. di favore) di una vendita, addirittura mancante, integrerà la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale; così come il caso di concentrazione di società: qualora una società vanti un consistente patrimonio sociale, mentre l'altra sia in stato di difficoltà economica si verificherà una diminuzione della garanzia patrimoniale dei creditori della prima a vantaggio dei creditori della seconda ⁵¹; ovvero il caso di prelevamento di una somma di denaro da una società per effettuare l'aumento di capitale in un'altra ⁵².

Il trasferimento di beni da una società all'altra costituisce distrazione.

L'eventuale acquisizione di un "vantaggio equivalente alla spesa" nel complesso dei beni dell'imprenditore, non integrerà la condotta distrattiva; in questo senso la giurisprudenza si è espressa affermando che *«in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, deve ricomprendersi fra le operazioni distrattive anche l'utilizzazione di somme disponibili per effetto di un'apertura di credito ottenuta da un istituto bancario per le finalità aziendali, che invece vengano destinate a scopo diverso e distolte dal patrimonio della impresa senza corrispettivo»* ⁵³. Questa pronuncia si

⁵⁰ COCCO, *I confini tra le condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, I, 1021 ss.

⁵¹ V. Cass. Sez. V, 10 gennaio 1996, Napoleone, cit.

⁵² V. Cass. Sez. V, 14 maggio 1976, Hossmann, in *Cass. Pen.*, 1978, 209.

⁵³ V. Cass. Sez. V, 4 giugno 2010, n. 21251; nel caso in specie le somme prelevate, senza contropartita alcuna, erano state utilizzate con lo scopo di sanare i debiti di un'altra società facente parte dell'aggregato.

allinea ad una precedente sentenza della Suprema Corte⁵⁴, la quale ha ritenuto che *«in tema di reati fallimentari, integra la distrazione rilevante ai fini della bancarotta fraudolenta patrimoniale, il trasferimento di risorse infragruppo, ossia tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, effettuato, senza alcuna contropartita economica, da società che versino in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società economiche, posto che, in tal caso nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita»*.

L'interesse del gruppo è considerato dalla dottrina più autorevole come uno strumento volto ad individuare il “corrispettivo” delle operazioni infragruppo che farebbe venir meno la sussistenza del fatto tipico del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale⁵⁵; in questo modo l'onere della prova graverebbe sull'accusa, chiamata a dimostrare la natura depauperatoria dell'operazione. L'interesse dei creditori della società danneggiata deve trovare *«adeguata contropartita in utilità patrimonialmente tangibili assicurate dall'appartenenza al gruppo oppure in quanto risulti bilanciato da apposite compensazioni»*⁵⁶.

L'interesse di gruppo è un concetto elaborato dalla dottrina con lo scopo di giustificare tutti quegli atti gestionali posti in essere all'interno del gruppo, volti a produrre interessi negativi e/o positivi nei confronti delle società appartenenti allo stesso; questi sono legittimati dal raggiungimento di vantaggi anche da parte dei creditori, precedentemente danneggiati dagli atti gestionali posti in essere nell'interesse di gruppo. Quest'ultimo non deve considerarsi come un interesse

⁵⁴ V. Cass. Sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595.

⁵⁵ PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno Internazionale di studi*, Venezia 16-18 novembre 1995, a cura di BALZARINI-CARCANO-MUCCIARELLI, III, Milano, 1996, 1784.

⁵⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 90; viene così a legittimarsi come “costo”.

superiore, ma semplicemente come il perseguimento, seppur in maniera mediata o indiretta, del proprio interesse da parte di ogni componente del gruppo⁵⁷.

La giurisprudenza civile si è espressa a tal riguardo anticipando il legislatore, accettando che gli atti gestionali trovassero la loro giustificazione nel perseguimento dell'interesse del gruppo, seppur gli stessi debbano considerarsi come pregiudizievoli per una società facente parte del gruppo medesimo; questi dovranno considerarsi come «*realizzazione mediata dell'oggetto sociale*»⁵⁸; stesso discorso viene fatto circa le fideiussioni infragruppo rilasciate senza contropartita o tramite cessione gratuita⁵⁹.

L'adeguamento della controllata alle direttive della controllante è considerato legittimo dalla Suprema Corte, purché esso sia funzionale all'interesse di gruppo⁶⁰.

A questa interpretazione fornita dalla Cassazione deve essersi ispirato il legislatore nel riformare il diritto societario, accettando il fenomeno del gruppo di imprese e riconoscendo l'esistenza di un "interesse di gruppo" quale esimente rispetto agli atti di gestione delle singole società presenti nell'aggregato. Gli artt. 2497 e ss. c.c., precedentemente menzionati, riflettono l'esistenza nel codice dell'interesse di gruppo, come "motore" che muove gli atti "svantaggiosi" delle singole componenti del gruppo. In particolare, l'art. 2497 c.c. ridimensiona le responsabilità degli amministratori della società o della capogruppo quando «*il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*».

⁵⁷ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 91; nello stesso senso in ordine ai risvolti puramente "commercialistici", GIARDA, *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA e SEMINARA, Milano, 2002, 150.

⁵⁸ V. Cass. Civ., 20 marzo 1968, in RLF, 1969, 263.

⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., 14 settembre 1976, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 220; Cass. Civ., 29 settembre 1997, in *Fall.*, 1998, 1041; per quanto riguarda la cessione gratuita V. Cass. Civ. 11 marzo 1996, in *Foro.it*, 1996, I, 1222.

⁶⁰ V. Cass. Civ., 26 febbraio 1990, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 360.

D'altro canto, l'art. 2497-ter contempla l'ipotesi in cui, con gli atti di direzione e coordinamento svolti nel pieno interesse di gruppo, la capogruppo influenzi le singole decisioni: in tal caso, queste *«debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione»*.

La previsione del nuovo delitto di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c. (secondo il quale, sono puniti gli amministratori, direttori generali e i liquidatori che, avendo *«un interesse in conflitto con quello delle società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale»*), al 3° comma ipotizza come l'appartenenza ad un gruppo possa portare delle conseguenze vantaggiose, stabilendo che *«non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi [c.d. compensativi], conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo»*.

Al fine di poter individuare l'ambito di applicazione dei “vantaggi compensativi” si devono prendere in considerazione le nozioni di “gruppo” e di “collegamento”: quest'ultima viene ricollegata all'art. 2359, 3° comma c.c., il quale prevede che debba esserci un'influenza “notevole” di una società su un'altra; per quanto riguarda la nozione di gruppo, già precedentemente si è discusso circa la mancanza di una definizione, in quanto il legislatore si è limitato ad individuare l'esercizio di un “direzione unitaria”⁶¹.

Mediante la sopramenzionata riforma del d.lgs. n. 61/2002 è stata modificata anche la fattispecie di bancarotta “da reato societario” (sulla quale v. *supra* cap. 1, par. 3), oltre al più volte citato art. 2634 c.c. richiamato direttamente dall'art. 223, 2° comma, n. 1. In questo modo si vuole, quindi, sottolineare come i “fatti” di cui all'art. 2634 c.c. abbiano la capacità di integrare il delitto di bancarotta impropria da reato societario, nelle ipotesi in cui questi abbiano cagionato il dissesto della società in questione.

⁶¹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 91.

Tuttavia, la giurisprudenza⁶² si era, almeno inizialmente, contrapposta all'applicazione della disposizione in esame ai reati fallimentari, affermando come non fosse applicabile la teoria dei vantaggi compensativi al di fuori dell'art. 2634 c.c. La Suprema Corte ha osservato come la fattispecie societaria tutelasse tutti i soci dagli atti dispositivi dannosi, posti in essere dagli amministratori "infedeli"; la norma fallimentare, disciplinando un reato di pericolo, tutelava i creditori dalle condotte che li esponessero a quest'ultimo.

Uno dei problemi derivava dalla circostanza che l'infedeltà patrimoniale è un reato a dolo specifico, in quanto l'atto oggetto del "conflitto di interessi" deve essere posto in essere con la finalità di procurare un ingiusto profitto o altro vantaggio; in questo senso risulta: *«arduo separare questa forma di dolo dal fatto, e relegarla nella componente meramente psicologica del reato, non è sembrato peraltro agevole condividere l'affermazione secondo cui i fatti previsti dall'art. 2634 c.c. non comprenderebbero anche la clausola dei vantaggi compensativi»*⁶³.

I giudici di legittimità hanno mutato orientamento affermando come le previsioni di cui all'art. 2634 c.c. possano essere applicate anche ai reati fallimentari, non solamente, quindi, alla bancarotta da reato societario, bensì anche a quella impropria patrimoniale, determinandone il carattere distrattivo o dissipativo di un'operazione infragruppo⁶⁴.

La giurisprudenza⁶⁵ ha affermato come: *«in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione*

⁶² Cfr. Cass. Sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in Cass. Pen., 2004, 2142; Cass. Sez. V, 5 giugno 2003, Longo, *FI*, 2004, II, 528; Cass. Sez. V, 18 novembre 2004, Giammarino, cit.

⁶³ BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 94; nello stesso senso MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 710 ss.

⁶⁴ V. Cass. Sez. V, 5 giugno 2013, Bellemans, CED 257562, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 435.

⁶⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, Bevilacqua, CED 234606, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1007; Cass. Sez. V, 12 gennaio 2016, Falciola, CED 267883, nel caso in specie la Corte ha ritenuto che la sentenza fosse viziata in quanto avesse escluso la sussistenza di vantaggi compensativi in un trasferimento di risorse dalla controllante, poi fallita, ad un'altra società dell'aggregato, in cui l'87% del capitale sociale era di proprietà

patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate occorre tenere conto del rapporto di gruppo, restando escluso il reato se, con valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società»; inoltre «integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione l'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo, ancorché effettuata a favore di società del medesimo gruppo, qualora ipotizzati benefici indiretti della fallita non risultino effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo e non siano idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta»⁶⁶.

In questo senso la Suprema Corte ha ritenuto, in ragione della diversa oggettività giuridica tra le due fattispecie, che: «non è peraltro, "in ogni caso" (fattispecie in cui si riteneva non sussistere alcun conflitto di interessi) necessario per l'integrazione della bancarotta fraudolenta, che la condotta cagioni il dissesto ex art. 223, 2° comma, n. 1, in riferimento all'art. 2634 c.c.»; la premessa necessaria a questa considerazione riposa sulla sussistenza di un rapporto di specialità "reciproca" tra il reato di bancarotta patrimoniale per distrazione e il delitto di bancarotta da reato societario, in ragione della possibilità di configurare attività distrattive che non integrino i fatti di cui all'art. 2634 c.c. per difetto di conflitto di interessi.

L'inciso "in ogni caso" porta a considerare anche fatti che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, integrando fatti di bancarotta fraudolenta; la tesi ad essa opposta ritiene che: «si perverrebbe altrimenti all'assurda conseguenza che la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto di interessi, sarebbe punibile solo se abbia determinato il dissesto della

della fallita, possibile in virtù dei regimi fiscali di cui godeva la controllata in base al Paese straniero in cui aveva sede.

⁶⁶ V. Cass. Sez. V, 25 ottobre 2008, n. 41293, Mosca.

società, mentre la distrazione, commessa senza conflitto di interessi, sarebbe punibile di per sé, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto»⁶⁷.

5. Ulteriore casistica

Conclusivamente, si ritiene utile richiamare l'ulteriore casistica emersa nella prassi applicativa concernente la fattispecie di bancarotta per distrazione.

Relativamente alle intestazioni a terzi senza contropartita di beni ⁶⁸, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto integrato il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione per *«l'acquisto da parte dell'amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali»* ⁶⁹.

In tal senso rilevano, inoltre, le vendite di merci a prezzo inferiore a quello di mercato o a quello di costo, qualora esse non rispondano ad esigenze lecite d'impresa come il procacciamento di liquidità o il riassortimento del magazzino ⁷⁰. I giudici della Suprema Corte hanno rilevato come operazioni gravemente imprudenti poste in essere dall'imprenditore non possano essere ricondotte al reato di bancarotta semplice ex art. 217 l.fall., bensì al delitto di bancarotta fraudolenta, in tutti i casi in cui la vendita sottocosto sistematica o preordinata riguardi beni aziendali. Alla bancarotta semplice, ex art. 217, n. 2, l. fall., possono essere ricondotte solamente le operazioni manifestatamente imprudenti che presentino un

⁶⁷ V. Cass. Sez. V, 5 marzo 2008, n. 13110, Scotuzzi, CED 239394, in *Cass. Pen.*, 2009, 1689.

⁶⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, p.m. in proc. Raimondo, cit.; Cass. Sez. V, 1° febbraio 1988, Cartotto, cit.

⁶⁹ Cfr. Cass. Sez. V, 15 luglio 2010, Carelli, CED 248950; in motivazione, la S.C. ha escluso che la condotta di depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori potesse essere ravvisata nell'alienazione dei titoli azionari nominativi, dovendo essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della società amministrata della somma utilizzata per l'acquisto a titolo personale dei titoli stessi.

⁷⁰ V. Cass. Sez. V, 11 febbraio 1981, Veronese, in *Riv. pen.*, 1981, 414.

elemento di razionalità in ragione delle esigenze dell'impresa, così da ritenere che il risultato negativo sia stato frutto di un riscontrabile errore di valutazione ⁷¹.

Circa il contratto di locazione di azienda stipulato in previsione del fallimento allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto ⁷², la giurisprudenza ha ritenuto che l'oggetto della condotta distrattiva fosse la locazione stessa, analizzando la durata del contratto, le clausole ed il valore attribuito ai beni strumentali soggetti ad obsolescenza rapida ⁷³; assume altresì rilievo l'impossibilità, per l'impresa in dissesto, di esercitare attività economica che produca un ostacolo alla liquidazione dell'attivo, da parte degli organi fallimentari, in quanto arrechi una riduzione del valore dei beni locati, e di conseguenza una difficile collocazione di beni non immediatamente disponibili sul mercato ⁷⁴.

Nel caso in cui l'imprenditore, senza alcuna giustificazione, non incassi il canone congruo per l'affitto dell'azienda, si riterrà sussistente il reato in questione ⁷⁵.

Si ritiene opportuno, poi, menzionare gli atti di disposizione patrimoniale a titolo gratuito la cui incidenza negativa sulla consistenza patrimoniale sia di particolare evidenza⁷⁶: si ritiene possa costituire distrazione, ai sensi dell'art. 216, 1° comma, n. 1, l'aver prestato una fideiussione senza aver percepito utile alcuno, avendo, così,

⁷¹ V. Cass. Sez. V, 10 giugno 1998, Vichi, cit.

⁷² Cfr. Cass. Sez. V, 16 marzo 1998, Martinel, in *Cass. pen.*, 1999, 2353; Cass. Sez. V, 27 novembre 2008, Scirè, CED 242614, in *Cass. Pen.*, 2009, 4880.

⁷³ In questo senso la S.C. ha ritenuto come i beni in questione, in ragione della sottrazione dei beni, concedano un agevole e proficuo realizzo.

⁷⁴ V. Cass. Sez. V, 6 dicembre 1993, Locatelli, in *Cass. Pen.*, 1995, 1632, la quale pronuncia aveva affermato, con particolare riferimento ai beni locati, che «*un tale contratto, infatti, lascia effetti anche dolo il fallimento del locatore (art. 80 l. fall.), ostacola gli organi del fallimento nella liquidazione dell'attivo (rendendo difficile la collocazione sul mercato di beni non immediatamente disponibili) e danneggia i creditori concorsuali (determinando una drastica diminuzione del valor di mercato dei beni locati)*» la fattispecie in questione è relativa alla locazione dei locali, delle attrezzature e dei macchinari da parte di una società in nome collettivo in stato di decozione poi dichiarata fallita.

⁷⁵ V. Cass. Sez. V, 2 aprile 2014, Costa, CED 259858.

⁷⁶ V. Cass. Sez. V, 29 novembre 1990, Bordoni, cit.

causato un effetto “depauperativo” della garanzia patrimoniale dei creditori ⁷⁷. Nello stesso senso la giurisprudenza ha ritenuto che debba essere considerata distrazione la corresponsione di somme “in nero” elargite, a libero arbitrio dell’amministratore, al di fuori degli obblighi contrattuali ai dipendenti della società fallita, sotto forma di regali o *bonus* ⁷⁸. Sono ricondotte al reato di bancarotta patrimoniale fraudolenta anche le condotte che, pur non determinando fuoriuscita di cespiti o ricchezza dal patrimonio dell’impresa, ne costituiscono la premessa: a questo caso sono ascrivibili tutte le promesse di pagamento prese in carico con finalità discordanti da quelle perseguite dall’impresa, non ancora scadute quando viene emanata la sentenza dichiarativa di fallimento ⁷⁹.

Si ritiene opportuno menzionare anche il caso di concessioni a terzi di prestiti o finanziamenti, qualora risulti impossibile ottenere il rimborso in quanto manchino le garanzie necessarie per procedere ⁸⁰. La giurisprudenza in argomento ha affermato che sussiste il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione «*qualora nell’erogazione di un finanziamento bancario ad una società venga interposta altra società poi dichiarata fallita, atteso che in tal caso lo schema utilizzato non è quello del negozio simulato, bensì quello del negozio indiretto che comporta l’effettivo, seppur temporaneo, transito nel patrimonio della fallita della somma oggetto del finanziamento*» ⁸¹; dalla motivazione si evince che la condotta

⁷⁷ V. Cass. Sez. V, 4 novembre 2004, Gattoni, n.21095; in questo senso la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di merito circa la sussistenza della distrazione, nella cui specie, l’imputato, quale presidente del consiglio di amministrazione, mancando di convocare l’assemblea dei soci, e senza aver percepito alcun corrispettivo per la società che amministrava, aveva firmato tre fidejussioni.

⁷⁸ V. Cass. Sez. V, 11 ottobre 2016, Morosi, CED 268700.

⁷⁹ V. Cass. Sez. V, 3 giugno 2003, Longo, CED 227148, la quale considera la prestazione di garanzia cambiaria tramite l’emissione dalla società poi fallita, di cambiali, ad una società ad essa collegata nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione portate poi a scadenza senza essere onorate, esponendo così l’emittente nei confronti dell’istituto bancario.

⁸⁰ V. Cass. Sez. V, 29 novembre 1990, Bordoni, cit., la cui pronuncia ha considerato che il prestito sia assimilabile ad un’erogazione a fondo perduto.

⁸¹ V. Cass. Sez. V, 29 settembre 2011, 1217/12, Cavallini, CED 252800, in *Cass. Pen.*, 2013, 1158.

di distrazione o di dissipazione viene integrata anche nell'ipotesi in cui vi è interposizione reale di una società affinché un'altra possa così ottenere un finanziamento, stante la cognizione e la propensione degli amministratori delle stesse; considerato che si verifica, in primo luogo, che la somma oggetto del finanziamento, la quale non sarà quindi indirizzata agli scopi per cui era stata elargita, venga acquisita al patrimonio della società sottoposta all'interposizione reale suddetta ⁸².

Oggetto di diversi contrasti giurisprudenziali è stato il tema riguardante la scissione societaria: non costituisce distrazione la semplice assegnazione di risorse alla società nuova, costituitasi successivamente alla scissione da un'altra società, bensì rileverà solamente "l'effettiva situazione debitoria" in cui le stessa si trovava al momento della scissione; oltre all'effettiva inidoneità della condotta a porre in pericolo gli interessi dei creditori. A quest'ultimi è fornita l'opportunità di proporre opposizione al processo di scissione, in quanto i loro diritti sono tutelati dall'art. 2506-*quater*, 3° comma, c.c., che ritiene responsabile in solido la società nuova per i debiti contratti dalla scissa e non ancora soddisfatti ⁸³.

In una pronuncia successiva la Cassazione si è espressa circa la pratica del c.d. "spin-off" societario: successivamente ad una scissione si crea una nuova società che acquisisce tutti gli elementi attivi della società scissa, poi dichiarata fallita; in questo modo l'operazione integra la condotta distrattiva in mancanza di «*un concreto vantaggio economico oltre all'impossibilità della fallita di continuare l'attività d'impresa*» ⁸⁴.

Si è inoltre precisato come il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione da scissione di società, poi fallita, venga a configurarsi qualora tramite conferimento di "beni costituenti l'attivo alla società beneficiaria", venga posta in essere un'operazione, pregiudizievole per i creditori e volutamente depauperativa

⁸² BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 101.

⁸³ Cfr. Cass. Sez. V, 18 gennaio 2013, p.g. e p.c., in proc. Marzona, CED 254788, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 613.

⁸⁴ V. Cass. Sez. V, 28 novembre 2013, n. 15715/14, p.m. in proc. Vigilante, CED 262762.

del patrimonio sociale, successivamente ad una valutazione oculata della situazione debitoria in cui verteva la società al momento della scissione ⁸⁵.

Si è inoltre osservato come la scissione non sia estranea alle dinamiche che configurano la condotta distrattiva, sicché, per i creditori della società scissa potrà verificarsi l'eventualità di concorrere con i "portatori dei crediti" della società nuova appena costituita, vedendo così ridotta la garanzia che le proprie pretese vengano soddisfatte ⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 13 giugno 2014, Alfano, CED 260393; Cass. Sez. V, 21 gennaio 2015, Di Cesare, CED 262964, in *Giust. Civ.*, 2016, 79.

⁸⁶ V. Cass. Sez. V, 10 aprile 2015, Piscedda, CED 264078.

BIBLIOGRAFIA

- ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.
- ALLEGRI, *La tutela penale dei creditori nel fallimento*, in *Fallimento*, 1984.
- AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. Pen.*, 2011.
- AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008.
- ANTOLISEI, “*Manuale di diritto penale. Leggi complementari, vol. II, I reati fallimentari*”, Milano 1998.
- ANTOLISEI, “*Manuale di diritto penale. Leggi complementari, vol. II, I reati fallimentari*”, Milano 2008.
- ANTOLISEI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962.
- BATTAGLINI, *Osservazioni sul dolo della bancarotta fraudolenta*, in *Giust. Pen.*, 1954, II.
- BERENINI, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio nel Trattato* diretto dal FLORIAN, Milano, 1937.
- BOLAFFIO, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 636.
- BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1939.
- BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.* 1984.
- BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e operazioni infragruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, I.
- BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Riforme delle norme fallimentari con effetti indiretti sulla disciplina penale*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 1294.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè 2017.

BRICCHETTI-TARGHETTI, *Bancarotta e reati societari*, III, Milano 2003.

CARACCIOLI, *Governance e responsabilità penale*, Milano, 2006.

CARLETTI, *I fatti di bancarotta realizzati dai soggetti che gestiscono e controllano la società commerciale*, in *Diritto penale commerciale*, Vol. I, I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali a cura di E. Carletti, in *Giur. Sistem. dir. pen.*, Bricola-Zagrebesky (A cura di), Torino 1990.

CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. Dir. proc.*, 1975.

CASAROLI, *Il dolo delle bancarotte fraudolente fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991.

CASAROLI, sub articoli 216 ss. Legge fall., in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve della legge fallimentare*, Milano 2000.

CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. dir. pen. economia*, 2006.

COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli 1987.

COCCO, *I confini tra le condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, I.

COCCO, Sub art. 216, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, I reati fallimentari, Torino 1991.

CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, D PEN 1991.

CONTI, *La pregiudizialità della sentenza dichiarativa rispetto al processo di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991.

CONTI, *Reati fallimentari*, 1991.

COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, Padova, 1999.

D'AVIRRO-DE MARTINO, “*I Reati di bancarotta societaria: Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*”, Giuffrè Editore, 2013.

D'AVIRRO-DE MARTINO, “*La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*”, Giuffrè, Milano, 2007.

D'ESPOSITO, *Crisi d'impresa: la nuova riforma fallimentare e i risvolti in ambito penale*, 12 Novembre 2017, disponibile su <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittoCivile/2017-10-11/e-legge-riforma-diritto-fallimentare-151614.php>.

DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948.

DELITALIA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta, Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976.

DELITALIA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta, Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano 1976.

DEMARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali: normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, 2009.

DEMURO, *Il dolo*, vol. II, L'accertamento, Giuffrè, Milano, 2010.

DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano 1987.

FABIANI, *Diritto Fallimentare - un profilo organico*, Zanichelli, 2011.

FERRARA, *Il fallimento*, 2°ed., Milano, 1966.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 6a ed., 2009.

FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di «partecipazione rilevante», «controllo» e «gruppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993.

FONDAROLI, *Reati societari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.

GALGANO, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di F.Galgano, Bologna-Roma, 1995.

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2003, 165.

GHIARA, *Equità e legalità*, Milano, 1970.

GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016.

GIARDA, *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA e SEMINARA, Milano, 2002.

GIULIANI BALESTRINO, *Il problema giuridico della condizione di punibilità*, Padova, 1966.

GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006.

GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta pre-fallimentare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970.

IACOVIELLO, *Bancarotta fraudolenta e successioni di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in *Cass. Pen.*, 2003.

JORIO e FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a 5 anni dalla riforma*, Milano, 2010.

JORIO e FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela de credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. Comm.*, 1994.

LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, I reati fallimentari, Milano, 1999.

LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993.

LANZI-CADOPPI (a cura di), *I nuovi reati societari*, (Commentario al D.lgs. 11 aprile 2002, n.61), Padova, 2007.

LANZI, *La nuova bancarotta societaria*, in *Il fallimento*, 2002.

LAZZONI, *La bancarotta*, Milano, 2012.

LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 2007.

LORUSSO, *Profili problematici in tema di responsabilità dei soggetti di fatto nel diritto penale dell'economia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015.

MACCAGNO BENESSIA, *Reati fallimentari*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1987.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, Padova, 2011.

MALAGNINO, *Le diverse ipotesi di bancarotta propria*, Firenze, 2014.

MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.

MANGANO, *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milano 1989.

MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, GIARDA e SEMINARA (a cura di), Padova, 2002.

MANTOVANI, *Diritto penale*, II ed., Padova, 1988.

MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4a ed., Milano, 2012.

MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. Vol. 1: Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001.

MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano.

MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in N.PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2010.

MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991.

MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995.

MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013.

MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011.

MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, DPP 2010.

MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. Proc.*, 2013.

NAPOLEONI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999.

NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 575 ss.;

NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 984

- NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940.
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- NUVOLONE, *Reati in materia di fallimento*, *Enc. Dir.*, XVI, 481, ID, *Limiti penali del diritto di proprietà in funzione della tutela dei creditori*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, 1969.
- PACCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011.
- PADOVANI, *Leggi penali complementari*, Milano, 2007.
- PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.
- PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Milano, 2009.
- PAGLIARO, *Sul concetto di distrazione nell'art. 314 c.p.*, in *Circ. giur.*, 1962.
- PAGLIARO, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988.
- PAJARDI-FORMAGGIA, *I reati fallimentari*, Milano, 1994.
- PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;
- PAJARDI, *Codice del Fallimento*, M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKY (a cura di), Milano, 2009.
- PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965.
- PALAZZO, *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972.
- PANTANELLA A., *La Corte e la damnatio memoriae della sentenza Corvetta in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. Pen.*, 2015.

PEDRAZZI-SGUBBI, *I reati commessi dal fallito. I reati commessi da persone diverse dal fallito*; in Commentario Scialoja-Branca, *La legge fallimentare*, F. Galgano (a cura di): artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995.

PEDRAZZI, in AA. VV. *Manuale di diritto penale dell'impresa. Reati fallimentari*, Bologna 1998.

PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale STILE* (a cura di), Napoli, 1985.

PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988.

PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in onore de G. Delitalia*, Milano, 1984.

PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno Internazionale di studi*, Venezia 16-18 novembre 1995, a cura di BALZARINI-CARCANO-MUCCIARELLI, III, Milano, 1996.

PERDONO', *I reati fallimentari*, in MANNA (a cura di) *Corso di diritto dell'impresa*, Padova, 2010.

PERINI - DAWAN, *La Bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001.

PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010.

PISTORELLI, *Parametri oggettivi d'imputazione all'ente della responsabilità per il reato di agiotaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4

PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, RTDPE 1999.

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974.

- PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.
- PUNZO, *Responsabilità di terzi per sottrazione, distrazione, ricettazione e dissimulazione dei beni del fallito*, Milano, 1995.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008.
- SADRELLI G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in PISANI N. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010.
- SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: I riflessi penali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2006.
- SANDRELLI, *Le norme penali della legge fallimentare*, in *Codice commentato del fallimento*, LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008.
- SANTORIELLO, *I reati del curatore fallimentare*, Padova, 2002.
- SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.
- SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato di pericolo concreto*, in *Il quotidiano giuridico*, Torino, 2017.
- SANTORIELLO, *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle sezioni unite una ricostruzione completa*, in *Le Società*, 2011.
- SATTA, in GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999.
- SCALERA, *La bancarotta fallimentare*, Milano, 2001.
- SEVERINO Di Benedetto, *Il criterio distintivo tra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cass. pen. mass. Ann.*, 1976.

SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

STRATENWERTH, *Il diritto penale nella crisi della società industriale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1994.

TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, in *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Ancona 1997.

TEDESCHI, *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare*, F. Galgano (a cura di), Bologna-Roma, 1995.

TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983.

VIGANÒ, “*Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale*”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954.

Sentenze

Cass. SS.UU., 5 gennaio 1958, n. 2, *Mezzo*, in *De Jure*.

C. cost. 12 marzo 1962, n. 152.

C. cost. 27 marzo 1962, n. 29.

C. cost. 15 maggio 1963, n. 67.

Cass. Sez. V, 1° luglio 1963, De Angelis in *Rep. Foro.It*, 1964, 246.

Cass. Sez. V, 8 maggio 1964, Esposito, in *Rep. Foro.It*, 1965, *Voce Società*, n° 220, 223.

Cass. Sez. V, 5 dicembre 1966, Savoldo in *Dir. fall.* 1967, II, 974.

Cass. Sez. V, 13 marzo 1967, Tavazzani, in *Giust. Pen.*, 1968, II, 88.

Cass. Sez. V, 25 marzo 1968, Cortivo, CED 107742.

Cass. Civ., 20 marzo 1968, in RLF, 1969, 263.

Cass. Sez. V, 17 febbraio 1969, Tafuri, CED 111498.

Cass. Sez. V, 17 dicembre 1970, Foraboschi, CED 116886, in *Giust. pen.*, 1970, II, 825.

Cass. Sez. V, 24 marzo 1972. Draghi, CED 1213589.

Cass. sez. 12 giugno 1972, Giacobone, in *Giust. pen.*, 1974, III, 221.

Cass. sez. V, 19 giugno 1972, Raimondo, in *Foro.it*, 1973, II, 113.

Cass. sez. V, 10 novembre 1972 in *Giust. Pen.*, 1973, II, 273.

Cass. Sez. V., 12 dicembre 1972, Leorato, in *Cass, pen.*, 1973, 170.

Cass. Sez. V, 29 dicembre 1972, Zito in *Giust. pen.* 1973, II, 591.

Cass. Sez. V, 14 maggio 1976, Hossmann, in *Cass. Pen.*, 1978, 209.

Cass. Civ., 14 settembre 1976, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 220.

Cass. Sez. V, 15 febbraio 1977, Imperiale, in *Cass. Pen.*, 1978, 214, CED 135322.

Cass. Civ., 25 febbraio 1977, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 859.

Trib. Novara, 13 gennaio 1978, in *Foro.it*, 1978, II, 380.

Cass. Sez. V, 10 febbraio 1978, Altomare, in *Giust. Pen.*, 1979, II, 658.

Cass. Sez. V, 10 ottobre 1978, CERUTTI, in *Riv Pen*, 1979.

Cass. Civ. 16 marzo 1979, n. 1563, in *Rep. Giur. It.*

Cass. Sez. V, 21 marzo 1979, Gilli in *Cass. pen.*, 1980, 1458.

Cass. Sez. V, 19 febbraio 1980, Menozzi, in *Cass. Pen*, 1981, 1157.

C. cost 14 aprile 1980, n. 50, in www.giurcost.org.

Cass. Sez. V, 18 aprile 1980, in *Riv. Pen.* 1980, 925.

Cass. Sez. V, 11 febbraio 1981, Veronese, in *Riv. pen.*, 1981, 414.

Cass. Sez. V, 23 novembre 1981, Alecce, in *Giust pen.*, 982, II, 332.

Cass. Sez. V, 24 maggio 1982, in *Foro. it.*, 1987, II, 234 con nota di ANDREAZZA.

Cass. Sez. V, 5 ottobre 1982, Ricci, in *Cass. Pen.*, 1983, 2097.

Cass. Sez. V, 13 dicembre 1982, in *Cass. Pen.*, 1984, 691.

Cass. Sez. V, 12 aprile 1983 in *Cass. Pen.*, 1984, 1402.

Cass. Sez. V, 27 aprile 1983, Carboni, in *Giust pen.*, 1984, III, 331.

Cass. Sez. V, 10 maggio 1983, Calzolari, in *Riv. pen.*, 1984, 89.

Cass. Sez. V, 17 giugno 1983 in *Giust. Pen.*, 1984, II, 342.

Cass. Sez. V, 14 ottobre 1983, De Sena, CED 161775.

Cass. Sez. V, 18 novembre 1983, Bandini, in *Fall.*, 1984, 1029.

Cass. Sez. V, 11 gennaio 1984, Fiore, in *Giust pen.*, 1984, II, 475.

Corte Cost. n. 2236, 1984.

Cass. Sez. V, 6 dicembre 1984, Tamburro, in *Cass. pen.*, 1986, 1657, CED 166982.

Cass. Sez. V, 24 maggio 1984, Pompeo, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 274.

Cass. Sez. V, 23 ottobre 1984. Patti, in *Cass. Pen.* 1986, 599.

Cass. Sez. V, 17 maggio 1985 in *Cass. Pen.*, 1987, 822.

Cass. Sez. V, 28 giugno 1985, n. 3877.

Cass. Sez. V, 28 marzo 1985, Passari, in *Giust. Pen.*, 1986, II, 21;

Cass. Sez. V, 29 aprile 1985, Giusti. *Giust pen.*, 1986, II, 22;

Cass. Sez. V, 21 ottobre 1985, Bedeschi, in *Cass. Pen.*, 1987, 82.

Cass. Sez. V, 18 gennaio 1986, *Riv. pen.* 1987, 376.

Cass. Sez. V, 26 febbraio 1986, Gesnelli, in *Cass. Pen.*, 1987, 1827.

Cass. Sez. V, 4 giugno 1986. Baraldi, in *Cass. pen.*, 1987, 1467.

Cass. Sez. V, 1° ottobre 1986, *Giust. Pen.*, 1987, III, 277.

Cass. Sez. V, 23 ottobre 1986, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1988, 947.

Cass. Sez. V, 17 marzo 1987 in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1988, 939.

Trib. di Roma 10 aprile 1987, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 7,184.

Cass. Sez. V, 1° febbraio 1988, Cartotto, in *Cass. Pen.*, 1989, 680.

Cass. Sez. V, 11 febbraio 1988. Tibaldi. in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 933.

Cass. Civ., 18 febbraio 1988, in *Dir. fallim.*, 1989, II, 126.

Cass. Sez. V, 10 maggio 1988, in *Riv. pen. econ.*, 1989, 67 con nota adesiva di LETTIERI.

Cass. Sez. V, 6 giugno 1988, Peruzzi, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 625.

Cass. Sez. V, 23 giugno 1988, Guadagni, in *Cass. pen.*, 1989, 1858.

Cass. Sez. V, 7 marzo 1989, Bruzzese, in *Cass. Pen.*, 1991, 146.

Cass. Civ., 26 febbraio 1990, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 360.

Cass. Sez. I, 25 aprile 1990, De Sena Plunkett, in *Foro.it*, 1990, II, 601;

Cass. Sez. V, 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.* 1991, 828.

C. cost. 13 maggio 1991, n.203;

C. cost. 8 giugno 1991 n. 285, in www.giurcost.org.

Cass. Sez. V, 7 agosto 1991, Pucillo, in *Cass. pen.*, 1998, 3418.

Cass. Sez. V, 9 dicembre 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 460.

Cass. Sez. V, 27 febbraio 1992, Capriolo, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 585.

Cass. Sez. V, 3 aprile 1992, in *Riv. pen.*, 1993, 235.

Cass. Sez. V, 22 gennaio 1992, in *Cass. Pen.*, 1992, 2198.

Trib. Chieti 26 maggio 1992, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 545.

Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, p.m. in proc. Raimondo, in *Cass. Pen.*, 1995, 1633.

Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, Delle Fave.

Trib. Roma 22 febbraio 1993, in *Impresa*, 1993, 1267.

Cass. sez. V, 18 agosto 1993 Taffanin, in *Cass. Pen.*, 1994, 2542.

Cass. Sez. V, 14 novembre 1993, Manco, in *Cass. Pen.*, 1995, 1635.

Cass. Sez. V, 6 dicembre 1993, Locatelli, in *Cass. Pen.*, 1995, 1632.

Cass. Sez. V, sentenza 15 dicembre 1993, in *Cass. Pen.*, 1995, 1039.

Trib. di Roma 8 febbraio 1995, in *Cass. Pen.*, 1995, II, 2, 190.

Cass. Sez. V, 18 aprile 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1424.

Cass. Sez. V, 4 maggio 1995, Degli Antoni, in *Cass. Pen.*, 1997, 218.

Cass. Sez. V, 9 ottobre 1995, Guerrini, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1398.

Cass. Sez. V, 17 gennaio 1996, Giumento, in *Cass. pen.*, 1997, 547.

Cass. Sez. V, 10 gennaio 1996, Napoleone, in *Cass. Pen.*, 1997, 218.

Trib. Napoli 7 febbraio 1996, in *Il Fall.*, 1996, 503.

Cass. Civ., 11 marzo 1996, in *Foro.it*, 1996, I, 1222.

Cass. Sez. V, 18 marzo 1996, Cozzi, in *Cass. Pen.*, 1997, 2234.

Cass. Sez. V, 17 maggio 1996, Gennari, in *Cass. Pen.*, 1998, 648.

Cass. Sez. V, 28 novembre 1996, p.m. in proc. Azzolini, in *Guida dir.*, 8/1997, 78.

Cass. Civ., 29 settembre 1997, in *Fall.*, 1998, 1041.

Trib. di Torino 10 aprile 1997, in *Dir. Fall.* 1997, II, 533.

Cass. Sez. V, 6 dicembre 1997, Romano, in *Cass. pen.*, 1999, 648.

Cass. Sez. V, 16 marzo 1998, Martinel, in *Cass. pen.*, 1999, 2353.

Cass. Sez. V, 22 aprile 1998, Galimberti, in *Cass. pen.*, 2000, 3451.

Cass. Sez. V, 10 giugno 1998, n. 2876/99, Vichi, CED 212608.

Cass. Sez. V, 7 luglio 1998, Urso, in *Cass. pen.*, 2001, 300.

Cass. Sez. V, 8 agosto 1998, Fabbri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 578.

Cass. Sez. V, 13 agosto 1998, Platania, in *Cass. pen.*, 2001, 1622.

Cass. Sez. V, 23 marzo 1999, p.m. in proc. Olivieri, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784.

Cass. Sez. V, 8 aprile 1999, Spinelli, in *Guida dir.*, 22/1999, 129.

Cass. Sez. V, 18 luglio 1999, Ceccherini, in *Dir. prat. Soc.*, 18/1999, 93.

Cass. Sez. V, 19 ottobre 1999, Sgrò, CED 215878.

Cass. Sez. V, 11 novembre 1999, n. 12897, Tassan Din, RTDPE 2000.

Cass. Sez. V, 10 dicembre 1999, Riccò, in *Dir. prat. Soc.*, 9/2000, 82.

Cass. Sez. V, 29 dicembre 1999, Magliano, in *Dir. prat. Soc.*, 4/2000, 87.

Cass. Sez. V, 31 gennaio 2000, Guidella, in *Dir. prat. soc.* 9/2000, 84.

Cass. Sez. V, 15 marzo 2000, Albinì, CED 178345.

Cass. Sez. V, 6 luglio 2000, p.m. in proc. Oggioni, in *Riv. trim. dir. Pen. econ.*, 2002, 764.

Cass. sez. V, 10 ottobre 2000, Di Muni, CED 217403, in *Cass. pen.*, 2001, 3533.

Cass. Sez. V, 14 dicembre 2000, Mungo, CED 218465.

Cass. Sez. V, 30 novembre 2000, Di Somma, CED 219663.

Cass. Sez. V, 3 aprile 2001, n. 13169.

Cass. Sez. V, 15 maggio 2001, Torossi, CED 220168.

Cass. Sez. V, 9 ottobre 2001, Pietropaoli, in *Guida dir.*, 46/2001, 69.

Cass. Sez. V, 8 maggio 2002, Kunz, in *Riv. pen.*, 2002, 768.

Cass. Sez. V, 20 maggio 2002.

Cass. Sez. V, 20 maggio 2002, Feniello, in *Guida dir.*, 27/2002, 72.

Cass. Sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Cass. Pen.*, 2004, 2142.

Cass. Sez. V, 3 giugno 2003, Longo, CED 227148.

Cass. Sez. V, 5 giugno 2003, Longo, in *FI*, 2004, II, 528.

Cass. Sez. V, 9 aprile 2003, Muschitiello, in *Cass. pen.*, 2004, 1369.

Cass. Sez. V, 26 ottobre 2004, di Trapani, CED 230353, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 575.

Cass. Sez. V, 4 novembre 2004, Gattoni, n. 21095.

Cass. Sez. V, 10 novembre 2004, Gatto, in *Cass. pen.*, 2006, 646.

Cass. Sez. V, 17 febbraio 2005, p.m. in proc. Dente, CED 231201, in *Cass. pen.*, 2006, 2592.

Cass. Sez. V, 16 marzo 2005, Miatello, CED 231853, in *Cass. pen.*, 2007, 1253.

Cass. Sez. V, 22 marzo 2005, Corbelli, CED 231771.

Trib. Monza, 28 settembre 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 6, 1526.

Cass. Sez. V, 17 ottobre 2005, Carboni, CED 232456, in *Cass. pen.* 2007, 754.

Cass. Sez. V, 22 giugno 2006, Preziosa, in *Cass. pen.*, 2007, 2609.

Cass. Sez. V, 30 gennaio 2006, De Rosa, CED 233413.

Cass. Sez. V, 13 febbraio 2006, Caimmi, CED 234232, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1018.

Cass. Sez. V, 12 maggio 2006, Ponciroli, CED 234254, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1014.

Cass. Sez. V, 13 aprile 2006, Binda, CED 234428; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1014.

Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, Bevilacqua, n. 36764.

Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, Bevilacqua, CED 234606, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 1007.

Cass. Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11019, Pollice.

Cass. Sez. V, 20 settembre 2007, Bucci, CED 238211.

Cass. Sez. V, 20 settembre 2007, Gili, CED 238210.

Cass. Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326.

Cass. Sez. V, 4 dicembre 2007, Spedicati, CED 238237.

Cass. Sez. V, 1° gennaio 2008, Salamida, CED 239040.

Cass. Sez. V, 16 gennaio 2008, De Biase, CED 239118.

Cass. 28 gennaio 2008, n.1760.

Cass. SS. UU., 28 febbraio 2008, n. 16601.

Cass. Sez. V, 5 marzo 2008, n. 13110, Scotuzzi, CED 239394, in *Cass. Pen.*, 2009, 1689.

C. cost 4 aprile 2008, n. 91, in www.giurcost.org.

Cass. Sez. V, 25 ottobre 2008, n. 41293, Mosca.

Cass. Sez. V, 27 novembre 2008, Scirè, CED 242614, in *Cass. Pen.*, 2009, 4880.

Cass. Sez. VI, 26 febbraio 2009, P.G. in proc. Caseti, CED 243265.

Cass. Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 4004.

Cass. Sez. V, 18 febbraio 2009, P.G. in proc. Zaretti, CED 243616.

Cass. SS.UU., 24468/2009.

Cass. Sez. V, 18 febbraio 2009, n. 7048.

Cass. Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, Bossio, CED 245136.

Cass. Sez. V, 20 maggio 2009, Scala, CED 244489.

Cass. Sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595.

Cass. Sez. V, 2 ottobre 2009, Ariola, CED 245731.

Cass. Sez. V, 2 ottobre 2009, Olivieri, CED 245822.

Cass. Sez. V, 22 gennaio 2010, Tonizzo, CED 246891.

Cass. Sez. V, 9 febbraio 2010, Mortillaro, CED 246897, in *Cass, pen.*, 2011, 691.

Cass. Sez. V, 10 febbraio 2010, Beelli, CED 24741.

Cass. Sez. V, 31 marzo 2010, Travaini, CED 247507.

Cass. Pen. sez. V, 19 maggio 2010, n. 19049.

Cass. Sez. V, 4 giugno 2010, n. 21251.

Cass., SS.UU., 15 luglio 2010, Carelli, CED 248051.

Cass. Sez. V, 5 luglio 2010, Gironi, CED 248505.

Cass. Sez. V, 21 settembre 2010, Meschieri, CED 248652.

Cass. Sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882.

Cass. Sez. V, 10 novembre 2010, n. 269/11, Marianella, CED 249500.

Cass. Sez. V, 2 dicembre 2010, Mei, CED 249262.

Cass. SS.UU. n. 21039/2011.

Cass. SS.UU., 27 gennaio 2011, pm in proc. Loy, in *Cass. pen.*, 2012, 831.

Cass. Sez. V, Cass. sez. V, 13 febbraio 2011, Bergamaschi, CED 260407.

Cass. Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, Guadagnoli, CED 250094.

Cass. Sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593, Assello, CED 250844.

Cass. Sez. V, 7 giugno 2011, Bianchi, CED 250492.

Cass. Sez. V, 29 settembre 2011, 1217/12, Cavallini, CED 252800, in *Cass. Pen.*, 2013, 1158.

Cass. Sez. V, 3 novembre 2011, n. 9427, p.m. in proc. Cannarozzo, CED 251996.

Cass. Sez. V, 10 gennaio 2012, Petruzzello, CED 252008.

Cass. Sez. V, 17 gennaio 2012, n. 13571.

Cass. Sez. V, 30 maggio 2012, Pinelli, CED 253318.

Cass. Sez. V, 20 giugno 2012, n. 39535, Antonucci, CED 253363.

Cass. Sez. V, 20 settembre 2012, Ruzzenente, CED 254736.

Cass. Sez. V, 14 dicembre 2012, n.3229/13, Rossetto, CED 253932.

Cass. Sez. V, 47502/2012, *Corvetta*.

Cass. Sez. V, 8 gennaio 2013, n. 733.

Cass. Sez. V, n. 28514/2013.

Cass. Sez. V, 11 gennaio 2013, Crispino, CED 255433.

Cass. Sez. V, 18 gennaio 2013, Pastorello, CED 255053.

Cass. Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 3817.

Cass. sez. V, 31 gennaio 2013, Raccanello Fiori, CED 254641.

Cass. Sez. V, 18 gennaio 2013, p.g. e p.c., in proc. Marzona, CED 254788, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 613.

Cass. Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 20039, Turchi, CED 255646.

Cass. Sez. V, 16 aprile 2013, n. 32469, Nasseti, CED 256252.

Cass. Sez. V, 16 aprile 2013 n. 32647, Quiriconi e altro, CED 256779.

Cass. Sez. V, 5 giugno 2013, Bellemans, CED 257562, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 435.

Cass. Sez. V, 28 novembre 2013, n. 15715/14, p.m. in proc. Vigilante, CED 262762.

Cass. Sez. V, 19 marzo 2014, n. 26542.

Cass. Sez. V, 2 aprile 2014, Costa, CED 259858.

Cass. Sez. V, 13 maggio 2014, n. 37424.

Cass. Sez. V, 28 maggio 2014, n. 44826, Regoli, CED 261814.

Cass. Sez. V, 10 giugno 2014, Tesi, CED 260495.

Cass. Sez. V, 13 giugno 2014, Alfano, CED 260393.

Cass., Sez. V, 17 settembre 2014, n. 5317/15, Franzoni, CED 2622250.

Cass. Sez. V, 19 settembre 2014, n. 51094.

Cass. Sez. II, 15 ottobre 2014, n. 44176.

Cass. Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 2793/15, Semeraro, CED 262630.

Cass. Sez. V, n. 50975/2014.

Cass. Sez. V, n. 50979/2014.

Cass. Sez. V, 22 ottobre 2014, n.50348, Serperti, CED 263225.

Cass. Sez. V, 5 novembre 2014, Rebuffo, CED 261739.

Cass. Sez. V, 18 novembre 2014, Giammarino, in *Cass. Pen.*, 2005, 3781.

Cass. Sez. V, 7 gennaio 2015, n. 7332, Fasola, CED 262767.

Cass. Sez. V, 21 gennaio 2015, Di Cesare, CED 262964, in *Giust. Civ.*, 2016, 79.

Cass. Sez. V, 15613/2015, *Parmalat*, con nota di Bray C., *La cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

Cass. Sez. V, 5 febbraio 2015, Assello, CED 263267.

Cass. Sez. V, 23 febbraio 2015, Delfino, CED 263247.

Cass. Sez. V, 1° aprile 2015, Bellachioma, CED 263943.

Cass. Sez. V, 10 aprile 2015, Piscedda, CED 264078.

Cass. Sez. V, 14 aprile 2015, n. 33278.

Cass. Sez. V, 14 maggio 2015 n. 47190.

Cass. Sez. V, 19 luglio 2015, Conti, CED 264297.

Cass. Sez. V, 12 gennaio 2016, Falciola, CED 267883.

Cass. Sez. V, 18 marzo 2016 n. 35000.

Cass., SS.UU., 31 marzo 2016, Passarelli, CED 266805.

Cass. Sez. V, 25 maggio 2016, n. 36816, Cassinari, CED 267854.

Cass. Sez. V, 4 ottobre 2016, Robusti, CED 268502.

Cass. Sez. V, 11 ottobre 2016, Morosi, CED 268700.

Cass. V Sez., 7 aprile 2017, n. 17819.

