

PREMIO TESI DI DOTTORATO

– 70 –

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2017

Vincenzo Varano, *Presidente della Commissione*

Tito Arecchi, *Area Scientifica*

Aldo Bompani, *Area delle Scienze Sociali*

Mario Caciagli, *Area delle Scienze Sociali*

Franco Cambi, *Area Umanistica*

Paolo Felli *Area Tecnologica*

Siro Ferrone, *Area Umanistica*

Roberto Genesisio, *Area Tecnologica*

Flavio Moroni, *Area Biomedica*

Adolfo Pazzagli, *Area Biomedica*

Giuliano Pinto, *Area Umanistica*

Vincenzo Schettino, *Area Scientifica*

Luca Uzielli, *Area Tecnologica*

Graziella Vescovini, *Area Umanistica*

Gherardo Minicucci

Il dolo nella bancarotta

Alla ricerca della tipicità soggettiva
della fattispecie patrimoniale

Firenze University Press
2018

Gherardo Minicucci, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, ISBN 978-88-6453-782-5 (print), ISBN 978-88-6453-783-2 (online) **CC BY 4.0**, 2018 Firenze University Press

Il dolo nella bancarotta : alla ricerca della tipicità
soggettiva della fattispecie patrimoniale / Gherardo
Minicucci. – Firenze : Firenze University Press, 2018.
(Premio Tesi di Dottorato ; 70)

<http://digital.casalini.it/9788864537832>

ISBN 978-88-6453-782-5 (print)

ISBN 978-88-6453-783-2 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International
(CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

This book is printed on acid-free paper

CC 2018 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

*A Clementina,
ieri, oggi, domani*

Sommario

Premessa	11
-----------------	-----------

PARTE I – LA FATTISPECIE OGGETTIVA

CAPITOLO I

La bancarotta: considerazioni introduttive

1. Dal ‘fallimento-reato’ ai reati fallimentari	19
1.1. L’esecuzione personale e la concorsualità nel diritto romano	20
1.2. L’emersione della bancarotta nel diritto intermedio	22
1.3. Il <i>code Marchand</i> , il <i>code Napoleon</i> e i codici di commercio	27
1.4. La legge fallimentare e le riforme degli anni Duemila: dalla ‘liquidazione’ alla ‘conservazione’	32
1.5. Le prospettive del diritto della crisi d’impresa	37
2. Sul bene giuridico	42
2.1. La concezione patrimonialistica	45
2.2. La tesi della protezione dell’ordinato esercizio del commercio e dell’economia pubblica	47
2.3. La bancarotta come delitto contro l’amministrazione della giustizia	49
2.4. La <i>par condicio creditorum</i> nella bancarotta preferenziale	50
2.5. Conclusioni sul bene giuridico dei delitti di bancarotta	53
3. Gli interessi protetti alla prova della modernità	56

CAPITOLO II

La ‘pregiudizialità fallimentare’: il ruolo e le vicende della sentenza dichiarativa

1. La posizione della dottrina sulla struttura delle fattispecie pre-fallimentari	59
1.1. Le tesi della bancarotta ‘condizionata’ alla dichiarazione fallimentare	59

Il dolo nella bancarotta

1.2. La 'zona di rischio penale' e la disputa sulla riconducibilità del fallimento al disvalore del fatto	66
1.3. La bancarotta come reato proprio del <i>fallito</i>	69
1.4. La tesi della sentenza dichiarativa quale condizione di procedibilità	70
1.5. Il fallimento nel fatto: il modello dell'imputazione oggettiva	72
1.6. (<i>segue</i>) Il modello causalistico dell'insolvenza-evento	77
2. Il superamento della tesi giurisprudenziale del fallimento quale 'condizione di esistenza del reato'	81
3. Spunti per la qualificazione dell'insolvenza come elemento testualmente inespresso	89
4. La consumazione dei delitti di bancarotta	100
4.1. La questione della revoca della sentenza dichiarativa e della sua influenza sul processo penale	102
4.2. La (in)configurabilità del tentativo	104
4.3. La bancarotta 'riparata'	107

CAPITOLO III

L'estensione della bancarotta ai soggetti diversi dall'imprenditore e alle procedure concorsuali diverse dal fallimento

1. Punti fermi (e critici) sulla soggettività attiva	111
1.1. Sulla rilevanza dei requisiti di fallibilità	112
1.2. L'estensione ai soci illimitatamente responsabili	114
1.3. La bancarotta dell'istitutore	117
1.4. La bancarotta 'impropria': la dinamica collegiale delle decisioni e le posizioni di garanzia degli amministratori e dei sindaci	119
1.5. Lo statuto penale dei direttori generali e dei liquidatori. La posizione dei revisori contabili	127
1.6. I soggetti qualificati di fatto: un'analogia <i>in malam partem</i> ?	129
2. L'insolvenza e la crisi: la bancarotta 'extra-fallimentare'	132
2.1. L'emersione dell'insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria	133
2.2. La bancarotta nel concordato preventivo	134
2.3. La rilevanza degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle convenzioni di moratoria	139
2.4. Brevi cenni sul ruolo dell'art. 217- <i>bis</i> e dell'art. 236- <i>bis</i> l.f.	142

PARTE II – LA FUNZIONE TIPICIZZANTE DEL DOLO**CAPITOLO IV****L'efficacia selettiva del dolo della bancarotta fraudolenta**

1. Un breve riepilogo	151
2. Il dolo delle fattispecie post-fallimentari	152
2.1. I limiti cronologici e il fallimento-presupposto	153
2.2. Dal pericolo alla lesione: le caratteristiche del dolo di bancarotta post-fallimentare	155
3. Il dolo specifico quale 'selettore' del tipo	160
3.1. Il dolo specifico differenziale della bancarotta 'da esposizione o riconoscimento di passività inesistenti'	161
3.2. La bancarotta documentale: il fine specifico e l'evento di pericolo	164
3.3. Il dolo specifico nella bancarotta preferenziale	170
3.4. Sulla rilevanza del dolo specifico per la perimetrazione e la caratterizzazione del fatto tipico	175
4. Il dissesto-evento e l'insolvenza-evento nella bancarotta impropria	177
4.1. La clausola di estensione della bancarotta propria alla dinamica societaria	177
4.2. La bancarotta da reato societario: dal pericolo presunto alla lesione	178
4.3. Il fallimento-insolvenza cagionato 'con dolo'	184
4.4. (<i>segue</i>) Sulla nozione di 'operazioni dolose'. La tesi del fallimento 'strutturalmente' preterintenzionale	188
4.5. Spunti per una possibile <i>reductio ad unum</i>	197

CAPITOLO V**Dolo eventuale e bancarotta semplice: l'assenza di finalismo lesivo**

1. Sulla compatibilità del dolo eventuale con i delitti di bancarotta	201
1.1. I 'segnali d'allarme' nella più recente elaborazione giurisprudenziale	202
1.2. Il dolo tra volontà e oggettivazione	207
1.3. La campionatura degli indicatori nella sentenza <i>Thyssenkrupp</i>	212
1.4. Il dolo eventuale come 'volontà per analogia': notazioni critiche	216
2. La bancarotta semplice quale forma di criminalizzazione di un 'modello gestionale illecito'	219
2.1. Il dolo; la colpa; il dolo <i>e</i> la colpa; il dolo <i>o</i> la colpa	221
2.2. Il rischio 'non fraudolento' della forma minore di bancarotta	227

CAPITOLO VI

Per una rilettura delle fattispecie di bancarotta alla luce del dolo

1. Un correttivo soggettivo per la rivitalizzazione del fatto di bancarotta prefallimentare	229
2. Critica alla concezione meramente ascrittiva del dolo	236
3. La tipicità soggettiva nei delitti di bancarotta	239
3.1. Il dolo <i>nel</i> fatto	245
3.2. Il dolo <i>del</i> fatto: la sua ‘doppia posizione’	254

CAPITOLO VII

Considerazioni conclusive

1. Per una rivisitazione del sistema attuale: la ‘costruzione separata’ dei delitti di bancarotta	259
2. Alcune conclusioni <i>de lege ferenda</i> . Critica al diritto penale colposo d’impresa: per l’abbandono dei delitti di bancarotta semplice	262
3. La riforma della bancarotta fraudolenta nel prisma del diritto comparato e dei progetti di riforma	264

Bibliografia	271
---------------------	------------

Ringraziamenti	307
-----------------------	------------

Premessa

L'analisi sistematica dei reati di bancarotta nel presente momento storico, legislativo e sociale vede la convergenza di più fattori di complicazione. Da un lato, la crescente – ed ora normativizzata (art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.) – influenza del diritto giurisprudenziale penale; dall'altro, il tentativo di una vera e propria rivoluzione del diritto fallimentare, rappresentata dal c.d. codice dell'insolvenza predisposto dalla commissione Rordorf, da tempo in attesa di approvazione; infine, la non certo univoca considerazione sociale del fenomeno fallimentare in senso lato, ancora in cerca di una cristallizzazione definitiva, soprattutto a seguito delle numerose riforme dell'ultimo decennio.

Questo studio prova ad intraprendere la strada della sistematica, offrendo una riletture dei fatti di bancarotta nel contesto del diritto dell'insolvenza, effettuata con pari riguardo agli aspetti obiettivi e soggettivi del fatto.

Certamente, tale strada presupporrebbe la razionalità di fondo della produzione legislativa, oggi messa in severa crisi non solo dalla perdita di capacità tecnica nella formulazione dei precetti, ma soprattutto dalla 'delega' al diritto vivente per la tipizzazione degli illeciti. Quest'ultima deriva, propria anche del diritto fallimentare sembra peraltro muoversi secondo diverse direttrici: l'una, palese, resa celebre dalle vicissitudini delle valutazioni nelle false comunicazioni sociali; l'altra, occulta, che si ha ogniqualvolta il legislatore produce, sia pure preterintenzionalmente, delle norme incriminatrici di difficile o problematica applicazione. Solo l'avvenire potrà confermare se l'attuazione del principio della c.d. riserva di codice (art. 3-*bis* c.p.) sarà il viatico per una reale inversione di tendenza.

In questo contesto si innestano, poi, l'interpretazione per principi, e la forza conformativa che essi hanno assunto; la crescente – incontrollata? – influenza del diritto sovranazionale; gli sviluppi recati dall'interpretazione costituzionalmente orientata. Tali fenomeni – con conseguenze forse non compiutamente predeterminabili *ex ante* e, in buona parte dei casi, con le migliori intenzioni – hanno condotto ad una progressiva svalutazione del ruolo della legislazione, perennemente arretrata e incapace di far fronte allo sviluppo della società.

Ciò è tanto più vero con riguardo allo specifico delle disposizioni penalfallimentari, rimaste sostanzialmente indenni – quanto al loro nucleo concettuale – nel corso di tutta la storia repubblicana: oggi l'interprete deve fare i conti con la staticità della legislazione, ma pervenire comunque a risultati accettabili ed al passo, soprattutto, con le novità recate in seno al diritto fallimentare. Il che pone una duplice questione: in primo luogo, occorre confrontarsi con la resistività degli enunciati normativi, che si oppone ad una loro totale riscrittura in via ermeneutica; in seconda

battuta, è necessario respingere l'idea che il titolo VI della legge fallimentare debba costituire un corpo pieno, privo di frammentarietà ed anzi connotato dalla tendenziale sovrapposizione di molte delle ipotesi delittuose ivi previste. Sul punto, è eloquente la storia della 'voracità' della distrazione, che ha obliterato le altre condotte tipizzate nell'art. 216 e ha travalicato i confini della fattispecie per svolgere una vera e propria funzione sussidiaria.

Si è detto che il diritto penale fallimentare ha costituito – ed in parte continua a costituire – uno degli ambiti eletti del diritto giurisprudenziale penale, soprattutto in forza della discrasia tra norme fallimentari pure e norme penali, della vetustà e della atecnicità di quest'ultime, nonché del difetto di tipicizzazione obiettiva delle fattispecie. Più precisamente, va osservato che queste condizioni hanno condotto a posizioni interpretative che si apprezzano per la loro singolarità e per la generale lontananza dai principî tipici dell'ordinamento penale, che sfumano e si perdono nel 'particolarismo fallimentare'. Si possono citare, a titolo di mero esempio, le forzature in tema di posizione di garanzia dei sindaci e degli amministratori non delegati e non operativi; l'impiego del dolo eventuale come surrogato della colpa, anche grazie all'apporto della teorica dei cc.dd. segnali di allarme; la tesi dell'indifferenza dell'elemento soggettivo nella bancarotta semplice; la storica classificazione del fallimento, in quanto tale, nel novero degli elementi del reato, senza aver la cura di indicarne la natura, ovvero di trarre le dovute conclusioni sul piano eziologico e psicologico; e l'elencazione potrebbe continuare.

Parrebbe allora coerente doversi chiedere, com'è già stato magistralmente rilevato, se siano davvero incostituzionali le fattispecie di bancarotta¹.

Lo studio, nell'ottica di recuperare il sistema dei delitti bancarotta al diritto penale costituzionale, si pone l'obiettivo di rileggerne il complesso sotto la lente del dolo, traendone spunti e sviluppi tanto di parte speciale quanto di parte generale.

Dal primo punto di vista, verrà elaborata un'aggiornata tassonomia dei singoli delitti di bancarotta, che tenga conto delle profonde differenze – anche in punto di *ratio* di tutela – che possono già essere ricercate ed evidenziate sotto la lente del fatto tipico e con riguardo alle note distintive del dolo. In particolare, dopo aver affrontato i temi generali della materia prendendo le mosse dal concetto di 'fraudolenza' che assiste le incriminazioni più gravi, e avendo posto le basi per una prima ricostruzione dei fondamentali concetti dell'*objektiver Tatbestand*, si metterà a fuoco un correttivo di tipicità soggettiva alle carenze del fatto incriminato, che intervenga a delimitare l'ambito applicativo dei delitti in esame. Balza all'occhio, infatti, che il reato 'principe' del sistema di tutela – la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare – è apparentemente sorretto da un esangue dolo generico, spesso declinato nella, ancor più esangue, forma del dolo eventuale, laddove ogni altra fattispecie prevede, quantomeno, il dolo specifico.

¹ Il pensiero corre all'interrogativo posto da C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss., poi ripreso da M. Zanchetti, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 111 ss.

I riflessi di più ampio respiro dell'indagine si misureranno, invece, sul campo della verifica della possibilità che sussistano differenze significative tra diverse 'specie' di dolo: più precisamente, l'indagine si occuperà di tratteggiare i caratteri di quello che può definirsi il 'dolo di frode' della bancarotta, riscontrando gli elementi, anche testualmente inespressi, cui necessariamente deve agganciarsi il delitto per potersi definire tale. La succitata nozione costituirà il cardine per contribuire a distinguere le contigue fattispecie incriminatrici, delineandone chiaramente la peculiare sostanza offensiva. Metodo interpretativo, quello appena descritto, che ha consentito di introdurre nella fattispecie di bancarotta preferenziale il requisito implicito della preesistente condizione di insolvenza (o di imminente pericolo della stessa) proprio allo scopo di ritagliare la condotta meritevole di sanzione penale: com'è noto, in difetto di un simile correttivo – che nasce nell'elemento soggettivo, ma 'cresce' in quello oggettivo –, la fattispecie si sarebbe prestata indiscriminatamente a punire anche condotte neutre, peraltro non già tollerate ma doverose.

La comparazione intra-sistematica tra i delitti di bancarotta è facilitata – con l'eccezione, appunto, della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice – dalla identità sanzionatoria di tutte le fattispecie, siano esse proprie o improprie, pre- o post-fallimentari, patrimoniali o documentali. Si tratta di un elemento che concorre alla possibilità di delineare gli estremi del sistema, e che anzi può costituire il punto di appoggio per saggiare l'eventualità di una più seria valutazione del contegno soggettivo. Del resto, la parificazione del trattamento sanzionatorio di chi commette un fatto prima del fallimento rispetto a chi lo commette consapevolmente dopo l'intervenuta declaratoria civile deve necessariamente passare per il medesimo disvalore oggettivo, ma anche per la medesima rimproverabilità sotto il profilo soggettivo. L'equiparazione tra bancarotta pre- e post-fallimentare, in effetti, indizia circa la pregnanza necessaria della condotta posta in essere prima della procedura concorsuale, la quale, *coeteris paribus*, deve necessariamente contraddistinguersi per un pari grado di responsabilità. Analogamente, com'è già chiaro, può dirsi in relazione ad altri due binomi: la bancarotta di pura condotta (art. 216) e la bancarotta di evento (art. 223); la bancarotta a dolo generico e la bancarotta a dolo specifico (art. 216, comma 1, nn. 1 e 2 in relazione alle ipotesi rispettivamente previste; art. 216, comma 1, n. 2 e art. 216, comma 2). Una riprova delle acquisizioni si avrà dal confronto con le fattispecie di bancarotta semplice, del tutto lontane da caratteri fraudolenti e, ormai, 'contravvenzionalizzate' dalla prassi e degradate a meri succedanei dell'art. 216 e dell'art. 223.

Astraendo gli spunti e le suggestioni dell'esperimento condotto sui delitti di bancarotta, si tornerà sul tema della collocazione dell'elemento soggettivo nella teoria del reato e dell'influenza di quest'ultimo sul fatto tipico, in quanto elemento conformativo, oltre che ascrittivo. Come è stato persuasivamente osservato, «persino un cane distingue tra l'essere colpito da una persona che gli inciampa sopra e l'essere preso a calci»²: si allude alla trasmigrazione del dolo e della colpa dalla colpevolezza al *Tatbestand*, ereditata dalla proposta finalista. L'indirizzo interpretativo anzidetto ha peraltro trovato eco nella recente giurisprudenza di legittimità

² O. W. Holmes, *The Common Law*, London 1882, 3.

delle Sezioni unite, nell'eminente ruolo di restituire all'illecito penale una fisionomia tipica-offensiva precisamente individuata. Il pensiero corre, in particolare, alle sentenze 'gemelle' relative all'applicazione dell'art. 131-bis c.p. alle fattispecie contravvenzionali previste all'art. 186 del codice della strada, nelle quali è dato leggere che «come ormai comunemente ritenuto, anche l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva. Ciò è particolarmente chiaro nell'ambito della colpa, ove rileva il tratto obiettivo della violazione della regola cautelare. Ma anche nell'ambito del dolo condotta e colpevolezza si intrecciano»³.

Il modello teorico indicato risulta senz'altro funzionale a mettere in luce di distinzioni che intervengono non solo tra fattispecie dolose e colpose, ma anche tra fattispecie ugualmente dolose, seppur sorrette da un dolo di tipo diverso, più ricco, finalisticamente diretto. Si noti: non si intende proporre una nuova ed eccentrica forma di dolo, bensì sottolineare che nelle ipotesi fraudolente il dolo generico sembra doversi necessariamente connotare secondo una rafforzata componente rappresentativa, che veda un ruolo centrale per l'insolvenza, e secondo una pari componente volitiva, tesa all'esclusione del dolo eventuale. In tali fattispecie (ivi compresa la bancarotta preferenziale) il legame con l'insolvenza o con il danno per i creditori – sia esso in termini di presupposto, di fine specifico, di evento, o di elemento testualmente inespresso – è infatti consustanziale alle incriminazioni, che altrimenti non troverebbero alcuna legittimazione autonoma.

In questo senso, pertanto, si andrà alla ricerca delle tracce della volontà nell'azione, nelle sue modalità, nei suoi presupposti, nella sua direzione e nel suo oggetto. Alla ricerca, appunto, del 'dolo di frode' nella bancarotta, già in qualche modo evocato nell'insegnamento di Delitala⁴ e presente anche in Carrara, il quale era netto nel distinguere chi originava «maliziosamente il suo fallimento con fraude preordinata ad arricchirsi a danno dei suoi corrispondenti», da chi, diversamente, sottraeva all'attivo fallimentare «sospinto dalla miseria nella quale vedesi ruinato e che come marea montante gli opprime il cuore»⁵. Il bancarottiere fraudolento – nell'insegnamento del Maestro lucchese – risulta distinguibile sotto il triplice profilo morale, giuridico e politico: dal primo punto di vista, in quanto mosso da spietata avidità, contro la buona fede altrui; secondariamente, poiché l'illecito appare inequivocabilmente sorretto da una spinta volontaristica maggiore; infine, poiché l'illecito si sviluppa, nell'ipotesi fraudolenta, quando l'insolvenza non si è ancora manifestata mediante una formalizzazione giudiziale, così beneficiando della fiducia dei terzi estranei.

Lo scopo dello studio dunque è nel segno della valorizzazione delle componenti subiettive degli illeciti allo scopo di emarginare la dipendenza del precetto dalle discipline extrapenali. In questo senso, sembra coerente procedere inferendo dal contegno soggettivo degli elementi testualmente inespressi allo scopo di restituire senso

³ Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682, in *CED*, rv. 266590 e 266595, rispettivamente 10 e 8.

⁴ G. Delitala, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, 129; Id., *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935, 63.

⁵ F. Carrara, *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato 1881, 159 e 162.

ad un corpo normativo lacerato in punto di tipicità e determinatezza e, correlativamente, impermeabile alle esigenze della frammentarietà e del principio di *extrema ratio*, in forza di un tendenziale appiattimento della tipicità sull'antigiuridicità. Con l'ambizioso traguardo, infine, di riconsiderare il sistema di tutela e proporre un'elaborazione interpretativa e in chiave di riforma che sia coerente con gli obiettivi del diritto penale liberale, minimo, della libertà, che prima di essere lo *ius terribile* è anzitutto un diritto permeato di garanzia per il cittadino.

PARTE I

LA FATTISPECIE OGGETTIVA

Capitolo I

La bancarotta: considerazioni introduttive

1. Dal ‘fallimento-reato’ ai reati fallimentari

Decoctor ergo fraudator. Così recita il celebre *consilium* di Baldo, il quale riteneva doveroso aggiungere anche che i falliti *sunt infami et infamissimi*¹. La stessa parola ‘fallimento’, in un’insolita sinergia tra tecnica e linguaggio comune, evoca storicamente l’inganno e la frode, in uno con i suoi violenti portati *lato sensu* sanzionatori: dalla rottura del banco, alla tortura, alla perdita della cittadinanza o degli uffici pubblici, alla prescrizione di contrassegni di pubblica infamia e di riconoscimento, al mandato di cattura, all’arresto per debiti.

La scena del diritto penale fallimentare moderno è ancora tributaria nei confronti dell’ appena accennata ‘valutazione’ del fenomeno fallimentare, sia dal punto di vista normativo che interpretativo. Mentre negli ordinamenti anglosassoni le procedure concorsuali sono progressivamente divenute una garanzia per il fallito, considerato un «honest but unfortunate debtor»², assicurandosi la pena solo ai casi di frode, la tradizione giuridica continentale – ed in particolar modo quella italiana, nella quale il fallimento trova le sue origini – ha mantenuto fino a tempi assai recenti un assetto normativo estremamente gravoso, per il quale il fallimento in quanto tale è stato – ed in parte, ancora oggi, è – presuntivamente meritevole di pena. Tornano alla mente le parole di Beccaria, soprattutto in relazione all’importanza di «distinguere il fallito doloso dal fallito innocente: il primo dovrebbe esser punito coll’istessa pena che è assegnata ai falsificatori delle monete, poiché il falsificare un pezzo di metallo coniato, che è un pegno delle obbligazioni de’ cittadini, non è maggior delitto che il falsificare le obbligazioni stesse. Ma il fallito innocente, ma colui che dopo un rigoroso esame ha provato dinanzi a’ suoi giudici che o l’altrui malizia, o l’altrui disgrazia, o vicende inevitabili dalla prudenza umana lo hanno spogliato delle sue sostanze, per qual barbaro motivo dovrà essere gettato in prigione, privo dell’unico e tristo bene che gli avanza di una nuda libertà, a provare le angosce dei colpevoli?»³.

¹ Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, vol. V, Venezia 1575, cons. CCLXXXII, nn. 382 e 400.

² Così, in particolare, la Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Marrama v. Citizen Bank of Massachussets et al.*, 549 U. S. 365 (2007).

³ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con il commento di Voltaire*, Roma 2012, § XXXIV, 77; per ulteriori notazioni sul pensiero di Beccaria in ordine ai reati fallimentari, cfr. K. Tiedemann, *Cesare Beccaria e i reati economici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1383 ss.

Un dato è senz'altro certo: laddove l'elaborazione teorica dei reati 'naturali' ha visto secoli di affinamento, il diritto penale fallimentare ha scontato – e tuttora sconta – la sua 'giovinezza' come materia oggetto di una riflessione strettamente penalistica⁴, nonché il fatto di aver subito, come poche altre branche del diritto, una costante e profonda metamorfosi nell'arco dell'ultimo secolo, che ancora non accenna ad arrestarsi. Invero, il diritto fallimentare ha visto gli effetti di una progressiva spinta riformatrice che ne ha lentamente mutato la fisionomia e l'essenza: basti solo pensare all'attuale conformazione degli istituti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito, ovvero al frequente ricorso ai piani attestati di risanamento.

Come si è detto, tale cammino evolutivo è ben lungi dall'aver trovato un punto di assestamento, ed attualmente guarda al superamento dell'idea stessa di fallimento, in favore di una più neutrale nozione di 'insolvenza'. Al contrario, ciò che è rimasto sostanzialmente inalterato – se si escludono alcuni minimi interventi – è il sistema complessivo dei reati fallimentari, ed in specie dei reati di bancarotta, anche se ovviamente esso risulta influenzato dagli approdi e dalle caratteristiche del diritto fallimentare *stricto sensu*. Prima di scendere nel profondo, pertanto, occorre comprendere quali siano le origini dei delitti di bancarotta, che nascono, appunto, da una secolare commistione di profili civili e penali del fenomeno della *decoctio*; la convinzione è che il senso di distacco che suscita il passato sia il viatico per far risaltare le caratteristiche proprie dell'attuale situazione dell'esperienza giuridica⁵: sia per coglierne i dati differenziali, sia – soprattutto – per stagliarne le più sotterranee ascendenze, rianimando una visione critica dell'esistente.

1.1 – L'esecuzione personale e la concorsualità nel diritto romano

Nella Roma delle XII tavole, ancora legata alla responsabilità gentilizia-collettiva, il fenomeno fallimentare ancorava notoriamente l'adempimento del debito al corpo dello stesso debitore, che poteva essere reso schiavo dal creditore o addirittura ucciso (*legis actio per manus iniunctionem*)⁶. L'avente causa poteva quindi soddisfarsi sul suo intero patrimonio, anche mediante la suddivisione dello stesso nel caso in cui concorressero più obbligazioni con altri soggetti: si manifesta così l'emersione, in punto di principio, della *par condicio creditorum*⁷, inizialmente immaginata come forma di rivalsa sul corpo dello stesso esecutato, che si sarebbe potuto dividere in parti uguali con equanime spartizione dei resti tra i suoi creditori⁸. A questo meccanismo, la cui applicazione era generalizzata, faceva eccezione la *legis actio per pignoris capionem*, che consentiva ai titolari di determinati crediti (di diritto pubblico o relativi allo *jus sacrum*) di impossessarsi dei beni del debitore sino alla concorren-

⁴ Così come osservato da F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. VII, Firenze 1909¹⁰, 81 ss., il quale notava che il reato in parola era principalmente studiato dai gius-commercialisti, dal che derivava la 'minore elaborazione scientifica' delle fattispecie di bancarotta.

⁵ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1997, 12 e 22 ss.

⁶ Gaio, 4.12 e 4.21 ss.; XII Tab. 3.1-6. *Amplius* cfr. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1979¹⁴, 112 ss.; A. Schiavone (a cura di), *Diritto privato romano*, Torino 2003, 94 ss.

⁷ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna 2011, 15 ss.

⁸ P. Voci, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano 1966, 422.

za dell'equivalente economico del loro titolo⁹: in tal modo, ad esempio, procedeva la riscossione delle imposte da parte dei *publicani*.

L'esecuzione 'corporale' del debitore – nella quale il debito si trasferisce dai beni alla stessa persona, che ne costituisce garanzia – è un tratto che si perde nello sviluppo storico, tanto che già nel III secolo a.C. si verifica la sua recessione rispetto all'esecuzione strettamente patrimoniale. In ogni caso, restano in vigore le sanzioni personali a carico del debitore (come l'*infamia*), che anzi trovano una loro autonoma ragione giustificatrice proprio in una più sviluppata separazione degli aspetti patrimoniali dello spossessamento; il percorso evolutivo culmina con la *lex Poetelia*, mediante la quale si fa divieto ai creditori di percuotere o incatenare il debitore, affermando parallelamente che la garanzia delle obbligazioni non è fondata sul corpo del contraente, bensì sul suo patrimonio personale («pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse»¹⁰).

La Roma imperiale vide un notevole sviluppo della materia, soprattutto grazie al diritto pretorio, il quale spinse verso l'effettiva privatizzazione della proprietà, sino all'introduzione della *bonorum venditio*: impiegabile a seguito di una sentenza di condanna (o in altre ipotesi specifiche), essa consentiva di chiedere al pretore la *missio in possessionem rei servandae causa*, ottenendo la custodia del patrimonio del debitore per un periodo di tempo entro il quale poteva essere adempiuta l'obbligazione. Decorso invano il termine, i *missi* potevano essere ammessi alla vendita forzata dei beni sotto la cura del *magister bonorum*, designato dagli stessi creditori, il quale provvedeva al bando di vendita. Il patrimonio veniva indi venduto a chi offriva la soddisfazione percentualmente più alta sui debiti presenti (*bonorum emptor*), succedendo a titolo universale nei rapporti dell'esecutato, accollandosi i debiti e ricevendo tutto l'attivo, compresi i crediti del debitore¹¹.

È opportuno notare quanto la *bonorum venditio* si mostri intimamente legata all'odierna vendita coattiva, imponendo l'universalità dell'esecuzione a seguito di una *fictio mortis* del debitore, la quale è giunta sino ai nostri tempi, *mutatis mutandis*, nella parte in cui la legge fallimentare dispone l'ablazione dei beni del fallito esistenti alla data della sentenza dichiarativa (art. 42 l.f.).

Successivamente, la *lex Iulia* introdusse la *bonorum cessio*, che consentiva al debitore di evitare l'*infamia* e l'esecuzione personale qualora avesse denunciato l'insolvenza con contestuale cessione dei beni ai propri creditori. Seguì, poi, l'introduzione dell'*actio pauliana*, quale rimedio ulteriore rispetto alle pretese del ceto creditorio, da subito connotata dal concetto di 'fraudolenza', vivificato dal connubio del danno per i creditori (*eventus damni*) e del correlativo scopo dell'agente (*consilium fraudis*)¹². Tuttavia, non era ritenuta sufficiente la verifica-

⁹ Gaio 4.10, 12, 26 ss., 32.

¹⁰ Livio VIII, 28, 8.

¹¹ S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, vol. I, Napoli 1937, 151; P. Voci, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, cit., 426.

¹² In tema, cfr. S. Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XV, 1903, 127 ss.; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III-IV, Milano 1955, 180 ss.; G. Impallomeni, voce *Azione revocatoria (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino 1958, 147 ss.; M. Talamanca, voce *Azione revocatoria, a) diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 883 ss.

zione di un semplice danno per i creditori, bensì era necessaria la vera e propria impossibilità di soddisfarsi sui beni del debitore in ragione di un'insolvenza preesistente all'atto denunciato; parimenti, in un'ottica che comincia a diventare propriamente concorsuale, il dolo non si limita al *gerere in fraudem creditorum*, ma abbraccia anche il *proeripere coeteris*.

Quanto agli aspetti propriamente penali, la mitigazione dei precetti delle XII tavole non eliminò del tutto l'esecuzione personale, retaggio assai utile per costringere al rilascio dei beni, né la nota d'infamia, che rimase la pena principale sino ai tempi di Valentiniano, il quale introdusse addirittura la pena di morte per i debitori in mala fede. Oltre alla condanna, in ogni caso, erano assai significative le conseguenze patrimoniali, concretatesi nella condanna al pagamento di una somma del doppio – e, talora, del quadruplo – di quanto dovuto dal *decoctor*.

1.2 – L'emersione della bancarotta nel diritto intermedio

L'avvento del diritto barbarico non annullò gli sviluppi della civiltà romana, anche se la scarsità delle risorse economiche riportò decisamente in auge l'esecuzione personale del debitore insolvente; la sottrazione di cose dovute, in questa prospettiva, apparve alla sensibilità dei longobardi come una specie di furto, trovando analogia risposta sanzionatoria¹³.

È nell'epoca medievale che si cominciano a segnare le origini delle procedure concorsuali moderne e dei delitti di bancarotta, che nascono appunto dal concetto romanistico di furto, comprendente al suo interno anche l'odierna appropriazione indebita. Tale gemmazione, che solo nel XVI secolo si trasformerà in una piena autonomia, si lega a doppio filo sia allo sviluppo dei commerci nei comuni e nelle libere città, sia con la necessità di autotutela avvertita dalla classe mercantile, composta da soggetti che operavano con un modesto capitale fisso e un consistente capitale circolante¹⁴. Sorgono, quindi, vere e proprie procedure concorsuali in seno agli statuti delle comunità commerciali (o delle città più vicine alla dinamica dell'impresa¹⁵), aventi come destinatari particolari coloro i quali si trovavano in stato di dissesto a seguito della contrazione di debiti commerciali o coloro i quali, pur non essendo iscritti ad una corporazione, comunque svolgessero un'attività commerciale o artigianale. Si trattava, in buona sostanza, di uno *ius proprium* della classe mercantile: lo *ius mercatorum*¹⁶.

Anche per questi motivi, l'embrione del diritto commerciale non sottrasse mai le campagne all'impero del diritto civile di ascendenza romanistica, dove l'economia era ancora sostanzialmente di sussistenza e le imposizioni feudali trovavano pieno sfogo: il valore economico, concentrato nella terra e nei suoi frutti, rimase indifferente al commercio; da qui una delle ragioni storiche – di cui si vedono ancora oggi gli effetti – dell'esclusione dell'impresa agricola dal cono applicativo del diritto fallimentare.

¹³ A. Sacerdoti, voce *Fallimento*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, Milano 1900, 7 ss.

¹⁴ C. M. Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna 2002², 114 ss.

¹⁵ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 223 ss.

¹⁶ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964, 80 ss.

L'importanza dell'economia commerciale nel contesto descritto consente di comprendere immediatamente la ragione, anche preventiva, che ha condotto alla formalizzazione di un procedimento particolare, gravoso e severo. La classe mercantile – già invisa alla società per i fondati sospetti di pratica dell'usura e per la negativa considerazione riservatagli dal diritto canonico – non poteva consentire che vi fosse la perdita di affidamento negli scambi e di fiducia nel credito, che costituiva, così come oggi, il motore finanziario dell'imprenditoria; le ripercussioni concrete anche di una singola condotta frodatrice, infatti, potevano anche essere così gravi da elevarsi, con riguardo alla singola città, a vere e proprie offese all'economia pubblica. A ciò si connetteva anche uno degli ultimi residui di responsabilità familiare, la quale si originava dalla stessa tradizione lavorativa del nucleo: il fallito, oltre al recar danno ai suoi creditori, era anche colui che spezzava la successione nella mercanzia, facendo venir meno un retaggio sul quale, talora, riposava proprio l'affidamento del credito.

Tali ragioni, a tutta evidenza, giustificavano la rigidità generalizzata delle legislazioni del tempo, nelle quali si prevedeva l'irrogazione di sanzioni particolarmente afflittive – dalle quali era peraltro difficile, se non impossibile, sottrarsi – nonché la concessione ai creditori della facoltà di arrestare il debitore (salva la successiva consegna alla pubblica autorità) e il diffuso impiego della tortura non solo quale strumento probatorio, ma anche come mezzo coercitivo per la restituzione dei beni e il pagamento dei debiti¹⁷, in piena continuità con l'esecuzione personale di matrice romanistica.

Un ulteriore elemento centrale per la lettura del periodo storico, ed i suoi portati giuridici, riguarda le conseguenze dell'appartenenza alla classe mercatoria, condizione sulla quale si basava l'applicazione degli istituti in esame. L'adesione ad un organismo mercantile infatti comportava tanto l'accettazione di una disciplina tecnico-produttiva dei beni e dei servizi, quanto, e soprattutto, l'imposizione di un procedimento sommario e informale per la definizione delle vertenze insorte fra gli iscritti, nonché l'acquiescenza rispetto alle conseguenze *lato sensu* sanzionatorie dello stesso (quale, appunto, l'arresto preventivo dei privati, che costituiva una vera e propria deroga allo *ius commune*). Al fondo delle discipline che venivano dettagliandosi v'erano sempre e comunque ragioni economiche: i mercanti preferirono sempre giungere alla definizione dei propri rapporti creditori nel più breve tempo possibile, anche se la rapidità avesse avuto come contropartita la mancata integralità dei pagamenti. In altri termini, era del tutto usuale che ci si accontentasse di una quota, pur modesta, del proprio credito, purché immediatamente realizzabile, anziché insistere per ottenere il pieno adempimento, rimandandone l'acquisizione, soprattutto in ragione della scarsezza del denaro e del suo conseguente alto costo (a cagione del quale un lento recupero del credito si risolveva comunque nel danno certo dell'accensione di onerosissimi debiti).

È in questo spirito che nacque la procedura fallimentare quale eccezione, sia formale che sostanziale, alle antiche regole del processo romano, che pure prevedevano vari modi per il recupero dei crediti, quali la *cessio bonorum* e la *datio in solu-*

¹⁷ Cfr. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Milano 1953, 251 ss.

tum, che continueranno a mantenersi vitali nel corso della storia. Tuttavia, nonostante alcuni caratteri comuni, le diverse legislazioni furono al loro interno disorganiche e incentrate sull'esperienza della pratica giuridica, legandosi alla pareristica dei dottori relativa ai *consilia* ed alle *quaestiones de facto*, più che alla paradigmatica del *Corpus iuris*, rendendo così assai opaca la distinzione tra la *voluntas* del legislatore e la *ratio* sistematizzatrice di giuristi, giudici e consulenti.

Nell'embrione delle procedure concorsuali, e nel loro sviluppo eminentemente processuale, trovano subito terreno fertile le presunzioni, allo scopo di mettere in relazione fatti antecedenti o susseguenti per determinare il momento di insorgenza dell'insolvenza, per mettere a fuoco di comportamenti fraudolenti e/o smascherare simulazioni, per provare la consapevolezza nel terzo dello stato di economico-finanziario del debitore¹⁸. Sul tema dei caratteri propri della frode e della simulazione, l'opinione dei giuristi dell'epoca era chiara nel ritenerle consimili, poiché entrambe legate al sotterfugio e alla segretezza; si osservava, ad esempio, che «*lex dolum praesumit in eo qui mercatur contra iura*», ovvero che «*lex dolum et fraudem praesumit in eum a mercator remisit litteras cambii solvendas ab eo qui paulo post acceptas litteras decoxit*», ovvero ancora che «*praesumptum vero dolum dici posse illum quem prudens iudex sumit ex aliis coniecturis et indiciis quae iure scriptae non leguntur*»¹⁹.

Si manifesta quindi la stretta connessione tra il risvolto civilistico del fallimento, inteso come insolvenza che danneggia il patrimonio e le aspettative dei creditori, e quello penalistico, legato alla frode, alla preordinazione e seguito dall'irrogazione di vere e proprie sanzioni criminali²⁰. In questo senso, trova spiegazione l'equazione tra *decoctor* e *fraudator* di Baldo, nella quale vengono appunto delineate le due vesti che ogni procedura concorsuale può assegnare al fallito: la prima, legata alla dinamica economico-imprenditoriale, di matrice civilistica; la seconda, connessa alla frode e alla simulazione, di matrice penalistica e contrassegnata dallo stigma tipico del diritto criminale.

Lo sviluppo più accurato e sensibile dei profili 'penalistici' emergerà nella normativa in uso a Venezia, laddove il tema dell'insolvenza, forse più vicino e più vissuto che in altri contesti, consentirà di sviluppare delle considerazioni di più ampio respiro. In aperto contrasto con la rigida dottrina di Baldo, e sulla scorta dell'insegnamento di Benvenuto Stracca, si distinsero gli insolventi *fortunae vitio*, i falliti *suo vitio* e, infine, chi era tale *partim suo partim fortunae vitio*, delineando così una sommaria distinzione tra fallimento incolpevole, doloso e colposo²¹.

L'idea di fondo era quella di legare a tali concettualizzazioni astratte una serie di presunzioni che la prassi giuridica dell'epoca aveva già sistematizzato, nel tentativo

¹⁸ In tema cfr. G. Speciale, *Fallimento tra dolo e sfortuna. L'azione revocatoria e il diritto d'asilo nei secoli XVI-XVIII*, Roma 1996, 44 ss. e 69 ss.

¹⁹ I. Menochius, *De praesumptionibus, coniecturiis, signis, et indiciis commentaria in sex distincta libros*, praes. III, Venezia 1617, § 111, 604-b ss.

²⁰ U. Santarelli, *Il fallimento: delitto o sventura?*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed età moderna*, a cura di A. Legnani Annichini, N. Sarti, Bologna 2011, 14.

²¹ B. Stracca, *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, Lyon 1553, vol. III, 2 e 24 ss.

di oggettivare quanto più possibile i tratti dell'illecito. Pertanto, al fallimento incolpevole si applicava la *cessio bonorum*, senza effetti afflittivi accessori (neanche il marchio d'infamia); esso era limitato ai casi, fortuiti o di forza maggiore, nei quali un evento improbabile determinava l'insolvenza, rispetto alla quale non era concepibile alcuna preordinazione. Al fallimento doloso, proprio dei bancarottieri, seguivano ben diverse conseguenze giuridiche, soprattutto legate all'organizzazione del fallimento coordinata con la generalizzata falsificazione o distruzione delle scritture contabili e con la contrazione di obbligazioni in stato di insolvenza. In questi casi, la legislazione veneziana irrogava la pena del bando, quale sanzione pubblica irrevocabile, anche in caso di successiva riparazione, cui talora si associavano la perdita del diritto di cittadinanza, la perdita del diritto di assistenza legale e di chiedere giustizia, l'interdizione dai pubblici uffici, la decadenza dalle onorificenze ricevute e il divieto di esercitare l'attività mercantile. La terza categoria – ma prima per statistica dato che «un po' di colpa e un po' di fato c'è in tutti o quasi i fallimenti»²² – ammetteva invece i primissimi embrioni dell'istituto del concordato, quale accordo che poteva consentire anche la revoca del bando²³. Infine, v'era chi si fosse dato alla fuga con i denari o le merci dell'impresa: non considerato tanto un fallito, quanto, più semplicemente, come un ladro comune.

La legislazione veneziana si apprezza per la sua capacità di gradare la risposta sanzionatoria in ragione della causa del fallimento, distinguendosi dalle altre anche e soprattutto per il rapporto che delinea tra l'evento dell'insolvenza e la condotta dell'imprenditore: il fallimento era certamente un evento da evitare, ma non un reato in sé, così come appare altrove nel medesimo periodo storico. A bene vedere, il condizionamento della sussistenza del delitto alla presenza del dolo segna il vero punto di passaggio dal 'fallimento-reato' ai reati fallimentari²⁴. Tuttavia, la maggiore attenzione rivolta alle vicende delle cause dell'insolvenza comporterà un effetto paradossale, giunto sino ai nostri giorni pressoché intatto: lungi dallo sviluppare l'attenzione sulle ragioni economico-aziendalistiche della vicenda dell'impresa, questa mutata sensibilità contribuirà ad accentuare, invece, l'importanza del fallito-persona, contribuendo a circondarlo di sospetto e circospezione.

In una prospettiva in qualche modo analoga si muoveva anche la legislazione pontificia, sulla scorta della costituzione *Postquam eosque* di Pio V (1570)²⁵, nella quale il pontefice aveva chiaramente distinto i *decocti fortuna* da quelli fraudolenti, nei quali, nondimeno, continuano a figurare i falliti per negligenza, lusso e prodigalità. I falliti fraudolenti erano equiparati ai *fures* – e successivamente ai *latrones pu-*

²² G. Gualazzini, C. Pecorella, voce *Fallimento (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 232.

²³ Cfr. A. Lattes, *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione finanziaria della Repubblica di Venezia*, Venezia 1880, 15 ss.; G. Cassandro, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI. Con documenti inediti*, Torino, 1938 (ristampa del 1970), 96 ss. e 120 ss. (ivi anche le fonti originali dei *Giudici di petizion*: 148 ss.); C. Ghisalberti, *La condanna del bando nel diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1960, 30 ss.

²⁴ In senso analogo cfr. U. Santarelli, *Il fallimento: delitto o sventura?*, cit., 15.

²⁵ *Magnum bullarium Romanum: bullarum privilegiorum ac diplomatum romanorum pontificum amplissima collectio*, vol. IV.3, Graz 1965, 131 ss.

blici – e sanzionati con la pena capitale, rilevando anche che essi erano da considerare peggiori dei delinquenti da strada, i quali pur sempre mettono a repentaglio la loro vita, laddove i primi agiscono senza alcun pericolo per la loro incolumità.

Venendo ai delitti di bancarotta, un primo tratto essenziale è legato alla limitazione soggettiva della procedura, e riguarda la durezza del sistema sanzionatorio che comincia a profilarsi. Le ragioni, come si è in parte detto, si legano allo scandalo del fallimento dei mercanti (soprattutto se con un voluminoso giro di affari) e alla facilità con cui costoro, così come i banchieri, potevano ricorrere al credito o a pagamenti dilazionati, ponendo più facilmente le basi per la loro insolvenza. In quest'ottica, la strumentalizzazione del ruolo e delle scritture contabili doveva trovare la più dura delle sanzioni, soprattutto ove vi fosse stata una totale deviazione dallo schema ordinario, producendo un illecito arricchimento.

La fenomenologia criminale dell'epoca accompagnava spesso all'insolvenza la fuga dalla città (quando non il suicidio) – che nel tempo assurgerà sino al ruolo di presunzione dell'insolvenza dolosa²⁶ – onde il fallito bancarottiere non di rado assume il nome comune di 'fuggitivo'²⁷; peraltro, che la fuga conservi una valenza ancora oggi, come molti altri istituti del diritto medievale, è testimoniato chiaramente dalla possibilità per il pubblico ministero di esercitare l'iniziativa fallimentare, tra gli altri, nei casi in cui vi sia la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore ovvero la chiusura dei locali dell'impresa (art. 7 l.f.). Il nome 'bancarotta' è invece notoriamente legato alle sorti del banco del mercante decotto («[...] decoctiones bancheriorum Genuae, Neapoli, Florentiae, etc. [...] iique ex eo quod banca illa vel mensae rumperentur, bancaeruptores [...] dicti sunt»²⁸), e sarà formalizzato per la prima volta in Italia all'inizio del XVIII secolo²⁹.

Il diritto medievale senza dubbio offre la concretizzazione dei connotati di fondo della bancarotta documentale, che si rintracciano nella progressiva formalizzazione dell'obbligo della tenuta dei libri contabili, o di una loro forma embrionale (esplicitato, ad esempio, nello statuto del Capitano del popolo di Firenze³⁰). L'obbligo prefato si pone in diretta relazione con la procedura concorsuale, soprattutto in ragione della fidefacenza che l'ordinamento attribuiva a determinate scritture obbligatorie³¹. Emerge così la loro rilevanza, anche penalistica, legata all'efficacia probatoria, soprattutto nel contesto dell'ammissione delle prove legali: la circostanza porta naturalmente alla considerazione che la loro scomparsa o la loro falsificazione sia un indice inequivoco della frode, ossia del fallimento colpevole, rispetto al quale il reo

²⁶ G. Bonelli, *Del fallimento*, in *Commento al Codice di Commercio*, a cura di V. Andrioli, vol. III, Milano 1923, 95.

²⁷ Cfr. U. Santarelli, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, vol. V, Torino 1990, 367; A. di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, 171.

²⁸ J. Marquard, *De iure mercatorum et commerciorum singulari*, vol. II, Frankfurt a. M. 1662, 12 e 19.

²⁹ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento*, cit., 153.

³⁰ Negli *Statuti del Capitano del popolo degli anni 1322-25*, in *Statuti della Repubblica Fiorentina*, a cura di R. Caggese, vol. I, Firenze 1910, II, 25, si può notare che le norme ivi contenute si applicano «a quoscumque mercatores campsores et lanaiuolos, baldrigarios, spetiarios, pelliparios et omnes alios qui pro eorum ministeriis publicis consueverunt recipere pecuniam vel mercantiam ad scripturam libri».

³¹ A. Saporì, *Saggio sulle fonti della storia economica medievale*, in *Studi di storia economica*, Firenze 1955³, 5 ss.

operava nel senso di rendere difficile o impossibile l'accertamento del patrimonio asseguibile alla garanzia dei creditori³². Tale carattere presuntivo si attenuerà parallelamente al ridimensionamento del sistema delle prove legali, in favore della considerazione del fatto come un autonomo titolo di reato, che resterà tuttavia sempre influenzato dal passato di 'prova' o di 'indizio' del fallimento-reato³³.

Diversamente, la bancarotta patrimoniale si imperniava sulla decozione, ossia sulla cessazione dei pagamenti, quale elemento necessario per la qualificazione dei beni del debitore come 'economicamente altrui', ed estendendosi anche ai casi in cui non ricorreva una finalizzazione lesiva della condotta (enucleandosi, così, il primo embrione di bancarotta semplice). Anche in relazione a questa fattispecie furono progressivamente affinate finzioni e presunzioni per superare l'eventualità in cui il *decoctor* avesse alienato i propri beni in prossimità del fallimento: il fatto di bancarotta, essenzialmente, consisteva nella sottrazione di una cosa ricevuta con un patto di restituzione in denaro compiuta da un commerciante nel momento in cui sospende i suoi pagamenti.

Al mutare dei tempi, la progressiva spersonalizzazione dell'attività commerciale farà perdere alcune delle caratteristiche dello *ius mercatorum*, soprattutto in favore della obiettiva verificabilità delle condizioni di solvibilità dell'agente economico, parametrata non più sulla correttezza personale, bensì sul possesso di beni. Del pari, gli sviluppi geopolitici e le calamità naturali cominceranno a dimostrare che a tutti poteva capitare di fallire, anche senza gravi colpe, giungendo alla mitigazione, quantomeno in via giudiziale, della risposta sanzionatoria, anche se il fallito continuerà per lungo tempo ad essere soggetto alla 'morte civile'.

1.3 – Il *code Marchand*, il *code Napoleon* e i codici di commercio

La legislazione delle città italiane costituisce notoriamente la base della regolazione del fenomeno fallimentare in tutta Europa: i continui scambi commerciali tra Milano, Venezia, Genova e Firenze con la piazza commerciale di Lione esercitarono una notevolissima influenza, che sarà recepita dalla *Ordonnance de commerce* del 1673 (o *code Marchand*), laddove si enucleano tutti i principi e i caratteri del diritto fallimentare moderno: l'universalità dell'esecuzione, la previsione dell'azione revocatoria, la distinzione tra gli eventuali privilegi dei creditori, i caratteri e i tratti della bancarotta. Con l'*Ordonnance* si sancì, inoltre, l'«alleanza» tra lo Stato e i mercanti: il primo avrebbe beneficiato della ricchezza prodotta e dall'autonomo sviluppo di iniziative economiche; i secondi dalla pace e dalla stabilità che poteva assicurare il controllo pubblico³⁴. Il diritto commerciale cambia quindi natura: dallo *ius proprium* dei mercanti diventa progressivamente parte del diritto pubblico, come tale contrapposto anche al diritto romano; alla profonda metamorfosi ideologica segue, coerentemente, l'idea che la bancarotta sia un delitto si ai danni dei creditori,

³² L. Conti, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, 12.

³³ G. Delitala, *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935, 11 ss.

³⁴ F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano 2018, 79.

ma soprattutto ai danni dello Stato, e per il quale viene comminata la pena capitale, che solo la resistenza delle corti dell'epoca farà lentamente cadere in desuetudine.

Il percorso filogenetico della regolamentazione anzidetta fu assolutamente piano, transitando con limitati adeguamenti prima nel *code Napoleon* del 1807, e successivamente nella legge fallimentare francese del 1838 e nel codice albertino del 1842, divenendo sostanzialmente la prima normativa dell'Italia unita con i codici di commercio del 1865 e del 1882³⁵; ulteriore tappa significativa, nell'evoluzione normativa, è la legge 6 dicembre 1877, n. 4166, con la quale l'Italia unita ha abolito il carcere per debiti (oggi espressamente vietato anche dall'art. 1 Prot. IV CEDU).

Il *code Napoleon* offre una delle prime formulazioni della bancarotta in senso 'moderno', dimostrandosi un esempio di sistematicità nel segno della massima repressione del fenomeno fallimentare, anche quando dovuto ad eventi avversi. Quest'ultimo caso, in particolare, era sanzionato dalla legislazione imperiale con la privazione dei diritti politici e della libertà, eseguita presso le case di arresto per debiti o per tramite della custodia di polizia (artt. 455)³⁶, salva la possibilità di beneficiare di un salvacondotto in un secondo momento (art. 466)³⁷.

La novità più significativa fu la previsione dello spossessamento del fallito mediante l'apposizione dei sigilli, quale misura convergente sulla garanzia dei creditori assieme all'arresto preventivo. Quest'ultimo non venne mai meno, anche se perse buona parte della sua coerenza sistemica, atteso che con lo spossessamento venivano indiscutibilmente meno le esigenze cautelari – il *periculum in mora*, soprattutto – e che la legislazione imperiale stessa tipicizzava condotte di bancarotta affatto sovrapponibili, come si vedrà subito, e certamente non meritevoli di una risposta indiscriminata. Ciò nonostante, fu Napoleone in persona, durante una seduta del Consiglio di Stato, ad imporre che l'arresto per debiti fosse mantenuto, ritenendo che nel fallimento vi fosse «un corpo di delitto, perché il fallito reca un torto ai suoi creditori»³⁸, così come accade in un omicidio, che anche in caso di successiva assoluzione consentiva pacificamente la custodia preventiva. Non si perse, quindi, il retaggio secolare di equiparare il fallimento doloso e quello dovuto alle avverse sorti della fortuna commerciale, che fu superato soltanto con la successiva riforma del 1838.

Quanto alla bancarotta, si è anticipato che alla *summa divisio* tra bancarotta patrimoniale e documentale si accosta la distinzione tra ipotesi fraudolente, relative ai casi di simulazione del passivo, di sottrazione dell'attivo e di distruzione delle scritture contabili (art. 593), e ipotesi semplici, riferibili ai casi di chi ha condotto una

³⁵ A. Asquini, voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 250 ss.

³⁶ Art. 455: «Le tribunal de commerce ordonnera, en même temps, ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pout dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme. Il ne pourra, en cet état, être reçu contre le failli, d'écrou ou recommandation, en vertu d'aucun jugement du tribunal de commerce».

³⁷ Art. 466: «Après l'apposition des scellés, le commissaire rendra compte au tribunal de l'état apparent des affaires du failli, et pourra proposer ou sa mise en liberté pure et simple, avec sauf-conduit provisoire de sa personne, ou sa mise en liberté avec sauf-conduit, en fournissant caution de se représenter, sous peine de peiemet d'une somme que le tribunal arbitrera, et qui tournera le cas advenant, au profit des créanciers».

³⁸ La circostanza è riportata in J. G. Locré, *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia comentario e pimpimento dei codici francesi*, vol. XII, Napoli 1843, 278.

vita eccessivamente dispendiosa, di chi ha svolto l'attività economica in modo imprudente, a chi si sia assentato dalla procedura in corso (art. 586); sotto il profilo sanzionatorio, la pena di morte cede il passo ai lavori forzati, nel primo caso, e alla reclusione da un mese a due anni, nel secondo caso. Si tratta di uno sforzo concettuale significativo, teso alla gradazione della responsabilità penale, e probabilmente frutto della 'pubblicizzazione' delle procedure concorsuali, la quale, mentre si manteneva immutata nel ramo civile la severità del passato, cominciava a far rifiutare l'idea che ogni condotta avesse ugual peso nel contesto dell'insolvenza.

Totalmente misconosciute, nella legislazione napoleonica quanto nella successiva legislazione italiana, le soluzioni proposte dal diritto fallimentare di matrice anglosassone. Già nel 1705, infatti, in Inghilterra si riconosceva chiaramente la distinzione tra bancarottiere e fallito 'onesto', il quale mediante una buona condotta poteva ambire addirittura all'esdebitazione, che verrà poi recepita anche negli Stati Uniti, in un percorso evolutivo che conduce sino all'odierno *Chapter 11* del titolo XI dello U.S. Code. In breve, rispetto all'interesse punitivo dello Stato, peraltro presente in casi di frode, resta comunque primario quello del migliore soddisfacimento dei creditori, cui si tende anche incentivando la collaborazione delle imprese nel segnalare l'emersione della crisi³⁹, laddove, nel continente, queste ultime si trovavano a tenere il più possibile nascoste le pratiche commerciali scorrette per paura della draconiana risposta processuale e punitiva.

La legislazione italiana, figlia dei codici imperiali, fu parimenti incentrata sulla salvaguardia per l'interesse creditorio – tutelato a mezzo della liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente – e sulla repressione pubblica del fallimento.

Dal punto di vista dei destinatari della normazione, si afferma la nozione di 'commerciante', che si pone in discontinuità rispetto al 'mercante' in ragione del libero accesso all'attività commerciale, adesso svincolata dai retaggi gentilizi del passato. Nondimeno, mentre il medioevo aveva prodotto una figura idonea rispetto al contesto giuridico-economico, il 'commerciante' mostrò ben presto la sua incapacità di cogliere il salto di qualità delle economie moderne – che si fondavano non più sul mero scambio, ma sulla produzione – dimostrandosi, in questo, un'imperfetta approssimazione dell'imprenditore, la cui genetica è tessuta col rischio dell'attività e con la sua funzione precipuamente amministrativo-organizzativa⁴⁰.

Per quanto qui interessa, è comunque significativa la delineazione della distinzione tra 'fallito' e 'bancarottiere', anche se, proprio in relazione alla disciplina del 1882, si continuava autorevolmente ad affermare che la bancarotta «è la cessazione dei pagamenti del commerciante, accompagnata da sua colpa o frode»⁴¹, ovvero che «è l'insolvenza dolosa o colposa del commerciante»⁴²: chiara, dunque, la persistenza della commistione tra profili civilistici e penalistici del fallimento.

³⁹ F. de Franchis, voce *Fallimento in diritto angloamericano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, Vol. V, Torino 1990, in part. 436 ss. e 439 ss.; V. Markham Lester, *Victorian insolvency: bankruptcy, imprisonment for debt, and company winding-up in nineteenth-century England*, Oxford 1995, 88 ss.

⁴⁰ F. Di Marzio, *Fallimento*, cit., 9 ss. e 125 ss.

⁴¹ E. De Giuli, voce *Fallimento (materia penale)*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, Milano 1900, 311.

⁴² S. Longhi, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano 1930², 1.

Così come il *code Napoleon*, anche il codice di commercio del 1882 presenta la distinzione tra bancarotta fraudolenta (art. 860) e bancarotta semplice (artt. 856, 857, 858, 859), descrivendone taluni caratteri comuni, concretati dalla necessità che il soggetto attivo fosse un commerciante e che vi fosse la cessazione dei suoi pagamenti – intesa come «l'impotenza d'un patrimonio al pagamento dei debiti, manifestata dal commerciante che ne è investito, mercè il suo modo di comportarsi nei rapporti commerciali»⁴³ – giudizialmente dichiarata dal Tribunale di commercio competente in relazione al principale stabilimento commerciale del fallendo.

In dottrina, l'*ubi consistam* comune dei delitti era generalmente definito come «l'offesa recata dal debitore alle ragioni dei creditori ora col renderne frustranea l'esecuzione (danno effettivo), ora col frapporti illeciti ostacoli (danno potenziale effettivo e danno potenziale presunto), ed attuato mediante la violazione di particolari doveri a lui imposti»⁴⁴, ovvero come «la violazione del diritto dei creditori causata dal debitore per mezzo di una dolosa o colposa diminuzione della propria sostanza (o per mezzo di una simulata esposizione del proprio stato patrimoniale)»⁴⁵.

Peculiare, ma in continuità col passato, era la posizione di chi osservava che ogni fallito fosse anche bancarottiere in forza di una presunzione legale di colpevolezza che, solo in un secondo momento, può ammettere una prova contraria: i casi di bancarotta non sarebbero pertanto reati in sé, ma circostanze atte all'ascrizione di un fallimento doloso o colposo, e dunque punibile. Il rapporto tra dichiarazione di fallimento e bancarotta viene dunque impostato considerato la prima quale elemento essenziale, indefettibile, mentre il secondo costituisce una mera *conditio iuris* per la punibilità: si punisce quindi il fallimento in quanto accompagnato dai fatti tipizzati come bancarotta, la quale deve definirsi come «la caduta in fallimento di un commerciante, preceduta o seguita da circostanze di colpa o di dolo, specificamente designate dalla legge»⁴⁶.

Ugualmente significativa, da questo punto di vista, era un'analogia concezione – rispetto alla quale si nota l'influenza della teoria 'presuntiva'⁴⁷ – secondo la quale la bancarotta andava definita come il complesso degli atti dolosi o colposi che, per presunzione di legge, determinano o aggravano il fallimento, agendo quali condizioni obiettive (oggi diremmo intrinseche) per la punibilità del fallimento: «Ciò spiega come reato non sia il *fatto di bancarotta*, e non sia neppure il *fallimento*; ma sia invece quel *complesso di atti, non individualmente determinati, né singolarmente accettati*, la cui *esistenza è presunta* in base al *fatto di bancarotta*. E la legge considera come *reato* questo rapporto di *causa ad effetto* col fallimento»⁴⁸.

Risulta dunque chiaro che la dottrina coeva al codice di commercio – pur con alcune autorevolissime posizioni dissonanti⁴⁹ – ancora riteneva che il disvalore

⁴³ G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 49.

⁴⁴ G. Delitala, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta* (1926), ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, 724.

⁴⁵ F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin-Leipzig 1888³, 440.

⁴⁶ G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 86.

⁴⁷ Tipica della elaborazione concettuale di Al. Rocco, *Il fallimento*, Torino 1917, 117 ss.

⁴⁸ S. Longhi, *Bancarotta*, cit., 68 ss. (per la citazione p. 74).

⁴⁹ Per tutti cfr. G. Delitala, *Contributo*, cit., 703 ss.

penale risiedesse nel fallimento doloso o colposo, atteso che la bancarotta doveva considerarsi quale antecedente logico necessario (causatore o aggravatore) del medesimo; considerazioni, come si vedrà, che hanno orientato non poco tutta l'elaborazione successiva, anche giurisprudenziale. Sul punto, è opportuno ricordare il codice consentiva l'esercizio dell'azione penale anche prima della dichiarazione di fallimento, al ricorrere di 'indici sintomatici' concorrenti con la cessazione dei pagamenti – quali la fuga e la latitanza, la chiusura dei magazzini, la sottrazione o la diminuzione fraudolenta del patrimonio (art. 855) –, i quali si ponevano chiaramente nel solco delle concezioni presuntive, facendo transitare nell'alveo procedurale gli indizi della commissione del reato nella veste di fattori inerenti l'esercizio dell'azione penale.

Venendo ad un'analisi particolare degli illeciti, un primo punto da notare è che la bancarotta semplice viene formalizzata nella codificazione ottocentesca secondo caratteri che resteranno pressoché invariati sino ai giorni nostri. Così, è incriminato il fallito che ha fatto spese eccessive in relazione alla sua condizione economica; che ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni imprudenti; che, al fine di ritardare il fallimento, ha rivenduto merci al di sotto del valore corrente o ha fatto ricorso a prestiti o «altri mezzi rovinosi per procurarsi fondi» (incriminazione che darà successivamente vita al ricorso abusivo al credito); che ha pagato un creditore in danno della massa (si tratta, all'evidenza, dell'odierna bancarotta preferenziale); che non ha tenuto i libri contabili prescritti o almeno il libro giornale (art. 856); che non ha fatto esattamente l'inventario annuale, o lo ha tenuto in modo incompleto o irregolare; che non ha denunciato il contratto matrimoniale al tribunale di commercio; che non ha presentato richiesta di fallimento in proprio; che non si è presentato personalmente al giudice delegato, alla delegazione dei creditori o al curatore o che abbia dato loro false indicazioni; che non ha soddisfatto le obbligazioni assunte nel concordato ottenuto in un precedente fallimento (art. 857). Ancora, altre due ipotesi di bancarotta riguardavano il mediatore, che, se fallito, rispondeva automaticamente del reato (art. 858), e il commerciante che, anche prima della dichiarazione di fallimento, avesse falsificato l'attivo ovvero avesse simulato passività inesistenti allo scopo di facilitarsi il conseguimento di una moratoria (art. 859, che darà successivamente vita all'art. 236 l.f.).

La bancarotta fraudolenta, invece, aveva una disciplina assai meno articolata: ai sensi dell'art. 860, ne rispondeva il fallito che avesse sottratto o falsificato i libri contabili, ovvero che avesse distratto, occultato o dissimulato parte del suo attivo, ovvero ancora avesse esposto passività inesistenti o si fosse riconosciuto debitore di somme non dovute in libri, scritture, bilanci o in atti autentici o privati.

Si affaccia, poi, un'ulteriore distinzione significativa con la formalizzazione della bancarotta impropria, tipica degli ambiti societari (art. 863): anche in questo caso, buona parte degli enunciati normativi è giunta sino ai giorni nostri, talvolta anche immutata nella formulazione. Il codice di commercio, infatti, prevedeva la punizione degli amministratori e dei direttori che avessero cagionato per colpa il fallimento ovvero non avessero adempiuto a particolari formalità di legge; che, oltre alle condotte summenzionate, avessero omesso con dolo di pubblicare il contratto sociale e le sue successive modificazioni; che avessero falsamente indicato il capitale sottoscritto o versato; che avessero dato ai soci dividendi insussistenti con parallela dimi-

nuzione del capitale; che con dolo avessero fatto prelevamenti superiori a quelli concessi nell'atto costitutivo; che avessero cagionato con dolo o per conseguenza di operazioni dolose il fallimento della società (tipicizzazione testualmente ripresa nell'art. 223, comma 2, n. 2, l.f., che incarna forse la più controversa delle disposizioni penal-fallimentari).

Questo sviluppo normativo incentivò il già avviato processo di autonomizzazione dei reati di bancarotta, i quali, pur ancora strettamente dipendenti dal fallimento, si stavano emancipando del tutto dai limitrofi tipi criminosi cui erano stati accostati in passato (tra cui, in particolare, il furto, la truffa, l'appropriazione indebita). Si comincia anche a mettere a fuoco che il bene giuridico protetto è patrimoniale, retto sulla funzione di garanzia degli interessi degli interlocutori economici del debitore, intesi in senso collettivo, e che ogni altra offesa può derivare unicamente in via mediata. Sulla scorta di quanto detto, ancora, si osserva che la violazione patrimoniale riguarda – con riferimento all'impresa individuale, beninteso – un'aggressione al proprio patrimonio, e non a quello altrui, la quale si attualizza unicamente al momento dell'insolvenza, laddove è possibile rilevare se l'agito del reo abbia in qualche modo oltrepassato la sua libertà di disposizione dei propri beni.

1.4 – La legge fallimentare e le riforme degli anni Duemila: dalla 'liquidazione' alla 'conservazione'

La legge fallimentare del 1942 (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) imprimerà una decisa svolta al diritto delle procedure concorsuali, anche in ragione dell'introduzione della nozione di 'impresa' e 'imprenditore', pur se in piena continuità con la legislazione antecedente: l'accentuazione del carattere afflittivo della procedura si sposterà ad una ancora maggior pubblicizzazione della stessa, col protagonismo del giudice delegato; parallelamente, lo spazio per gli accordi negoziali e concordatari verrà ridotto al minimo in favore della dimensione puramente liquidatoria, con l'unica eccezione dell'amministrazione controllata, concepita per salvaguardare i casi di crisi temporanea dell'impresa.

Naturalmente, il modello palingenetico dell'economia nazionale legato all'emarginazione degli agenti meno competitivi mostrò ben presto il fianco rispetto ad un duplice fattore: da un lato, si rivelò inadeguato rispetto alla gestione delle grandi crisi economico-sociali; dall'altro, l'inclusione della libertà di iniziativa economica nella Costituzione, con la sua finalizzazione in senso sociale, portò progressivamente alla concezione funzionale dell'impresa, intesa come un valore per la collettività ove mantenuta integra nella sua dinamica produttiva, quale insieme di beni, strumenti e conoscenze dirette alla produzione di ricchezza.

L'interesse alla conservazione del valore dell'impresa – cui si allaccerà, almeno con riferimento alle grandi realtà, la salvaguardia dei livelli occupazionali – comincia quindi ad essere il contraltare dell'interesse patrimoniale creditorio, il quale, beninteso, resterà comunque sempre assicurato. In questa prospettiva, alla fine degli anni Settanta fu potenziata l'amministrazione controllata (legge 24 luglio 1978, n. 391), e, successivamente, fu introdotta l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, conv. nella legge 3 aprile 1979, n. 95), funzionale alla riorganizzazione e al risanamento di soggetti

economici di rilevantissimo peso specifico, e non di rado caratterizzati per una sostanziosa partecipazione pubblica. La rottura col passato, dunque, se certamente era retta dalla mutata considerazione dei fenomeni economici, è stata nondimeno ulteriormente spinta dalla necessità di preservare la stessa economia nazionale, tanto che la Corte di Giustizia è giunta a definirla come un vero e proprio illegittimo aiuto di Stato⁵⁰. Il contrasto con l'ordinamento comunitario ha poi condotto ad una sostanziosa riforma dell'istituto dell'amministrazione straordinaria (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 270), che non ha comunque impedito che nel tempo si succedessero plurimi interventi normativi *ad hoc* per adattare la disciplina alla specificità della crisi di alcuni grandi gruppi d'impreses⁵¹.

Con riferimento al sistema dei delitti di bancarotta, si osserva una sostanziale continuità, salva l'espunzione di alcune ipotesi non più attuali e la trasmigrazione della bancarotta preferenziale nell'alveo della fraudolenza, mediante l'aggiunta – più che significativa – della simulazione di titoli di prelazione, nonché la creazione del ricorso abusivo al credito (art. 218), dell'art. 220 e dell'art. 236, anch'essi scorporati dal sistema della bancarotta semplice. Non può dunque concordarsi con la considerazione, esplicitata nella relazione ministeriale, secondo la quale le disposizioni penali avrebbero ricevuto un «profondo lavoro di revisione» con parallela opera di coordinamento rispetto al codice penale⁵². Al contrario, da un lato, emerge chiaramente che il legislatore non ha voluto occuparsi del tema della bancarotta, riposando sulla secolare elaborazione dei pratici e senza sforzarsi nell'opera di astrazione e generalizzazione dei delitti e dei concetti di fondo della disciplina. Dall'altro, che il suo impegno tecnico è stato nettamente inferiore rispetto a quello profuso nell'edificazione del codice, come si desume da tre ordini di fattori: *a)* le frequenti inesattezze sistematiche e terminologiche (si pensi alla formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 2, su cui si tornerà più avanti⁵³); *b)* l'abuso del sistema casistico, che porta a difficoltà applicative e sperequazioni, quando non alla stessa incapacità di comprendere con precisione quale sia il precetto violato; *c)* l'impiego del rinvio a catena, soprattutto in relazione alle norme in tema di estensione della punibilità, che genera incertezze e talora produce risultati paradossali⁵⁴.

Il sistema di risulta mostra di essere ancora decisamente influenzato dalla sostanziale identificazione della bancarotta col fallimento, come dimostrato proprio dall'empirismo casistico – tipico dell'ambito della prova, appunto – che innerva le

⁵⁰ Corte Giust., 17 giugno 1999, C-295/97; Corte Giust., 1° dicembre 1998, C-200/97. Sul tema cfr. M. Montanari, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 484 ss.

⁵¹ Così, ad esempio, in relazione al caso *Parmalat*, si veda il d.l. 27 dicembre 2003, n. 347 (conv. nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, e successivamente modificato dal d.l. 3 maggio 2004, n. 119, conv. nella legge 5 luglio 2004, n. 166, nonché dal d.l. 28 febbraio 2005, n. 22, conv. nella legge 29 aprile 2005, n. 71); per la crisi *Alitalia*, invece, è intervenuto il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.

⁵² *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Con la relazione ministeriale alla Maestà del Re Imperatore*, Roma 1942, 46.

⁵³ V. Cap. IV, § 4.3 e § 4.4.

⁵⁴ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. Conti, vol. II, Milano 1995⁹, 11.

fattispecie, nelle quali, peraltro, «si mescolano, in pittoresco disordine, elementi di responsabilità oggettiva e contravvenzionale con elementi di indubbia rilevanza delittuosa a titolo di frode»⁵⁵. La considerazione trovava conforto nell'originaria formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, laddove alla commissione dei reati societari indicati seguiva il trattamento sanzionatorio tipico della bancarotta laddove fosse semplicemente seguito, appunto, il fallimento della società (la c.d. bancarotta presunta, eliminata soltanto con la riforma dei reati societari operata col d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61).

La disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali giunge sino alla riforma degli anni Duemila senza mutamenti soverchianti. Nel 2005-2007 – col d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80) e con i d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e 12 settembre 2007, n. 169 – si prova a dare un nuovo volto alle soluzioni normative delle crisi d'impresa, (i) superando la tradizionale contrapposizione tra tutela dei creditori e salvaguardia degli organismi produttivi; (ii) attribuendo ai creditori ampi poteri di decisione nella gestione della crisi, anche guardando ai modelli anglosassoni; (iii) incentivando strumenti di allerta e di prevenzione e costruendo un sistema di protezione idoneo ad indurre l'imprenditore in crisi a ricercare il migliore accordo possibile con i creditori; (iv) contenendo l'applicazione delle procedure amministrative, e segnatamente dell'amministrazione straordinaria, alla soluzione dei dissesti di effettiva rilevanza nazionale.

In breve, ci si propone di eliminare o ridimensionare i tratti tipici della legislazione del 1942: si attenua il carattere officioso della procedura fallimentare, riducendo il ruolo del giudice delegato; si affievolisce il ricorso all'azione revocatoria, impiegata sino ad allora in modo abnorme, con effetti penalizzanti per l'intero sistema del credito (e soprattutto per il ceto bancario); si riformano integralmente le discipline del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata all'insegna della volontà di ridurre al minimo i fallimenti, a tutto vantaggio degli accordi tra debitore e creditori.

Del resto, il contesto economico di quel periodo è caratterizzato dalla crescita economica e da un certo sviluppo: in presenza di risorse apprezzabili, appare naturale considerare che siano il mercato stesso e i consociati a poter disporre dei loro beni e crediti nel modo che ritengono più opportuno. Il liberalismo normativo si sposa, quindi, ad un mercato in crescita, ma getta le basi per alcune delle asimmetrie che saranno incancrenite dalla crisi economica di pochi anni seguente⁵⁶.

Infine, ma certamente non da ultimo, la vocazione degli interventi novellatori era quella di espungere definitivamente dal sistema delle procedure concorsuali ogni residuo carattere vetero-punitivo del fallimento, favorendo il reinserimento dell'imprenditore nel contesto sociale ed economico, anche mediante il meccanismo di matrice americana dell'esdebitazione (della quale, si noti, occorrerà rendersi in

⁵⁵ A. Crespi, *I trent'anni della legge fallimentare: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 128.

⁵⁶ M. Fabiani, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il fall.*, 2017, 1265.

ogni caso meritevoli con una ‘buona condotta’⁵⁷. Più precisamente: viene abolito il ‘pubblico registro dei falliti’, figlio del marchio d’infamia, dal quale si poteva essere cancellati unicamente mediante la richiesta di riabilitazione (in un procedimento che era venato di punizione, moralismo e discrezionalità); cadono le restrizioni in tema di corrispondenza, che imponevano la consegna al curatore di tutta la corrispondenza diretta al fallito, mantenendosi l’obbligo unicamente in relazione a quella commerciale; viene meno il divieto di allontanarsi dalla propria residenza senza il permesso del giudice delegato; viene salvaguardato il diritto elettorale, cancellando l’incapacità quinquennale di esercitare il diritto di voto, cui si connettevano altre limitazioni al pieno godimento dei diritti civili.

Gli obiettivi di fondo, come insegna la storia, sono stati centrati solo in parte, anche per la reticenza del legislatore a mettere mano alla modifica delle disposizioni penali, ma soprattutto per la mancata messa a punto di reali strumenti preventivi per la crisi, che peraltro costituirà il *leit motiv* delle ultimissime proposte di modifica del diritto concorsuale. Inoltre, le procedure concorsuali continueranno ad essere riservate all’imprenditore commerciale non piccolo, perdendo così l’occasione per una rivisitazione complessiva del tema dell’insolvenza che trattasse in senso paritetico ogni imprenditore, ancorché piccolo o non commerciale, offrendogli i vantaggi posti dalla procedura di concordato e dall’esdebitazione.

Cambia notevolmente, invece, la fisionomia del concordato preventivo – su cui si interverrà ancora negli anni 2010 e 2012-2013 –, segnando inequivocabilmente la nascita del diritto dei creditori a incidere direttamente sugli esiti della procedura, parallelamente riducendo l’ambito d’intervento del giudice⁵⁸, e vengono anche introdotte ulteriori forme di accordo per il superamento della crisi: quest’ultima comincia a farsi concettualmente spazio quale antefatto dell’insolvenza, divenendo una nozione chiave per le forme di risoluzione anticipata e concordata del debito in vista della continuità dell’impresa.

La stessa procedura fallimentare trova una diversa formulazione, con una sostanziale limitazione della revocatoria e la collocazione del giudice delegato in un ruolo di ‘sorveglianza’, a beneficio di una posizione più rilevante del comitato dei creditori (garantita dalla necessità di espressa autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione del curatore, dall’approvazione del piano di liquidazione e dal parere per la procedura di concordato fallimentare)⁵⁹.

⁵⁷ Maggiori riferimenti in L. Ghia, *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano 2008, in part. 105 ss. e 127 ss.

⁵⁸ Sul tema cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *CED*, rv. 624796, a mente della quale «il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosene l’effettiva realizzabilità della causa concreta». In senso conforme, da ultimo, Cass. civ., Sez. I, 20 marzo 2018, ord. n. 6924, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. civ., Sez. VI, 9 marzo 2018, ord. n. 5825, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. civ., Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *CED*, rv. 644969.

⁵⁹ A. Jorio, voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 331 ss.

Il messaggio legislativo è dunque chiaro nell'affermare che la scelta tra i vari strumenti concorsuali si deve operare con esclusivo riguardo alla migliore liquidazione possibile nell'interesse esclusivo dei creditori. Restano ferme, nondimeno, le caratteristiche tradizionali già evidenziate: il fallimento continua ad essere un processo esecutivo diretto alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente e alla sua distribuzione ai creditori, inserito a pieno titolo tra gli strumenti di soddisfacimento dei creditori – ed anzi costituendone l'espressione più articolata e complessa – nel segno della 'concorsualità necessaria' del ceto creditorio. Se nell'esecuzione individuale è ben possibile che concorrano più creditori, al contrario l'art. 52, comma 1, l.f. dispone inequivocamente che «il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito», regolato sulla base del principio romanistico della *par condicio creditorum*, nel rispetto delle cause di prelazione⁶⁰; tuttavia, in questa prospettiva, la moltiplicazione delle cause di prelazione, l'ampliamento della prededuzione, la compartimentazione dei creditori in classi nel concordato e il depotenziamento della revocatoria fallimentare hanno portato ad una notevole compressione del principio romanistico, pur non intaccandone la natura di caposaldo storico del diritto concorsuale.

La moderna 'concorsualità' non è soltanto quella dei creditori, ma anche quella relativa all'oggetto del fallimento, nel quale si ricomprendono tutti i suoi beni, e rispetto al quale il fallito deve porsi in ottica collaborativa dichiarandone l'esistenza sotto pena di sanzione penale e civile (ovverosia l'esclusione dalla esdebitazione). Si possono quindi mettere a fuoco tre caratteristiche essenziali delle procedure concorsuali in senso lato: *a)* la giurisdizionalità, sotto la lente del controllo della correttezza del procedimento; *b)* l'universalità, in senso oggettivo e soggettivo, intesa come tensione della procedura verso la regolazione complessiva della crisi sull'intero patrimonio del debitore ed in relazione a tutti i suoi creditori, quantomeno a livello informativo; *c)* l'esclusività, nel senso del monopolio rispetto ad altre preesistenti o sopravvenienti procedure esecutive, individuali o collettive⁶¹.

Venendo agli aspetti propriamente penalistici, l'aver mancato l'occasione di una riforma organica si dimostra ancora più disastroso in considerazione della svolta concettuale impressa con le riforme degli anni Duemila. Il passaggio dalla natura punitivo-liquidatoria alla concezione conservativo-protettiva del patrimonio dell'impresa non ha infatti avuto alcun riconoscimento in punto di disciplina del nucleo essenziale delle incriminazioni. La staticità delle disposizioni penal-fallimentari, salvi questi minimi aggiustamenti, mostra ancora una volta un legislatore disattento e rinunciatario rispetto al progetto di una complessiva rivisitazione del sistema. Ciò nonostante, questo periodo storico vede alcuni minimi interventi di interpolazione, quali l'estensione delle disposizioni penali all'amministrazione straordinaria (art. 95 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), la modifica dell'art. 223, comma 2, n. 1 (art. 4 d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) e del delitto di ricorso abusivo al credito (art. 32

⁶⁰ F. Ferrara jr., A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano 1995⁵, 42.

⁶¹ Da ultimo, cfr. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il fall.*, 2018, 995 ss.; pur in un panorama normativo diverso, cfr. S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova 1996³, 3 ss.

legge 28 dicembre 2005, n. 262); l'introduzione dell'art. 217-*bis* col d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122), più evidente espressione della difficoltà del sistema penale ad adeguarsi al mutato contesto di fondo; la previsione di ipotesi delittuose per i debitori e i membri degli organismi di composizione della crisi (legge 27 gennaio 2012, n. 3); l'introduzione dell'art. 236-*bis*, in tema di falsità nelle attestazioni da parte dei professionisti incaricati di certificare la possibilità di comporre le crisi d'impresa (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134); l'ampliamento dell'estensione prevista all'art. 236 anche ai casi di accordo di ristrutturazione dei debiti e di convenzione di moratoria (d.l. 27 giugno 2015, convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132).

1.5 – Le prospettive del diritto della crisi d'impresa

Negli ultimi anni si è assistito ad una rinnovata spinta riformatrice, che ha condotto all'idea di superare la stessa stigmatizzante idea di 'fallimento', in favore di un più laico diritto 'dell'insolvenza e della crisi d'impresa'. Del resto, anche la Corte costituzionale aveva già rilevato che la nozione fosse oramai da superare, affermando, pur in un *obiter dictum*, quanto «l'obiettivo del mutamento del *nomen iuris*» proposto nell'incidente di costituzionalità fosse «apprezzabile nella delineata prospettiva di una più sensibile attenzione al valore della dignità della persona»⁶².

Tale moto riformatore prende abbrivio proprio dai limiti che ha mostrato l'intervento del 2005-2007, nonché dalle linee di indirizzo formalizzate nella raccomandazione 2014/135/UE della Commissione europea: da un lato, si è sempre più manifestato un uso scorretto degli strumenti alternativi di composizione della crisi d'impresa, con l'abuso del c.d. concordato 'in bianco' e con la strumentalizzazione delle forme stragiudiziali di composizione; dall'altro, al rilevante ruolo assegnato ai creditori non ha fatto seguito, nei fatti, un loro pari coinvolgimento o una loro pari iniziativa. La crisi economica del 2008 ha poi contribuito allo scempio del sistema, nel quale la deregolamentazione aveva reso il controllo pubblico ben più attenuato e certamente impreparato a fronteggiare le istanze di tutti gli attori della congiuntura.

Dopo anni di esaltazione dell'autonomia privata, nel 2015 comincia un'inversione di tendenza che riporta ad una più marcata pubblicizzazione delle procedure concorsuali, facendo ritornare il giudice delegato al centro del sistema e complicando l'accesso al concordato preventivo⁶³; assolutamente non trascurabile, ed anzi sintomatico, è lo sbarco e l'applicazione dell'abuso del diritto in seno alle procedure di ristrutturazione, talora con una significatività sconosciuta allo stesso diritto delle obbligazioni⁶⁴.

L'insieme di queste istanze ha dato i natali alla legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la «delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», cui hanno fatto seguito i lavori della Commissione ministeriale

⁶² Così Corte cost., 10 febbraio 2016, ord. n. 46, in *Dir. fall.*, 2016, 1207 ss., con nota di D. Bonaccorsi di Patti, *Il termine 'fallito' nella legge fallimentare: questioni lessicali e legittimità costituzionale*, *ivi*.

⁶³ M. Fabiani, *Etica, legalità e crisi d'impresa*, cit., 1265.

⁶⁴ Per tutti, cfr. S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789 ss.

presieduta dal Pres. Renato Rordorf, la quale ha predisposto assai velocemente uno schema di decreto legislativo (recante il c.d. codice della crisi e dell'insolvenza), poi rivisto in una seconda versione⁶⁵, e attualmente in attesa del vaglio del Consiglio dei Ministri (che dovrà intervenire, se vorrà far proprio il testo, entro il 14 novembre 2018, data di scadenza della delega)⁶⁶.

Sconcerta, nel quadro dell'effettiva rivisitazione complessiva del sistema, che la delega si premuri di escludere ogni intervento sulle norme incriminatrici, limitando il decreto delegato alla definizione di misure premiali, nonostante che gli stessi redattori della legge avessero segnalato la necessità di porre mano alla tutela penale della crisi d'impresa. Continua, dunque, l'inerzia legislativa che fa retrocedere l'ultima vera scelta sistematica sul tema alla codificazione napoleonica – transitata nei codici di commercio, 'aggiustata' nella legge fallimentare e, quanto ai suoi cardini, mai più aggiornata sino ad oggi – con incriminazioni che, in alcuni casi, sono state formulate oltre duecento anni or sono, in contesti socioeconomici e normativi del tutto incomparabili.

Venendo ai *nova* della proposta riformatrice, ciò che è esteticamente più appariscente è senz'altro l'eliminazione lessicale del termine 'fallimento', in ogni sua variante. Al suo posto compare la 'liquidazione giudiziale', termine assai lontano dalla storia della concorsualità e riecheggianti, invece, gli ambiti tipici del diritto societario⁶⁷, atto forse ad oggettivare ulteriormente la crisi, trasformandola da una condizione dell'imprenditore ad un difetto dell'impresa⁶⁸. Analogamente, alla revisione strutturale del tribunale competente si associa la perdita della sua denominazione, non a torto ritenuta già obsoleta con riferimento all'ambito delle alternative al fallimento potenziate dalla riforma dei primi anni Duemila.

Com'è stato efficacemente messo in luce, l'opera di sostituzione lessicale appare del tutto imperfetta in relazione alle fattispecie penali: mentre la bancarotta propria fraudolenta e semplice si troveranno ad operare nel caso in cui l'imprenditore sia «dichiarato in liquidazione giudiziale» (artt. 339 e 340), la bancarotta fraudolenta impropria dell'art. 345 (il 'vecchio' art. 223) si riferisce ai soggetti che operano in «società in liquidazione giudiziale dichiarate insolventi», in contrasto con la parallela ipotesi semplice (l'art. 224, traslato nell'art. 346), laddove i soggetti responsabili dovranno essere inseriti in «società dichiarate in liquidazione giudiziale». Ancor più significativa la questione che involge propriamente la bancarotta impropria effettuata «con dolo o per effetto di operazioni dolose», ove si opera la sostituzione dell'evento con la liquidazione giudiziale, rispetto alla quale l'estensione analogica

⁶⁵ Il testo più attuale è reperibile sul sito dell'Osservatorio della crisi d'impresa (www.osservatorioci.org), nella sezione dedicata alla riforma delle leggi sull'insolvenza.

⁶⁶ Per una panoramica a tutto tondo sui temi della legge-delega cfr. F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano 2017, in part. 31 ss., 63 ss. e 91 ss.; F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano 2017, 49 ss.

⁶⁷ G. Lo Cascio, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fall.*, 2017, 1259.

⁶⁸ Così An. Rossi, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Le soc.*, 2017, 1376.

già praticata dalla giurisprudenza in relazione al mero aggravamento della situazione economico-patrimoniale non sembra affatto praticabile⁶⁹.

Sempre in relazione alla perimetrazione delle fattispecie incriminatrici, assai importante è il tema della definizione della ‘crisi’ – descritta dal codice come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» – e della ‘insolvenza’ – qualificata, nel solco della tradizione, come «lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori» –, circa le quali si tornerà a più riprese nel prosieguo dell’indagine⁷⁰.

Altra novità assolutamente rilevante è l’assoggettamento alle procedure concorsuali di ogni imprenditore industriale, commerciale, artigiano o agricolo, anche senza fine di lucro, predisponendo una trattazione unitaria del fenomeno dell’insolvenza che si estende sino alle crisi da sovraindebitamento dei consumatori, anche mediante una disciplina processuale unitaria⁷¹.

Ma l’aspetto più propriamente innovativo riguarda la fase di emersione della crisi, che verrà trattata in via confidenziale da un organismo di composizione (OCC), individuando di concerto col debitore le misure migliori per porre rimedio alla situazione in funzione preventiva di infausti esiti economici. L’organismo di composizione della crisi verrà costituito presso ciascuna Camera di commercio, con competenza rispetto alla sede legale dell’impresa; esso opererà tramite il referente, individuato nel segretario generale della camera di commercio o in un suo delegato. Ricevuta l’istanza di accesso alla composizione della crisi, il referente procederà senza indugio alla nomina di un collegio di tre esperti tra quelli iscritti nell’albo dei gestori della crisi e dell’insolvenza (dei quali uno designato dal presidente della sezione specializzata in materia di procedure concorsuali del tribunale del luogo in cui si trova la sede legale dell’impresa, uno designato dal presidente della camera di commercio, uno designato dagli esponenti locali delle associazioni imprenditoriali di categoria nell’ambito di un elenco, trasmesso annualmente, dal quale si individuerà quello designato dall’associazione rappresentativa del settore specifico; artt. 19 e 20).

In un’ottica penalistica, costituisce un presidio intermedio che, se ben gestito, potrà probabilmente contribuire alla reale prevenzione dei delitti fallimentari, specie contabili, dando spazio ad una regolazione puramente socioeconomica⁷². È però importante notare, al di là degli aspetti tecnico-procedurali, che, qualora non si giunga ad un accordo con i creditori, l’OCC solleciterà l’imprenditore ad accedere in proprio ad una procedura concorsuale, e, in difetto, sarà suo compito informare il pub-

⁶⁹ P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 95.

⁷⁰ V. Cap. III, § 2.2.

⁷¹ *Amplius* G. Lo Cascio, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Il fall.*, 2018, 526 ss.

⁷² Analogamente, in una prospettiva più generale, cfr. F. Mantovani, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1167 ss.

blico ministero competente ai fini della richiesta di liquidazione giudiziale dell'impresa. Pur non attribuendosi un nuovo potere al pubblico ministero, da sempre legittimato a richiedere il fallimento, la prevedibile conseguenza del meccanismo instaurato sarà la riduzione dello spazio delle richieste di liquidazione da parte dei creditori, in favore di un'iniziativa *de facto* assegnata alla pubblica autorità.

La considerazione risulta ancor più chiara ove si tengano presente alcune ulteriori novità collaterali: in particolare, l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione delle imposte avranno l'obbligo – sotto pena di inefficacia del titolo di prelazione, i primi due, ovvero a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione, il terzo – di dare avviso al debitore che la sua esposizione ha superato le soglie previste dallo stesso codice (art. 18, comma 2); qualora non si giunga in breve tempo all'estinzione del debito o ad un accordo, questi cc.dd. 'creditori qualificati' avranno il dovere di segnalare la situazione agli organi di controllo societari, se presenti, ed in ogni caso all'OCC.

Ancora, gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione avranno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente l'idoneità dell'assetto organizzativo dell'impresa e l'equilibrio economico-finanziario, segnalando senza indugio l'esistenza di fondati indizi della crisi. La spinta alla segnalazione – che dovrebbe contribuire, nell'idea dei compilatori, all'attivazione del meccanismo anzidetto – è assistita dalla previsione di una clausola premiale di esonero dalla responsabilità solidale «per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o delle azioni successivamente attuate dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione» (art. 17, comma 3). Tale clausola, in ossequio al principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, deve essere intesa nel senso dell'esclusione, *a fortiori*, di ogni forma di responsabilità penale. Resta però una perplessità: mentre l'effetto che si trae dalla disposizione sembra unicamente dichiarativo di una realtà di per sé incontestabile, il risvolto penalistico che se ne può trarre implica la fondazione, stavolta su basi solide, di una vera e propria posizione di garanzia dei sindaci e dei revisori, sui quali graverà, appunto, il dovere prevenzionistico di segnalare le avvisaglie della crisi d'impresa.

La scelta di una composizione stragiudiziale, priva di controllo giurisdizionale, è dunque circondata da numerosissime cautele, da sanzioni – solo civili, posto che l'idea di presidiare la richiesta di composizione assistita con una specifica ipotesi di bancarotta semplice è naufragata durante i lavori preparatori – e da proceduralizzazioni che, se inosservate, portano all'iniziativa del pubblico ministero.

Forse consci dell'elevatissimo rischio penale che un consimile meccanismo può ingenerare, i compilatori della riforma hanno interpretato estensivamente l'art. 4, lett. h) della legge delega, laddove imponeva la previsione di misure premiali per l'imprenditore che tempestivamente si rivolge all'OCC, tra cui una «causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma». Difatti, la previsione dell'art. 28, comma 2, del codice dell'insolvenza dispone l'esclusione della punibilità per tutti i fatti di banca-

rotta (fraudolenta e semplice, propria e impropria, concordataria o da liquidazione) e per i fatti di ricorso abusivo al credito compiuti sino a quel momento⁷³, al ricorrere di una triplice condizione: *a*) che sia tempestivamente presentata l'istanza all'OCC o una domanda di accesso a una procedura concorsuale (rispettivamente entro tre o sei mesi dalla verifica degli indici di allerta); *b*) che esse conducano ad una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti; *c*) che risulti che è stato cagionato un danno di speciale tenuità.

Circa la natura giuridica dell'esenzione, pare possibile sostenere che si tratti di una mera causa di non punibilità, attesa la sua finalizzazione all'incentivazione dell'emersione della crisi, pur connotata dall'elemento 'valutativo' costituito dalla esiguità del danno (che sembra accostarla, quale deroga espressa, ai canoni dell'art. 131-*bis* c.p.). In difetto della tenuità *ex art.* 219, comma 3 – difetto che, a meno di una sostanziale rivisitazione della giurisprudenza sul punto (in senso estensivo), non rappresenterà una rara evenienza – è prevista una circostanza attenuante ad effetto speciale quando all'apertura della procedura concorsuale il valore dell'attivo inventariato od offerto ai creditori superi il quinto dell'ammontare dei debiti.

Appare condivisibile la scelta normativa, pur non esplicita, di tenere separate le responsabilità penali dalle soluzioni di recupero dell'impresa, soprattutto in tempi di crisi, atteso che l'impresa può mantenere un elevato valore economico anche in presenza di condotte censurabili o penalmente rilevanti⁷⁴. Non a caso, nonostante che l'autonomia privatistica reggesse l'impianto delle riforme degli anni 2005-2007, non si è mai rinunciato all'intervento del pubblico ministero, garante dei diritti sovraindividuali che, in questa sede, dovrebbe astenersi da deviazioni punitive eccentriche rispetto allo scopo ultimo della regolazione della crisi⁷⁵.

Provando a tracciare alcune conclusioni di fondo, la riforma fa nettamente riacquistare – ben oltre le apparenze della procedura stragiudiziale – un carattere essenzialmente pubblicistico alla disciplina della crisi di impresa e, non ultimo, mostra un largo favore verso la liquidazione giudiziale, tanto a causa della recessione del concordato preventivo, quanto in ragione dell'estensione dei soggetti destinatari, tra cui rientreranno gli imprenditori agricoli e le società cooperative, per le quali operava la liquidazione coatta amministrativa. Dall'altro lato, l'unico istituto che potrà essere messo a frutto nell'ambito della procedura di composizione, in ragione della sua connaturata riservatezza, sarà il piano attestato di risanamento; il concordato preven-

⁷³ Osserva lucidamente P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche*, cit., 98, che il requisito temporale, pur non espresso, deve certamente ritenersi sussistente, posto che altrimenti si giungerebbe al paradosso di assegnare all'imprenditore un 'credito' per condotte successive aventi rilevanza penale.

⁷⁴ M. Fabiani, *Etica, legalità e crisi d'impresa*, cit., 1267. Significativi, sul punto, i rilievi di A. Pagliaro, *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 520: «Debiti insoluti ve ne è in ogni tipo di economia; e, nella stessa economia capitalistica, vi sono debiti insoluti al di fuori del circuito di finanziamento delle imprese: ma essi non danno luogo al delitto di bancarotta. D'altra parte, il requisito dell'apertura della procedura concorsuale è l'indice che al di sopra di tutto resta l'impresa: un valore economico che, fino a quando ha un segno positivo, è meglio evitare di disperdere anche in presenza di fatti dolosi o colposi in danno dei creditori».

⁷⁵ *Amplius*, sul ruolo del pubblico ministero nelle procedure concorsuali, cfr. F. Santangeli, *P.M. e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2017, 1 ss.

tivo, dunque, risulterà schiacciato tra la liquidazione e l'accordo di ristrutturazione dei debiti, reso certamente più competitivo dal ricorso al principio maggioritario.

Facendo propria la considerazione per cui l'imprenditore che prosegue la sua attività in 'patrimonio netto negativo', senza ricorrere a strumenti compositivi della crisi, si sta di fatto appropriando di risorse che sono divenute dei creditori in ragione della loro surrogazione nella titolarità dell'impresa⁷⁶, la riforma in cantiere si preoccupa di far riacquisire un controllo pubblico sulle varie fasi di fibrillazione economica⁷⁷, sfiduciando l'autonomia para-negoziale dei privati e rafforzando il ruolo del giudicante.

2. Sul bene giuridico

Cominciando ad impostare una riflessione specifica sull'oggettività giuridica del sistema dei delitti di bancarotta, occorre subito ricordare che le fattispecie in esame sono storicamente e logicamente connesse in modo inscindibile alla declaratoria di fallimento (e, in seguito, alle altre procedure), tanto dall'aver mantenuto per secoli una totale sovrapposizione tra aspetti civilistici e penalistici della *decoctio*. La storia ha poi imposto il superamento dell'identificazione tra fallimento e reato, essendosi reso evidente che le variabili dell'attività d'impresa, spesso non governabili e addirittura imprevedibili, non permettono di criminalizzare l'insuccesso come tale, sotto pena di criminalizzare lo stesso rischio imprenditoriale, che costituisce l'essenza giuridica ed economica dell'iniziativa *ex art. 41 Cost.*⁷⁸.

Pertanto, quanto allo scopo delle norme, può dirsi con relativa certezza che la minaccia della sanzione e delle pene accessorie specifiche ha una finalità preventiva che vuol tutelare l'interesse dei creditori ed il rispetto delle regole civilistiche in tema di riparto dell'attivo fallimentare, nonché tendente ad orientare le dinamiche proprie del commercio e del ricorso al credito in senso lato.

Diversamente, è forse una pretesa più utopistica che reale quella di provare a intrecciare una trama perfetta quando si ruota intorno al tema dell'oggetto giuridico. Del resto, è noto che la dottrina penalistica, pur comunemente utilizzando la predetta locuzione quale pietra angolare dell'edificio concettuale del diritto penale, non si è ancora definitivamente accordata sulla definizione da assegnargli, quando non giunge addirittura a segnalare l'assoluta problematicità. L'unica certezza che pare univocamente riscontrabile starebbe nel fatto che, mediante il riferimento al bene giuri-

⁷⁶ L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna 2007, 35 ss.

⁷⁷ An. Rossi, *La legge delega per la riforma*, cit., 1385.

⁷⁸ Così C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 128 ss. *Amplius* A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534 ss.; S. Prosdocimi, *Democrazia, poteri economici, diritto penale: brevi spunti di riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 647 ss.; C. E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss.; K. Volk, *Nuovi sviluppi del diritto penale dell'economia, dalla prospettiva tedesca*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 624.

dico, il diritto penale si secolarizza e si laicizza⁷⁹, consentendo il passaggio dalla giustizia all'utilità e la transizione dal peccato al reato⁸⁰.

Nonostante le molteplici sfaccettature introdotte da secoli di elaborazione scientifica, con un buon grado di approssimazione può dirsi che solo un interesse idoneo a realizzare un determinato scopo utile, che abbia rilevanza costituzionale, può assurgere al rango di bene giuridico⁸¹. Quest'ultimo nasce dalla critica al proto-illuminismo penale, che nel reato vedeva esclusivamente la violazione di un diritto soggettivo: coerentemente, il diritto penale era ritenuto generalmente incapa-

⁷⁹ Così, per tutti, M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 139 ss. Un affascinante percorso storico in F. Forzati, *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen.- Online*, 3/2017, in part. 29 ss.

⁸⁰ Senza alcuna pretesa di completezza, oltre agli scritti citati *infra*, si vedano G. Bettiol, *Sistema e valori nel diritto penale*, in *Jus*, 1940, 517 ss.; A. Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, 391 ss.; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, 7 ss.; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, 55 ss.; F. Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano 1977, 447 ss.; D. Pulitanò, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, 111 ss.; G. Fiandaca, *Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del Titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 10 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983; A. M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985; T. Padovani, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.; A. Manna, *Beni della personalità e limiti della tutela penale*, Padova 1989, 3 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1991, 61 ss.; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 459 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 117 ss.; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 351 ss.; M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1999, 221 ss.; G. Zuccalà, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 839 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 41 ss.; A. Merli, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli 2006, 9 ss. e 113 ss.; L. Cornacchia, *Tutela di beni versus tutela di norme*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra, F. Dassano, Napoli 2010, 27 ss.; M. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.; M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2012, 51 ss.; M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 4 ss.; G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 13 ss. e 71 ss.; S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018, 213 ss.

⁸¹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014⁷, 5. Quanto alla dottrina d'oltralpe cfr. W. Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, 160 ss.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2006⁴, 16.

ce di proteggere beni che, ancorché non strettamente personali, fossero comunque considerati di particolare rango dal comune sentire. Da qui la necessità di svincolarsi dal diritto soggettivo, in favore di un'entità giuridica che non fosse necessariamente riconducibile al singolo individuo, bensì capace di abbracciare la molteplicità degli interessi che si affacciavano sullo scenario della modernità⁸². In questo senso, quindi, l'oggetto giuridico nasce al precipuo scopo di allargare la risposta penale a nuovi valori⁸³, secondo una dinamicità che si esprime tanto in senso orizzontale, con l'emersione di nuovi beni da tutelare, quanto in senso verticale, all'interno della medesima macrocategoria di interessi, specificandone il versante quantitativo o qualitativo.

Quanto ai confini del concetto di bene giuridico, dalle concezioni giuridico-costituzionali ci si è spinti sino alle concezioni sociologiche 'materiali' o 'spirituali'⁸⁴, tentando di configurare un allineamento rispetto alle istanze provenienti dalla società. Più di recente, si è anche messa in crisi l'idea stessa di bene giuridico, ritenendo che debba essere sostanzialmente abbandonato⁸⁵, in favore di un ritorno alla teoria della lesione di un diritto soggettivo⁸⁶, ovvero nella prospettiva dell'adesione ai principî del danno e dell'offesa anglosassoni⁸⁷, ovvero ancora rifugiandosi nel funzionalismo penale, nell'ambito del quale il diritto è orientato a stabilizzare il sistema sociale e a garantire talune aspettative fondate sul profilo identitario di una determinata comunità⁸⁸.

Gli interrogativi appena posti non possono trovare risposta nell'ambito delle presenti riflessioni, nelle quali il bene giuridico continuerà comunque a costituire, pur con ogni imperfezione, uno dei parametri orientativi fondamentali; in particolare, la formulazione di oggetti di tutela sovra-individuali – tipici, in qualche modo, anche delle incriminazioni fallimentari – pone necessariamente l'interrogativo circa

⁸² Per la prima teorizzazione del bene giuridico cfr. J. M. F. Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, 149 ss.

⁸³ V. Militello, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 417 ss.

⁸⁴ Sul punto cfr. A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche nel diritto penale. Lineamenti per una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano 1990, 36 ss.

⁸⁵ Così già W. Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt a. M. 1987, 192; per un quadro aggiornato, cfr. C. Roxin, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in *GA*, 2013, 433 ss.

⁸⁶ Per una rassegna di questi orientamenti cfr. L. Greco, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 328 ss.

⁸⁷ J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, New York-Oxford 1984, 31 ss.; nella dottrina italiana, per tutti, cfr. M. Donini, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss., e G. Forti, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca, G. Francolini, Torino 2008, 43 ss.

⁸⁸ Così G. Jakobs, *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, in *Festschrift für Saito*, Tokyo 2003, 17 ss. Da ultimo, per un dialogo tra funzionalismo e teoria del bene giuridico, si vedano i contributi raccolti in G. Jakobs, M. Polaino Navarrete, M. Polaino-Orts, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima 2010. Critico, sul punto, G. Fiandaca, *Intorno a "scopi" e "funzioni" nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 118 ss.

la loro legittimazione nel sistema penale: non tanto per quest'ultima caratteristica, ma per il concreto rischio che scontano di trasformarsi in concetti svuotati del benché minimo significato, mediante un'eccessiva 'spiritualizzazione' che può portare alla loro evanescenza⁸⁹ ovvero alla loro libera invenzione «come storie»⁹⁰. Il che porta con sé la consequenziale inefficacia di ogni possibile considerazione relativa all'offensività del reato e, soprattutto, permette di recuperare, più o meno occultamente, il mai sopito portato della c.d. concezione metodologica, volto a obliterare il giudizio di valore retrostante al bene giuridico, per confonderlo sostanzialmente con lo scopo della norma, assegnando appunto a quest'ultima un ruolo preminente, se non esclusivo, nell'individuazione del primo.

Il bene giuridico protetto va invece tenuto distinto dallo scopo della norma: quest'ultimo, se può valere ad anticipare in qualche modo i caratteri dell'oggetto giuridico, non trova identificazione con lo stesso; mentre lo scopo è il motivo per il quale è posta la tutela, il bene giuridico indica l'oggetto verso il quale la tutela si esprime⁹¹.

Si è detto che estensione e mutevolezza del bene giuridico sono delle costanti fisiologiche: riconoscerle ed accettarle significa ammettere che l'oggetto giuridico nasce e muore in ragione della situazione spiritual-culturale della società nel corso della sua storia (e, in misura altrettanto determinante, dell'evoluzione della disciplina extrapenale di riferimento)⁹². Il valore giuridico è creato dal contatto della realtà con l'universo giuridico, ma ciò non significa che al di fuori di questa relazione esso non abbia anche un significato suo proprio: prima di essere un valore giuridico è un valore sociale, che non viene costituito, ma 'dichiarato' dalla norma penale⁹³. In questo senso, nello svolgere le considerazioni che seguiranno, costante elemento di confronto sarà lo sviluppo del diritto fallimentare in senso stretto, sino alla sua metamorfosi nel diritto delle procedure concorsuali, nel quale, come si è visto *supra*, l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento delle proprie pretese resta prioritario in ogni tempo, senza soluzione di continuità.

2.1 – La concezione patrimonialistica

Sulla scia della assoluta maggioranza della dottrina⁹⁴ e delle Sezioni Unite⁹⁵, può ritenersi che l'oggettività giuridica dei delitti di bancarotta sia essenzialmente patri-

⁸⁹ G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68 ss.

⁹⁰ K. Volk, *Marktmissbrauch und Strafrecht*, in *Festschrift für Hassemer*, Heidelberg 2010, 916.

⁹¹ In tema cfr. F. Mantovani, *Il principio di offensività*, cit., 455, il quale sostiene che «identificandosi con l'intera fattispecie, lo scopo della norma si differenzia dall'oggetto giuridico poiché questo, anche nei reati dove esiste, è solamente un elemento della fattispecie».

⁹² M. Romano, *La legittimazione*, cit., 39.

⁹³ G. Bettiol, *Sistema e valori*, cit., 531.

⁹⁴ Così M. Punzo, *Il delitto di bancarotta*, Torino 1953, 28 ss.; I. Scalera, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano 1969, 30 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 4 ss.; F. Tagliarini, *I reati fallimentari*, in G. Insolera, R. Acquaroli, *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Ancona 1997, 65 ss.; S. Prosdocimi, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 138 ss.; L. Foffani, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati*

moniale, ancorché rivolta – ed è certamente una singolarità non di poco momento – verso un oggetto materiale di proprietà dello stesso soggetto agente, sebbene destinato alla garanzia del ceto creditorio. L'interesse alla conservazione del patrimonio del debitore è l'asse attorno al quale è storicamente sempre ruotato il sistema delle incriminazioni di bancarotta⁹⁶, le quali si vengono ad affiancare ai rimedi di matrice civilistica e specificatamente fallimentare.

Il concetto di patrimonio che si evoca nell'oggettività giuridica abbisogna, tuttavia, di ulteriori specificazioni: a ben vedere, infatti, la 'patrimonialità' dell'offesa non è relativa alla singola posizione creditoria, il cui contenuto è già garantito *pro quota* dai beni del fallito, ma trova esclusivo riferimento nella funzione di garanzia svolta da questi ultimi, considerati nel loro complesso e, soprattutto, nella loro dinamicità. Va ulteriormente osservato che la tutela si rivolge, da un lato, alla conservazione del patrimonio interamente inteso, avendo come riferimento il suo valore e non le singole unità economiche⁹⁷, e che, dall'altro lato, essa non appresta protezione al singolo credito, ma alla collettività dei creditori, intesa in senso categoriale⁹⁸.

Così, può dirsi che la nozione di 'patrimonio' e quella di 'ceto creditorio' costituiscono entrambe insiemi dinamici, sottoposti a cambiamento e ad avvicendamento concreto-sostanziale; conseguentemente, il soggetto passivo del reato non è mai il singolo creditore, ma neanche l'insieme dei creditori ad una data arbitrariamente individuata⁹⁹. La considerazione trova esplicita conferma nella disciplina processuale posta dall'art. 240 l.f. (confermata dall'art. 362 del codice della crisi), laddove si limita la possibilità per il creditore di costituirsi parte civile nel giudizio penale per bancarotta al caso in cui non vi sia la costituzione del curatore/commissario e all'ipotesi in cui il creditore intenda «far valere un titolo di azione propria personale». È dunque chiaramente espressa l'opzione per una tutela diffusa,

d'impresa, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 752; F. Mucciarelli, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1620 ss.; G. L. Perdonò, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova 2010, 331 ss.; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino 2012, 13 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, aggiorn. a cura di C.F. Grosso, vol. II, Milano 2014¹³, 25 ss.; E. M. Ambrosetti, *I reati fallimentari*, in E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2016⁴, 305 ss.

⁹⁵ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss. (con nota di M. Gambardella, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236 cpv., n. 1 l. fall.)*, *ivi*), e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 887 ss. (con nota di G. L. Gatta, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, *ivi*, 900 ss.).

⁹⁶ Interesse già evocato in G. Delitala, *Contributo*, cit., 723 ss. e *Id.*, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta* (1935), in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, 835 ss.

⁹⁷ Così ancora G. Delitala, *L'oggetto della tutela*, cit., 836.

⁹⁸ Per tutti, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 24 ss.; C. Maccagno Benessia, voce *Reati fallimentari*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma 1988, 2; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 5.

⁹⁹ In proposito rileva C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 6, che «accade non di rado che le sottrazioni di attività facciano sentire i loro effetti distrattivi a distanza di tempo, finendo per pregiudicare i creditori sopravvenuti e risparmiando quelli coevi, nel frattempo soddisfatti».

derogata solo nel caso in cui ricorra l'elemento della 'personalità' dell'azione¹⁰⁰. Tale requisito è ritenuto sussistere in tutti i casi in cui il curatore non abbia concretamente esercitato l'azione, pur potendo, poiché propria di un singolo, ovvero nel caso in cui il creditore, non insinuato al passivo fallimentare, agisca sulla base del solo titolo extracontrattuale di danno (anche non patrimoniale), posto che la costituzione del curatore ha efficacia con riguardo ai soli crediti effettivamente insinuati¹⁰¹.

Tali peculiari caratteristiche si spiegano facilmente rilevando che il ricorso al credito rappresenta la fisiologia della vita dell'impresa e che, parimenti, il dissesto coinvolge diffusamente più soggetti, ciascuno destinatario di tutela in quanto travolto dai suoi effetti¹⁰². Se, dunque, pare indiscutibile che la tutela penale dei reati di bancarotta sia rivolta alla protezione dei creditori, intesi in senso generale-categoriale-dinamico, dall'altro lato occorre delimitare la possibilità di astrazione e di 'spiritualizzazione' del bene giuridico, nei termini già anticipati, rappresentata, in particolare, da un diverso e assai autorevole fascio di posizioni dottrinali.

2.2 – La tesi della protezione dell'ordinato esercizio del commercio e dell'economia pubblica

Contro la concezione patrimoniale si sono tradizionalmente mossi due ordini di critiche: da un lato, si rileva che vi sarebbero delle ipotesi di bancarotta del tutto sconnesse dalla tutela creditoria in senso strettamente patrimonialistico, ovvero sia le ipotesi documentali; dall'altro, si osserva che la lesione patrimoniale non deriverebbe necessariamente dal fatto tipico incriminato, bensì dalla semplice verifica dell'insolvenza in quanto tale. *Ad adiuvandum*, si è anche rilevato che il rigore sanzionatorio delle fattispecie di bancarotta rispetto ai delitti contro il patrimonio sarebbe un ulteriore argomento che testimonierebbe inequivocabilmente la diversità ontologica, in punto di oggetto di tutela, tra i diversi illeciti (anche se la dissennata politica dell'indiscriminato aumento delle pene ha oggi in parte sottratto terreno a questo argomento, quantomeno con riguardo ai delitti di aggressione unilaterale¹⁰³).

L'insoddisfazione per la concezione patrimoniale ha dato vita a più correnti di pensiero, accomunate dalla rilevanza pubblicistica dei beni oggetto della tutela.

In primo luogo, si staglia la posizione di chi individua l'oggetto giuridico in un bene di natura sovra-individuale legato alla procedura concorsuale, non identificabile con la tutela della medesima, ma anzi tendente verso l'ordinato esercizio del

¹⁰⁰ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 167. Per la più recente definizione della legittimazione processuale del curatore, in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Il fall.*, 2017, 149 ss.

¹⁰¹ Così L. Conti, *I reati fallimentari*, in Id., *Diritto penale commerciale*, vol. II, Torino 1991, 506 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, Milano 1999, 629 ss.

¹⁰² A. Pagliaro, *Problemi attuali*, cit., 519 ss. *Amplius* cfr. C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985, 293 ss.

¹⁰³ A ben vedere, infatti, il furto comune pluriaggravato risulta ugualmente punito, mentre il furto in abitazione aggravato è addirittura più grave della bancarotta fraudolenta, essendo oggi sanzionato con la reclusione da quattro a dieci anni (oltre che con la multa da 927 € a 2.000 €).

commercio¹⁰⁴. Diversamente, un secondo orientamento inquadra l'oggetto giuridico proprio nell'interesse alla trasparenza nelle relazioni economiche e al loro corretto esercizio, e, dunque, nell'economia 'pubblica', talora facendo espresso riferimento anche alla fede pubblica¹⁰⁵. Quest'ultima posizione si pone peraltro in continuità rispetto alla dottrina di Carrara, il quale riconduceva la bancarotta proprio all'alveo dei reati contro la fede pubblica, ritenendo che la fiducia negli operatori economici fosse diventata «l'anima, il sangue, la vita del commercio, per guisa che chi togliesse fidanza al commercio lo renderebbe un cadavere ed una storica reminiscenza. E poiché la vita del commercio si connette con la vita delle nazioni non è interesse soltanto di pochi particolari, ma interesse di tutta la società»¹⁰⁶.

La multiforme tesi appena descritta si espone, tuttavia, a più di un rilievo critico.

In primo luogo, merita sottolineare che, per quanto talora disastrosi, gli effetti di ordine macroeconomico legati a taluni fatti di bancarotta – e non certo a tutti – non si elevano, per ciò solo, al rango di oggetto giuridico, essendo indiretti e mediati, in ogni caso, dalla qualità/quantità di offesa recata al ceto creditorio. Peraltro, occorre distinguere nettamente tra il danno provocato dall'insolvenza in quanto tale e il danno provocato dalla condotta tipica¹⁰⁷, che, per quanto grave, pare difficilmente capace di abbracciare un interesse sovraindividuale e macroeconomico, se non – e a tutto concedere – nell'ipotesi della causazione dolosa dell'insolvenza.

Distinzione, a dire il vero, non sempre chiara alla giurisprudenza, soprattutto di merito, che non ha mancato di riecheggiare recentemente le tesi suesposte quando si è trovata a giudicare casi di rilevanza nazionale: in particolare, si è esplicitamente individuato il bene giuridico della bancarotta nell'economia pubblica, rilevando che la natura patrimoniale dell'interesse protetto sia frutto di una lettura «eccessivamente tradizionale» delle incriminazioni, e che, al contrario, vi sarebbe «un aspetto pubblicistico da considerare, che guarda a tale tipologia di illeciti come reati connessi all'economia pubblica, all'economia statale», essendo del pari «intuitivo» che la gestione di compagnie di notevole peso economico «travali chi i confini dell'attività

¹⁰⁴ G. Zuccalà, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova 1954, 91 ss.; A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, 32; P. Mangano, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova 1998, 7 ss.; Id., *Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 415 ss.; Id., *Disciplina penale del fallimento*, Milano 2003, 16.

¹⁰⁵ Si tratta dell'approccio tipico della dottrina di marca commercialistica, ed in particolare di L. Bolaffio, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 636; A. Candian, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, 218 ss.; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano 1974, 2636.

¹⁰⁶ F. Carrara, *Programma*, cit., 75. Per ulteriori approfondimenti cfr. R. Teti, *La bancarotta nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2011, 798 ss.

¹⁰⁷ Così, già prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare, F. Grisogni, *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dott. comm.*, 1941, 136 ss. Sul punto, C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 6, sottolinea lucidamente la distinzione tra 'patrimoniale' ed 'economico' con riguardo all'aggettivazione del bene giuridico tutelato, rilevando come l'interesse creditorio, per quanto diffuso, mai possa assurgere ad un interesse riferibile all'intera comunità dei consociati. *Contra* Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 34 ss.

commerciale specifica [...] per coinvolgere interessi economici esterni ai soggetti direttamente interessati»¹⁰⁸.

Secondariamente, una tutela diretta alla prevenzione di siffatti macro-eventi risulta in definitiva confliggente con la stessa prospettiva di protezione degli interessi dei creditori. Aver primario riguardo agli squilibri macroeconomici significa aver pari riguardo alla continuità – o, con gergo mutuato dall’attualità, alla ‘salvezza’ – dell’impresa, anticipando e prevenendo, ove possibile, gli effetti in tema di occupazione e conservazione del *know how* e dell’assetto della produzione, secondo la nota logica del *too big to fail*. Il che si dimostra difficilmente conciliabile con una procedura concorsuale di natura fallimentare-liquidatoria, il cui scopo è la massima soddisfazione possibile dei singoli crediti, ed il cui effetto indiretto è, appunto, la distruzione dei ‘beni macroeconomici’ da poco indicati.

In questo senso, peraltro, si colloca il *fil rouge* delle varie riforme del diritto fallimentare degli ultimi decenni, tese a valorizzare la continuità d’impresa, una volta riconosciuto un maggior valore economico a questa prospettiva rispetto alla pura liquidazione dei beni. Come si è detto, ciò avrebbe dovuto imporre una rivisitazione anche degli illeciti penali, che tuttavia non ha avuto luogo; anzi, quando il legislatore si è mosso – come nel caso dell’ultima novella dell’art. 236 l.f., operata con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 27 giugno 2015, n. 132 – in un’incredibile eterogenesi dei fini ha partorito un colossale deterrente penalistico verso l’impiego degli strumenti alternativi al fallimento e diretti alla continuità aziendale, come si vedrà meglio nel prosieguo¹⁰⁹.

2.3 – La bancarotta come delitto contro l’amministrazione della giustizia

In un diverso quadro teorico, slegato dagli effetti di ordine pubblico economico, un’altra parte della dottrina classifica la bancarotta tra i reati contro l’amministrazione della giustizia, ravvedendo una dimensione puramente ‘processuale’ del bene giuridico¹¹⁰. Tale natura risulta certamente spiccatamente presente in relazione ai fatti di reato commessi nel corso della procedura, ma si paleserebbe anche nelle ipotesi di bancarotta pre-fallimentare, stante l’identità delle fattispecie e la subordinazione della sanzione, in ogni caso, alla declaratoria del tribunale civile. In particolare, i fatti di bancarotta patrimoniale offenderebbero l’interesse processuale alla conservazione dei beni del fallito, mentre la bancarotta documentale sarebbe posta a tutela della prova nel procedimento fallimentare¹¹¹. La posizione in parola tro-

¹⁰⁸ Trib. Roma, Sez. VI, 28 settembre 2015, n. 14243, in *Cass. pen.*, 2016, 3850 ss., con nota di L. Messori, *La bancarotta per dissipazione nella “vicenda Alitalia”: profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione*, *ivi*, 3856 ss.

¹⁰⁹ V. Cap. III, § 2.3.

¹¹⁰ In questo senso, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 4; F. Carnelutti, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 4 ss.; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli 1962, 23 ss.; P. Nuvolone, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 478; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 225; C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino 2000, 13 ss.

¹¹¹ Così P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., in particolare 27 ss., 193 ss., 248 ss. Merita sottolineare, tuttavia, che l’illustre Autore divide l’oggettività giuridica della bancarotta, partendo le ipo-

va peraltro un appiglio sistematico nelle previsioni dell'art. 388 c.p. e, poi, dell'art. 388-*bis* c.p.¹¹², le quali, apprestando tutela alle procedure esecutive individuali, sarebbero indicatori impliciti della possibilità di concepire un bene giuridico esclusivamente riferito all'interesse al corretto svolgimento della procedura concorsuale.

Tuttavia, pur riconosciuta la centralità dei versanti processuali, non appare possibile accomunare sotto un simile punto di vista ogni ipotesi di bancarotta, e segnatamente la bancarotta pre-fallimentare e quella post-fallimentare.

Invero, una qualche forma di offesa alla procedura sembra riscontrabile unicamente in caso di realizzazione del fatto criminoso posteriormente alla declaratoria fallimentare, che sancisce lo spossessamento del debitore e l'inizio della gestione pubblica e coattiva del suo patrimonio. In modo forse simile, potrebbe dirsi con riguardo alla bancarotta fraudolenta documentale pre-fallimentare, in considerazione della funzione decettiva della condotta in relazione all'operato del curatore.

Nondimeno, se è vero che la sottrazione di attivo o l'esposizione di elementi passivi fittizi certamente frappongono ostacoli all'attività del tribunale, è altrettanto vero che esse incidono solo sotto il profilo della realizzazione di una ripartizione patrimoniale a favore dei creditori. In conclusione, va sottolineato che non pare riscontrabile un'offesa alla procedura, ma sempre e comunque una lesione dei diritti del ceto creditorio: si pensi al caso del mancato accertamento dell'esistenza di un diritto di credito o di un diritto di prelazione.

Con riferimento alla bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, poi, occorrerebbe superare – e non pare davvero possibile – lo scarto tra il tempo della condotta ed il tempo dell'attualizzazione dell'offesa, ovvero sia il tempo della dichiarazione fallimentare, nonché concepire un finalismo offensivo verso una procedura che ancora non esiste, e che non necessariamente dovrà esistere. Non a caso, da tempo si è rilevato che «la formazione della massa dei creditori è senza alcun dubbio subordinata all'apertura della procedura concorsuale e nulla, proprio nulla autorizza a ravvisarla prima di un tale momento, e cioè prima che i creditori siano giuridicamente unificati»¹¹³. Così, per mantenere ferma la ricostruzione della bancarotta quale reato contro l'amministrazione della giustizia, sarebbe del pari necessario postulare che al momento della commissione dell'illecito si siano già verificate le condizioni dell'insolvenza, come in effetti suggerito con la teorizzazione della c.d. 'zona di rischio penale', sulla quale si tornerà nel prosieguo¹¹⁴.

2.4 – La *par condicio creditorum* nella bancarotta preferenziale

Analizzate le argomentazioni di partenza, derivati dall'evoluzione storico-sociale-giuridica, e le relative critiche, sembra possibile sostenere che l'oggettività giuridica dei reati di bancarotta sia caratterizzata dalla patrimonialità, nell'accezione della tu-

tesi proprie da quelle improprie e riconoscendo a queste ultime la protezione del bene dell'economia pubblica (*ibidem*, 351 ss. e 375 ss.).

¹¹² Sul rapporto tra art. 388 e bancarotta fraudolenta, con particolare riguardo all'offesa e alla sanzione, cfr. G. Losappio, *Il minimo editale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, 721 ss.

¹¹³ Così Al. Rossi, *I reati fallimentari*, 31 ss.,

¹¹⁴ V. Cap. II, § 1.2.

tela del diritto di credito sotto la lente della responsabilità *ex art. 2740 c.c.*, e che solo di riflesso coinvolga interessi – che non assurgono al rango di beni protetti – come l'economia e la fede pubblica o la corretta amministrazione della giustizia¹¹⁵. Attraverso la 'pubblicizzazione' del bene giuridico tutelato, i delitti di bancarotta finirebbero col proteggere la buona amministrazione sociale, operando come un improprio sostituto di una generale fattispecie di *Untreue*, e consentendo un ulteriore svilimento della determinatezza della condotta tipizzata¹¹⁶, sganciandola dal necessario riferimento al piano dell'offesa patrimoniale alle pretese creditorie.

Nondimeno, resta fermo il fatto che gli altri dei reati previsti nel Titolo VI della legge fallimentare possono rientrare a pieno titolo nei reati contro l'amministrazione della giustizia o contro la pubblica amministrazione: si tratta, in particolare, dei delitti del curatore e dei suoi coadiutori (artt. 228 - 231 l.f.) e dell'attestatore (art. 236-bis l.f.), nel quale il danno per i creditori assume rilevanza solo come circostanza aggravante ad effetto speciale.

Il tema dell'oggetto giuridico, in ogni caso, merita un approfondimento aggiuntivo con riferimento alla fattispecie di bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, l.f.). Com'è evidente, infatti, il reato in esame manifesta dei tratti, una genesi e un'evoluzione assolutamente distinti rispetto alle ipotesi fraudolente in senso stretto, che lo rendono eccentrico rispetto alle altre incriminazioni e che comportano la necessità di avanzare altre considerazioni di dettaglio.

A ben vedere, altro è la discriminazione tra creditori, altro è la frode: la fattispecie dell'art. 216, comma 3, l.f. (sostanziale erede dell'art. 856, comma 4, del codice di commercio del 1882) ha mutato aspetto rispetto al passato, facendo della bancarotta preferenziale un'ipotesi di bancarotta fraudolenta, e tuttavia aggiungendo l'ulteriore – e certamente decettiva¹¹⁷ – condotta relativa alla «simulazione dei titoli di prelazione». Tale inclusione normativa ha comportato una duplice conseguenza. Da un lato, ha imposto un notevole sforzo alla dottrina per accreditare la tesi, ormai pacifica, che l'art. 216, comma 3, costituisca un autonomo titolo di reato; dall'altro lato, ha complicato proprio l'indagine intorno all'enucleazione del bene giuridico protetto dalle norme in tema di bancarotta.

Quanto alla formulazione letterale della bancarotta preferenziale realizzata mediante pagamenti, non è dato riscontrare alcun elemento propriamente 'fraudolento' e, anzi, lo scopo di favorire uno dei creditori non si pone come – e/o diffi-

¹¹⁵ In questo senso C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano 1984, 1111 ss.

¹¹⁶ Così N. Pisani, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 17.

¹¹⁷ In questo preciso senso M. Donini, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti "esterni" alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo "interno"*, in *St. iuris*, 1999, 143. Analogamente D. Tassinari, *Tipicità oggettivo-soggettiva della bancarotta preferenziale*, in *Il fall.*, 2002, 1347 ss., secondo il quale «le due condotte, in effetti, sono contrassegnate da un diverso grado di lesività, determinato dalla differente configurazione modale della preferenza accordata al creditore. Mentre, nell'ipotesi del pagamento, l'alterazione della *par condicio* appare immediata, l'attribuzione di un privilegio è destinata, quantomeno nella bancarotta preferenziale prefallimentare, ad operare nel successivo momento del riparto e, al contempo, si distingue dalla prima per un più spiccato contenuto di fraudolenza».

cilmente resta – occulto od occultabile. Anche in ragione della considerazione appena svolta, e in virtù della tipicizzazione di una condotta non solo neutra, ma addirittura doverosa qualora l'imprenditore sia *in bonis*, non sembra possibile prescindere dallo stato di insolvenza, che viene in dottrina ritenuto un presupposto della condotta¹¹⁸ ovvero valorizzato nella prospettiva soggettiva, poiché il fine di avvantaggiare uno dei creditori non può sussistere se non quando l'impresa è in dissesto o in procinto di cadervi¹¹⁹.

È opinione comune che il fatto criminoso debba necessariamente arrecare un pregiudizio alla massa creditoria¹²⁰: pertanto, il caso del pagamento del credito privilegiato in costanza di capienza per tutti i crediti ugualmente privilegiati non darebbe luogo ad ipotesi delittuosa, anche se l'espressione testuale della disposizione non rende immediatamente riconoscibile un simile requisito nella fattispecie incriminatrice¹²¹. Quest'ultimo, al contrario, emerge quale iperfetazione dell'interpretazione orientata secondo il bene giuridico – e, pare doveroso aggiungere, secondo la disciplina fallimentare in senso stretto – allo scopo di assicurare alla norma una sua propria offensività¹²², correlata ad una sostanziale realtà fattuale prendendo le mosse dall'interferenza dei profili di tipicità oggettiva e soggettiva.

In ogni caso, emerge il rilievo centrale della *par condicio creditorum* nella dinamica delle procedure concorsuali, delle quali rappresenta un pilastro imprescindibile, nella sua veste di bene giuridico specifico della bancarotta preferenziale quale specie del *genus* di tutela patrimoniale sopra ricordata.

Anche in relazione a questa fattispecie un'autorevole parte della dottrina riconosce una duplice dimensione del bene giuridico, sostanziale e processuale¹²³. Sotto il primo profilo, la fattispecie tutelerebbe l'interesse privatistico alla corretta redistribuzione dell'attivo fallimentare, ovvero sia la percezione da parte dei creditori concorsuali di quanto loro dovuto in ossequio alla gerarchia dei relativi crediti. Sotto il secondo aspetto, assumerebbe centrale rilievo l'offesa all'organizzazione che presiede alla procedura fallimentare – il giudice delegato, il tribunale e i suoi ausiliari – nell'ambito della quale l'esercizio delle funzioni e il perseguimento di talune formalità sono improntate al rispetto dei principi di buon andamento imposti dall'art. 97 Cost.¹²⁴. Ancora, si è osservato che l'assunzione della *par condicio* come bene giuridico implica l'adesione ad una concezione puramente funzionale del bene giuridico, non essendo il suo rispetto un'esigenza 'etica', bensì la condizione per pervenire al migliore soddisfacimento dei creditori¹²⁵.

¹¹⁸ U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 360 ss.

¹¹⁹ Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 154.

¹²⁰ Da ultimo, G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67 ss.; C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta preferenziale*, in *Le soc.*, 2014, 610; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 138.

¹²¹ Sul punto, F. Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Ind. pen.*, 1992, 747 ss.

¹²² Così G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Milano 1987, 69.

¹²³ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 25; F. Cernelutti, *Appunti*, cit., 4 ss.; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 23 ss.

¹²⁴ Cfr. F. Tagliarini, *Profili salienti*, cit., 742 ss.

¹²⁵ S. Fiore, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*, in *Il fall.*, 2017, 159.

Alle considerazioni critiche già avanzate *supra* è possibile aggiungere un duplice ed ulteriore tassello. In prima battuta, va detto che se l'interesse tutelato dall'art. 216, comma 3, fosse di natura processuale, l'incriminazione dovrebbe correlativamente limitarsi a sanzionare le condotte integranti gli estremi della revocatoria ex art. 67 l.f.; tuttavia, la lettera della legge non consente una tale conclusione, né formula esplicito riferimento alla disciplina extrapenale. In secondo luogo, merita osservare che la *par condicio*, come si è detto, non è l'unico traguardo perseguito dalle procedure concorsuali, in considerazione della crescente importanza assunta dalla conservazione e dal risanamento economico-aziendale in vista della prosecuzione dell'impresa; a tale metamorfosi, che ha spinto nel senso della 'privatizzazione' della crisi, consegue logicamente l'affievolimento del carattere pubblicistico anche dello scopo della norma incriminatrice, nonché la sostanziale elisione di un consimile profilo dalla connotazione dell'oggetto giuridico¹²⁶.

2.5 – Conclusioni sul bene giuridico dei delitti di bancarotta

Riannodando le considerazioni svolte, occorre ribadire che il bene giuridico della bancarotta non deve essere cercato in interessi di matrice pubblicistica e macrodimensionati, bensì con riguardo alla sfera relazionale che l'impresa tesse sulla base del rapporto di debito-credito e delle relative regole di condotta. Non dissimilmente da quanto accade in altri ambiti del diritto penale economico, bisogna guardarsi dalla eccessiva anticipazione della punibilità derivante dalla polarizzazione su oggetti giuridici rispetto ai quali l'offesa è difficilmente concepibile con una effettiva concretezza, anche e soprattutto per il difetto di leggi scientifiche di copertura adeguate a fondarne il giudizio¹²⁷; la distanza tra la condotta incriminata e l'interesse tutelato non deve essere infatti così accentuata da impedire di scorgere il secondo nell'immanenza del primo¹²⁸.

Il valore protetto, in questo senso, non è rappresentato dal diritto del singolo creditore, né da quelli propri dell'intero ceto creditorio ad una precisa data, bensì dal complesso dei rapporti obbligatori lesi da atti dispositivi o manomissioni della fisiologia dell'impresa in relazione ad uno stato di insolvenza attuale o incipiente¹²⁹.

Nell'ipotesi pre-fallimentare, la bancarotta – sia essa patrimoniale, documentale o preferenziale – ha una matrice esclusivamente privatistico-sostanziale¹³⁰, tesa alla

¹²⁶ Sul tema cfr. A. Zambusi, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, 533 ss., in part. 563 ss.; M. Romano, *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *Riv. soc.*, 2010, 547 ss.

¹²⁷ F. Giunta, *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 642.

¹²⁸ F. Palazzo, *I confini della tutela penale*, cit., 481.

¹²⁹ In senso parzialmente analogo, pur concludendo per un oggetto giuridico coincidente con l'impresa quale ente economico e relazionale anche in relazione all'affidamento dei creditori e di chi vi entra in contatto, cfr. U. Pioletti, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma 2015, 24; N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 13 ss.

¹³⁰ In questo senso M. Gelardi, *Se costituisca bancarotta fraudolenta per distrazione o bancarotta preferenziale il fatto dell'amministratore, il quale soddisfi con denaro della società fallita un proprio credito verso la stessa*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 192; G. Cocco, *Sub art. 216*, in *Commentario breve alle leggi*

protezione dei diritti del ceto creditorio contro una triplice minaccia, rappresentata a) dalle indebite disposizioni di beni di proprietà del debitore; b) dalla violazione dell'obbligo di tenuta e di consegna delle scritture contabili, in funzione ricostruttiva del patrimonio predetto; c) dal 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, alla natura privatistica si accompagna un riflesso pubblicistico, afferente alla protezione degli interessi della giustizia, concretamente rappresentati dalla procedura concorsuale, derivante dal fatto che la sentenza dichiarativa di fallimento contiene l'accertamento dell'insolvenza e rappresenta il presupposto della condotta. In questo senso, può giustificarsi la distinzione suaccennata, anche all'interno di fattispecie incriminatrici omologhe, sol che si consideri che, in un caso, la condotta del soggetto agente è tesa al depauperamento del patrimonio in una futura (o futuribile) prospettiva di insolvenza; nell'altro, al contrario, questa è un dato acclarato, cui segue lo spossessamento, e cui si accosta, inevitabilmente, una concreta lesione delle pretese creditorie, che vede come soggetto passivo della condotta proprio la procedura concorsuale e i suoi organi. Non sembra pertanto irragionevole, sotto questo specifico punto di vista, mettere in luce la specificità della bancarotta post-fallimentare (soprattutto per l'importanza che rivelerà nel prosieguo¹³¹), intaccando la c.d. 'unitarietà dei reati di bancarotta', pur restando ferma la matrice patrimoniale dell'oggetto giuridico.

Quanto alle ulteriori fattispecie previste agli artt. 217, 236, 223 e 224 l.f., le considerazioni appena svolte trovano piena conferma. Difatti, le ipotesi di bancarotta semplice, in quanto ontologicamente pre-fallimentari – salvo il caso previsto dall'art. 217, n. 5, l.f., comunque non post-fallimentare ma post-concordatario –, hanno come unico oggetto di tutela il patrimonio in funzione di garanzia, come chiaramente si evince già dalla semplice lettura delle norme.

In relazione alla previsione dell'art. 236 l.f., poi, deve osservarsi che, vigente l'odierna disciplina fallimentare, il presupposto incarnato dal concordato preventivo non ha come parametro fondativo l'insolvenza del debitore, bensì lo stato di crisi. Quest'ultimo rappresenta un insieme più ampio, e sconnesso dall'impossibilità di procedere immediatamente alla soddisfazione dell'obbligazione del creditore, come implicitamente confermato dall'art. 160, comma 3, l.f., laddove si dispone che «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», e come confermato anche dal codice della crisi e dell'insolvenza (art. 2, n. 1). Pertanto, essendovi un presupposto radicalmente diverso e parimenti essendo diverso lo strumento giuridico per la risoluzione del conflitto, il profilo della tutela della funzione del tribunale fallimentare sembra allentarsi non poco, soprattutto nelle ipotesi pre-concordatarie, in favore della assoluta patrimonialità del bene giuridico tutelato. V'è poi da dire che la disposizione dell'art. 236 l.f., consentendo l'applicazione delle prefate norme incriminatrici anche in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria (grazie alla novella recata col d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. nella legge 6 agosto 2015, n. 132), mantiene intatta la natura essenzialmente privati-

penali complementari, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1149; G. Montanara, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 295.

¹³¹ V. Cap. IV, § 2.

stica dell'oggetto della tutela penale. Considerare 'pubblicistica' in senso stretto la natura della procedura concordataria o delle varie forme di accordo in stato di crisi significherebbe disconoscere una marcata venatura, in favore di un ingiustificabile 'autonomismo' penalistico.

Ancora, le ipotesi autonome delineate all'art. 223, comma 2, nn. 1 e 2, e all'art. 224, n. 2, l.f. – ovvero sia la c.d. bancarotta 'da reato societario', la bancarotta 'per effetto di operazioni dolose' e la bancarotta colposa da 'aggravio del dissesto' – sono tutte evidentemente polarizzate sull'aspetto patrimonialistico della tutela, con una natura intrinsecamente pre-fallimentare.

L'aver individuato un oggetto della tutela di matrice patrimonialistica consente, infine, di provare a immaginare quale sia – e, soprattutto, se vi sia – uno spazio per l'applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto (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, 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 renderebbe lecita la sperequazione anche ad intervenuto fallimento¹³².

Per contro, la rilevanza del consenso dell'avente diritto con riferimento ai fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale è ampiamente dibattuta in dottrina. Preliminare all'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, va ricordato che 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 mai essere il singolo creditore, e tale non è neanche l'insieme dei creditori ad una determinata data. V'è poi da considerare un ulteriore dato: con riferimento alla bancarotta fraudolenta, sia essa patrimoniale o documentale, anche volendo concepire un bene giuridico totalmente personal-patrimonialistico, occorrerebbe superare l'argomento per cui il consenso dei creditori al momento della commissione del fatto potrebbe riverberarsi sull'analogo (e futuro) diritto di altri soggetti, non intervenuti all'accordo e comunque pregiudicati dalla determinazione assunta¹³³.

Pertanto, pare necessitato concludere per l'inapplicabilità dell'art. 50 c.p., posta l'indisponibilità – ma si potrebbe meglio dire l'ingovernabilità – degli interessi sottesi¹³⁴, con l'unica eccezione della bancarotta preferenziale, che ne permette, in ragione del tipo e del bene giuridico specifico tutelato, un sicuro spazio di rilevanza, anche con riferimento ai futuribili scenari della composizione assistita della crisi innanzi all'organismo di conciliazione.

¹³² G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, cit., 194; A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, Padova 2001, 24.

¹³³ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 117.

¹³⁴ In senso analogo si veda anche P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche*, cit., 103.

3. Gli interessi protetti alla prova della modernità

Si è detto in premessa che il fenomeno della gestione dell'insolvenza è ancora lungi dall'aver trovato un assestamento giuridico-sociale, al netto dei profili tecnici dei molteplici interventi normativi che si sono succeduti nel tempo. Come si è avuto modo di vedere, pur sommariamente, nonostante il fatto che il diritto dell'economia sia estremamente sensibile ai mutamenti economico-sociali, cercando di raggiungerli con ripetuti adattamenti, la tradizione continentale continua ad essere legata a doppio filo all'origine medievale del fallimento come procedura di soddisfazione dei debiti.

Certamente, è indiscutibile che l'interesse dei creditori rivesta un ruolo primario soprattutto in relazione alle fattispecie incriminatrici; occorre però chiedersi se la 'comunità di pericolo' tutelata non debba aprirsi anche ulteriori valori, di rango equivalente se non paritario¹³⁵. Alle origini del fallimento la frammentazione politica ha condotto ad una pari frammentazione delle fonti, che espressero i sentimenti della società dell'epoca, senza il condizionamento della normazione statale¹³⁶; successivamente, la codificazione ha sottratto il diritto ai singoli, aggiungendo all'interesse privatistico quello, tutto pubblicistico, della punizione del fallito, che non di rado ha finito con l'essere lo scopo prevalente. La modernità, come si è visto, comincia a imporre la considerazione del valore della continuità dell'impresa, in tutto o in parte: la decisione sul punto, tuttavia, è rimessa a coloro i quali dispongono della stessa, ovverosia gli stessi creditori¹³⁷. In tal modo, si crea solo un'apparente pluralità di interessi, atteso che la gestione di entrambi è riconducibile ai medesimi soggetti; sorge quindi la domanda se la ristrutturazione e la riorganizzazione non debbano essere orientate anche in ragione di ulteriori valori.

Le questioni poste dall'economia moderna sembrano infatti coinvolgere necessariamente altri interessi, i quali non sono e non possono essere affidati ad un puro controllo creditorio; la 'comunità di pericolo' dell'insolvenza dell'impresa, com'è stato persuasivamente affermato, si deve estendere ai lavoratori, ai consumatori dei beni e dei servizi, ai partner commerciali e al c.d. indotto, all'Erario e alla previdenza sociale, ugualmente 'vittimizzati' dalla condotta dell'imprenditore insolvente. In breve: si deve passare dal piano dell'obbligazione insoluta al piano, assai più complesso, della valutazione dell'attività, consentendo così di sovrapporre l'ottica giuridica a quella effettuale-fenomenica¹³⁸. Mentre l'insolvenza è impensabile al di fuori del rapporto obbligatorio, la crisi economica ne è concettualmente indipendente, anche se effettivamente connessa, legandosi al malfunzionamento dell'impresa. In questo senso, sul versante penale, va ulteriormente detto che i crimini commessi dai 'colletti bianchi' sono spesso complessi ed i relativi

¹³⁵ R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London 2011⁴, 74 ss.

¹³⁶ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 41 ss.

¹³⁷ *Amplius* cfr. U. Pioletti, *Lex mercatoria e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2017, 488 ss.

¹³⁸ F. Di Marzio, *Fallimento*, cit., 16 e 225; per un punto di vista penalistico cfr. G. De Francesco, "Interpersonalità" dell'illecito penale: un "cuore antico" per le moderne prospettive della tutela, in *Cass. pen.*, 2015, in part. 864.

effetti si producono non con riguardo ai singoli, ma si diffondono su molteplici soggetti, distendendosi nel tempo e nello spazio¹³⁹.

La riprova si ha nel fatto che sarebbe impossibile oggi darsi alla fuga, come nel medioevo, per sottrarsi all'insolvenza: in un mercato di dimensioni planetarie, che vede imprese disciolte in una rete organizzativa di enorme complessità (si pensi, ad esempio, ai gruppi di imprese multinazionali), la crisi economica di una grande impresa, come ha dimostrato la storia, può diventare la crisi della stessa economia mondiale. A ciò si aggiunga che la globalizzazione neo-liberista ha generato una pressione notevolissima sugli stessi Stati, i quali non di rado hanno dovuto ridimensionare le proprie ambizioni sociali e di *welfare* per rendersi 'competitivi' rispetto alle scelte economiche di enti multinazionali che, tramite un'eventuale delocalizzazione, possono mettere in crisi altre realtà imprenditoriali minori¹⁴⁰. Questa profonda mutazione degli assetti economici, nella quale il 'rischio' non è più un effetto esterno al processo produttivo, ma anzi intrinseco allo stesso sviluppo economico e della *governance* sociale, comporta il ridimensionamento della capacità orientatrice del diritto, in favore di una risoluzione casistica del potenziale conflitto sociale tendente a tutelare ogni singola situazione produttrice di un rischio¹⁴¹.

L'efficienza selettiva del mercato è forse dunque un mito da ridimensionare, in uno con l'idea che le procedure concorsuali 'ripuliscono' un mercato che non è più del tutto sotto il loro diretto ed effettivo controllo. La pretesa economica insoddisfatta, quindi, costituisce uno dei poli concettuali del diritto (anche penale) dell'insolvenza, ma non certo l'unico.

Quale che sarà l'approdo definitivo della regolazione della gestione della crisi d'impresa e della definizione dei suoi scopi ultimi, sta di fatto che la chiarificazione di tutti gli effettivi interessi coinvolti dalla crisi costituisce un presupposto essenziale per definire i contorni di una rinnovata tutela penale, anche nel senso del suo necessario arretramento. Le finitime vicissitudini dei reati di omesso versamento delle imposte, con le finzioni di dolo introdotte dalla Suprema Corte e gli imbarazzi della giurisprudenza di merito che si confronta con la necessità imprenditoriale di far fronte ad altre rilevanti uscite – quali, su tutte, quelle relative ai salari dei dipendenti –, dimostrano quanto l'ottundimento della ricognizione di altri interessi concorrenti annienti il *proprium* dell'intervento penalistico, finendo col trasformare la pena in una sanzione per la formale disobbedienza del precetto¹⁴².

¹³⁹ Così già E. H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi*, a cura di G. Forti, Milano 1987, in part. 29 ss., 77 ss. e 119 ss.

¹⁴⁰ A. Cavaliere, *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 433 ss. e in part. 436 ss.

¹⁴¹ M. Ronco, *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. pen.*, 2015, 717 ss.

¹⁴² Sul tema, da ultimo, G. Flora, *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. trib.*, 2014, 915 ss.; P. Aldrovandi, *Crisi aziendale e reati di omesso versamento dei contributi, tra inadeguatezza del dato normativo e "creatività" giurisprudenziale: una paradigmatica esemplificazione del difficile rapporto tra "law in the book" e "law in action"*, in *Ind. pen.*, 2014, 505 ss.; G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Le soc.*, 2015, 1159 ss. Sulla questione specifica del rapporto dei reati di omesso versamento con le procedure concorsuali cfr. G. Chiaraviglio, *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità, inesigibilità e procedure concorsuali*, in *Riv. dott. comm.*, 2016, 332 ss.

Il dolo nella bancarotta

La bancarotta è oggi ferma alla concettualizzazione delle prime codificazioni, ancora sospese tra il fallimento-reato e il fallimento-insolvenza, e certamente ispirate alla vicenda del debito insoluto, non certo dell'impresa complessivamente intesa. Manca del tutto, salve rarissime eccezioni (si pensi all'art. 217-*bis*), la prospettiva policentrica di cui si è provato a dar conto, e che nel diritto contemporaneo costituisce riferimento assolutamente ineludibile, cui la fissità della legislazione non può più fare da schermo.

Capitolo II

La ‘pregiudizialità fallimentare’: il ruolo e le vicende della sentenza dichiarativa

1. La posizione della dottrina sulla struttura delle fattispecie pre-fallimentari

Alla riflessione sul bene giuridico è opportuno far seguire l’indagine sull’offensività dei delitti di bancarotta, muovendo, anzitutto, dalla modalità di tutela desumibile dalle norme; in questo senso, al netto delle specificità derivanti dalla tipicità dei singoli illeciti, la qualificazione da assegnare alla sentenza dichiarativa di fallimento costituisce un imprescindibile fulcro. Si tratta, com’è ben noto, del tema più battuto del diritto penal-fallimentare, non di rado investito dell’arduo compito di far sopravvivere le fattispecie di bancarotta al costituzionalismo penale. Tante e tali aspettative impongono oggi di anteporne l’esame ad ulteriori considerazioni di dettaglio, essendo oramai parte integrante dei concetti generali e fondanti del diritto della crisi d’impresa: il ruolo della dichiarazione di fallimento, infatti, orienta l’assetto delle fattispecie incriminatrici, la loro portata, finanche la loro finalità. Pertanto, per provare a delineare una proposta ricostruttiva non può prescindersi da una ricognizione di quanto già elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹.

1.1 – Le tesi della bancarotta ‘condizionata’ alla dichiarazione fallimentare

Un primo e maggioritario orientamento afferma che la sentenza dichiarativa costituisce una condizione obiettiva di punibilità, ovvero sia che la centralità offensiva dei

¹ Per una panoramica dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali cfr. D. Fondaroli, *La collocazione della sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura dell’illecito penale*, in *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 202 ss.; G. L. Perdonò, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta di iure cendendo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 447 ss.; G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1141 ss. e 1151 ss.; G. Casaroli, *Disposizioni penali*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova 2013⁶, 1408 ss.; M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare. Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, vol. II, Torino 2013, 361 ss.; Al. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, parte di *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Paggiaro, Milano 2014, 100 ss.; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d’insieme*, Milano 2016, 13 ss.; E. Reccia, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta pre-fallimentare. Spunti di riflessione*, Torino 2018, 37 ss.

delitti di bancarotta sia da assegnare alla condotta tipicizzata nel singolo illecito. In seno alla corrente indicata si distinguono poi due diverse posizioni, caratterizzate dalla diversa considerazione che assegnano al fattore condizionante: si allude, com'è noto, alla divisione che separa chi assume che si tratti di una condizione estrinseca e chi, invece, ritiene che si tratti di una condizione di punibilità intrinseca, ovvero sia partecipe del disvalore del fatto².

Il disallineamento tra reato e punibilità costituisce forse il principale *leit motiv* nello studio dei delitti di bancarotta, nell'ambito dei quali la domanda circa la 'ne-

² Sul tema delle condizioni obiettive di punibilità, oltre ai fondamentali contributi di P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 13 ss. e 132 ss., e di C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 898 ss., si vedano G. Musotto, *Le condizioni di punibilità nella teoria generale del reato*, Palermo 1936, in part. 67 ss.; F. Alimena, *Le condizioni di punibilità*, Milano 1938, in part. 17 ss.; G. Escobedo, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Giust. pen.*, 1940, II, 795 ss.; A. Di Lorenzo, *Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 432 ss.; B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss.; P. Curatola, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano 1961, 807 ss.; U. Giuliani Balestrino, *Il problema giuridico delle condizioni obiettive di punibilità*, Padova 1966, 39 ss., 99 ss. e 153 ss.; F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino 1967, 588 ss.; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971, 230 ss.; G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 184 ss.; L. Durigato, *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Ind. pen.*, 1980, 417 ss.; R. Zanotti, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 82 ss.; E. Antonini, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazioni in tema di rapporti tra incesto e violenza carnale presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1278 ss.; L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 625 ss.; U. Giuliani Balestrino, *Le condizioni obiettive di punibilità sono istituti sostanziali o processuali?*, in *Arch. pen.*, 1986, 3 ss.; G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma 1988, 1 ss.; F. Bellini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Torino 1988, 39 ss.; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440 ss.; L. Durigato, *Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 1989, 733 ss.; M. Romano, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.; P. Veneziani, *Spunto per una teoria del reato condizionato*, Padova 1992, in part. 19 ss.; V. D'Ascola, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 652 ss. ed in part. 666 ss.; R. Zanotti, voce *Punibilità (condizione obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino 1995, 534 ss.; V. Mormando, *L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 610 ss.; M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *St. iuris*, 1997, 592 ss.; A. di Martino, *La sequenza infranta*, cit., 169 ss.; G. Licci, *Criteri di imputazione normativa nel codice Rocco*, in *Giur. it.*, 2003, 1507 ss. e 1744 ss.; P. P. Emanuele, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004, 1139 ss.; V. D'Ascola, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2004, in part. 220 ss.; D. Spuri, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica delle condizioni di punibilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1172 ss. In relazione alla specifica questione posta dalla dichiarazione di fallimento, si vedano inoltre F. Alimena, *La dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 47 ss.; G. Beretta, *Attuale atteggiamento della giurisprudenza sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nel quadro dei reati pre-fallimentari*, in *Ind. pen.*, 1972, 292 ss.; G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1145 ss.; G. L. Perdonò, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento*, cit., 454 ss. e 463 ss.; M. Zanchetti, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 111 ss.; G. Cocco, voce *Punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Torino 2016, 516 ss.; G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, in part. 11 ss.; M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, ora in *Id.*, *Scritti patavini*, vol. I, Torino 2017, 413 ss.; L. Cornacchia, *La punibilità sub condizione*, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017.

cessità' (o il 'bisogno') della punizione del fatto è resa assai stringente dal profondo collegamento che la storia ha disegnato tra gli illeciti in esame e la procedura fallimentare. Naturalmente, tale intima connessione potrebbe indurre – e ha concretamente indotto la giurisprudenza per quasi sessant'anni – a qualificare la sentenza dichiarativa come un elemento essenziale del fatto di reato: indicativo, cioè, non tanto del 'bisogno', quanto della 'meritevolezza di pena' del fatto³.

Prima di addentrarsi nella qualificazione della sentenza dichiarativa, occorre dunque provare ad abbozzare uno schema di giudizio utile a ripartire l'area dell'illecito da quella delle condizioni della sua punizione. Ferma l'inattendibilità di un giudizio fondato sulla mera formulazione dell'enunciato normativo⁴, un primo criterio indiziante è quello dell'eliminazione mentale dell'accadimento, allo scopo di saggiarne la necessità ai fini del giudizio di illiceità-offensività⁵; un secondo criterio, invece, si polarizza sulle differenti *rationes* della 'meritevolezza' e del 'bisogno' di pena, rispettivamente ancorate ai principî (anche costituzionali) della teoria del reato ovvero a istanze politico-criminali ispirate a canoni di mera opportunità o di convenienza nel bilanciamento con altri interessi, anche di marca extrapenale (o, secondo una diversa proposta, al «principio di sussidiarietà esterna»⁶); l'ultimo criterio, infine, richiede che la condizione costituisca un accadimento disgiunto dall'azione materiale tipica nella sua veste di fattore finalistico rispetto ad un determinato esito causale⁷, e che, pertanto, non rappresenti una porzione del divieto del quale l'agente deve rispondere⁸, in quanto non rientrante nella sua sfera di competenza o derivante dal rischio che ha azionato⁹. Naturalmente – ma sul punto si tornerà compiutamente nel paragrafo seguente – la teorizzazione delle condizioni obiettive intrinseche mette alla frusta il ragionamento sin qui condotto, essendo strutturalmente tese alla qualificazione e all'approfondimento dell'offesa tipica del reato.

Scendendo nel dettaglio, la teoria del fallimento come condizione obiettiva estrinseca afferma che le fattispecie pre-fallimentari previste dall'art. 216 l.f. non possano classificarsi quali reati nei quali la declaratoria civile costituisce l'evento naturalistico, in ragione del confronto con l'espressione testuale delle previsioni dell'art. 223, comma 2, l.f. e della causazione del dissesto autonomamente incriminata all'art. 224, n. 2. In questo senso, il fallimento è visto in chiave puramente condizionante, recuperandosi la dimensione lesiva dell'illecito mediante l'arricchimento interpretativo in chiave offensiva delle modalità della condotta tipizzate nei delitti di bancarotta¹⁰.

³ M. Romano, "Meritevolezza di pena", cit., 42.

⁴ In questo senso, per tutti, G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato*, cit., 201.

⁵ F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 597.

⁶ G. Cocco, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra nuovi e vecchi istituti*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 262 ss.

⁷ A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, ora in Id., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956 - 2008*, vol. I, Milano 2009, 441 ss.; G. De Francesco, *Punibilità*, cit., 19.

⁸ M. Romano, sub art. 44, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Milano 2004, 477.

⁹ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 408; L. Cornacchia, *La punibilità sub condizione*, cit., 17 e 20.

¹⁰ Così, per tutti, G. Delitala, *Contributo*, cit., 437 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 11 ss.; F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; R. Zanotti, *Riflessioni*, cit. 82 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, 39 ss.; F.

In questa prospettiva, si osserva che il fallimento, spossessando il debitore, pone fine alla vita dell'impresa e fa venire meno l'esigenza di contenere un intervento penalistico che, se slegato da una qualche forma di controllo, sarebbe evidentemente traumatico – e, in definitiva, paralizzante – per un sistema fondato sulla libera iniziativa economica e sull'etero-finanziamento.

La distinzione tra atto condizionale ed evento condizionante, invero, è particolarmente netta nei delitti di bancarotta, consentendo una facile transizione dal piano dei concetti a quello degli interessi: non si tratta soltanto di demarcare l'essenziale (il fatto) dal marginale (la condizione), bensì il loro rapporto in relazione agli scopi di tutela. Così, mentre il fatto è una situazione idonea a provocare mutamenti delle effettualità giuridiche, la condizione si pone, in positivo, come elemento che si rende necessario per attualizzare il primo e, in negativo, come fatto impeditivo¹¹. In breve, la punibilità sarebbe posticipata per mere ragioni di opportunità, le quali possono ben ancorarsi anche a ragioni non pubblicistiche, ma coesenziali agli interessi particolari oggetto di tutela: una repressione a tappeto dei fatti di bancarotta, difatti, sarebbe con ogni probabilità disastrosa proprio nell'ottica creditoria, annientando i valori dell'impresa in un momento antecedente al concludersi della decozione.

Alle considerazioni appena svolte si è obiettata una certa parzialità, essendo tendenti a giustificare l'arretramento della repressione penale in questo particolare ambito, senza tuttavia dar conto del fatto che molti altri rami del diritto complementare intervengono, senza limitazioni di sorta, a orientare la vita dell'impresa: si pensi, per tutti, al diritto penale tributario e al diritto penale societario¹². La ragione della distinzione, nondimeno, può cogliersi in relazione ad entrambe le branche appena menzionate. Non sembra infondato sostenere che la matrice esclusivamente pubblicistica degli illeciti penali fiscali, in punto di tutela, mal soffrirebbe un freno legato all'economia imprenditoriale, che è peraltro comunque investito, pur con diverso meccanismo, dalla generalizzata applicazione delle soglie di punibilità. Peraltro, l'assenza di una risposta penalistica non testimonia la rinuncia alla sanzione, che nel contesto amministrativo risulta anzi assai gravosa, tanto dall'aver ingenerato l'ormai cospicuo filone giurisprudenziale relativo al *ne bis in idem* di matrice europea e legato alla teorizzazione della c.d. *matière pénale*¹³. Quanto al diritto penale societario, è ancora una volta l'ottica e lo scopo della tutela a definirne un diverso campo d'azione; mentre il diritto penale fallimentare si occupa della garanzia dei creditori, il primo protegge una serie variegata di interessi: dalla protezione della trasparenza societaria (artt. 2621, 2622 c.c.), del capi-

D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 363 ss.; F. Mucciarelli, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2015.

¹¹ Per tutti, M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 24 ss.

¹² In questi termini G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 77.

¹³ La bibliografia sul punto è oramai divenuta del tutto ingovernabile. Limitando l'attenzione ai più recenti contributi monografici, si vedano Fr. Mazzacova, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, in part. 7 ss., 75 ss. e 287 ss.; L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, in part. 25 ss. e 193 ss.; C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018, 173 ss. e 231 ss.

tale sociale (artt. 2626, 2627, 2628, 2632 c.c.), del patrimonio sociale (artt. 2629-*bis*, 2634, 2635 c.c.), dell'andamento della vita sociale (artt. 2631, 2636 c.c.) – interessi interni all'impresa, rispetto ai quali sarebbe controproducente la postergazione della risposta sanzionatoria – si giunge alla tutela delle funzioni di vigilanza e di controllo (artt. 2625, 2638 c.c.) e del corretto andamento del mercato (art. 2637 c.c.), rispetto ai quali si possono mutuare le considerazioni suesposte rispetto alla rilevanza pubblicistica dell'oggetto giuridico. Solo residualmente, per vero, si affacciano due ipotesi poste a tutela dei creditori (artt. 2629, 2633 c.c.), le quali sono, tuttavia, significativamente soggette alla procedibilità a querela, con parallela previsione dell'estinzione del reato in caso di risarcimento del danno.

Tornando al merito della posizione in esame, l'emarginazione del disvalore fallimentare in senso stretto ha imposto una lettura degli illeciti che ne valorizzasse a pieno le note offensive nella prospettiva, appunto, della tutela della garanzia dei creditori. Così, si è rilevato che il linguaggio normativo sarebbe solo apparentemente descrittivo, possedendo al contrario una connotazione che solo una concreta aggressione al bene tutelato può inverare: non sarebbero dunque individuati dei meri modelli di condotta, bensì concetti che sottendono la loro intima relazione rispetto all'interesse creditorio: «La stessa 'distruzione' non può esaurirsi in termini di pura materialità: nessuno penserebbe di punire l'imprenditore che 'distrugga' attrezzi divenuti inservibili o scarti di lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo»¹⁴.

A favore della lettura rafforzativa della condotta dei delitti di bancarotta milita, oltre l'ossequio al principio di offensività, un triplice dato sistematico. In primo luogo, assume rilievo centrale la misura della pena, associata ad una dimensione economico-imprenditoriale sempre più soggetta a violenti e frequenti squilibri, che di per sé impone oculatezza nelle attribuzioni di responsabilità. In secondo luogo, occorre tenere in primo piano il bilanciamento degli interessi in gioco: la tutela del patrimonio del fallito in funzione di garanzia per il ceto creditorio, infatti, postula e richiede una spinta uguale e contraria verso la compressione del diritto di proprietà e di impresa, entrambi costituzionalmente tutelati (artt. 41 e 42 Cost.), a fronte di un interesse, anch'esso, di natura privatistico-patrimoniale (diverso è il caso, ad esempio, dell'art. 423, comma 2, e dell'art. 499 c.p., laddove il diritto di proprietà viene sì compresso, ma nel bilanciamento con interessi sovra-individuali, rispettivamente, l'incolumità e l'economia pubblica). In terzo luogo, riconosciuta pari dignità costituzionale alla libertà di iniziativa economica, e dunque affermata la piena legittimazione del rischio d'impresa, non sarebbe possibile concepire una tutela incapace di modulazione rispetto al dinamismo patrimoniale della stessa, che deve essere lasciata libera di operare sul mercato con la piena disponibilità dei suoi averi. Ritenere il contrario sarebbe assai singolare, anche in considerazione del fatto che la tutela civilistica (artt. 2900 ss. c.c.), la quale si pone come logicamente antecedente rispetto a quella penale, pacificamente richiede che il creditore abbia il fondato sospetto che il patrimonio del debitore sia incapiente.

¹⁴ Cfr. C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 12.

La garanzia non potrebbe quindi estendersi al di là della sua funzione: l'obbligo di conservazione dovrebbe essere circoscritto ai valori attivi necessari alla soddisfazione delle obbligazioni, secondo la scadenza di ciascuna di esse¹⁵. In questo senso, gli atti dispositivi che esulano dalla garanzia summenzionata non sarebbero leciti in quanto espressione di un diritto scriminante, bensì in ragione di un limite di tipicità della fattispecie, intesa quale reato di pericolo concreto. La dichiarazione di fallimento in quanto tale non sarebbe posta a carico dell'agente «ancorché al suo verificarsi maturino taluni parametri di qualificazione del fatto in senso stretto»¹⁶; il criterio selettivo della punibilità sarebbe, pertanto, la concreta offensività del fatto rispetto alle ragioni dei creditori, il cui accertamento andrebbe rapportato al momento della condotta, disconnettendolo dall'intervento della declaratoria civile¹⁷. In conclusione, gli atti dispositivi del patrimonio imprenditoriale resterebbero leciti fintantoché non siano causa di una incapacità patrimoniale in forza di un limite di tipicità-offensività della fattispecie, e non già per l'intervento dell'art. 51 c.p.¹⁸.

La teoria della 'bancarotta condizionata' ha recentemente fatto breccia anche nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza *Santoro*¹⁹, la quale – con quello che sembra essere più un ossequio formale in funzione legittimante – attribuisce la paternità del *revirement* ad un *obiter* della pronuncia delle Sezioni Unite sulla questione delle valutazioni in seno alla fattispecie di false comunicazioni sociali²⁰, laddove si specifica, con riferimento all'art. 223 l.f., che la dichiarazione fallimentare non deve legarsi né obiettivamente né soggettivamente all'agente, intervenendo come un elemento successivo ed estraneo alla condotta, al quale la legge subordina la punibilità. Sulle argomentazioni giurisprudenziali, con riguardo anche alla loro evoluzione complessiva, si tornerà più avanti nel paragrafo dedicato²¹.

La teorica in esame, pur assolutamente maggioritaria, è nondimeno esposta ad un consistente rilievo critico: se la lettura emarginante che offre del contesto fallimentare è certamente funzionale alla autonomizzazione dell'illecito penale, d'altro canto rischia di costituire il viatico per il disconoscimento della c.d. 'bancarotta riparata'. In effetti, cristallizzando il pericolo (concreto) al momento della condotta si muta la fisionomia all'illecito, costituendolo nella forma del delitto di pericolo 'concretamente presunto', poiché davvero esistente in principio, ma forzatamente ritenuto al momento del fallimento, alla cui data sarebbe ininfluenza un'eventuale azione riparatoria di segno opposto. In risposta, si è proposto un cor-

¹⁵ Così A. Lanzi, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 494 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 88 ss. e 94; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 14.

¹⁶ C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 916.

¹⁷ In senso parzialmente difforme D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 699 ss., il quale rileva che la dichiarazione di fallimento costituirebbe una condizione obiettiva estrinseca, purtuttavia ammettendone una qualche significatività rispetto alla sanzione.

¹⁸ C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 1111 ss.

¹⁹ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *CED*, rv. 269388.

²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, in *CED*, rv. 266804.

²¹ V. *infra*, § 2.

rettivo fondato sull'interpretazione sistematica dell'art. 219 l.f.²², che impone la verifica della sussistenza delle circostanze al momento dell'intervenuto fallimento e che conserverebbe senso compiuto unicamente qualora l'offesa sia attuale al momento della verifica della condizione obiettiva.

Occorre poi dare conto della posizione di chi ha proposto una sottile variazione degli argomenti suesposti, sposandone le premesse teoretiche ma giungendo a conclusioni del tutto distinte. Il riferimento è alla tesi secondo la quale il dolo specifico dell'art. 216 l.f. sarebbe indistintamente richiesto sia per l'ipotesi della bancarotta consistente nella esposizione di passività inesistenti, sia per l'ipotesi della bancarotta patrimoniale in senso stretto²³. Così, il contenuto di offensività verrebbe recuperato tramite l'elemento psicologico, inserendo in via ermeneutica il fine specifico di danno ai creditori sociali. L'argomento si sviluppa muovendo dalla ritenuta inaccettabilità di una divergenza tra modelli di comportamento ritenuti equivalenti e alternativi: all'indiscutibile ostacolo letterale ad una simile opzione, la dottrina in parola contrappone l'unicità del *nomen iuris*, da ritenersi espressiva del particolare *animus* che deve muovere l'agente, frutto della secolare tradizione che individua nella 'fraudolenza' fallimentare proprio l'intento di nuocere ai creditori. Tuttavia, così opinando si corre il concreto rischio di non richiedere, già in punto di materialità, una concreta attitudine lesiva della condotta, che resterebbe solamente formalizzata nelle condotte indicate dall'art. 216 l.f.; in effetti, com'è stato magistralmente osservato, «data una disposizione patrimoniale che lasci i creditori sufficientemente garantiti, non basterebbe a fondare la tipicità un *animus nocendi* alimentato da un abbaglio del debitore: sarebbe se non altro ineluttabile il ricorso all'art. 49 2° comma cod. pen., indipendentemente da ogni controversia interpretativa»²⁴. In conclusione, alla tesi in parola possono contrapporsi due distinti rilievi: da un lato, al netto delle difficoltà interpretative, occorre necessariamente verificare il riflettersi delle note offensive tipiche nella sfera rappresentativa dell'agente, senza relegarle all'angusto spazio della finalità nel dolo specifico; dall'altro lato, non pare possibile attribuire decisivo rilievo alla circostanza che all'azione sia impressa una finalità lesiva²⁵, soprattutto a fronte di comportamenti obiettivamente sprovvisti di un reale contenuto di pericolosità.

²² C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 24 ss. Per una più ampia esposizione della rilevanza sistematica dell'art. 219 l.f., anche in relazione al concorso di reati, cfr. A. Pagliaro, *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità di reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, 705 ss.; G. L. Perdonò, *Fatti plurimi di bancarotta: unità o pluralità di reati*, in Giur. merito, 2006, 2460 ss.

²³ In questo senso, oltre a F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 62 ss., si vedano S. Piacenza, *L'elemento psichico del delitto di bancarotta*, in Giur. it., 1948, II, 123 ss.; G. De Simone, *La bancarotta fraudolenta*, in *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 54; G. Casaroli, Sub art. 216, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova 2013⁶, 1445 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 123.

²⁴ C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 15.

²⁵ N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 11 ss. e nota 17.

1.2 – La ‘zona di rischio penale’ e la disputa sulla riconducibilità del fallimento al disvalore del fatto

Alla teorizzazione della ‘bancarotta condizionata’ si accompagna, in un binomio oramai reso classico, la diversa concettualizzazione della dichiarazione fallimentare come condizione obiettiva intrinseca, cui notoriamente si lega la necessità di delimitare una ‘zona di rischio penale’ legata al manifestarsi dell’insolvenza, intesa quale presupposto sostanziale del fallimento stesso. L’orientamento in esame muove dall’idea che vi sia un bene giuridico di natura processuale, riferito al regolare svolgimento delle procedure concorsuali e al soddisfacimento delle ragioni creditorie in misura paritaria; da tale premessa fa discendere che le condotte incriminate, per recuperare la lesività espressa nel modello legale, debbano essere realizzate, appunto, in un periodo temporale in cui l’impresa si trova quanto meno in stato di ‘pre-insolvenza’, ovvero sia veda dinanzi a sé la concreta possibilità di non riuscire a far fronte alle obbligazioni in precedenza assunte²⁶.

Conseguentemente, tutti gli atti diretti a creare una situazione di squilibrio insuperabile – resa tale da un patologico rapporto tra attivo e passivo in rapporto alla capacità dell’impresa e alle normali vicende commerciali – sarebbero da ricondurre alle fattispecie di bancarotta, laddove un’economia interna sana, anche in presenza di operazioni altamente speculative, non consentirebbe la loro criminalizzazione. La ‘zona di rischio’, quindi, si connette indissolubilmente all’insolvenza, che pertanto dovrebbe accertarsi anche, e soprattutto, nelle ipotesi di bancarotta pre-fallimentare²⁷.

Questo orientamento, così come il precedente, si oppone fermamente all’idea che debba richiedersi una derivazione causale tra la condotta e il dissesto, avuto riguardo al fatto che esso è normalmente frutto di fattori non dominabili ed alla verosimile necessità, in sede di accertamento, di una regressione all’infinito alla ricerca della sua causa prima²⁸. Peraltro, si rileva anche che, con l’esclusione di casi davvero patologici, è assai difficile immaginare che un imprenditore volontariamente determini la sua insolvenza e quindi il suo fallimento²⁹.

Tuttavia, questo orientamento è stato esposto ad un duplice ordine di critiche.

Sul versante della teoria delle condizioni obiettive di punibilità, viene decisamente marcata l’assoluta peculiarità della categoria delle condizioni intrinseche, cui apparterebbe – di fatto, quasi unicamente – la dichiarazione di fallimento. Al

²⁶ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 28. In senso analogo, cfr. F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 594; L. Durigato, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova 1972, 94 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 244 e 249 ss. (pur senza riferimento alla ‘zona di rischio’ e con riguardo ad un bene giuridico di natura patrimoniale); A. Lanzi, *Interpretazione giurisprudenziale della bancarotta patrimoniale nel sistema penale*, in *Il fall.*, 2013, 565 ss.; G. Casaroli, “Fallimento” e bancarotta: una convivenza difficile ma obbligata, in *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 314 ss.

²⁷ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 31. In senso parzialmente analogo, cfr. D. Falcinelli, voce *Reati fallimentari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino 2010, 718 ss.

²⁸ Insuperabili, in merito, i rilievi di F. Stella, *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in *La crisi dell’impresa e l’intervento del giudice*, Milano 1978, 121 ss.

²⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 31.

netto della ridotta portata della categoria, che di per sé non è certamente ostativa alla concettualizzazione medesima, sembra più persuasivo il rilievo secondo cui se le condizioni obiettive fossero fuse in un *Gesamttatbestand*, resterebbero indistinguibili quali parte degli elementi indispensabili della fattispecie; al contrario esse diventano giuridicamente rilevanti, e isolabili, laddove ci si sposti sul piano degli interessi: il fatto di reato con la sua acquisita giuridicità e la sua meritevolezza di pena, da un lato; le condizioni di punibilità come elementi espressivi di interessi esterni al fatto, dall'altro³⁰. L'alternativa, dunque, sarebbe nel senso di considerare il fallimento quale condizione estrinseca, ovvero qualificarlo come elemento essenziale del fatto, rendendosi impossibile, in definitiva, immaginare una categoria intermedia tra le due. In breve, dietro le condizioni intrinseche si celerebbero dei veri e propri elementi costitutivi del fatto di reato³¹, come tali da ricondurre alle regole generali di imputazione causale e psichica.

Anche ove si volesse ammettere l'esistenza delle condizioni intrinseche, ciò che in ogni caso si può affermare è che la loro funzione parrebbe del tutto distinta ed eterogenea rispetto alle loro omologhe di natura estrinseca: mentre queste operano come un 'filtro' rispetto alla repressione penale, le prime sembrano consentire la punizione di un fatto altrimenti lecito, estendendo i confini di una fattispecie ovvero intervenendo sulla sua meritevolezza (il che, evidentemente, implica la loro ascrizione oggettiva e soggettiva)³².

Sul piano politico criminale, poi, si osserva che la tesi in parola comporterebbe una riduzione ingiustificata dell'ambito applicativo dei delitti di bancarotta, lasciando impunte le condotte che, pur non commesse in stato di insolvenza, intenzionalmente sono tese a generarla (salvo il caso dell'art. 223, comma 2, n. 2)³³. In breve, la soglia di tutela finirebbe con l'essere esasperatamente avanzata, rendendo ritardata la risposta penale, pur nel cono prospettico di un bene giuridico di natura processuale.

Alle critiche mosse – probabilmente insuperabili – fa tuttavia riscontro un indiscutibile merito: con la teoria della 'zona di rischio', infatti, si lumeggia chiaramente l'esigenza di scongiurare la possibilità che qualunque condotta, in ogni tempo realizzata, possa mutare in bancarotta, invocando un parametro di 'adeguatezza (cronologica)' dell'azione rispetto all'ordinaria vita sociale in funzione di gradiente della

³⁰ In termini cfr. M. Gallo, *Il concetto unitario*, cit., 24 ss.; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1202; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2017¹⁰, 387 e 783 ss.; analogamente, in senso ancora più critico, cfr. G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 77.

³¹ Così G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, aggiorn. a cura di E. Dolcini, G. L. Gatta, Milano 2017⁶, 427.

³² In ordine alla differente funzione delle condizioni intrinseche cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 2011⁹, 171; sulle conseguenze della distinzione cfr. F. Angioni, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 1476 ss. e 1513 ss., e, più in particolare, G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 1159.

³³ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 81; A. Lanzi, *La tutela penale del credito*, Padova 1979, 218; N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 11 ss.

tipicità³⁴, nonché mettendo chiaramente in evidenza l'irragionevolezza della parificazione di fatti causativi dell'insolvenza e di fatti 'neutri' rispetto al rischio tipico³⁵. In difetto, le fattispecie di bancarotta costituirebbero un mero strumento di controllo dirigitivo sull'impresa, consentendo un sindacato di merito su scelte aziendali *ex post* insoddisfacenti e risolvendo la lesività del delitto sul piano della scorrettezza – o, peggio, incapace – amministrazione sociale, col più generale fine di ammonire l'intero mercato sulla necessità di essere accorti e diligenti rispetto ai fenomeni collegati alla circolazione della ricchezza³⁶.

Da ultimo, gli argomenti della 'zona di rischio' sono stati ripresi, pur con diverse premesse in punto di bene giuridico, instaurando una simmetria tra il delitto 'in due tempi' della bancarotta pre-fallimentare e la fattispecie del tentativo. Secondo gli sviluppi di questa analisi la tutela penal-fallimentare sarebbe caratterizzata dalla speciale rilevanza della 'non riparazione': le norme in tema di bancarotta selezionerebbero un certo comportamento come criminale e, al contempo, sarebbero strutturalmente condizionate dalla realizzazione di un'attività contrapposta che ne vanifichi l'attitudine lesiva³⁷. La matrice del criterio di adeguamento del fatto tipico sembra in effetti comune con la teoria precedentemente analizzata, sebbene gli esiti siano difformi: mentre la 'zona di rischio' si propone di costituire un criterio per la qualificazione penalistica della condotta, la «clausola speciale di desistenza» riferibile ai casi di bancarotta 'riparata' interverrebbe in un secondo momento, laddove il debitore reintegri il patrimonio di quanto sottratto. La teoria non convince fino in fondo: non solo perché accosta delitti (non ancora) consumati alla fattispecie tentata, che è unanimemente considerata una particolare forma di manifestazione dell'illecito penale (salve, ovviamente, le teorizzazioni di alcuni allievi della scuola finalista³⁸); quanto, e soprattutto, perché sembra polarizzare il reato sulla riparazione, preoccupandosi più di definire 'come rimediare' che non 'cosa rimediare', valorizzando un'attività che, per quanto meritoria, non è sempre dipendente dalla volontà del reo ed è spesso legata a fattori economici indominabili (e può, in concreto, essere impossibile da realizzare).

³⁴ Così A. Nisco, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 374.

³⁵ *Contra* R. Bricchetti, *Reati fallimentari, nozioni fondamentali e orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 261, che osserva che l'imprenditore è soggetto al permanente rischio di soggiacere alla responsabilità per i reati fallimentari.

³⁶ Sul tema K. Volk, *Diritto penale ed economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 482 ss.; D. Potetti, *La bancarotta fraudolenta per distrazione: quali limiti alle scelte dell'imprenditore?*, in *Cass. pen.*, 1999, 3567 ss.; N. Selvaggi, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 97 ss.

³⁷ Così D. Falcinelli, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'«essere» e il «non essere» della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 482 ss.

³⁸ Per tutti, cfr. D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, 135 ss., 143 e 205 ss.

1.3 – La bancarotta come reato proprio del fallito

Un diverso orientamento dottrinale ripudia l'idea che il fallimento debba considerarsi un elemento costitutivo o una condizione obiettiva, appartenendo unicamente alla determinazione della qualifica soggettiva necessaria, in linea con una parte della dottrina d'oltralpe³⁹. La declaratoria civile avrebbe, infatti, la sola funzione di costituire l'accertamento giudiziale che l'impresa ha cessato di essere un 'valore' per l'economia pubblica, senza pervenire – né nominalmente, né mediante il suo presupposto, ossia l'insolvenza – al rango di elemento costitutivo del fatto⁴⁰. Contrariamente ad una cospicua parte della dottrina, si sostiene infatti che la rilevanza della qualifica del soggetto attivo non sia coesistente al fatto tipico del reato proprio⁴¹, il quale si caratterizzerebbe non già per la sua particolare struttura, bensì per la direzione del comando penale verso precise cerchie di soggetti. Specificare la direzione del precepto, si osserva, non equivarrebbe a specificarne il contenuto: mentre la prima operazione attiene alla teoria della norma, la seconda afferisce alla teoria del reato.

In questo senso, lo 'scomodo' elemento della dichiarazione fallimentare potrebbe essere consegnato alla categoria del reato proprio, in ragione dell'ammissibilità di fattispecie in cui la qualifica non si riflette direttamente sulla dimensione lesiva del fatto, senza alcuna violazione del principio di personalità dell'illecito nella mancata imputazione oggettivo-soggettiva del fallimento⁴². Peraltro, la sentenza dichiarativa rileverebbe nel diritto penale e processuale unicamente quale precedente giudiziale circa lo *status* di fallito ed i relativi presupposti, così concretizzando la qualifica di 'imprenditore fallito', in relazione alla quale sarebbe escluso ogni giudizio di meritevolezza di pena⁴³.

Nondimeno, con quella che pare una parziale contraddizione in termini, si avverte la necessità di inserire un correttivo per rendere coerente il sistema della bancarotta, in astratto considerato, rispetto ad una realizzazione dei delitti cronologicamente molto anticipata rispetto al fallimento: in particolare, si osserva che potrebbe giocare un ruolo fondamentale la prescrizione del reato, il cui decorso si legherebbe alla commissione del fatto, e che per i fatti commessi «prima che tale termine sia decorso, il dolo richiesto per questo delitto non potrà configurarsi dove il fallimento non sia previsto dall'agente (e perciò in molti casi bisognerà escludere il reato anche se ancora non sono trascorsi dieci anni)»⁴⁴.

Le conclusioni della teoria in esame si possono dunque compendiare in un triplice dato: in primo luogo, l'accertamento dell'insolvenza, sconnesso dalla formale dichia-

³⁹ Così, ad esempio, K. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, Leipzig 1896-1901, 425 ss., il quale accostava, appunto, lo *status* del fallito a quello del pubblico ufficiale nei reati contro la pubblica amministrazione.

⁴⁰ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 56 ss.

⁴¹ Per ulteriori approfondimenti cfr. G. Bettiol, *Sul reato proprio*, Milano 1939, 11 ss. e 25 ss.; M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano 2004, 137 ss.; A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano 2005, in part. 99 ss.

⁴² A. Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 855.

⁴³ A. Pagliaro, *Problemi attuali*, cit., 523, il quale rileva che in questo è riscontrabile il «nocciolo di verità» della teoria della condizione estrinseca.

⁴⁴ A. Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 855 ss.

razione della medesima, non assumerebbe alcun rilievo, non essendo un elemento di fattispecie; in secondo luogo, la pronuncia del tribunale fallimentare esonererebbe il giudice penale dall'accertamento dell'insolvenza (salvi i casi previsti all'art. 217, n. 4, e all'art. 223, comma 2, n. 2, l.f.); in terzo luogo, qualora vi fosse una vittoriosa opposizione al fallimento, il giudice dovrebbe prosciogliere l'imputato⁴⁵.

La tesi proposta presenta, tuttavia, due importanti criticità.

La prima attiene alla questione di fondo relativa al modo stesso di intendere la tutela penal-fallimentare: l'adesione alla tesi in parola porta con sé il rischio di connotare eccessivamente l'offesa nel senso della violazione dei doveri di fedeltà e di corretta amministrazione dell'impresa – coerente col riconoscimento di un oggetto giuridico sovraindividuale –, laddove la restrizione soggettiva dei delitti fallimentari non sembra presiedere a tale scopo.

In seconda battuta, nella prospettiva in esame si ammette che il reato possa essere 'a soggetto qualificato differito', ovvero sia che possa essere commesso da un imprenditore che solo successivamente guadagnerà la qualifica di fallito. Ciò, però, sembra comportare una forzatura concettuale della categoria dei reati propri e dei relativi meccanismi di imputazione⁴⁶, in particolare sotto il profilo dell'irretroattività della legge penale⁴⁷, peraltro in relazione ad un accadimento estraneo alla condotta e al controllo diretto dell'agente⁴⁸ (salvo, ovviamente, il caso della richiesta di fallimento in proprio, che comunque costituisce soltanto uno dei tasselli che conducono alla sentenza dichiarativa).

1.4 – La tesi della sentenza dichiarativa quale condizione di procedibilità

Nello sforzo di collocare la dichiarazione di fallimento in una posizione maggiormente 'dominabile', v'è chi ha proposto di intenderla quale mero fatto processuale, ossia come una semplice condizione di procedibilità del reato⁴⁹. In questo senso, la declaratoria fallimentare sarebbe del tutto estranea all'ambito di tutela della norma penale, trattandosi di un elemento che troverebbe già integrata, anche nelle note lesive, la fattispecie della bancarotta⁵⁰. In effetti, avuto riguardo al modo di intendere

⁴⁵ Ancora Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 857.

⁴⁶ U. Giuliani Balestrino, *La funzione della sentenza di fallimento nei reati concorsuali*, in *Giur. it.*, 1958, II, 297; G. Casaroli, "Fallimento" e bancarotta, cit., 284.

⁴⁷ Così, in particolare, U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 47: «La gravità dell'affermazione non può sfuggire ad alcuno: ragionando a questo modo, un reato comune potrebbe integrare, per susseguente chiamata alle armi del reo, gli estremi del reato militare».

⁴⁸ G. L. Perdonò, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento*, cit., 452; M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 39.

⁴⁹ In questi termini, da ultimo, U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 25 ss. Analogamente, in passato, si sono espressi P. De Gennaro, *La bancarotta*, Napoli 1930, 39 ss. e 164 ss., il quale riteneva tuttavia opportuno distinguere tra l'insolvenza (quale condizione di punibilità) ed il fallimento (inteso come condizione di procedibilità), nonché G. Foschini, *Il delitto di bancarotta e la dichiarazione di fallimento*, in *Id.*, *Reati e pene. Studi*, Milano 1960, 59 ss. e 71, che si muoveva prevalentemente sul piano della pregiudizialità della dichiarazione rispetto alla responsabilità penale.

⁵⁰ *Contra* C. F. Grosso, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 566.

la dichiarazione di fallimento, ciò su cui nessuna delle teoriche avanza sospetti è il costante riferimento agli interessi patrimoniali dei creditori, della lesione dei quali la procedura concorsuale è senz'altro riflesso.

Com'è noto, la distinzione che separa le condizioni di procedibilità da quelle di punibilità si centra sul fatto che le prime sarebbero atti finalizzati al 'dover procedere', elidendo un ostacolo di natura strettamente processuale, laddove le seconde incarnerebbero un elemento fattuale condizionante che non afferisce alla dinamica procedimentale e che, peraltro, non dipende necessariamente dalla volontà del soggetto (attivo o passivo) del reato⁵¹. In sostanza, mentre le condizioni di procedibilità riflettono la rimessione al caso concreto del bilanciamento degli interessi del conflitto sociale, le condizioni di punibilità si giustificerebbero nello scarto intercorrente tra la meritevolezza di pena e il bisogno di punizione di una data condotta, letto in chiave assoluta, di offensività, valoriale. In breve: le condizioni di punibilità sono fatti giuridici tipizzati nel modello legale delle fattispecie incriminatrici, il cui difetto iniziale comporta l'applicazione del principio del *ne bis in idem*; al contrario, le condizioni di procedibilità, intese quali di atti giuridici, sono normate in disposizioni specifiche e rivolte a tutte le fattispecie potenzialmente coinvolte, ed il loro difetto iniziale non impedisce certamente il *bis in idem*⁵².

Pare dunque necessario tenere ferma la distinzione tra gli atti giuridici, nei quali rientrano le condizioni di procedibilità, e i fatti giuridici, laddove si inseriscono le condizioni di punibilità: in questo senso, la sentenza dichiarativa di fallimento non sembra essere un atto giuridico destinato al processo penale o con esso coordinato; più semplicemente è una condizione necessaria per la punibilità del fatto, il che esclude in radice la possibilità di intendere il fallimento come condizione di procedibilità⁵³. Alla medesima conclusione si giunge, peraltro, avendo riguardo alla disciplina recata dall'art. 238, comma 2, l.f., laddove è chiaramente consentito al pubblico ministero di intraprendere l'azione penale in un momento in cui non è ancora formalizzata la dichiarazione fallimentare, eventualmente anche richiedendo l'applicazione di misure cautelari personali⁵⁴.

⁵¹ Sul rapporto tra condizioni di procedibilità e di punibilità in relazione agli illeciti fallimentari cfr. G. L. Perdonò, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento*, cit., 475 ss. Più in generale, senza pretesa di completezza, si vedano F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 52; G. Neppi Modona, *Concezione realistica*, cit., 184 ss.; R. Zanotti, *Riflessioni*, cit., 82 ss.; A. Gaito, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, 804 ss.; U. Giuliani Balestrino, *Le condizioni di punibilità*, cit., 3 ss.; F. Angioni, *Condizioni di punibilità*, cit., 1469 ss.; P. Violante, *Condizioni obbiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? (Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma)*, in *Ind. pen.*, 1994, 601 ss.; R. Orlandi, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino 1995, 42 ss.; A. Gaito, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano 1998, 734 ss.; D. Spuri, *Alcune osservazioni*, cit., 1177 ss.

⁵² Così D. Spuri, *Alcune osservazioni*, cit., 1179.

⁵³ In questi termini G. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 107; in senso analogo anche G. Tranchina, *Riflessioni intorno all'art. 238 legge fall.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 724 ss.

⁵⁴ Da ultimo, sul punto, cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 settembre 2016, n. 39361, in *CED-SentenzeWEB*; in senso conforme cfr. Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 2012, n. 16000, in *CED*, rv. 252309, e Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2005, n. 8363, in *CED*, rv. 233236.

1.5 – Il fallimento nel fatto: il modello dell'imputazione oggettiva

Una parte più recente dell'elaborazione dottrinale in tema di bancarotta, pur con notevoli diversità, avverte la necessità di inserire la declaratoria di fallimento all'interno del fatto tipico di bancarotta, ritenendo insufficiente la sua collocazione nell'alveo delle condizioni obiettive o in una prospettiva del tutto esterna all'incriminazione.

Una prima via interpretativa richiama la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento allo scopo di superare l'*empasse* sulla necessità o meno di legare in termini di derivazione causale il fallimento con la condotta tipizzata, e muovendo dalla critica della teoria condizionale, sia nella variante intrinseca che nella variante estrinseca. In particolare, il rilievo più severo si fonda sul fatto che quelle teorie, pur incentrandosi sul disvalore proprio della condotta, non riuscirebbero a dare compiutamente conto del motivo per cui non solo la punibilità, ma la stessa illiceità risulti vincolata ad un futuro ed incerto accadimento; dire che il fallimento attualizza l'offesa latente, in questa prospettiva, significherebbe nascondere il fatto che senza di esso l'offesa non vi sarebbe. Peraltro, la contraddizione evidenziata avrebbe non pochi riflessi sulla stessa efficacia preventiva delle norme incriminatrici, atteso che l'ordinamento si troverebbe a sanzionare le condotte tipizzate unicamente in caso di insuccesso imprenditoriale, rinunciando così alla più pregnante funzione di orientare il comportamento degli operatori economici al momento della loro commissione⁵⁵. Così, parte della dottrina ritiene più opportuno segnalare la necessità di un'effettiva ascrizione del fallimento – o, meglio, del suo presupposto materiale, ossia l'insolvenza – al soggetto agente, secondo il modello dell'imputazione oggettiva⁵⁶.

⁵⁵ Così A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 379.

⁵⁶ La tesi è sostenuta, in particolare, da M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 53; in senso analogo si esprimono P. Bartolo, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Roma 2009, 89 ss.; N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 17 ss.; A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 379. La teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento deve il suo successo agli studi di C. Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Honig*, Göttingen 1970, 133 ss., e Id., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, 83 ss. (tr. it. a cura di S. Moccia di *Die Problematik der objektiven Zurechnung*), che ha notoriamente portato a compimento le riflessioni di Larenz e Honig fondate sull'idealismo hegeliano (K. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre un der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus un zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig 1927; R. Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen 1930, 174 ss.), e ne ha decretato una diffusione mondiale, soprattutto nei paesi di lingua spagnola (da ultimo, cfr. M. Cancio Meliá, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika: Gegenwart und Zukunft*, in *GA*, 2016, 497 ss.). La dottrina italiana, al contrario, ha dimostrato una certa ritrosia ad accettarla, pur essendosene occupata da una molteplicità di prospettive; senza alcuna pretesa di esaustività si vedano A. R. Castaldo, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 231 ss. e 252 ss.; M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss. e 1114 ss.; A. R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989, in part. 59 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 383 ss.; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 291 ss.; G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

Com'è noto, in via di prima approssimazione si può dire che l'*iter* logico della teoria in esame si compone di alcuni snodi centrali, che, nell'intenzione dei suoi sostenitori, non elidono il giudizio causale, ma ad esso si affiancano quali parametri integrativi. In particolare: (i) l'autore deve aver dato luogo ad una condizione necessaria dell'evento, (ii) mediante la generazione di un rischio-pericolo non consentito, (iii) la cui concretizzazione è proprio l'evento verificatosi. In breve, si deve poter dire che la norma di comportamento violata era, in previsione ed in retrospettiva, anche adeguata all'impedimento dell'evento, per come concretamente venuto ad esistenza⁵⁷. Il nesso di rischio sarebbe necessitato dall'ossequio al principio di offensività e al principio costituzionale di responsabilità personale (per fatto proprio e) colpevole: le ipotesi dell'art. 216 l.f. dovrebbero connotarsi per la loro idoneità *ex ante* a relazionarsi al pericolo di insolvenza, come presupposto o conseguenza della condotta, venendo meno tale legame nelle ipotesi di neutralizzazione del pericolo, ovvero proprio nel caso dell'assenza concreta del nesso di rischio⁵⁸.

La teoria dell'imputazione obiettiva in ambito fallimentare attecchisce su una sensibilità già presente nell'elaborazione dottrinale, in seno alla quale è da molto tempo presente l'attenzione verso il legame tra la condotta e l'insolvenza, imponendo la verifica circa il fatto che il danno economico prodotto ai creditori sia diverso, e più grave, di quello che si sarebbe verificato ove l'imprenditore non avesse posto in essere il comportamento illecito⁵⁹. A ben vedere, pur con tutte le diversità, la teoria in esame costituisce una specializzazione della tesi della 'zona di rischio', differenziandosi da quest'ultima per l'affermazione che la bancarotta patrimoniale non è realizzabile solo in costanza d'insolvenza, bensì richiederebbe, appunto, un nesso di rischio tra la condotta e il fallimento-insolvenza. Si converte, quindi, la 'zona di rischio' in un'area di 'rischio consentito', che si comprimereb-

1991, 3 ss.; A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 93 ss.; E. Morselli, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 11 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 400 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1464 ss.; G. Fiandaca, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945 ss.; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, in part. 37 ss., 61 ss. e 127 ss.; A. Pagliaro, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano 2007, 153 ss.; C. Longobardo, *Sui rapporti tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 649 ss.; M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 635 ss. (cui si rimanda anche per le copiose indicazioni bibliografiche internazionali: 710 ss.); Id., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.; C. Longobardo, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli 2011, 263 ss.; L. Cornacchia, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 247 ss.; G. Caruso, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino 2013, in part. 107 ss.; A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 365 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2016⁵, 207 ss.; M. Ronco, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 487 ss.

⁵⁷ B. Schünemann, *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 215.

⁵⁸ Così M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 56 ss.

⁵⁹ C. F. Grosso, *Osservazioni*, cit., 570.

be già in presenza di una situazione di crisi, cioè prima del consolidarsi di una vera e propria situazione d'insolvenza⁶⁰. Il vantaggio ricavabile è l'oggettiva delimitazione dei confini del rischio, contribuendo a ridurre l'attrito tra disciplina fallimentare e le disposizioni penali.

La premessa fondamentale, in parte anticipata, riguarda la precisa delimitazione di alcuni concetti ricorrenti, ed in particolare del 'fallimento', del 'dissesto' e della 'insolvenza', ai quali vanno senz'altro attribuiti, qual che sia l'opzione teorica prescelta, precise aree semantiche di riferimento⁶¹.

Lo stato di 'insolvenza', secondo la nozione extrapenale (art. 5, comma 2, l.f.), è una condizione strutturale di incapacità di soddisfare le obbligazioni assunte, alla scadenza pattuita e con normali mezzi di pagamento; costituisce il presupposto essenziale per la dichiarazione di fallimento, qualificandosi per il non essere transiente e per essere sviluppato su un arco temporale non meramente momentaneo, anche se non necessariamente definitivo (la reversibilità, infatti, non esclude la condizione d'insolvenza). In ciò si distaccherebbe dallo 'stato di crisi' – per sua natura momentaneo e tipico, non per caso, delle altre procedure concorsuali e degli strumenti di accordo con i creditori – nonché dal 'sovraindebitamento' disciplinato dall'art. 6 legge 27 gennaio 2012, n. 3, che è il presupposto di speciali accordi proponibili anche dal soggetto non fallibile, nei quali il profilo finanziario e patrimoniale si fondono⁶².

Il 'dissesto' incarna un evento quantitativo: rappresenta un apprezzabile squilibrio di risorse economiche che assume rilevanza solo unitamente all'insolvenza, essendo altrimenti indifferente ai fini delle procedure concorsuali in senso stretto; a differenza della prima, può essere concepito in termini gradati, di misurabilità, e fi-

⁶⁰ A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 391.

⁶¹ Circa la necessità di distinguere il fallimento dall'insolvenza e, più in generale, i concetti di base della disciplina, si vedano A. Crespi, *I trent'anni della legge fallimentare*, cit., 125 ss.; A. Perini, *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 723 ss.; M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 48; G. Flora, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 899 ss.; F. Viganò, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013; G. Chiaraviglio, *Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 697 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, in *Gli effetti del fallimento*, parte del *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, vol. III, Torino 2014, 885 ss.; F. Sgubbi, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 687 ss. *Contra*, nel senso di un uso indifferenziato dei termini, per tutti, G. Montanara, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 309, e G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 80.

⁶² In tema L. Pistorelli, *Sui profili penalistici della nuova procedura per la risoluzione delle crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili (art. 19 l. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2012; V. Spinosa, *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 787 ss.; M. Masucci, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione di beni del debitore*, in *Gli effetti del fallimento*, parte di *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, vol. III, Torino 2014, 1039 ss.

anche di ‘aggravamento’ (si pensi all’art. 224, n. 2, l.f.), laddove l’insolvenza è invece uno *status* soggettivo insuscettibile di sfumatura⁶³.

Il ‘fallimento’, infine, rappresenta un dato processuale, un fatto di terzi – in specie del tribunale fallimentare, anche ove richiesto in proprio – ancorato al presupposto sostanziale qualificante dello stato di insolvenza e limitato ai soggetti e alle soglie di rilevanza previsti ai sensi dell’art. 1 l.f.; a questo elemento sembra doversi assegnare una funzione puramente condizionante della punibilità, nella specie della condizione estrinseca, essendo del tutto slegato dal disvalore del fatto tipico. Anche al di là della formulazione testuale delle norme, militerebbero in tal senso la clausola prevista all’art. 238, comma 2, che consente l’avvio del procedimento penale anche in assenza della sentenza dichiarativa⁶⁴, nonché il regime della cognizione delle questioni pregiudiziali imposto dagli artt. 2, 3 e 479 c.p.p., su cui si tornerà in seguito⁶⁵. Diversamente opinando, se la dichiarazione svolgesse un ruolo fondativo dell’offensività dei delitti in esame, così come costantemente affermato in giurisprudenza (salve rare e recenti eccezioni⁶⁶), si dovrebbe correlativamente ammettere il paradosso di un processo penale iniziato (o proseguito) in assenza di una cospicua porzione del fatto che si intende addebitare⁶⁷.

La distinzione proposta assume ancor più significato laddove si consideri che la normativa fallimentare si preoccupa di definire soltanto l’insolvenza, mentre la legge penale impiega quasi costantemente il termine ‘dissesto’ (art. 217, n. 4; art. 223, comma 2, n. 1; art. 224, n. 2, l.f.), talora assieme allo ‘stato di insolvenza’ (art. 218 l.f.) e solo in un caso richiama direttamente il ‘fallimento’ (art. 223, comma 2, n. 2).

Riassumendo, sono tre i passaggi argomentativi che fondano la teoria dell’imputazione obiettiva dell’insolvenza, intesa quale presupposto sostanziale della procedura concorsuale. Un primo argomento si fonda sulla necessità teleologica di ravvisare necessariamente almeno il pericolo per i diritti del ceto creditorio, concretato dall’estromissione o dall’inattingibilità, totale o parziale, dei beni dell’imprenditore, nel contesto di uno squilibrio tra attività e passività⁶⁸. Il secondo passaggio impone di stabilire, da un lato, la rischiosità intrinseca della condotta, in una prospettiva *ex ante*, nonché la ragionevolezza del nesso di rischio tra quest’ultima e l’insolvenza, senza che possa bastare l’obiettiva idoneità a intaccare la garanzia patrimoniale⁶⁹ (che quasi indefettibilmente ricorre in ogni operazione *lato sensu* speculativa⁷⁰). Infine, risulta essenziale appurare un nesso di rischio, pur

⁶³ *Contra* A. Alessandri, *Profili penali*, cit., 29.

⁶⁴ G. Tranchina, *Riflessioni intorno all’art. 238 legge fall.*, cit., 720 ss.; A. Pagliaro, *Disposizioni di procedura*, in L. Conti, *Il diritto penale dell’impresa*, Padova 2001, 679 ss.; F. Sgubbi, *Crisi d’impresa*, cit., 667 ss.

⁶⁵ V. *infra*, § 4.1.

⁶⁶ Al netto della sentenza *Corvetta* (Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437 ss., su cui si tornerà nel paragrafo seguente), la svolta più recente è stata impressa dalla già ricordata sentenza *Santoro* (Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, cit.), la quale giunge a sposare l’idea che la sentenza dichiarativa costituisca una mera condizione obiettiva di punibilità.

⁶⁷ Così, per tutti, G. Casaroli, “*Fallimento*” e *bancarotta*, cit., 317 e nota 124.

⁶⁸ Così C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 67 ss.

⁶⁹ M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 56.

⁷⁰ In tema C. F. Grosso, *Osservazioni*, cit., 570.

non richiedendosi una derivazione causale tra distrazione e insolvenza⁷¹, essendo al contrario sufficiente che la condotta si relazioni al pericolo dell'insolvenza come presupposto o come conseguenza.

In conclusione, può affermarsi che le operazioni economicamente corrette non possano mai essere punite a titolo di bancarotta, poiché l'adeguatezza ne elide i profili di rischio: in questo senso, si profila chiaramente la fallacia della tesi che vuole l'imprenditore perennemente soggetto al rischio penale della bancarotta, in quanto tenuto in ogni tempo a farsi carico della garanzia dei creditori ai sensi dell'art. 2740 c.c.⁷². Come si è precedentemente messo in luce, il creditore è tutelato per il rapporto obbligatorio che instaura con l'imprenditore, nell'ambito, però, di una classe di soggetti che ricomprende tutti gli appartenenti alla 'comunità di pericolo', la quale può mostrare un – diverso e più significativo – interesse all'andamento della gestione soltanto qualora si inneschi la crisi aziendale. Pertanto, occorre conseguentemente ritenere che tanto più la condotta incriminata risulta distante dall'insolvenza, quanto più la destinazione dei beni in funzione del soddisfacimento del credito si deve attenuare; al contrario, con l'approssimarsi di una crisi, «il debitore dovrà ponderare l'interesse alla prosecuzione dell'impresa con quello dei creditori, vedendo conseguentemente restringersi l'area di rischio consentito. Senza che per questo gli sia interdetto ogni atto di disposizione che possa comportare un peggioramento della capacità di adempiere, essendo l'insolvenza un rischio almeno in parte socialmente condiviso con i creditori»⁷³.

Pur approfondendo meritoriamente gli approdi della teoria della 'zona di rischio', la tesi in esame non è esente da rilievi critici.

Da un lato, vi si oppone la testualità delle norme in tema di bancarotta, muta rispetto l'inclusione nel fatto tipico dell'insolvenza; nondimeno, ed efficacemente, si osserva di rimando che l'espressione «se è dichiarato fallito», postulerebbe proprio l'accertamento dello stato d'insolvenza⁷⁴.

Dall'altro, più persuasivamente, si critica l'adesione stessa alla teoria dell'imputazione obiettiva, nonché la sua applicazione al novero dei reati fallimentari. Rimandando al prosieguo le considerazioni di ordine generale, sul piano specifico della sua applicazione nell'ambito fallimentare si può in primo luogo rilevare che ogni condotta di bancarotta tipizzata – salva, in parte, l'ipotesi preferenziale – presenta uno spiccato disvalore d'azione, cosicché parrebbe difficilmente individuabile un 'rischio consentito' al di fuori del riferimento allo stato d'insolvenza; difatti, se la teoria ha il merito di provare a selezionare tra i fatti causalmente legati alla condotta,

⁷¹ Ancora M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 53 ss.; per un (timido) riconoscimento giurisprudenziale degli asserti di fondo della teoria in esame, si veda Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2013, n. 8369, in *CED*, rv. 259038: «Ne consegue che ogni atto distrattivo, purché di significativa rilevanza, assume rilievo ai sensi dell'art. 216 l. fall. in caso di fallimento, indipendentemente dalla sua idoneità a provocare il fallimento sociale».

⁷² Così G. G. Sandrelli, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss.

⁷³ A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 386.

⁷⁴ Ancora A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 389.

circoscrivendola, specie con riguardo ai reati a forma libera⁷⁵, non sembra riuscire nel medesimo intento con riferimento ai reati a forma vincolata, nei quali il legislatore non ha inteso individuare un antecedente logico del rischio riprovevole, ma selezionare alcune forme di aggressione ad un bene giuridico ritenuto immeritevole di una più libera forma di tutela. In secondo luogo, andrebbe chiaramente risolto un ultimo interrogativo afferente al momento del giudizio di aumento di rischio: in una prospettiva *ex ante*, infatti, esso perde gran parte del suo carattere di obiettività, dovendosi necessariamente ancorare a dati soggettivamente o socialmente individualizzanti⁷⁶; in una prospettiva *ex post*, invece, sembra più radicalmente perdere ogni capacità selettiva, ma sul punto si tornerà in seguito⁷⁷.

1.6 – (segue) Il modello causalistico dell’insolvenza-evento

Nell’ottica di una ancor maggiore compenetrazione tra presupposti del fallimento e delitti di bancarotta, un ulteriore modello dottrinale inquadra il fallimento quale evento dei reati di bancarotta pre-fallimentare (anche propria)⁷⁸.

In particolare, si rileva l’impossibilità di legare il dolo specifico di danno all’ipotesi della bancarotta patrimoniale e la necessaria finalità lesiva concreta della condotta tipizzata: in prima battuta, si osserva che la condotta pare incidere sui presupposti sostanziali della sentenza dichiarativa di fallimento, con un dolo che si rivolge alla creazione, all’aggravamento o alla perpetuazione della situazione di disarticolazione patrimoniale; in secondo luogo, in considerazione dell’attivazione delle fattispecie solo con la formale dichiarazione di fallimento, si mette anche in luce che il danno per la massa si concretizzerebbe a quel dato momento, legandosi così inscindibilmente – anche dal punto di vista disvaloriale – alla sentenza civile, e imponendo il superamento della qualificazione condizionante del fallimento, in favore di una sua inclusione del novero degli elementi essenziali del reato⁷⁹.

Naturalmente, facendo propria la già vista partizione concettuale tra insolvenza, dissesto e fallimento, la tesi in esame ritiene che l’evento debba essere costituito dalla prima, quale presupposto essenziale per la sentenza dichiarativa, da qualificarsi invece come condizione obiettiva. Quest’ultima, infatti, pur avendo natura costitutiva, e non già meramente dichiarativa⁸⁰, non concentrerebbe in sé la sostanza del di-

⁷⁵ In tema G. de Vero, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino 2012², 467.

⁷⁶ U. Kindäuser, *Imputazione oggettiva e soggettiva del delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 59 ss. ed in part. 69 ss. (tr. it. a cura di M. Borghi e A. Schlack di *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*, in *Festschrift für Joachim Hrushcka*, Berlino 2005, 527 ss.).

⁷⁷ V. *infra*, § 3.

⁷⁸ Così G. Flora, *Verso una “nuova stagione”*, cit., 899; G. Chiaraviglio, *Il fallimento è evento*, cit., 695 ss.; F. Moretti, *Finalmente anche per la bancarotta valgono i principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 2013, 299 ss.; M. Zanchetti, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 143.

⁷⁹ In questi esatti termini G. Flora, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 339.

⁸⁰ Così Cass. civ., Sez. Un., 4 dicembre 2007, n. 26619, in *Foro it.*, 2008, 803. In tema, cfr. A. Patti, *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 2002, 1033 ss.; G. L. Soana, *I reati fallimentari*, Milano 2012, 55.

svalore penale del fatto, non potendo aspirare ad assurgere al rango di elemento costitutivo del reato secondo i dettami della giurisprudenza costituzionale inaugurata nel 1988⁸¹.

La tesi si pone l'obiettivo di far fronte a talune delle ambiguità presenti nella teoria della bancarotta 'condizionata', soprattutto rispetto alla questione dell'attualizzazione dell'offesa al momento del fallimento, rivendicando l'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale fallimentare, anche quale reazione ad un diritto vivente troppo a lungo sordo alle istanze della personalizzazione dell'illecito.

Tanto celebre, quanto criticata, è l'isolata pronuncia di legittimità – la sentenza *Corvetta* – che ha sposato questi argomenti, venendo peraltro contraddetta dalla medesima Sezione e dal medesimo Collegio, il medesimo giorno⁸²: in quell'occasione, infatti, la Suprema Corte ha affermato che il dissesto (e la dichiarazione fallimentare) costituiscono l'evento del reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, anche – e, forse, soprattutto – per eludere le notevoli questioni di legittimità avanzate dalle difese degli imputati⁸³.

L'argomentazione della sentenza *Corvetta* ruota principalmente attorno a due fuochi. Da un lato, si osserva che la valorizzazione giurisprudenziale della dichiarazione di fallimento quale 'condizione di esistenza' del reato necessiterebbe di una pari valorizzazione in punto di causalità e di copertura psicologica; difatti, o un accadimento rileva come elemento costitutivo della fattispecie, ovvero come condizione obiettiva, come tale esterna al fatto: *tertium non datur*⁸⁴. In questa prospettiva, la Suprema Corte rileva che ogni altra qualificazione sarebbe pertanto scorretta, «grammaticata», e dunque bisognosa di un correttivo interpretativo. Dall'altro lato,

⁸¹ Il riferimento è ovviamente a Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con note di D. Pulitanò, *Una sentenza storica*, cit., 699 ss.; G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, 1385 ss.; T. Padovani, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, 449 ss.; G. Vassalli, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 1 ss.

⁸² Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss., con note di G. G. Sandrelli, *Note critiche*, cit., 1429 ss.; A. C. Spagnuolo, *"Revirement" della Corte di cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?*, *ivi*, 2772 ss.; F. Mucciarelli, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437 ss.; L. Troyer, A. Ingrassia, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le soc.*, 2013, 339 ss.; U. Giuliani Balestrino, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 157 ss.; F. Viganò, *Una sentenza controcorrente*, cit., 1 ss. Sul tema, ancora, si vedano F. D'Alessandro, *Reati di bancarotta*, cit., 356 ss.; F. Viganò, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013; A. Lanzi, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.; L. Beltrami, *Il ruolo della sentenza di fallimento nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: le contraddizioni della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2014, 85 ss.; F. Mucciarelli, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta*, cit., 1 ss.; G. Casaroli, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 281 ss.; G. Flora, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 325 ss.

⁸³ Per una prospettiva privilegiata cfr. A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2016, 1 ss.

⁸⁴ A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa"*, cit., 34.

si sottolinea che, in difetto, l'imprenditore che riuscisse ad ottenere il consenso ad una procedura di soluzione negoziata della crisi non sarebbe punibile, pur con gravi distrazioni pregresse, mentre incorrerebbe nella sanzione penale l'imprenditore che compie un atto di distrazione di modesta entità e risalente nel tempo, se non dovesse incontrare il favore dei creditori, anche se il dissesto dell'impresa dipendesse esclusivamente da fattori esterni alla sua condotta.

Lo sforzo manifestato nella pronuncia appena menzionata, diretto alla ricomposizione della frattura tra i principî costituzionali e la disciplina penale del fallimento, è stata oggetto di rilievi critici principalmente sotto il punto di vista della struttura dell'enunciato normativo, che non lascerebbe in alcun caso la possibilità di intendere il fallimento quale evento del reato in esame. Al di là del merito della soluzione tecnica prescelta, la pronuncia tenta di ricondurre a sistema le incriminazioni di bancarotta, ed in particolare le ipotesi di bancarotta propria e impropria: viene chiaramente rilevato che, a parità di limiti edittali di pena, quest'ultima fattispecie richiede espressamente un nesso causale tra le condotte tipiche ed il dissesto, e che a ciò dovrebbe corrispondere un'eguale valutazione disvaloriale, in ossequio, ancora una volta, all'art. 3 Cost.; il che, ancora, dovrebbe indurre a ritenere sussistente il nesso causale anche con riferimento alla prima delle incriminazioni anzidette⁸⁵.

Pur con tali lodevoli premesse, restano non pochi i risvolti problematici sollevati (ed insoluti) dall'adesione alla teoria in parola.

La prima classe di rilievi appartiene alla formulazione normativa, che non consente di assimilare in alcun modo la bancarotta propria e quella impropria, laddove è tipizzata la derivazione causale del dissesto/fallimento, che anzi costituisce un indice testuale a favore di opposti orientamenti; del resto, già la stessa locuzione «se dichiarato fallito» sembra semanticamente incapace di rappresentare l'evento del reato, se non in una prospettiva che si collochi oltre i limiti dell'interpretazione, sia essa costituzionalmente orientata o meno. Peraltro, in senso diametralmente opposto si pronuncia la Relazione ministeriale, laddove si osserva che «la configurazione del fallimento come evento del reato indebolirebbe troppo la difesa penale del credito che alimenta le imprese commerciali», e che quindi la dichiarazione svolge un ruolo puramente condizionante⁸⁶.

In secondo luogo, si è detto che la storia della bancarotta si lega alle vicende dell'emersione e al distacco di quanto è autenticamente penale dai profili più intimamente civilistici; processo assai lungo ed in parte ancora incompiuto. La scelta per l'insolvenza-evento, in questa prospettiva, rischia di schiacciare il reato sulla rilevanza concorsuale della stessa – peraltro accertata ben prima dell'inizio del procedimento penale – con due possibili conseguenze: la surrettizia pubblicizzazione dell'oggetto giuridico e il correlativo arretramento della soglia di tutela sul pericolo

⁸⁵ *Contra*, per tutti, F. Mucciarelli, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., 445.

⁸⁶ *Disciplina del fallimento*, cit., 47 ss.

presunto, atteso che l'evento dannoso risulterebbe essere già presente *in re ipsa*⁸⁷ e per di più eventualmente correlato a cause del tutto imprevedibili⁸⁸.

Ancora, pur facendone il suo tratto distintivo, l'orientamento in esame non si avventura apertamente sul tema della definizione del nesso di causa tra insolvenza-fallimento e condotta dell'agente, affidando il profilo selettivo della punibilità al solo elemento soggettivo (in parziale assonanza con la tesi dell'estensione del dolo specifico)⁸⁹.

Da ultimo, la critica più pregnante investe il fatto che non si riuscirebbe a giustificare l'omogeneità della bancarotta fraudolenta documentale, in relazione alla quale, proprio in ossequio al principio di uguaglianza, dovrebbe richiedersi la derivazione causale del dissesto, che appare difficilmente concepibile⁹⁰. La sentenza *Corvetta*, peraltro, si occupa esplicitamente della questione, affermando che nulla osterebbe a che la dichiarazione di fallimento assuma una diversa funzione in ragione dell'incriminazione evocata, correlandosi alla consapevolezza della prossimità della dichiarazione, ricavabile dal dolo specifico (che esprime un'attività decettiva nei confronti dei creditori) e dalla stessa fenomenologia dell'illecito (da sempre inscindibilmente legato, nei fatti, alle ipotesi patrimoniali).

Si aggiunga, poi, che in relazione alle ipotesi di bancarotta 'extra-fallimentare', dovute all'instaurazione di altre procedure concorsuali, la tesi in esame sembra peccare per eccesso, laddove pretende di equiparare lo stato di crisi all'insolvenza conclamata quali eventi delle rispettive ipotesi, e ciò sia dal punto di vista dell'offesa che sul piano sanzionatorio; al contrario, dal punto di vista sistematico peccerebbe per difetto, laddove volesse distinguere i fatti di frode, assegnando loro una distinta disciplina, in considerazione della qualità della procedura attivata⁹¹. A ben vedere – ma sul punto si tornerà più avanti⁹² – le altre procedure concorsuali tendono ad evitare la liquidazione del patrimonio del debitore in favore del risanamento e, dunque, proprio dell'elisione del pregiudizio rappresentato dall'insolvenza.

Buona parte delle critiche suddette sono state successivamente formalizzate in una delle più significative pronunce di legittimità in tema di bancarotta (la c.d. sentenza *Parmalat 2015*⁹³) – nella quale si è osservato che le condotte indicate all'art.

⁸⁷ N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 17.

⁸⁸ Così già T. Padovani, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 691.

⁸⁹ A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 378.

⁹⁰ Nel senso di una possibile concordanza anche in relazione alla bancarotta documentale, in ragione dell'effetto prodotto sulla garanzia dei creditori, cfr. M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 395 ss.; in senso analogo G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, cit., 1189, che sottolinea la necessità di oggettivare il dolo specifico della fattispecie.

⁹¹ N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 18.

⁹² V. Cap. III, § 2.2 e § 2.3.

⁹³ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *CED*, rv. 263804, con nota di C. Bray, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015; Al. Rossi, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose"*: peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso *Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2015. Sulla sentenza *Parmalat 2015* e sulla precedente sentenza *Parmalat 2014* (Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015, con nota di F. Balato, *Sentenze Parmalat Vs. Corvetta: il dilemma della struttura della*

216 l.f. avrebbero in sé una sufficiente carica di offensività, resa attuale dal venire ad esistenza giuridica del fallimento, che sarebbe però estraneo al fuoco dell'offesa. La sentenza citata pare così riprendere le premesse della teoria della bancarotta 'condizionata', tuttavia traendone conseguenze incongrue, soprattutto in punto di qualificazione del fallimento, che continua a restare un 'elemento essenziale/condizione di esistenza' del reato. Assai significativo, tuttavia, è il recepimento della distinzione tra le nozioni di 'dichiarazione di fallimento', 'fallimento'/(insolvenza) e 'dissesto': la Corte, rilevando il dato per cui la dichiarazione di fallimento è richiamata nelle fattispecie penal-fallimentari nella sua veste di provvedimento giurisdizionale, e che l'insolvenza null'altro è se non il presupposto 'sostanziale' del fallimento, disegna un'ulteriore partizione con riferimento al dissesto, il quale sarebbe un concetto non qualitativo, bensì quantitativo, misurabile e finanche suscettibile di essere causato dalla condotta del soggetto agente.

2. Il superamento della tesi giurisprudenziale del fallimento quale 'condizione di esistenza del reato'

L'ultimo orientamento da prendere in esame è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, pur avendo radici in alcune posizioni dottrinali⁹⁴, e tende a considerare il fallimento una 'condizione di esistenza' del reato. La denominazione indicata, invero, è stata oggetto di plurime mutazioni lessicali, che tuttavia ne hanno lasciato del tutto inalterato il contenuto sostanziale: così, da 'condizione di esistenza del reato'⁹⁵, si è passati alla qualificazione come 'elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato' o 'elemento normativo interno alla fattispecie'⁹⁶, ovvero come 'elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti'⁹⁷, ovvero ancora come 'elemento costitutivo del reato in senso improprio'⁹⁸. L'elencazione nominalistica potrebbe continuare, senza tuttavia essere in alcun modo dirimente: come si vedrà, alla varietà terminologica si associa l'assoluta identità della disciplina, peraltro confermata anche dal recente *revirement* che ha visto la Suprema Corte sposare la tesi della bancarotta condizionata.

Le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale, soprattutto alla luce dell'esame storico delle fattispecie, si palesano con evidenza: nella scelta per l'inclusione del fallimento all'interno del fatto tipico, pur in un'ambigua veste, si coglie senza meno l'intima commistione dei profili civilistici e penalistici del fallimento. Così, la giuri-

bancarotta fraudolenta, *ivi*), nonché sui rapporti intercorrenti tra le pronunce anzidette e la sentenza *Corvetta*, cfr. D. Falcinelli, *I delitti di bancarotta*, cit., 469 ss. e A. Nisco, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni precedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 851 ss.

⁹⁴ M. Punzo, *Il delitto di bancarotta*, cit., 92 ss., e, in senso parzialmente analogo, I. Scalera, *Teoria generale*, cit., 71

⁹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513 ss.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, cit., 4113 ss.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234, in *Cass. pen.*, 1990, 1165.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, 3720 ss., con nota di A. Pantanella, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, *ivi*, 3727 ss.

sprudenza è giunta ad affermare, ad esempio, che «i reati previsti dalla legge fallimentare, siccome connessi con la struttura del fallimento, sono sottratti alla disciplina comune del codice penale e sono regolati dalla legge fallimentare sia per quanto riguarda l'identificazione degli elementi costitutivi dei reati, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, sia per quanto riguarda le circostanze aggravanti ed attenuanti»⁹⁹. Quale che si voglia ritenere la causa e qual che si voglia come effetto, si può certamente affermare che l'orientamento storico della Cassazione è coesistente all'idea che il diritto penale fallimentare costituisca un'isola separata dal continente del codice e dei principî costituzionali.

La considerazione è avvalorata dall'analisi delle argomentazioni – avallate anche dalla Corte costituzionale¹⁰⁰ – proposte nella sentenza *Mezzo* delle Sezioni Unite, vero e proprio *leading case* rimasto indiscusso – con l'eccezione della sentenza *Corvetta* – sino ai più recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità. In particolare, le Sezioni Unite erano chiamate a dirimere il contrasto tra l'allora maggioritario orientamento che considerava il fallimento una condizione obiettiva e una seconda posizione che, invece, considerava il fallimento come elemento interno al reato, senza tuttavia che esso dovesse essere legato causalmente alla condotta o coperto da un nesso psicologico. Le ragioni che sostenevano questo secondo gruppo di pronunce erano di marca essenzialmente processuale: difatti, ritenere la dichiarazione di fallimento una mera condizione obiettiva di punibilità avrebbe parimenti escluso l'imputazione soggettiva e il nesso di causa, ma avrebbe imposto l'individuazione del tempo e del luogo della consumazione in quello della realizzazione dell'azione (non necessariamente coincidente, quanto al *locus*, con quello della sede dell'impresa e del tribunale competente ad emettere la sentenza dichiarativa)¹⁰¹.

La Sezioni Unite, principalmente allo scopo di impedire l'applicazione dell'amnistia, spostando 'in avanti' il *tempus commissi delicti*, sostennero che «la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata la esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od

⁹⁹ Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 1986, n. 5637, in *CED*, rv. 173143.

¹⁰⁰ Cfr. Corte cost., 20 giugno 1972, n. 110, in *Giust. pen.*, 1972, I, 459 ss.: «[...] appare quindi razionale che solo alcuni dei comportamenti che quella attività integrano siano penalmente riprovati e che lo siano se ed in quanto si presentino con una certa gravità. Il legislatore avrebbe potuto considerare la dichiarazione di fallimento tra l'altro come semplice condizione di procedibilità o di punibilità, ma ha invece voluto – come è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione – richiedere l'emissione della sentenza per l'esistenza stessa del reato. E ciò perché, intervenendo la sentenza dichiarativa del fallimento, la messa in pericolo di lesione del bene protetto si presenta come effettiva ed attuale». Inoltre, cfr. Corte cost., 27 luglio 1982, n. 145, in *Giur. cost.*, 1982, 1272, e Corte cost., 27 luglio 1982, n. 146, in *Giur. cost.*, 1982, 1277, nelle quali si afferma che il fallimento è elemento costitutivo del delitto di bancarotta semplice.

¹⁰¹ Su tutti, G. Flora, *Il ruolo della sentenza dichiarativa*, cit., 328. Cfr. A. Pagliaro, *Problemi attuali*, cit., 538 ss., e C. F. Grosso, *Osservazioni*, cit., 573 ss., per tutti i rilievi mossi sotto l'impero del codice di procedura penale del 1930, nel quale l'orientamento in esame si afferma e prende corpo.

omissivi anteriori alla sua pronuncia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori del fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti», e che accedendo, al contrario, alla tesi della condizione obiettiva, «la bancarotta dovrebbe ritenersi, conseguentemente, un reato alla cui struttura il fallimento è del tutto estraneo, la qual cosa urta contro la realtà storica e giuridica»¹⁰².

Pur con notevoli somiglianze, quantomeno in premessa, rispetto al modello dell'insolvenza-evento, la tesi in esame si connota per una generale lontananza dal principio di personalità della responsabilità, dovuta alle conseguenze che si traggono in punto di disciplina: difatti, la peculiarità sta nel sottrarre proprio l'«elemento di esistenza» alle regole dell'imputazione delineate dagli artt. 40 e 42, 43, 44 c.p. e imposte dall'art. 27 Cost., non ritenendosi necessaria né la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta e l'«elemento», né che esso sia incluso nell'oggetto del dolo.

La critica dottrinale alle asserzioni della giurisprudenza è l'unica vera costante lungo la quale si snoda lo studio del diritto penale fallimentare post-costituzionale: in particolare, ci si è chiesti «come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato»¹⁰³, definendolo «un requisito anomalo che non trova riscontro nella teoria del reato»¹⁰⁴. Si è posto l'accento sulla «insanabile contraddizione etica» della posizione descritta, accedendo alla quale si può affermare che «si possa restare impuniti per anni per fatti che, se poi invece segue un evento non imputabile – perché non imputiamo l'evento –, comportano pene di grande rilevanza, come quelle previste per la bancarotta dolosa»¹⁰⁵, avvertendo anche che «sostenere che – fino a quando non è pronunciato il fallimento – non esisterebbe nulla di penalmente rilevante significa ripudiare tutta la storia della bancarotta»¹⁰⁶.

Meno marcata, invece, è la critica di chi, pur negando che il fallimento sia l'evento del reato, lo colloca comunque nell'alveo degli elementi costitutivi del reato, richiedendone l'imputazione soggettiva ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p., ed evidenziando la necessità di una previsione dell'insolvenza quale prodromo dell'apertura di una procedura concorsuale¹⁰⁷. In breve, sotto il profilo oggettivo, le condotte dovrebbero contribuire ad incrementare il dissesto e, sul piano soggettivo, «la sentenza dichiarativa di fallimento (o l'insolvenza o il dissesto, se si preferisce)» dovrebbe(ro) ricomprendersi nella sfera soggettiva dell'agente: in questa prospettiva, pertanto, i delitti di bancarotta non sarebbero di pericolo, ma di lesione¹⁰⁸.

¹⁰² Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, cit., 513 ss.

¹⁰³ P. Nuvolone, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in Id., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 291.

¹⁰⁴ G. Flora, *Verso una "nuova stagione"*, cit., 896.

¹⁰⁵ M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 54.

¹⁰⁶ U. Giuliani Balestrino, *Un mutamento epocale*, cit., 173.

¹⁰⁷ Così G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 78 ss. *Contra*, per tutti, C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 898, che rileva come il fallimento non dipenda sempre e comunque dall'azione del reo, che quindi, in questa prospettiva, vedrebbe addossarsi un elemento del reato in violazione dell'art. 27, comma 1, Cost.

¹⁰⁸ In questi esatti termini, cfr. ancora G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 80 e 89.

In ogni caso, il dato più allarmante legato all'orientamento storico della Cassazione era la coerente considerazione della bancarotta quale reato di pericolo presunto: spostando il *focus* della lesività sul fallimento in quanto tale, e parimenti estromettendolo dal giudizio (anche a mezzo dell'insindacabilità della sentenza dichiarativa), la giurisprudenza ha avuto buon gioco a sostenere l'irrelevanza della situazione dell'impresa al momento del fatto, a nulla valendo che le condotte potessero essere ritenute pericolose *ex ante*, ed essendo al contrario centrale una valutazione *ex post*, che retrocede senza ostacoli sino al momento in cui il dissesto non era (né previsto, né) prevedibile. Così, ad esempio, si è stabilito che «i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza», posto che «per nessuna di queste ipotesi la legge richiede il nesso causale o psichico tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile, probabile dell'atto dispositivo, né la percezione della sua esistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta»¹⁰⁹.

Se a ciò si aggiunge che la bancarotta patrimoniale pre-fallimentare è sempre stata intesa come reato a dolo generico si palesa una chiara scelta per la minimizzazione del ruolo dell'offesa: eliminata (o comunque non richiesta) dal fatto tipico; non recuperata (pur correttamente) sfruttando il fine del dolo specifico delle fattispecie limitrofe.

Con una singola mossa, quindi, la Cassazione ha risolto le questioni processuali, incatenando la competenza per il procedimento penale al *locus* di quello fallimentare; ha assegnato al disvalore della condotta un ruolo assoluto e inattaccabile; ha trasformato i delitti di bancarotta in uno strumento di controllo giudiziario sulla gestione delle risorse imprenditoriali. Si realizza, così, una triplice presunzione, tesa a sanare a posteriori tutti i deficit ascrittivi e descrittivi: in tema di nesso di causa, in relazione alla colpa, con riferimento all'offensività¹¹⁰.

La più recente giurisprudenza, tuttavia, ha il merito di aver preso coscienza dei gravi limiti dell'orientamento tradizionale, cercando di mettervi mano in senso correttivo; non senza una certa dose di arbitrarietà, ad oggi si possono individuare cinque distinti passaggi nel cammino per il superamento della tesi della condizione di esistenza.

La prima tappa deve essere fatta coincidere con la sentenza *Corvetta*, a mezzo della quale si è certamente risvegliato il dibattito sull'interpretazione dei delitti di bancarotta, anche in seno alla stessa Corte di cassazione.

La seconda tappa non è puntiforme, ma si snoda lungo alcuni anni, costellati di pronunce che richiedevano (più o meno espressamente) la rappresentazione

¹⁰⁹ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546, in *Il fall.*, 2009, 313 ss. Sul punto valgono le considerazioni di A. Alessandri, *Profili penali*, cit., 2: «Nel separato, temibile orticello del diritto penale fallimentare, si può fare a meno della consapevolezza della stessa pericolosità che connota la condotta quando in tutti gli altri settori ciò non è messo in discussione?».

¹¹⁰ In questi termini M. Zanchetti, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 123 e 125.

dell'eventualità del danno alle ragioni dei creditori a seguito della commissione della condotta. Pur non conducendo a conclusioni sistematiche di diverso segno, posto che il ruolo del fallimento restava comunque inalterato, questa serie di sentenze ha cominciato ad avvertire l'insufficienza della mera consapevolezza dell'atto distrattivo, includendo nel giudizio anche la necessaria rappresentazione degli effetti dannosi per la classe dei creditori, solidificando l'accertamento del pericolo e valorizzando la bancarotta 'riparata'¹¹¹. Così, ad esempio, si è dato rilievo al fatto che il dolo di bancarotta fraudolenta implicasse «un'adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale e, in genere, patrimoniale e la rappresentazione della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull'attualità del dissesto con volontarietà dell'atto distrattivo», ritenendo che il soggetto agente debba «prefigurarsi che la sua condotta depauperativa cagionerà verosimilmente il dissesto – cui si correla la lesione del diritto di credito costituente il principale interesse protetto dalla norma incriminatrice – ed accettare questo rischio»¹¹².

La terza tappa è rappresentata dalla sentenza *Parmalat* 2015: la sentenza della 'restaurazione' contro le notazioni della *Corvetta*, che tuttavia, per contenuti ed argomentazioni, costituisce un chiaro salto in avanti: riprendendo le argomentazioni della tesi della 'bancarotta condizionata', la Cassazione comincia ad esplicitare chiaramente la necessità che le condotte siano intrinsecamente idonee a porre in pericolo l'interesse creditorio ex art. 2740 c.c., affermando anche che il disvalore del fatto non può e non deve ridursi al semplice (evento-)fallimento, ma deve altresì contemplare il profilo rappresentativo dell'idoneità lesiva della condotta¹¹³.

Il quarto gradino è ovviamente rappresentato dalla sentenza *Santoro*¹¹⁴, la quale 'chiude' il capitolo teorico relativo alla qualificazione della dichiarazione falli-

¹¹¹ Così, in particolare, Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, in *CED*, rv. 261367; Cass. pen., Sez. V, 10 settembre 2013, n. 41665, in *CED*, rv. 257231; Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED*, rv. 246879; Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 1997, n. 14905, in *CED*, rv. 137341; Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178, in *CED*, rv. 160107; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1980, n. 5919, in *CED*, rv. 145258.

¹¹² Cass. pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *Cass. pen.*, 2014, 2638 ss., con nota di E. Bozheku, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, *ivi*, 2640 ss.

¹¹³ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, *cit.*

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, *cit.*, con nota di N. Pisani, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1160 ss.; F. Mucciarelli, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in *Le soc.*, 2017, 903 ss.; M. N. Masullo, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1151 ss.; Al. Rossi, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?*, in *Giur. it.*, 2017, 1681 ss.; A. Chibelli, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso revirement della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2205 ss.; E. Fassi, *Il revirement della Corte di cassazione: la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, *ivi*, 2226 ss.; L. Bettiol, *In tema di rapporto tra dichiarazione di fallimento e reato*, in *Foro it.*, 2017, II, 373 ss.; E. Reccia, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2018.

mentare, optando apertamente per la sua natura di condizione obiettiva estrinseca. Al pari della sentenza *Corvetta*, la pronuncia in esame costituisce uno snodo essenziale: non tanto per l'argomentazione profusa intorno alla questione anzidetta, quanto per l'effetto propulsivo che ha prodotto nella giurisprudenza immediatamente successiva, la quale ha in larga parte recepito l'innovazione interpretativa¹¹⁵, traendone anche ulteriori considerazioni in punto di offensività, di caratteristiche del dolo e di applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Tuttavia, dietro l'importanza della questione risolta si celano notevoli incongruenze sulle conseguenze applicative della strada intrapresa: ci si riferisce, in particolare, alla mancata occasione di perimetrare il ruolo dell'insolvenza nell'ambito della bancarotta, semplicemente 'evitata' giocando sull'equivoco tra il fallimento-dichiarazione-condizione e il fallimento-insolvenza-elemento.

Ma vi sono ulteriori questioni che la sentenza *Santoro* provvede a liquidare in modo assai semplicistico, come accade in relazione alla determinazione del *tempus* e del *locus* dei delitti di bancarotta 'condizionata'.

In relazione alla prima questione, la pronuncia impiega costantemente il riferimento alla disciplina dell'art. 158, comma 2, c.p., in tema di *dies a quo* della prescrizione del reato condizionato, ritenendo che sulla base di esso si possa collocare anche il momento consumativo. Tuttavia, la legittimità dell'impiego della norma prefata anche ai fini della determinazione del momento consumativo pare più che dubbia: è la stessa previsione dell'art. 158, comma 2, al contrario, ad indiziare circa una non necessaria coincidenza tra il momento consumativo e il momento della verifica della condizione; del resto, la stessa storica considerazione giurisprudenziale del fallimento come di un elemento esterno al fatto e all'offesa sembrerebbe confermativo di quanto osservato.

Ben maggiore, poi, è la difficoltà che si riscontra nella determinazione del *locus*, che la sentenza *Santoro* trae dall'ossequio ad un precedente assai risalente – nel quale le condizioni obiettive sono equiparate, a questi fini, agli elementi essenziali del fatto¹¹⁶ – con ciò sostanzialmente spogliandosi della questione. In particolare, osserva la Corte che «il concetto di consumazione del reato di cui all'art. 8 cod. proc. pen., in assenza di vincolanti e diverse prescrizioni normative, deve appunto essere ricostruito nei termini di completa realizzazione della fattispecie incriminatrice [...] La conclusione, oltre a garantire una piena equiparazione delle soluzioni in tema di *tempus* e di *locus commissi delicti*, la cui diversificazione non avrebbe senso alcuno, è coerente con le finalità delle norme che assumono la consumazione del reato a presupposto della loro applicabilità, giacché la condizione di punibilità, pur estranea, nella accezione che qui assume rilievo, all'offesa, comunque rappresenta il dato che giustifica l'intervento sanzionatorio dello Stato»¹¹⁷. La decisione si ispira al c.d. principio di prossimità dell'intervento penale, rispetto al quale specialmente le pre-

¹¹⁵ In senso conforme alla sentenza *Santoro*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400/2018, in *CED*, rv. 272256; Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2016, n. 992/2018, in *CED*, rv. 271920; Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53184, in *CED*, rv. 271590; Cass. pen., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 34836, in *CED*, rv. 270784.

¹¹⁶ Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 1973, n. 888/1974, in *CED*, rv. 124698.

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, cit., 10 ss.

visioni dell'art. 17 e dell'art. 238 l.f. – in tema di comunicazione della sentenza fallimentare al pubblico ministero e di esercizio dell'azione penale – costituirebbero indici inequivocabili, evocando l'intervento dell'ufficio della pubblica accusa avente sede presso il tribunale fallimentare¹¹⁸. Si noti: che il *locus* sia determinato in corrispondenza della sede dell'autorità giudiziaria che ha dichiarato il fallimento è un esito giustificabile, ed in certa misura logicamente desumibile dal complesso delle rilevanti disposizioni indicate, ma deve passare per diverse premesse teoriche, sulle quali si tornerà compiutamente più avanti¹¹⁹.

Assai significativo è lo sviluppo in tema di ricostruzione dei rapporti tra bancarotta patrimoniale e appropriazione indebita, che sono stati recentemente risolti nel senso – imposto anche dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁰ – del divieto di un doppio giudizio per il medesimo fatto (naturalistico)¹²¹, che al contrario si era finora legittimato sulla scorta dell'ulteriore 'elemento essenziale' rappresentato dalla sentenza dichiarativa, che conduceva alla definizione dell'illecito fallimentare come reato complesso rispetto all'art. 646 c.p.¹²².

L'ultima tappa del rinnovato orientamento giurisprudenziale si identifica con le sentenze *Palitta* e *Sgaramella*, nelle quali, rispettivamente, la Cassazione chiude il percorso di avvicinamento alla teoria della bancarotta 'condizionata' (mettendo chiaramente in luce la necessità della concretezza del pericolo) e si giova delle acquisizioni della 'zona di rischio', individuando precisi requisiti di individuazione delle condotte punibili in ragione del loro legame con l'insolvenza dell'impresa, raccogliendo la questione lasciata aperta dalla sentenza *Santoro*.

Nella sentenza *Palitta*¹²³, in particolare, si è affermato che l'offensività della condotta della bancarotta pre-fallimentare si realizza nel momento in cui la depauperazione crei un *vulnus* all'integrità della garanzia patrimoniale nella prospettiva dell'apertura di una procedura concorsuale: la bancarotta patrimoniale ex art. 216 descriverebbe condotte prive di un obiettivo connotato di illiceità (esclusa la dissimulazione¹²⁴), se non prospetticamente rivolta alla lesione delle aspettative del ceto creditorio. Anzi, all'imprenditore sarebbe pure permesso di fare spese personali e per la famiglia, anche esose, con l'unico limite – relazionale e non assoluto – della loro congruenza rispetto alla situazione economica dell'impresa (art. 217, n. 1 l.f.).

¹¹⁸ In senso analogo R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 302. Contra E. Reccia, *Il mutato orientamento della Cassazione*, cit., 30 ss.

¹¹⁹ V. *infra*, § 3 e § 4.

¹²⁰ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *giurcost.org*.

¹²¹ Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, in *CED-SentenzeWEB*, con nota di F. Mucciarelli, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 11 giugno 2018.

¹²² *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2010, n. 37298, in *CED*, rv. 248640.

¹²³ Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *CED*, rv. 269562, con note di C. Santoriello, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le soc.*, 2017, 1030 ss.; E. Bozhoku, *La Corte di cassazione sul pericolo nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un'altra rondine in attesa di primavera?*, in *Parola alla difesa*, 4/2017, 387 ss.; M. Poggi D'Angelo, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, 3959 ss.

¹²⁴ C. Santoriello, *Spunti per una delimitazione*, cit., 1031 e 1035.

L'ancoraggio al pericolo concreto, in questa prospettiva, consente di ritagliare una quota di condotte che sono effettivamente meritevoli della sanzione penale, rilevandone l'influenza rispetto alla consistenza del patrimonio aziendale.

La sentenza *Sgaramella*¹²⁵, invece, chiude – almeno momentaneamente – il percorso evolutivo della giurisprudenza, andando a specificare ulteriormente le caratteristiche che concorrono a tipicizzare la condotta di bancarotta pre-fallimentare, letta nella prospettiva del centrale valore da assegnare all'insolvenza. La Suprema Corte nota che «la rilevanza *sub specie* di bancarotta fraudolenta patrimoniale del fatto di distrazione indipendentemente dalla distanza temporale che lo separa dalla sentenza dichiarativa di fallimento non comporta, peraltro, né l'indifferenza *tout court* di tale dato temporale, né la ricostruzione della fattispecie in esame in termini, sostanzialmente, di pericolo presunto», provvedendo a costituire, al contrario, un giudizio impostato su un duplice livello. In primo luogo, si pone sullo sfondo la situazione patrimoniale dell'impresa, che interviene a qualificare il contesto – secondo le scadenze già proprie della teoria della 'zona di rischio' – e costituisce quindi un primo filtro di selezione della condotta, che deve ritenersi sempre lecita se commessa *in bonis* e lontano dalla prospettiva dell'insolvenza. In secondo luogo, si guarda all'effettività dell'offesa, che viene messa in relazione con l'emissione della sentenza dichiarativa, dando valenza assoluta al fenomeno della bancarotta 'riparata'.

Più nel dettaglio, sono tre gli 'indici di fraudolenza' dell'azione che la Suprema Corte si sforza di mettere in luce: *a)* la condizione patrimoniale dell'impresa e la situazione economica al momento della condotta; *b)* il contesto dell'atto depauperativo, anche riferito ai rapporti del soggetto attivo con altre imprese; *c)* l'estraneità dell'atto gestorio rispetto ad una qualunque ragionevolezza, fermo il divieto del sindacato giudiziale sull'opportunità delle scelte imprenditoriali, in ossequio alla *business judgement rule*. Pur avendo il merito di aver posto l'attenzione sul tema, la sentenza in esame sembra non aver centrato del tutto l'obiettivo prefissato, soprattutto con la definizione degli 'indici' prefati. Mentre il contesto dell'azione è fondamentale per determinare la rilevanza della condotta, contribuendo a definirne la dimensione finalistica, i secondi due indici appaiono rispettivamente non decisivi o indeterminati: quanto alle cointeressenze del soggetto attivo, basterà evocare l'eventuale applicazione della clausola dei vantaggi compensativi in funzione di esclusione dei fatti di bancarotta (art. 2634, comma 3, c.c.); quanto alla 'ragionevolezza' dell'atto patrimoniale – ferma l'impossibilità di criminalizzare di per sé il rischio imprenditoriale di per sé – occorre tenere conto che essa sarà giudicata in un momento in cui si

¹²⁵ Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, in *CED*, rv. 270763, con note di E. Fassi, *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, 4339 ss.; F. Brembati, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza"*, in *Le soc.*, 2018, 645 ss.; S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, 187 ss.; E. Bozheku, *Continua il restyling della Cassazione in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare per distrazione: alcune annotazioni in tema di dolo*, in *Parola alla difesa*, 1/2018, 62 ss.

manifesterà *ex post* il suo insuccesso¹²⁶, rendendolo un parametro altamente manipolabile e dunque scarsamente efficace quale fattore di selezione (come dimostra, ad esempio, la giurisprudenza in tema di vendite sottocosto¹²⁷, pur *ex ante* coerenti con la prospettiva di tamponare la falla economica dell'impresa).

3. Spunti per la qualificazione dell'insolvenza come elemento testualmente inespresso

Nel delineare un modello che consenta di equilibrare le fattispecie di bancarotta con le esigenze di politica criminale e con il tipo criminoso che sottendono, occorre muovere dall'unica convinzione comune che unisce le diverse posizioni dottrinali descritte *supra*: restituire concreta offensività alle fattispecie in esame richiede di arricchire il disposto normativo con elementi ulteriori – anche testualmente inespressi – ed eppure logicamente presupposti dalle norme incriminatrici.

Un'operazione preliminare ineludibile concerne la scelta del lessico da impiegare, con la formulazione di concetti dai precisi confini semantici e da netti ambiti applicativi, anche e soprattutto in considerazione del fatto che le fattispecie criminose che si confrontano con nozioni *lato sensu* economiche scontano notevoli difficoltà interpretative. Diversamente dai parametri tecnici, spesso impiegati per la definizione di elementi statici della fattispecie (quali l'oggetto materiale o i mezzi), i concetti economici si legano invece alla dinamica stessa dell'illecito, come peraltro accade nel caso di specie. Inoltre, le discipline giuridiche e quelle economiche, pur nella loro continuità, hanno evidenti diversità nei presupposti e nelle finalità: circostanza che può facilmente condurre, appunto, a equivoci semantici e concettuali¹²⁸.

Si è visto come il disposto legislativo sia variegato: da un lato, gli artt. 216 e 217 fanno espresso richiamo alla sentenza dichiarativa di fallimento; dall'altro lato, l'art. 217, comma 1, n. 4 evoca il 'dissesto', così come gli artt. 223, comma 2, n. 1, e 224, comma 1, n. 2; infine, si recupera ancora il fallimento quale evento della previsione dell'art. 223, comma 2, n. 2, anche se esso viene comunemente interpretato riconducendolo al dissesto/insolvenza, proprio in ragione del fatto che in questi casi svolgerebbe eccezionalmente il ruolo di evento del reato¹²⁹. Manca, invece, un qualsiasi riferimento all'insolvenza, pur presente nella norma sul ricorso abusivo al credito (art. 218), nonostante che essa costituisca l'unico concetto del quale è chiara la base normativa e la realtà ontologica; si tratta, com'è noto, dello *status* che si manifesta «manife-

¹²⁶ S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione"*, cit., 194; analogamente anche P. Rivello, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2018, 1068.

¹²⁷ Da ultimo cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 17 settembre 2014, n. 5317/2015, in *CED*, rv. 262225.

¹²⁸ C. Pedrazzi, *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1102.

¹²⁹ Per tutti, C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 315 ss.

sta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 5, comma 2, l.f.).

Ciò che pare opportuno valorizzare, in altri termini, è il concetto di ‘fraudolenza’, quale elemento centrale per operare una più stretta connessione tra l’azione e l’insolvenza, nella sua veste di elemento relazionale qualificante la prima: del resto, la scelta storica di tipizzare la bancarotta fraudolenta allude ad una particolare fenomenologia criminale, fatta di inganno e di sotterfugio, così come testimoniato anche dal *nomen iuris*. In questo senso, occorre chiedersi se la ‘fraudolenza’ non possa essere, di per sé, indicativa di una particolare attitudine del fatto incriminato, anche in considerazione del fatto che la rubrica appartiene al testo della legge¹³⁰, pur non essendo ovviamente interessata dal processo di interpretazione, riferibile invece alla fattispecie. Com’è stato lucidamente osservato, la rubrica è nondimeno gravida di conseguenze sul piano interpretativo¹³¹: mentre la fattispecie ha una funzione classificatoria, selezionando i comportamenti in chiave binaria, il suo titolo contribuisce alla lettura ‘intensionale’ dei fatti tipici, evitando la diluizione disvaloriale fondata su una lettura scomposta degli elementi essenziali ovvero sulla perdita di significato degli stessi.

Il punto di partenza per l’ipotesi ricostruttiva che si intende proporre è dunque segnato dalle nozioni di insolvenza, dissesto e fallimento, per come già messe in luce *supra*: a) l’insolvenza è un elemento testualmente inespresso delle fattispecie di bancarotta, essendo necessariamente legato alla loro configurazione, e del quale si affronterà a breve la qualificazione; b) il dissesto si inserisce nella prospettiva dell’imprenditore (già, o divenuto) insolvente, determinando il grado di offesa agli interessi dei creditori, svolgendo la funzione di evento (di lesione) di taluni delitti; c) il fallimento, esterno al fatto sia perché del tutto indipendente dall’azione e dalla volontà del reo, sia per il suo ruolo eminentemente processuale, costituisce una mera condizione estrinseca di punibilità, in consonanza con la formulazione del disposto normativo.

In questo senso, le nozioni del diritto fallimentare sembrano trovare una più precisa collocazione nella teorizzazione della bancarotta (e, più in generale, del reato): la tipicità (integrata dall’insolvenza) esprime infatti il contenuto e la materia del divieto; tuttavia, solo il collegamento con la sanzione, eventualmente sottoposto a condizione, esprime la riprovazione dell’ordinamento per quel fatto, incarnando così compiutamente il precetto penale¹³². È dunque netto il confine tra fatto (tipico) e reato (precetto)¹³³: in questa prospettiva, non pare davvero possibile porre sullo stesso piano i presupposti della punibilità ascrivibili al reo – incarnanti la meritevolezza di

¹³⁰ Così V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 205.

¹³¹ C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1376 ss., il quale osserva anche che questo processo interpretativo è alla base della pronuncia costituzionale relativa al c.d. disastro innominato (art. 434 c.p.), laddove il Giudice delle leggi ha valorizzato in chiave interpretativa proprio la nomenclatura dell’illecito unitamente alla tipizzazione delle condotte diverse dall’‘altro disastro’.

¹³² M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 260 ss.

¹³³ G. Delitala, *Il “fatto”*, cit., 55 ss. e 73.

pena – e quelli indipendenti da quest’ultimo e dalla sua volontà, diversamente centrati sulla questione politico-criminale dell’opportunità del punire¹³⁴.

Circa l’appartenenza dell’insolvenza ai fatti di bancarotta, occorre rilevare che non si tratterebbe dell’unico caso in cui un «requisito tacito ma parimenti essenziale»¹³⁵ non è esplicitato dalla norma incriminatrice, e occorre altresì notare che, in punto di efficacia giuridica, non vi deve essere alcuna distinzione tra gli elementi espressi e quelli inespressi, naturalmente a patto che questi ultimi derivino inequivocamente dalle disposizioni vigenti¹³⁶.

Nel caso della bancarotta, questo legame è sostenuto da un triplice ordine di argomenti.

In primo luogo, se è vero che l’insolvenza è il presupposto sostanziale della dichiarazione-condizione nella bancarotta pre-fallimentare, è altrettanto vero che essa è *a fortiori* il sostrato della dichiarazione-presupposto nelle fattispecie post-fallimentari, entro le quali svolge pacificamente un ruolo determinante, quasi fondativo. Il collegamento con l’insolvenza, come si vedrà, costituisce il tratto più autentico della ‘fraudolenza’ obiettiva delle fattispecie, com’è *a contrario* dimostrato dall’assenza di ipotesi di bancarotta semplice post-fallimentare, che risultano del tutto inconcepibili, e, in positivo, è confermato dall’identità sanzionatoria tra le fattispecie pre- e post-fallimentari.

In secondo luogo, come è chiaramente messo in evidenza dalle dottrine della ‘zona di rischio’ e dell’imputazione obiettiva, scollegare l’azione del reo dalla consapevolezza dell’afferenza della condotta rispetto alle condizioni economiche dell’impresa significa destrutturare la logica stessa del reato, ovvero sia il suo finalismo lesivo verso le aspettative del ceto creditorio.

In terzo luogo, si può sottolineare che l’irrelevanza di un collegamento tra fatto tipico e insolvenza accredita l’idea che sia concepibile una fattispecie a compartimenti stagni, in cui è necessario operare una scelta di valorizzazione rispetto alla condotta o, in alternativa, al fallimento. Nel primo caso, è evidente che si finiscono col reprimere le mere trasgressioni dell’etica imprenditoriale (alla mercé di un eventuale ‘arbitrio dirigista’ del giudice); nel secondo caso, al contrario, si rischia di tornare all’equazione tra fallimento e bancarotta, laddove la seconda finisce sostanzialmente per essere una condizione obiettiva del primo¹³⁷.

¹³⁴ G. Vassalli, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 553.

¹³⁵ Così, in relazione all’atto dispositivo nel delitto di truffa, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Padova 2014⁵, 205.

¹³⁶ Per tutti cfr. A. Pagliaro, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1604.

¹³⁷ In modo non dissimile da quanto affermato ai primi anni del secolo scorso da G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., o da A. Candian, *Il processo di fallimento*, Padova 1939, 504 ss., ovvero ancora da Al. Rocco, *Il fallimento*, cit., 117 ss., che, come si è visto, teorizzava la sussistenza di una duplice presunzione (di causa e colpevolezza) tra fatto e fallimento; o, infine, da S. Longhi, *Bancarotta*, cit., 75 ss., R. Rovelli, *Reati fallimentari*, Milano 1952, 12 ss., e R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, Milano 1955, 1301 ss. (il quale, tuttavia, successivamente aderirà alla teoria condizionale; cfr. *Id.*, *Trattato*, cit., 2611 ss.).

Occorre dunque chiedersi quali siano il contenuto, la qualificazione e il meccanismo imputativo di questo elemento inespresso, ed eppure centrale per una interpretazione costituzionalmente orientata dei delitti di bancarotta (pre-fallimentare).

Sul versante del contenuto, la nozione non può che essere recuperata dall'art. 5, comma 2, l.f., nei termini già anticipati, senza tuttavia instaurare un legame a catena con i requisiti di cui all'art. 1, in qualità di soglie di offensività delle norme incriminatrici. La considerazione anzidetta è giustificata da più ragioni: i requisiti di fallibilità intendono infatti limitare l'operatività delle sole procedure concorsuali, non già dei reati, e il loro richiamo in altra veste, pur astrattamente ipotizzabile, comporterebbe un 'salto' interpretativo notevole. Ove a ciò si associ anche la considerazione per cui la soglia deve essere ritenuta espressiva del disvalore del fatto, in quanto concorrente a determinarne la misura di rilevanza¹³⁸, si dovrebbe coerentemente concludere che i parametri dell'art. 1, afferendo alla soggettività di chi è ammesso alle procedure concorsuali, e non alla gravità dell'offesa dell'illecito penale (che non conosce alcuna espressa limitazione quantitativa), sono interferenti unicamente con l'elemento della dichiarazione di fallimento in quanto condizione obiettiva estrinseca. La ricostruzione appena delineata, peraltro, sembra implicitamente confermata dalla loro possibilità di aggiornamento mediante fonte regolamentare, che sarebbe senz'altro illegittimamente disposta nella veste di selettore dell'offensività del fatto¹³⁹.

Quanto al ruolo dello stato di insolvenza, il fatto che la punibilità sia legata alla declaratoria civile può far ritenere che l'offesa si verifichi unicamente al ricorrere dell'esistenza di quest'ultima, nella veste di indice del pericolo rilevante legato da un nesso di rischio – così come osservato dai teorici dell'imputazione obiettiva¹⁴⁰ – essendo sufficiente che la condotta si relazioni all'insolvenza come presupposto o come conseguenza¹⁴¹. Il grande pregio della teoria dell'imputazione obiettiva, come si è già detto, consiste proprio nella valorizzazione, in opposizione al puro condizionalismo naturalista, del rapporto di rischio rilevante, in forza del quale è attribuibile all'agente solo l'evento che rappresenta lo sviluppo tipico di un rischio giuridicamente riprovato, determinato o incrementato dalla sua condotta¹⁴², in ossequio al principio personalistico. Più in particolare, mentre il rapporto causale sarebbe collegato alla condotta 'oggettiva' nel significato astratto di azione (od omissione) causante, a prescindere dal dolo o dalla colpa, il rapporto di rischio guarderebbe invece pur sempre alla condotta 'oggettiva', ma contrassegnata nelle

¹³⁸ In questo senso, per tutti, M. Romano, *Teoria del reato*, cit., 1732; P. Veneziani, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli 2011, 2144.

¹³⁹ M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 42.

¹⁴⁰ P. Bartolo, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo*, cit., 89 ss.; N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 17 ss.; M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 56; A. Nisco, *Il nesso oggettivo*, cit., 379 ss.

¹⁴¹ Sul punto cfr. anche L. Foffani, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. III, Milano 2006, 2330 ss., il quale fa riferimento ad un necessitato «contesto qualificato di rischio».

¹⁴² Così, per tutti, C. Roxin, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, cit., 83 ss.

sue note esteriori dalla volontà (o meno) del soggetto agente¹⁴³. Il riferimento alla personalità dell'illecito si coglierebbe proprio nel fatto che si può imputare solo ciò che non è ascrivibile al caso, ma neppure al fatto di terzi o della vittima; in questo senso, appunto, «l'imputazione è la “categoria” dogmatica corrispondente al “principio” della responsabilità per fatto proprio»¹⁴⁴; nondimeno, va detto che tale ulteriore tassello non può ambire a sostituire del tutto il requisito causale, inteso in senso naturalistico-descrittivo, in favore della costruzione di un giudizio interamente normo-valutativo¹⁴⁵.

Si è già anticipato, tuttavia, che la teorizzazione in parola non pare condivisibile, e ciò per più ragioni.

In via generale, si osserva che essa si risolverebbe in una sorta di ‘duplicazione’ concettuale della colpa, imponendo una costante lettura ‘obiettiva’ dell'inosservanza cautelare e della prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo¹⁴⁶. Si è autorevolmente notato che a tal fine sarebbe rilevante solo la creazione di un rischio che sia contrario al dovere di diligenza imposto dalla regola di cautela tesa a prevenire l'evento tipico, il che non sarebbe altro che una riproposizione dei criteri di collegamento tra colpa ed evento¹⁴⁷. Peraltro, si è anche sottolineato che l'imputazione obiettiva comporterebbe la degradazione dei reati colposi d'evento in reati di pericolo proprio attraverso l'introduzione del criterio dell'‘aumento del rischio’, conducendo al sovvertimento dei rapporti tra annullamento e riduzione del rischio¹⁴⁸, aggiungendo anche che essa incontrerebbe un ostacolo nel confronto con i dati normativi degli artt. 40 e 41 c.p., ai quali, peraltro, sarebbe possibile far ricorso proprio per inquadrare le esigenze palesate dalla teorica in esame¹⁴⁹.

Ma la critica più significativa riguarda il possibile svilimento del contegno soggettivo: la polarizzazione sul rischio, invero, porta all'evanescenza del dolo e della colpa, la cui consistenza ontologica viene erosa a vantaggio dell'oggettività del primo, sostanzialmente riducendo la colpevolezza alla ‘normalità’ del soggetto che agisce. La distinzione tra il dolo e la colpa si allenta, posto che la valutazione del rischio si opera in modo standardizzato: «resta uno spazio ridotto per il dolo, costituito dalla consapevolezza della rischiosità non consentita della condotta. È evidente come si profili in questo modo una situazione in cui il dolo divora la colpa e quest'ultima si identifica con la responsabilità da posizione. Se la colpa sta già nell'instaurazione di un rischio non consentito e, quindi, la colpa è un mero concetto

¹⁴³ M. Donini, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 639.

¹⁴⁴ M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 19 ss.

¹⁴⁵ In quest'ultimo senso C. Roxin, *Gedanken*, cit., 147 ss.; *contra*, H. J. Hirsch, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 756 ss. (tr. it. a cura di L. Cornacchia di *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Festschrift für Lenckner*, München 1998, 119 ss.).

¹⁴⁶ Per tutti F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 174.

¹⁴⁷ B. Schünemann, *Über die objektive Zurechnung*, cit., 217.

¹⁴⁸ Così G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 6 ss. e 23. Cfr. anche le notazioni di G. de Vero, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 35. Per la dottrina d'oltralpe, cfr. Armin Kaufmann, *“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikte?*, in *Festschrift für Jescheck*, Berlin 1985, 258.

¹⁴⁹ Così T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2017¹¹, 160 ss.

normativo, la sussistenza di stati psichici effettivi di consapevolezza implica già il dolo. Se poi, il cuore del fatto è il rischio, non più l'evento, allora è sufficiente perché sussista il dolo la consapevolezza del rischio nascente dall'aver speso una condotta non consentita. La struttura del dolo rischia di ridursi a mera conoscenza della situazione di rischio non consentito»¹⁵⁰.

Al netto di queste questioni di fondo, vi sono non poche ragioni che, come si è in parte anticipato, rendono difficile ritagliare un cono applicativo alla teoria con specifico riguardo alle fattispecie di bancarotta.

In primo luogo, le condotte di bancarotta fraudolenta tipizzate hanno una chiara connotazione offensiva, con uno spiccato disvalore d'azione che rende marginale l'ambito del 'rischio consentito', se non con espresso riferimento allo stato d'insolvenza; pertanto, l'argomento della teorica, pur sottendendo condivisibili esiti di politica criminale, dovrebbe giustificarsi col difetto di pericolosità concreta della condotta, e non già con l'assenza di un nesso di rischio tra i due poli (che peraltro, salvo casi eccezionali, non pare impossibile da configurare).

In secondo luogo, non convince del tutto la costruzione del momento del giudizio di aumento di rischio. In una prospettiva *ex ante*, infatti, esso deve necessariamente ancorarsi a dati soggettivamente o socialmente individualizzanti, perdendo in obiettività. Anche con conseguenze paradossali: si pensi al caso in cui una persona abbia tenuto una condotta confacente al suo specifico ruolo sociale, dunque improduttiva di un *unerlaubtes Risiko*; in questo caso, l'eventuale rischio attivato non consentirebbe l'ascrizione dell'evento, parametrandosi sulla diligenza richiesta dal suo (per quanto individualizzato) ruolo sociale, che tuttavia può non abbracciare le eventuali conoscenze superiori del reo, invero certamente rilevanti in seno alla responsabilità dolosa¹⁵¹. Peraltro, com'è stato magistralmente osservato, il riferimento alla creazione di un rischio 'giuridicamente disapprovato' o 'non consentito' sembra far retrocedere il giudizio di antigiuridicità sul gradino della tipicità, posto che le scriminanti escludono appunto la disapprovazione giuridica della condotta tenuta del reo¹⁵². In una prospettiva *ex post*, invece, la teoria dell'imputazione obiettiva sembra perdere la sua stessa ragion d'essere, come osservato dai suoi stessi fautori¹⁵³: mentre il causalismo condizionalistico è retrospettivo, cercando a ritroso l'azione cui legare l'evento, l'imputazione oggettiva devono partire dal destinatario dei precetti, dal suo punto di osservazione, imponendo al giudizio di imputazione un momento di rappresentabilità e di selezione dei rischi rilevanti prima di indagare l'elemento soggettivo.

¹⁵⁰ M. Ronco, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, cit., 503.

¹⁵¹ U. Kindäuser, *Imputazione oggettiva*, cit., 69 ss.; sul tema specifico cfr. anche M. Cancio Meliá, *Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*, in *El funcionalismo en derecho penal*, a cura di E. Montealegre Lynett, vol. I, Bogotá 2003, 221 ss.

¹⁵² M. Maiwald, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3 ss. (tr. it. a cura di G. Fornasari e S. Pausco di *Kein Vorsatz ohne Fahrlässigkeit. Die Lehre der objektive Zurechnung in der italienischen Doktrin*, in *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Yamanaka*, Berlin 2017).

¹⁵³ M. Donini, *Il garantismo della condicio sine qua non*, cit., 529 ss.

In breve: i problemi posti dall'imputazione oggettiva paiono riconducibili al normale accertamento del dolo e della colpa, nel loro nucleo imputativo minimo unitario, tenuto fermo il ruolo fondante del nesso causale. *Qui culpa caruit, dolo caruisse multo magis videtur*¹⁵⁴, così come oramai generalmente ammesso, qual che sia la teoria prescelta («il dolo non c'è se non si supera la misura del rischio sufficiente per una colpa oggettiva, cioè un rischio oggettivo. Il dolo contiene la colpa sul piano del rischio»¹⁵⁵).

Tornando al tema dell'insolvenza, occorre rilevare che essa è resa pacificamente necessaria dall'interpretazione offerta in dottrina, e recepita nella giurisprudenza più avvertita, culminata nella definizione degli 'indici di fraudolenza' della condotta formalizzati nella sentenza *Sgaramella*¹⁵⁶: quest'ultima pronuncia, infatti, è intervenuta a riordinare le suggestioni disseminate nella giurisprudenza di legittimità – la quale a più riprese, anche se con poca forza argomentativa, si era fatta carico di evidenziare la necessaria 'fraudolenza' della condotta di bancarotta pre-fallimentare¹⁵⁷ – e a dar corpo ai limiti del diritto di proprietà dell'imprenditore, al quale non compete «una sorta di *jus utendi et abutendi* sui beni aziendali, i quali, viceversa, pur essendo strumentali al legittimo obiettivo del raggiungimento del profitto [...], sono finalisticamente vincolati, per così dire, "in negativo", nel senso che degli stessi non può farsi un utilizzo che leda o metta in pericolo gli interessi costituzionalmente tutelati»¹⁵⁸ del ceto creditorio. In questa prospettiva, la 'fraudolenza' sarebbe quindi un 'connotato interno del fatto', che peraltro trova una sponda sistematica nella tendenza a procedimentalizzare la crisi anche mediante il ricorso a soluzioni, anticipate e concordate, anche stragiudiziali e confidenziali, con la correlativa previsione di forme di 'fuga' dal diritto penale in vista del primario interesse alla conservazione dei valori economici (così come previsto anche all'art. 28, comma 2, del Codice della crisi e dell'insolvenza¹⁵⁹).

Peraltro, anche la storia della bancarotta preferenziale conferma la rilevanza del requisito dell'insolvenza: la tipicizzazione di una condotta addirittura doverosa – sia chiaro: qualora l'imprenditore sia *in bonis* – ha infatti condotto gli interpreti ad affermare l'impossibilità di prescindere dal predetto stato, che viene talora ritenuto un presupposto della condotta¹⁶⁰, talaltra valorizzato nella prospettiva soggettiva, poiché il fine di avvantaggiare uno dei creditori non può sussistere se non quando l'impresa è prossima ad una procedura concorsuale¹⁶¹.

In una prospettiva comparata, poi, non mancano conferme del ruolo essenziale rivestito dal substrato delle procedure concorsuali.

In particolare, la legislazione tedesca esplicita la necessaria sussistenza del presupposto dello «stato di eccessivo indebitamento o di insolvenza imminente o già in

¹⁵⁴ Così E. Morselli, *Note critiche*, cit., 15 e 26 ss.

¹⁵⁵ M. Donini, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 647 e 695.

¹⁵⁶ Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, cit.

¹⁵⁷ Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in *CED*, rv. 250108.

¹⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, cit.

¹⁵⁹ V. Cap. I, § 1.5.

¹⁶⁰ U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 371 ss.

¹⁶¹ Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 154.

atto» (§ 283, comma 1), comune alle ipotesi di bancarotta patrimoniale e documentale; il riferimento all'«eccessivo indebitamento» si giustifica col fatto che il diritto tedesco consente di aprire una procedura concorsuale già nello stato di incombente insolvenza, con una netta anticipazione della tutela rispetto al vigente sistema italiano. In ogni caso, la scelta è confermativa della bontà di quanto osservato in precedenza, soprattutto ove coordinata con quanto prescrive il comma 2 della stessa disposizione, al momento in cui sanziona le medesime condotte legate da un nesso di causa con l'indebitamento-insolvenza. Nella norma appena citata, per di più, si esplicita anche una particolare (e più mite) disciplina sanzionatoria nel caso in cui vi sia l'ignoranza colpevole dello stato anzidetto (commi 4 e 5).

L'ultimo comma, in base al quale si stabilisce che «il fatto è punibile solo se l'autore ha cessato i propri pagamenti o sul suo patrimonio è stato aperto il procedimento per insolvenza, ovvero se la richiesta di apertura della procedura è stata respinta per carenza di massa»¹⁶², dà conto della concreta possibilità di distinguere gli elementi del 'fallimento' e della 'insolvenza'. Così, si è autorevolmente sostenuto che questi assolvano funzioni diverse nell'equilibrio della fattispecie, rispettivamente come condizione obiettiva e come elemento costitutivo¹⁶³, e che l'insolvenza giochi un ruolo fondamentale rispetto alle fattispecie previste nei nn. 5, 6 e 7 del § 283 e alle corrispondenti norme del § 283b, analoghe nel contenuto e nella sottoposizione alla condizione del fallimento, ma appunto sprovviste di un riferimento allo stato d'insolvenza, con la conseguenza di una drastica riduzione della pena¹⁶⁴.

Analogamente può dirsi con riferimento alla legislazione spagnola, profondamente incisa dalla *ley orgánica* 1/2015, laddove l'art. 259 del *código penal* prevede esplicitamente che i fatti ivi previsti – sovrapponibili al nostro sistema, anche se con una formulazione casistica ancor più accentuata – siano commessi «en una situación de insolvencia actual o inminente», ma che correlativamente, il delitto in esame «será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso». Emerge con relativa nitidezza che si tratta di un delitto di pericolo vincolato all'insolvenza attuale o imminente del debitore, punibile unicamente al ricorrere dell'accadimento suindicato. Vale la pena di sottolineare che anche in Spagna il ruolo da assegnare alla procedura concorsuale è dibattuto, ma in virtù della formulazione della norma le alternative si riducono alla sua qualificazione come condizione obiettiva o come condizione di procedibilità¹⁶⁵.

¹⁶² Le traduzioni riportate nel testo sono tratte da S. Vinciguerra (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova 2003², 321 ss.

¹⁶³ G. Fornasari, *Cenni introduttivi sulla disciplina dei reati fallimentari in Germania*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 148.

¹⁶⁴ Così, da ultimo, G. Dannecker, *Il diritto penale tedesco dell'insolvenza: tutela necessaria o ostacolo all'economia?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 357 ss., 359, 366, nota 28 (anche per la bibliografia ivi citata), 369 ss. e 373 ss. In senso analogo cfr. K. Tiedemann, *Il nuovo diritto penale fallimentare tedesco da un punto di vista comparatistico*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di M. Pisani, Milano 1991, 427 ss., il quale rilevava la stretta connessione tra il requisito dell'insolvenza e la clausola secondo cui i fatti di bancarotta devono essere commessi «in modo contrario alle esigenze di una regolare amministrazione».

¹⁶⁵ J. L. González Cussac, *Los delitos de quiebra*, Valencia 2000, 191; A. Menghini, *I reati fallimentari in Spagna*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 161 ss.; N. J. de la Mata Barranco, *Delitos de frustración*

In questo senso, pare possibile sostenere che l'insolvenza debba costituire un elemento del *Tatbestand* della bancarotta¹⁶⁶, qual che ne sia la declinazione: nel ruolo del presupposto, sia esso formalizzato, o meno, a mezzo della dichiarazione-condizione, ovvero dell'evento giuridico/di pericolo o naturalistico/di danno, qualora l'insolvenza si associ al dissesto (artt. 223 e 224 l.f.).

L'ultima questione, delineata la sostanza del concetto e il suo ruolo nella fattispecie, concerne la scelta del meccanismo di imputazione dell'insolvenza.

Come si è visto, nasce – tanto nella teoria della ‘zona di rischio’, quanto in quella dell'imputazione obiettiva, quanto, ancora nella teoria della bancarotta ‘condizionata’ – quale elemento tendente a ritagliare una sostanza offensiva ai delitti di bancarotta, in opposizione ad una loro conformazione in senso squisitamente formale, allo schiacciamento sulla logica del pericolo presunto e alla ‘voracità’ del fallimento, peraltro già dichiarato ed indiscutibile in sede penale.

In questo senso, occorre osservare che la frode ha caratteri propri, che si riverberano inevitabilmente sul dolo, cui spetta una determinante capacità conformatrice del fatto: «chi agisce con intenzione si preoccupa di selezionare i rischi secondo un fine, e non secondo sequenze puramente casuali, sì da adottare tecniche di realizzazione particolarmente efficaci. [...] e tale volontà condiziona lo stesso modo di agire tipico»¹⁶⁷. Ciò posto, una volta gemmata dall'interferenza degli elementi oggettivi e psicologici del fatto, l'insolvenza deve ritenersi imputabile secondo le regole ordinarie in tema di dolo. Occorrerà che il reo abbia non già soltanto ‘desiderato’ il danno per i creditori a mezzo di un'azione sottrattiva o di una manomissione delle scritture, ma che egli abbia violato, consapevole dello stato di insolvenza (in atto o potenziale), quella regola oggettiva che gli impone di non depauperare il proprio patrimonio. Del resto, una violazione *lato sensu* cautelare contrassegna sempre un livello di rischio socialmente rilevante, al di sotto del quale, sul piano psichico, ci sono unicamente le speranze, i desideri malevoli e il peccato¹⁶⁸. In difetto, si dovrebbe paradossalmente ritenere che, in casi di osservanza delle *leges artis*, sarebbe possibile imputare il fatto a titolo doloso unicamente per la ritenuta volontà-desiderio di lesione e non già per un connotato significativo obiettivo del medesimo¹⁶⁹, costituente un *quid* oggettivo minimo in assenza del quale si rende sostanzialmente impossibile distinguere il dolo dalla colpa.

Ricapitolando, la messa in pericolo del bene giuridico avviene secondo due distinti parametri di pericolo: l'uno, immediato, coesenziale alla pericolosità della condotta depauperativa attuata dall'imprenditore; l'altro, differito, posto in corrispondenza dell'insolvenza, e verificato nella sede fallimentare.

de la ejecución y delitos de insolvencia, in N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascaraín Sánchez, A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid 2018, 313.

¹⁶⁶ N. Pisani, *Attualità dell'offesa*, cit., 11.

¹⁶⁷ M. Donini, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 696. Fondamentale, sul punto, G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, 153 ss.

¹⁶⁸ M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2577.

¹⁶⁹ Così G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 34; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 78 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 383 ss. Nella dottrina di lingua tedesca si veda R. D. Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin 1972, 243 ss.

Preme sottolineare, infine, che la ricostruzione anzidetta si pone in coerenza con la necessità di riconoscere efficacia al fenomeno della c.d. bancarotta riparata, su cui si tornerà in seguito¹⁷⁰, e alla clausola di rilevanza dei c.d. vantaggi compensativi in seno ai gruppi di società (art. 2634, comma 3, c.c.). Quest'ultimo istituto – com'è noto agganciato ad una valutazione *ex ante* e complessiva dei benefici che maturano per il gruppo e che indirettamente si ripercuotono anche sulla persona giuridica *prima facie* compromessa dalla spoliazione patrimoniale – è stato in un primo momento confinato dalla giurisprudenza all'esclusivo ambito dei reati societari¹⁷¹; solo più recentemente è stato esteso anche alla disciplina penal-fallimentare, finendo con l'essere considerato come un principio generale dell'ordinamento¹⁷². In questa prospettiva, l'art. 2634, comma 3, deve essere letto nel senso dell'impossibilità di ritenere ingiusto il profitto perseguito dal soggetto agente nell'interesse di un'altra società collegata o del gruppo qualora il danno patito dall'ente da lui amministrato sia compensato da vantaggi, effettivi o prevedibili, derivanti proprio dal legame col gruppo di società¹⁷³. L'estensione della clausola al diritto penale fallimentare, peraltro, trova una conferma prospettica rispetto alla rinnovata attenzione alla disciplina dei gruppi di società, che nel codice della crisi e dell'insolvenza vede un'apposita regolazione, anche prevedendo la possibilità di instaurare procedure concorsuali unitarie (artt. 288 ss.); il gruppo di società non è dunque più inteso come un fenomeno meramente economico, privo di valore giuridico e incapace di costituire, in qualche modo, un unico centro di imputazione¹⁷⁴. Quanto alla sua natura, la dottrina oscilla tra la posizione di chi vi ravvede una causa di giustificazione¹⁷⁵, un limite di tipicità del dolo specifico¹⁷⁶ ovvero un limite all'offensività del fatto¹⁷⁷: assegnando valenza

¹⁷⁰ V. *infra*, § 4.3.

¹⁷¹ Così, per tutte, Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36629, in *Cass. pen.*, 2005, 1359 ss.

¹⁷² Da ultimo, cfr. Cass. pen., Sez. V, 6 ottobre, n. 4400/2018, cit.; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2017, n. 16206, in *Cass. pen.*, 2018, 338 ss.; Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2016, n. 44103, in *CED*, rv. 268206; Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2016, n. 32131, in *Cass. pen.*, 2017, 272 ss.; Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 30333, in *Cass. pen.*, 2017, 2030 ss. *Amplius* cfr. C. Benussi, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 424 ss.

¹⁷³ In questo senso cfr. N. Abriani, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 618; M. Masucci, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli 2006, 253 ss.; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009, 269 ss.

¹⁷⁴ Cfr. P. Mangano, *Il gruppo di imprese. Ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 105 ss.; G. Cocco, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 1021 ss.

¹⁷⁵ F. Mucciarelli, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 631.

¹⁷⁶ E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano 2007³, 226; F. Giunta, *Diritto penale societario*, Torino 2010, 179; A. F. Tripodi, *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 176.

¹⁷⁷ V. Napoleoni, *Geometrie parallele e bagliori corruscchi nel diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi")*, in *Cass. pen.*, 2005, 3811; C. Benussi, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. III, Milano 2006, 2202;

generalizzata all'art. 2634, comma 3, quest'ultima tesi sembra preferibile, ferma la sua rilevanza come causa di esclusione della tipicità del delitto di infedeltà patrimoniale. Difatti, da un lato, non pare ravvisabile un collegamento giuridico tra la funzione di indirizzo della *holding* e l'art. 51 c.p., anche in ragione del fatto che l'art. 2497 c.c. dispone chiaramente la responsabilità della capogruppo per i danni recati alle controllate; dall'altro, in positivo, sembra che l'ampliamento del fuoco del giudizio nella prospettiva della tutela delle aspettative patrimoniali del ceto creditorio si leghi a doppio filo alla valutazione dell'effettiva offensività della condotta.

Tanto la bancarotta 'riparata' quanto la clausola dei vantaggi compensativi, pur con diverse premesse teoriche e ambiti applicativi, danno quindi chiaramente conto della necessità che l'insolvenza, in tutte le vesti suindicate, abbia un ruolo fondativo nella ricostruzione interpretativa dei delitti di bancarotta pre-fallimentare: nel primo caso, mediante un'azione 'uguale e contraria', che azzera l'effetto offensivo della condotta; nel secondo caso, invece, tramite l'apertura alla valutazione complessiva degli effetti della condotta ad uno spettro non esclusivamente atomistico.

Conferma ulteriore della profonda diversità in punto di offesa con le ipotesi post-fallimentari, laddove, in costanza di spossessamento, non è concepibile una riparazione né una valutazione comparativa capace di elidere un'offesa già realizzata ed apprezzabile. Diversamente opinando, non incontrerebbe ostacolo l'obiezione per cui ad essere punito non è il fatto tipico, bensì lo stesso fallimento, relegando le condotte di bancarotta al valore di sintomi presuntivi di una condizione imprenditoriale irregolare, a sua volta presuntivamente pregiudicante l'interesse dei creditori¹⁷⁸.

La fraudolenza obiettiva, in conclusione, si lega ad una triplice componente disvaloriale: a) v'è un disvalore di contesto, derivabile da una insolvenza 'situazionale' o 'ambientale', che costituisce un elemento eventuale dei fatti di bancarotta e che vale a renderli più nitidamente rivolti alla lesione dell'interesse protetto¹⁷⁹; b) v'è un disvalore d'azione, che permea la condotta e che si caratterizza per il profittare dello stato anzidetto e per la preordinazione di atti diretti alla diminuzione patrimoniale; c) v'è un disvalore 'di evento', che si lega alla attualizzazione del pericolo in sede fallimentare, ove gli effetti della condotta liberano i propri effetti sulle aspettative del ceto creditorio; in questo senso, la sentenza dichiarativa svolge tanto una funzione condizionante quanto, appunto, una funzione 'certificativa' dell'attualità del pericolo per il bene giuridico protetto.

D. Falcinelli, *Riflessioni "in progress": la clausola dei "vantaggi compensativi infragruppo" e i principi di sistema dell'offensività (penale) in concreto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 450; G. L. Perdonò, *Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già de iure condito?*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 453; E. Bozhoku, *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragruppo*, in *Cass. pen.*, 2018, 349.

¹⁷⁸ E. Mezzasalma, *L'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, Milano 1970, 18 ss.

¹⁷⁹ L. Mazza, *La limitazione temporale della rilevanza penale dei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 391 ss.; F. Brembati, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 652.

4. La consumazione dei delitti di bancarotta

Il tema della consumazione del reato si pone in continuità con larga parte delle considerazioni già svolte e schiude ulteriori profili problematici, afferenti alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, alla configurabilità del tentativo e, infine, al fenomeno della c.d. bancarotta riparata. Occorrono dunque alcune premesse generali sul momento consumativo, che peraltro debbono diversificarsi in ragione delle ipotesi coinvolte: mentre la sua individuazione non pone alcun problema con riguardo ai delitti di bancarotta post-fallimentare – ove è legato alla commissione della condotta – né con riguardo alle ipotesi di evento degli artt. 223 e 224, il tema si complica notevolmente in relazione alle fattispecie pre-fallimentari, anche in ragione dell'ampia gamma delle opzioni teoriche sopra esposte.

Il primo punto di partenza vede convergere la dottrina maggioritaria, pur con percorsi argomentativi diversi, e riguarda il *dies a quo* del termine prescrizionale, in ogni caso ricondotto alla data della dichiarazione, sia essa intesa come elemento costitutivo o come condizione obiettiva (art. 158, comma 2, c.p.).

Quanto all'individuazione del momento consumativo, la giurisprudenza, secondo l'orientamento tradizionale, ritiene che la bancarotta si consumerebbe al momento della dichiarazione fallimentare e nel luogo della sede dell'organo giudiziario competente; nel rinnovato orientamento offerto dalla sentenza *Santoro*, come si è visto *supra*, si ripropongono le medesime conclusioni pratiche, non senza intime contraddizioni.

Non è così unita la dottrina: un orientamento minoritario, ma assai autorevole, osserva che il concetto di consumazione – inteso come massimo approfondimento concreto dell'offesa – non può arbitrariamente porsi in un momento diverso rispetto alla commissione del fatto, in ragione della natura di per sé inoffensiva dell'intervenuto fallimento (che pure caratterizza i delitti di bancarotta)¹⁸⁰. In senso analogo, poi, si esprime chi vede nelle condizioni obiettive degli accadimenti esterni al reato, e non già soltanto al fatto, legate esclusivamente all'irrogazione della pena e supponenti un illecito già perfetto in ogni sua parte¹⁸¹.

La dottrina maggioritaria, dal canto suo, ritiene che il momento consumativo si individui in corrispondenza della declaratoria civile, rilevando che la condizione obiettiva del fallimento svolge una vera e propria funzione di unificazione normativa anche di eventuali diversi episodi delittuosi, così come imposto dall'istituto della c.d. 'continuazione fallimentare' (art. 219, comma 2, n. 1)¹⁸². Peraltro, appare assai significativo il disposto dell'art. 238, comma 2, l.f., al momento in cui consacra il valore del fallimento come attualizzatore dell'offesa tipizzata, consentendo l'anticipazione dell'esercizio dell'azione penale laddove siano presenti indici ogget-

¹⁸⁰ Così A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 141 ss.; Id., *Problemi attuali*, cit., 537 ss.; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 6, 26 e 99 ss.

¹⁸¹ F. Alimena, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 47; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 376 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 136; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 145 ss.

¹⁸² Per tutti C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 34 ss.; sul tema dell'offesa ai creditori cfr. V. Zagrebelsky, *Osservazioni sul danno patrimoniale di cui all'art. 219 l.f. e sulla sua valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 798 ss.

tivi che comprovino l'insolvenza, in attesa della 'formalizzazione' rappresentata dalla sentenza dichiarativa¹⁸³. In altre parole, pur vero che l'offesa potenziale si collega al momento della commissione della condotta, essa deve mantenersi inalterata sino al momento della dichiarazione giudiziale, laddove si realizza compiutamente l'esposizione al pericolo delle pretese creditorie. Circostanza, quest'ultima, che trova espresso riconoscimento normativo nel caso della bancarotta semplice documentale (art. 217, comma 2), ove si fissa al momento della declaratoria fallimentare il *dies ad quem* per la rilevanza penale della condotta, non operando dunque sul piano della modalità della condotta, bensì unicamente sul piano cronologico.

Ammettere il contrario significherebbe consentire un esito paradossale: si faccia il caso di chi commette una grave distrazione consapevole dello stato di insolvenza, e poi provveda a sanare la situazione, pur con esiti concorsuali. Se davvero si dovesse prescindere da ciò che segue la condotta, condannando il soggetto agente, si dovrebbe contestualmente ammettere la natura di pericolo presunto delle fattispecie di bancarotta e disconoscere il fenomeno della c.d. 'riparazione'¹⁸⁴. Diversamente, la valutazione del pericolo deve necessariamente rapportarsi alla data del fallimento, in cui si palesa l'offesa per i creditori derivante dal reato. Si noti: ciò non vale a restituire al fallimento-condizione quel contenuto disvaloriale che gli è stato in precedenza sottratto, costituendo invece la semplice ricognizione di un dato (ancora una volta) procedural-processuale, che nasce e vive in ragione del fisiologico iato temporale tra la condotta e il fallimento, il quale consente attività di 'recesso' capaci di influire nettamente sull'offesa in concreto¹⁸⁵.

Oltre ad un ruolo condizionante, quindi, può dirsi che la sentenza dichiarativa di fallimento ha una seconda funzione, relativa alla contestualizzazione e alla cristallizzazione del pericolo ingenerato con la condotta: non costituisce, né tantomeno approfondisce l'offesa, ma semplicemente la certifica, appunto 'dichiarandola'.

Alla locuzione «se è dichiarato fallito», quindi, si deve assegnare un triplice ruolo: *a)* condizionante della punibilità, in relazione all'emissione della sentenza civile, quale filtro selettivo per il ricorso alla sanzione di fatti astrattamente meritevoli di pena; *b)* integratore del fatto, con riferimento alla necessaria rappresentazione soggettiva dell'insolvenza, in atto o incipiente, che si riverbera nella messa in atto della condotta tipizzata; *c)* attualizzatore del pericolo, sottendendo che il giudizio di pericolo concreto, pur normalmente incarnato da altre formule legislative, si debba rapportare anche alla sede concorsuale. Se, pertanto, ancorare la condotta al requisito dell'insolvenza è necessario per operare una prima selezione delle azioni in ragione del tipo criminoso della bancarotta, questo secondo scrutinio afferisce direttamente all'esame delle conseguenze concrete delle medesime. Il risultato è dunque quello di punire unicamente le condotte connotate da un forte disvalore d'azione, rapportate al momento del fallimento in funzione dell'esclusione di ogni possibile 'fortuito' e/o

¹⁸³ M. N. Masullo, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 1159.

¹⁸⁴ Nel senso della negazione della bancarotta riparata, per tutti, cfr. A. Pagliaro, *Oggetto della tutela e consumazione nei delitti di bancarotta*, in *La legge fallimentare. Bilancio e prospettive dopo trenta anni di applicazione*, a cura di A. Crespi, Milano 1975, 1179.

¹⁸⁵ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000², 112.

della verifica di eventuali 'riparazioni', così stabilendosi in via inequivoca l'offensività della condotta e dei suoi portati, in termini di pericolo o di danno, in ragione della fattispecie coinvolta.

4.1 – La questione della revoca della sentenza dichiarativa e della sua influenza sul processo penale

Si è detto che il tema della consumazione è influenzato dalle vicende extra-penali che coinvolgono la sentenza dichiarativa, ed in particolare dalle ipotesi di opposizione al fallimento e di revoca della relativa pronuncia; diverso, e ininfluenza, è invece il caso in cui la procedura termini mediante un concordato fallimentare, che ne determina la chiusura secondo un particolare meccanismo, ma certamente non ne implica la revoca¹⁸⁶. Giova subito ricordare che la dichiarazione fallimentare è immediatamente esecutiva (art. 16, comma 2), salva la possibilità di sospendere la liquidazione dell'attivo (art. 19, comma 1); tuttavia, va del pari osservato che la revoca della dichiarazione di fallimento, in esito al reclamo *ex art. 18 l.f.*, sembrerebbe doverne risolvere ogni ripercussione penalistica, con effetto *ex tunc*¹⁸⁷.

La questione della caducazione della dichiarazione può essere affrontata secondo due diverse, e parallele, direttrici: l'una, fondata sulla prospettiva processuale in senso stretto; l'altra, invece, focalizzata sulla disciplina penale sostanziale.

Dal primo punto di vista, avendo riguardo agli artt. 2 e 3 c.p.p., non appare incongruente l'idea che il giudice penale possa accertare in via autonoma l'insolvenza, ovvero disattendere l'attività del tribunale fallimentare, ovvero ancora condannare l'imputato pur in presenza di un giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa, avendo il codice del 1988 chiaramente optato per l'indipendenza, l'autosufficienza e la piena cognizione del giudice su tutte le questioni strumentali alla pronuncia (salvi alcuni limiti tassativi)¹⁸⁸. Ancora, l'art. 479 c.p.p. attribuisce al giudice penale la facoltà di sospendere il processo sino al momento in cui passi in giudicato una controversia civile o amministrativa già in corso dinanzi all'autorità giudiziaria da cui dipenda l'integrazione della fattispecie di reato, a patto che sia particolarmente complessa¹⁸⁹.

Nella seconda prospettiva, al contrario, si può osservare che l'espressione «se è dichiarato fallito», al netto della disciplina esposta, implicherebbe in ogni caso la preventiva pronuncia del competente organo giudiziario, che si inserisce nel precetto in quanto tale: al giudice penale si imporrebbe, quindi, unicamente di accertarne

¹⁸⁶ Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 2011, n. 7468, in *Cass. pen.*, 2012, 245.

¹⁸⁷ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 113.

¹⁸⁸ Così M. La Monica, *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo penale per bancarotta: un problema antico in una prospettiva nuova*, in *Il fall.*, 1990, 1086; G. Allegri, *Processo penale e reati fallimentari*, in *Riv. pen.*, 1996, 825; V. Spinosa, *Giudizio civile per la dichiarazione di fallimento e processo per bancarotta: un nuovo banco di prova per l'autonomia del diritto penale fallimentare*, in *Ind. pen.*, 2015, 59.

¹⁸⁹ Sul tema specifico cfr. G. De Amicis, *La pregiudiziale fallimentare: essere o non essere?*, in *Cass. pen.*, 2001, 186 ss.; G. L. Perdonò, *Opposizione alla sentenza di fallimento e sospensione del processo per bancarotta: si apre una breccia nella giurisprudenza di merito in conseguenza della mutata qualificazione della sentenza di fallimento*, in *Cass. pen.*, 2005, 199 ss.

l'esistenza e la tipicità, anche in considerazione di quanto statuito dall'art. 238 l.f., laddove – con quella che sembra essere una forma di pregiudizialità 'speciale' – dispone che «l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento». Peraltro, anche auspicando un autonomo scrutinio del giudice penale rispetto all'insolvenza, certamente non sembra infatti concepibile assegnargli il compito di dichiarare formalmente lo stato di fallimento dell'impresa. La lettura della legge fallimentare deve completarsi col riferimento al codice di rito coevo, rispetto al quale era perfettamente allineata, atteso che quest'ultimo prescriveva, in ossequio al principio di unità della giurisdizione, la sospensione obbligatoria del processo e l'efficacia vincolante della decisione extra-penale in relazione allo 'stato' delle persone (artt. 19, 20, 21 c.p.p. 1930)¹⁹⁰.

Si tratta di un ennesimo disallineamento della disciplina penal-fallimentare, stavolta con riferimento alle rinnovate disposizioni in tema di pregiudizialità introdotte col codice di procedura penale del 1988. Tale conflitto, tuttavia, porta a prevalere il diritto sostanziale, in considerazione delle argomentazioni appena svolte: a ben vedere, infatti, il giudice penale non può ignorare le decisioni del tribunale fallimentare, ma deve prenderne atto, da un lato, come condizione di punibilità del fatto posto al suo giudizio (pur suscettibile di annullamento), e, dall'altro, come pregiudiziale 'sostanziale' sull'accertamento dell'insolvenza¹⁹¹.

In questi termini si è pronunciata anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite, escludendo che l'accertamento fallimentare rientri nei casi di pregiudizialità di cui all'art. 3 c.p.p., non trattandosi di una questione concernente lo *status* di fallito, il quale è diretto effetto della sentenza dichiarativa¹⁹².

Pur vero che la pregiudizialità fallimentare sembra accentuare il carattere accessorio-sanzionatorio dei delitti di bancarotta, è altrettanto vero che una completa separazione di questi dal contesto extra-penale non è né praticabile, né auspicabile, ed è al contrario una delle peggiori patologie che affligge già oggi il sistema di tutela penale di questo settore, come si vedrà chiaramente in relazione al suo atteggiarsi nell'ambito delle soluzioni alternative alla crisi dell'impresa¹⁹³.

Ciò posto, si può osservare che l'unica strada realmente percorribile, sotto la lente del principio di uguaglianza-ragionevolezza, è quella di ritenere che il giudice possa – o, meglio, debba – sospendere il processo in pendenza del reclamo avverso

¹⁹⁰ Coerentemente, la dottrina maggioritaria non intravedeva limiti alla pregiudizialità fallimentare: cfr. P. Nuvolone, *Opposizione al fallimento, bancarotta fraudolenta e mandato di cattura*, in *Ind. pen.*, 1981, 410 ss.; A. Lanzi, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, 223 ss.; V. Proto, *La bancarotta prefallimentare: problema della pregiudizialità prima e dopo la riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 299 ss.

¹⁹¹ A. Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 857; A. Lanzi, *Il nuovo processo penale e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 1991, 224 ss.; C. Carreri, *Pregiudizialità fallimentare: rivisitazione e semplificazione di una vecchia questione*, in *Cass. pen.*, 1991, 643 ss.; Id., *Ancora sulla pregiudiziale fallimentare e sui rapporti tra processo penale e sentenza dichiarativa di fallimento opposta*, in *Cass. pen.*, 1992, 191 ss.; E. Aprile, *Sentenza dichiarativa di fallimento nel giudizio per reati di bancarotta*, in *Il fall.*, 1999, 1135 ss.

¹⁹² Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss. Per una completa panoramica, anche giurisprudenziale, degli orientamenti antecedenti alla pronuncia anzidetta, cfr. R. Bricchetti, *Sub art. 216, in Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 1899 ss.

¹⁹³ V. Cap. III, § 2.2 e § 2.3.

la sentenza dichiarativa (art. 18 l.f.)¹⁹⁴, e che sia tenuto ad assolvere l'imputato che veda revocare la sentenza fallimentare prima del passaggio in giudicato della pronuncia penale, posto che viene a mancare l'integrazione di tutti gli elementi tipici del precetto¹⁹⁵. Correlativamente, qualora la revoca del fallimento intervenisse successivamente al passaggio in giudicato della sentenza penale, non essendo esperibile alcuna forma di incidente di esecuzione, il rimedio potrebbe essere quello della revisione ex art. 630 c.p.p.: la revoca, infatti, può essere considerata alternativamente come 'nuova prova' (art. 630, lett. c), c.p.p.)¹⁹⁶, ovvero valorizzata nella prospettiva della lett. b) della medesima norma¹⁹⁷, laddove aggancia l'impugnazione straordinaria alla revoca delle sentenze civili che abbiano deciso le questioni pregiudiziali previste dagli artt. 3 e 479 c.p.p.

4.2 – La (in)configurabilità del tentativo

L'indagine circa la possibilità di configurare il tentativo nelle fattispecie di bancarotta richiede alcune necessarie delimitazioni preliminari, sulla scorta della variegata fisionomia delle fattispecie.

In prima battuta, va osservato che non sono ovviamente concepibili in forma tentata le ipotesi di bancarotta colposa (art. 217, nn. 2, 3 e 4, e art. 224, n. 2), né tantomeno le ipotesi omissive proprie della bancarotta semplice patrimoniale ex art. 217, n. 5 e della bancarotta semplice documentale ex art. 217, comma 2 (limitata al caso della mancata istituzione delle scritture contabili)¹⁹⁸.

Quanto alle fattispecie di cui all'art. 223, comma 2, occorre svolgere distinte considerazioni per i due titoli di reato coinvolti. Con riferimento alla causazione dolosa del fallimento (n. 2), il tentativo sembra *prima facie* configurabile in ragione del fatto che il fallimento-insolvenza costituisce l'evento naturalistico del reato: tuttavia, costituendo l'intervenuto fallimento-sentenza anche la condizione obiettiva, se questo non ricorre non vi può essere la punibilità; se ricorre v'è già la consumazione. Pur a fronte di questi rilievi, una parte della dottrina osserva che residuerebbe uno spazio applicativo dell'art. 56 c.p. nel caso in cui vi sia una interruzione del nesso causale, ovvero sia laddove il fallimento segua per effetto di una serie causale del tutto autonoma¹⁹⁹, ovvero nel caso in cui si faccia applicazione dell'art. 238, comma 2,

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 2011, n. 8607, in *DeJure*.

¹⁹⁵ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 40; M. L. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano 2000, in part. 20 ss., 30, 105 ss. e 188 ss.;

¹⁹⁶ In questi termini A. Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 857. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 1992, n. 3670, in *CED*, rv. 189788.

¹⁹⁷ Sul tema cfr. ancora Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, cit., a mente della quale «il giudice penale può disporre la sospensione del dibattimento a norma dell'art. 479 c.p.p. qualora sia in corso il procedimento civile per l'accertamento dello 'status' di fallito, ferma restando, una volta che sia intervenuta sentenza definitiva di condanna, la facoltà del condannato di chiederne la revisione ai sensi dell'art. 630 comma 1 lett. b) c.p.p.».

¹⁹⁸ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 152; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 240 ss.; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 147. *Contra*, con riferimento alla configurabilità del tentativo nei delitti omissivi propri, su tutti, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 447 ss.

¹⁹⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 377; C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 320 ss.

anticipando l'esercizio dell'azione penale in assenza della sentenza dichiarativa²⁰⁰. Quanto alla bancarotta da reato societario (n. 1), pare comunque difficile ipotizzare il tentativo, se non nel caso (di scuola) in cui non sia perfezionato il reato di base e nondimeno si riesca a dimostrare l'univocità degli atti verso il compimento della bancarotta²⁰¹; diversamente, se il dissesto-evento non viene ad esistenza, ciò che risulterà senz'altro punibile, anche senza ricorrere a forzature teoriche, sarà il solo reato societario consumato. Qualora, poi, ci si attestasse sulla soglia del tentativo di quest'ultimo, la prospettiva che appare più convincente è quella che vede l'esclusiva punibilità del tentato delitto societario (con l'esclusione, quindi, della fattispecie contravvenzionale prevista all'art. 2627 c.c.).

Passando all'esame delle norme incriminatrici previste all'art. 216 l.f., il tentativo pare configurabile sia nelle ipotesi di bancarotta preferenziale da indebito pagamento (e non anche nel caso della simulazione di titoli di prelazione, che è un delitto unisussistente²⁰²), sia nelle ipotesi di bancarotta post-fallimentare, tanto documentale quanto patrimoniale, essendo assolutamente immaginabile la condotta di chi, dichiarato il fallimento, realizzi atti idonei ed univoci alla commissione dei fatti indicati al comma 1²⁰³ (con l'eccezione della condotta di 'dissipazione', anch'essa unisussistente).

Anche questo settore vede annidarsi le maggiori problematicità in relazione alle fattispecie pre-fallimentari fraudolente: ritenendo che il fallimento costituisca una condizione di punibilità, è immediato l'interrogativo circa la possibilità di configurare il tentativo in relazione ai delitti condizionati.

Da un lato, v'è chi, in via generale, ammette il tentativo di delitto condizionato nel caso in cui la condizione possa verificarsi indipendentemente dal perfezionamento dell'illecito, fermo restando il differimento della punibilità: esemplificando, sarebbe punibile l'imprenditore dichiarato fallito che ha posto in essere atti diretti a distrarre o sottrarre *ex art. 216 l.f.*, e non anche chi tentasse di indurre al matrimonio mediante inganno, poiché la condizione dell'annullamento del matrimonio tipizzata nell'art. 558 c.p. è logicamente posteriore alla realizzazione del fatto²⁰⁴. Altri, ancora, ammettono il tentativo della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare sulla base della disparità di disciplina che si verrebbe a creare nel rapporto con le omologhe fattispecie post-fallimentari, peraltro sfavorendo le ipotesi di più fre-

²⁰⁰ Nel senso della valorizzazione dell'art. 238 l.f. cfr. U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 436 ss., e, con un'argomentazione più sviluppata, Id., *Il tentativo della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare nella teoria del delitto tentato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 479 ss.

²⁰¹ G. Casaroli, *Disposizioni penali*, cit., 1413.

²⁰² P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 483; G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, cit., 178 ss.

²⁰³ M. Punzo, *Il delitto di bancarotta*, cit., 275; P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 482; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 147.

²⁰⁴ Così, anche per l'esempio, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 449. Nel senso indicato nel testo, cfr. M. Punzo, *Il delitto di bancarotta*, cit., 276 ss.; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 240; C. Maccagno Benessia, voce *Reati fallimentari*, cit., 17; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 313 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 620 ss.; A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 355; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 436 ss.

quente verifica²⁰⁵. Ancora, pur in un quadro teorico dalle premesse assolutamente distinte, si è autorevolmente sostenuto che, anche nel caso in cui si considerasse il fallimento una condizione obiettiva, non vi sarebbe motivo per negare la fattispecie tentata qualora questo sia stato dichiarato, ma il fatto non sia stato consumato, e che l'irrelevanza del nesso causale nelle ipotesi *ex art. 216 l.f.* non avrebbe alcuna conferenza rispetto al tema in parola²⁰⁶. Infine, si è anche rilevato che tra il delitto consumato e il delitto tentato sussiste l'identità dell'oggetto di tutela e che, in ragione di questo, dovrebbe automaticamente estendersi la condizione di punibilità anche alle ipotesi autonome *ex art. 56 c.p.*, rilevandosi che se essa è determinante per il delitto consumato lo deve essere *a fortiori ratione* per il delitto tentato, che costituisce un *quid minus* del primo²⁰⁷.

In questa prospettiva, occorrerebbe anche verificare quali siano gli spazi per l'applicazione della desistenza volontaria e del recesso attivo (art. 56, commi 3 e 4, c.p.): il tema sembra apparentemente ridursi alla stessa ipotizzabilità della c.d. bancarotta 'riparata', per la quale l'imprenditore non soggiace alla sanzione poiché al momento del fallimento viene meno quella diminuzione patrimoniale e/o documentale che è richiesta per la sussistenza dell'illecito penale. Nondimeno, occorre sottolineare che le somiglianze sembrano fermarsi alla superficie degli istituti: mentre la desistenza presuppone l'astensione dalla condotta e il recesso interviene, invece, su un'azione già qualificata come illecito, la bancarotta 'riparata' vale ad escludere la stessa integrazione del delitto fallimentare a fronte di una condotta già integralmente attuata.

A fronte di una così vasta serie di argomentazioni tese a fondare la rilevanza del tentativo della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, non mancano condivisibili posizioni di segno contrario²⁰⁸, tendenti ad emarginare il cono applicativo dell'art. 56 ai casi di bancarotta post-fallimentare e nelle ipotesi, per vero di difficile realizzazione, di 'fallimento causalmente autonomo' in relazione all'art. 223, comma 2, n. 2²⁰⁹.

In primo luogo, imponendo una condizione obiettiva ai delitti di bancarotta, il legislatore tipicizza un accadimento che deve necessariamente legarsi ad un fatto inteso e realizzato nella sua interezza, e che dunque non ammette la forma tentata. La riprova sta nella logica stessa dell'istituto: se neanche la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie è suscettiva di azionare la risposta penale in assenza della condizione, sarebbe del tutto inconcepibile accontentarsi di un *minus*, ovvero di una porzione di quel fatto che, di per sé e per intero, non era meritevole di essere sanzionato, e che peraltro diverrebbe punibile proprio in deroga al giudizio esplicitato dal legislatore (ed in contrasto col principio *lex specialis derogat genera-*

²⁰⁵ U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 437.

²⁰⁶ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 150 ss.

²⁰⁷ L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 316.

²⁰⁸ R. Rovelli, *Reati fallimentari*, cit., 107; B. Petrocelli, *Il delitto tentato. Studi*, Padova 1955, 51; G. Frigo, *Il tentativo nei delitti di bancarotta*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia 1959, 250 ss.

²⁰⁹ In giurisprudenza, pur se risalente, cfr. Cass. pen., Sez. V, 12 settembre 1967, n. 875, in *CED*, rv. 105381, secondo la quale «in tema di bancarotta fraudolenta il tentativo è incomparabile rispetto a fatti anteriori alla dichiarazione di fallimento».

li). In questo senso, peraltro, non sembra accoglibile la tesi che vorrebbe trasferire la condizione nel delitto tentato in ragione della mera identità di oggetto giuridico, che, com'è già stato lucidamente rilevato, non è altro che una forma analogia – *ratio* comune, condotte diverse – con riferimento a norme incriminatrici²¹⁰. D'altra parte, il tentativo di un fatto che non costituisce di per sé un illecito non è immaginabile: occorre, infatti, che al momento della condotta vi sia l'astratta possibilità di attuare completamente il proposito criminoso.

Secondariamente, è la natura di reati di pericolo delle fattispecie di bancarotta pre-fallimentare ad ostare alla configurazione del tentativo, che si risolverebbe nell'imputazione di un 'pericolo di pericolo', peraltro dalla carica offensiva più che ridotta, ma nondimeno profondamente incidente sulla dinamica della gestione imprenditoriale²¹¹.

Infine, il suggestivo rilievo per cui sarebbe illogico ed irragionevole prevedere il tentativo con riferimento alle fattispecie post-fallimentari e non alle altre ipotesi sembra peccare nelle premesse di fondo, nel contenuto e nella metodologia. Si è già dimostrata, infatti, la rilevanza della distinzione tra i delitti di bancarotta in ragione dell'intervenuto fallimento, con specifico riguardo alla forma dell'offesa, che nella bancarotta post-fallimentare è ravvisabile nella lesione dell'interesse creditorio, inevitabilmente concreta e palpabile. L'argomento della maggiore frequenza e/o della maggiore gravità delle fattispecie pre-fallimentari sconta un'inevitabile dose di arbitrarietà: non solo perché non è affatto chiaro ove risiederebbe la maggior gravità, che pare anzi porsi in un rapporto decisamente invertito, ma soprattutto perché l'incidenza statistica dei delitti non può decidere di per sé del loro disvalore normativo (anche se il legislatore non di rado provvede in tal senso: si pensi al trattamento sanzionatorio dell'art. 589-*bis* c.p.). Da ultimo, risulta davvero fuorviante, a prescindere dal merito, il ricorso al canone dell'uguaglianza-ragionevolezza in funzione criminalizzante.

4.3 – La bancarotta 'riparata'

La questione della 'riparazione' della bancarotta costituisce il naturale epilogo delle riflessioni afferenti agli istituti contigui alla consumazione del reato, siano essi generali o specifici del settore. Com'è noto, il fenomeno in esame si lega a quei casi – tipicamente pre-fallimentari – nei quali l'ammacco prodotto con la condotta criminale sia stato oggetto di completo ripristino prima dell'insolvenza, o comunque prima della sentenza dichiarativa, comportando quale esito ultimo l'irrilevanza penale della condotta tipica. In ciò si distingue, come si è già detto, dalla desistenza volontaria e dal recesso attivo, rispetto ai quali condivide la volontarietà della 'contro-azione', ovvero sia la sua dipendenza diretta, non coartata o indotta, dal debitore²¹²: così, non rilevano le acquisizioni avvenute per altre ragio-

²¹⁰ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 482, nota 2.

²¹¹ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 37. *Contra*, per la graduabilità del pericolo, cfr. A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 347.

²¹² Per uno sviluppo peculiare delle analogie tra delitto tentato e bancarotta (riparata) cfr. il già citato contributo di D. Falcinelli, *I delitti di bancarotta*, cit., 482 ss.

ni, come è ovviamente ininfluenza a tal fine il recupero di beni mediante l'azione revocatoria fallimentare²¹³.

Oltre ad avere un riconoscimento dottrinale, è di assoluto rilievo la produzione giurisprudenziale sul punto, che statuisce l'irrilevanza penale della condotta qualora la riparazione intervenga «prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura o quantomeno prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva del fallimento», dovendo sussistere la lesività della condotta «al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento [...] non già al momento della commissione dell'atto antidoveroso»²¹⁴, aggiungendo che è «onere dell'amministratore, che si è reso responsabile di atti di distrazione e sul quale grava una posizione di garanzia rispetto al patrimonio sociale, provare l'esatta corrispondenza tra i versamenti compiuti e gli atti distrattivi precedentemente perpetrati»²¹⁵.

La teorizzazione della bancarotta 'riparata' prende atto del fatto che la situazione concorsuale dell'impresa, prima della sentenza dichiarativa, è instabile e indefinita; tuttavia, la 'riparazione' non porta la bancarotta pre-fallimentare ad essere trattata come se fosse un reato di danno, atteso che non si inserisce nelle fattispecie un profilo di offensività patrimoniale determinato, né si portano gli illeciti sul piano prettamente civilistico dell'inadempimento²¹⁶, bensì si valorizza reintegrazione di quanto sottratto con la condotta in quanto attività idonea a disinnescare il pericolo attivato; circa la verifica del quale, come si è detto, occorre attendere la valutazione dei suoi esiti, utilmente collocabile solo in sede fallimentare²¹⁷. La 'riparazione', pertanto, toglie vigore ai delitti di bancarotta anteriormente alla loro stessa attivazione in ragione della reintegrazione della garanzia patrimoniale precedentemente messa in pericolo; in questo senso, si ha la riprova che il fallimento costituisca la sede eletta per una misurazione dell'offesa che si pone sul piano della tipicità stessa degli illeciti.

In difetto, si dovrebbe concludere nel senso dell'inefficacia delle condotte restitutorie, ancorando il disvalore al momento della condotta ed eliminando

²¹³ Cass. pen., Sez. V, 23 settembre 2010, n. 39635, in *CED*, rv. 248658.

²¹⁴ Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6048, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

²¹⁵ Così Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2017, n. 57759, in *CED*, rv. 271922. In termini analoghi, oltre alle sentenze appena citate, cfr. Cass. pen., Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4790, in *CED*, rv. 266025; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in *CED*, rv. 261347; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, in *CED*, rv. 255576; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in *CED*, rv. 249721; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in *CED*, rv. 238212; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006, n. 3622, in *CED*, rv. 236051; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2006, n. 523, in *CED*, rv. 235694; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, in *CED*, rv. 233604.

²¹⁶ U. Pioletti, *La bancarotta semplice*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 1887.

²¹⁷ P. Chiaraviglio, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015, n. 4; in una prospettiva più ampia, con riguardo alla 'riparazione', cfr. M. Donini, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, vol. II, Milano 2018, 579 ss.; con riguardo al pericolo, invece, cfr. M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, in part. 367 ss.; F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano 1994², 195 ss. (pur con prospettive diverse, rispettivamente centrate sull'impiego della base parziale o totale, che comunque nel caso di specie condurrebbero al medesimo esito).

l'efficacia della 'riparazione', che sarebbe estraneo alla valutazione del giudice²¹⁸, valendo al più ai sensi della circostanza attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p.²¹⁹. Tuttavia, la polarizzazione della valutazione degli effetti della condotta al momento della medesima sembra comportare la sostanziale degradazione degli illeciti a reati di pericolo presunto: la situazione di pericolo per il bene protetto deve sussistere – ed essere verificata – anche al momento in cui si avvera la condizione obiettiva, limitando l'eventuale infinita regressione temporale che il sistema di tutela potrebbe consentire²²⁰.

Nondimeno, l'attività riparata può, in ogni caso, aver prodotto danni ulteriori all'impresa stessa: in questo senso, avrà certamente rilievo la tempestività della restituzione ovvero l'effettività dell'intervento riparatorio posticipato²²¹. In questa prospettiva, si sviluppa la critica di chi evidenzia che una bancarotta 'riparata' cui segua successivamente una procedura concorsuale, in realtà dimostra che il valore reintegrato è corrispondente ad un equivalente che continua ad essere mancante: dato un patrimonio di 100, cui segua una distrazione per 90, poi reintegrata, il successivo eventuale fallimento dell'impresa vedrebbe mancare proprio il valore della condotta depauperativa. In altri termini, la reintegrazione, in caso di successivo fallimento, rivelerebbe sempre un ammanco rilevante²²². Nondimeno, la critica sembra peccare per eccesso in un duplice senso: da un lato, perché sembra pretendere di poter 'colorare' la distrazione 'riparata' con la lente di una procedura assai lontana nel tempo, peraltro *medio tempore* scongiurata; dall'altro, perché dimostra di equivocare la rilevanza penalistica del fallimento: la 'riparazione' riguarda il fatto illecito, comportandone l'inoffensività; la mancanza di diverse e ulteriori condotte illecite ugualmente comporta la mancanza l'offesa; la mera mancanza di valori, in assenza di illeciti o riparazioni, determina una questione che è, appunto, di dominio esclusivamente civilistico.

Merita, infine, particolare attenzione la corretta qualificazione giuridica delle condotte ipotizzabili nel contesto dell'adesione ad una procedura alternativa al fallimento. Si pensi, ad esempio, ad una distrazione che si collochi in un momento cronologicamente successivo rispetto all'ammissione al concordato preventivo – o, come appare preferibile, alla relativa omologa – ma anteriormente ad una eventuale dichiarazione fallimentare. Qualora quest'ultima non dovesse seguire alla procedura negoziata, la condotta non potrebbe in ogni caso essere riparata, atteso che essa viene a collocarsi in un ambito concettuale distinto, assimilabile in tutto e per tutto alla bancarotta post-fallimentare²²³. In quello che sembra un paradosso, invece, attesa la

²¹⁸ In questo senso, per tutti, L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 131 ss.

²¹⁹ In termini A. Pagliaro, *Oggetto della tutela*, cit., 1179. In questo senso, prima del riconoscimento giurisprudenziale dell'istituto, anche l'art. 2, comma 4, lett. l) del d.d.l. n. 1741/2008 della Camera, recante un progetto di riforma delle disposizioni penali fallimentari fondato sulle elaborazioni della Commissione Trevisanato.

²²⁰ Pur in relazione a premesse diverse, cfr. P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 43 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 24 ss. e 72.

²²¹ O. Zampano, *Bancarotta "riparata" e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 754.

²²² C. Santoriello, *Spunti per una delimitazione*, cit., 1039.

²²³ Così Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2015, n. 50289, in *CED*, rv. 265903.

Il dolo nella bancarotta

diversità ontologica dei presupposti delle procedure concorsuali, ed il conseguente grado di approfondimento dell'offesa al bene protetto, se dovesse intervenire il fallimento la restituzione riparatrice potrebbe ipotizzarsi, naturalmente a patto che sia del tutto soddisfattiva; in questo senso, peraltro, sembra potersi leggere la giurisprudenza che ritiene impossibile omologare *in toto* le procedure (proprio in ragione dell'offesa portata ai creditori, soprattutto ai fini della loro successione nel tempo), affermando parimenti che «la sentenza dichiarativa di fallimento [...] ricapitola in sé quanto occorso in precedenza e, per il versante penale, fornisce maggiore sostanza nell'elemento costitutivo dei reati concorsuali»²²⁴.

²²⁴ Cass. pen., Sez. V, 30 giugno 2011, n. 31117, in *CED*, rv. 250588.

Capitolo III

L'estensione della bancarotta ai soggetti diversi dall'imprenditore e alle procedure concorsuali diverse dal fallimento

1. Punti fermi (e critici) sulla soggettività attiva

Dopo aver lumeggiato le profonde differenze intercorrenti tra bancarotta pre- e post-fallimentare, occorre approfondire l'analisi dell'estensione della soggettività attiva del delitto di bancarotta nonché porre a raffronto l' 'insolvenza' e lo 'stato di crisi', chiarificando le peculiarità e le criticità della disciplina posta dall'art. 236, commi 2 e 3, l.f., recentemente aperta alla rilevanza anche degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle convenzioni di moratoria con intermediari finanziari. Queste riflessioni, rivolte alle molteplici 'forme di manifestazione' del tipo di bancarotta incentrato sull'imprenditore individuale fallito, condurranno allo sviluppo e alla maturazione di ulteriori distinzioni concettuali che completeranno la 'fattispecie oggettiva' dei delitti di bancarotta.

Com'è noto, il soggetto attivo della bancarotta propria è l'imprenditore commerciale secondo la nozione privatistica¹, ovverosia chi svolge in via continuativa e professionale un'attività economica organizzata allo scopo dello scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.), a prescindere dall'obbligo di iscrizione al registro delle imprese (art. 2195 c.c.). Ciò posto sul fronte formale, dal punto di vista sostanziale occorre l'assunzione in proprio delle obbligazioni inerenti all'impresa e il concreto esercizio dell'attività, che deve manifestarsi nell'impiego delle facoltà previste dalla legge; dal punto di vista fallimentare, peraltro, la novella del 2005-2007, intervenendo anche sulle soglie di fallibilità (art. 1 l.f.), ha nei fatti ristretto il campo solo alle imprese connaturate da un esercizio effettivo dell'attività.

Non va messa in ombra la rilevanza dell'imprenditore 'occulto', che, per le più varie ragioni, non compare con regolarità formale all'interno dell'impresa: quest'ultimo, al pari del suo omologo 'manifesto', può fallire in proprio e concorrere nei reati di bancarotta². Si tratta, anzi, di una delle fenomenologie criminali più dif-

¹ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 220 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 79. *Contra* A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 56 ss., secondo cui la bancarotta costituirebbe un reato proprio dell'imprenditore commerciale fallito.

² La questione del fallimento in proprio dell'imprenditore occulto è pacifica in giurisprudenza (Cass. civ., Sez. Un., 7 giugno 2002, n. 8257, in *Foro it.*, 2002, 3082), nonostante non manchino discordanti posizioni dottrinali: cfr. S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova 2017², 258 ss.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, a cura di F. Padovini, Torino 2017⁸, 314.

fuse, che spesso vede l'imprenditore 'di diritto' punibile proprio nel caso in cui abbia dolosamente contribuito, perlopiù facendo da 'schermo', all'attività criminale dell'imprenditore occulto; analogamente, e con maggior frequenza, accade in seno ai contesti societari.

1.1 – Sulla rilevanza dei requisiti di fallibilità

La modifica operata con le riforme degli anni Duemila ai limiti cumulativi posti dall'art. 1 l.f. per la fallibilità ha condotto a sviluppare una serie di notevoli questioni di diritto intertemporale delle quali occorre dar brevemente conto, specialmente per evidenziare le *rationes* che ne hanno orientato la risoluzione.

Da un punto di vista strettamente penalistico, in effetti, la modifica in senso restrittivo dei presupposti per la fallibilità risulterebbe idonea, quantomeno in astratto, a incidere sulla configurazione dei delitti di bancarotta in qualità di *lex mitior* interveniente su di un elemento normativo di fattispecie, nella forma della modifica determinante una parziale *abolitio criminis*. Proprio in questa direzione si mosse la prima giurisprudenza di merito intervenuta sul punto, anche provvedendo alla revoca di sentenze passate in giudicato, sulla scorta della considerazione per cui, modificando i termini della qualificazione soggettiva dei reati di bancarotta, la riforma avesse indirettamente modificato il precetto dei delitti di bancarotta³.

Diversa fu la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità. In un primo momento, la Suprema Corte ebbe un moto di reazione verso questi approdi interpretativi, valorizzando allo scopo il dettato dell'art. 150 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, secondo il quale «i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare presenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore». Attribuendo dignità penalistica ad una disciplina transitoria chiaramente dettata agli esclusivi fini della giustizia civile, la Corte ebbe buon gioco a concludere che l'applicazione dell'art. 2 c.p. ai casi di specie avrebbe richiesto una previsione espressa da parte del legislatore della riforma⁴. Le molteplici incongruenze di questa argomentazione, pur sorretta da comprensibili esigenze di certezza giuridica, paiono del tutto evidenti. In particolare, davvero non si comprende per quale motivo – al netto della rilevanza costituzionale (pur non assoluta) del principio di retroattività della legge favorevole – sarebbe stata necessaria un'espressa previsione per applicare un principio generale del diritto penale: o si ammette che quest'ultimo non sia tale, e davvero non pare possibile; ovvero si ritiene che il prefato art. 150 abbia una valenza penalistica esplicita nel limitare la retroattività *in mitius*, e si compie un'analogia *in malam partem*⁵.

³ In questi termini Trib. Modena, 8 maggio 2007, in *Riv. pen.*, 2008, 301; Trib. Bassano del Grappa, 3 aprile 2007, in *Riv. pen.*, 2007, 906; Trib. Piacenza, 23 marzo 2007, n. 271, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 435 ss.; Trib. Bari, 5 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2008, 65; Trib. Trieste, 9 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2007, 3024.

⁴ Così esplicitamente Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2007, n. 19297, in *CED*, rv. 237025.

⁵ Sul tema cfr. M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 43.

Le aporie summenzionate furono percepite anche dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che mutò subito il proprio indirizzo in favore della piena applicabilità dell'art. 2, comma 2, c.p. al caso di specie, indipendentemente dalla presenza o meno dell'art. 150, il quale non si sarebbe potuto ritenere espressivo di una deroga al principio di retroattività favorevole⁶; fu attribuita una precisa rilevanza alla modifica della disciplina extrapenale in relazione alle qualifiche soggettive⁷, parimenti rilevando che la legge non avrebbe inteso rendere ultrattivo lo *status* di imprenditore fallibile, ma soltanto occuparsi di regolare i termini di una intertemporalità tutta processual-civile⁸.

La questione pervenne alle Sezioni Unite, che aderirono al primo degli orientamenti esposti sottolineando che la *abolitio criminis* ricorrerebbe solo nel caso in cui si verifici un'incidenza della norma extrapenale sulla fattispecie astratta, essendo irrilevante la situazione di mero fatto che può derivare da una modificazione della legislazione civile. In questa prospettiva, sarebbe la stessa struttura dei delitti di bancarotta – richiamando la sola dichiarazione di fallimento, e non espressamente le soglie previste all'art. 1 – a negare la rilevanza dei parametri normativi necessari per pervenire ad un esito concorsuale: la sentenza dichiarativa, pertanto, assumerebbe rilevanza nella sua esclusiva veste di provvedimento giurisdizionale, con la conseguenza che il giudice penale «non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza dell'impresa, ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'art. 1 legge fall. per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche [...] non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 cod. pen. sui procedimenti penali in corso»⁹.

Al netto delle argomentazioni giurisprudenziali, la questione va impostata distinguendo chiaramente le qualifiche di 'imprenditore commerciale' e di 'fallito'.

La prima costituisce pacificamente il nocciolo della soggettività attiva della bancarotta assieme alle qualifiche societarie (amministratore, sindaco, etc.) e deve ritenersi afferente al *Tatbestand*: la connotazione del soggetto attivo attiene infatti alla sfera del bene giuridico tutelato, sia con riferimento ai reati propri esclusivi, sia *a fortiori* con riguardo a quelli non esclusivi o semi-esclusivi, come nel caso dei de-

⁶ Così Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2007, n. 43076, in *Foro it.*, 2008, 65.

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, n. 8342, in *CED*, rv. 176406, con nota di C. E. Paliero, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 ss., e di P. Veneziani, *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 517 ss.

⁸ Ancora Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2007, n. 43076, cit.

⁹ Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, cit., con nota di E. M. Ambrosetti, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 3602 ss.; C. Paonessa, *Abolitio criminis e fallimento del piccolo imprenditore*, in *St. iuris*, 2008, 1146 ss.; P. Oldi, *Sfumata l'occasione di elaborare linee guida sulla successione di leggi*, in *Guida dir.*, 2008, 26, 94 ss.; G. Gambogi, *La sentenza delle Sezioni Unite n. 19601/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 282 ss.; V. Destito, *Irrilevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*, in *Giur. it.*, 2008, 2592 ss.; V. Cardone, F. Pontieri, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 267 ss.; A. Scarcella, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 482 ss.

litti fallimentari, poiché la qualifica non fonda l'offesa, ma conduce a ravvisarne una più specifica, di maggiore gravità¹⁰.

Diversamente deve concludersi in relazione alla nozione di 'fallito', che non pare entrare nella soggettività ristretta, ma concreta il sostrato della condizione obiettiva di punibilità, non essendo direttamente afferente all'offesa o al fatto tipico. Il fallimento in quanto tale – pur nel già rilevato contrasto con la disciplina delle pregiudiziali *ex artt. 2 e 3 c.p.p.* – entra nel precetto penale esclusivamente attraverso la 'dichiarazione' del giudice civile: in difetto, come si è già sottolineato, si ammetterebbe che il reato (pre-fallimentare) possa essere 'a soggetto qualificato differito', ovvero sia che possa essere commesso da un imprenditore commerciale che, solo in un secondo momento, viene 'dichiarato' fallito. La facoltà di aggiornare mediante regolamento le soglie dell'art. 1 l.f. sembra inoltre costituire un ulteriore indice a favore della tesi proposta.

1.2 – L'estensione ai soci illimitatamente responsabili

Al di là della rilevanza delle soglie di fallibilità e della posizione dell'imprenditore occulto, l'impresa individuale non pone particolari questioni problematiche, che sono al contrario accentuate nei contesti societari, soprattutto al crescere della loro complessità.

Prendendo le mosse dall'esame delle forme più basilari, merita subito ricordare che l'art. 147 l.f. dispone che la sentenza che dichiara il fallimento produce i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (pur non persone fisiche) di società in nome collettivo, in accomandita semplice ed in accomandita per azioni. Il fallimento personale del socio può intervenire anche in un secondo momento, laddove questi sia successivamente individuato (essendo 'occulto'; art. 147, comma 4), ma comunque entro un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche nei casi di trasformazione, fusione o scissione.

Sul versante penalistico, l'art. 222 l.f. estende ai soci illimitatamente responsabili di s.n.c. e s.a.s. le norme in tema di bancarotta e di ricorso abusivo al credito. L'operatività della norma in esame, che fonda un autonomo titolo di responsabilità, è dunque soggetta ad un duplice requisito: da un lato, occorre la previa dichiarazione fallimentare della società, senza la quale non è possibile procedere nei confronti del socio; dall'altro lato, occorre che questo sia dichiarato fallito in proprio, dando luogo così alla condizione obiettiva necessaria. Giova sottolineare che ai fini dell'integrazione della bancarotta del socio illimitatamente responsabile, laddove le due sentenze non siano contestuali, rileverà soltanto la pronuncia relativa alla sua posizione personale¹¹.

Pertanto, il socio non fallisce in quanto imprenditore, bensì in quanto illimitatamente responsabile – peraltro in strutture societarie di modesta complessità – e dun-

¹⁰ Per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 109.

¹¹ M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 383. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 1999, n. 3713, in *Cass. pen.*, 2001, 298.

que ‘di riflesso’ rispetto all’ente ed indipendentemente dalla sua personale insolvenza. In questo senso, non avendo il socio la qualifica di imprenditore né versando nella condizione economica che attiva la procedura concorsuale, è corretto concludere che l’art. 222 effettua una duplice estensione dei reati di bancarotta: da un lato, ricomprendendo soggetti diversi dall’imprenditore o dagli organi di gestione e controllo, ampliando la soggettività attiva delle fattispecie; dall’altro, collegando all’insolvenza della società il patrimonio del socio responsabile, in ragione della autonomia patrimoniale imperfetta dei tipi societari sottesi, estendendo i confini della condizione di punibilità¹². Per tali ragioni, il divieto di analogia impone di non applicare la norma alle ipotesi del socio unico di s.r.l. o di s.p.a., al netto della loro eventuale (ed eccezionale) responsabilità per le obbligazioni sociali derivante dall’inottemperanza di specifiche disposizioni del codice civile (rispettivamente previste dall’art. 2462, comma 2, e dagli artt. 2342 e 2362)¹³.

Ricapitolando, l’art. 222 estende le fattispecie di bancarotta ai soci illimitatamente responsabili, non amministratori, di società in nome collettivo e società in accomandita semplice che siano dichiarati falliti ‘in estensione’; per i soci illimitatamente responsabili che siano anche amministratori, invece, troveranno applicazione gli artt. 223 e 224, trattandosi di un’ordinaria forma di bancarotta ‘impropria’. La ragione, tutta concorsuale, che porta a derogare ai tratti genetici più essenziali della bancarotta si collega al tipo di rischio che i soci si assumono laddove non pongano limiti alla loro responsabilità, aderendo alle forme sociali menzionate: i loro averi costituiscono infatti una garanzia sussidiaria delle pretese creditorie, pur subordinata all’escussione del patrimonio sociale (artt. 2268 e 2304 c.c.).

Per tali motivi, l’art. 222 deve essere letto in un’ottica distinta rispetto ai delitti di bancarotta propria e impropria, che è dovuta in ossequio alla sua *ratio*, e che conduce alla sostanziale modifica del cono applicativo delle fattispecie richiamate, rispetto alle quali costituisce una forma di tutela del tutto autonoma. In particolare, il suo oggetto materiale riguarda esclusivamente i beni del patrimonio personale del socio¹⁴, e non anche i beni né le scritture contabili della società (protetti dagli artt. 223 e 224); ancora, non è ipotizzabile alcuna forma di bancarotta documentale relativa agli averi del socio, atteso che questi presta una garanzia squisitamente patrimoniale e certamente sprovvista di obblighi in tema di contabilizzazione; infine, risultano inapplicabili anche condotte di bancarotta semplice *ex art.* 217, nn. 3, 4 e 5, intrinsecamente attinenti alla gestione sociale¹⁵.

La messa a fuoco dell’obbligo di conservazione del patrimonio personale è però tutt’altro che immediata, anche in ragione del fatto che non v’è un autonomo accertamento dell’insolvenza, essendo l’estensione del fallimento «meramente consequenziale e dipendente» rispetto a quello della società, la cui condizione economica

¹² T. Padovani, *Bancarotta semplice documentale*, cit., 694 ss.

¹³ Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 91.

¹⁴ M. Romano, *Società di persone e oggetto materiale della bancarotta del socio illimitatamente responsabile*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. III, Milano 1965, 363 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 222*, cit., 242; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 179. *Contra* G. Casaroli, *La bancarotta del socio illimitatamente responsabile*, Milano 1981, 58; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 440 ss.

¹⁵ In questo senso, cfr. C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 161.

costituisce l'unico parametro rilevante, indipendentemente dalla situazione personale del socio¹⁶. Così, per mantenere un'adeguata dimensione lesiva della bancarotta *ex art. 222*, occorrerà procedere in un doppio senso, assicurando la copertura psicologica rispetto all'insolvenza della società (in atto o potenziale) e, in seconda battuta, con riferimento alla propria situazione patrimoniale, rispetto alla quale la pericolosità della condotta deve essere misurata.

La giurisprudenza tuttavia si muove in un senso completamente diverso, affermando che i fatti di bancarotta del socio illimitatamente responsabile possano riguardare tanto i beni personali quanto quelli della società¹⁷. Così opinando, si finisce però per de-tipicizzare l'art. 222, schiacciandolo sul disposto dell'art. 147 quale norma meramente sanzionatoria e priva di una *ratio* apprezzabile: in primo luogo, da un punto di vista logico, non si comprende per quale ragione la responsabilità del socio illimitatamente responsabile, che costituisce pacificamente un'ipotesi eccezionale, finisca col ricomprendere anche le ipotesi cui espressamente deroga; in seconda battuta, resta davvero difficile conciliare le ragioni della punibilità della bancarotta con una simile lettura dell'art. 222, la quale si ispira non già alla repressione di condotte *ab initio* riferibili alla lesione del credito in un'ottica fraudolenta, bensì al mero sindacato sulla gestione del patrimonio personale del socio, che – giova ricordarlo – interviene a garanzia unicamente in forma residuale e sussidiaria.

Ciò posto in via generale, occorre sviluppare qualche notazione con riferimento ad alcuni temi più specifici.

Da un lato, risulta evidente che l'art. 222 'dimentica' i soci accomandatari nelle società in accomandita per azioni, che com'è noto cumulano a questo *status* la qualità di amministratori della società. Mentre la loro responsabilità ai sensi degli artt. 223 e 224 non sembra potersi mettere in discussione, così come la possibilità che sia dichiarato il loro fallimento 'in estensione' *ex art. 147 l.f.*, più di un dubbio sorge in relazione alla fattispecie dell'art. 222, in ragione delle caratteristiche già evidenziate e del fatto che un suo ampliamento interpretativo costituirebbe una chiara applicazione analogica¹⁸.

Dall'altro, meritano un cenno le vicende degli accomandanti nelle s.a.s., che possono in via eccezionale rispondere illimitatamente delle obbligazioni sociali (solidalmente con gli accomandatari) laddove consentano all'inserimento del loro nome nella ragione sociale (art. 2314, comma 2, c.c.); parimenti, costoro assumono la medesima responsabilità nel caso in cui contravvengano al divieto di esercitare attività gestorie e di amministrazione (art. 2320 c.c.). Nei casi anzidetti, nonostante la particolarità delle condizioni, non sembra ravvisabile alcun ostacolo alla dichiarazione di fallimento in proprio del socio, assistita eventualmente dall'applicazione dell'art. 222 l.f., anche se la seconda ipotesi, più facilmente, sembra riconducibile alla fatti-

¹⁶ Da ultimo, cfr. Cass. civ., Sez. I, 24 marzo 2016, n. 5924, in *CED*, rv. 639058.

¹⁷ Così Cass. pen., Sez. V, 10 aprile 2015, n. 38941, in *CED-SentenzeWEB*; cfr. anche Cass. pen., Sez. V, 12 marzo 1987, n. 9575, in *CED*, rv. 176626; Cass. pen., Sez. V, 12 febbraio 1968, n. 148, in *CED*, rv. 107614.

¹⁸ C. Pedrazzi, *Sub art. 222*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 245.

specie dell'amministrazione di fatto¹⁹ e – pur non condivisibilmente, per quanto si dirà oltre – alla diretta e autonoma violazione degli artt. 223 e 224, con la conseguente irrilevanza della pronuncia *ex art.* 147.

1.3 – La bancarotta dell'institore

Un'ulteriore ipotesi di estensione della soggettività attiva riguarda la bancarotta dell'institore (art. 227 l.f.), tipica di chi è preposto dall'imprenditore all'esercizio di un'impresa, ovvero di una sede secondaria o di un ramo di essa (art. 2203 c.c.), e relativa alle fattispecie incriminatrici degli artt. 216, 217, 218 e 220. Ai fini dell'individuazione dell'institore – che è un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore, come testimoniato dagli obblighi contabili e dagli effetti in ordine alla rappresentanza (artt. 2204 e 2205 c.c.) – si ritiene comunemente che sia irrilevante la qualifica formale, non richiedendo la preposizione institoria forme sacramentali particolari; al contrario, è di centrale importanza la ricognizione della sussistenza dei necessari poteri per svolgere autonomamente e continuativamente l'attività affidatagli²⁰.

Così come accade in relazione al caso esaminato in precedenza, anche l'art. 227 individua una forma di responsabilità autonoma che prescinde dall'eventuale concorso nel reato secondo i criteri fissati dall'art. 110 c.p.; diversamente dall'art. 222, tuttavia, non ricorre la dichiarazione fallimentare dell'institore, né risulta in qualche modo essere presente una sorta di pregiudizialità 'fallimentare', con la correlativa conclusione per cui la qualifica può essere autonomamente ravvisata dal giudice penale, il quale è del tutto libero di apprezzarne i contenuti²¹. Parallelamente, la revoca della dichiarazione fallimentare personale dell'institore risulta del tutto ininfluenza, com'è ininfluenza la sua pronuncia: la sua responsabilità non si lega alle sorti del suo patrimonio, bensì alla posizione assunta in seno all'impresa e al suo ruolo gestorio²². Nondimeno, l'incriminazione dell'art. 227 risulta comunque condizionata all'emissione della sentenza dichiarativa nei confronti dell'imprenditore, in difetto della quale l'eventuale condotta criminosa dell'institore non potrà assumere le vesti delle norme incriminatrici richiamate, ma al più di altri reati 'comuni'. Come appare evidente, infine, l'institore può commettere direttamente i fatti di cui agli artt. 216 e 217, ivi comprese le ipotesi documentali, ovviamente in relazione alla porzione dell'impresa concretamente affi-

¹⁹ In questo senso la giurisprudenza: cfr. Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2016, n. 14531/2017, in *CED*, rv. 269549; Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 2011, n. 44103, in *CED*, rv. 251126; Cass. pen., Sez. V, 13 ottobre 2009, n. 43036, in *CED*, rv. 245435; Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 1998, n. 2858, in *CED*, rv. 209958; Cass. pen., Sez. V, 11 ottobre 1994, n. 12496, in *CED*, rv. 200437; Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 1994, n. 2637, in *CED*, rv. 197282.

²⁰ C. Pedrazzi, *Sub art. 227*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 351.

²¹ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 162.

²² Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2014, n. 29585, in *CED*, rv. 260491.

datagli, sede secondaria o ramo aziendale che sia (art. 2203, comma 2, c.c.), ovvero, se è previsto, con riguardo all'intera impresa (art. 2203, comma 1, c.c.).

Anche in questo frangente, l'estensione delle fattispecie di bancarotta sembra essere totale, ma una loro interpretazione sistematica impone delle implicite, ma necessarie, limitazioni.

Quanto alla bancarotta semplice, non essendo titolare del patrimonio a garanzia dei creditori sociali, all'instatore non può evidentemente attribuirsi la condotta di aver fatto spese personali eccessive (art. 217, n. 1), né tantomeno di aver consumato il suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti (art. 217, n. 2). D'altra parte, non può incorrere nella violazione dei nn. 4 e 5 – non essendo il diretto destinatario degli obblighi di richiesta di una procedura concorsuale o di adempimento delle relative prescrizioni e obbligazioni – che peraltro, salva l'estensione disposta dall'art. 224, paiono potersi definire come reati 'di mano propria' dell'imprenditore. Nulla osta, al contrario, alla configurazione della bancarotta semplice documentale o derivata da operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, naturalmente parametrandole alla sua concreta area di intervento all'interno del complesso aziendale.

Con riferimento alla bancarotta fraudolenta, invece, è rilevante distinguere tra le ipotesi pre-fallimentari, del tutto ammissibili, e le ipotesi post-fallimentari, rispetto alle quali si impone una ulteriore specificazione. Occorre infatti comprendere se la locuzione «nella gestione affidatagli» debba essere intesa in senso cronologico o logico: nel primo caso, essa varrebbe a circoscrivere ulteriormente i fatti dell'instatore, venendo meno col fallimento la responsabilità della gestione²³; al contrario, nella seconda, condivisibile, prospettiva, il riferimento si ancorerebbe ai soli confini 'spaziali' dell'intervento del preposto²⁴, che comunque potrebbe commettere i fatti richiamati dall'art. 227 anche dopo la declaratoria fallimentare, pur con esclusivo riferimento a quanto affidatogli.

Il vero tema problematico è posto, invece, dall'art. 236, commi 2 e 3, laddove estende la previsione dell'art. 227 anche ai casi in cui l'impresa sia assoggettata a concordato preventivo ovvero proponga un accordo di ristrutturazione dei debiti o una convenzione di moratoria. L'exasperazione della tecnica del rinvio – che dall'art. 236 porta all'art. 227, e da questo, tra gli altri, agli artt. 216 e 217 – non ha consentito ai compilatori della riforma di notare che, mediante l'aggiunzione della norma in esame, hanno di fatto disegnato una posizione institoria largamente peggiore rispetto a quella dell'organo gestorio: da un lato, attribuendo al preposto anche la responsabilità per i delitti di ricorso abusivo al credito e di denuncia di creditori inesistenti (artt. 218 e 220), non richiamati per gli amministratori; dall'altro, fondando una responsabilità esclusiva dell'instatore per i delitti degli artt. 216 e 217²⁵, laddove l'impresa individuale sia ammessa al concordato o agli altri strumenti di riso-

²³ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 222.

²⁴ M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 507.

²⁵ In senso adesivo U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 241, ravvisando nell'instatore una figura assimilabile a quella degli amministratori, 'sacrificabile' sull'altare dei reati fallimentari diversamente dall'imprenditore individuale, che in una prospettiva di continuità è invece necessario alla vita dell'impresa.

luzione negoziale della crisi d'impresa, non essendo menzionata dall'art. 236 la figura dell'imprenditore individuale.

1.4 – La bancarotta ‘impropria’: la dinamica collegiale delle decisioni e le posizioni di garanzia degli amministratori e dei sindaci

La bancarotta ‘impropria’ (artt. 223 e 224) costituisce oggi l'ipotesi più significativa del sistema di tutela, nell'ambito della quale si provvede tanto a richiamare tutte le ipotesi degli artt. 216 e 217, quanto a tipizzare alcune condotte rilevanti unicamente in seno ad un contesto societario.

A tutta evidenza, in questi casi muta un connotato assai significativo del sistema della bancarotta, atteso che la condotta non investe più il patrimonio proprio dell'imprenditore, bensì i cespiti nella disponibilità dell'ente sui quali viene esercitato il potere di direzione e controllo. In questo senso, deve rifiutarsi l'adagio per il quale vi sarebbe perfetta specularità tra i tipi degli artt. 216 e 217 e degli artt. 223 e 224, dovendosi al contrario evidenziare che questi ultimi hanno una conformazione offensiva più marcata, poiché rivolta direttamente ad un oggetto materiale di proprietà ‘altrui’, pur a fronte di una medesima oggettività giuridica²⁶. Scontato, ma efficace, l'esempio relativo alla distrazione degli amministratori, che, anche in assenza della dichiarazione di fallimento, risulta comunque penalmente illecita, integrando quantomeno il delitto di appropriazione indebita (art. 646 c.p.).

La bancarotta impropria è dunque ancora più ‘lontana’ dal fatto tipico dell'imprenditore, anche se ovviamente l'azione illecita deve potersi riconnettere alla funzione svolta dal soggetto nel contesto sociale, tenendo anche conto del fatto che, diversamente dai fatti di bancarotta propria, nelle ipotesi in esame assai frequentemente si palesa un regime deliberativo fondato sulla collegialità²⁷, eventuale per gli amministratori e di regola previsto – dalla legge, in relazione alle s.p.a., e dalle prassi, in relazione alle s.r.l. – per i sindaci.

Le vicende degli organi gestori e di controllo sono state storicamente tematizzate sotto l'etichetta del c.d. ‘reato collegiale’, che trova la sua ascendenza storica nell'art. 149 del codice di commercio del 1882, laddove si prevedeva che «la responsabilità per gli atti o le omissioni nelle società aventi più amministratori non si estende a quello tra essi, che essendo esente da colpa abbia fatto notare senza ritardo il suo dissenso nel registro delle deliberazioni e ne abbia dato notizia immediata per iscritto ai sindaci». Come si vedrà a breve, questo riferimento è ben lungi dall'essere una notazione di colore: al contrario, mostra tutt'oggi una sotterranea valenza, soprattutto in ambito penalistico, sulla scia dell'opinione di chi ha tratto da questa regola civilistica le fondamenta per costituire una responsabilità

²⁶ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 159.

²⁷ *Amplius*, anche con riferimenti di natura criminologica, cfr. M. Bertolino, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, 15 ss.

solidale anche in materia penale²⁸, sviluppandola successivamente sotto il segno dei reati a concorso necessario²⁹.

Superate le secche del ‘reato collegiale’, oggi la questione di maggior rilievo concerne i limiti in base ai quali i componenti degli organi di gestione e di controllo possono essere chiamati a rispondere per omissione ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., anche e soprattutto con riguardo ai poteri impeditivi che sono loro attribuiti. Naturalmente, l’esame di questa serie di questioni impone di procedere separatamente, dividendo la prospettiva degli amministratori da quella dei sindaci, e quella di costoro dalla posizione, senz’altro orbitale, dei direttori generali, dei liquidatori e dei revisori.

Preliminarmente, va notato che la crescita esponenziale della responsabilità omissiva impropria nel contesto penal-fallimentare è sostanzialmente dovuta a due fattori reciprocamente interferenti. Da un lato, sul versante processuale, la prova del concorso omissivo risulta assai più facile, appoggiandosi sulla mera appartenenza agli organi di gestione e controllo, con una sostanziale inversione dell’onere della prova a carico dell’imputato, che si trova a dover provare quanto ha fatto per ‘allontanarsi’ dal reato (non di rado ricorrendo all’‘autodenuncia’ della propria incapacità tecnica, nel caso degli amministratori). Dall’altro, sul versante sostanziale, si offre una ipervalutazione degli effettivi poteri del soggetto qualificato, valorizzando le capacità impeditive degli organi interamente considerati a scapito dei poteri del singolo, e giungendo all’attribuzione di responsabilità addirittura per fatto altrui³⁰: il caso, lampante, è quello del ‘prestanome’, amministratore di diritto, che nei fatti è del tutto esterno rispetto alla dinamica sociale³¹.

Cominciando con l’analisi della prospettiva propria degli amministratori, va ulteriormente suddiviso il campo di indagine tra gli amministratori con effettivi poteri di gestione e gli amministratori cc.dd. ‘non operativi’, ovverosia unicamente concorrenti alla deliberazione collegiale, senza una specifica attribuzione di facoltà in proprio. Com’è noto, l’odierno assetto è il frutto della riforma del diritto societario del 2002-2003, la quale ha sensibilmente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega³².

²⁸ Così G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 389.

²⁹ F. Grisogni, *Diritto penale italiano*, vol. II, Padova 1945, 302 ss. Per ogni ulteriore approfondimento cfr. M. La Monica, voce *Reati societari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 964 ss.

³⁰ Cfr. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 664 ss. e note 53 e 54; D. Terracina, *La responsabilità penale del cosiddetto “amministratore formale” nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 227 ss.

³¹ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 7 gennaio 2015, n. 7332, in *CED*, rv. 262767; Cass. pen., Sez. V, 28 maggio 2014, n. 44286, in *CED*, rv. 261814; Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2013, n. 37305, in *CED*, rv. 257608.

³² Sui contorni della riforma cfr. R. Bricchetti, *Un obbligo di garanzia “leggero” che pone numerosi interrogativi*, in *Guida dir.*, 2007, 35, 78 ss.; E. Burzi, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*, in *Giur. it.*, 2008, 434 ss.; E. Garavaglia, *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 455 ss.; A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell’amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1419 ss.; P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell’amministratore delegante fra “agire informato” e poteri di impedimento*, in *Le soc.*, 2010, 887 ss.; I. Merenda, *Sulla responsabilità penale dell’amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del*

La partecipazione al consiglio di amministrazione, a mente dell'art. 2381 c.c., si fonda sul criterio 'dell'agire informato' e sul correlativo obbligo 'di ragguaglio informativo', riferibile al presidente e agli amministratori delegati, i quali, in particolare «con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate» (art. 2381, comma 5, c.c.). Tali previsioni sul funzionamento del consiglio di amministrazione si completano con altre disposizioni di fondo, che nella prassi giurisprudenziale valgono a determinare la sussistenza della posizione di garanzia: in particolare, il riferimento è all'art. 2394 c.c., che stabilisce la responsabilità degli amministratori «verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale», e all'art. 2392, che dispone la responsabilità solidale per gli amministratori che venuti a conoscenza «di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

Come si è appena visto, dall'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione si è passati all'onere di agire informato, che peraltro non pare, almeno *prima facie*, assegnare alcuna potestà di indagine al consigliere *uti singulus*: difatti, la norma impone agli amministratori semplici non la vigilanza, bensì la valutazione dell'andamento sociale in base alle informazioni ricevute. In questi termini si esprime anche la relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, laddove esplicita che l'intento è stato proprio quello di «evitare indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili»³³.

Del resto, già assai prima della riforma, la più avvertita dottrina penalistica metteva in guardia circa la necessità di porre attenzione al «collegamento della disciplina penalistica con la sua base istituzionale, offerta dai presupposti civilistici e com-

diritto societario, in *Cass. Pen.*, 2011, 1182 ss.; J. Bertolina, *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*, in *Ind. pen.*, 2012, 79 ss. Per un quadro completo sulle posizioni di garanzia degli organi sociali nel contesto normativo antecedente cfr. A. Crespi, *Gestione d'impresa e responsabilità penale: curiosità e stravaganze dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. soc.*, 1979, 599 ss.; A. Cadoppi, *L'omesso impedimento di reato da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 498 ss.; F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 553 ss.; M. Angelini, *Responsabilità per bancarotta dell'amministratore assente*, in *Cass. pen.*, 1992, 1606 ss.; L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1362 ss.; A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.

³³ Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, § 4, in *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, a cura di M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini, Milano 2006, 227.

mercialistici, dalla realtà socio-economica attuale e dal grado di funzionalità della disciplina societaria vigente»³⁴.

Se è vero che una maggiore specificazione dei poteri di controllo avrebbe avuto senz'altro il pregio di contribuire a superare talune incertezze, è altrettanto vero che non sembra possibile accogliere l'opinione giurisprudenziale che valorizza strumentalmente la violazione dell'obbligo di vigilanza, profittando di tale genericità allo scopo di estendere la responsabilità dei delegati a tutti i componenti del consiglio di amministrazione nella forma del concorso omissivo. La prassi giurisprudenziale ha per lungo tempo costruito la posizione di garanzia sul mero inadempimento del precetto, obliterando il *proprium* dell'intervento penalistico e riducendo la bancarotta ad una funzione sanzionatoria pura: si pensi, per tutti, al caso del concorso per omissione fondato sulla (pur consapevole) mancata integrazione delle informazioni in possesso dell'amministratore nell'espletamento del suo mandato³⁵.

La mera violazione del precetto civilistico non può, in nessun caso, fondare di per sé l'illecito penale fallimentare commissivo per omissione: mentre l'omesso controllo è valorizzabile nel quadro del rimprovero colposo (nella specie della negligenza), il dovere di impedimento dei fatti pregiudizievoli di cui all'art. 2392 c.c., ritenuto la chiave di volta della posizione di garanzia degli amministratori, richiede esplicitamente il requisito della 'conoscenza' dei fatti e presuppone quindi che il delegante abbia avuto contezza dell'attività criminosa e che, successivamente, non si sia attivato per evitare il verificarsi dell'evento. Proprio in questa prospettiva, peraltro, va rilevato che non si può limitare il flusso conoscitivo esclusivamente all'attività consiliare, dovendosi ricomprendere ogni altra informazione pregnante; del resto, è lo stesso codice civile a non imporre una specifica modalità di conoscenza per la responsabilità nascente da fatti pregiudizievoli non impediti (art. 2392, comma 2).

Non mancano, tuttavia, pronunce ispirate ad una diversa logica di fondo e chiare nel riconoscere che «se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che “non hanno fatto quanto potevano” per impedirlo, occorre che quei poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente, tanto che discettare di precetti del codice civile che sarebbero stati violati [...] può apparire ai fini penalistici esercizio poco più che accademico»³⁶, pur comunque pervenendo alla configurazione di una posizione di garanzia, sebbene dai confini meno estesi.

³⁴ G. Marinucci, M. Romano, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. Nuvolone, Milano 1971, 93.

³⁵ Cass. pen., Sez. V, 29 marzo 2012, n. 23091, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 560 ss.

³⁶ Così Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *CED*, rv. 253765, con nota di A. Ingrassia, L. Troyer, *La Corte di cassazione e il dolo dei controllori societari: verso il superamento di una precomprensione errata?*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 166 ss.; A. Ingrassia, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 173 ss.; F. Fraschetti, *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di “vecchi” principi?*, in *Cass. pen.*, 2014, 1034 ss.; e, volendo, G. Minicucci, *I limiti della posizione di garanzia e del dolo degli am-*

Quanto alle fondamenta della posizione di garanzia dei sindaci, il terreno sembra essere ancor più scivoloso. In questa ipotesi, i parametri normativi di riferimento sono rappresentati dall'art. 2403 c.c. – secondo il quale «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» – e dall'art. 2407, il quale, in piena analogia con l'art. 2394, dispone la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori «per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica». Orbene, anche in questo caso sembra assai difficile ritenere integrata una vera e propria posizione di garanzia: i sindaci hanno l'unica funzione di vigilare sull'altrui attività e di informare il titolare-garante del bene, essendo sprovvisti di poteri giuridici impeditivi. In questo senso, la loro condizione sembra più propriamente assimilabile alla categoria dell'obbligo di sorveglianza, insuscettibile come tale di attivare la responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.*³⁷.

Al contrario, la giurisprudenza non accenna al minimo tentennamento, producendosi in un tetragono orientamento che ritiene senza dubbio che i sindaci siano gravati da un vero e proprio obbligo di garanzia³⁸, di fatto confondendo il piano dei poteri di impedimento col diverso piano di quelli che, come si vedrà, sono soltanto poteri di intervento³⁹. In questa prospettiva, non sembra infondato il timore che l'eventuale approvazione del codice della crisi e dell'insolvenza contribuirà a dar

ministratori "non operativi", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 951 ss. Fondamentale, sul punto, la lettura di Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *CED*, rv. 237251, con note di F. Centonze, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 ss.; D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le soc.*, 2008, 902 ss.

³⁷ Così, per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 158 ss. Con riferimento alla previgente disciplina del diritto societario, ma con considerazioni sempre attuali, cfr. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, in part. 129 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, in part. 184 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 172 ss.; F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.; G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 816 ss.

³⁸ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 2016, n. 19740 in *CED-SentenzeWEB*; Cass. pen., Sez. V, 1° luglio 2011, n. 31163, in *CED*, rv. 250555; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2009, n. 10186/2010, in *CED*, rv. 246911; Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393/2007, in *CED*, rv. 236630.

³⁹ A. Melchionda, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, 81 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano 2003, 36 ss. e 141 ss.; Al. Rossi, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni su struttura, accertamento e limiti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli 2011, 2135. Sembra recepire la distinzione anche Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2001, n. 45237, in *DeJure*, laddove rileva che «i sindaci sono tenuti ad effettuare un controllo di legalità sugli atti e sui documenti della società, al fine di verificare la conformità degli stessi alle disposizioni di legge ed alle norme statutarie, ma non possono imporre agli amministratori determinati comportamenti ovvero sostituirsi agli stessi in caso di inadempienza. Ne consegue che non è configurabile il concorso nel reato di bancarotta a carico del sindaco per omessa vigilanza sull'effettivo adempimento degli obblighi fiscali e previdenziali tempestivamente segnalati all'organo amministrativo della società».

sostegno alla tesi giurisprudenziale, finendo con l'essere letta, come spesso accade, come un mero recepimento legislativo di un consolidato indirizzo interpretativo: come si è già visto⁴⁰, infatti, l'art. 17, comma 3, prevede una clausola premiale di esonero dalla responsabilità civile in relazione a tutte le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o delle azioni poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute dal collegio sindacale in ragione delle avvisaglie della crisi d'impresa, dando così luogo ad un vero e proprio dovere prevenzionistico che, ad oggi, non era così nettamente riscontrabile.

Tuttavia, non è sufficiente un parametro normativo di regolazione dei reciproci compiti gestori e di controllo a fondare compiutamente una posizione di garanzia. In primo luogo, il contenuto effettivo dell'obbligo deve essere posto in relazione con il contenuto della posizione di garanzia, considerato il fatto che esso deve trovare una precisa delimitazione in coincidenza con i poteri attribuiti dalla legge, oltre i quali non è assolutamente concepibile attribuire alcuna responsabilità⁴¹. Secondariamente, è evidente che la semplice inosservanza delle formalità civilistiche non è dirimente in ordine alla responsabilità penale: la tesi 'prova troppo', essendo assolutamente possibile tenere condotte formalmente rispettose che integrino comunque un illecito penale, e viceversa. Infine, occorre prestare attenzione al fenomeno della successione tra garanti, proprio della dinamica societaria, in cui spesso si assiste al fisiologico avvicendamento di diversi soggetti nelle posizioni di amministrazione o controllo, che ovviamente interferisce con l'effettiva cessione dei poteri impeditivi e con la presa in carico degli obblighi⁴²; sul punto, la giurisprudenza pacificamente ritiene co-integrati i doveri tipici della funzione dall'ulteriore dovere di rimozione delle irregolarità precedentemente poste in essere, realizzandosi in difetto una – per vero assai peculiare – forma di concorso 'diacronico' nel reato.

Le osservazioni critiche svolte in punto di fondazione delle posizioni di garanzia di amministratori non operativi e sindaci trovano quindi una piena conferma nel momento in cui ci si confronta con la verifica dei poteri 'impeditivi' che l'ordinamento loro assegna. Naturalmente, questi ultimi, per essere davvero tali, dovrebbero consentire di impedire concretamente l'evento dannoso mediante il loro dispiego, soprattutto nella prospettiva dell'azionamento da parte di un singolo componente degli organi collegiali. Il tema è di non poco momento, posto che, appunto, soltanto tramite l'esercizio dei prefati poteri è possibile sottrarsi alla responsabilità per omissione, soddisfacendo le aspettative legate alla posizione di garanzia⁴³, la quale, com'è stato magistralmente osservato, non dovrebbe consentire di «identificare il “dovere giuridico di compiere l'azione il cui compimento può scongiurare la commissione di un delitto”, con il “dovere giuridico di impedire il delitto” stesso»⁴⁴. Inoltre, guardando all'elaborazione dottrinale in tema di responsabilità da reato degli enti

⁴⁰ V. Cap. I, § 1.5.

⁴¹ Così F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1976, 198.

⁴² Sul tema, da ultimo, cfr. G. Morgante, *Tempus non regit actum. La parabola discendente del principio di affidamento nella successione “patologica” tra garanti*, in *Leg. pen.*, 16 ottobre 2017.

⁴³ F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 186 ss.

⁴⁴ A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni* (1957), in *Id.*, *Studi di diritto penale societario*, Milano 2010², 100.

collettivi, è ormai chiaro che, per quante cautele siano immaginabili, i delitti dolosi a base fraudolenta degli amministratori delegati sono sostanzialmente impossibili da prevenire *in toto*⁴⁵.

Una parte della dottrina ha proposto di intendere il potere impeditivo come il potere giuridico che, secondo le cadenze della causalità generale, può astrattamente impedire il verificarsi dell'illecito. Questo delimiterebbe la posizione di garanzia, e solo un successivo giudizio di causalità individuale – ancorato all'uso di quello specifico potere in un dato contesto spazio-temporale – consentirebbe di ritenere sussistente la responsabilità a titolo di concorso omissivo. Così facendo, si osserva, si potrebbe mantenere distinta l'individuazione dei soggetti astrattamente gravati dalla tutela dalla diversa questione della prova della responsabilità⁴⁶. Sennonché, anche al di là del fatto che il flusso informativo è generalmente diretto all'organo inteso nella sua collegialità (e non al singolo), così opinando sembra difficile rendere conoscibile *ex ante* la condotta richiesta all'agente, che, come si vedrà immediatamente, costituisce il più autentico terreno problematico.

Scendendo nel dettaglio dell'esame dei poteri impeditivi ci si avvede che la scena è dominata da una notevole complessità nell'imputazione delle responsabilità individuali, soprattutto in contesti societari pluriformi, e che la titolarità del singolo è generalmente relegata ad un potere pre-impeditivo; se tale circostanza non vale di per sé a negare la configurazione dell'obbligo di impedimento, potendosi comunque attivare l'organo su sollecitazione del singolo garante⁴⁷, è altrettanto vero che l'efficacia dell'azione non passa esclusivamente per il foro interiore del singolo, ma per il tramite dell'azione coordinata di più soggetti. Il precipitato della tesi del potere impeditivo come potere 'mediato' è quindi una concezione 'organizzativa' del medesimo: per tale via si finisce per valorizzare la dimensione reticolare e relazionale del vincolo di tutela⁴⁸, svilendo la concezione individualistica della posizione di garanzia a beneficio di quella che sembra essere una proiezione del diritto penale del rischio sul reato omissivo improprio.

Il corretto esercizio di alcuni poteri, nondimeno, ha un sicuro effetto paralizzante rispetto all'attività criminale: si tratta tuttavia di ipotesi marginali, riferibili, ad esempio, al conflitto che può sorgere in seno ad una s.n.c. con amministrazione di-

⁴⁵ G. Checcacci, F. Giunta, C. Paonessa, *Il calco per il modello. Appunti metodologici sulla mappatura del rischio*, in *Resp. amm. soc.*, 1/2016, 292 e 298. *Amplius* cfr. G. de Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, parte di *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2008, 173 ss.; F. Cerqua, sub *art. 6*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino 2010, 127 ss.

⁴⁶ Così A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna 2009, 294 ss.; F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 334 ss. In una prospettiva di più ampio respiro cfr. F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003³, 291 ss.

⁴⁷ C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 669.

⁴⁸ In questi termini A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 528 e 541: «La deformazione ermeneutica dell'art. 40 comma 2 c.p. riguarda, soprattutto, il concetto di 'impedimento' che subisce una curvatura 'organizzativa' correlata alla gestione del rischio: "non organizzarsi in modo tale da ridurre il rischio del verificarsi dell'evento che si ha la possibilità di prevenire equivale a cagionarlo"».

sgiunta, il quale deve essere risolto dall'assemblea dei soci, ossia dai medesimi soggetti in disaccordo⁴⁹. Assai più facilmente, al contrario, i poteri effettivamente impeditivi sono rimessi ad una valutazione collegiale o dell'assemblea: si pensi, ad esempio, alla revoca dell'amministratore, rimessa all'assemblea (art. 2383, comma 3), o al consiglio di amministrazione nel modello monistico (art. 2409-*octiesdecies*, comma 4), ovvero ancora al consiglio di sorveglianza nel modello dualistico, *ex art.* 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a).

Cominciando dalle ipotesi di più semplice lettura, la segnalazione di irregolarità contabili da parte dei sindaci (art. 2429, comma 3, c.c.) sembra del tutto inidonea ad impedire alcunché: da un lato, poiché non v'è una 'investitura impeditiva', in ragione della facoltatività dell'intervento; dall'altro, perché il collegio dovrebbe essere concretamente in grado di prevenire il risultato lesivo con poteri il cui esercizio individuale è precluso⁵⁰.

Certamente prive di efficacia sono tutte le ipotesi di denuncia, per la ragione – logica, prima che giuridica – che una denuncia segue ad un fatto già realizzato e non può mirare che ad impedirne, se del caso, l'eventuale sviluppo: si pensi ai casi di denuncia da parte dei soci al collegio sindacale (art. 2408 c.c.) o al Tribunale (art. 2409, comma 1, c.c.), anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero (art. 2409, comma 7, c.c.). In casi consimili, il potere impeditivo non è oggetto di alcuna surrogazione nella realizzazione di attività antagoniste, le quali sono solo un esito, per di più eventuale, di un *iter* piuttosto articolato.

Analogamente può dirsi in relazione all'impugnativa delle delibere assembleari e consiliari contrarie alla legge o allo statuto (artt. 2377, comma 2, e 2388, comma 4, c.c.), ovvero adottate col voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi (art. 2391, comma 3, c.c.), posto che l'organo investito dell'annullamento non è titolare di un potere inibitorio di alcun genere⁵¹.

L'annotazione del dissenso, anche con opposizione all'approvazione di determinati atti deliberativi – ritenuta dal diritto vivente uno strumento per l'esenzione della responsabilità *ex art.* 40 *cpv.*, con riferimento all'art. 2392, comma 3, c.c.⁵² – se dal punto di vista soggettivo dichiara l'assenza del dolo di partecipazione, non

⁴⁹ Così C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa*, cit., 295.

⁵⁰ F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 609.

⁵¹ C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 672. *Contra* F. Centonze, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, 757 ss., pur limitatamente alle delibere non *self-executing*.

⁵² *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *CED*, rv. 247315, con nota di M. Piccardi, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 2011, 4438 ss., nonché Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *CED*, rv. 241852, con nota di G. Chiaraviglio, *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 157 ss., e di L. D. Cerqua, *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Le soc.*, 2009, 1305 ss.

pare tuttavia avere alcuna rilevanza in punto di oggettiva capacità d'impedimento, poiché cronologicamente successiva all'attività illecita⁵³.

Il quadro cambia, invece, con riferimento ai poteri di revoca diretta o di avocazione degli incarichi gestori, che sono certamente idonei all'impedimento dell'attività delittuosa, ma che risentono, ovviamente, della necessità del consenso dei membri dei collegi interessati: è il caso, ad esempio, del potere-dovere del collegio sindacale di convocare l'assemblea dei soci – ex art. 2406, comma 2, ovvero ex art. 2406, comma 1 – in quanto soggetto con potere di revoca *ad nutum* degli amministratori (art. 2383, comma 3). In parte diversa, ed assai interessante sotto la lente dell'obbligo di garanzia, è l'ipotesi relativa al consiglio di sorveglianza, in cui la segnalazione investe direttamente l'organo collegiale abilitato alla revoca dei componenti del consiglio di gestione (art. 2409-*terdecies*).

A fronte di una certa insensibilità rispetto agli argomenti appena descritti, è singolare notare quanto il diritto giurisprudenziale sia permeato da penetranti considerazioni relative al dolo di partecipazione: non certo ignara delle conseguenze dell'instaurazione di posizioni di garanzia dalla dubbia fondatezza, la giurisprudenza ha progressivamente costruito una valvola di sfogo che le consentisse una soluzione *tailor made* dei casi sottoposti al suo giudizio, rifacendosi a – certamente più volubili e più facilmente maneggiabili – considerazioni relative alla prova del dolo (eventuale) di omissione nei contesti di collegialità⁵⁴. Pur essendo certamente uno sviluppo interessante – e, per certi versi, necessario – occorre sottolineare che non può comunque appagare in relazione alla questione in esame: senza una base oggettiva chiara e determinata, per di più in contesti omissivi, il reato perde la sua materialità e finisce per coincidere con la *prava voluntas*, con l'incapacità, con l'immoralità. Tuttavia, tanto fine e acuta è stata quest'opera di emersione dei 'segnali di allarme' che addirittura le Sezioni Unite l'hanno elevata a sistema, tematizzando i cc.dd. 'indici del dolo' nella pronuncia relativa al celebre caso *Thyssenkrupp*; ma sul punto si tornerà compiutamente più avanti⁵⁵.

1.5 – Lo statuto penale dei direttori generali e dei liquidatori. La posizione dei revisori contabili

La bancarotta impropria contempla come soggetti attivi anche i direttori generali e i liquidatori, la cui posizione risulta di rilievo, pratico e teorico, senz'altro minore.

Quanto al direttore generale, si tratta di una figura di rango apicale, anche se pur sempre subordinata agli amministratori, rispetto ai quali si pone come un esecutore

⁵³ F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le soc.*, 2012, 556 ss.

⁵⁴ Cfr. G. Mercone, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei cd. segnali d'allarme*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012; M. Pierdonati, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 965 ss.; C. Baccaredda Boy, *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: "Che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è"*, in *Ind. pen.*, 2014, 59 ss.

⁵⁵ V. Cap. V, § 1.3.

(differenziandosi, in ciò, dall'institore): la norma di riferimento per l'individuazione della sua posizione è l'art. 2396, secondo il quale «le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati».

V'è quindi, una perfetta assimilazione, in punto di doveri e obblighi, rispetto all'organo gestorio, che segue alla nomina per volontà assembleare o per disposizione statutaria: i due elementi non possono scindersi, nel senso della rilevanza della qualifica di fatto di direttore generale derivante dall'esercizio sostanziale delle sue prerogative, dovendosi escludere che la mancata nomina possa essere superata da considerazioni di natura effettuale⁵⁶. In secondo luogo, occorre distinguere chiaramente la figura in esame, che rivolge la sua attività alla totalità dell'impresa, da quella del 'semplice' direttore, cui si possono affidare le responsabilità relative a singoli settori, reparti o stabilimenti, e che certamente non può assurgere al ruolo di soggetto attivo della bancarotta impropria⁵⁷.

Più complessa, invece, è la posizione del liquidatore che, pur intervenendo unicamente nella fase terminale della vita dell'impresa, riveste una posizione del tutto analoga a quella degli amministratori (artt. 2272 e 2482 c.c.), anche in punto di responsabilità per omissione: si è infatti osservato che il liquidatore è responsabile delle condotte «di tutti coloro che abbiano agito – in via di diritto o di fatto – per conto di un ente successivamente fallito in tutti i casi nei quali, pur essendone inconsapevole, non abbia fatto tutto quanto in sua possibilità per attuare una efficace vigilanza ed un rigoroso controllo, ovvero non si sia dato un'organizzazione idonea non soltanto al raggiungimento degli scopi sociali, ma anche ad impedire che vengano posti in essere atti pregiudizievoli nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi»⁵⁸.

Occorre, tuttavia, demarcare chiaramente il campo rispetto alla figura del liquidatore nel concordato, del tutto distinta da quella in esame, soprattutto con riferimento alla disciplina dell'art. 236, comma 2, n. 1, che evoca, appunto, i «liquidatori di società»: sul punto, si registra un importante intervento delle Sezioni Unite, teso a sedare applicazioni analogiche *in malam* della fattispecie, nel quale si è escluso che il liquidatore *ex art. 182 l.f.* potesse essere ritenuto un soggetto attivo della bancarotta da concordato⁵⁹. L'asserto giurisprudenziale si fonda sulla condivisibile osservazione che, al di là delle assonanze nominalistiche, assai profonda è la distanza che separa le due figure, tanto sotto il profilo della nomina, degli obblighi e delle responsabilità, quanto sotto il profilo dell'inquadramento organico rispetto alla società, che certamente manca nel caso dell'ausiliario del giudice e che invece regge

⁵⁶ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa*, cit., 267 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 2008, n. 28819, in *DeJure*.

⁵⁷ Così E. Amati, L. Baron, *I soggetti attivi*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 1691.

⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2007, n. 8260/2008, in *CED*, rv. 241749.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. Un., 30 settembre 2010, n. 43428, in *CED*, rv. 248381, con note di Al. Rossi, *Liquidatore del concordato nominato ai sensi dell'art. 182 legge fall. e fatti di bancarotta: quali rapporti?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 348 ss.; L. Luparia, *Liquidatore del concordato e bancarotta societaria: il ripudio di una analogia "in malam partem"*, in *Le soc.*, 2011, 329 ss.; E. Amati, *Liquidatore concordatario e bancarotta societaria tra principio di frammentarietà in materia penale ed esigenze di tutela*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 87 ss.

l'equiparazione del liquidatore 'ordinario' rispetto agli amministratori, ai direttori generali e ai sindaci.

Per quanto riguarda la posizione dei membri di società di revisione, nonostante che il loro intervento sia necessario a talune condizioni per alcune forme sociali, la loro soggettività non è prevista dagli artt. 223 e 224, talché essi possono rispondere per i delitti di bancarotta unicamente nella forma del concorso di persone. La prassi consegna una casistica assai rilevante, specialmente legata all'ipotesi della bancarotta da reato societario, ed in particolare alle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), anche se quest'ultima disposizione, alla pari delle norme fallimentari, non contiene alcun riferimento all'attività di revisione. Nei confronti dei revisori non può quindi ipotizzarsi alcuna forma di responsabilità per omissione, non avendo alcuna facoltà di intervento impeditivo rispetto all'agito degli amministratori, in relazione al quale non devono neanche «vigilare» (anche in considerazione del fatto che sono quasi sempre interessati dopo il compimento delle operazioni incriminate)⁶⁰. L'abrogata disciplina dei revisori dei conti recata dall'art. 164, comma 1, TUIF, peraltro, non a caso rinviava agli obblighi dei sindaci unicamente con riguardo al dovere di diligenza (art. 2407, comma 1). Oggi, nel silenzio della nuova regolamentazione della responsabilità delle società di revisione (art. 15 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39), sembra potersi concludere che il legislatore abbia implicitamente espresso un giudizio negativo circa la possibilità di configurare il concorso per omissione dei revisori.

1.6 – I soggetti qualificati di fatto: un'analogia *in malam partem*?

Come si è già in parte accennato, il quadro della soggettività attiva dei delitti di bancarotta si completa con i soggetti qualificati di fatto, la cui rilevanza ai fini di una responsabilità diretta – e non già articolata sulle cadenze del concorso dell'*extraneus* – viene comunemente tratta dall'applicazione dell'art. 2639, comma 1, c.c. all'ambito penal-fallimentare.

Sul punto, la giurisprudenza configura senza eccezioni la responsabilità dei soggetti qualificati di fatto, in particolare degli amministratori, al ricorrere della duplice condizione dell'esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Si tratta di due requisiti cumulativi, l'uno di natura quantitativo-temporale, l'altro di matrice qualitativa, in base ai quali si può escludere che una partecipazione meramente occasionale possa dar luogo all'estensione della soggettività. In particolare, si osserva che: *a)* l'amministratore 'di fatto' va ritenuto gravato dell'intera gamma di doveri cui è soggetto l'amministratore 'di diritto', per cui risulta responsabile per tutti i fatti a lui addebitabili; *b)* deve rispondere delle condotte illecite dell'amministratore 'di diritto' nel caso di colpevole e consapevole inerzia, in applicazione della regola di cui all'art. 40 comma 2 c.p.⁶¹; *c)* ai fini della determinazione della qualifica di fatto «“significatività” e “continuità” non comportano necessariamente l'esercizio di ‘tutti’ i poteri propri dell'organo di gestione, ma richie-

⁶⁰ A. Crespi, *La pretesa posizione di garanzia del revisore contabile*, in *Riv. soc.*, 2006, 373 ss.

⁶¹ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 2010, n. 11938, in *CED*, rv. 246897.

dono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale»⁶².

Una significativa parte della dottrina ritiene che l'art. 2639 esprima un principio generale dell'ordinamento, elidendo in via interpretativa la clausola limitativa espressa dalla medesima norma (che si riferirebbe ai soli reati previsti nel titolo XI del libro V del codice civile), anche in considerazione del fatto che l'estensione ai soggetti qualificati di fatto era già liberamente praticata ben prima della sua introduzione⁶³. Più precisamente, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che il soggetto attivo dei delitti di bancarotta impropria potesse essere anche il soggetto qualificato di fatto, atteso che le fattispecie incriminatrici non introducono alcuna distinzione tra il ruolo 'di diritto' e quello 'sostanziale', e che l' 'autonomismo' della materia fallimentare renderebbe legittima una specifica ricostruzione interpretativa; in questa prospettiva, appunto, l'art. 2639 non costituirebbe che il riscontro letterale di una soluzione già consolidata in via interpretativa⁶⁴.

In opposizione alla posizione appena descritta, va detto che l'equiparazione menzionata a malapena riesce a non vestirsi dell'abito dell'analogia, tanto nella versione antecedente quanto in quella successiva alla riforma⁶⁵: non si vede davvero come sia possibile concepire una responsabilità diretta (e, al limite, esclusiva) del soggetto di fatto in difetto della suaccennata clausola, la quale – anche ove meramente recettiva di un indirizzo giurisprudenziale già formato – esplicitamente limita il suo ambito di efficacia ai reati societari. Peraltro, non mancano indici sistematici che confermano che ove il legislatore ha inteso estendere la punibilità ai soggetti qualificati di fatto vi ha direttamente provveduto: si pensi, in particolare, all'art. 5 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ovvero all'art. 299 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ove si fa chiaramente riferimento all'ipotesi estensiva, dimostrando che si tratta tutt'altro che di un principio così generale da non dover essere, appunto, puntualmente affermato. L'obiezione relativa alla lacuna di tutela che sorgerebbe in ragione della sottrazione alla responsabilità in forza dell'interposizione dell'amministratore c.d. 'testa di le-

⁶² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in *Guida dir.*, 2014, 6, 100.

⁶³ G. Casaroli, *Bancarotta c.d. impropria: note su alcuni punti chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in *Ind. pen.*, 1979, 221; A. Pagliaro, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 17; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 120 ss.; F. Mucciarelli, *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano 2002, 444; P. Palladino, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, 3088 ss.; P. Veneziani, sub art. 2639, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi, A. Cadoppi, Padova 2007, 311; G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 223-235*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1249 ss.; M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 40; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 189 ss.

⁶⁴ Così, Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 39535, in *Cass. pen.*, 2013, 1602; Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593, in *Cass. pen.*, 2012, 2268; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, in *Cass. pen.*, 2012, 1888; Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 2008, n. 7203, in *Cass. pen.*, 2008, 4323; Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *CED*, rv. 228308.

⁶⁵ In questi termini C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa*, cit., 229 ss.; L. Stortoni, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1163; G. L. Perdonò, *I reati fallimentari*, cit., 383; A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 503.

gno⁶⁶, poi, sembra soltanto suggestiva, posto che un accordo in tal senso certamente integra un'ipotesi di concorso dell'*extraneus* nel reato.

È ben più significativo, invece, l'articolato argomento che assegna al concetto civilistico di 'amministratore' una valenza non prettamente formalistica, ma suscettiva di un'estensione immediata ai soggetti qualificati di fatto, facendo riferimento alla disciplina degli obblighi e dei doveri del medesimo⁶⁷. È vero che, a differenza dei delitti contro il patrimonio, il diritto penale economico *lato sensu* conosce un vincolo di significato particolarmente accentuato rispetto alla disciplina extrapenale, conducendo all'omologazione delle nozioni in luogo dell'autonomismo penale⁶⁸. Tuttavia, è altrettanto essenziale ribadire che, in questa sede, si verte sulla delimitazione di qualifiche aventi rilevanza penalistica, e dunque soggette ai corollari di rango costituzionale della legalità. È poi altrettanto vero che le finalità e le modalità di tutela del diritto di origine e del diritto criminale non sono in alcun modo sovrapponibili: in questo senso, può essere fuorviante predicare l'osmosi di elaborazioni sorte in relazione alla tutela privatistico-patrimoniale in contesti qualificati da una connotazione pubblicistico-repressiva.

Comunque si intenda, salvi i casi del concorso tra amministratore 'testa di legno' e amministratore di fatto, sembra davvero troppo sfumata – e, dunque, in qualche modo arbitraria – la linea di confine che isola la funzione dal titolo, avendo riguardo al fatto che insufficienti ed incerti – o, meglio, indeterminati – sono i sostrati derivati dagli effetti materiali del comportamento, il quale potrebbe peraltro assumere più propriamente rilevanza come fatto del terzo, venendo così punito dalle norme in tema di ricettazione fallimentare (art. 232, comma 3, l.f.)⁶⁹.

Una riprova empirica, per quanto implicita, si trae inequivocabilmente dalla generale esenzione dell'amministratore 'di fatto' dagli obblighi in tema di tenuta delle scritture contabili – necessitata in virtù del chiaro disposto dell'art. 2302 c.c. – e dagli obblighi – imposti dalla legge, appunto – cui fa riferimento l'art. 224, n. 2, l.f.: il 'fatto' non si sovrappone perfettamente alla 'forma', cui si deroga unicamente nel caso della bancarotta patrimoniale, in ciò comprensibilmente mossi dalla 'meritevolezza' di pena che la condotta manifesta in ragione della sua elevata capacità decettiva, ma senza l'appoggio di una valida base legale.

Parallelamente, la situazione che si viene a creare in relazione alla posizione dell'amministratore 'di diritto' tende verso la totale normativizzazione della responsabilità: si è infatti giunti a sostenere, senza particolare affanno, che la mera accettazione della carica fittizia «attribuisce doveri di vigilanza e controllo, il cui mancato rispetto comporta la responsabilità penale»⁷⁰, anche se talora l'ascrizione viene mitigata col riferimento, ancora una volta, alla consapevolezza delle finalità

⁶⁶ A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 81.

⁶⁷ M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 116 ss.

⁶⁸ F. Giunta, *I reati economici*, cit., 642.

⁶⁹ C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 264.

⁷⁰ Così Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2013, n. 14432, in *Guida dir.*, 2014, 22, 81.

dell'amministratore di fatto⁷¹ ovvero ad una posizione di completo disinteresse e distacco rispetto all'operato dei gestori⁷².

La questione dei soggetti qualificati di fatto nei reati fallimentari, in una prospettiva più ampia, mette davanti allo specchio il diritto penale che si fa politica criminale⁷³, rivelando una duplice sfaccettatura del tipo criminoso 'vivente' dei delitti di bancarotta. Da un lato, la responsabilità da posizione continua, con la sua valenza generalpreventiva, a costituire un riferimento sicuro nell'ambito di un diritto a più riprese definito 'speciale' o 'particolare', che stenta ad allinearsi non tanto alla Costituzione, quanto agli stessi principi espressi nel codice penale. Dall'altro lato, la valorizzazione delle figure di fatto si afferma, nonostante gli scogli formali, in forza della natura intrinsecamente fraudolenta di chi frappone tra sé e i terzi la c.d. 'testa di legno', immutando la stessa apparenza della realtà gestionale dell'impresa e, così, traendo in qualche modo in inganno i terzi che si trovano ad esserne gli interlocutori economici. In breve: la fraudolenza, nel delitto della figura di fatto, finisce col supplire al deficit di formalizzazione della qualifica soggettiva, costituendo un titolo ancor più gravido di responsabilità.

2. L'insolvenza e la crisi: la bancarotta 'extra-fallimentare'

L'aver precedentemente affrontato il tema del ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, lungi dal costituire l'epilogo delle questioni generali della bancarotta, rappresenta invece il punto di partenza di ulteriori riflessioni, rivolte alla sistematizzazione delle fattispecie criminose attivate dalle altre procedure concorsuali, le quali si legano a presupposti distinti e dimostrano di assolvere a funzioni del tutto diverse rispetto al fallimento, al quale sono del tutto irriducibili.

Tuttavia, l'assetto della tutela è essenzialmente fondato su norme penali in bianco e rinvii a catena che tendono ad annullare i significativi differenziali intercorrenti tra le varie procedure, producendo un sistema a buon diritto definito come «disarmonico e sgangherato»⁷⁴.

⁷¹ Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 17708, in *DeJure*.

⁷² Cass. pen., Sez. V, 3 giugno 2005, n. 44279, in *DeJure*.

⁷³ Sul tema cfr. G. Flora, *Appunti su giustizia penale e scienza del diritto penale*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 252, laddove si osserva che la scienza penale deve vivere anche l'«umanità» del diritto penale per svolgere la sua finalità interpretativo-ricostruttiva delle norme e del sistema, in ciò assistita dalle «strutture razionali della dogmatica costituzionalmente orientata» le quali debbono ergersi a limite, appunto, della politica criminale. Ancora, sulla medesima questione, cfr. F. Giunta, *Quale diritto penale? Note cursorie sul sistema delle garanzie tra crisi e rifondazione*, in *Giust. pen.*, 2015, II, 125 ss.

⁷⁴ Così F. Giunta, A. Scarcella, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, vol. II, Torino 2006, 1221. Sul tema cfr. anche P. Sandulli, *Rapporti tra decozione e reati fallimentari*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 85 ss.; N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino 2016, 33 ss. e 45 ss.

2.1 – L'emersione dell'insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria

Affrontando il tema della bancarotta 'extra-fallimentare' nell'ottica, ancora una volta, di un progressivo allontanamento dal presupposto delle fattispecie di base (ossia l'insolvenza), merita anzitutto far cenno all'estensione della responsabilità per bancarotta ai casi di liquidazione coatta amministrativa (art. 237 l.f.), la quale si centra comunque sull'accertamento giudiziale dell'insolvenza, sia esso antecedente o avvenuto nel corso della procedura (artt. 195 e 202 l.f.). La discrasia si spiega facilmente avendo riguardo alla *ratio* della liquidazione coatta, la cui vocazione si rintraccia nell'intervento preventivo rispetto all'esplosione della crisi economica; peraltro, ciò spiega anche il motivo dell'estensione della bancarotta ai casi di insolvenza, cui si connette il nucleo più autentico del disvalore penale⁷⁵.

Se la disciplina prevista dalla legge fallimentare appare del tutto chiara, il complessivo funzionamento della procedura è complicato dal fatto che essa ha un ruolo sussidiario rispetto alle leggi speciali che ne regolano ipotesi particolari, rispetto alle quali si assiste ad una eterointegrazione a cascata delle disposizioni penali (ad esempio, si prenda il testo unico bancario: art. 80). Spicca, in questo contesto, la procedura di 'risoluzione' bancaria predisposta dai d.lgs. 18 novembre 2015, nn. 180 e 181, attuativi della direttiva europea 2014/59/UE (*Bank recovery and resolution directive*), nella quale, attraverso l'impulso della Banca d'Italia, si persegue la continuità dell'operatività essenziale dell'istituto di credito, risanandone la parte migliore e liquidando la restante; i costi della crisi sono ripartiti all'interno della banca, soprattutto tra azionisti e creditori, anche mediante la riduzione del valore delle azioni e delle obbligazioni o la loro conversione in capitale; a ciò, infine, si associa l'amministrativizzazione della procedura, affidata ad autorità indipendenti. Com'è intuibile, la disciplina in esame sposta assai lontano il baricentro rispetto alla soddisfazione paritetica dei crediti, difettando dei minimi requisiti di 'concorsualità' e polarizzandosi invece sul mantenimento delle funzioni strategiche dell'istituto di credito⁷⁶.

Quanto all'amministrazione straordinaria, circa le cui peculiarità si è già in parte detto⁷⁷, è lo stesso d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 a dettare un'apposita disciplina penalistica, risolvendo molte delle incongruenze emerse in seno alla previgente legislazione del 1979: anche in questo caso, nondimeno, si equipara la dichiarazione di insolvenza alla sentenza fallimentare, legittimando l'applicazione, tra gli altri, dei de-

⁷⁵ N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 175.

⁷⁶ *Amplius* cfr. M. Paglierini, G. Sciascia, *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea. Uno sguardo d'insieme*, in *Le soc.*, 2015, 986 ss.; B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite*, in *Dir. fall.*, 2016, 629 ss.; A. Magliari, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M. P. Chiti, V. Santoro, Pisa 2016, 385 ss.; M. Porzio, *La banca insolvente*, *ivi*, 407 ss.

⁷⁷ V. Cap. I, § 1.4.

litti di bancarotta propria e impropria (art. 95)⁷⁸. In considerazione della finalità della procedura, la mera equiparazione lascia insoddisfatti per due ragioni. In primo luogo, si è detto che è l'emissione della dichiarazione fallimentare (quale condizione obiettiva) ad attribuire ai fatti di bancarotta un 'bisogno' di pena, diversamente dal suo presupposto – l'insolvenza, appunto – che vale a costituire la meritevolezza. In secondo luogo, la prescritta applicazione delle norme penali si scontra col fatto che tale 'bisogno' di pena può in concreto essere insussistente, attesa la finalità riorganizzativa e di 'salvataggio': si pensi, ad esempio, al caso in cui siano state poste in essere operazioni non liquidatorie in violazione della *par condicio*, rispetto alle quali sarebbe certamente ipotizzabile la bancarotta preferenziale, che non sarebbe peraltro impedita dall'art. 217-*bis* in ragione della limitazione della sua efficacia alle altre procedure concorsuali.

2.2 – La bancarotta nel concordato preventivo

Mano a mano che ci si allontana dalla prospettiva liquidatoria, come si è visto, si cominciano ad avvertire le più significative aporie della legislazione penal-fallimentare, che non potranno che essere acuite dall'eventuale adozione del c.d. codice della crisi. Aporie che si sono già sommariamente descritte con riferimento alle estensioni soggettive e alle procedure 'speciali', ma che sono chiaramente presenti anche nell'ambito del concordato preventivo, che col fallimento divide attualmente un ruolo di primario rilievo nell'ambito del diritto dell'insolvenza.

Con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2015, n. 132), si è proceduto proprio alla rivisitazione delle regole in materia di concordato preventivo, incentivando la continuità aziendale (mediante l'inserimento di soglie minime a carico dei concordati liquidatori) e nuove forme di finanziamento rivolte alla preservazione dell'azienda (art. 182-*quinquies* l.f.), operando altresì un *restyling* degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis*⁷⁹, nonché modificando l'art. 236, con l'introduzione di un terzo comma che estende l'applicazione dei delitti di bancarotta anche ai casi di accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria.

La norma di riferimento in campo penale è rappresentata proprio dall'art. 236. In primo luogo, la norma prefata punisce la condotta dell'imprenditore che si attribuisce attività inesistenti per accedere al concordato o per ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o il consenso alla convenzione di moratoria, ovvero di chi abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti per adulare la formazione delle maggioranze dei creditori (comma 1). In secondo luogo, dispone l'estensione delle disposizioni penali ai casi di concordato preventivo (comma 2). In terzo luogo, compie la medesima operazione, pur con alcune limi-

⁷⁸ *Amplius* cfr. G. Fauceglia, *Brevi riflessioni sul rapporto tra sentenza dichiarativa di fallimento e provvedimenti di ammissione all'amministrazione straordinaria*, in *Il fall.*, 2014, 284 ss.

⁷⁹ In tema cfr. F. Di Marzio, voce *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 808 ss.; L. Stanghellini, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Il fall.*, 2013, 1222 ss.; G. Benvenuto, *Le modifiche apportate alla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, ne *Il fallimentarista*, 6 ottobre 2015.

tazioni, con riferimento agli accordi di ristrutturazione ed alle convenzioni di moratoria (comma 3).

La previsione incriminatrice del comma 1 esula dal campo di indagine di questo studio, non costituendo una fattispecie di bancarotta bensì un illecito posto a presidio della regolarità della procedura, concettualmente vicino alla falsità ideologica e al tentativo tipizzato di truffa processuale (ferma la difficoltà di ritenere il provvedimento del giudice un atto dispositivo patrimoniale)⁸⁰. Peraltro, in ragione della formulazione della norma, che espressamente si riferisce all'imprenditore, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ritengono che essa non possa applicarsi né agli amministratori né ai liquidatori, nonostante che essi possano ovviamente compiere le condotte descritte all'art. 236: si tratterebbe, a tutta evidenza, di una chiara analogia *in malam partem*⁸¹, la quale di fatto conduce alla sostanziale desuetudine della norma esaminata.

Assai significative, per converso, sono le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 236. In particolare, mediante numerosi rinvii, il comma 2 prevede l'applicabilità al concordato preventivo degli artt. 223 e 224 (e, a cascata, degli artt. 216 e 217 a loro volta richiamati), dell'art. 227, degli artt. 228 e 229 (con riguardo al commissario) e degli artt. 232 e 233 (con riferimento ai creditori).

Nonostante la farraginosità della norma, appare chiaro che il perno attorno a cui ruota l'intera disciplina è costituito dall'equiparazione del decreto di omologazione del concordato alla sentenza fallimentare; circostanza, quest'ultima, da sempre ritenuta problematica⁸², e oggi resa ancor più stridente dalla riforma recata sulle norme in tema di concordato nel segno della continuità. Alla cui rilevanza, a ben vedere, si ispira anche l'art. 236, commi 2 e 3, atteso che, non richiamandola espressamente, esclude la punibilità dell'imprenditore individuale che acceda al concordato preventivo: la *ratio* della disciplina si lega all'idea che ove l'imprenditore venisse attinto dalla sanzione penale la continuità, ammessa in sede civile, sarebbe di fatto negata in sede penale, confermando le osservazioni già svolte in ordine ai presupposti del ruolo condizionante dei provvedimenti giurisdizionali relativi alle procedure concorsuali e al fondante – ma si potrebbe dire genetico – legame della bancarotta rispetto all'insolvenza.

La problematica equiparazione del concordato al fallimento è appunto resa evidente dal diverso presupposto che ne legittima l'accesso, individuato dall'art. 160 nello «stato di crisi» (comma 1), specificando che «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza» (comma 3). Non occorre molto sforzo per comprendere che la norma appena evocata disegna un più ampio sovra-insieme rispetto all'insolvenza –

⁸⁰ In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3736, in *CED*, rv. 215721.

⁸¹ Sul tema cfr. S. Vinciguerra, *Concordato preventivo, amministrazione controllata e responsabilità penale (riflessioni sull'art. 236, comma 1° l.f.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 872; N. Mazzacuva, *Sub art. 236*, in A. Rossi, N. Mazzacuva, *Disposizioni penali*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, vol. III, Bologna-Roma 1997, 81 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 2 giugno 1989, n. 14773, in *CED*, rv. 182422.

⁸² G. Ferri, *Sulla interpretazione dell'art. 236, secondo comma, della legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 732 ss.

che ne costituisce la *species*⁸³ – non connotato dalla strutturale incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, bensì alternativamente caratterizzato: *a*) dalla temporanea difficoltà di adempiere, con tendenziale reversibilità; *b*) dal rischio dell'insolvenza, la cui insorgenza risulti prevedibile in un arco di tempo ridotto; *c*) da uno sbilancio patrimoniale o da un sovraindebitamento (che differiscono dall'insolvenza poiché questa implica uno squilibrio tra liquidità/credito e debiti esigibili, laddove il sovraindebitamento è rappresentato da uno squilibrio patrimoniale, ossia da un'eccedenza del passivo sull'attivo); *d*) dalla riduzione del patrimonio netto sotto il minimo legale, che non costituisce ancora un vero sbilancio, ma impone lo scioglimento della società, senza poter ricorrere a finanziamenti sostitutivi di apporti di capitale; non potendo i soci essere costretti a optare per la ricapitalizzazione o la trasformazione, l'attività può proseguire al solo fine della conservazione del valore dell'impresa, e proprio tale prospettiva legittima la sottoposizione ai creditori di un piano di soluzione concordataria⁸⁴. Correlativamente, non sembra possibile riscontrare lo 'stato di crisi' nel caso della mera perdita di capacità reddituale, che la scienza economica riconduce alla nozione di 'declino': una procedura concorsuale non può, infatti, essere il viatico per scaricare sui creditori del recupero della redditività.

Così sommariamente tracciati i tratti essenziali del presupposto del concordato, appare del tutto chiara la diversità di ambito rispetto a quello elettivo del fallimento, che resta pur sempre una conseguenza possibile del primo. La distinzione è peraltro storicamente avvalorata dall'abrogato art. 187 l.f., in tema di amministrazione controllata, il quale ammetteva alla procedura concordataria l'imprenditore «che si trova in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, se ricorrono le condizioni [...] e vi siano comprovate possibilità di risanare l'impresa».

In questo senso, il principale profilo problematico prende le mosse dall'assenza di una cristallizzazione normativa del concetto di 'stato di crisi', che viene identificato solo *per relationem* rispetto all'insolvenza. Il mutamento del presupposto sostanziale della procedura comporta, infatti, esiti paradossali: dalla sostanziale inapplicabilità degli artt. 223, comma 2, n. 1, e 224, n. 2, l.f. (entrambi diretti alla tutela contro il dissesto della società), alla letterale inconcepibilità del richiamo dell'art. 223, comma 2, n. 2⁸⁵. Ammettere il contrario significherebbe consegnare l'art. 236, comma 2, all'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevole uguaglianza sanzionatoria rispetto a condotte causatrici del dissesto o dell'insolvenza: da un lato, in relazione alle più gravi ipotesi fallimentari,

⁸³ Così A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova 2008, 702.

⁸⁴ Per un quadro d'insieme sulla disciplina extrapenale cfr. R. Provinciali, voce *Insolvenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 781 ss.; F. Di Marzio, voce *Crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano 2012, 503 ss. (anche per i notevoli riferimenti bibliografici, sia alla dottrina italiana che alla dottrina tedesca e nordamericana: 533 ss.).

⁸⁵ G. G. Sandrelli, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1296 ss.; G. Insolera, *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 35 ss.; G. M. Caletti, *Gli artt. 236 e 237 l. fall.: i reati nelle procedure concorsuali diverse dal fallimento*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 2171.

si punirebbero «situazioni posticipate di illiceità della condotta», mentre rispetto alla bancarotta da concordato si legherebbe la medesima sanzione a «situazioni anticipate di segnali d'allarme (lo stato di crisi)»⁸⁶.

Peraltro, un'ulteriore questione problematica investe l'eventuale rilevanza penale della fase 'pre-concordataria', intercorrente tra il momento della presentazione della domanda di concordato c.d. 'in bianco' (o 'con riserva'), rispetto alla quale il tribunale concede un termine di presentazione della proposta definitiva (art. 161, comma 6, l.f.): in questo periodo, in cui non v'è neanche il decreto di ammissione alla procedura, è tuttavia prevista la nomina di un commissario e la necessità di autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione, in particolare se relativi alla finanza 'interinale'. Nondimeno, l'assenza di una esplicita previsione estensiva con riguardo a questa fase lascia dubitare della possibilità di applicare le norme in tema di bancarotta, salva ovviamente la successiva ammissione/omologazione del concordato ovvero la dichiarazione di fallimento dell'impresa.

In conclusione, l'unico percorso ermeneutico che consente di ridurre lo sfasamento che intercorre tra le disposizioni civili e quelle penali consiste nella presa d'atto della irriducibilità dello stato di crisi all'insolvenza, sia in forza del dettato dell'art. 160, sia sulla scorta della previsione dell'art. 162, comma 2, che consente la dichiarazione di fallimento in caso di inammissibilità della domanda di concordato unicamente qualora siano «accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5», rispettivamente relativi ai requisiti di fallibilità e, appunto, allo stato d'insolvenza.

Conseguenzialmente, dovrebbe conseguire la limitazione interpretativa dell'art. 236, comma 2, ai soli casi in cui sia effettivamente accertata l'insolvenza⁸⁷. In questo senso, quest'ultima resterebbe l'elemento sufficiente e necessario per l'integrazione delle fattispecie di bancarotta, mentre muterebbe unicamente la condizione obiettiva, il dato formale, sostituendosi alla sentenza dichiarativa il decreto di omologazione del concordato. Conclusione alla quale, peraltro, la più autorevole dottrina era già giunta con riferimento all'amministrazione controllata, proprio nel suo rapporto col concordato, rilevando che, se la bancarotta è sempre connessa a uno stato di insolvenza, «non si comprende come mai possa essere configurata allorché il fatto è in relazione a un periodo di vita dell'impresa, che ha giustificato la sua ammissione alla amministrazione controllata: procedura che, oltre tutto, si giustifica con la possibilità per l'impresa di riprendere il normale cammino. [...] Si aggiunga che, pur nascendo il concordato preventivo da una situazione di insolvenza, però, di tale insolvenza, manca la certezza giurisdizionale perché il provvedimento che omo-

⁸⁶ Così M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 64.

⁸⁷ In termini cfr. A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 117; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 459 ss.; A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 917; C. Cassani, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 759 ss.; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 828; M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 412 ss.; F. Sgubbi, *Crisi d'impresa*, cit., 667.

loga il concordato non ha la funzione di accertare l'insolvenza: questo, dogmaticamente, è risolutivo»⁸⁸.

Sorprendentemente, la questione è pressoché sconosciuta in giurisprudenza, salva un'isolata pronuncia che, anche se solo implicitamente, lascia intendere che per l'applicazione dell'art. 236, comma 2, occorrerebbe pur sempre la frode, ovvero sia un uso abusivo della procedura concordataria finalizzato alla sottrazione al fallimento e all'integrazione dei delitti di bancarotta⁸⁹.

Al contrario, la giurisprudenza maggioritaria non avverte alcuna frizione e, professata la perfetta equiparazione tra la sentenza dichiarativa di fallimento e il decreto di ammissione al concordato (e non già di omologazione), stabilisce la pacifica rilevanza penale delle condotte pre-concorsuali ai sensi dell'art. 236⁹⁰. Manca, com'è intuibile, una qualche coerenza interna, attesa la tradizionale posizione che vuole il fallimento quale 'condizione di esistenza' del reato in quanto concorrente a determinare il disvalore penale del fatto: anche a voler accedere a questa ricostruzione, di per sé critica, si dovrebbe correlativamente asserire che non ogni concordato preventivo presuppone l'accertamento dell'insolvenza e che, pertanto, non ogni procedura può consentire di pervenire alla perfezione dei reati in esame. Assestata su un piano squisitamente formalistico, la giurisprudenza rinuncia a trarre le necessarie conclusioni anche quando è costretta all'angolo dalla logica giuridica: ne è prova lampante la posizione interpretativa che si è formata sul tema del decorso della prescrizione del reato nel caso in cui il fallimento segua ad un concordato instaurato senza successo. In questi casi, mentre si rileva che pare sussistere «un nesso funzionale tra il concordato e il fallimento», parimenti si osserva che «tanto non consente di omologare a tutti gli effetti le due procedure, soprattutto in ragione dell'offesa portata ai creditori, eliminando le rispettive diversità ed anche le difformità nell'ottica penalistica, dove le conseguenze sono state dal legislatore assegnate a due distinte ipotesi». Coerentemente, si giunge all'impossibilità di «intravedere nella successione delle vicende concorsuali la medesima connotazione e quell'uniformità che può consentire l'«assorbimento» cronologico della seconda nella prima cronologicamente intervenuta. Ma, casomai, una lettura opposta, in cui la sentenza dichiarativa di fallimento e la vicenda procedimentale che da essa sorge ricapitola in sé quanto occorso in precedenza e, per il versante penale, fornisce maggiore sostanza nell'elemento costitutivo dei reati concorsuali», cui segue la conclusione per cui la prescrizione decorre dalla successiva sentenza dichiarativa di fallimento⁹¹.

Le solide argomentazioni spese nel precedente di legittimità appena evocato possono anche condividersi, ma dovrebbero necessariamente condurre alla proclamazione, a tutto tondo, della diversità strutturale tra l'insolvenza-fallimento e lo stato di crisi-concordato, che a sua volta avvalorava la conclusione che sia possibile pro-

⁸⁸ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 233.

⁸⁹ Così Cass. pen., Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, in *CED*, rv. 268595, con nota di A. Pantanella, *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti alla cognizione del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 2017, 3729 ss.; aderisce alla prospettiva indicata anche N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 171.

⁹⁰ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2010, n. 16504, in *CED*, rv. 247243, in linea con le asserzioni contenute in Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, cit., 4120.

⁹¹ Per tutte cfr. Cass. pen., Sez. V, 30 giugno 2011, n. 31117, cit.

cedere ad un addebito di bancarotta unicamente nei casi in cui nella procedura di concordato preventivo sia accertata *ab initio* l'insolvenza della società e non già la mera ricorrenza del provvedimento formale di ammissione (ovvero di omologazione), il quale, al pari della declaratoria di fallimento, deve ritenersi qualificabile come una mera condizione estrinseca di punibilità.

2.3 – La rilevanza degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle convenzioni di moratoria

La più volte menzionata riforma del 2015 ha complicato ulteriormente il quadro dei reati di bancarotta mediante l'introduzione del comma 3 all'art. 236, che, tra gli altri, sancisce l'estensione degli artt. 223 e 224 (e dunque degli artt. 216 e 217) ai casi di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria. Così facendo, il legislatore ha chiaramente inteso adeguare la tutela penalistica al variegato strumentario posto a disposizione dell'imprenditore per risolvere la crisi della sua attività; nondimeno, il riconoscimento di una 'pari dignità' degli strumenti menzionati rispetto alle procedure concorsuali in senso stretto comporta il totale 'dissesto' del sistema, nel quale il binario civile e quello penale corrono del tutto paralleli, ed insensibili alle reciproche istanze.

Preliminarmente, occorre dar conto della natura e degli effetti dei predetti strumenti di composizione della crisi. Il d.l. 83/2015 ha disposto l'introduzione dell'art. 182-*septies* l.f., il quale integra la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* (commi 1 - 4), disegnando, appunto, l'istituto dell'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari; ai commi 5 e 6 della medesima disposizione, poi, è disciplinato il nuovo istituto della convenzione di moratoria.

Scendendo nel dettaglio, giova ricordare che l'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, disciplinato in via generale dall'art. 182-*bis*, esprime il *favor* del legislatore per la regolazione della crisi d'impresa mediante accordi tra l'imprenditore e taluni dei creditori finalizzati alla rimozione dello stato di crisi dell'impresa, ed eventualmente protetti dalla revocatoria fallimentare *ex art. 67*, comma 3, lett. e) con l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Sotto il profilo della delimitazione dei soggetti coinvolti, l'accordo con intermediari finanziari *ex art. 182-septies* si rivolge alle imprese che abbiano contratto debiti verso banche o intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. La principale, ed intuibile, differenza intercorrente con il concordato preventivo, e *a fortiori* col fallimento, è legata al fatto che gli accordi in esame non ricalcano perfettamente le altre procedure concorsuali, tanto per la non necessaria 'concorsualità' dei creditori, quanto, e soprattutto, per la particolare disciplina riservata alla garanzia di chi abbia scelto di non aderire all'accordo (i cc.dd. 'estranei').

Per giungere ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, infatti, occorrono due requisiti: da un lato, è necessario l'accordo con creditori che rappresentino almeno un'elevata percentuale dei crediti; dall'altro, è richiesta la garanzia che il debitore sarà in grado di pagare le obbligazioni relative ai creditori 'estranei' nei tempi e modi stabiliti dalla legge. Per ottenere l'omologazione è dunque fatto obbligo all'imprenditore di accompagnare l'accordo con i documenti indicati all'art. 161 e

con una relazione redatta da un esperto che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti. A partire dalla data di pubblicazione presso il competente registro delle imprese, e comunque entro trenta giorni, i creditori e ogni altro soggetto interessato potranno proporre opposizione, sulla quale si esprimerà il tribunale, decidendo, se del caso, per l'omologazione.

Alle descritte condizioni, l'imprenditore sarà legittimato a chiedere che gli effetti dell'accordo siano estesi anche ai creditori appartenenti alla medesima categoria che non vi abbiano spontaneamente aderito; pertanto, per effetto della modifica del 2015, l'accordo deroga espressamente all'art. 1372 c.c., avendo forza di legge anche rispetto a chi non ne è parte, nonché alle regole poste per il contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.), sebbene in presenza di una duplice condizione: *a)* tutti i creditori riconducibili alla medesima categoria devono essere informati dell'avvio delle trattative ed essere messi in condizione di parteciparvi; *b)* l'accordo deve essere accettato da una percentuale di creditori pari almeno al 75% dei crediti della categoria.

Quanto alle convenzioni di moratoria con intermediari finanziari, le disposizioni di riferimento sono rappresentate dai commi 5 e 6 dell'art. 182-*septies*, i quali disciplinano un istituto del tutto innovativo, anch'esso applicabile solo in relazione all'esposizione debitoria con istituti di credito, mediante il conferimento di dignità normativa a quanto già avveniva comunemente nella prassi. Anche questa fattispecie deroga ai principi espressi dagli artt. 1372 e 1411 c.c., prevedendo che la convenzione stipulata con una maggioranza qualificata di creditori produca effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari che non vi abbiano aderito, alle medesime condizioni già viste *supra*. Questo strumento, inoltre, presenta notevoli somiglianze con l'istituto del piano di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.f., richiedendosi, anche in questo caso, l'intervento di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), il quale dovrà svolgere il compito, ordinariamente assegnato al giudice competente per l'omologazione, di verificare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati. L'intervento dell'autorità giudiziaria non è escluso, ma dipende dall'iniziativa dei creditori non aderenti (comma 6).

A chiusura di questa sommaria panoramica, va detto che la più recente giurisprudenza civile è pervenuta alla conclusione che anche gli accordi *ex art. 182-bis* siano definibili a tutti gli effetti come una procedura concorsuale, valorizzando a tal fine più elementi di continuità rispetto al concordato, tra cui la collocazione topografica delle norme nella legge fallimentare e l'esplicita qualificazione in tal senso operata da talune fonti normative (su tutti il Regolamento 2015/848/UE in tema di insolvenza transfrontaliera), oltre al legame biunivoco tra i due istituti e alle caratteristiche intrinseche di pubblicità e omologazione⁹².

L'analisi sin qui condotta consente di avanzare una pluralità di argomenti critici.

In primo luogo, va detto che l'estensione operata dall'art. 236, comma 3, risulta del tutto confliggente con la penetrazione del principio di offensività nelle fattispe-

⁹² Così, da ultimo, Cass. civ., Sez. I, 12 aprile 2018, n. 9087, in *Il fall.*, 984 ss., con nota di C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 988 ss.

cie di bancarotta. Come si è più volte osservato, questi strumenti si pongono in un momento della ‘scala’ della crisi d’impresa che è del tutto embrionale e, soprattutto, agevolmente recuperabile nel senso di una soddisfazione (quasi) integrale dei creditori. Il requisito dell’insolvenza, qualunque veste gli si voglia attribuire, manca del tutto, sia sotto il profilo sostanziale (non essendo concepibile in ragione della struttura del rimedio civilistico), sia sotto il profilo dell’accertamento (non prevedendosi una qualche forma di istruttoria nell’uno o nell’altro caso)⁹³. Costituisce peraltro un’irragionevolezza dentro l’irragionevolezza la mancata estensione dei delitti fallimentari alla figura generale dell’art. 182-*bis*, privilegiandosi unicamente la specie degli accordi intervenuti con istituti di credito e finanziari.

In secondo luogo, un altro riflesso disastroso della modifica legislativa concerne l’individuazione del momento consumativo dell’illecito e, a cascata, del *dies a quo* del termine prescrizione. Com’è noto, esso è individuato dalla prassi al momento della pronuncia della sentenza dichiarativa, ma nei casi in esame non è chiaro se rileverà il momento dell’accordo con i primi creditori, pur numericamente superiori, ovvero il diverso momento dell’opposizione o del rigetto/accoglimento della stessa, ovvero ancora il momento dell’adesione di altri aventi causa⁹⁴; evidenti ragioni di sistema impongono, nondimeno, di ancorare la punibilità al provvedimento di omologa del tribunale⁹⁵.

Infine, ciò che appare davvero inconcepibile è la possibilità, non certamente impedita dalla formulazione della norma, di configurare i fatti di bancarotta sia prima dell’accordo, sia successivamente allo stesso. Nel primo caso, infatti, si prospetta la totale rinuncia al contenuto disvaloriale del requisito dell’insolvenza, strutturalmente assente, pur a fronte di una soddisfazione dei creditori certamente più ampia di quella propria della dinamica fallimentare. Nel secondo caso, ovverosia nell’ipotesi della bancarotta post-accordo – si noti: positivamente concluso – l’esito sarà quello di rinunciare a tutte le ragioni di opportunità afferenti al ‘bisogno’ di pena che hanno condotto alla definizione della dichiarazione fallimentare quale condizione obiettiva. In un totale rovesciamento dei piani, sarebbe penalizzato chi ricorre tempestivamente alla composizione della crisi aziendale, mentre si darebbe maggior spazio all’eventuale attendismo di un imprenditore scorretto, imponendo al primo la prospettiva del ‘rischio sociale’ del delitto di bancarotta⁹⁶.

È appena il caso di notare, poi, che un orientamento già costante della giurisprudenza ammette chiaramente la sindacabilità del piano *ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f.*⁹⁷: in particolare, si osserva che il piano «deve essere redatto in una prospettiva di continuazione dell’attività d’impresa e non già in funzione della sua liquidazione al di fuori di qualsiasi controllo pubblico. Peraltro, il piano suddetto non si sottrae alla valutazione di congruenza e fattibilità del giudice penale (come non si sottrae, in ca-

⁹³ Con riferimento all’art. 182-*bis*, prima della novella, cfr. F. Mucciarelli, *Stato di crisi*, cit., 831 e 834.

⁹⁴ C. Santoriello, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015*, in *Il fall.*, 2016, 130.

⁹⁵ In senso analogo cfr. N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 173.

⁹⁶ Obbligato, sul punto, il riferimento a F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna 1990, in part. 52 ss. e 61 ss.

⁹⁷ *Amplius* cfr. N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell’economia*, Padova 2018⁴, 222 ss.

so di successivo fallimento, alla valutazione del giudice civile) allorché sia strumentalmente destinato a ‘proteggere’ attività negoziali che, per essere svolte in un momento di crisi dell’impresa, si appalesano idonee a distogliere il patrimonio dalla sua finalità tipica (la garanzia per i creditori)»⁹⁸.

Exemplum docet: si dia il caso dell’amministratore che concluda positivamente una convenzione *ex art. 182-septies*, e che sia successivamente tratto a giudizio per bancarotta ai sensi del novellato art. 236, comma 3, l.f.; *quid iuris* nel caso in cui il giudice penale ravvisasse una incongruità o una grave irregolarità dell’accordo? La presenza del pubblico ministero induce a ritenere che questi possa proporre istanza di fallimento, ricorrendone i presupposti *ex art. 7 l.f.* (ossia se l’insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell’attivo da parte dell’imprenditore). Il meccanismo, che annulla qualunque beneficio possa trarre l’economia pubblica dall’impiego di siffatti strumenti, si chiude con una procedura concorsuale; con effetti, probabilmente disastrosi, sull’andamento dell’impresa interessata; con il sovvertimento, ancora e da ultimo, della logica della condizione obiettiva del fallimento, che da requisito ‘esterno’ al fatto e al procedimento ne diventa, paradossalmente, la conseguenza finale.

2.4 – Brevi cenni sul ruolo dell’art. 217-bis e dell’art. 236-bis l.f.

Le considerazioni svolte *supra* con riguardo alla distinta finalità delle procedure concorsuali diverse dal fallimento sono avvalorate anche da una più ampia lettura sistematica delle norme penali. Il riferimento corre, in particolare, ai due presidi previsti dagli artt. 217-bis e 236-bis, frutto di interpolazioni intervenute a seguito della riforma fallimentare del 2005-2007 e dovute alla presa d’atto della necessità di correggere, almeno in parte, anche il sistema complessivo delle incriminazioni⁹⁹.

Col d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010, n. 122, si è introdotto nella legge fallimentare l’art. 217-bis, che, in seguito a numerose novelle, oggi assicura l’«esenzione» dalla bancarotta preferenziale e dalla bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute: *a*) in esecuzione di un concordato preventivo; *b*) in relazione ad un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*; *c*) in relazione ad un piano di risanamento predisposto ai sensi dell’art. 67, comma 3, lett. d); *d*) in relazione ad un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell’art. 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3; *e*) su autorizzazione del giudice, ai sensi dell’art. 182-*quinquies*; *f*) nell’ambito delle procedure di finanziamento ai sensi dell’art. 22-*quater* del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116, relativo alle «misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario» e all’incentivazione della tutela ambientale e sanitaria, ovvero in relazione alle somme ottenute dai predetti finanziamenti.

⁹⁸ Così Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 2016, n. 8926, in *CED*, rv. 266128.

⁹⁹ Per un quadro d’insieme cfr. F. Cerqua, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fall.*, 2014, 1116 ss.

La previsione si connette alla sottrazione delle citate operazioni all'ambito applicativo della revocatoria fallimentare, nel contesto della valorizzazione della continuità aziendale¹⁰⁰, motivo per cui è del tutto inspiegabile il mancato richiamo agli accordi con istituti di credito e intermediari finanziari previsti dall'art. 182-*septies*, anche considerando che una delle ragioni della novella legislativa era collegata proprio alla protezione del consulente professionista e del creditore, spesso ritenuti in giurisprudenza concorrenti eventuali nella bancarotta preferenziale (celebri, sul punto, i casi relativi ai mutui fondiari in garanzia concessi dagli istituti di credito)¹⁰¹.

In ogni caso, il riferimento ai «pagamenti» e alle «operazioni» nell'ambito dei contesti summenzionati concorre a delimitare implicitamente la portata della norma, dalla quale evidentemente esulano la simulazione di titolo di prelazione (art. 216, comma 3), nonché le ipotesi semplici del compimento di spese personali eccessive o di operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte, ovvero di inadempimento delle obbligazioni derivanti da un precedente concordato (art. 217, nn. 1, 2, 5), e, ovviamente, la bancarotta semplice documentale (art. 217, comma 2). In positivo, quindi, l'operatività dell'art. 217-*bis* risulta essere limitata all'ipotesi dei pagamenti preferenziali e ai casi di bancarotta semplice legati ad operazioni di grave imprudenza per evitare il fallimento o all'aggravamento del dissesto mediante ritardo nella richiesta di fallimento (o altra grave colpa), anche qualora essi siano commessi nell'ambito di un contesto societario.

La già prevista esclusione della revocatoria fallimentare nei casi descritti aveva già indotto la dottrina, ben prima dell'introduzione dell'art. 217-*bis*, a rilevare il difetto del dolo specifico¹⁰², dell'antigiuridicità¹⁰³ ovvero della tipicità¹⁰⁴ delle eventuali condotte poste in essere, con la conseguente inapplicabilità tanto della bancarotta preferenziale quanto dell'ipotesi semplice. La ragione, intuibile, è connessa ai principi di non contraddizione dell'ordinamento e di sussidiarietà dell'intervento penalistico¹⁰⁵, che si dimostrerebbe del tutto irragionevole ove sanzionasse una condotta consentita in un qualsiasi altro settore giuridico.

La scelta legislativa, non certo dovuta a incertezze dottrinali, si è mossa nel senso di chiarire agli operatori del diritto la sussistenza di quelli che, sino al 2010, costi-

¹⁰⁰ M. Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fall.*, 2011, 518.

¹⁰¹ Cfr. V. Serianni, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 201 ss.; G. Cocco, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 549 ss.; G. Flora, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 87 ss. Si vedano, alla luce della nuova disciplina, anche le riflessioni di G. G. Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il fall.*, 2013, 789 ss.

¹⁰² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 28 luglio 2009, n. 31168, in *Il fall.*, 2010, 495.

¹⁰³ G. Insolera, *Riflessi penalistici*, cit., 468 ss. Così, dopo l'introduzione dell'art. 217-*bis*, M. Scoletta, *La "specialità" della causa di esenzione dei reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 393 ss.

¹⁰⁴ F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 35.

¹⁰⁵ Ancora F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo*, cit., 36. Successivamente alla riforma cfr. anche R. Bricchetti, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Le soc.*, 2013, 687 ss. *Amplius* cfr. C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, 40 ss.

tivano dei limiti taciti alle incriminazioni minori di bancarotta. La ‘ragion pratica’ che ha mosso il legislatore è chiara sin dalla rubrica della norma, riferita appunto all’«esenzione», concetto privo di una propria connotazione teorica, cui si lega la «non applicabilità» degli artt. 216, comma 3, e 217. Il concetto di «non applicabilità» non è tuttavia sconosciuto al panorama codicistico, che talora lo impiega per circoscrivere cause di non punibilità in senso lato (art. 54, comma 2; art. 649, comma 3, c.p.), ovvero allo scopo di derogare a regole di parte generale (art. 2, comma 6; art. 84 c.p.), ovvero ancora nella parte speciale (art. 361, comma 4; art. 362, comma 2; art. 393-bis c.p.)¹⁰⁶.

Nonostante siano in astratto ipotizzabili molteplici qualificazioni giuridiche della previsione in esame – causa di giustificazione, causa di esclusione della colpevolezza, cause di esclusione della pena¹⁰⁷ –, la dottrina più avvertita ha subito messo in evidenza la sua afferenza alla tipicità degli illeciti richiamati, costituendo un elemento negativo del fatto: sarebbe quindi soltanto una lettura combinata delle varie disposizioni di legge a rendere conto, oggi, di quali condotte rientrino nella sfera del penalmente illecito¹⁰⁸, atteso che l’art. 217-bis opererebbe rispetto alle ipotesi di bancarotta con una funzione delimitativa per sottrazione¹⁰⁹. Peraltro, l’aver incluso una causa di esclusione del tipo in una norma separata rispetto alle incriminazioni comporta che l’oggetto del dolo della bancarotta (preferenziale e semplice) sia dato dalla rappresentazione e volizione degli elementi del fatto tipizzato, non richiedendosi che si estenda alla cognizione dei limiti oggettivi espressi dalla norma sull’esenzione¹¹⁰.

Senonché, pur condivisibili i rilievi anzidetti, resta fermo un dato: l’esclusione dall’art. 217-bis degli altri casi di non revocabilità delle operazioni o dei pagamenti previsti all’art. 67 non trova alcuna giustificazione. Se la non applicabilità della bancarotta preferenziale e semplice discende dall’atipicità delle condotte in relazione ai casi di non revocabilità, allora non si comprende la ragione della limitazione dell’esenzione penale ai soli casi individuati alla lettera d)¹¹¹. Nella scelta per la chiarificazione dei limiti della risposta penale, anziché apporre i termini dei confini dell’illecito oltre l’irrelevanza civilistica delle condotte, il legislatore sembra aver arretrato la linea di demarcazione includendo tutto ciò che non è stato formalmente escluso: conseguenza, questa, resa inaccettabile dal fatto che non v’è tipicità, né of-

¹⁰⁶ *Amplius* G. Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 560 ss.

¹⁰⁷ F. Bonato, “*How to get away with bankruptcy*” ovvero l’esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217 bis l.fall., in *Il fall.*, 2018, 274 ss.

¹⁰⁸ Così F. Mucciarelli, *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1476; F. D’Alessandro, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le soc.*, 2011, 203; G. Amarelli, *I delitti di bancarotta*, cit., 565; F. Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l’art. 217 bis l. fall. prima e dopo il “decreto sviluppo”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 792.

¹⁰⁹ Così M. Zinani, *L’art. 217-bis l. fall.*, in *Diritto penale dell’economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 2221.

¹¹⁰ In questi termini, su tutti, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1736.

¹¹¹ *Amplius* R. Lottini, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fall.*, 2010, 1375; V. Spinosa, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 102 ss.

fensività, né tantomeno dolo laddove i pagamenti e le operazioni non siano a danno dei creditori, bensì nel solco della soluzione preferibile per la tutela dei loro stessi interessi¹¹².

Ad integrazione di quanto già detto *supra*, quindi, occorre notare che le azioni compiute sotto l'ombrello protettivo dell'art. 217-*bis* non possono essere considerate quali forme di bancarotta fraudolenta patrimoniale, costituendo esse comportamenti atipici e inoffensivi, e tantomeno rientrare nella nozione di «operazioni dolose» tipica dell'art. 223, comma 2, n. 2, atteso che manca loro proprio la direzione finalistica verso l'insolvenza-fallimento.

Forse una scelta più minimalista avrebbe premiato le intenzioni del legislatore, atteso che al medesimo risultato si poteva pervenire anche sulla base della mera attività di interpretazione sistematica; l'unica ragione ipotizzabile, anche se certo non soddisfacente, è che si sia voluto riconoscere il valore delle procedure o degli accordi che hanno la più alta curvatura privatistica, anche laddove siano soggette ad un controllo giurisdizionale¹¹³. Certamente, al crescere del tasso di de-giurisdizionalizzazione dello strumento prescelto corrisponde una pari elevazione della latitudine del controllo operabile dal giudice penale, che, nel caso degli accordi *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, può giungere sino a sindacarne l'idoneità *ex ante* a superare lo stato di crisi (con l'ovvio condizionamento derivante dall'esito infuasto concretamente verificatosi)¹¹⁴; in difetto, infatti, dovrebbe assegnarsi ad un mero atto di autonomia privata la facoltà di incapacitare le incriminazioni degli artt. 216, comma 3, e 217.

Nel contesto della dinamica delle alternative alla procedura fallimentare si colloca anche l'art. 236-*bis*, introdotto col d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134; com'è noto, la norma in esame punisce il professionista che «nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182-*bis*, 182-*quiquies*, 182-*septies* e 186-*bis* espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti». L'incriminazione del professionista attestatore risulta pienamente coerente con il sistema di tutela, rappresentando una tappa necessaria per proteggere le forme di composizione negoziale della crisi¹¹⁵, anche se essa costituisce un *unicum* nel panorama dei reati fallimentari, da sempre divisi tra reati propri dell'imprenditore e degli organi sociali ovvero del curatore e dei suoi ausiliari.

La dottrina prevalente assegna al professionista una qualifica privatistica, atteso che – al netto della problematica integrazione degli artt. 357 e 358 c.p., posto che la funzione para-certificativa non sembra in alcun modo conferente con le attività ivi

¹¹² G. Amarelli, *I delitti di bancarotta*, cit., 572; A. Alessandri, *Profili penali*, cit., 66. Propende nel senso indicato nel testo anche G. Cocco, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, 2011, 5 ss., pur ritenendo che l'art. 217-*bis* non abbia valore in punto di tipicità (negativa), bensì quale norma meramente dichiarativa di quanto già derivabile da una lettura sistematica delle incriminazioni in relazione all'art. 67, comma 3, l.f.

¹¹³ E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Bologna 2018, 325.

¹¹⁴ F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1483; N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 131 ss.

¹¹⁵ F. Mucciarelli, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, 129 ss.

tipizzate – se fosse stato considerato un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio la norma incriminatrice sarebbe stata superflua, con l'applicazione dei delitti di falsità ideologica previsti dal codice (segnatamente l'art. 480)¹¹⁶; oltretutto, il fatto di essere un consulente del debitore, e da questi remunerato, sembra *a fortiori* collocare i fatti in un ambito squisitamente privato, ponendo il professionista anche al di fuori della nozione di esercente un servizio di pubblica necessità¹¹⁷ (e, dunque, dell'applicazione dell'art. 481 c.p.).

Nondimeno, l'oggetto giuridico della norma è marcatamente pubblicistico, assai vicino a quello dell'art. 236, comma 1, l.f., proprio mediante il quale era veicolata, per tramite del concorso di persone, la repressione delle condotte in parola, pur in una prospettiva limitata al solo concordato preventivo¹¹⁸. La norma incriminatrice intende chiaramente assicurare la regolarità delle procedure e della formazione degli accordi evocati nel fatto, peraltro sottoposti al controllo giurisdizionale, pur con l'eccezione, ovviamente, dei piani di risanamento *ex art.* 67, comma 3, lett. d)¹¹⁹. L'opposta tesi, secondo la quale alla base dell'art. 236-*bis* vi sarebbe la tutela dell'interesse creditorio¹²⁰, pur capace in astratto di abbracciare ogni ipotesi prevista, si scontra col disposto del comma 3 della norma in esame, laddove si prevede una circostanza aggravante ad efficacia speciale «se dal fatto consegue un danno per i creditori»: chiara testimonianza che, in questo caso, l'interesse del ceto creditorio appartiene al novero degli *accidentalìa delicti*¹²¹.

Ciò che interessa maggiormente, al di là degli aspetti di dettaglio – che peraltro esulano dal campo di indagine – è che la fattispecie non è dichiaratamente posta in rapporto di sussidiarietà rispetto ai delitti di bancarotta, ed in specie di bancarotta preferenziale: talché, ove ad un piano o ad un accordo 'fraudolento' segua il fallimento, il professionista potrà vedersi attribuire – beninteso: ove ne ricorrano i presupposti – il concorso nel delitto fallimentare. Trattandosi di norme in rapporto di eterogeneità, peraltro, non sembra possibile giungere ad una soluzione diversa dal concorso formale di reati, anche accedendo alle tesi 'pluraliste' che ammettono criteri di risoluzione del concorso di norme di matrice valoriale (quali la sussunzione,

¹¹⁶ F. Consulich, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236-bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 613 ss.; F. D'Alessandro, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236 bis l. fall.)*, tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 541; D. Piva, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, *ivi*, 567.

¹¹⁷ Così, ancora oggi, T. Guerini, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 80.

¹¹⁸ R. Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2013, 89.

¹¹⁹ Nel senso della tutela della fede pubblica cfr. R. Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 91. Diversamente, nel senso che il bene protetto sia l'amministrazione della giustizia, cfr. T. Guerini, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., 77 ss.; S. Fiore, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2013, 1184; E. Mezzetti, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen. - Online*, 1/2015, 5; F. D'Alessandro, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 543.

¹²⁰ Così E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, cit., 332.

¹²¹ Analogamente F. D'Alessandro, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 543 ss.

Gherardo Minicucci

la consunzione, l'assorbimento), anche in considerazione del fatto che l'art. 236-*bis* è più gravemente punito della bancarotta preferenziale, prevedendo un minimo di ben due anni di reclusione (oltre al fatto che, nei casi di interferenza reciproca, sembra certa l'integrazione anche dell'aggravante del comma 3).

PARTE II

LA FUNZIONE TIPICIZZANTE DEL DOLO

Capitolo IV

L'efficacia selettiva del dolo della bancarotta fraudolenta

1. Un breve riepilogo

L'esame delle componenti oggettive dei delitti di bancarotta ha messo in luce tutte le loro notevoli peculiarità, contribuendo a ricostruirne i tratti comuni e i profili diversità. Occorre adesso muovere da una considerazione integrata degli aspetti obiettivi e soggettivi delle fattispecie, con la parallela specificazione delle varie tipologie criminose previste.

Vi sono molteplici dati di partenza che pare utile ricapitolare. Da un lato, si è palesata la centralità dell'insolvenza nel ruolo di elemento caratterizzante il disvalore penale; sotto un secondo profilo, assume primaria importanza l'identità delle pene comminate nelle varie ipotesi di bancarotta fraudolenta, pur a fronte di divergenze notevoli sotto il profilo strutturale; in terzo luogo, la rilevanza assegnata alle figure di fatto, con un'ascrizione diretta che travalica i limiti dell'analogia *in malam partem*, indizia sulla emersione di un contenuto di riprovevolezza ritenuto meritevole di sanzione, ma sempre con (quasi) esclusivo riferimento alle ipotesi fraudolente.

In questa prospettiva, sarà pertanto necessario esaminare distintamente le varie fattispecie in ragione della diversa conformazione del dolo, nonché del diverso rapporto di questo con l'insolvenza. In un crescendo verso le ipotesi di più profonda superficialità descrittiva, l'argomentazione prenderà le mosse dalle forme di bancarotta post-fallimentare, fisiologicamente illuminate da un intento fraudolento, e proseguirà nell'esame delle fattispecie a dolo specifico, che nel movente tipizzato rivelano, oltre la materialità dell'illecito e le modalità della condotta, un significativo connotato disvaloriale che deve essere pienamente analizzato e compreso ai fini di una precisa ricostruzione sistematica. Seguiranno poi alcune considerazioni specifiche sulle fattispecie d'evento previste all'art. 223 l.f., che, pur sempre a editale invariata, vedono il *Tatbestand* arricchirsi di un ulteriore elemento fattuale. Occorrerà altresì verificare quale diversa *ratio* assiste i casi di bancarotta semplice e come tale categoria di illeciti si atteggi sotto il profilo soggettivo, anche con particolare riguardo alla ben nota tesi dell'«indifferenza» dell'imputazione a titolo di dolo e di colpa.

Passando, infine, alla tipicità soggettiva dell'ipotesi patrimoniale pre-fallimentare, si muoverà dalla considerazione che la parificazione di chi commette un fatto prima del fallimento a chi lo commette consapevolmente dopo l'intervenuta declaratoria civile, ovvero a chi lo cagiona intenzionalmente, deve necessariamente passare per il medesimo disvalore oggettivo, ma anche per la medesima rimproverabilità. In questo senso, si metteranno in luce le aporie sottese a

talune asserzioni dottrinali e giurisprudenziali, tentando un'opera di definitiva emarginazione della responsabilità da posizione o del dolo 'colposo' emergente dall'impiego della teoria dei cc.dd. segnali di allarme, a sua volta frutto della concezione della bancarotta come 'delitto contravvenzionale'.

2. Il dolo delle fattispecie post-fallimentari

Prima di procedere alla descrizione dei connotati del dolo delle fattispecie di bancarotta post-fallimentare, occorre delimitare chiaramente il campo dei delitti ipotizzabili, al netto dell'ampia formulazione prevista dall'art. 216, comma 2, che richiama tutti i fatti di bancarotta fraudolenta ed è a sua volta richiamata dall'art. 223, comma 1, in chiave di estensione della soggettività attiva. A ben vedere, infatti, la circostanza dell'intervenuto fallimento (o di una delle altre condizioni previste all'art. 236) influisce notevolmente sull'assetto dei delitti in esame, componendo un ampio spettro di conseguenze.

In primo luogo, devono escludersi tutte le ipotesi di bancarotta semplice, le quali non solo non prevedono una clausola estensiva analoga a quella disposta dall'art. 216, comma 2, l.f., ma sono anche tipizzate secondo modalità che ne rivelano l'intrinseca natura pre-fallimentare. La considerazione è resa evidente in relazione alle fattispecie enucleate ai nn. 3 e 4, ove il riferimento al «ritardare il fallimento» e al «richiedere la dichiarazione di fallimento» è un indice inequivoco, ma è del pari ampiamente dimostrabile con riferimento ai nn. 1 e 2 dell'art. 217, posto che l'effettuazione di spese personali eccessive, ovvero il compimento di «operazioni di pura sorte» non sono affatto concepibili una volta avuto luogo lo spossamento, se non ammettendo la sussistenza di una precedente distrazione rilevante ex art. 216, comma 2¹.

Sembra apparentemente fare eccezione, in una logica del tutto distinta, la previsione dell'art. 217, n. 5, laddove incrimina l'imprenditore dichiarato fallito che «non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare»: tali obbligazioni, per dottrina e giurisprudenza unanimi, devono tuttavia essere riferibili ad una diversa procedura, atteso che la 'precedenza' non avrebbe alcun senso se non con riferimento ad una distinta – e già chiusa – procedura concorsuale². Così, sembra possibile sostenere che quest'ultima ipotesi non costituisca una forma di illecito post-fallimentare – o, meglio, post-concordatario – bensì un titolo di reato che si inserisce in un momento cronologicamente antecedente alla seconda epifania dell'insolvenza, nella cui valutazione penale risulta inevitabilmente attratto. Merita ancora sottolineare che l'art. 217, n. 5 risulta del tutto eccentrico rispetto alla tutela patrimoniale, in considerazione del fatto che il mancato rispetto di una precedente obbligazione, quale che ne sia il fatto genetico, ha l'effetto non di depauperare

¹ Così P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 216 ss.

² Per tutti cfr. C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 167 ss.

il patrimonio, bensì di renderlo più capiente (ferma restando l'insinuazione dei creditori insoddisfatti). Si tratta, quindi, di una fattispecie ad altissimo rischio di incostituzionalità, attesa la malcelata presunzione di colpa relativa alla continuazione dell'impresa, secondo un giudizio *ex post*³. Ma un'ulteriore, e più generale, considerazione pare chiudere il ragionamento: avendo cognizione della sentenza dichiarativa, ogni fatto previsto all'art. 217 si connoterebbe, di per sé, di una fraudolenza capace di attrarlo in seno alle fattispecie post-fallimentari⁴.

In secondo luogo, posto che con la sentenza civile viene fisiologicamente meno l'obbligo della tenuta delle scritture contabili, non potranno configurarsi neanche i reati che lo contemplino tra i propri elementi costitutivi⁵; in particolare, non è certamente configurabile in forma post-fallimentare la bancarotta fraudolenta documentale derivata dall'«aver tenuto i libri e le scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari»⁶. Sempre con riferimento agli illeciti documentali, mentre resta pressoché immutato l'ambito concettuale e applicativo della 'falsificazione', trovano invece una specifica delimitazione i concetti di 'sottrazione' e 'occultamento': il secondo, in effetti, sembra ridimensionarsi in favore del primo, sino quasi a scomparire, posto che con l'imposizione dell'obbligo di consegna delle scritture si opera una fisiologica estensione della prima nozione, la quale può immaginarsi anche senza un materiale spossamento (specie in ragione del fatto che il concetto in esame è meramente funzionale e dunque da non confondere col significato che assume nell'art. 624 c.p.)⁷. Con riferimento all'esposizione o al riconoscimento di passività inesistenti, ipotesi a cavallo tra il 'documentale' e il 'patrimoniale', la fattispecie pare concepibile in forma post-fallimentare con riguardo ai casi di acquiescenza, in sede di formazione del passivo, all'ammissione di domande per crediti simulati.

In terzo luogo, non pare concepibile la punizione di una dissipazione post-fallimentare, in considerazione del fatto che la stessa postula necessariamente il compimento di un atto distrattivo che re-immetta il fallito nel possesso dei beni, autonomamente punibile per se stesso.

Infine, con riferimento alla bancarotta preferenziale, la sua realizzazione a dichiarazione intervenuta è ammissibile, con la precisazione che essa non può configurarsi nel caso in cui il fallito paghi un creditore privilegiato che avrebbe comunque trovato capienza nell'attivo fallimentare.

2.1 – I limiti cronologici e il fallimento-presupposto

Diversamente da quanto accade in relazione alle ipotesi pre-fallimentari, l'arco temporale nel quale si possono collocare i fatti di bancarotta post-fallimentare è inequi-

³ Ancora C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 168.

⁴ In questi termini C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 148.

⁵ Così A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 908.

⁶ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 1° dicembre 2000, n. 12531/2001, in *Dir. prat. soc.*, 2001, 84.

⁷ Sul tema del rapporto tra omesso deposito delle scritture e bancarotta documentale post-fallimentare, cfr. S. Cavallini, *Bancarotta documentale e omesso deposito delle scritture contabili: nel più sta (sempre) il meno?*, in *Le soc.*, 2014, 595 ss.

vocabilmente delimitato dal rinvio alle norme fallimentari sostanziali. Infatti, il *dies a quo* è costituito dalla data della dichiarazione fallimentare (che comporta lo sposessamento ex art. 42 l.f.), il quale si determina avendo riguardo alla data del deposito della sentenza in cancelleria (art. 133 c.p.c.), senza la necessità che il provvedimento passi in giudicato, stante la sua provvisoria esecutività. Ai sensi dell'art. 120 l.f., poi, con la chiusura del fallimento cessano gli effetti sul patrimonio del *decoctor* e decadono gli organi preposti alla gestione coattiva: pertanto, il termine cronologico ultimo per la commissione di fatti di bancarotta post-fallimentare è segnato dalla irrevocabilità del decreto di chiusura (art. 119 l.f.).

V'è, tuttavia, la possibilità che il fallimento sia riaperto nei casi e modi previsti dall'art. 121 l.f., e comunque entro cinque anni: in questa ipotesi, ovviamente, si ripresenterà il presupposto per la commissione di fatti di bancarotta post-fallimentare. Nondimeno, sarà penalmente irrilevante quanto occorso nelle more della riapertura, almeno con riguardo alle norme in tema di bancarotta⁸: da un lato, poiché la sentenza di riapertura non è affatto assimilabile alla sentenza dichiarativa, e dunque non può integrare validamente la condizione di punibilità; dall'altro, poiché una nuova incriminazione per bancarotta pre-fallimentare deve logicamente legarsi ad una 'nuova' e 'diversa' insolvenza.

A considerazioni analoghe, *mutatis mutandis*, si può pervenire con riferimento alla disciplina in tema di concordato preventivo, pur con tutte le notevoli criticità rilevate *supra*, sia con riferimento alla necessità dell'accertamento dell'insolvenza, sia, soprattutto, con riguardo all'estensione del rinvio previsto dall'art. 236 anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti e alle convenzioni di moratoria⁹.

Senza eccezioni di sorta, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza assegnano al fallimento il ruolo di presupposto della condotta della bancarotta post-fallimentare, essendo logicamente antecedente a quest'ultima¹⁰; altrettanto concordemente, si afferma che il momento consumativo coincide con la commissione della condotta integratrice del fatto tipico e che il termine prescrizione del reato deve ovviamente posticiparsi in coincidenza con la consumazione¹¹.

Pur così giuridicamente delimitato l'arco cronologico, la realtà fattuale vede un'ulteriore riduzione del medesimo, concentrandosi nel momento in cui il curatore non abbia ancora effettuato la presa in consegna dei beni del fallito, ovvero abbia (posteriormente ad essa) lasciato i beni in custodia a quest'ultimo. Il fallito, in questa prospettiva, li possiede tanto *nomine proprio*, in quanto di sua proprietà, quanto *nomine alieno*, atteso che di essi ha perso la disponibilità, transitata verso gli organi fallimentari¹²: lo sposessamento conseguente alla dichiarazione di fallimento, pertanto, costituisce la vera e propria matrice della bancarotta post-fallimentare, della quale contrassegna inequivocabilmente la tipicità. In proposito, come è già stato magistralmente rilevato, lungi dall'essere unicamente un fatto storico, la dichiara-

⁸ C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 105.

⁹ V. Cap. III, § 2.3.

¹⁰ Per tutti cfr. A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 887.

¹¹ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 18565, in *CED*, rv. 250082.

¹² P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 218.

zione di fallimento è «fonte di effetti giuridici: in quanto essa priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42), e lo grava di una serie di obblighi nei confronti degli organi preposti alla procedura»¹³.

È dunque superfluo sottolineare che essa si riverbera sul tema della rilevanza o meno dell'errore circa la qualifica di fallito e circa l'esistenza della procedura concorsuale in essere¹⁴: l'imprenditore sarà assoggettabile alla sanzione penale unicamente nel caso in cui sia consapevole della predetta qualifica, contribuendo quest'ultima a connotare in modo decisivo l'illiceità la condotta tipica.

2.2 – Dal pericolo alla lesione: le caratteristiche del dolo di bancarotta post-fallimentare

La qualificazione del fallimento come presupposto impone di tornare momentaneamente sul tema dell'oggettività giuridica dei delitti di bancarotta e sulle modalità dell'offesa. In parziale dissonanza con quanto già rilevato in relazione alle altre ipotesi, si può osservare che la tutela creditoria non si aggancia qui al riferimento all'art. 2740 c.c., bensì allo spossessamento effettivo dell'imprenditore insolvente, che dà inizio alla gestione coattiva dei suoi beni: in breve, al limite sostanziale agli atti dispositivi derivabile dall'impero della legge civile si sostituisce la sentenza che accerta l'insolvenza dell'imprenditore, costituendo essa un diverso vincolo – preciso, formalizzato, processuale – rispetto alla disposizione dei beni dell'impresa.

Ciò posto, ciascun atto non autorizzato costituisce *prima facie* una sottrazione dei beni alla procedura¹⁵ e certamente vale a rendere gli organi della stessa soggetti passivi della condotta della bancarotta.

Nondimeno, questa inequivoca particolarità non influisce sul bene giuridico specifico, nel segno, in particolare, della tutela esclusiva o concorrente del corretto andamento della procedura concorsuale. Una vocazione esclusivamente processualistica del bene giuridico specifico della bancarotta post-fallimentare non sarebbe coerente con la disciplina e le conseguenze poste dalla revoca della sentenza dichiarativa, che non eliderebbe certo l'avvenuta «parentesi processuale»¹⁶. In particolare, occorre aver primario riguardo al fatto che la bancarotta, in ogni sua forma, è strutturalmente e storicamente un illecito posto a tutela del diritto di credito, e che soltanto lo scopo della norma ha una vocazione intimamente pubblicistica: la bancarotta post-fallimentare, in questo, non fa eccezione. Si può inoltre osservare che l'ipervalorizzazione del ruolo della curia fallimentare e dei suoi ausiliari sembra fondarsi su un equivoco di fondo: l'attività giurisdizionale non è infatti tutelata in quanto tale, ma nello spettro della soddisfazione degli interessi privatistici che vi sono sottesi. Pur vero che la giurisdizione civile si appoggia quasi sempre a interessi di natura privatistica, esistono non poche fattispecie tese a proteggerne l'andamento (ad esempio l'art. 374 c.p.) o l'autorità (art. 388 c.p.), laddove essa viene garantita

¹³ Ancora C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 105.

¹⁴ Da ultimo cfr. N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 27.

¹⁵ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 25.

¹⁶ C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 107.

come bene finale. Nel caso della bancarotta post-fallimentare, invece, sarebbe del tutto incongruo immaginare quale unico oggetto giuridico il buon andamento della procedura, abbandonando il campo della tutela dei creditori.

Parimenti discutibile è la tesi della plurioffensività, attesa l'identità del trattamento sanzionatorio tra fattispecie pre- e post-fallimentari¹⁷, nonché la criticità in sé dell'idea di reato plurioffensivo, che talora nasconde una rinuncia all'interpretazione delle fattispecie. In ogni caso, qualora si intendesse la bancarotta post-fallimentare come un delitto a protezione del bene-fine dell'interesse del ceto creditorio e del bene-mezzo dell'amministrazione della giustizia si ridurrebbe il giudizio all'accertamento della lesione di quest'ultimo, ritenendo sempre offeso anche il secondo sulla base di (facilmente immaginabili) presunzioni di causa, ribaltando di fatto il rapporto tra il bene-mezzo e il bene finale¹⁸. Si dia il caso, per esempio, di un fatto di bancarotta preferenziale post-fallimentare che soddisfi un unico credito pre-deducibile, o comunque privilegiato: assegnare alla dimensione di tutela pubblicistica un ruolo fondativo dell'illecito significherebbe ritenere meritevole di sanzione penale la condotta testé indicata per il sol fatto di essere sprezzante dell'autorità giurisdizionale. La conseguenza sarebbe del tutto paradossale: non vi sarebbe alcuna offesa proprio ai soggetti per i quali – storicamente, socialmente e funzionalmente – la stessa tutela, penale e civile, è stata apprestata. In una prospettiva più generale, sembra che l'idea della strumentalità del bene intermedio rispetto a ulteriori interessi porti ad una drastica alternativa, nel senso di una sua riduzione al bene finale, ovvero nel senso di autonomizzarlo completamente. In quest'ultima ipotesi, peraltro, verrebbe meno il senso garantistico sottostante all'idea stessa di bene giuridico: anziché assicurare il collegamento teleologico con l'aggressione dell'interesse meritevole di tutela, si provvederebbe ad una vera e propria 'seriazione' dei beni giuridici, tra loro isolati e non comunicanti, la cui consistenza assiologica sarebbe sostanzialmente rimessa alla valutazione del caso concreto, perdendo ogni controllo critico¹⁹. La riprova del paradosso si ha avendo riguardo alla commisurazione della pena, la quale – fondandosi sulla mera violazione di un obbligo – imporrebbe necessariamente al giudice di riferirsi all'entità del danno (per i creditori) per giungere ad una gradazione effettivamente rispondente al principio di proporzione.

Al contrario, è ben possibile immaginare che gli organi della procedura, per quanto rilevante sia la loro funzione siano esclusivamente i soggetti passivi della condotta, e non già gli offesi dal reato post-fallimentare: l'assenza di una deroga alla 'deroga' prevista nell'art. 240 l.f. (che notoriamente si polarizza sulle pretese dei creditori) decreta in modo univoco questo più ristretto ambito di rilevanza della funzione giurisdizionale in seno al bene giuridico della bancarotta.

¹⁷ *Amplius* cfr. L. Durigato, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, cit., 103 ss.

¹⁸ A. Merli, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., 308 ss.

¹⁹ Sulla 'seriazione dei beni giuridici' e sui suoi riflessi rispetto all'offesa, cfr. A. Fiorella, voce *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 797 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., 90 e 93 ss.; G. De Francesco, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su una problematica 'moderna'*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2017, 10.

Quanto alle modalità dell'offesa, deve ribadirsi che la bancarotta post-fallimentare concreta un reato di lesione²⁰: depone in questo senso non solo la ricostruzione del bene giuridico, ma anche e soprattutto l'opera di delimitazione delle fattispecie configurabili, che mostra una selezione 'naturale' di ipotesi concepibili anche nella forma del danno. Parallelamente, deve osservarsi che non ogni disposizione patrimoniale, di per sé, costituisce una distrazione rilevante ex art. 216, essendo rilevante il momento dell'impiego e soprattutto le finalità che lo motivano, le quali, se confacenti con la procedura, valgono certamente ad escludere la rilevanza penale della condotta.

In accordo con l'importanza assegnata alla dichiarazione di fallimento e ai relativi effetti giuridici, il dolo della fattispecie post-fallimentare ha delle caratteristiche tipiche che valgono a distinguerlo in modo peculiare. Diversamente da quanto si è osservato con riferimento alla bancarotta pre-fallimentare, infatti, non solo la dichiarazione costituisce certamente un elemento del fatto tipico, ma la qualifica di fallito pare entrare a pieno titolo nei requisiti della soggettività. In breve: la qualificazione giuridica appartiene alla norma incriminatrice; il suo substrato concreto, invece, è parte integrante del fatto di reato²¹.

In giurisprudenza, tuttavia, le considerazioni appena spese sono contraddette da discutibili affermazioni di segno opposto, fondate sull'unitarietà della bancarotta pre- e post-fallimentare: in questo senso, si è sostenuto che non è richiesta la prova che l'agente abbia avuto contezza dell'intervenuta dichiarazione fallimentare, attesa l'identità strutturale con la bancarotta pre-fallimentare, nella quale la sentenza civile opera per il sol fatto del suo sopravvenire. In particolare, si è affermato che «non è affatto necessario, anzi è escluso per come è descritta la fattispecie incriminatrice astratta, che l'imprenditore sappia di essere stato dichiarato fallito, dal momento che i fatti distrattivi puniti vengono commessi prima della dichiarazione di fallimento, anche se in presenza di una situazione di insolvenza di fatto [...]. Insomma si vuol dire che la previsione della L. Fall., art. 216, comma 2 non muta la struttura dei reati fallimentari nel senso che la dichiarazione di fallimento è necessaria perché certe condotte siano perseguibili, ma non è affatto necessario che tale dichiarazione sia conosciuta dall'imputato, dal momento che nella normalità dei casi la condotta punibile viene posta in essere prima della dichiarazione di fallimento. Sarebbe del tutto irragionevole ritenere che per ravvisare una ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale non vi sarebbe ovviamente bisogno della conoscenza della dichiarazione di fallimento, mentre per una ipotesi di bancarotta consumata dopo la dichiarazione di fallimento siffatta conoscenza sarebbe necessaria; non si comprenderebbe, invero, la *ratio* di una tale impostazione»²².

L'insostenibilità della posizione giurisprudenziale è del tutto manifesta, ma mette a fuoco un dato assai interessante. Stando alla logica della tesi della bancarotta 'condizionata', sembrerebbe porsi un diaframma che separa le ipotesi pre- e post-fallimentari in punto di elemento psicologico: mentre nelle prime il fallimento sa-

²⁰ Così P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 142 e 216.

²¹ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 111.

²² Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2007, n. 44894, in *CED*, rv. 237977.

rebbe una semplice condizione obiettiva, nelle seconde sarebbe necessariamente oggetto di rappresentazione, sia sotto il profilo ontologico che di significato. Tale separazione, tuttavia, si sdrammatizza laddove si ritenga – come si è già argomentato – che, indipendentemente dalla dichiarazione, l'insolvenza sia comunque un elemento la cui necessaria consapevolezza è richiesta per la commissione dei fatti prefallimentari. Quel che è certo, invece, è un diverso dato: la componente psichica assume una diversa connotazione, rivolta non più alla generica diminuzione della garanzia, nella forma del pericolo, bensì al depauperamento dell'attivo fallimentare nella forma del danno, che vede direttamente aggrediti gli organi della procedura.

Le considerazioni appena svolte aprono un interrogativo sul mantenimento in vita del dolo specifico di talune delle fattispecie fraudolente previste all'art. 216, comma 1. Si tratta, in particolare, della bancarotta da esposizione o simulazione di passività e della bancarotta documentale, circoscritta nei termini detti *supra*: ipotesi che, per la loro netta somiglianza (e per la mediata rilevanza patrimoniale), possono certamente accomunarsi in una medesima *ratio* di disciplina, sebbene aventi distinti oggetti materiali. In relazione alle ipotesi documentali, invece, viene a cadere proprio il requisito del dolo specifico: nella relazione ministeriale alla legge fallimentare tale peculiarità si giustifica osservando che il fallito in casi simili «non può mirare se non ad impedire la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, donde la inutilità di richiedere questo estremo per la incriminazione del fatto»²³. L'asserzione, pur richiamando chiaramente un *dolus in re ipsa*, può essere tuttavia recuperata nel senso di una piena valorizzazione della conoscenza del presupposto, che non concreti necessariamente una presunzione di dolo, bensì un legittimo ridimensionamento della fattispecie tipica a fronte di un quadro fattuale del tutto diverso rispetto all'ipotesi pre-fallimentare, che nel dolo specifico trova uno dei fattori di selezione.

In altri termini: mentre prima del fallimento è necessaria la presenza del movente tipizzato, nel corso della procedura – ricorrendo la consapevolezza circa l'esistenza della stessa – è sufficiente la coscienza e la volontà del fatto offensivo dell'interesse all'ostensibilità del patrimonio del fallito²⁴. Se ne recupera conferma sistematica osservando che, lungi dall'essere inclusa nell'art. 216, comma 2, la bancarotta preferenziale post-fallimentare è prevista nel comma 3 del medesimo articolo, imponendo una sovrapposizione totale tra le due fattispecie e il conseguente mantenimento del dolo specifico, salvo il fatto che il favorito deve necessariamente essere un creditore concorsuale o del fallimento²⁵; quanto alla simulazione di titoli di prelazione, poi, pur astrattamente concepibile anche dopo l'intervenuta dichiarazione, non pare tuttavia concretamente praticabile²⁶.

L'alleggerimento del dolo – manifesto in relazione alle ipotesi documentali, ma implicitamente presente anche nelle altre forme di bancarotta, e segnatamente con riferimento alla bancarotta 'da esposizione di passività' – può spiegarsi con la consi-

²³ *Disciplina del fallimento*, cit., 50.

²⁴ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 115.

²⁵ In tema, per tutti, G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, cit., 221.

²⁶ In termini cfr. C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 132.

derazione che la bancarotta post-fallimentare costituisce una c.d. fattispecie ‘soggettivamente pregnante’ – la quale comporta l’uso di espressioni particolarmente qualificative, anche mediante un particolare condizionamento temporale – e conduce a ritenere che il dolo generico implichi una più ampia volizione, «caratterizzata da un elemento contenutistico che non fa parte della fattispecie legale apparente in qualità di evento naturalistico, anche se costituisce, per così dire, il profilo indiretto implicitamente racchiuso nel contenuto offensivo della fattispecie»²⁷.

La discrasia tra la fattispecie apparente, a dolo generico, e la fattispecie effettiva, connotata dal dolo ‘di frode’, produce come conseguenza che il fine della condotta si indirizzi verso un evento posto al di fuori dei confini tipizzati, che tuttavia non necessariamente ha incidenza probatoria, né deve logicamente indurre ad estendere oltre i suoi confini il dolo specifico altrove tipicizzato. Si noti: includere l’evento dannoso cui tende la volontà di frode all’interno della fattispecie condurrebbe paradossalmente ad un *dolus in re ipsa*, assistito da una presunzione assoluta²⁸, laddove è invece il solo dolo generico degli elementi pregnanti a concretare l’estremo soggettivo del delitto e a circoscrivere, al suo interno, il dolo ‘di frode’²⁹. Resta imprescindibile un corretto accertamento, pur essendone certamente agevolata la prova: si pensi al caso di chi distrugge i beni esibiti al curatore e non inventariati né stimati, nella convinzione che essi siano di solo ingombro e di nessun valore per l’amministrazione fallimentare, ovvero di chi distrugge le scritture contabili non trattenute dagli organi della procedura *ex art. 86 l.f.* né contenute in luoghi con apposizione di sigilli, ritenendole inutili, irrilevanti o superflue³⁰.

Quanto detto lumeggia la *ratio* dell’equiparazione disvaloriale delle forme pre- e post-fallimentari, ovvero delle ipotesi di alternatività tra fattispecie a dolo generico e a dolo specifico, sulle quali si tornerà compiutamente a breve. Non si tratta di forzare le categorie classiche, ma unicamente di rilevare come una particolare tecnica normativa si rivolga alla selezione di elementi di fattispecie che sono finalisticamente pregnanti, pur senza ricorrere alla positivizzazione del dolo specifico³¹: in questa prospettiva è del tutto evidente il ruolo giocato dal fallimento-presupposto (e dagli effetti che produce), soprattutto nel caso della bancarotta documentale.

Deve dunque concludersi che due fattispecie in rapporto di alternatività modale (di cui esempi sono i nn. 1 e 2 dell’art. 216, comma 1) o temporale-cronologica (come nel caso delle ipotesi pre- e post-fallimentari), pur divergenti sul piano del dolo, non possono certamente ritenersi del tutto eterogenee quanto alle loro componenti oggettivo-soggettive. Se è vero che sotto tale profilo sussiste una vera e propria analogia, allora deve del pari essere vero che la legge, quando ha imposto il dolo specifico, lo ha fatto al precipuo scopo di ‘innalzare’ fattispecie dalla minor pre-

²⁷ F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960, 159.

²⁸ G. Delitala, *Studi sulla bancarotta*, cit., 51 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 291 ss., 301 ss. e 369.

²⁹ Ancora F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 164 ss.

³⁰ L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 189.

³¹ F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 161 ss.; da ultimo M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. “pregnanti”*, Napoli 2012, in part. 5 ss. e 65 ss.

gnanza al livello delle altre, già abbastanza solide da non richiedere l'esplicitazione del movente tipizzato³².

L'elemento comune dei profili soggettivi della bancarotta fraudolenta è uno, in ogni caso: la volontà diretta all'offesa dell'interesse patrimoniale dei creditori, la quale è fatta palese nei delitti a dolo specifico ed è invece implicitamente sottesa alle fattispecie soggettivamente pregnanti; volontà che deve definirsi 'di frode' sia in ossequio alla rubrica dell'art. 216, sia in ragione del mezzo non violento attuato per il raggiungimento dello scopo.

L'indicazione metodologica che pare chiaramente estrapolabile da queste prime conclusioni è notevolmente significativa ed in controtendenza rispetto ad una certa lettura degli illeciti fallimentari. Si conferma, infatti, che le fattispecie a dolo generico, lungi dall'essere caratterizzate per un *quid minus* rispetto a quelle a dolo specifico, costituiscono al contrario le fattispecie più intensamente caratterizzate in termini di offensività e più determinate dal punto di vista soggettivo. Le altre fattispecie riescono ad allinearsi unicamente facendo ricorso al movente tipizzato in qualità di selettore di fattispecie oggettive soggettivamente equivoche. In questa prospettiva, pertanto, il dolo generico non deve essere certamente oggetto di una svalutazione, bensì valorizzato nella sua componente strettamente psicologica e, soprattutto, nella sua capacità conformatrice del fatto tipico.

3. Il dolo specifico quale 'selettore' del tipo

Si è appena visto che le fattispecie a dolo specifico sembrano caratterizzarsi per una minor capacità selettiva del fatto, che deve necessariamente accompagnarsi al movente tipizzato per giungere ad un sufficiente livello di determinatezza e di univocità di offesa del bene giuridico³³. In effetti, anche un loro esame superficiale rivela chiaramente alcuni dati di rilievo: *a)* l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti (art. 216, comma 1, n. 1, secondo periodo) non sono atti che sono soggettivamente univoci, poiché possono essere il frutto di un semplice errore, ovvero essere diretti ad ingannare altri soggetti (come, ad esempio, l'Erario); *b)* le fattispecie documentali possono parimenti essere rette da un movente distinto, come il fine di sottrarsi alla responsabilità penale (occultando 'fondi neri' impiegati per delitti di corruzione, ovvero ancora il fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta); *c)* la condotta di simulazione di titoli di prelazione e il pagamento preferenziale del credito non hanno una caratterizzazione certa in punto di oggettività, richiedendo necessariamente l'apporto selettivo del dolo specifico, che può peraltro qualificarsi distintamente in ragione delle due ipotesi³⁴.

Ciò posto, va tuttavia osservato che il dolo specifico delle fattispecie di bancarotta non è sempre uguale a se stesso, anche se è sempre connotato dallo scopo di recare pregiudizio ai creditori; al contrario, esso assume un ruolo diverso in ragio-

³² In questi termini P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 71 ss.

³³ Per tutti, cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 332 ss.

³⁴ Analogamente P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 72 ss.

ne del singolo titolo di reato coinvolto e dei suoi rapporti con le altre fattispecie incriminatrici. In ogni caso, il dolo specifico, al contempo ‘tipico’ e ‘trascendente’ il fatto, deve avere ad oggetto una finalità non necessariamente implicata nella volizione dell’oggetto del dolo, altrimenti non specificherebbe alcunché: lo scopo, selezionato dal legislatore tra quelli possibili, è un elemento essenziale del reato³⁵, ed è dunque anche esclusivo – proprio in quanto elettivo – essendo penalmente irrilevante di ogni altro movente³⁶.

In questo senso, pertanto, si impone una trattazione separata dei vari illeciti, che ne metta in luce le particolarità ma che mostri ugualmente il *fil rouge* che avvince le ipotesi in esame. Dalla fattispecie di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, perlopiù negletta nella prassi e nella dottrina, si procederà al cuore della trattazione con le fattispecie documentali, lette nel loro rapporto di alternatività tra dolo generico e specifico, nonché alla luce della ‘metamorfosi’ che interviene nella forma post-fallimentare. Infine, pur essendo in qualche modo estranea al nucleo centrale della bancarotta fraudolenta – dalla quale si distingue anche per la notevole riduzione del compasso edittale – pare impossibile prescindere da un compiuto esame delle caratteristiche del dolo specifico della bancarotta preferenziale e dal suo raffronto con il principio costituzionale di offensività.

3.1 – Il dolo specifico differenziale della bancarotta ‘da esposizione o riconoscimento di passività inesistenti’

La fattispecie in esame, prevista al secondo periodo dell’art. 216, n. 1, si colloca sul piano delle fattispecie che comportano una diminuzione fittizia della garanzia, posto che la condotta si concreta nel far risultare un patrimonio di entità minore a mezzo della manomissione dei relativi documenti. In questo senso, deve subito distinguersi la simulazione di titoli di prelazione, che dà vita al più lieve delitto di bancarotta preferenziale *ex art.* 216, comma 3; così come il fatto di chi contrae nuove passività effettive, rilevante non a titolo di bancarotta fraudolenta, ma ai sensi dell’art. 218 l.f. (pur con la precisazione, a livello temporale, che l’insolvenza dell’impresa deve già

³⁵ In questi termini M. Gelardi, *Il dolo specifico*, Padova 1996, 163 ss.

³⁶ In tema cfr. A. Moro, *L’antigiuridicità penale*, Palermo 1947, 123 ss.; L. Picotti, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano 1993, 520 ss. Sul tema del dolo specifico, in una più ampia prospettiva, oltre alla manualistica e alle voci enciclopediche già citate, cfr. M. Finzi, *Il cosiddetto “dolo specifico”. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni di esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano 1952, 383 ss.; C. Pedrazzi, *Il fine dell’azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 259 ss.; A. Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino 1955, 150 ss.; F. Bricola, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, in *Arch. pen.*, 1960, 63 ss.; N. Mazzacuva, *Sciopero o serrata per “coazione alla pubblica autorità”: ovvero a proposito del dolo specifico quale (unico) elemento di disvalore della fattispecie*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, IV, 177 ss.; L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., in part. 471 ss., 533 ss. e 578 ss.; M. Gelardi, *Il dolo specifico*, cit., in part. 147 ss., 255 ss. e 343 ss.; E. Morselli, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1112 ss.; G. Ruggiero, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli 2011, 8 ss.; G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 6 ss. e 11 ss.

essere manifesta e dissimulata)³⁷. Nondimeno, è innegabile una qualche rilevanza indiretta dell'indebitamento, anche nell'ambito della bancarotta fraudolenta patrimoniale, posto che esso riduce il margine di libera disponibilità dell'imprenditore e può giungere ad essere strumentale ad una sottrazione di attività. In breve, il parametro di liceità non è dato dall'indebitamento come tale, ma dalle utilità che l'imprenditore può eventualmente trarre dal credito ottenuto³⁸.

La distinzione accennata non è priva di riverberi sistematici: mentre con la *deminutio* prodotta a mezzo delle condotte di bancarotta patrimoniale il soggetto tende a procurarsi un profitto, nelle ipotesi di diminuzione fittizia previste dal secondo periodo dell'art. 216, n. 1, l'autore del reato commette un fatto prodromico alla sottrazione di attività con lo scopo di produrre un danno ai creditori, ancorando una quota del patrimonio al soddisfacimento degli pseudo-creditori e, pertanto, sottraendola a quelli effettivi³⁹.

Come si è accennato, l'affinità dell'oggetto materiale consente di assimilare l'illecito in esame alle fattispecie documentali piuttosto che a quelle a matrice strettamente patrimoniale e incidenti con una reale diminuzione sul patrimonio del *decoctor*⁴⁰; nondimeno, l'esposizione-riconoscimento di una passività inesistente differisce chiaramente anche dalle prime, trattandosi di un falso ideologico che non cade sulle scritture contabili⁴¹.

L'alternativa tra 'esposizione' e 'riconoscimento' apre in quest'ultimo caso l'orizzonte sulla possibilità di una collusione con il creditore fittizio in qualità di concorrente nel reato; questi, tuttavia, non deve qualificarsi come coautore necessario, posto che può anche essere in buona fede⁴². La casistica generalmente ricordata in dottrina è quella relativa all'iscrizione nel bilancio di una passività anche parzialmente fittizia, ovvero all'inclusione di un credito insussistente nei documenti presentati al curatore *ex art. 86 l.f.*, ovvero ancora all'acquiescenza rispetto a pretese infondate nei confronti dell'imprenditore medesimo. Nel diritto vivente, peraltro, si afferma comunemente che non è sufficiente una ammissione episodica e priva di tracce, ma è invece necessario che sia posta in essere la simulazione di una situazione giuridica vincolante; peraltro, la stessa giurisprudenza ha ristretto la nozione di 'passività' (di per sé comprendente qualunque elemento di contenuto negativo), limitandola invece ad un'accezione contabile, per la quale risultano escluse le componenti negative del reddito, anche se fittizie⁴³.

³⁷ V. Napoleoni, *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. pen.*, 1988, 151; G. Casaroli, *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 405.

³⁸ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 65.

³⁹ Analogamente C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 125. *Contra* Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 101 e 114.

⁴⁰ A. Pagliaro, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 858; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 893. In giurisprudenza cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 19 giugno 2014, n. 41051, in *CED*, rv. 260773.

⁴¹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 281.

⁴² C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 67.

⁴³ Così *Cass. pen.*, Sez. V, 20 aprile 2007, n. 29336, in *CED*, rv. 237255. *Contra* *Cass. pen.*, Sez. V, 26 ottobre 2004, n. 45431, in *CED*, rv. 230353, nel senso della sussistenza del reato in caso di applicazione di coefficienti di ammortamento superiori a quelli fiscalmente ammessi.

Il difetto di univocità offensiva dell'illecito si palesa soprattutto con riguardo alle analogie che possono instaurarsi rispetto al delitto di cui alla prima parte dell'art. 220 l.f., laddove si incrimina «il fallito, il quale, fuori dai casi preveduti dall'art. 216, nell'elenco nominativo dei suoi creditori, denuncia creditori inesistenti». Essendo quest'ultimo punibile, oltre che per dolo generico, anche a titolo di colpa (comma 2), la distinzione si accentra, al di là dell'efficacia della clausola di riserva, proprio nello scopo tipizzato dall'art. 216, nel quale si racchiude il significativo divario di pena che separa le due fattispecie. È infatti evidente la profonda diversità di *ratio* che sostiene l'incriminazione, specialmente laddove si abbia riguardo alla possibilità di concepire l'illecito ex art. 220 in forma colposa, il che ne esclude in radice ogni finalismo offensivo. La strumentalità del comportamento alla soddisfazione del movente tipizzato costituisce un dato sintomatico dello stesso contenuto oggettivo del fatto tipico: l'agente lo pone in essere finalisticamente tendendo alla lesione dell'interesse protetto; il fine non può dunque ridursi ad un dato meramente interiore, dovendo invece insistere sul fatto, ovviamente a prescindere dalla circostanza che lo scopo venga materialmente conseguito o pienamente soddisfatto⁴⁴. In questo senso, pertanto, può affermarsi che il dolo specifico della bancarotta da esposizione o riconoscimento di passività inesistenti sembra essere un dolo specifico c.d. differenziale, ovverosia introdotto allo scopo di distinguere vari gradi di punibilità rispetto a fatti accostabili sul piano oggettivo e comunque meritevoli di pena.

La polarizzazione del delitto sul movente tipizzato impone di riflettere su come quest'ultimo debba essere letto per restare coerente col principio costituzionale di offensività. La risposta, com'è noto, è stata riscontrata da una dottrina quasi unanime nell'esigenza di obiettivizzare il fine del dolo specifico, anche se si registra una certa contrapposizione circa le modalità con cui pervenire a questo traguardo. Un primo gruppo di opinioni ritiene necessario richiedere che la condotta sia obiettivamente idonea a realizzare il movente tipizzato dalla norma, allo scopo di rendere meno disarmonica la differenziazione delle pene⁴⁵. Pur non disconoscendo l'esigenza anzidetta, vi si contrappone un secondo orientamento, il quale ritiene che sia ultroneo colorare di valenze obiettivamente causali il dolo specifico, altrimenti rischiando una possibile sovrapposizione concettuale con il delitto tentato⁴⁶. In questa prospettiva, il nesso eziologico andrebbe ricostruito in termini rovesciati⁴⁷, posto che la 'causa-movente' deve essere già compiutamente visibile nell'esecuzione dell'azione da cui dipende la sussistenza del reato, rendendo così coerente anche la determinazione del momento perfezionativo. Sul tema della obiettivizzazione del

⁴⁴ L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 506 ss.

⁴⁵ L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976, 83 ss. e 265 ss.; G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva della bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 677; T. Padovani, *La frode fiscale. Profili generali*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cura di C. F. Grosso, Milano 1992², 201; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 213 ss.

⁴⁶ Cfr. L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 506 ss., il quale osserva che «così si finisce per trasformare o confondere la finalità dell'agente, espressamente tipizzata come soggettiva, con la tendenza dell'azione, richiesta quale sua qualificazione oggettiva, modellando – senza fondamento giuspositivo – la struttura dei reati a dolo specifico su quella del tentativo».

⁴⁷ F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 115 ss. e 542 ss.

dolo si tornerà nel prosieguo, nel quadro delle più ampie questioni derivanti dalla sua collocazione in seno alla teoria del reato⁴⁸.

3.2 – La bancarotta documentale: il fine specifico e l'evento di pericolo

La bancarotta fraudolenta documentale si compone di due distinte fattispecie in rapporto di alternatività: l'una, focalizzata sulle modalità della condotta (sottrazione, falsificazione e distruzione) e assistita dal dolo specifico di profitto o di danno per i creditori; l'altra, che concreta un reato a forma libera incentrato sull'impossibilità di ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. Peraltro, come si è già anticipato, mentre quest'ultima fattispecie non è concepibile in forma post-fallimentare, dopo la sentenza dichiarativa i fatti di bancarotta di cui alla prima ipotesi sono invece privati del dolo specifico, in favore di un 'semplice' dolo generico.

Prima di affrontare la questione della conformazione e dell'efficacia selettiva del dolo, è necessario spendere alcune considerazioni di dettaglio sul bene giuridico: la tutela apprestata dall'art. 216, comma 1, n. 2 è rivolta alla protezione dell'ostensibilità del patrimonio del fallito in funzione del massimo soddisfacimento dei creditori, rivelando, dunque, che l'oggetto giuridico è e resta di matrice essenzialmente patrimonialistica. Del resto, anche la bancarotta semplice documentale, limitando il suo ambito applicativo ai tre anni antecedenti il fallimento, mostra chiaramente una *ratio legis* focalizzata sulle esigenze della procedura in funzione satisfattiva delle pretese creditorie, piuttosto che sull'interesse del 'buon andamento' o dell'«ordinato esercizio dell'economia»⁴⁹.

Pur rientrando il sindacato penalistico nelle finalità della procedura (art. 33, comma 1, l.f.), va nondimeno osservato che l'obbligo penalmente rilevante di documentazione contabile non può ritenersi in contrasto con il principio del *nemo tenetur se detegere*, posto che tale obbligo non è funzionale al magistero punitivo, bensì all'interesse patrimoniale dei creditori⁵⁰. Al contrario, se si volesse fondare la matrice degli illeciti documentali sull'interesse «alla conservazione e alla veridicità della prova»⁵¹, presupponendo la pubblicizzazione del bene giuridico (inteso come buon andamento della procedura concorsuale), si avvicinerebbero eccessivamente l'ambito fallimentare e quello penale, contribuendo proprio alla rottura dell'argine segnato dal diritto costituzionale di (auto)difesa⁵².

⁴⁸ V. Cap. VI, § 3.1.

⁴⁹ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 138. In giurisprudenza, pur se risalenti, cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 1987, n. 43, in *CED*, rv. 174756; Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 1977, n. 14905/1978, in *CED*, rv. 137338.

⁵⁰ In proposito cfr. C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 1122 ss.

⁵¹ Così, in particolare, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 248 ss. e 268; Id., voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 486 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 343 ss.

⁵² Sul tema cfr. R. Zanotti, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174 ss.; G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, in part. 353 ss.; A. Perini, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss. ed in part. 561 ss.; D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.; E. Infante, *Nemo tenetur se detegere in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 831 ss.; F.

L'equiparazione (anche *quoad poenam*) della diminuzione patrimoniale effettiva e di quella apparente, anche solo contabile, si giustifica perché il pericolo per le pretese creditorie sorge ogniqualvolta il curatore non riesca a ricondurre un bene allo stato attivo del fallimento: «Se non ci riesce perché il bene è stato distrutto, perché è stato nascosto, o perché non risulta dalle scritture contabili della società, resta indifferente, proprio perché l'effetto sul ceto creditorio è il medesimo»⁵³. Le scritture hanno una funzione essenzialmente processual-fallimentare, in quanto atte alla ricostruzione patrimoniale; al di fuori della procedura, al contrario, sono normalmente inaccessibili ai terzi⁵⁴.

Nell'oggetto materiale, quale che sia la fattispecie coinvolta, rientrano i libri e le scritture obbligatorie ex art. 2214 c.c., ovverosia il libro giornale, il libro degli inventari e la corrispondenza commerciale; le scritture relativamente obbligatorie richieste dalla natura dell'impresa o dalle sue dimensioni, ossia le scritture di magazzino, degli acquisti e finanziarie, il libro soci e il libro delle adunanze; le scritture facoltative previste dalla legislazione civilistica, previdenziale o tributaria; le scritture non ufficiali, costituite da promemoria e copie, financo relative agli affari 'in nero'. Merita rilevare, sul punto, che v'è un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità teso a negare rilevanza all'ammissione al regime di contabilità c.d. 'semplificata', che com'è noto esonera l'imprenditore dalla tenuta del libro giornale e degli inventari, ritenendo che tale disciplina operi con esclusivo riguardo all'ordinamento tributario⁵⁵.

Entrambe le fattispecie documentali, pur con le loro peculiarità reciproche, costituiscono illeciti di pericolo concreto, non essendo necessario, in relazione alla prima ipotesi, che la condotta impedisca del tutto la ricostruzione del patrimonio, né richiedendosi nel secondo caso una impossibilità assoluta di pervenire al medesimo risultato. In ossequio alla quasi unanime dottrina e all'indirizzo maggioritario della giurisprudenza, pare possibile valorizzare tale natura facendo ricorso proprio alla contabilità non ufficiale, purché non si tratti di fonti esterne di cognizione dei dati aziendali. Tuttavia, aprendosi il giudizio di pericolo ad una valutazione a base totale, pare doversi concludere per l'insussistenza del pericolo anche laddove

Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, 305 ss.; G. Fornasari, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.; D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 171 ss. Nel panorama della giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 13 luglio 1984, n. 236, in *Foro it.*, 1984, I, 2923 ss., a mente della quale il diritto di difesa non vieta che «sul piano probatorio, una condotta (nel caso di specie una dichiarazione o un adempimento penalmente imposti) possano essere utilizzati dall'autorità inquirente come indizio o anche prova della precedente commissione di un diverso reato» e che quindi un simile impianto «è del tutto legittimo e non viola un inesistente diritto all'impunità, nel che si vorrebbe far consistere il diritto di difesa»

⁵³ M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 396.

⁵⁴ R. Zanotti, *Osservazioni e riserve sulla riconducibilità del falso contabile all'ipotesi di falsa comunicazione sociale*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 447 ss.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2017, n. 55030, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2017, n. 33878, in *CED*, rv. 271608; Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2015, n. 49634, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52219, in *CED*, rv. 262198. Sul punto, volendo, cfr. G. Minicucci, *Note sparse su pericolo, dolo e particolare tenuità della bancarotta semplice documentale*, in *Parola alla difesa*, 2016, 137 ss.

intervengano altri fattori di diversa natura a scongiurare il superamento della soglia del penalmente rilevante⁵⁶.

Occorre altresì segnalare che anche con riferimento alla bancarotta documentale appare concepibile un'attività di reintegrazione valevole ai fini della bancarotta 'riparata', consistente nella completa *restitutio in integrum* delle scritture contabili⁵⁷.

L'esame delle fattispecie, come si è accennato, deve necessariamente suddividersi in ragione della profonda diversità oggettivo-soggettiva che caratterizza le due ipotesi previste.

Quanto al primo periodo, si è detto che la norma centra la selezione del fatto da incriminare sulle condotte di sottrazione, distruzione e falsificazione. Mentre i primi due concetti non abbisognano di particolare affanno espositivo, la terza modalità va specificata nel segno della sua necessaria matrice ideologica, tesa a far risultare un'immagine distorta del patrimonio dell'impresa; al contrario un'eventuale falsità puramente materiale potrà al più rilevare come 'irregolarità' (ai sensi dell'art. 217, comma 2), atteso che l'obbligo di verità in senso giuridico-penale deve essere finalisticamente inteso rispetto alla tutela dell'interesse protetto⁵⁸. In difetto, si tratterebbe di un obbligo dall'eccessiva ed indeterminata ampiezza: «Il pericolo si verifica tutte le volte in cui il falso acquista una funzione al di fuori della sfera di esclusiva disponibilità del suo autore: il che, in ultima analisi, si ha quando il falso diventa strumento di frode»⁵⁹.

La falsità nelle scritture contabili, invero, non manifesta quel carattere di pubblicità che giustifica la tutela penale della veridicità dell'atto in sé in quanto potenzialmente pericoloso per i terzi, atteso che il suo prodotto non ha questa finalizzazione⁶⁰; tuttavia, la giurisprudenza non riconosce alcuna distinzione, ritenendo punibile «ogni manipolazione documentale che impedisca o intralci una facile ricostruzione del patrimonio del fallito o del movimento dei suoi affari, considerato che a questo risultato si frappone non solo la falsità materiale dei documenti, ma anche e soprattutto quella ideologica che fornisce un'infedele rappresentazione del dato contabile»⁶¹.

Con riferimento all'elemento soggettivo, è in primo luogo necessaria la consapevolezza e la volontà di impedire l'accesso alla contabilità, ovvero di fornire agli organi della procedura una rappresentazione erronea e falsata dei fatti aziendali; in seconda battuta, è richiesto un dolo specifico dal contenuto piuttosto vago, poiché in

⁵⁶ Così G. L. Perdonò, *I reati fallimentari*, cit., 371.

⁵⁷ Analogamente L. Mazza, *La limitazione temporale*, cit., 391.

⁵⁸ In termini analoghi C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 98.

⁵⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 267.

⁶⁰ A. Malinverni, *Teoria del falso documentale*, Milano 1958, in part. 336 ss.; Id., voce *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, 69 ss.; M. Spasari, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano 1963, 21 ss.; F. Ramacci, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli 1966, 141 ss.; A. De Marsico, voce *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 566 ss.; U. Dinacci, *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli 1979, 7 ss.; S. Fiore, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli 2000, 91 ss.; I. Giacona, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, Torino 2007, 37 ss.; V. Mormando, F. Bottalico, *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, Bari 2017, 87 ss., 288 ss. e 428 ss.

⁶¹ Così cfr. Cass. pen., Sez. V., 17 dicembre 2012, n. 3115, in *CED*, rv. 249267.

via alternativa assomma allo scopo di danno ai creditori anche il fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Su quest'ultimo profilo non v'è unità di vedute: si è autorevolmente sostenuto che la finalità di profitto non costituisce altro se non il risvolto, anche eventuale, del danno recato ai creditori e che, per l'effetto, le due finalità costituirebbero una endiadi necessariamente congiunta⁶².

Tuttavia, lo scopo di danno pare doversi necessariamente legare strumentalmente ad una spoliazione concreta del patrimonio dell'impresa, anticipando in qualche modo una bancarotta patrimoniale⁶³: le difficoltà sistematiche e strutturali non possono condurre alla sostanziale *interpretatio abrogans* dell'inciso 'con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto', ritenendolo una mera appendice del danno ai creditori⁶⁴. In questa prospettiva, l' 'ingiustizia' del profitto si deve parame-trare agli scopi della legge fallimentare, rendendo illecito ogni traguardo economico perseguito dal reo (anche) al prezzo dell'interesse del ceto creditorio. In ogni caso, riprendendo conclusioni già spese, il dolo specifico deve essere oggettivato, soprattutto in relazione al pregiudizio per le pretese creditorie, anche se la porzione relativa al profitto rischia, nella dinamica probatoria, di essere bersaglio di una presunzione *iuris tantum* difficilmente superabile sul piano processuale.

L'ipotesi in esame, in ragione della totale diversità strutturale rispetto all'omologa incriminazione prevista dall'art. 217, comma 2, non pare connotata da un dolo specifico differenziale. Al contrario, sembra più corretto inquadrare il particolare elemento psicologico nell'alveo del dolo specifico di ulteriore offesa⁶⁵, in qualità di elemento limitante la punibilità⁶⁶: oltre che dalla lettura della relazione ministeriale – laddove si afferma che, in tal modo «si è posto riparo al pericolo, continuo e grave fino a ieri, che un sintomo o una presunzione di frode ai creditori sia scambiato per un fatto certo di frode»⁶⁷ – se ne trae conferma proprio dal raffronto sistematico con la bancarotta fraudolenta documentale post-fallimentare, nella quale il dolo specifico viene meno in corrispondenza dell'aggiunzione del presupposto del fallimento-insolvenza, in qualità di elemento che conferisce pregnanza all'intera fattispecie.

La seconda fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale consiste nella tenuta delle scritture «in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio

⁶² A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 107 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 366 ss.

⁶³ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 141.

⁶⁴ L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 184; sia consentito anche il rinvio a G. Minicucci, *Sul (preteso) concorso di reati tra bancarotta documentale ed art. 10 d.lgs. 74/2000. Specialità, beni giuridici eterogenei, clausole di riserva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 663 ss.

⁶⁵ In tema, ancora una volta, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 213. In senso critico sull'adozione della categoria cfr. L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 557, secondo il quale «si deve obiettare che la natura di 'ulteriore offesa' del dolo specifico, nelle ipotesi del secondo gruppo, si può distinguere da quella 'di offesa' semplice nelle ipotesi del primo gruppo solo perché il fatto base si ritiene comunque 'meritevole di pena', pur non essendo già previsto dal diritto positivo quale reato, come accade, invece, in quelle dell'ultimo gruppo [a dolo specifico differenziale – *NdA*]. Per cui la seconda categoria, così come formulata, si colloca su di un piano definitorio eterogeneo, rispetto a quello della prima e della terza, perché sposta la valutazione del fatto-base dal piano della sua tipicità formale, a quello della valutazione materiale di 'offensività', intesa in senso prenormativo, come 'meritevolezza di pena'».

⁶⁶ In termini L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 186.

⁶⁷ *Disciplina del fallimento*, cit., 49.

o del movimento degli affari» del fallito, anche non in via del tutto assoluta, e che può essere eventualmente scongiurata dal contributo di scritture non obbligatorie o non ufficiali (anche 'nere'). In ogni caso, l'inidoneità delle scritture alla ricostruzione della situazione patrimoniale deve essere sistematica e tale da non consentire di apprezzare nemmeno un quadro approssimativo della situazione patrimoniale dell'impresa: si tratta, infatti, di un'ipotesi di falso 'globale', la quale prescinde dalla rilevanza e dalla dimostrazione del singolo falso-componente, polarizzandosi unicamente sul risultato complessivo che deriva dalla condotta.

A fronte di chi, valorizzando l'inequivoco finalismo della figura criminosa, include nella fattispecie anche l'omessa tenuta delle scritture, quando miri a impedire la ricostruzione del patrimonio⁶⁸, la maggioranza della dottrina, ravvedendo l'impossibilità di rendere semanticamente compatibile l'interpretazione anzidetta con l'enunciato normativo, propende per la rilevanza dell'omessa tenuta unicamente come forma di bancarotta semplice⁶⁹. A ben vedere, in effetti, la formula normativa («tiene [...] in guisa da») comporta una verifica funzionale d'idoneità che è logicamente concepibile unicamente in relazione ad un'entità esistente ed in concreto valutata; in coerenza, peraltro, con il fatto che la mancata istituzione delle scritture – di per sé lungi dall'averne un qualsivoglia contenuto di frodolenza – è certamente meno insidiosa, soprattutto nell'angolo visuale del curatore, rispetto ad una contabilità artatamente diretta all'inganno⁷⁰.

Pur essendo oggi criticabile, soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, si può affermare che la scelta legislativa non è manchevole di una sua intrinseca razionalità, e ciò per due essenziali ragioni di fondo. Ribadito che l'assenza *ab origine* delle scritture contabili pare certamente accostabile ad una noncuranza, e non già ad un intento fraudolento, va in primo luogo osservato che le ipotesi di sottrazione e di distruzione della contabilità colmano proprio la 'lacuna' che la giurisprudenza ravvede. Ad uno scrutinio più profondo, si osserva che se, da un lato, la dottrina che ammette l'omessa tenuta in forma fraudolenta sembra valorizzare il contegno soggettivo (anche travalicando il fatto materiale tipico) l'argomento giurisprudenziale pare essere più prosaicamente sorretto dall'esigenza processuale di superare l'impossibilità di raggiungere la prova circa la sottrazione o la distruzione delle scritture. Arretrando sull'omessa istituzione e lasciando riposare il discrimine tra bancarotta fraudolenta e semplice sul mero atteggiamento interiore, la giurisprudenza crea una fattispecie incriminatrice priva di limiti oggettivi e servente a dar sfogo ad una ritenuta 'meritevolezza' di pena (che, al contrario, è ciò che andrebbe consa-

⁶⁸ In questo senso cfr. A. Pagliaro, *Problemi attuali*, cit., 531, oltre alla totalitaria giurisprudenza di legittimità: *ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2012, n. 25432, in *CED*, rv. 252992, secondo la quale, in particolare, «l'omessa tenuta della contabilità interna integra gli estremi del reato di bancarotta documentale fraudolenta – e non quello di bancarotta semplice – qualora si accerti che scopo dell'omissione sia quello di recare pregiudizio ai creditori».

⁶⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 249, 262 e 292; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 100; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 349; C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 608; A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 215.

⁷⁰ M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 350.

crato attraverso la legge)⁷¹. Operazione certamente scorretta dal punto di vista della logica-giuridica e, per di più, inutile: un'omessa istituzione *ab initio* delle scritture, inclusa in un (probabile) più ampio disegno criminoso, può concorrere a concretare la causazione 'dolosa' del fallimento *ex art. 223*, comma 2 (ovviamente ricorrendo i requisiti della veste societaria dell'impresa e della derivazione eziologica del fallimento). In definitiva, essendo l'art. 216, comma 1, n. 2, intimamente connesso all'insolvenza ed essendo il contenuto di 'fraudolenza' conformatore anche di dette ipotesi, deve ancora una volta osservarsi che le fattispecie in esame tendono esclusivamente alla protezione da attività decettive dell'imprenditore sulle scritture nello stato terminale dell'impresa: «[...] in tanto l'imprenditore può proporsi di rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, in quanto tale ricostruzione debba essere compiuta»⁷².

Coerentemente con la collocazione di un evento (di pericolo) nell'equilibrio della fattispecie⁷³, deve osservarsi che il dolo è generico, essendo oggetto della volizione il risultato offensivo che deve necessariamente verificarsi per la sussistenza dell'illecito⁷⁴. Nondimeno, una significativa parte della dottrina ritiene che il dolo debba essere uniforme per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale, in una prospettiva che non pare tuttavia condivisibile: in particolare, si sostiene che sarebbe necessaria la presenza del dolo specifico di danno nei riguardi dei creditori, altrimenti verificandosi un'ingiustificabile iniquità punitiva e vanificandosi l'unitarietà della bancarotta documentale⁷⁵, rendendo conseguentemente impossibile demarcare con certezza l'ipotesi in esame dalla analoga forma di bancarotta semplice.

Esaminate entrambe le fattispecie, si possono definire alcuni punti fermi. Avendo il falso contabile come naturale destinatario gli organi della procedura fallimentare, non può certo mancare al reo la rappresentazione del termine di riferimento della condotta, alternativamente fissato nell'impedimento dell'apprensione di dati aziendali ovvero nella raffigurazione fallace dei medesimi; il che val quanto dire che

⁷¹ *Ampius* cfr. A. Gargani, *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penali-stiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 263 ss.

⁷² Così P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 293.

⁷³ *Contra*, nel senso della natura di lesione, cfr. A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 139; G. Cocco, *Sub art. 216*, cit., 907.

⁷⁴ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 143; P. Palladino, *Non è necessario il dolo specifico per la bancarotta fraudolenta documentale*, in *Cass. pen.*, 2007, 726 ss. In giurisprudenza, per tutte cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 1137, in *Cass. pen.*, 2009, 4417 ss.

⁷⁵ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 110; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 246; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 368 ss.; G. Casaroli, *Sub art. 216*, cit., 1455 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 138; M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 397. In giurisprudenza, in particolare, cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 22 gennaio 1992, n. 6650, in *Cass. pen.*, 1992, 2198 ss. (con nota di C. Carreri, *Arriva il dolo specifico nella bancarotta fraudolenta documentale*, *ivi*, 2202 ss.), secondo cui «la bancarotta documentale prevista dalla seconda ipotesi, di cui all'art. 216, comma primo n. 2 legge fallimentare, è caratterizzata dalla tenuta delle scritture "in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari"; con questa espressione la legge indica oltre ad un aspetto obiettivo della fattispecie, lo scopo cui deve tendere l'agente, e quindi il dolo specifico. Occorre, quindi, l'intenzione di impedire le conoscenze relative al patrimonio o al movimento degli affari, ma non occorre l'intenzione di recare pregiudizio ai creditori, e neanche la rappresentazione di questo pregiudizio, che non sono richieste nella disposizione di legge citata».

l'imprenditore deve rappresentarsi chiaramente e concretamente l'insorgere o l'essere dell'insolvenza, unitamente alla rilevanza concorsuale delle scritture oggetto della condotta⁷⁶. Quanto al fine specifico della prima ipotesi, la sua alternatività rispetto all'evento della seconda forma si giustifica con l'antitetica scelta di polarizzare totalmente la fattispecie sul disvalore d'azione, che, per quanto soggettivamente non univoco, ha chiaramente una valenza determinante nella selezione del tipo criminoso. Al contrario, la rappresentazione falsata che si evoca nel secondo periodo dell'art. 216, comma 1, n. 2, costituisce l'evento di un reato a forma sostanzialmente libera, che presuppone la tenuta dei libri contabili, ma che mantiene ferma la rilevanza di qualsivoglia condotta rivolta all'*immutatio veri*, sorretta dal semplice dolo generico.

3.3 – Il dolo specifico nella bancarotta preferenziale

Nell'economia dell'indagine proposta in questo studio la bancarotta preferenziale ha un ruolo tutt'altro che marginale, anche se non è parte del nucleo centrale delle fattispecie fraudolente, dalle quali si distacca per più ragioni. Anzitutto, va ricordato che la disposizione in esame incrimina con una pena sensibilmente inferiore sia il fatto della – certamente decettiva – condotta di simulazione di titoli di prelazione, sia l'ipotesi della condotta di pagamento preferenziale del creditore, doverosa qualora l'impresa sia *in bonis* e sanzionabile unicamente al ricorrere di un pagamento che travalichi la parità dei creditori o la gerarchia dei loro privilegi. L'accostamento delle due ipotesi, così diversamente caratterizzate, si giustifica in base alla compensazione, nel caso della simulazione, tra un maggior disvalore d'azione e un minore disvalore di risultato, posto che essa può essere posta in essere al solo fine di pregiudicare taluni creditori a danno di terzi, mentre il pagamento preferenziale realizza immediatamente un pregiudizio patrimoniale apprezzabile. È evidente, infatti che la prima «è realizzata con modalità artificiose, ma costituisce un'aggressione di pericolo più arretrato rispetto all'uscita patrimoniale insita nel pagamento preferenziale»⁷⁷.

Si deve poi osservare che la nozione di 'simulazione' ex art. 216, comma 3, è del tutto distinta da quella civilistica, poiché, ove così non fosse, non vi sarebbe alcuna lesione della *par condicio*, posto che l'eccezione di nullità renderebbe l'instaurata prelazione *tamquam non esset*. Al contrario, la simulazione va intesa nel senso tecnico-penalistico di 'costituzione di una garanzia artatamente occultata nella sua vera essenza', al principale scopo di impedire l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare. Una conferma della descritta ricostruzione si rintraccia nel fatto che i titoli di prelazione non possono essere simulati, in quanto normati dalla legge nel loro contenuto tipico e nel loro ordine: conseguentemente, la simulazione non può che intervenire nel momento della creazione del privilegio o nella sua elevazione ad un grado maggiore⁷⁸. Così, come è stato efficacemente rilevato, ogni attività nego-

⁷⁶ In termini C. Pedrazzi, Sub art. 216, cit., 101.

⁷⁷ Così M. Donini, *I pagamenti preferenziali*, cit., 141.

⁷⁸ In questi termini, per tutti F. Tagliarini, *Profili salienti*, cit., 746. *Contra* M. Punzo, *Il delitto di bancarotta*, cit., 179 ss.; G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, cit., 215 ss.

ziale è suscettibile di qualificarsi come negozio simulato, ricavandosi il criterio discreto dal pregiudizio o dalla alterazione della *par condicio creditorum*, con una consequenziale metamorfosi della condotta da descrittiva a causalmente orientata⁷⁹.

Un'altra peculiarità della bancarotta preferenziale è la specifica declinazione del bene giuridico, il quale subisce una mutazione per specificazione, trasformandosi nella *par condicio creditorum*, ovverosia in un singolo aspetto, in una sfaccettatura, di quella garanzia patrimoniale che costituisce il cuore della tutela penal-fallimentare. Nella minore lesività di questa forma di bancarotta, che appunto si attesta sulla protezione dalle violazioni delle regole di riparto dell'attivo (e dunque su una funzione), si riscontra un chiaro indice giustificatore dello iato sanzionatorio inintercorrente con le ipotesi di bancarotta fraudolenta in senso stretto.

La menzionata specificazione appare viepiù necessaria una volta che si abbia pieno riguardo al fatto che la formulazione letterale dell'art. 216, comma 3, è tutt'altro che felice, in quanto imperniata sulla discriminante del fine che connota il dolo specifico («favorire, a danno dei creditori, taluno di essi») ⁸⁰.

Ciò posto, ribadite le considerazioni spese sulla funzione del dolo specifico, va osservato che il ruolo da attribuire all'inciso relativo al «danno dei creditori» dipende da quanto si intenda procedere nella sua oggettivazione. Posto che le condotte di simulazione di titoli di prelazione o di pagamento preferenziale concretano ipotesi che sono sempre sorrette da un sostanzioso dolo specifico, parrebbe opportuno ricostruire le fattispecie in termini di danno e con un evento naturalistico; tuttavia, vi sono contrapposte le istanze della prevenzione e della difesa sociale, generalmente orientate alla formulazione di reati di mera condotta (eventualmente connotati dalla specificità del dolo, al dichiarato di scopo di equilibrare la 'povertà' della fattispecie)⁸¹. Pur vero che una maggiore tipicizzazione della condotta (o del dolo, come in questo caso) arricchisce la descrittività della fattispecie incriminatrice, realizzando la frammentarietà del diritto penale⁸², è tuttavia altrettanto vero che un richiamo all'evento consente di allontanare con maggior sicurezza il pericolo di un superamento interpretativo dell'azione per pervenire al suo autore e/o alle sue intenzioni, reali o presunte⁸³.

La tipicità soggettiva del fatto, ovverosia ciò che contraddistingue l'ipotesi criminosa in esame da un pagamento suscettivo di semplice revocatoria fallimentare,

⁷⁹ V. Napoleoni, *La bancarotta preferenziale prima e dopo la 'cura'*, in *St. iuris*, 2009, 1335; F. Sgubbi, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 65.

⁸⁰ Così V. Napoleoni, *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, 401 ss.; cfr. anche M. Benincasa, *Dolo specifico e dolo indiretto nella bancarotta preferenziale*, in *Il fall.*, 1981, 498 ss.; A. Alibrandi, *Cenni sulla bancarotta preferenziale*, in *Riv. pen.*, 1994, 705 ss.

⁸¹ G. Neppi Modona, *La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, 80 ss.

⁸² Da ultimo, cfr. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, 51 ss. (tr. it. a cura di M. Donini di *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, 660 ss.).

⁸³ N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 127; G. Flora, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 561.

comporta la necessità che la condotta sia finalizzata all'effetto di preferenza, non essendo sufficiente che quest'ultimo si produca oggettivamente o per *praesumptio iuris*⁸⁴; in questo senso, occorre ricercare all'interno della fattispecie incriminatrice un necessario collegamento oggettivo tra il fatto incriminato e l'interesse privatistico-sostanziale tutelato, il quale può rinvenirsi anche nella descrizione normativa del dolo, che contribuisce a determinare una specificazione della condotta, introducendo due requisiti tipici impliciti.

Da un lato, v'è il necessario presupposto dell'insolvenza in atto, essendo altrimenti impossibile invocare la violazione di un precetto che tipizza una condotta normalmente doverosa; per non parlare dell'impossibilità assoluta di riscontrare un qualsivoglia margine di rimproverabilità nella condotta dell'imprenditore *in bonis* che provveda ad un pagamento che si rivelerà, a distanza di anni e di molte altre operazioni economiche, caratterizzato dalla violazione delle regole in tema di riparto dell'attivo⁸⁵. Come si è già detto, lo stato d'insolvenza è alternativamente ritenuto un presupposto della condotta⁸⁶ ovvero valorizzato dal punto di vista psicologico, poiché il fine di avvantaggiare uno dei creditori non può sussistere se non quando l'impresa è prossima ad una procedura concorsuale⁸⁷, analogamente a quanto accade in relazione alla bancarotta fraudolenta documentale.

Dall'altro lato, occorrerebbe necessariamente richiedere l'oggettiva adeguatezza dell'azione a produrre l'evento lesivo oggetto del fine specifico del dolo e concretante espressione dell'offesa al bene giuridico tutelato; in difetto, parrebbe in effetti difficile salvare la bancarotta preferenziale da alcune solide censure di legittimità.

Analizzando in profondità le fattispecie, può infatti dirsi che l'elemento soggettivo della bancarotta preferenziale costituisce una forma di dolo specifico 'di offesa', essendo la condotta del pagamento addirittura doverosa; ovvero una forma di dolo specifico 'di ulteriore offesa', poiché la simulazione di titoli di prelazione, pur autonomamente portatrice di un apprezzabile disvalore, deve necessariamente legarsi allo scopo indicato dalla norma. Con riferimento alla fattispecie delle indebite preferenze ai creditori, un'autorevole parte della dottrina rileva che sarebbero illegittime le fattispecie criminose a dolo specifico 'di offesa', radicate su una condotta oggettivamente neutrale, ovvero sia inoffensiva per il bene giuridico: in tal modo, infatti, il

⁸⁴ M. Donini, *I pagamenti preferenziali*, cit., 141 ss.; V. Napoleoni, *La bancarotta preferenziale*, cit., 1336 ss.; L. Troyer, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudicato penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, 141 ss.

⁸⁵ Per una panoramica sulle varie categorie di pagamenti e sulla loro rilevanza ex art. 216, comma 3, cfr. R. Alagna, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 614 ss.; D. Zingales, *Osservazioni a Cass. pen.*, 28 ottobre 2010, Sez. V, n. 1901, in *Cass. pen.*, 2012, 641 ss.; C. Santoriello, *L'imprenditore che non paga l'erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 436 ss.; N. Abriani, F. Giunta, *Finanziamenti a società "correlate" e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Le soc.*, 2012, 413; e, volendo, G. Minicucci, *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali" all'amministratore di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 305 ss.

⁸⁶ U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta*, cit., 371 ss.

⁸⁷ Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 154.

legislatore concentrerebbe il fuoco del disvalore penale sul mero atteggiamento psichico, avvicinandosi pericolosamente alla «repressione penale della *Gesinnung*»⁸⁸.

Nondimeno, un radicale mutamento della fisionomia della norma incriminatrice può avviarsi proprio rivitalizzando il senso da attribuire alla locuzione «a danno dei creditori»: il tema è quanto mai dibattuto e oggetto di distinte posizioni dottrinali.

Una parte consistente della letteratura vi riconosce il fine del dolo specifico, fondando la propria argomentazione sul tenore letterale della norma e sulla considerazione che non sarebbe concepibile un favoreggiamento sconnesso dal danno per gli altri creditori, costituendo l'effetto preferenziale un tipico concetto di relazione ed essendo il pregiudizio patrimoniale il necessario 'rovescio della medaglia' del primo; talché dovrebbe sostenersi che, in realtà, si tratterebbe di un unico fenomeno e, dunque, di un unico fine specifico⁸⁹. Coerentemente, si ritiene che la bancarotta preferenziale sia un reato di pericolo concreto, in ragione della necessità che vi sia la mancata soddisfazione di taluno dei creditori insinuati, e che, prima ancora, vi sia la loro insinuazione al passivo. Tale posizione, pur autorevolmente sostenuta, sconta proprio il rischio di eliminare la centralità del 'danno' nell'interpretazione della norma, soprattutto nella sua funzione di temperamento dello 'squilibrio soggettivo' dell'illecito⁹⁰, e non pare essere sorretta da una formulazione normativa così inequivoca da impedire una diversa argomentazione. Peraltro, se la fattispecie fosse legata al solo scopo di favorire, l'allontanamento da un *quantum* di rischio accertabile in concreto si appaleserebbe chiaramente⁹¹.

Un secondo orientamento, all'estremo opposto, qualifica il danno per i creditori come evento del reato, recuperando al fatto tipico sia quest'ultimo sia il 'favoreggiamento': in particolare, il dolo andrebbe ricostruito aggiungendo una componente intenzionale, relativa al vantaggio per il creditore preferito, e una eventuale, afferente al danno per la massa creditoria, attuando la metamorfosi del dolo specifico in dolo generico⁹².

Infine, una terza posizione, in qualche modo 'mediana', ritiene che si tratti di un'ipotesi di dolo 'composto': specifico, in relazione al fine di favorire il creditore; generico (ed anche eventuale), per quanto concerne il danno patito dalla massa⁹³. La

⁸⁸ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 87.

⁸⁹ V. Napoleoni, *Frammenti*, cit., 401; F. Tagliarini, *Profili salienti*, cit., 748 ss.; G. De Simone, *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 173 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 123; A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 260.

⁹⁰ Nell'ottica della necessaria oggettivazione e del doppio ruolo – di elemento costitutivo conformante i fatti tipici e di requisito dell'imputazione soggettiva – del dolo specifico, cfr. A. Malinverni, *Scopo e movente*, cit., 150 ss.; F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano 1980, 233 ss.; F. Stella, *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Il Fall.*, 1995, 305; L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 569 ss.

⁹¹ D. Tassinari, *Tipicità*, cit., 1353 ss.

⁹² G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, cit., 232. In proposito, S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 175, rileva come si tratti di un'ipotesi di dolo specifico 'apparente'.

⁹³ In questo senso A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 115; P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 242; V. Serianni, *Il concorso del creditore*, cit., 203 ss.; L. Conti, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 25; G. Flora, *Mutui fondiari*, cit., 89; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 369; G. Casaroli, *Sub art. 216*, cit., 1462 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 153 ss.; C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta documentale*, cit., 612 ss.

corretta valorizzazione delle implicazioni di questa terza tesi sembra effettivamente permettere l'individuazione di una minima materialità offensiva del reato, facendo salvo il ruolo assegnato al dolo specifico 'di favore'. In effetti, legando le condotte tipiche al requisito implicito del preesistente stato d'insolvenza, è possibile enucleare un apprezzabile contenuto disvaloriale già sul piano del fatto materiale tipico, poiché anche il semplice pagamento preferenziale, in questa prospettiva, assume una fisionomia criminale del tutto afferrabile.

L'oggettivazione del fine specifico può ottenersi – senza stravolgimenti della *littera* e con apprezzabili esiti di politica criminale – aderendo proprio alla tesi che vuole il danno per i creditori come evento della fattispecie, come tale di necessario accertamento e positiva verifica. A ben vedere, infatti, non pare possibile mantenere nell'alveo del dolo specifico il requisito del danno ove se ne ammetta la ricorrenza anche a titolo eventuale, attesa l'inconciliabilità psichica del movente tipizzato con la forma minima del dolo⁹⁴.

In questo senso, limitando l'antefatto ai casi di insolvenza percepibile e l'esito ai casi in cui si sia effettivamente realizzata una preferenza – e non già se ne sia manifestata l'intenzione o l'obiettiva idoneità – la fattispecie diviene compatibile con il dettato costituzionale e con il principio di necessaria offensività del fatto⁹⁵. La concordanza di dottrina e giurisprudenza circa l'irrelevanza penale del pagamento avente ad oggetto crediti privilegiati in carenza di altri crediti di pari grado rimasti insoddisfatti, infine, è un elemento di chiusura del ragionamento (per quanto certamente valorizzabile anche nella prospettiva della teorizzazione della bancarotta preferenziale come illecito di pericolo concreto).

In conclusione, l'interpretazione che sembra preferibile è appunto quella che vuole un 'dolo composto' di bancarotta preferenziale, con la correlativa trasmutazione del danno da connotato del fine a evento del reato, e ciò per diverse ragioni.

In primo luogo, v'è una considerazione che appare risolutiva: ammettendo l'assenza dell'elemento materiale del danno effettivo alla massa creditoria, ovvero sia emarginandolo esclusivamente nell'ambito del movente tipizzato, si correrebbe il fondato rischio di incriminare ogni atto liquidatorio, a prescindere dalla sua concreta offensività. *Ad adiuvandum*, deve osservarsi che anche la diversa formulazione dell'enunciato normativo – che non riprende, come sarebbe ben stato possibile, il particolare inciso «con lo scopo di recare danno ai creditori» dell'art. 216, comma 1 – rileva indubbiamente nell'economia di una distinta ricostruzione del tipo e non osta affatto alla revisione critica descritta.

In secondo luogo, merita osservare che il fine di favorire e il fattore di danno, pur essendo connessi, non sono necessariamente legati da una consecuzione logica: in effetti, sarebbe forse sufficiente l'introduzione del 'correttivo' dell'obiettiva idoneità, che tuttavia si pone sull'irto cammino dell'alternativa tra idoneità 'astratta' e 'concreta'. Costituendo la prima solo una falsificazione concettuale, occorre interro-

⁹⁴ Così F. Tagliarini, *Profili salienti*, cit., 749; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 136; G. De Simone, *Brevi note*, cit., 173.

⁹⁵ Così la maggioritaria giurisprudenza, anche se probabilmente non per le ragioni appena esposte. *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 434.

garsi su quale sia la soglia d'idoneità concreta necessaria per integrare gli estremi della fattispecie incriminatrice nella seconda ipotesi. Tuttavia, anche in questo caso, si porrebbe un'alternativa: l'idoneità concreta può finire col costituire un limite inconsistente, abbassandosi oltre il dovuto, ovvero essere ritenuta così elevata da rappresentare una forzatura eccessiva del dolo specifico e partorire, nella sostanza, un elemento materiale dell'illecito.

In terzo luogo, la tesi del dolo composto sembra cogliere l'effettiva psicologia retrostante l'illecito nonché il tipo criminologico ivi sotteso: il soggetto agente della bancarotta preferenziale ha certamente il fine specifico di favorire il creditore, ma non necessariamente ad esso accompagna il movente di voler danneggiare gli altri⁹⁶; circostanza che pare giustificare, unitamente alle altre considerazioni, il consistente divario di pena rispetto alla bancarotta fraudolenta. Peraltro, la tesi del dolo specifico (oggettivato o meno) finisce col 'provare troppo': intendendo come necessario l'atto di volontà relativo al fine di danno, che in concreto può non essere (e spesso non è) perseguito, se non (e al più) in via indiretta, innesca un paradosso difficilmente superabile.

Alla luce di quanto detto, la materializzazione del requisito del danno come elemento naturalistico sembra essere la soluzione preferibile, portando con sé l'enucleazione di due diversi momenti del dolo di bancarotta preferenziale: l'uno, rivolto al fine di favore per il creditore; l'altro, genericamente rivolto alla produzione di un danno, che può essere anche accettato come un'eventualità.

Ricostruzione, quella proposta, che presta il fianco alla critica dell'accesso del dolo eventuale in materia economica, che è – e nel prosieguo sarà – oggetto di severa critica. Nondimeno, il rischio di un'imputazione soggettiva blanda del requisito del danno non nasce con questa mutata interpretazione, ma è altrettanto presente negli altri orientamenti delineati, nei quali si annida quantitativamente lo stesso svilimento, pur qualitativamente diverso. Ciò posto, l'elevazione del danno a requisito materiale consente un indiscutibile beneficio, preliminare rispetto alle valutazioni appena dette, ossia il suo necessario contributo all'integrazione del fatto tipico.

3.4 – Sulla rilevanza del dolo specifico per la perimetrazione e la caratterizzazione del fatto tipico

In considerazione della pluralità di temi trattati, pare opportuno sintetizzare qualche brevissima conclusione intermedia che riassume alcuni degli esiti dell'indagine e li annodi alla trama principale circa la funzione selettiva del dolo di bancarotta.

Come si è in qualche modo anticipato, le fattispecie a dolo specifico scontano una descrittività oggettivo-soggettiva sensibilmente minore rispetto alle ipotesi post-fallimentari: il dolo specifico, pur con una proteiforme fisionomia, assolve una funzione analoga nelle fattispecie fraudolente, mentre ha una sua autonomia con riferimento alla bancarotta preferenziale. Quest'ultimo illecito, infatti, costituisce un elemento fondamentale del sistema della bancarotta, ma è anche connotato da peculiari-

⁹⁶ Così, in particolare, V. Serianni, *Il concorso del creditore*, cit., 203. Sul tema, più in generale, cfr. A. Malinverni, voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 287 ss.

tà che valgono a distinguerlo chiaramente dalla bancarotta fraudolenta. Infatti, nell'alterazione della *par condicio creditorum* non si ravvede, se non in minima misura, quella attitudine ingannatoria e lesiva propria delle altre ipotesi di cui all'art. 216, e, non certo per caso, l'elemento soggettivo è quello che è sembrato più 'bisognoso' di oggettivazione, sino all'inclusione del requisito del danno nel fatto tipico come evento di fattispecie. A differenza delle altre due ipotesi esaminate, la descrizione della condotta – sprovvista a livello testuale di un (comunque recuperabile e recuperato) aggancio all'insolvenza – non consente di pervenire ad una soddisfacente limitazione e identificazione della fattispecie, in ragione di un ovvio presupposto normativo: all'art. 216, comma 3, pur con una *ratio* di tutela chiara e individuabile, è infatti tipizzata una condotta normalmente doverosa per l'imprenditore (il riferimento è, ovviamente, alle sole indebite preferenze).

Con una duplice conseguenza logica: posto che in tale fattispecie l'insolvenza costituisce pacificamente il presupposto della condotta e considerato altresì che essa enuclea un disvalore sensibilmente inferiore rispetto alle ipotesi fraudolente, deve ritenersi che: *a*) l'insolvenza è un presupposto della condotta degli illeciti fallimentari che non dipende necessariamente dalla sua positiva formalizzazione in un provvedimento giurisdizionale; *b*) se essa è inequivocabilmente richiesta per la fattispecie in esame, *a fortiori ratione* deve esserlo per la bancarotta fraudolenta, la quale, nella forma post-fallimentare, già la trova scolpita (e formalizzata) nel suo presupposto (il fallimento).

L'efficacia conformativa del dolo, in questo frangente, si palesa con notevole chiarezza e incidenza: senza l'apporto tipizzante dell'elemento soggettivo in veste di componente del fatto, la bancarotta preferenziale costituirebbe un illecito dai chiari profili di incostituzionalità.

Quanto alla bancarotta fraudolenta da esposizione o riconoscimento di passività inesistenti e alla bancarotta documentale (prima ipotesi), il dolo specifico assume una funzione diversa, ma ugualmente significativa.

Nel primo caso, esso si rivolge a supplire alla marcata assenza di univocità offensiva, soprattutto con riferimento all'illecito dell'art. 220 l.f., primo periodo (punibile anche a titolo di colpa, ai sensi del comma 2); la distinzione si accentra, dunque, nello scopo tipizzato dall'art. 216, nel quale si concentra il disvalore giustificante la sproporzione sanzionatoria, in qualità di dolo specifico differenziale.

Nelle fattispecie documentali, diversamente, l'alternatività tra dolo generico e specifico è manifesta in entrambi i sensi, sia entro la fattispecie pre-fallimentare che tra quest'ultima e la previsione dell'art. 216, comma 2, dando piena conferma della funzione selettiva del dolo di bancarotta. Più in generale, occorre ribadire che le fattispecie in rapporto di alternatività modale (nn. 1 e 2 al loro interno) o temporale-cronologica (ipotesi pre- e post-fallimentari), anche se divergenti sul piano del dolo riferimento, devono essere analoghe dal punto di vista disvaloriale, *humus* nel quale si evidenzia il ruolo del dolo specifico, rivolto all'irrobustimento delle fattispecie dalla minor pregnanza.

Si conferma, pertanto, l'assunto dal quale si è partiti: le fattispecie a dolo specifico, a differenza di quelle a dolo generico, costituiscono esempi di una tecnica normativa oggettivamente (artt. 216, comma 1, n. 1, secondo periodo, e comma 3) e soggettivamente (art. 216, comma 1, n. 2, primo periodo) non univoca, che talora si

pone in tensione con i principi costituzionali di offensività e di materialità dell'illecito penale. Nei casi di dolo specifico l'intenzione è rivolta ad una attività che tende a realizzare l'evento temuto, ma non tipizzato, dal legislatore; tende, in altre parole, ad una consumazione sostanziale che non coincide con quella formalizzata nella norma, con evidenti e necessari riverberi in punto di manifestazione esteriore della condotta delittuosa⁹⁷. Il dolo generico, nelle fattispecie ove è previsto, è dunque stato ritenuto sufficiente a incarnare le esigenze di tutela faticosamente e farraginosamente tipizzate nelle norme esaminate. Occorre dunque cominciare a verificare la tenuta, l'interpretazione e l'efficacia limitante-conformante, così da pervenire, infine, alla ricostruzione sistematica della tipicità soggettiva della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare.

4. Il dissesto-evento e l'insolvenza-evento nella bancarotta impropria

La distinzione tra bancarotta 'propria' e 'impropria' trae le sue origini nelle elaborazioni della dottrina ottocentesca: la bancarotta era considerata appunto un reato 'proprio' dell'imprenditore, poiché avente come oggetto materiale il suo patrimonio-impresa ed essendo diretto a danno dei suoi creditori. In effetti, è evidente che i soggetti diversi dall'imprenditore possono commettere fatti del tutto analoghi, ma su un patrimonio che sicuramente non è a loro direttamente riconducibile, né su un'impresa necessariamente di loro proprietà⁹⁸. Si spezza, in sostanza, il legame – anche personale – tra l'autore del reato e i creditori, che sono gli interlocutori di un soggetto di diritto nel quale la persona fisica assume rilievo unicamente come componente degli organi di gestione e controllo.

Si sono già trattati i temi legati alla soggettività attiva, così come le questioni implicate dalla configurazione delle cc.dd. figure di fatto, nonché i riverberi in ordine alla configurazione di posizioni di garanzia o di obblighi di sorveglianza; a tali considerazioni non si può fare a meno di rinviare⁹⁹. Il passaggio ulteriore che occorre compiere comporta l'analisi delle fattispecie previste nell'art. 223, il quale, da un lato, estende i fatti previsti dall'art. 216 agli organi sociali, e, dall'altro, aggiunge altre due fattispecie d'evento.

4.1 – La clausola di estensione della bancarotta propria alla dinamica societaria

L'art. 223, comma 1, sanziona per gli stessi fatti – e con le stesse pene – gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano commesso i fatti previsti nell'art. 216; per l'effetto, tutte le fattispecie di bancarotta patrimoniale, documentale e preferenziale sono integralmente trasposte nei contesti societari, con identità di interesse tutelato e, soprattutto, con analoga rilevanza della declaratoria fallimentare e dell'insolvenza.

⁹⁷ C. Pedrazzi, *Il fine dell'azione delittuosa*, cit., 261.

⁹⁸ M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 416.

⁹⁹ V. Cap. III, § 1.4 e § 1.6.

La scelta della tipizzazione per rinvio, al di là delle sue connaturate criticità, si espone in questo contesto a notevoli rilievi. Anzitutto, si può notare che non vi è alcuna specularità tra le fattispecie, che ne potrebbe altrimenti giustificare il mero richiamo: l'art. 223, al contrario, mostra una conformazione offensiva assai più marcata, poiché è rivolto alla manomissione di un oggetto materiale di proprietà altrui, e sul quale si esercita unicamente la gestione o il controllo¹⁰⁰. Correlativamente, deve osservarsi che le condotte descritte nei nn. 1 e 2 nella norma appena menzionata non possono mai ascrivere all'imprenditore individuale, costituendo esse reati propri degli organi sociali, salva ovviamente l'applicazione della disciplina del concorso dell'*extraneus*. Infine, il difetto della tecnica impiegata è rivelato anche dalla strutturale sovrapposizione delle ipotesi richiamate rispetto a quelle autonomamente tipizzate nel comma 2 dell'art. 223: è del tutto chiaro che una distrazione o un occultamento possano, in queste ipotesi, concorrere a costituire delle 'operazioni dolose' idonee a cagionare il fallimento-insolvenza.

La derivazione storica della bancarotta 'impropria' dal fatto dell'imprenditore è certamente un importante retaggio, ma la complessità giuridica di talune realtà imprenditoriali oggi reclamerebbe scelte di diverso segno, rivolte alla chiara definizione di un perimetro effettivamente autonomo per i fatti di bancarotta in contesto societario, anche in considerazione del fatto che – anche grazie al ridimensionamento dei requisiti necessari a costituire società con autonomia patrimoniale perfetta – questi ultimi costituiscono l'assoluta maggioranza della casistica giurisprudenziale.

De iure condito, tuttavia, si deve rilevare che l'art. 223 e l'art. 216 condividono il medesimo disvalore: nell'impianto della legge fallimentare, le suindicate differenze non sono ritenute determinanti rispetto ad una modificazione dell'*ubi consistam* oggettivo-soggettivo della bancarotta fraudolenta, che continua ad essere caratterizzata per una gestione *non iure* del rapporto debito-credito diretta all'offesa alla garanzia patrimoniale¹⁰¹. Il maggior rigore nei confronti della bancarotta 'impropria' è invece testimoniato dalla tipizzazione delle fattispecie previste al comma 2, nelle quali si mostrano chiaramente intuibili considerazioni politico-criminali connesse alla maggiore gravità del fatto e delle sue propaggini lesive¹⁰², derivanti dalla flessione degli standard di gestione che possono emergere nel confronto con l'imprenditore individuale, che comunque rischia sempre 'in proprio' con tutti i suoi averi.

4.2 – La bancarotta da reato societario: dal pericolo presunto alla lesione

L'art. 223, comma 2, n. 1, l.f. punisce gli organi sociali che hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società mediante la commissione di illeciti societari: si tratta, in particolare, dei reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), di indebita restituzione di conferimenti (art. 2626 c.c.), di illegale ripartizione degli utili o delle riserve (art. 2627 c.c.), di illecite operazioni sulle azioni o sulle quote sociali (art.

¹⁰⁰ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 159.

¹⁰¹ In termini analoghi cfr. A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 975.

¹⁰² V. Napoleoni, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cass. pen.*, 2009, 297.

2628 c.c.), di operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.), di formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.), di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.) e di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Val la pena di sottolineare che, per dottrina e giurisprudenza unanimi, il rinvio alle disposizioni penali summenzionate ha natura non recettizia – e, pertanto, gli articoli del codice civile devono intendersi richiamati nella loro attuale formulazione¹⁰³ – e che, atteso che la maggior parte dei reati societari elenca come soggetti attivi i soli amministratori e liquidatori, non pare possibile estendere la responsabilità *ex art. 223*, comma 2, n. 1 a diversi soggetti, salvi ovviamente i casi concorso dell'*extraneus* nel reato proprio¹⁰⁴.

Si tratta dell'unica fattispecie di bancarotta oggetto di un intervento riformatore relativamente recente, avvenuto contestualmente alla novella del diritto penale societario recata dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61. È importante tracciare un breve quadro riassuntivo dell'evoluzione normativa, poiché essa segna, almeno in parte, il riconoscimento di una necessaria dimensione lesiva nel sistema penal-fallimentare, facendo transitare la fattispecie dall'alveo dei reati di pericolo presunto a quello dei delitti di danno.

Nella previgente formulazione – «Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 2621, 2622, 2623, 2628, 2630, comma primo, del codice civile [...]» – se da un lato erano richiamati altri reati societari, dall'altro lato la più significativa distinzione afferiva alla mancanza del requisito della causazione del dissesto: l'aggravio di pena, in alcuni casi vicino al raddoppio, scattava al ricorrere della semplice dichiarazione di fallimento, nella sua veste di elemento specializzante rilevante slegato eziologicamente e psicologicamente dal reato-base, con conseguente violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità e della pena¹⁰⁵. La bancarotta da reato societario costituiva dunque un delitto di pericolo presunto, per di più caratterizzato dalla tutela dei medesimi beni giuridici protetti dai reati societari¹⁰⁶, e suscettivo di colpire anche l'amministratore che avesse commesso un reato societario in epoca molto remota e sconnesso dalla successiva crisi dell'impresa.

È forse superfluo sottolineare che, anche nella vigenza dell'enunciato in commento, era ben possibile addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, se non altro richiedendo almeno il nesso di causa rispetto all'evento fallimentare. Tuttavia, la giurisprudenza si è sempre assestata

¹⁰³ Per tutti, rispettivamente, C. Pedrazzi, Sub *art. 223*, cit., 311, e Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 1987, n. 2943/1988, in *Giust. pen.*, 1990, II, 285 ss.

¹⁰⁴ R. Bricchetti, Sub *art. 223*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 2190 ss.; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 216 ss. *Contra* C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *Le soc.*, 2015, 629.

¹⁰⁵ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 349; S. Prosdocimi, *Tutela del credito*, cit., 148 ss.; N. Mazzacuva, *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso fra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 660 ss.

¹⁰⁶ Così C. Pedrazzi, Sub *art. 223*, cit., 308; M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 46; G. Cocco, Sub *art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1268 ss.; A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., 494.

all'estremo opposto, spendendosi addirittura nel sostenerne la compatibilità costituzionale, affermando che il trattamento sanzionatorio fosse giustificato dall'esigenza di una repressione penale dell'insolvenza (in quanto tale)¹⁰⁷; troppo tardi, in seguito, ha provato ad invocarne l'illegittimità costituzionale, essendo già intervenuta la citata novella del 2002¹⁰⁸.

A differenza della giurisprudenza, parte della dottrina, ancor prima della riforma dell'imputazione delle circostanze aggravanti (operata con la legge 7 febbraio 1990, n. 19), aveva provato a ricondurre a sistema l'incriminazione qualificando il fallimento ex art. 223, comma 2, n. 1, come una condizione di maggior punibilità¹⁰⁹ o come una circostanza del reato societario¹¹⁰. A seguito della riscrittura dei criteri imputativi delle aggravanti, la ricostruzione in esame appariva paradossalmente incompatibile col sistema delineato nel codice, posta l'assenza di un qualsivoglia nesso causale e, soprattutto, di un collegamento soggettivo tra la realizzazione del fallimento e l'agito del reo. In ogni caso, l'idea di ritenere l'illecito in esame un delitto societario circostanziato avrebbe posto alcuni problemi non secondari e difficilmente risolvibili, tra cui la presenza del diverso *nomen iuris*; l'immane sproporzione sanzionatoria rispetto alla fattispecie base; la necessaria anteposizione del momento consumativo al tempo della commissione della condotta; la giustificazione teorica della repressione dell'insolvenza in quanto tale.

Con la riforma del 2002, come si è anticipato, si è attuata una profonda metamorfosi dell'illecito, inserendo il 'dissesto' in qualità di evento della fattispecie, come tale coperto dal nesso di causa e dal dolo, e trasformando così l'art. 223, comma 2, n. 1 in un reato di danno a forma vincolata. Quanto ai profili di diritto intertemporale, le Sezioni Unite hanno notoriamente sancito che la riformulazione delle fattispecie (societarie e fallimentare) ha comportato una *abolitio criminis* solo parziale¹¹¹, relativa, da un lato, ai fatti commessi prima della delle modifiche e non inte-

¹⁰⁷ Cass. pen., Sez. V, 9 dicembre 1980, n. 481/1981, in *Il fall.*, 1981, 510.

¹⁰⁸ Corte cost., 10 luglio 2002, n. 369, in *giurcost.org*.

¹⁰⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 349.

¹¹⁰ In particolare, cfr. A. Lanzi, *La tutela penale del credito*, cit., 247; A. Melchionda, *Appunti sulla circostanza aggravante di cui all'art. 223, comma 2, l.f.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 160 ss.; A. Cadoppi, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 cpv. n. 1 l. fall.*, in *Il fall.*, 1981, 824; Id., *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *Giur. merito*, 1985, II, 657 ss.; C. Maccagno Benessia, voce *Reati fallimentari*, cit., 4.

¹¹¹ Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, in *Cass. pen.*, 2003, 3310 ss. In argomento cfr. S. Putinati, *La nuova bancarotta "societaria" di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 legge fallimentare. Problemi di imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 14 ss.; A. Lanzi, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 20 ss.; D. Pulitanò, *La legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1285 ss.; T. Padovani, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità in mano alle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2003, 3329 ss.; M. Gambardella, *Il nesso causale fra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, 97 ss.; M. Donini, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.; L. Delli Priscoli, *Successione di leggi nel tempo. Falso in bilancio e bancarotta fraudolenta*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 1 ss.; F. Cò, *Continuità normativa e bancarotta fraudolenta*, in *Il fall.*, 2003, 420 ss.; F. M. Iacoviello, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in *Cass. pen.*, 2003, 616 ss.;

granti i ‘nuovi’ reati societari, e, dall’altro, ai casi per i quali non si ravvisi il nesso di causa richiesto dal riformato art. 223.

A nulla vale il rilievo, *prima facie* ipotizzabile, che la medesima entità concretebbe sia l’evento che la condizione obiettiva del reato: in particolare, si osserva che la dichiarazione di fallimento manterrebbe un ruolo analogo a quello ricoperto nell’art. 216 soltanto nel comma 1 dell’art. 223, mentre al comma 2, avendo il fallimento la natura di evento tipizzato del reato, sarebbe del tutto superfluo richiedere che la società venga dichiarata fallita¹¹². Pur finemente argomentata, la tesi in esame ‘prova troppo’: il ‘dissesto’ non implica necessariamente una previa sentenza dichiarativa, ma soltanto il suo presupposto sostanziale; pertanto, ove non si richiedesse la dichiarazione-condizione, l’effetto sarebbe quello di punire a titolo fallimentare i reati societari, in ogni tempo commessi, che conducono ad uno squilibrio patrimoniale, con una radicale sovversione della *ratio* stessa dell’enunciato normativo e dell’intero sistema di tutela.

Al contrario, il riformato art. 223, comma 2, n. 1, costituisce un’ulteriore conferma dell’elaborazione qui proposta: come si è già osservato, dissesto e fallimento rappresentano concetti del tutto distinti e chiaramente afferrabili. Il primo è un evento quantitativo agganciato ad uno squilibrio di risorse economiche che assume rilevanza solo unitamente all’insolvenza – «c’è insolvenza anche senza dissesto (una società *in bonis*, dotata di un cospicuo patrimonio immobiliare, ma priva di liquidità, che non riesca a far fronte ad alcuni debiti), mentre non c’è dissesto senza insolvenza»¹¹³ – come testimoniato anche dal tenore dell’art. 218, laddove si ammettono sia la dissimulazione del dissesto che la dissimulazione dello stato d’insolvenza quali modalità alternative che contribuiscono alla realizzazione del delitto.

Lungi dall’operare un richiamo indiscriminato al titolo XI del libro V del codice civile, e superando le scelte del passato, il legislatore della riforma ha coerentemente selezionato soltanto gli illeciti che, pur con diverse oggettività giuridiche, siano omogenei rispetto agli interessi tutelati dalle norme in tema di bancarotta, anche in considerazione del fatto che la strumentalizzazione dei meccanismi societari è in questa sede rivolta contro le ragioni dei creditori. Una delle più severe critiche mosse alla formulazione originale della norma, infatti, si riferiva proprio all’inclusione di figure criminose del tutto sconnesse dalla tutela fallimentare, quali la divulgazione di notizie sociali riservate (art. 2622 c.c.), l’impedito controllo della gestione sociale (art. 2623, n. 3 c.c.), le manovre fraudolente su titoli (art. 2628 c.c.) e l’illecita influenza degli amministratori sull’assemblea (art. 2630, comma 1, n. 3 c.c.)¹¹⁴.

D. Micheletti, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta “cagionata” tramite reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 715 ss.; R. Bricchetti, *Prevale l’approccio di tipo strutturale imperniato sul principio di specialità*, in *Guida dir.*, 2003, 26, 72 ss.; A. Lanzi, *Per le Sezioni Unite il vecchio falso in bilancio resta reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 6 ss.

¹¹² G. Casaroli, “Fallimento” e bancarotta, cit., 296.

¹¹³ M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 48.

¹¹⁴ Così anche la *Relazione al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, in *Guida dir.*, 2002, 16, 28 ss.; sul punto A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 983, ricordano anche le critiche rivolte all’inclusione dell’art. 2621 c.c. (nella versione del 2002) nel novero dei reati-base della bancarotta societaria, in considerazione della sua natura di illecito di pericolo; in termini consimili cfr. C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 1001, nel senso della ritenuta impossibilità che i reati

Sotto il profilo della causazione del dissesto, devono peraltro farsi due precisazioni strettamente collegate tra loro.

In primo luogo, va segnalata la tendenza giurisprudenziale a giovare anche del semplice aggravamento del medesimo, con una palese violazione del divieto di analogia¹¹⁵. L'operazione ermeneutica, che talora si appoggia all'equivoca locuzione del 'concorrere a cagionare', appare tanto più illegittima quanto più si ritenga l' 'aggravamento' come *hic et nunc* peggiorativo di un evento eventualmente insussistente al momento della condotta. In questo senso, è illuminante il confronto con l'art. 224, n. 2, ove la limitazione all' 'aggravamento' del dissesto costituisce una scelta ponderata, poiché una generalizzazione dell'obbligo di diligenza è ragionevole unicamente nei confronti dell'imprenditore già in dissesto, cui non si confanno iniziative rischiose¹¹⁶; il che, peraltro, mostra *a fortiori* la fallacia del ragionamento circa l'assimilazione dell'aggravamento e della causazione del dissesto.

In secondo luogo, occorre comprendere quale sia l'ambito semantico/applicativo della locuzione 'concorrere a cagionare', posto che essa, com'è stato ampiamente rilevato, appare tautologica già ad un superficiale raffronto con il regime generale della causalità¹¹⁷: una parte della dottrina ritiene che la previsione sia idonea proprio ad includere il riferimento all'ipotesi dell'aggravamento del dissesto¹¹⁸ o dell'aggravarsi del dissesto che sia già in atto¹¹⁹, ovvero ad incriminare anche la mera agevolazione dello stesso¹²⁰, nonostante il tenore della norma sembri orientato nel senso dell'esclusione della lettura in parola¹²¹. Pare necessario rilevare che, aderendo alla prospettiva da ultimo esposta, il dolo di cagionare il dissesto si convertirebbe nella semplice volontarietà del reato-base, punito come bancarotta solamente perché sarebbe noto all'agente che, in caso di futuro dissesto, la condotta criminale avrebbe potuto accrescere il passivo. In breve: il dolo di danno della fattispecie, così argomentando, muta nel dolo di pericolo proprio delle altre ipotesi di bancarotta.

L'alternativa anzidetta sembra sdrammatizzarsi notevolmente considerando che la condotta semplicemente aggravatrice del dissesto potrà senz'altro ricomprendersi nel primo comma dell'art. 223, e che, comunque si voglia intendere, l'aggravamento

aventi ad oggetto la contabilità sociale possano essere la causa del dissesto. *Contra*, A. Perini, *Il "cagionamento del dissesto"*, cit., 741 ss.

¹¹⁵ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. Fer., 12 settembre 2013, n. 46388, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1004 ss. (con nota di G. Giordanengo, S. Valentini, *Bancarotta societaria e aggravamento del dissesto*, *ivi*); Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16259, in *Le soc.*, 2013, 1111 ss.

¹¹⁶ C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 138.

¹¹⁷ F. Mucciarelli, *La bancarotta societaria impropria*, cit., 446 ss.; D. Micheletti, *Articolo 4. Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino 2002, 266 ss.; R. Bricchetti, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, 16, 86 ss.; Al. Rossi, *Causazione del fallimento*, cit., 8 ss.

¹¹⁸ A. Perini, *Il "cagionamento del dissesto"*, cit., 735 ss.; G. Cocco, *Sub art. 223*, cit., 1268 ss.

¹¹⁹ A. Lanzani, *La "nuova" bancarotta societaria*, in *Il fall.*, 2002, 813 ss.; M. Gambardella, *Il nesso causale*, cit., 97 ss.; S. Putinati, *La nuova bancarotta "societaria"*, cit., 14 ss.; G. Ruggiero, *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 351 ss.; C. Santoriello, *I rapporti tra bancarotta societaria e le alterazioni dei dati contabili della società fallita*, in *Le soc.*, 2012, 429 ss.

¹²⁰ A. Manna, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, 122 ss.

¹²¹ Per tutti G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 98.

del dissesto presuppone logicamente uno squilibrio esistente, posto che non pare possibile aggravare ciò che ancora non è venuto ad esistenza (come dimostra anche la formulazione testuale dell'art. 217, n. 4, l.f.)¹²².

Anche in relazione alla configurazione dell'elemento psicologico del reato si sono formate plurime ed eterogenee posizioni dottrinali.

Secondo un primo orientamento, la fattispecie contemplerebbe un dolo di lesione che coinvolgerebbe tanto il reato-base quanto l'evento-dissesto, almeno nella forma eventuale¹²³. In questa corrente si iscrive anche chi ritiene, come appare preferibile, che debbano essere tenute ferme le eventuali peculiarità dell'elemento soggettivo del reato di base: si pensi, ad esempio, al dolo intenzionale e specifico dell'art. 2634 c.c.¹²⁴. In questa prospettiva, il reato societario dovrebbe ritenersi richiamato in ogni suo aspetto, ivi comprese le (eventuali) soglie di punibilità¹²⁵. In ordine alle cause di estinzione del reato fondate su condotte riparatorie (art. 2627, comma 2, art. 2828, comma 3, art. 2629, comma 2, e art. 2633, comma 2, c.c.), si deve riconoscere un'inequivoca capacità di inibizione causale rispetto alla produzione del dissesto, tenendo però fermo il disposto dell'art. 170, comma 2, c.p.¹²⁶. Infine, è evidentemente priva di rilievo l'assenza della condizione di procedibilità¹²⁷, ove richiesta, in quanto elemento esterno al perimetro del *Tatbestand* del reato societario.

Una seconda tesi afferma invece che la fattispecie vada ricostruita come un delitto aggravato dall'evento, con applicazione dell'art. 59, comma 2, c.p., e dunque con un'ascrizione anche colposa del dissesto¹²⁸. Analogamente, v'è chi ha prospettato la natura preterintenzionale dell'illecito, valorizzando soprattutto l'omogeneità lesiva ricercata con la rinnovata selezione dei reati societari operata col d.lgs. 61/2002. Sul punto si può peraltro notare che, ove si riconosca al modello preterintenzionale una valenza generale, tale da attrarre a sé anche i delitti aggravati dall'evento necessariamente non voluto, le due posizioni possono essere ricondotte ad unità.

Ridotta all'alternativa tra dolo (generico) e preterintenzione la fattispecie dimostra di non avere un tratto peculiare che ne giustifichi l'esistenza¹²⁹.

In effetti, se al dolo del singolo reato societario si somma un dolo, anche eventuale, di realizzazione del dissesto, la fattispecie non individua che un sottoinsieme di condotte tipiche riconducibili alla *lex generalis* della causazione dolosa del falli-

¹²² M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 49.

¹²³ D. Pulitanò, *La giustizia penale tra vecchio e nuovo*, in *Le soc.*, 2002, 1121; A. Lanzi, *La "nuova" bancarotta societaria*, cit., 812; M. Gambardella, *Il nesso causale*, cit., 90.

¹²⁴ Così, in particolare, F. Mucciarelli, *La bancarotta societaria impropria*, cit., 449 ss.

¹²⁵ C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., 629. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2009, n. 9726, in *CED*, rv. 242773.

¹²⁶ Cfr. G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 259.

¹²⁷ Così Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2003, n. 2862, in *CED*, rv. 224114.

¹²⁸ S. Putinati, *La nuova bancarotta "societaria"*, cit., 17 ss.; G. Ruggiero, *La successione di leggi penali*, cit., 351.

¹²⁹ In questo senso G. Schiavano, *La nuova bancarotta*, cit., 268; E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 37; A. Cadoppi, *Sub art. 4 d.lgs. 61/02*, in A. Lanzi, A. Cadoppi, *I reati societari. Commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova 2007, 372 ss.; V. Napoleoni, *Le marriage qui a mal tourné*, cit., 300; C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., 632.

mento (art. 223, comma 2, n. 2), con consequenziale inutilità della disposizione in esame. Peraltro, anche ove questa si volesse in qualche modo salvare, ne sarebbe del tutto vanificata la sua capacità selettiva, posto che ogni altro reato societario potrebbe valere a configurare l'illecito della causazione dolosa del fallimento. Nel secondo caso, ovverosia collocando la fattispecie nel modello preterintenzionale, un'obiezione analoga si prospetterebbe in rapporto al fallimento cagionato «per effetto di operazioni dolose», comunemente ritenuto afferente al predetto modello dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza di legittimità. In breve: è del tutto paradossale che una fattispecie unilateralmente speciale sia punita con una pena analoga a quella prevista dalla norma generale.

Se il legislatore – abbandonando le suggestioni simboliche della bancarotta ‘da reato societario’ – avesse optato per la semplice abolizione del n. 1, probabilmente la sistematica ne avrebbe guadagnato, posto che nessun vuoto di tutela si sarebbe originato: da un lato, si sarebbe espanso l'art. 223, comma 2, n. 2; dall'altro, la condotta dei reati societari sarebbe comunque certamente idonea ad essere ricompresa nelle altre fattispecie richiamate dal comma 1¹³⁰.

È forse proprio in quest'ultima prospettiva che si apprezza un minimo significato della previsione, che potrebbe avere la funzione di sottrarre all'art. 223, comma 1, le condotte integranti illeciti societari che siano causalmente sconnesse dal dissesto dell'impresa, evitando la loro attrazione nell'ambito applicativo dell'art. 216¹³¹, così come quella di impedire che essi siano inclusi nel cono applicativo dell'art. 223, comma 2, n. 2, sulla base di un instaurato ‘monopolio’ di quest'ultima disposizione con riferimento alle incriminazioni del codice civile. Tuttavia, in ragione delle evidenti e plurime connessioni tra le fattispecie coinvolte e della necessità, ancora una volta, di un'ottica di sistema, occorre momentaneamente rimandare l'enunciazione di precise conclusioni, che verranno formulate all'esito dell'esame delle altre due ipotesi contemplate all'art. 223, comma 2, n. 2.

4.3 – Il fallimento-insolvenza cagionato ‘con dolo’

Il n. 2 del comma 2 dell'art. 223 sanziona gli amministratori, i sindaci, etc., di società dichiarate fallite che «hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società». Si tratta senza dubbio della fattispecie di maggiore spessore all'interno del sistema, in uno con la bancarotta per distrazione; costituisce una vera e propria norma di chiusura, capace di attrarre (quasi) ogni condotta causale rispetto al fallimento della società, ancorché estranea all'art. 223, comma 1 e comma 2, n. 1.

Le peculiari elaborazioni dottrinali che si sono misurate col tema impongono una trattazione separata delle due modalità della condotta tipicizzate, anche se non mancano spazi, come si vedrà in esito a queste riflessioni, per una considerazione unitaria della norma incriminatrice.

¹³⁰ Così R. Bricchetti, *Sub art. 223*, cit., 2200 ss.; V. Napoleoni, *Le mariage qui a mal tourné*, cit., 300.

¹³¹ Così V. Napoleoni, *Geometrie parallele*, cit., 3814; M. N. Masullo, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 135.

Pertanto, avendo riguardo alla fattispecie della causazione dolosa del fallimento, si può affermare che essa costituisce senz'altro un delitto di evento causalmente orientato. Una prima parte della dottrina, attestandosi su una interpretazione letterale del disposto di legge, assegna diversa valenza all'evento previsto al n. 2 rispetto al 'dissesto' evocato nella fattispecie di bancarotta da reato societario (nonché negli artt. 224, n. 2 e 217, comma 1, n. 4), sottolineando altresì che esso può derivare anche da un'insolvenza solo finanziaria (in difetto di uno squilibrio patrimoniale) ovvero da un'insolvenza simulata. Altra parte della dottrina, al contrario, assimila il 'fallimento' al 'dissesto', nella sua veste eccezionale di evento del reato¹³². Alla tesi appena esposta, tuttavia, si obietta che il termine 'fallimento' è parimenti evocato, nella sua dimensione giuridico-formale, dall'art. 217, comma 1, n. 3 (laddove si punisce l'imprenditore che «ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento»). In particolare, poi, si osserva suggestivamente che il fallimento sarebbe l'obiettivo finale del soggetto agente, frutto di una gestione «deliberatamente suicida»¹³³, e che, pertanto, anche ove si accogliesse la tesi dell'assimilazione al dissesto, il fallimento rimarrebbe in ogni caso nel fuoco della volontà, in quanto conseguenza necessaria del primo: «voluto e causato il “dissesto”, non può non dirsi voluto e causato anche il “fallimento”»¹³⁴.

La dottrina dell'assimilazione tra dissesto e fallimento sembra fondarsi su cadenze argomentative analoghe a quelle che caratterizzano l'unificazione interpretativa dei concetti di 'lesione' e di 'malattia' nel delitto di lesioni personali¹³⁵: tuttavia, mentre queste ultime sono intimamente connesse, costituendo l'una il risvolto necessario dell'altra, altrettanto non sembra possibile sostenere con riferimento al dissesto e al fallimento, atteso che senza l'interpolazione necessaria dell'insolvenza non vi può essere alcun transito dall'uno all'altro. In altri termini, senza la mediazione dello stato d'insolvenza non vi può essere alcuna 'sublimazione' dal dissesto al fallimento; come si è più volte ribadito, le tre nozioni sono irriducibili l'una all'altra, e la norma in esame non veicola un'eccezione.

Più correttamente, pertanto, il termine 'fallimento' deve essere inteso come un riferimento al suo sostrato sostanziale, ossia, appunto, allo stato d'insolvenza¹³⁶. Il crite-

¹³² Per tutti, cfr. L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 217.

¹³³ C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 319; Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 50 e 221 ss.

¹³⁴ Così G. Casaroli, "Fallimento" e bancarotta, cit., 291 ss.; cfr. anche P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 375; M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova 1957, 170; G. Casaroli, *La causazione del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, 407 ss.; C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 171.

¹³⁵ Su tutti, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova 2016⁶, 140 ss.

¹³⁶ Così, pur se riferendosi impropriamente al 'dissesto' anche la sentenza *Parmalat* 2015 (Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, cit., 106), secondo la quale «l'art. 223 legge fall., al pari dell'art. 216, già contiene il riferimento testuale alla dichiarazione giudiziale di fallimento, in assenza della quale i fatti incriminati dal medesimo articolo in entrambi i suoi commi non assumono rilevanza penale ai sensi del r.d. n. 267/1942, talché la duplicazione del riferimento al fallimento in senso formale non avrebbe senso alcuno. Del resto, per le ragioni già evidenziate in precedenza trattando della sentenza *Corvetta*, non è possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento (o altro provvedimento equipollente). È dunque ovvio che con la formula impegnata nella disposizione di cui si tratta il legislatore ha voluto fare riferimento al fallimento in senso sostanziale e

rio discrezionale su cui articolare la distinzione rispetto alle ipotesi richiamate dall'art. 223, comma 1, deve dunque agganciarsi al significato economico dell'atto patrimoniale: quest'ultimo configurerà una distrazione, ad esempio, se del tutto sconnesso da una logica imprenditoriale; in difetto, rileverà solo ove concorrano i requisiti indicati, in vario modo, dall'art. 223, comma 2, soprattutto in tema di nesso di causa¹³⁷. Quanto, invece, all'*actio finium regundorum* rispetto al n. 1 del medesimo comma, si può osservare che la fattispecie in esame non può ammettere al suo interno dei reati societari diversi da quelli indicati nella predetta norma, violandosi, in difetto, la stessa scelta legislativa e vanificando la stessa *ratio essendi* dell'illecito¹³⁸.

Passando all'esame del versante causale, anche in relazione al fallimento cagionato 'con dolo' va segnalata la deriva giurisprudenziale tesa a riconoscere valenza anche al solo aggravamento del dissesto, con principî ispiratori che vengono estesi anche alla fattispecie della causazione del fallimento 'per effetto di operazioni dolose'¹³⁹. Pare necessario ribadire, *a fortiori*, che aderendo a tale prospettiva ermeneutica il dolo di danno subisce una ingiustificabile metamorfosi in dolo di pericolo, anche e soprattutto in raffronto alle caratteristiche oggettivo-soggettive tipiche della fattispecie, polarizzata unicamente sulla causazione dell'evento.

La definizione dell'elemento psicologico del reato, apparentemente piana, è invero assai più problematica di quanto lasci intendere una prima lettura dell'enunciato normativo.

Il primo quesito che emerge riguarda la ragione per cui si evoca la causazione 'dolosa' del fallimento, operando una sostanziale ripetizione della regola generale dettata dall'art. 42, comma 2, c.p.: è infatti chiaro che un delitto non ha alcuna necessità di vedere richiamata al suo interno la particolare attitudine interiore che sorregge l'azione tipizzata, a meno che essa non sia colposa o preterintenzionale. La particolare formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 2, ha indotto la dottrina a cercare in questa particolare locuzione la *quidditas* del delitto, tanto mediante il rafforzamento dell'elemento psicologico, quanto nel senso della peculiare valenza da assegnare al fatto tipico. L'esame della relazione ministeriale, tuttavia, non conforta le attenzioni della scienza penalistica, posto che i compilatori della legge fallimentare intesero sanzionare chi ha «concorso a cagionare con dolo (diretto) o per effetto di operazioni dolose (dolo eventuale o, secondo i casi, di pericolo delle singole operazioni) il fallimento della società»¹⁴⁰. La scelta riecheggia le storiche considerazioni della dottrina commercialistica, che già sotto l'impero del codice di commercio del 1882 – si ricordi che la norma in esame è la testuale riproposizione dell'art. 863, comma 2, n. 5 – sottolineava come la giustapposizione del 'dolo' e delle 'operazioni

cioè alla situazione obiettiva di dissesto nella quale la società si viene a trovare per effetto delle operazioni poste in essere dal suo ceto gestorio».

¹³⁷ In senso analogo N. Selvaggi, *Estraneità all'oggetto sociale*, cit., 103 ss.

¹³⁸ Così V. Napoleoni, *Geometrie parallele*, cit., 3814; R. Bricchetti, *Sub art. 223*, cit., 2202. *Contra* M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 494; Al. Rossi, *Causazione del fallimento*, cit., 13; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 989.

¹³⁹ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 maggio 2010, n. 17690, cit.

¹⁴⁰ *Disciplina del fallimento*, cit., 55. La medesima posizione è assunta anche da R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 2468.

dolose' fosse rivolta ad evidenziare la sufficienza della volizione delle singole operazioni che abbiano dato luogo all'insolvenza, in quanto intrinsecamente dannose¹⁴¹.

Nondimeno, l'enunciato così interpretato sembrerebbe del tutto pleonastico, anche se coerente con una nozione codicistica di dolo che, per ammissione dei suoi stessi compilatori, non ricomprendeva anche il dolo eventuale. Riferirsi al dolo, infatti, consente oggi di includere naturalmente anche la forma eventuale: peraltro, anche ove si riconoscesse alla locuzione 'con dolo' un significato assimilabile ai più moderni 'intenzionalmente' o 'consapevolmente' – sancendo l'esclusiva rilevanza, rispettivamente, del dolo intenzionale o del dolo diretto – lo sforzo selettivo sarebbe comunque vanificato dal riferimento alle 'operazioni dolose', di per sé capace di abbracciare le residuali ipotesi nel medesimo titolo di reato e, per giunta, col medesimo compasso editale.

Come si vedrà più dettagliatamente nel prosieguo, la più appagante esegesi della norma richiede un approccio che ne dia una lettura finalistica, allo scopo di rintracciare le più autentiche note della tipicità oggettivo-soggettiva. Il cagionare «con dolo» il fallimento evoca infatti i contorni dell'azione preordinata allo scopo e teleologicamente diretta alla produzione dello stato d'insolvenza: evoca, in breve, un contesto d'impresa non fisiologico, ma artatamente costruito per lucrare in danno dei creditori sociali, profittando dello 'schermo' offerto all'azione della persona fisica dalla mera presenza della persona giuridica. Fenomenologia, quest'ultima, che appunto si attaglia perfettamente (e unicamente) al contesto societario, essendo al contrario impensabile che un imprenditore individuale, chiamato a rispondere col suo patrimonio personale, possa deliberatamente porsi l'obiettivo della sua stessa rovina economica. In questa prospettiva, peraltro, si comprende lo iato tra la celeberrima massima secondo cui «salvo casi patologici eccezionalissimi, è difficile pensare ad un imprenditore che volontariamente determini la sua insolvenza, e quindi il suo fallimento»¹⁴² e una certa interpretazione dei reati fallimentari, che vede l'indiscriminata estensione di questo modello criminologico a tutte le fattispecie di bancarotta e che, invece, dovrebbe essere più propriamente confinato nell'ambito riservatogli dal legislatore.

In questo senso, oltre che secondo un giudizio puramente eziologico, le condotte dovrebbero essere *ex ante* ritenute idonee a cagionare l'evento-insolvenza: si pensi ai casi in cui la società sia costituita allo scopo di commettere reati, ovvero nasca *ab origine* destinata all'insolvenza, ovvero ancora ove la gestione sia caratterizzata dalla sistematica violazione dei canoni di buona amministrazione in uno con l'intento di depauperare il patrimonio sociale delle sue masse attive. A parziale conferma, va anche detto che il 'dolo' evocato nella fattispecie, pur oggi comunemente interpretato nel senso tecnico-penalistico, si lega storicamente al *dolus malus* dell'art. 1439 c.c.¹⁴³, costituendo, al contrario, un elemento normativo della fattispecie.

¹⁴¹ G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 391. Sul tema cfr. P. Venturati, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 579 ss.

¹⁴² P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 31.

¹⁴³ In termini D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 62.

4.4 – (segue) Sulla nozione di ‘operazioni dolose’. La tesi del fallimento ‘strutturalmente’ preterintenzionale

La bancarotta da ‘operazioni dolose’ è forse la più enigmatica fattispecie di tutto il sistema di tutela: *prima facie* si può osservare che si tratta di un illecito a forma vincolata, posto che la ‘dolosità’ dell’operazione è un tratto che non avrebbe avuto senso riproporre oltre il dettame dell’art. 42, comma 2, c.p., se non con un’evidente e rafforzato intento delimitatore del fatto. Quest’ultimo tratto, per la verità, è generalmente svilito dall’accoglimento di un’accezione piuttosto lata, nella quale si comprendono tutti i comportamenti del titolare del potere sociale che cagionino il fallimento della società a mezzo di un’operazione patrimoniale, abusando delle proprie facoltà o violando i propri doveri, con (l’intenzione di recare) pregiudizio per i soci, i creditori e i terzi e col correlativo fine di conseguire un ingiusto profitto¹⁴⁴.

L’ampia nozione accolta dalla dottrina maggioritaria, in ogni caso, non sembra poter esimere da un’opera di delimitazione sistematica.

Va primariamente osservato che gli altri reati fallimentari non possono costituire in sé delle ‘operazioni dolose’: sia perché la disciplina risulterebbe irragionevole nel confronto con la disciplina dell’imprenditore individuale (ove manca un’analoga clausola ‘aperta’); sia perché condurrebbe alla possibile rivisitazione interpretativa del loro compasso edittale in favore della più alta sanzione contemplata per la bancarotta¹⁴⁵. È il caso, ad esempio, dell’applicazione giurisprudenziale del ricorso abusivo al credito, il quale finisce con l’essere sanzionato in modo patentemente difforme in ragione del tipo d’autore e del contesto: dal massimo di tre anni di reclusione, se commesso dall’imprenditore individuale, si giunge all’edittale decennale, se esso cagiona il fallimento della società (ed è ovviamente commesso da un organo sociale)¹⁴⁶. La giurisprudenza – dimentica dell’esistenza dell’art. 225 l.f., che stabilisce al contrario una clausola di equivalenza sanzionatoria per il ricorso abusivo ‘improprio’ – si muove secondo argomentazioni fondate su un’interpretazione onnicomprensiva, pervasiva e

¹⁴⁴ Così P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 379, secondo una formulazione che ha riscontrato una quasi totalitaria adesione dottrinale: cfr. G. Casaroli, *La causazione del fallimento*, cit., 435; A. Pagliaro, *Problemi attuali*, cit., 542; P. Mangano, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 468; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 219; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 481; C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, cit., 213; C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., 172. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 25 agosto 2006, n. 29431, in *CED*, rv. 235216, secondo la quale integra la tipicità della fattispecie «qualsiasi condotta dolosa [...] che concretandosi in abuso o infedeltà nell’esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per la salute economico-finanziario della società, e come tale dunque dolosa, dia luogo alla decozione, con la conseguenza che la menomazione del patrimonio della società punibile a tale titolo in quanto ne consegue il fallimento è soltanto quella che non costituisce di per sé distrazione».

¹⁴⁵ Così D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 58; S. Cavallini, *La tipicità penalfallimentare della scissione parziale, tra archetipo distrattivo e ipotipo preterintenzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 644.

¹⁴⁶ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2004, n. 19101, in *CED*, rv. 227745: «Il ricorso abusivo al credito [...] rientra tra le “operazioni dolose” atte a rendere configurabile, qualora ne derivi il fallimento della società, non il reato di cui al combinato disposto degli artt. 218 e 225 l.f., ma, in virtù della clausola di salvezza contenuta nel citato art. 218, quello di cui all’art. 223, comma secondo, n. 2, seconda ipotesi, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267».

obliterante i tratti essenziali della fattispecie, la quale viene pertanto resa totalmente atipica, in aperta violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost.

In secondo luogo, come si è in parte accennato, va ritenuta inammissibile la mera trasposizione nell'art. 223, comma 2, n. 2, di reati societari non richiamati dal n. 1, posto che in tal modo si vanificherebbe la selezione legislativa e conseguentemente si eliderebbe ogni profilo di significatività della disposizione del n. 1, con una sostanziale *interpretatio abrogans*¹⁴⁷. In ossequio al principio di conservazione delle norme, la modifica intervenuta nel 2002 impone di ritenere che anche la tipicità del n. 2 sia stata incisa, sancendo l'irrilevanza di tutti i fatti che concretino i reati societari indicati nell'attuale n. 1, dei reati della previgente disposizione, nonché di tutti gli illeciti che il legislatore non ha mai inteso richiamare nell'assetto penalfallimentare (è il caso, ad esempio, dell'art. 2635 c.c.)¹⁴⁸.

In terzo luogo, la *ratio* della norma impone di escludere dal novero delle operazioni dolose quegli illeciti che sono diretti ad un incremento del patrimonio sociale, come, a titolo di mero esempio, i delitti di corruzione, di frode o di evasione fiscale o contributiva, di frode in commercio, etc.: a ben vedere, infatti, i reati summenzionati comportano un aumento patrimoniale o di credito, per quanto illecito. Essi concorrono, in sostanza, al rafforzamento della garanzia della ragione creditoria: criminalizzarle a mezzo dell'art. 223, comma 2, n. 2, dunque, sarebbe impossibile per la «contradizione che nol consente». Naturalmente, nel diritto vivente la considerazione appena spesa è vissuta con un grande conflitto etico: ciò ha progressivamente imposto di immaginare percorsi interpretativi alternativi che consentissero di attrarre alla bancarotta impropria anche illeciti del tutto sconnessi dal suo ambito di tutela. Così, la chiave di volta è stata individuata nella valorizzazione delle negatività patrimoniali che possono originarsi dalle sanzioni legate alla commissione degli illeciti suindicati, laddove quest'ultime abbiano avuto un ruolo nell'insolvenza della società. Due, evidenti, i rilievi critici: da un lato, l'operazione dolosa cessa di essere compiuta dal soggetto attivo, richiedendo essa un fatto di terzi circa il quale non è certamente concepibile alcuna reale volontà in senso penalistico; dall'altro, com'è già stato magistralmente osservato, la bancarotta «non può essere sfigurata dall'inserimento di fatti del tutto eterogenei sul piano lesivo»¹⁴⁹, solo casualmente – e non già causalmente – legati all'evento, e talora portati in danno di un singolo creditore – il più delle volte l'Erario – e non della massa¹⁵⁰.

Infine, va detto che anche alcune operazioni penalmente lecite sono suscettibili di essere classificate come 'dolose', a patto che risultino artatamente dirette ad un affossamento della società, pur senza far eccessivo ricorso a manipolazioni patrimoniali e/o documentali, ma con eguale, se non superiore, capacità offensiva¹⁵¹. Si pensi, ad esempio, ad una scissione costruita nel segno della decozione di una delle società, soprattutto ove unita ad altre pratiche scorrette, in funzione di ripulitura

¹⁴⁷ S. Cavallini, *La tipicità penalfallimentare*, cit., 643 ss. *Contra* Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 225.

¹⁴⁸ In termini cfr. M. Donini, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia*, cit., 2889.

¹⁴⁹ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 174.

¹⁵⁰ D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 65.

¹⁵¹ Analogamente M. Piccardi, *La causazione del fallimento*, cit., 4439.

dell'impresa dal passivo¹⁵². Ancora, si immagini una sistematica violazione dell'oggetto sociale¹⁵³; ovvero il caso della società cessionaria *pro soluto* di crediti rivelatisi inesigibili o inesistenti, verso un consistente corrispettivo e senza alcuna motivazione economica; ovvero si pensi a delle cessioni di quote con trasferimento del gruppo manageriale, al *leveraged buy out*¹⁵⁴, allo storno di dipendenti e agli affitti d'azienda in funzione di 'svuotamento'¹⁵⁵; ovvero, infine, all'acquisizione di cespiti al di fuori delle finalità aziendali, anche se non in senso necessariamente antieconomico¹⁵⁶, al solo scopo di giustificare al mercato dei titoli il costante indebitamento della società, poi fallita anche in ragione di tali uscite patrimoniali.

In breve, lo scarto di tipizzazione rispetto alle fattispecie dell'art. 216 risulta compensato dall'accentuazione della lesività del reato. Ciò nondimeno, la ricostruzione proposta si espone ad un'obiezione relativa alla totale surrogazione dell'interprete rispetto al legislatore: nella norma in esame farebbero infatti ingresso condotte penalmente lecite a fronte dell'esclusione di illeciti già oggetto di una precisa valutazione penale (fallimentari, societari, etc.). Tuttavia, emarginare nell'ambito dell'art. 223, comma 2, n. 1, i reati societari è ossequiente della scelta legislativa di limitare la loro rilevanza, così come ammettere nella tipicità del n. 2 condotte di per sé (penalmente) lecite – sia chiaro: col limite logico dell'assoluta liceità nel ramo giuridico d'origine – che tuttavia possono essere ben più lesive degli illeciti summenzionati, è confacente al ruolo che si intende assegnare alla fattispecie nel complessivo assetto della tutela, tenendo anche presente che per l'integrazione della fattispecie sono necessari più atti tra loro coordinati. Ciò rende meno discutibile la loro autonoma irrilevanza penale, atteso che con riguardo ai reati abituali propri si ammette pacificamente che la condotta atomisticamente considerata non debba necessariamente essere meritevole di riprovazione penale¹⁵⁷. Peraltro, pur vero che la sistematica impone l'esclusione di taluni illeciti penali, è altrettanto vero che tutti i reati diversi da quelli precedentemente esclusi possono concretare una 'operazione dolosa'¹⁵⁸: si pensi, ad esempio, al classico caso dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.), della truffa (art. 640 c.p.), ovvero, nella legislazione complementare, dell'abusiva attività finanziaria o della raccolta abusiva del risparmio (artt. 132 e 130 T.U.B.).

Altro tema rilevante, sempre nel segno della condotta, è quello relativo all'ammissibilità della commissione mediante omissione, che si divide tra due distinti poli interpretativi.

¹⁵² D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 41; S. Cavallini, *La tipicità penalfallimentare*, cit., 639 ss.

¹⁵³ G. G. Sandrelli, *Bancarotta fraudolenta per le società in un gruppo: condotte di distrazione ed operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 legge fallimentare nelle operazioni intercompany*, in *Il fall.*, 2000, 60.

¹⁵⁴ Per tutte cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730, in *Cass. pen.*, 2007, 3256, secondo la quale il *leveraged buy out* potrebbe integrare un'operazione dolosa ove sia preordinatamente assente un effettivo progetto industriale.

¹⁵⁵ D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 60.

¹⁵⁶ E. de Martino, *La causazione del fallimento con dolo o per effetto di operazioni dolose*, in A. D'Avirro, E. de Martino, *La bancarotta fraudolenta*, Milano 2018², 296 ss. e 331 ss.

¹⁵⁷ Per tutti cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 496.

¹⁵⁸ S. Cavallini, *La tipicità penalfallimentare*, cit., 645 ss.

Un primo orientamento ammette l'integrazione omissiva della fattispecie, valorizzando un quadruplice dato: *a)* la complessità della dinamica economico-impresoriale collettiva, che renderebbe artificiosa la distinzione tra azione ed omissione¹⁵⁹; *b)* la concepibilità di operazioni omissive causalmente adeguate alla produzione del fallimento¹⁶⁰; *c)* la possibile identificazione tra 'operazione' e 'reato', e la conseguente forma omissiva, laddove la tipicità di quest'ultimo la ammetta¹⁶¹; *d)* la prospettiva teleologica, che evidenzia che il fallimento può ben conseguirsi anche con una condotta omissiva che cagiona un depauperamento ingiustificabile¹⁶².

Al contrario, chi nega la possibilità della commissione per omissione, si appoggia su un duplice argomento, letterale e sistematico. Dal primo punto di vista, il termine 'operazione' implicherebbe necessariamente un *facere*, incompatibile con un contegno omissivo¹⁶³; in secondo luogo, presentando una struttura diversa dalla contigua fattispecie del n. 2 – il fallimento cagionato «con dolo», che ammette anche la forma omissiva – l'incriminazione in esame richiederebbe di essere contraddistinta anche in questo senso, essendo quindi concepibile solo in forma attiva¹⁶⁴. Si sottolinea, poi che l'argomento teleologico *sub d)* non solo non chiarisce come sia superabile il dato letterale, ma, di fatto, riduce la bancarotta ad un reato omissivo proprio, sconfinando in un'aperta applicazione analogica¹⁶⁵.

Il più ampio confronto dottrinale e giurisprudenziale si misura, tuttavia, sul criterio di ascrizione soggettiva del fallimento da 'operazioni dolose', circa il quale si confrontano le più variegate posizioni.

Come si è già messo in evidenza, una parte della dottrina ritiene, nel confronto con la causazione dolosa, che la fattispecie sia caratterizzata dal dolo eventuale¹⁶⁶ o di pericolo¹⁶⁷, laddove la prima evocherebbe esclusivamente un dolo diretto¹⁶⁸: si è già evidenziata l'inconsistenza e la sostanziale inutilità del criterio discrezionale, che sorreggerebbe un rapporto di specialità unilaterale tra norme punite con la medesima cornice edittale.

¹⁵⁹ P. Venturati, *Le operazioni dolose*, cit., 582.

¹⁶⁰ G. Casaroli, *La causazione del fallimento*, cit., 434 ss., il quale richiama l'esempio dell'omessa pubblicità di notizie idonee a produrre il rialzo del prezzo delle azioni, così conducendo l'impresa al fallimento.

¹⁶¹ G. Cocco, *Sub art. 223*, cit., 1273.

¹⁶² In tal senso la maggioritaria giurisprudenza di legittimità: *ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2016, n. 15281/2017, in *CED*, rv. 270046; Cass. pen., Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811, in *CED*, rv. 261759; Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 29586, in *CED*, rv. 260492; Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426, in *Cass. pen.*, 2015, 293 ss.

¹⁶³ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 378.

¹⁶⁴ C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 320; analogamente Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 225.

¹⁶⁵ Lucide, sul punto, le osservazioni di P. Chiaraviglio, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in *Le soc.*, 2015, 893 ss.

¹⁶⁶ G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 391; P. Venturati, *Le operazioni dolose*, cit., 579 ss.

¹⁶⁷ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 2696; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 116.

¹⁶⁸ C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, cit., 203; E. M. Ambrosetti, *I reati fallimentari*, cit., 343 ss.

Un secondo, risalente, orientamento fa velatamente ricorso alla responsabilità oggettiva quale criterio di collegamento tra l'autore e l'evento¹⁶⁹; come tale, appare oggi insostenibile ed in contrasto con la lettura che la giurisprudenza costituzionale ha offerto dell'art. 27, comma 1, Cost.: ben oltre il criterio della significatività dell'elemento ai fini della copertura almeno a titolo di colpa, il Giudice delle leggi ha infatti statuito che il principio di colpevolezza non può essere sacrificato dal legislatore e dall'interprete, rispetto al quale si pone anche come canone ermeneutico nella lettura e nell'applicazione della legislazione¹⁷⁰.

Una terza tesi, consimile alla prima, ravvede nel rapporto tra le due ipotesi del n. 2 un addentellato per sostenere che esse sono rispettivamente connotate da un dolo specifico e generico: in particolare, la causazione dolosa del fallimento prevedrebbe un movente tipizzato, laddove il cagionamento per effetto di operazioni dolose sarebbe unicamente connotato dall'accettazione del rischio¹⁷¹. Anche al netto dell'impossibilità letterale di ravvedere una forma di dolo specifico, va detto che la posizione in esame incontra tutte le critiche già viste in relazione alla prima opzione, cui si somma l'effetto deflagrante che si avrebbe qualora si ravvedesse nel fallimento non già una realtà che deve necessariamente verificarsi, bensì un semplice scopo dell'azione, per quanto oggettivato: il dolo specifico si caricherebbe di una valenza assoluta, non avendo alcun appiglio di tipicità della condotta sul quale 'scaricare' una quota del disvalore penale.

Un ultimo orientamento, dalle origini risalenti¹⁷², ma oggi assolutamente maggioritario, rinviene nella disposizione in esame una struttura assimilabile a quella dell'illecito preterintenzionale, potendosi riscontrare: *a)* la concatenazione di fatti lesivi omogenei e *b)* in rapporto di progressione di offesa; *c)* la volontarietà del fatto-base; *d)* la derivazione causale del fallimento; *e)* la non volontarietà di quest'ultimo; *f)* l'ascrizione del fallimento sulla base del criterio della prevedibilità concreta¹⁷³.

Questa impostazione ha fatto breccia anche nella giurisprudenza di legittimità, la quale è stata probabilmente attirata dalla semplificazione probatoria che può recare con sé, posto che la teorica, a livello processuale, implica un onere probatorio che si esaurisce «nella dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura 'dolosa' dell'operazione alla quale segue il dissesto», cui si associa la «astratta prevedibilità di

¹⁶⁹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 380 e 398, che specifica che si tratta di una «responsabilità colposa equiparata alla responsabilità dolosa»; analogamente L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 223 ss.

¹⁷⁰ Così Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *giurcost.org*.

¹⁷¹ Cfr. A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, Padova 2017³, 131 ss. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2016, n. 6904/2017, in *CED-SentenzeWEB*.

¹⁷² M. Punzo, *La bancarotta impropria*, cit., 178 ss.

¹⁷³ Così D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 39 ss., e, in senso analogo, A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., 508 ss.; in una diversa prospettiva cfr. C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 322 (limitandosi al modello strutturale); S. Cavallini, *La tipicità penale fallimentare*, cit., 636 ss., e M. Piccardi, *La causazione del fallimento*, cit., 4456 ss. (ammettendo il modello preterintenzionale a fronte della ritenuta possibilità che l'operazione dolosa sia costituita da una condotta penalmente lecita).

tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa»¹⁷⁴. Di fatto, pertanto, la giurisprudenza si assesta su una responsabilità di marca oggettiva, per quanto 'occulta'¹⁷⁵: una prevedibilità astratta, per di più in campo economico, è infatti null'altro se non un mascheramento verbale della responsabilità fondata sul puro nesso causale.

Tornando alla tesi dottrinale, si afferma che il fatto-base sarebbe costituito da tutte quelle modifiche fittizie del contratto societario o da quelle artificiose ristrutturazioni della persona giuridica che si prefiggono il solo obiettivo di sottrarre i beni alla garanzia creditoria, mediante le più diverse modalità. Esse si caratterizzerebbero per una componente intrinsecamente frodatória che normalmente varrebbe a qualificarle penalisticamente almeno quale tentativo di truffa, anche in considerazione del fatto che la locuzione «operazioni dolose» evoca condotte di raggio che ricordano chiaramente la nozione civilistica di dolo (art. 1439 c.c.). In questa prospettiva, la condotta di base assumerebbe una doppia rilevanza: sia come fatto di reato in sé, sia come fatto innescante un pericolo concreto rispetto all'evento maggiore.

La fattispecie base consisterebbe quindi in una truffa (almeno tentata) ai creditori, celata dallo schermo della persona giuridica, la quale cagiona preterintenzionalmente il fallimento: in tal modo si eviterebbe che il fatto sia retrospettivamente costruito in sede giudiziaria in termini puramente eziologici, rendendo tipici *ex post* anche fattori del tutto leciti che si sono rivelati dannosi per la società e i creditori soltanto a posteriori. In particolare, appunto, le operazioni dovrebbero avere una precipua connotazione societaria, sostanziata nello sfruttamento della persona giuridica: quasi un abusivo ('doloso') utilizzo della forma e della struttura medesima, nella sua espressione istituzionale o nella sua gestione concreta¹⁷⁶. Si individuano così due caratteri di fondo del fatto di 'operazioni dolose': a) la rilevanza della dimensione societaria, e b) l'autonoma illiceità del comportamento qualificabile in tal senso¹⁷⁷.

Dal punto di vista soggettivo, una simile pregnanza offensiva della condotta potrebbe addirittura portare a ritenere scontata l'indagine psicologica, soprattutto in considerazione della «eloquenza probatoria *in re*» della condotta¹⁷⁸. Tuttavia, questa accentuazione lascia intendere una metamorfosi del giudizio di prevedibilità nel senso della sua oggettivazione, secondo quelle che sembrano le cadenze argomentative tipiche della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento in relazione al nesso di rischio.

I sostenitori della tesi in esame osservano che l'irrobustimento della condotta e del nesso di rischio avrebbe il pregio di porre rimedio alla deriva della giurisprudenza di legittimità che si sta recentemente formando in tema di preterintenzione, la quale, superato – o, per meglio dire, abbandonato – l'insegnamento delle Sezioni

¹⁷⁴ In questi termini cfr. Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2010, n. 17690, cit.; in senso conforme, Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, in *CED*, rv. 272614; Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728, in *CED*, rv. 262207.

¹⁷⁵ Per tutti cfr. F. Mantovani, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 767 ss.

¹⁷⁶ G. G. Sandrelli, *Bancarotta fraudolenta per le società in un gruppo*, cit., 59.

¹⁷⁷ Adesivamente G. Casaroli, "Fallimento" e bancarotta, cit., 294.

¹⁷⁸ D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 74 ss.

Unite *Ronci* in tema di colpa in attività illecita¹⁷⁹, ha rinnovato la sua adesione alla teorica del *versari in re illicita*, non di rado confermandone la compatibilità con l'assetto costituzionale. Più in particolare, si è recentemente consolidato un orientamento che rinviene la prevedibilità dell'evento preterintenzionale nello stesso disposto di legge, stabilendo che «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato [...]». La valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto in questione è quindi nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa, data la delicatezza degli equilibri biologici¹⁸⁰.

La tesi della bancarotta societaria preterintenzionale, assai finemente argomentata, non riesce tuttavia a convincere del tutto.

Rimandando al prossimo paragrafo per la *pars construens*, si può in prima battuta osservare che va escluso che la locuzione 'operazioni dolose' possa costituire un sinonimo di 'reati dolosi': da un lato, non pare possibile equiparare l'aggettivazione 'dolose' alla correlativa forma di colpevolezza, in ragione soprattutto del difetto di tecnicità penalistica delle norme fallimentari, che rimandano chiaramente al dolo dell'art. 1439 c.c.; dall'altro, non sembra possibile immaginare una sovrapposizione concettuale tra le 'operazioni' e i 'reati'¹⁸¹.

Peraltro, la teorica in esame argomenta proprio sul significato dell'art. 1439 c.c., degradando il «dolo» evocato nella fattispecie a mero elemento normativo, da leggersi come 'fraudolentemente': se tale condivisibile conclusione vale senz'altro a connotare l'azione in senso finalistico, non pare rivelare la necessaria illiceità penale della condotta di base, che sembra anzi deliberatamente esclusa dal legislatore. È pur vero che esistono norme a struttura preterintenzionale in cui la condotta è assai poco caratteriz-

¹⁷⁹ Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Cass. pen.*, 2009, 4564 ss., con nota di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, *ivi*, 4585 ss., e di F. Basile, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 911 ss.

¹⁸⁰ Così Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2017, n. 42769, in *CED-SentenzeWEB*; in senso conforme cfr. Cass. pen., Sez. V, 1° febbraio 2018, n. 18048, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 14776/2018, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. pen., Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 38373, in *CED-SentenzeWEB*; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, in *CED*, rv. 268299; Cass. pen., Sez. V, 12 dicembre 2015, n. 16730, in *CED-SentenzeWeb*; Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2013, n. 27161, in *CED-Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791/2013, in *CED*, rv. 254386; Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2012, n. 35582, in *CED*, rv. 253536; Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, in *CED*, rv. 253357; Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2012, n. 35582, in *CED*, rv. 253536; Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285, in *CED*, rv. 247267. Le origini dell'orientamento giurisprudenziale sono tuttavia anteriori alla sentenza *Ronci*, e riconducibili a Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 13673, in *CED*, rv. 234552; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2004, n. 21056, in *CED*, rv. 229113; Cass. pen., Sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15004, in *CED*, rv. 228497; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2002, n. 13114, in *CED*, rv. 222054.

¹⁸¹ *Contra* M. Punzo, *Singolare struttura di un'ipotesi di quasi bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1952, II, 268 ss., per una perfetta equiparazione dei concetti, tuttavia definita come «infelice ed impropri[a]».

zata, come nel caso dell'art. 586, ma è altrettanto vero che quest'ultimo, pur con minimi termini, descrive i caratteri tipici del reato base, esplicitamente (delitto doloso) o implicitamente (esclusi gli artt. 581 e 582 c.p.). Al contrario, l'art. 223, comma 2, n. 2, seconda ipotesi, parla soltanto di 'operazioni', facendo difetto di un qualsivoglia, minimo, carattere specifico o strettamente penalistico. Sul punto, si può conclusivamente notare che non pare possibile concepire un delitto preterintenzionale nel quale il reato-base, il *principale delictum*, pur essendo l'elemento centrale della fattispecie, non è in alcun modo richiamato dalla norma ed è altrettanto privo di una chiara indicazione dei suoi elementi costitutivi, financo della sua intrinseca natura penale¹⁸².

Si aggiunga che costruire la fattispecie base nel senso della rilevanza penale della condotta almeno ai sensi degli artt. 56 e 640 c.p., richiedendo parimenti un nesso di rischio che evidenzi il tangibile pericolo per gli interessi creditorî, sembra condurre a due conseguenze. Da un lato, si giunge a limare eccessivamente l'ascrizione soggettiva, riducendola sostanzialmente all'imputazione obiettiva del fallimento, circa la quale si è già detto *supra*¹⁸³; dall'altro, l'idoneità degli atti alla realizzazione della truffa, a sua volta idonea a creare un pericolo concreto rispetto al fallimento, sembra strutturalmente trascinare l'ambito del 'non voluto' per approdare in quello dell' 'accettato'. Cristallina sul piano concettuale – posto l'adagio per cui tra volontà e non volontà dell'evento, com'è noto, *tertium non datur* – la distinzione tra dolo eventuale e preterintenzione sembra qui davvero affievolirsi, specialmente al crescere della «eloquenza probatoria *in re*» della condotta di base.

Va da sé che, aderendo alle critiche esposte – ed in particolare ritenendo non necessaria una autonoma rilevanza penale della condotta di base – la tesi della banca-

¹⁸² L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 220 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 489. Sul più ampio tema della struttura obiettiva della preterintenzione e della colpa in attività illecita la bibliografia è sterminata. Oltre alla manualistica, limitandosi alle opere monografiche e ai principali contributi, oltre alle opere citate altrove, cfr. M. Finzi, *Il delitto preterintenzionale*, Torino 1925, 84 ss.; G. Zuccalà, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo 1952, 10 ss.; N. Vitale, *La preterintenzione*, Milano 1956, in part. 45 ss. e 93 ss.; M. Spasari, *Osservazioni sulla natura giuridica del c.d. delitto preterintenzionale*, in *Arch. pen.*, 1957, 229 ss.; A. A. Calvi, *Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 1141 ss.; E. Altavilla, voce *Preterintenzionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino 1966, 798 ss.; A. M. Stile, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 151 ss.; F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento: profili storici e prospettive di riforma*, Padova 1979, in part. 69 ss., 101 ss., 178 ss. e 220 ss.; E. Dolcini, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 755 ss.; S. Ardizzone, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano 1984, in part. 145 ss., 174 ss. e 205 ss.; V. Patalano, voce *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, 351 ss.; S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, in part. 148 ss.; C. F. Grosso, voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma 1991; G. De Francesco, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998, in part. 114 ss. e 156 ss.; E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.; F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, in part. 300 ss.; M. Trapani, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Torino 2006, in part. 340 ss.; M. Caterini, *Il reato eccessivo: la preterintenzione dal versarsi in re illecita al dolo eventuale*, Napoli 2008, in part. 317 ss.; R. Bartoli, "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare, in *Dir. proc. pen.*, 2010, 1047 ss.; V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, Pisa 2016, 77 ss., 111 ss. e 123 ss.

¹⁸³ V. Cap. II, § 1.5 e § 3.

rotta preterintenzionale perde ogni reale possibilità applicativa, atteso che, ancorando il modello preterintenzionale ad una condotta (penalmente) lecita di base, non residuerebbe molto del delitto oltre l'intenzione¹⁸⁴.

Del resto, anche a voler ritenere sufficiente il tentativo del reato base, resterebbe impregiudicato il tema della verifica dell'omogeneità offensiva tra i due momenti dell'illecito, che tuttavia non pare riscontrabile tra la fattispecie astratta dell'art. 640 c.p. (eventualmente tentata) e il fallimento *ex art.* 223, comma 2, n. 2: ripiegare sulle caratteristiche dell'atto che concreta il reato minore, infatti, significa sostanzialmente rinunciare ad uno dei requisiti ritenuti centrali dal maggioritario orientamento dottrinale¹⁸⁵, secondo il quale, appunto, sarebbe necessaria una *escalation* nell'aggressione di beni giuridici contigui e omogenei – tratto distintivo dell'omicidio *ex art.* 584 rispetto all'art. 586¹⁸⁶ – al quale si aggiunge la posizione di chi richiede che sussista la 'contingenza dei valori e delle offese'¹⁸⁷.

Nondimeno, va osservato che la tesi della necessaria omogeneità delle offese non è assolutamente pacifica in dottrina, soprattutto nelle teorizzazioni di chi opportunamente ritiene di assegnare al delitto preterintenzionale un ambito applicativo che superi quello delle fattispecie 'tradizionali', per involgere anche l'art. 586 c.p. e i delitti aggravati dall'evento (necessariamente) non voluto. Si rileva, in particolare, che non sarebbe richiesto un rapporto di omogeneità, progressione o continenza tra l'evento voluto e quello non voluto, posto che «vi sono [...] parecchi delitti preterintenzionali in ordine ai quali deve rilevarsi che il bene giuridico protetto dal delitto-base è del tutto diverso dal bene giuridico protetto mediante l'incriminazione del maggior evento»¹⁸⁸. Vi sarebbe dunque un rapporto di *aliud ad aliud*, e non già di *minus ad maius*, evidenziabile sganciandosi dal piano letterale dell'art. 584 e riferendosi esclusivamente all'art. 43¹⁸⁹: emerge, infatti, un concetto di evento più grave che non contiene l'esigenza che la maggiore dannosità debba svolgersi secondo una progressiva lesione di beni omogenei, poiché tale nozione può sussistere anche – e legittimamente – tra lesioni di eterogenei interessi.

¹⁸⁴ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 380, nota 12. *Contra* S. Cavallini, *La tipicità penal-fallimentare*, cit., 636 ss.

¹⁸⁵ Per tutti cfr. V. Patalano, voce *Preterintenzione*, cit., 352.

¹⁸⁶ N. Vitale, *La preterintenzione*, cit., 17 ss.: «E questa differenza tra le due forme delittuose, stabilisce due rapporti: nel caso dei delitti oltre l'intenzione, sia ha un rapporto quantitativo, nel caso dei delitti fuori dell'intenzione, un rapporto qualitativo; nel primo un sorpassamento, una progressività, nel secondo un fuorviamento, una deviazione; nel primo si vuol percuotere o ferire e purtroppo si cagiona la morte, nel secondo si vuol danneggiare o uccidere un animale e purtroppo si ferisce o si uccide il padrone che gli è vicino».

¹⁸⁷ L. Concas, *I delitti qualificati da un'offesa aberrante. Struttura e natura giuridica*, in *Scuola pos.*, 1965, 384 ss.

¹⁸⁸ Così M. Finzi, *Il delitto preterintenzionale*, cit., 91 ss.; in senso analogo, cfr. G. Zuccalà, *Il delitto preterintenzionale*, cit., 18 ss.; M. Spasari, *Osservazioni*, cit., 261; C. F. Grosso, *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 460 ss.; S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995, 697.

¹⁸⁹ F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., 178; V. Patalano, voce *Preterintenzione*, cit., 358 ss.; S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., 33 ss. e 181 ss.; C. F. Grosso, voce *Preterintenzione*, cit., 1 ss.

Infine, non appare convincente la sostanziale elusione della problematica assimilazione *quoad poenam* della preterintenzione al dolo, ritenuta superabile sulla base del fatto che vi sarebbe una convergenza ideale tra il fatto base dell'art. 223, comma 2, n. 2, seconda ipotesi, e il modello della bancarotta fraudolenta patrimoniale, nel segno del pericolo concreto; pur seducente, l'effetto dell'argomentazione è infatti l'applicazione ad una fattispecie preterintenzionale del medesimo compasso editale posto per una fattispecie dolosa, peraltro omologa sia in punto di bene tutelato e che di modalità dell'offesa. Circostanza, quest'ultima, che pare davvero insuperabile.

4.5 – Spunti per una possibile *reductio ad unum*

Venendo alla *pars construens*, pur non condividendone le conclusioni, si deve preliminarmente concordare su alcune considerazioni della dottrina della bancarotta impropria preterintenzionale.

Anzitutto, va ricordato che la bancarotta da operazioni dolose è una fattispecie aggiuntiva rispetto agli altri reati fallimentari, ma non per questo è residuale, nel senso di 'indifferenziata' e suscettiva di abbracciare tutto ciò che non è tipico ai sensi delle altre fattispecie. Da queste ultime si discosta chiaramente, in uno con la causazione dolosa del fallimento, dalla quale a sua volta non deve essere distinta: i due rami del n. 2 costituiscono infatti una fattispecie dal senso unitario. In questa prospettiva, la chiave di lettura principale si centra sull'abusivo utilizzo – 'doloso', appunto – della struttura societaria in funzione di 'schermo' per l'autore del reato.

Quanto alla condotta, a fronte delle delimitazioni sistematiche già tracciate, certamente può essere anche immaginata come una forma di raggirio verso i creditori, sicuramente difficile da perseguire in ambito societario posto che la causa, in astratto, può anche essere lecita¹⁹⁰. Più in generale, essa si deve enucleare a partire dall'interpretazione dell'elemento normativo «con dolo o per effetto di operazioni dolose», espressivo del romanistico del *dolus malus*, che poco o nulla condivide con la moderna teorica del dolo penale, incentrandosi al contrario sulla scienza della illiceità e sulla volontà di ledere la legge¹⁹¹. Ancora, per le ragioni già ampiamente dette, sembra indiscutibile l'inutilità della distinzione tra le due ipotesi del n. 2 sul piano della scalarità volontaristica, tanto nel senso del binomio dolo diretto/dolo eventuale, quanto, e *a fortiori*, nel caso in cui si voglia ravvedere un dolo specifico per l'ipotesi della causazione dolosa del fallimento.

In chiave ricostruttiva pare corretto ritenere che le due ipotesi del n. 2 concretino un'unica fattispecie, nella quale raccordare gli elementi di intrinseca fraudolenza emergenti. Preliminarmente, occorre ricordare la ragione per la quale la fattispecie in esame è 'riservata' ai soggetti attivi indicati dall'art. 223: essa non è estesa anche all'imprenditore individuale perché questi ha la libera disponibilità dei suoi averi fino a che non è dichiarato insolvente; al contrario, l'amministratore deve svolgere la propria attività adempiendo i doveri posti dalla legge civile, dallo statuto e dall'atto

¹⁹⁰ D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 60 ss.

¹⁹¹ In argomento cfr. A. De Marsico, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli 1930, 164.

costitutivo con la dovuta diligenza, rispettando la destinazione impressa ai beni dell'azienda, in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale¹⁹². Ecco che l'aggettivo «dolose», come si è più volte sottolineato, non evoca una concettualizzazione penalistica moderna, bensì è figlio della tradizione giuridica ottocentesca che ha enucleato un concetto di dolo rappresentato dalla 'prava' volontà¹⁹³.

Il principio di conservazione degli enunciati normativi impone di non ritenere l'inciso caratterizzante l'illecito una mera riproposizione della regola dell'art. 42 c.p., anche perché esso può essere utilmente ricondotto a sistema: in quest'ottica, ogni operazione che configuri una volontaria utilizzazione dei beni sociali al di fuori delle finalità cui sono destinati – ovvero sia intenzionalmente eversiva dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto – sembra sorretta da una volontà 'prava', che, nel testo normativo, è sinonimo di 'dolosa'. Per l'effetto, il riferimento al 'dolo' non vale a limitare il profilo della colpevolezza, bensì a circoscrivere il fatto tipico, delimitandone le modalità commissive mediante l'implementazione di un fattore psicologico conformatore, nel segno della lesione degli interessi tutelati.

La locuzione «con dolo o per effetto di operazioni dolose», intesa come elemento normativo di fattispecie, consente un integrale recupero dell'attitudine frodatoria che si è faticosamente cercato di isolare come tratto tipico di tutte le fattispecie di bancarotta sino ad ora esaminate. In altri termini, la caratterizzazione proposta nella fattispecie ne rafforza la direzionalità finalistica conseguente all'abuso delle facoltà riconosciute agli organi sociali¹⁹⁴.

Il rapporto tra un elemento della fattispecie e la medesima fattispecie è notoriamente frutto di reciproche interazioni: il lessico giuridico delle norme penali, infatti, dovrebbe avere una funzione iconica e narrativa, rivolta a condurre l'interprete alla delimitazione di un 'tipo pre-normativo' entro i confini della fattispecie legislativa. A ben vedere, tuttavia, la tensione tra la forza 'narrativa' e quella 'categoriale' porta talora ad esiti contrastanti: laddove la prima è simbolica, mobile, evocativa e dinamica, la seconda è tassativizzante, tendenzialmente fissa, statica¹⁹⁵. La triade 'caso', 'fattispecie' e 'tipo' risulta così essere reciprocamente influenzata: la riconduzione del primo alla seconda comporta l'adeguamento di questa in chiave evolutiva (o involutiva), col tipo, e non il bene giuridico, a orientare le scelte ermeneutiche. Con specifico riguardo al rapporto tra un elemento della fattispecie e la fattispecie stessa, si può notare che, sul piano linguistico, il sistema dotato di significato contenutistico-assiologico costituisce il significato del termine, ma il significato del termine costituisce il significato contenutistico-assiologico del sistema, in una sincronia che può essere ermeneuticamente suddivisa e scomposta, ma che è nei fatti reciprocamente influenzante: «L'ampiezza di

¹⁹² Sulla rilevanza del profilo 'autorale' della bancarotta impropria cfr. Al. Rossi, *Causazione del fallimento*, cit., 10 ss.; G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 101; D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, cit., 52.

¹⁹³ M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 491.

¹⁹⁴ In termini cfr. M. N. Masullo, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 1161; N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 50.

¹⁹⁵ Da ultimo cfr. M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino 2017, in part. 15 ss.

un *tòpos* (il *quantum* di comportamento che si può ricondurre) dipende dalla dimensione dei *tòpoi* confinanti con esso e vice versa»¹⁹⁶.

In questa prospettiva ermeneutica, unificato il disposto del n. 2 nel segno di una doppia ‘dolosità’ – come tratto intrinseco della condotta e come criterio di imputazione subiettivo – non resta che da delineare il rapporto con il n. 1 della medesima disposizione. Paradossalmente, il sensibile intervento riformatore recato dalla novella del 2002 ha finito con il costituire il più grande ostacolo ad una ricostruzione sistematica dell’art. 223: vigente la formulazione originaria, l’assetto di tutela era chiaramente afferrabile, riservandosi ai reati societari la bancarotta ‘presunta’ e lasciando a modalità indeterminate, ma pur sempre ‘dolose’, il campo della causazione intenzionale del fallimento-insolvenza¹⁹⁷.

Occorre dunque optare per una *actio finium regundorum* che assegni precisi ambiti applicativi alle due norme: anzitutto, muovendo dalla diversità dell’evento, che nella bancarotta da reato societario è costituito dal dissesto, ossia da uno squilibrio patrimoniale che si origina dalla commissione del reato societario, laddove nel n. 2 è rappresentato dall’insolvenza, voluta (in senso penalistico) e conseguita mediante l’inganno e la frode (di matrice civilistica), anche tramite attività di per sé penalmente lecite, impiegando la struttura societaria come uno schermo.

L’identità sanzionatoria, anche in questo caso, richiede di equilibrare il contenuto disvaloriale delle singole norme incriminatrici: pertanto, si può affermare che il n. 1 sembra incriminare la produzione di un danno maggiore, più avanzato, derivato da un elevato disvalore d’azione, posto che la condotta costituisce di per sé un autonomo reato, ma pur sempre nel contesto di un’impresa ‘lecita’ e ‘sana’¹⁹⁸.

Al contrario, la formulazione del n. 2, riempita dei contenuti sopra esposti, sembra tendere a colpire un diverso tipo d’impresa, che non nasce o non si sviluppa nel segno di una fisiologica dinamica, bensì – pur non giungendo all’apparenza assoluta delle cc.dd. ‘cartiere’ – risulta essere univocamente diretta alla spoliazione dei valori attivi della società e alla frode nei confronti dei creditori: si pensi alla casistica relativa alla costituzione, e al successivo fallimento, di imprese sorte al solo scopo di compiere truffe o illeciti di altro genere¹⁹⁹.

In altri termini: l’art. 223, comma 2, n. 2, testimonierebbe che il ‘fallimento fraudolento’ della società implica di per sé un danno certo per i creditori, anche sotto il profilo dell’eventuale ‘indotto’ e dell’odierna, più ampia, ‘comunità di pericolo’ riferibile ai delitti di bancarotta, di cui si è dato conto in apertura²⁰⁰. Testimonianza, cioè, la persistente vitalità del fallimento-reato, stringendolo ad un elevato disvalore d’azione. La norma in esame costituisce una «bancarotta fraudolenta po-

¹⁹⁶ Così W. Hassemer, *Fattispecie e tipo. Indagine sull’ermeneutica penalistica*, Napoli 2007, in part. 154 (tr. it. a cura di G. Carlizzi di *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin 1968). Sul punto, cfr. anche Arthur Kaufmann, *Analogia e “natura della cosa”*. Un contributo alla dottrina del tipo, Napoli 2004, in part. 61 ss. e 77 ss. (tr. it. a cura di G. Carlizzi di *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg 1982).

¹⁹⁷ In senso analogo M. Donini, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia*, cit., 2887 ss.

¹⁹⁸ *Contra* M. N. Masullo, *Bancarotta impropria*, cit., 134.

¹⁹⁹ Così Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 1995, n. 3506, in *CED*, rv. 201057.

²⁰⁰ V. Cap. I, § 3.

tenziata»²⁰¹, nella quale si sabota l'impresa senza il necessario ricorso alla dispersione di attività o alla simulazione di passività, orientando – o, addirittura, preordinando – la politica gestionale verso l'insolvenza (trascurando occasioni propizie; gravando la società di oneri finanziari eccessivi o non necessari; acquisendo una società al solo scopo di farla fallire, eliminandola così dal mercato, preferendo la procedura alla normale liquidazione; strumentalizzando una controllata; etc.)²⁰². Approdo, questo, peraltro sistematicamente coerente con la disciplina posta in tema di responsabilità da reato degli enti, laddove è chiaramente distinta la posizione dell'impresa illecita, alla quale è notoriamente riservata la 'pena di morte' corporativa (art. 16, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

²⁰¹ C. Pedrazzi, *Sub art. 223*, cit., 319.

²⁰² P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 377.

Capitolo V

Dolo eventuale e bancarotta semplice: l'assenza di finalismo lesivo

1. Sulla compatibilità del dolo eventuale con i delitti di bancarotta

La trattazione della bancarotta 'impropria' ha aperto la strada al più significativo risvolto dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di dolo: il riferimento è ovviamente alla teorica dei cc.dd. 'segnali d'allarme', che trova ascendenza sostanziale nella necessità di individuare un criterio di ascrizione soggettiva in relazione alla dinamica collegiale delle decisioni, e ciò tanto più con riguardo ai soggetti 'non operativi', ovvero sia non direttamente incaricati di compiti gestori¹. Lungi dal costituire un *unicum* nel panorama giurisprudenziale, la teoria dei segnali d'allarme ha trovato una piena consacrazione nella sentenza delle Sezioni Unite sul caso *Thyssenkrupp*, nella quale, pur non tassativamente, si sono enumerati più 'indici del dolo' allo scopo di consegnare al giudice uno strumento per tracciare con maggiore sicurezza la 'linea di confine' tra dolo eventuale e colpa con previsione².

¹ In argomento, oltre al fondamentale contributo di W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 481 ss. (tr. it. a cura di S. Canestrari di *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, 289 ss.), senza pretesa di completezza, oltre ai contributi citati *infra*, cfr. S. Canestrari, "Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 545 ss.; M. Pierdonati, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, in part. 194 ss.; G. P. Demuro, *Il dolo*, vol. II, Milano 2010, in part. 366 ss.; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., in part. 17 ss., 28 ss., 53 ss., 89 ss. e 206 ss.; M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 247 ss.

² Sulle caratteristiche, sui limiti e sull'evoluzione del dolo eventuale non è possibile in alcun modo soffermarsi. Per un quadro bibliografico delle fonti in lingua italiana, in una letteratura senza confini, oltre ai contributi già citati e a quelli citati *infra*, cfr. A. De Marsico, *Coscienza e volontà*, cit., 27 ss.; A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 284 ss.; F. Antolisei, *La volontà nel reato*, in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, 129 ss.; E. Altavilla, *Dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 169 ss.; M. Gallo voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 750 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.; C. F. Grosso, voce *Dolo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma 1989; G. Licci, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498 ss.; S. Prosdocimi, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino 1996, 235 ss.; G. Forte, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.; L. Eusebi, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss.; P. Veneziani, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *St. Iuris*, 2001, 70 ss.; M. Romano, *Sub art. 43*, in Id., *Commentario sistematico*, cit., 402 ss.; G. Fiandaca, voce *Dolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto

Si è già osservato che l'impiego del dolo eventuale assolve ad una intuibile funzione di semplificazione probatoria, soprattutto ove esso si saldi alla configurazione del concorso per omissione di soggetti deputati all'amministrazione o al controllo delle società, rievocando, sotto il profilo effettuale, le cadenze del 'reato collegiale', tendendo alla solidarietà della responsabilità di tutti i membri dell'organo di gestione o di controllo³. Spesso, infatti, al processo manca la prova del concorso *ex art.* 110 c.p. tra i soggetti delegati e i deleganti; ciò ha condotto alla necessità di evidenziare (e valorizzare) i 'sintomi' del fatto che il garante, pur essendo stato messo di fronte a circostanze che lo avrebbero dovuto indurre ad intervenire, ha omesso l'azione impeditiva accettando che la pregnanza di quei segnali significasse l'imminente commissione di un reato.

1.1 – I 'segnali d'allarme' nella più recente elaborazione giurisprudenziale

Al netto delle perplessità evidenziate, occorre verificare la tenuta del concetto stesso di dolo eventuale in relazione al sistema dei delitti di bancarotta, nonché la resistività dei criteri di accertamento appena menzionati.

Secondo l'opinione maggioritaria, i segnali di allarme devono avere una marcata efficacia conoscitiva, posto che devono poter rappresentare il possibile concretizzarsi di un reato: com'è stato chiaramente rilevato dalla pronuncia pilota sul punto (resa nella vicenda *Bipop-Carire*⁴), con una formula poi costantemente ripresa negli anni⁵, ai fini della prova del dolo servono dei segnali «perspicui e peculiari». Questa duplice caratterizzazione, invero, indizia circa il fatto che sia postulabile una differenziazione interna alla stessa categoria, in ragione della diversa pregnanza dei singoli indicatori, evidentemente non tutti capaci di sorreggere l'accertamento dell'imputazione dolosa. Com'è stato lucidamente sintetizzato, «l'idea del *perspicere* – del vedere attraverso – bene esprime il senso del problema probatorio e della sua soluzione: segnale perspicuo

da S. Cassese, vol. III, Milano 2006, 2033 ss.; G. P. Demuro, *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1410 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e 'colpa grave' alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5013 ss.; Id., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1317 ss.; G. Cerquetti, *Il dolo*, Torino 2010, in part. 299 ss, 517 ss. e 593 ss.; R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 29 ss.; G. Cocco, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1949 ss.; M. Ronco, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1175 ss.; A. Manna, *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. pen.*, 2012, 663 ss.; G. De Francesco, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1974 ss.; M. Gallo, *Dolo eventuale: fonte ed oggetto*, in *Crit. dir.*, 2013, 139 ss.; R. Borsari, A. Manfrinati, R. Rumiatì, *Il dolo è sempre secondo l'intenzione? Aspetti psicologici del dolo eventuale*, in *Ars interpretandi*, 2015, 95 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, 4624 ss.; M. Ronco, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 589 ss.; G. Salcuni, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa 2018, in part. 79 ss.

³ M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 95.

⁴ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, cit.

⁵ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, cit.; Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2016, n. 14045, in *Giur. it.*, 2016, 2250 ss.; Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, cit.; Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.; Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in *CED*, rv. 245138.

è quello che consente, a chi lo abbia percepito e compreso, di vedere attraverso di esso qualcosa d'altro, e precisamente il fatto costitutivo di reato [...]. L'aggettivo "peculiarre" non è particolarmente perspicuo, e si presta a interpretazioni di pura retorica. [...] l'endiadi mette in rilievo che l'essere perspicuo è un carattere peculiare di alcuni segnali soltanto, di una cerchia fortemente caratterizzata dentro l'ambito vasto e variegato di segnali d'allarme di diversa intensità o pregnanza»⁶. Pertanto, la prova del dolo si potrebbe dire raggiunta unicamente nel caso in cui, provata la conoscenza e la comprensione del segnale da parte del reo, si possa anche affermare che egli vi abbia 'visto attraverso', rappresentandosi il fatto di reato.

Com'è evidente, la scelta di connotare i segnali d'allarme in tal senso tende alla sterilizzazione di una prassi giurisprudenziale che è stata più volte indecisa nella definizione dei confini tra la conoscenza e la conoscibilità del fatto, scadendo talora nell'accertamento di una semplice colpa⁷: in tal modo «la colpa viene promossa a dolo, e il dolo eventuale viene degradato a eventualità di dolo»⁸. A meno di non voler desumere il dolo dalla colpa, pertanto, l'inadempimento in sé del consigliere non operativo non può essere trattato quale indizio determinante della sussistenza della volizione⁹; ancora, non solo non è consentito equiparare conoscenza e conoscibilità, ma non è neanche consentito, sul piano probatorio, 'saltare' dalla colpa al dolo, appoggiandolo sulla mera conoscibilità del fatto.

Il giudizio mediante 'indici' sconta appunto la concreta possibilità di punire a titolo di dolo condotte sostanzialmente colpose oppure inesigibili: la prova della rappresentazione dell'evento, al limite, può non supporre una perfetta conoscenza dello stesso, ma è necessario che la prova della responsabilità penale debba cadere pure sulla capacità di impedimento del fatto, una volta che il preposto alla posizione di garanzia abbia percepito l'evenienza dannosa¹⁰.

Allo scopo di contenere il dolo eventuale, taluno ha sottolineato la necessità che il rischio di verifica dell'evento non sia stato solamente oggetto di conoscenza, ma che esso sia stato oggetto di concreta rappresentazione, sulla base di segnali autodimostrativi di fatti potenzialmente dannosi, e che, ciò nondimeno, l'amministratore non operativo sia rimasto deliberatamente inerte. Si tratta della concettualizzazione anglosassone che va sotto il nome di *willful blindness* ('cecità volontaria'), caratterizzata per la 'attiva indifferenza' del reo rispetto agli accadimenti che avrebbe dovuto impedire¹¹. In questa prospettiva, sarebbe del tutto diversa la condotta di chi opera nell'indifferenza per il destino sociale e di chi, versando in un'ipotesi squisitamente

⁶ D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 38.

⁷ Così L. Eusebi, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1068; G. Marinucci, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 430; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 316 ss.

⁸ F. Giunta, *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 552.

⁹ F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 563 ss.

¹⁰ In termini cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Cass. pen.*, 2009, 3050 ss.

¹¹ In tema F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 342 ss.; D. Pulitanò, *I confini del dolo*, cit., 40; M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, 2252 ss.

colposa, continui a riporre fiducia – pur sbagliando – verso le capacità gestionali e amministrative dei consiglieri delegati¹². Va anche osservato che la consapevolezza dell'alta probabilità che un evento illecito si verifichi non equivale affatto alla sua concreta rappresentazione: sotto il profilo strutturale, infatti, l'indifferenza non corrisponde all'effettiva rappresentazione dell'evento illecito richiesta dal delitto doloso (anche nella forma eventuale)¹³. Peraltro, posto che ai sensi dell'art. 61, n. 3, c.p. è la previsione dell'evento a delineare la forma più grave della colpa, non si vede *a fortiori* come la forma minima del dolo possa arretrare oltre questa soglia, attestandosi sulla accettazione di una generica e futuribile eventualità¹⁴.

In conclusione, ai segnali d'allarme si può assegnare valore conoscitivo solamente quando siano stati effettivamente e adeguatamente percepiti e quando l'allarme che recano abbia un carattere sufficientemente univoco¹⁵: essi andranno quindi valutati sotto la duplice lente (i) del contenuto informativo e (ii) delle modalità della loro percezione concreta. Si faccia il caso dell'omessa tenuta delle scritture contabili: pur percepita, non necessariamente conduce all'accettazione del rischio della verifica di fatti di bancarotta fraudolenta documentale (o patrimoniale), potendo ritenersi integrata anche la fattispecie di bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma 2, l.f.¹⁶; in considerazione del fatto che nel diritto giurisprudenziale l'elemento differenziale tra le due incriminazioni riposa su componenti di stampo soggettivo, si dovrà anche provare la consapevolezza della specifica finalizzazione della condotta da parte dell'autore del fatto.

La chiara distinzione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento da impedire costituisce il discrimine tra l'imputazione dolosa e quella colposa: la prima si coglie nella psicologia del fatto voluto, la seconda nel rimprovero verso il fatto indesiderato¹⁷. L'argomentazione è recepita anche nella sentenza *Bipop-Carire* ed in buona parte della giurisprudenza di legittimità successiva, laddove non si è mancato di sottolineare che non è sufficiente la presenza di segnali d'allarme da cui desumere un evento pregiudizievole per la società (o almeno il rischio della verifica di detto evento), ma è necessario che il reo ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo. Non basta, ad esempio, l'aver preso parte alle deliberazioni del consiglio di amministrazione integranti l'operazione incriminata: in particolare, la sussistenza di 'fattori di anomalia' nel corso della procedura deliberativa può comportare un eventuale addebito di colpa, financo grave, ma non può sostituirsi ad una sicura ed effettiva conoscenza¹⁸.

¹² Così Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

¹³ F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 344.

¹⁴ Per tutti cfr. S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 202.

¹⁵ D. Pulitanò, *Amministratori non operativi*, cit., 905.

¹⁶ I. Merenda, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega*, cit., 1192.

¹⁷ Cfr. H. Seuffert, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, München 1902, 46: «Il giudizio sul dolo sta nell'ambito della psicologia, il giudizio sulla colpa in quello dell'etica o del diritto»; nonché G. Delitala, *Il "fatto"*, cit., 84 ss.: «Il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre».

¹⁸ Così, per tutte, Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000/2013, in *CED*, rv. 256939.

L'ovvia precisazione merita di essere spesa perché i due criteri finiscono assai spesso con l'essere sostanzialmente equivocati, anche a causa di un assetto di doveri civilistici non del tutto univoco. Così, da ultimo, si è affermato che «solo la prova della conoscenza del fatto illecito, ovvero della concreta conoscibilità dello stesso anche mediante l'attivazione del potere informativo di cui all'art. 2381, ultimo comma, cod. civ. in presenza di segnali specifici di distrazione, comporta l'obbligo giuridico degli amministratori privi di deleghe gestorie di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento»¹⁹. Naturalmente, rinunciare alla conoscenza attuale dell'evento-reato del quale i segnali di allarme sono sintomo – e, correlativamente, al loro reale contenuto informativo – significa rinunciare al principio di personalità della responsabilità: il 'declassamento' del dolo si risolve in una responsabilità senza accertamento – si potrebbe dire 'per equivalente' – nella quale il fatto viene imputato 'come se' fosse sorretto dal dolo, collegandone gli effetti ad un fenomeno sostanzialmente colposo²⁰. Peraltro, giovare della ragionevole possibilità di rilevare l'illiceità quale equivalente della reale consapevolezza consente di transitare dal piano della possibilità a quello dell'attualità psichica: così, oltre che la trasformazione del dolo in colpa, l'operazione indicata comporta la fondazione di una (malcelata) responsabilità per fatto altrui e da posizione²¹.

La diluizione della rappresentazione – fondata sull'arretramento alla potenzialità conoscitiva – porta ad una prospettazione senza perimetri, «in bianco», lasciando letteralmente svanire l'oggetto del dolo, senza alcuna reale delimitazione fattuale²². È in questi frangenti che si manifesta l'efficacia (processuale) del dolo eventuale, a prescindere dalle modalità del suo accertamento: la storia dell'istituto è infatti la storia della rivincita del processo sul diritto penale sostanziale. Più in generale, il tema comporta la necessità di confrontarsi col rapporto tra i concetti penalistici – conformati secondo i principî di imputazione soggettiva e di colpevolezza – e la loro effettiva capacità di essere suscettibili di prova²³. La questione è oggetto di una tradizionale (quanto recessiva) sottovalutazione, che si è ripercossa sulla qualificazione del processo come mezzo di vivificazione del diritto e, conseguentemente, ha ingenerato una qualche difficoltà a discutere approfonditamente della definizione e della prova del dolo²⁴, di fatto influenzando sulla certezza stessa

¹⁹ Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, cit.

²⁰ Così M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 119 ss.

²¹ A. Crespi, *La giustizia penale*, cit., 1154.

²² Insuperabile, sul punto, C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1266.

²³ D. Pulitanò, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss.; S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007, in part. 22 ss. e 99 ss.; E. Amodio, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1496 ss.; R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza conoscibilità*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, Torino 2010, 217 ss.; F. M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 463 ss.; M. Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.; K. Volk, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffò, A. Sessa, Napoli 2017, 37 ss.

²⁴ K. Volk, *Dolus ex re*, in Id., *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998, 111.

del diritto, posto che la certezza della legge e la certezza dell'accertamento costituiscono un'unica entità²⁵. Del resto, fuori dal processo il diritto penale tende all'irrelevanza: se la prevenzione si attua, come auspicato dalla legge, il reato non si manifesta; al contrario, laddove violato – in una esistenza lucidamente definita come «patologica»²⁶ – esso è indissolubilmente legato al processo, tanto più laddove sia costituzionalizzato il dovere di esercitare l'azione penale.

Sul punto, la dottrina ha da sempre osservato che la prova del dolo è quasi ontologicamente inficiata dal ricorso alla massima di esperienza, nonché dalla tendenza al ricorso a falsi criteri di inferenza, all'analogia, o, peggio, all'equivoco di trasformare l'oggetto stesso della prova in criterio di inferenza²⁷, come comprova nella prassi giudiziaria il frequente ricorso alla formula del *dolus ex re*. La questione è ulteriormente problematizzata dal raffronto con l'art. 533 c.p.p. e con la regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», che apre alla riflessione – che qui non può che essere soltanto accennata – circa la stessa compatibilità tra l'accertamento dell'elemento psicologico e il «dubbio» appena menzionato: in proposito, si è osservato che i due poli concettuali trovano senso solo in relazione al concetto di «verità», tanto con riguardo alla sua possibilità teorica, quanto con riguardo alla sua opportunità ideologica, quanto, infine, con riferimento alla sua possibilità pratica²⁸.

Peraltro, con riferimento al dolo (eventuale) l'alternativa è secca: se si fonda la prova squisitamente su dei requisiti interiori si rende «diabolica», poiché sarebbe ontologicamente impossibile oltrepassare il ragionevole dubbio; diversamente, valorizzando la rappresentazione, il rischio sotteso (e attuale) è l'automatismo logico in ordine alla sussistenza del dolo²⁹: l'oggettiva presenza di un pericolo non implica per ciò stesso l'accettazione, a meno di non pretendere di inferire induttivamente anche la percezione del medesimo, ossia proprio l'elemento cognitivo del dolo eventuale³⁰.

Nondimeno, il riferimento all'art. 533 c.p.p. costituisce un parametro interpretativo essenziale, poiché sostanzia l'aspetto pragmatico dello stesso principio di legalità e disvela l'elusione sottesa al non richiedere la prova effettiva del dolo, quale che essa sia, accontentandosi di presunzioni *iuris tantum*³¹. In quest'ottica risulta chiaro il motivo per cui la giurisprudenza ha risolto il nodo del dolo eventuale affidandosi alla ricerca di «indici», più o meno categorizzati, e risulta altrettanto evidente la metamorfosi del rapporto tra norme sostanziali e processuali, nel senso della prevalenza

²⁵ D. Pulitanò, *Sui rapporti*, cit., 953.

²⁶ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 434.

²⁷ *Amplius*, da ultimo, P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 155 ss. e 175 ss.

²⁸ G. Lunghini, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 418, nota 34.

²⁹ In termini F. M. Iacoviello, *Processo di parti*, cit., 465; *amplius* cfr. G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040.

³⁰ M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013, 27 ss.

³¹ C. Piergallini, *La regola dell'«oltre ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 628; M. Pierdonati, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo*, cit., 196; P. Astorina Marino, *Verità e problemi di imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 924 ss.

di queste ultime e della metamorfosi degli istituti secondo modelli processuali o al processo congeniali: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi»³².

In questo contesto si colloca la formula 'processuale' del dolo eventuale, fondata su cinque elementi: probabilità, prevedibilità, previsione, accettazione del rischio, accettazione dell'evento³³. Superando la sua natura garantistica – tesa alla sottrazione di spazi alla responsabilità oggettiva – la forma minima del dolo consente di abbattere sempre (ed inesorabilmente) la soglia del ragionevole dubbio, poiché lo 'ribalta' a carico del reo. La prova del dolo, in virtù di un siffatto riduzionismo, si tramuta nella prova di un rischio (astrattamente) prevedibile. Da qui alla previsione si passa naturalmente, a meno dell'occorrenza di eventualità di rilievo particolare: la prevedibilità costituisce la prova – o, meglio, la presunzione – dell'effettiva previsione; i due concetti divengono dunque fungibili, non dissimilmente da quanto postulato dalla *doctrina Bartoli*³⁴. Prevedibilità e rischio, essendo categorie concettuali elastiche, consentono di assorbire totalmente il dubbio evocato dall'art. 533 c.p.p.: sul piano concettuale resta formalmente il dolo eventuale, ma, sul piano dell'accertamento, la prova si è sostituita al suo oggetto. Un metodo giuridico siffatto non può però essere accolto: il suo difetto di razionalità si coglie proprio nella generalizzata mancanza di riflessività tra i diversi passaggi logici³⁵, così come nel differente quoziente di certezza (o incertezza) che li assiste.

1.2 – Il dolo tra volontà e oggettivazione

La questione dell'accertamento del dolo eventuale trova oggi un ineludibile riferimento nella pronuncia sul caso *Thyssenkrupp* resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte³⁶, laddove si è tentata una compiuta teorizzazione degli indici del dolo eventuale,

³² Così T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 539.

³³ F. M. Iacoviello, *Processo di parti*, cit., 483 ss.

³⁴ Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venezia 1585, in D. 16, 3, 32, l. *quod Nerva, depositi vel contra*, n. 6, f. 99va e n. 8, f. 99vb. In termini cfr. G. Delitala, *Dolo eventuale e colpa cosciente* (1932), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976, 436. *Amplius* cfr. M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano 2006, 226 ss. ed in part. 240 ss.

³⁵ Sul tema cfr. Arthur Kaufmann, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 333.

³⁶ Sulla vicenda Thyssenkrupp, in particolare, cfr. L. Montuschi, F. Sgubbi, *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso Thyssenkrupp*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 183 ss.; A. Manna, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, *Arch. pen. - Online*, 2/2011; M. Ronco, *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in *Arch. Pen. - Online*, 2/2011; S. Raffaele, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1077 ss.; G. De Francesco, *L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento della tutela*, in *Leg. pen.*, 2012, 555 ss.; D. Petrini, *Consapevolezza del pericolo e accettazione del rischio: anche il datore di lavoro può rispondere di omicidio a titolo di dolo eventuale per la morte dei suoi lavoratori*, in *Leg.*

raccordando la copiosa dottrina e l'immane casistica giurisprudenziale che si era sino ad allora formata rispetto ai più disparati ambiti della socialità: dalla questione del contagio da HIV, alla circolazione stradale, all'ambito del diritto penale del lavoro ed economico³⁷. Per quanto qui interessa, merita sottolineare che la teorica dei segnali di allarme con questa pronuncia trova una sistematizzazione che le ha fatto definitivamente travalicare i confini del diritto penale fallimentare (o *lato sensu* economico), approdando ad una categorizzazione generale dell'accertamento del dolo.

La premessa metodologica dalla quale muovono le Sezioni Unite riguarda il ruolo da assegnare agli indicatori del dolo: essendo l'indagine rivolta all'interiorità del reo ontologicamente preclusa al giudicante, l'unica alternativa risulta costituita dal piano indiziario; con la non secondaria precisazione che gli indici non incarnano la colpevolezza, ma sono unicamente serventi alla ricostruzione del processo decisionale effettivo dell'agente, culminato in una condotta fondata «sulla nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale; e si traduce in adesione a tale eventualità, quale prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie»³⁸. In questo senso, la Corte sembra ben conscia della strumentalizzazione processuale che può originarsi da un fraintendimento concettuale degli indici: se, infatti, sostituire la prova degli indicatori a quella del dolo significa, come si è detto, sostituire la prova al suo oggetto, allora una cam-

pen., 2012, 549 ss.; F. Mucciarelli, *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Leg. pen.*, 2012, 537 ss.; R. Bartoli, *La sentenza sul rogo della ThyssenKrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, in *Leg. pen.*, 2012, 529 ss.; G. P. Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 142 ss.; P. Astorina Marino, *"Waiting for the miracle"? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1565 ss.; D. Piva, *Tesi e antitesi sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 204 ss.; R. Bartoli, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013; M. N. Masullo, *Infortunati (mortal) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 929 ss.; G. Di Biase, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni del dolo eventuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013; F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss.; R. Bartoli, *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.; K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 490 ss.; G. Di Biase, *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank*, in *Ind. pen.*, 2015, 388 ss.; T. Guerini, *La sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *ius17@unibo.it*, 2015, 147 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 559 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass.*, *S.U.*, 24 aprile 2014 (*Thyssenkrupp*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 623 ss.; A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015; G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni*, cit., 4624 ss.; F. V. Rinaldi, *Le Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp: la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente tra teoria e prassi*, in *Giust. pen.*, 2016, II, 21 ss.

³⁷ Un'accurata panoramica in E. Mazzantini, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1143 ss.; A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 301 ss.

³⁸ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 183 ss.

pionatura di indici deve restare servente al mero accertamento e non contribuire a costituire l'oggetto o la struttura del dolo.

La sentenza notoriamente propende per una rinnovata valorizzazione della volontà, sottolineando la necessità che anche nel dolo eventuale sia rintracciabile un atteggiamento ad essa assimilabile; ciò porta la Corte ad esplicitare che nella forma minima del dolo «non vi è finalismo, non vi è rappresentazione di un esito immancabile o altamente probabile [...] non vi è volontà in azione, esteriorizzata», e che si deve dunque estrapolare qualcosa di «equivalente» alla volontà³⁹. In quest'ottica, si mette (giustamente) sotto severa critica la tradizionale formula dell'accettazione del rischio, nella quale proprio la relazione volontaristica tra la condotta e l'evento viene a mancare, sino quasi a scomparire, finendo col trasformare i reati di danno in illeciti di pericolo.

Da queste premesse si desume che la Suprema Corte ha voluto prendere le distanze da quelle dottrine che si richiamano a parametri solo oggettivistici o che sembrano comunque mettere in secondo piano il coefficiente psicologico-volitivo, essenzialmente fondate sulla centralità del concetto di rischio e univocamente dirette ad emarginare dal giudizio sul dolo eventuale ogni riferimento alla più o meno sconsiderata convinzione dell'agente di non cagionare l'evento lesivo⁴⁰.

È chiaro il riferimento, in primo luogo, alle teoriche centrate sui concetti di 'rischio' come oggetto esclusivo del dolo, secondo le quali si dovrebbero espungere dallo spettro dell'elemento psichico l'evento e la causalità (in quanto accertati *ex post*), facendosi rientrare soltanto il rischio 'della lesione' (accertabile *ex ante*); ammettendo, in sintesi, che l'elemento psicologico ricopra solo la condotta tipica nella sua veste di condizione per l'aumento o la promozione di un rischio illecito⁴¹. In una prospettiva consimile si pone anche la teorizzazione del rischio 'non schermato', secondo la quale assumerebbero centralità i dati oggettivi dell'azione che lasciano trasparire la reale possibilità di evitare l'evento: il rischio sarebbe dunque 'schermato' ogniqualvolta possa prospettarsi la mancata produzione dell'evento sulla scorta di azioni o circostanze riferibili all'agente, alla vittima o a terzi, secondo un giudizio *ex ante* basato sul fatto concreto⁴².

³⁹ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 149 ss., 156 ss. e 176 ss. (citazione a 182).

⁴⁰ Interessanti, sul punto, le notazioni di O. Di Giovine, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 639, la quale evidenzia che «il giurista ha amato coltivare per lungo tempo l'illusione che la conoscenza consistesse in un ragionamento asettico e di tipo algoritmico. I progressi scientifici stanno invece illustrando che la conoscenza è profondamente condizionata dall'interazione di differenti sistemi neuronali, al cui interno quelli preposti alle reazioni emotive recitano una parte fondamentale, sebbene in modo spesso irriflesso e inconsapevole».

⁴¹ W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Köln 1983, 74 ss., 94 ss., 118 ss., 229 ss. e 300 ss.; analogamente anche G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York 1991², § 8, 22 ss.

⁴² Cfr. R. D. Herzberg, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusst Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuS*, 1986, 249 ss.; Id., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1998, 573 ss. e 635 ss.; in una prospettiva consimile, circa la necessaria distinzione tra rischio oggettivo-doloso e oggettivo-colposo, cfr. I. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, 1 ss. e in part. 31 ss.; Id., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 1992, in part. 35 ss.

Nell'ambito della dottrina italiana, va ricordata la tesi del 'rischio doloso', la quale si centra su una tipicità dolosa propria della forma eventuale, che si riscontrerebbe nel caso in cui l'agente-modello della cerchia sociale di riferimento del soggetto agente non potrebbe neppure prendere in considerazione il rischio, in quanto inconcepibile da assumere. Allo scopo di evitare nuove forme di *dolus ex re*, la strutturazione del giudizio viene comunque bipartita in due momenti: l'uno oggettivo, orientato secondo i criteri menzionati; l'altro naturalistico-psicologico, nel quale è possibile recuperare le eventuali specificità della condizione personale dell'agente⁴³, lasciando quindi alla colpevolezza un ruolo dirimente.

A questi orientamenti si oppone la pura 'tipicità dolosa': la ricerca di una nozione totalmente oggettiva del dolo porta la distinzione con la colpa sul piano, appunto, della tipicità del reato. Prendendo le mosse dal fatto che nei reati a forma vincolata e di mera condotta è difficile riscontrare un coefficiente psicologico di rimozione dell'evento, al punto che la semplice rappresentazione del fatto integra il dolo eventuale, i sostenitori del puro oggettivismo concludono per la necessità di formulare una sorta di tipicità dolosa anche con riguardo ai reati a forma libera. Talché, nel rispetto del principio di frammentarietà del diritto penale, i reati dolosi causalmente orientati dovrebbero essere intesi come caratterizzati dalla «drastica compressione degli spazi di autodeterminazione, intervento e reazione disponibili per il potenziale soggetto passivo a fronte dell'iniziativa del soggetto attivo», la quale si dovrebbe verificare secondo distinti passaggi: *a)* la valutazione *ex post* e a base totale della condotta; *b)* la verifica della connotazione tipica dolosa della medesima, la quale assorbirebbe l'accettazione del rischio; *c)* il giudizio di ascrizione dell'addebito doloso nella forma eventuale⁴⁴.

In una prospettiva consimile, l'ottica dolosa (naturalistico-positivo-volontaristica) si avvicina di molto a quella colposa (normativo-astratta-oggettivistica), con un rischio consequenziale: o si ammette deliberatamente che taluni fatti, in ragione del contesto di base, siano comunque e sempre attribuiti a titolo doloso, anche secondo la logica del *versari*; ovvero, tramite il normativismo, si crea una componente oggettiva pura del dolo, negando al contempo che ne abbia una soggettiva.

Le suggestioni indicate sono state da ultimo sviluppate nella dottrina di lingua spagnola, eliminando ogni possibile riferimento agli stati mentali del soggetto attivo

⁴³ S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 122 ss. e 143 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 906 ss.; Id., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013, 9 ss.; Id., *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, 23 ss.

⁴⁴ G. de Vero, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1518 ss.; Id., *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 885 ss. e 903 ss.; Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 91 ss. Analogamente anche S. Raffaele, *La (residua?) validità dell'accettazione del rischio quale criterio identificativo del dolo eventuale*, in *Giur. it.*, 2015, 1991 ss.

dalla caratterizzazione del dolo eventuale⁴⁵ e riprendendo l'idea che il dolo debba essere profilato a partire dalle finalità che sono sottese al diritto penale e, più in particolare, dalla sanzione specifica dei fatti dolosi. Si tratta di una forma di normativismo che non è più soltanto 'cognitivo' – ossia fondato sulla mera pericolosità della condotta – ma anche volitivo, ovvero sia centrato su tutte le circostanze concrete del caso rilevanti per la colpevolezza (come, ad esempio, i moventi e gli scopi dell'autore), che fanno sfociare nella decisione verso 'l'offesa del bene giuridico'⁴⁶.

Chiare, in questo senso, sono le similitudini con la teorizzazione della *Tatsachenblindheit* (la 'cecità fattuale') – quale viatico per la rilevazione di una forma di 'indifferenza' da equiparare normativamente al dolo eventuale, nel più ampio panorama di una colpevolezza intesa come 'fedeltà' ai valori dell'ordinamento⁴⁷ – soprattutto ove si sostiene che il reato sia la manifestazione di una condotta che si discosta dal precetto penale, giustificando l'intervento punitivo quando il fatto raggiunge una «intensità comunicativa» sufficiente a destabilizzare le aspettative legate alla regola violata; è proprio in tale intensità, quindi, che si dovrebbe riscontrare la differenza tra la colpa e il dolo. Le similitudini, tuttavia, si arrestano alla superficie: mentre la dottrina della 'cecità fattuale' afferma che solo nel dolo, e non nella colpa, si rintraccia la «negazione dell'imperativo della norma»⁴⁸, al contrario la tesi dell'«abbandono degli stati mentali» instaura una continuità tra dolo e colpa, che costituirebbero un *plus* e un *minus*, e non un *aliud*, rendendo parallelamente centrale la valutazione della capacità di prevedere ed evitare la conseguenza dannosa⁴⁹.

Il nucleo comune delle elaborazioni appena descritte, in ogni loro variante, aggrava l'esigenza di provvedere ad una selezione della tipicità dolosa già al livello della tipologia di condotta, così da non consentire che l'accertamento del dolo si veda unicamente di indagini interiori – che potrebbero avvicinare alle dinamiche del *Gesinnungsstrafrecht* o del dolo 'd'autore' – ovvero si ispiri a indeterminati parametri probatori, che rendono imprevedibili e incontrollabili le decisioni giudiziarie. Tuttavia, anche ove si volesse accogliere una simile prospettiva, una teoria del dolo oggettivizzato può portare ad esiti accettabili unicamente laddove si giovi di più indici sintomatici, rifuggendo la scelta per una singola, per quanto rilevante, unità significativa di comportamento⁵⁰.

In ogni caso, pur fregiandosi di un'inequivocabile chiarezza, le posizioni descritte rischiano di piegarsi – quando questa non è una scelta addirittura dichiarata – alla prevenzione generale e alla mutevolezza del sentire sociale: come si è visto, al

⁴⁵ G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires 2011, in part. 635 ss.; Id., *El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental*, in *Cuadernos der. pen.*, 6/2011, 11 ss.

⁴⁶ C. Roxin, *Zur normativierung des dolus eventualis un zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied 2004, 243 ss.

⁴⁷ G. Jakobs, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 2002, 588 ss.

⁴⁸ G. Jakobs, *Sistema dell'imputazione penale*, Napoli 2017, 69 e 72 ss. (tr. it. a cura di L. Cornacchia di *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M. 2012).

⁴⁹ G. Pérez Barberá, *El dolo eventual*, cit., 127 ss. e 646 ss.

⁵⁰ W. Hassemer, *Le caratteristiche del dolo*, cit., 486.

crescere dell'obiettivizzazione del dolo il fatto e la colpevolezza si sovrappongono, tramite la mediazione di un fatto-valore che annulla l'analisi del reato in favore di una dimensione puramente orientata al (la prospettiva giudiziale del) rimprovero⁵¹. In quest'ottica, il *dolus in re ipsa* si veste di garantismo, emarginando possibili giudizi introspettivo-eticizzanti, rifugiandosi nell'esclusiva rilevanza di un fatto esterno tipico, senza presunzioni di volontà⁵²; tuttavia, il prezzo della scelta è che la tipizzazione di queste forme paradigmatiche spetta in definitiva al giudice, al quale comperterà il compito di profilare il perimetro soggettivo della fattispecie.

1.3 – La campionatura degli indicatori nella sentenza *Thyssenkrupp*

Tornando alla decisione delle Sezioni Unite, la Corte muove dalla considerazione che il dolo e la colpa sono tra loro concettualmente irriducibili, e che l'idea stessa di una 'linea di confine' tra i due sia assolutamente fuorviante: le due forme di colpevolezza sono considerate radicalmente diverse, se non antitetiche. La colpa è il regno della sconsideratezza e della superficialità, del «malgoverno di una situazione di rischio», mentre nel dolo l'agire umano è «ordinato, organizzato, finalistico. Un processo intellettuale che, lungamente elaborato o subitaneamente sviluppatosi e concluso, sfocia pur sempre in una consapevole decisione che determina la condotta anti-giuridica». In questa prospettiva, la sentenza svolge una serrata critica alla formula dell'«accettazione del rischio», finalmente disvelandone la natura puramente retorica e la sua strumentalizzazione argomentativa allo scopo di sorreggere le più disparate soluzioni dei casi concreti⁵³.

La dichiarata opzione per un modello di dolo eventuale ispirato alla valorizzazione della volontà è dunque la cifra di fondo della pronuncia, con l'esplicito riconoscimento che l'accertamento, pur distinto, si compenetra nella struttura e nell'oggetto del dolo, secondo il giudizio fondato sugli indicatori, rispetto ai quali la pronuncia si propone l'ambizioso traguardo di una campionatura, pur non tassativa (stante il divieto delle prove legali).

Certamente la sentenza *Thyssenkrupp* ha messo in luce alcuni parametri dall'innegabile eloquenza probatoria: in particolare, tra questi possono collocarsi certamente la «condotta negli illeciti di sangue», la «durata e ripetizione della condotta», il «fine della condotta, la sua motivazione di fondo [...] cioè la congruenza del 'prezzo' connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»⁵⁴, le «conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifi-

⁵¹ In termini cfr. M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2014, 88.

⁵² G. Pérez Barberá, *El dolo eventual*, cit., 745 ss.

⁵³ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 158, 178 ss. e 181.

⁵⁴ L'indicatore riecheggia la teorizzazione del bilanciamento degli interessi secondo il criterio 'economico', sostenuta in particolare da S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 32 ss., e già in qualche modo presente in G. Delitala, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 435, secondo il quale «alcune volte per raggiungere il risultato desiderato l'agente è costretto a produrne anche un secondo, che può essergli indifferente o addirittura spiacevole, sempreché, si capisce, il valore negativo attribuito dall'agente al verificarsi di tale secondo risultato, sia inferiore al valore positivo attribuito alla realizzazione del risultato desiderato».

cazione dell'evento» e i «tratti di scelta razionale che sottendono la condotta» (che, in realtà, sembrano trattabili unitariamente).

Nondimeno, gli altri indicatori tipizzati sembrano invece avere una consistenza dubbia o equivoca.

Le prime perplessità riguardano l'indice polarizzato sulla «lontananza dalla condotta standard», in base al quale si afferma che «quanto più grave ed estrema è la colpa tanto più si apre la strada ad una cauta considerazione della prospettiva dolosa». Naturalmente questo asserto contraddice la premessa secondo la quale vi sarebbero colpevolezze distinte per il dolo e per la colpa, posto che, se tale divergenza effettivamente sussiste, evidentemente anche i criteri euristici devono differenziarsi⁵⁵; peraltro, l'indice in parola rappresenta un indizio di volontà unicamente laddove non vi sia un dubbio conoscitivo, come si era sostenuto anche nella sentenza di primo grado resa nella medesima vicenda processuale⁵⁶.

Sembra poi da rigettare l'impiego dell'indicatore fondato sulla «personalità, la storia e le precedenti esperienze» del reo, che «talvolta indiziano la piena, vissuta consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivare dalla condotta; e la conseguente accettazione dell'evento»; la sentenza continua affermando «la personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili. Insomma, essa ha un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo». Al netto dei profili di evidente dissociazione del giudizio sul fatto e sull'autore, resta assai difficile immaginare come l'esame della personalità del reo in quanto tale, così introdotto nell'ambito dell'indagine sull'elemento soggettivo, possa non rendersi debitore nei riguardi di precomprensioni e precetti morali tipici del singolo interprete. Più propriamente, al contrario, si sarebbe potuto porre l'accento (anche) sulla motivazione del soggetto agente⁵⁷, più che sulla sua personalità, com'è peraltro indispensabile per il funzionamento del c.d. criterio del bilanciamento e della prima formula di Frank, sui quali si tornerà a breve.

Assai significativo è l'indice relativo alla «condotta successiva al fatto»: la sua portata è invero sfuggente, posto che una condotta 'riparatoria' è perfettamente compatibile perfino con il dolo intenzionale, come si è peraltro messo in luce riguardo alla bancarotta 'riparata' (che pure interviene prima del perfezionamento del reato, ma a fronte di una condotta integralmente posta in essere). Per di più, può non aversi una condotta (moralmente) accettabile *post factum* non già per la (ritenuta) intenzionalità della lesione, ma a causa, ad esempio, dello shock emotivo legato alla causazione colposa dell'evento. In breve: un indice siffatto niente sembra dimostrare – e sicuramente non oltre ogni ragionevole dubbio – in ordine all'unico contegno soggettivo rilevante, ossia quello antecedente e contestuale alla

⁵⁵ G. Salcuni, *Il dolo eventuale fra determinatezza e colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 15 marzo 2018, 8.

⁵⁶ C. Ass. Torino, 15 aprile 2011, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2011, 322 ss. Sul tema, da ultimo, cfr. D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 207.

⁵⁷ Così M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 104.

realizzazione della condotta⁵⁸. Con specifico riferimento alla criminalità economica, si è osservato che solo l'operosità del soggetto in senso opposto al delitto, fino all'interessamento dell'autorità giudiziaria, varrebbe a esonerare dalle conseguenze sanzionatorie a titolo doloso⁵⁹; il crinale tuttavia inclina verso il *dolus in re ipsa*, nel più ampio contesto dell'adesione alla *Vermeidungstheorie*, fondata, appunto, sulla centralità della condotta volta all'impedimento dell'evento⁶⁰.

Quanto alla «probabilità di verifica dell'evento», accertata in concreto e dal punto di vista dell'agente, si tratta di un parametro mutevole, che peraltro ancora la risposta dolosa o colposa a tratti dell'azione totalmente obiettivati nella medesima, e che ha già conosciuto uno sviluppo storico che ne ha dichiarato tutti gli (insuperabili) limiti strutturali.

Le maggiori criticità investono il criterio relativo al «contesto lecito o illecito», rispetto al quale i rischi di scivolamento in una logica puramente autoriale e situazionale sono elevatissimi. Il diritto penale deve infatti trarre indicazioni dalle massime d'esperienza, ma non può ridursi al senso comune e agli stereotipi sociali, la cui efficacia è stata lucidamente delineata, proprio con riguardo ad una nozione indefinita come il dolo eventuale: «La categoria giuridica del dolo viene riempita dalla categoria sociale del dolo. [...] Ma questo cosa significa? Significa che finché non cambia la percezione sociale dei fenomeni, non cambia la qualificazione normativa degli stessi fatta dalla giurisprudenza»⁶¹.

Infine, le Sezioni Unite conferiscono rilevanza al giudizio controfattuale secondo la prima formula di Frank⁶²: com'è noto, questi fondava la sua idea di dolo sulla rappresentazione, ritenendo che la volizione potesse coprire unicamente la condotta e che, per l'effetto, solo le conseguenze sicure della condotta andrebbero imputate come volontarie. Quanto alle conseguenze possibili, Frank rigetta l'idea semplicistica che il dubbio appartenga sempre al dolo o alla colpa, elaborando appunto il criterio rievocato dalle Sezioni Unite, secondo il quale la previsione di un possibile accadimento integra il dolo laddove una previsione in termini di certezza non avrebbe trattenuto l'agente dalla commissione della condotta.

Sulla rilevanza e sull'utilità della (prima) formula di Frank la dottrina è divisa tra chi ne contesta l'efficacia, anche probatoria, e chi, al contrario, ne continua ad affermare la validità⁶³. In quest'ultima prospettiva, si è rilevato che essa ha un valore

⁵⁸ Contra M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 338.

⁵⁹ A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, 16.

⁶⁰ Armin Kaufmann, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlung und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, in *ZStW*, 1958, 64 ss.

⁶¹ F. M. Iacoviello, *Processo di parti*, cit., 493 ss.; analogamente G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2017, 8 ss.

⁶² Compiutamente teorizzata in R. von Frank, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 169 ss.; per una completa panoramica, anche storica, sulla sua elaborazione e sul suo sviluppo cfr. G. Gentile, *“Se io avessi previsto tutto questo...”*. *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, 1 ss.

⁶³ In quest'ultimo senso cfr. L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, ora con aggiunte e modifiche in http://docenti.unicatt.it/ita/luciano_eusebi/, 106 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*, parte di *Trattato di diritto penale*, a cura di C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2007, 97 ss.; L. Eusebi, *La prevenzione*

meramente ermeneutico e che si debba legare ad altri elementi concorrenti, nella veste, appunto, di indicatore del dolo: la sua particolare efficacia starebbe proprio nell'offrire all'interprete una più ampia base di giudizio⁶⁴. Ancora, si è autorevolmente sostenuto che, indicando una determinata strada all'accertamento, la formula di Frank operi una selezione fra gli stati mentali suscettibili di essere considerati, concorrendo quindi alla definizione dei confini stessi del dolo⁶⁵.

Le voci critiche hanno invece osservato che l'affermazione del dolo eventuale sulla base del presupposto che l'agente avrebbe agito ugualmente anche se si fosse rappresentato l'evento come conseguenza altamente probabile comporterebbe un'equivalenza tra il dolo eventuale e il dolo diretto, più che indiziare sulla natura e sui contenuti del primo⁶⁶. Emarginata ogni capacità descrittiva della formula, si è messa in luce la sua fallacia come criterio probatorio: la ricostruzione ipotetica di uno stato mentale (o di un atteggiamento psichico) da parte del giudice si fonda necessariamente sulla sua specifica percezione della personalità del reo e delle sue caratteristiche, col rischio di una «preconcepita censura eticheggiante»⁶⁷. Il passaggio dal fatto al reo, dalle caratteristiche dell'azione e dell'evento a quelle della sua caratterialità, unito alla valutazione del modo in cui si muove rispetto al suo scopo, non è un elemento probatorio, bensì rappresenta il *thema probandum*⁶⁸.

V'è poi un problema di coerenza sistematica tra quest'ultimo indicatore e gli altri, con particolare riguardo al bilanciamento secondo il 'criterio economico'. I due indici sono infatti suscettivi di condurre a esiti opposti tra loro (come peraltro confermato dalle divergenti sentenze di merito dello stesso caso *Thyssenkrupp*⁶⁹): la formula di Frank influisce in modo determinante sulla definizione del contorno del dolo eventuale, inglobando il criterio del bilanciamento nella ponderazione effettuata mediante il giudizio controfattuale; l'effetto, in conclusione, è quello metamorfizzare il criterio del bilanciamento in una verifica ipotetica anziché effettiva⁷⁰.

Provando a formulare qualche provvisoria conclusione sugli approdi nomofilatici in tema di dolo eventuale – sulla cui effettiva osservanza, peraltro, la recente

dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 963 ss.; M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 101 ss.; L. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale*, cit., 623 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2016⁶, 305 ss.

⁶⁴ Tale funzione era già stata riconosciuta da Cass. pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433/2010, in *CED*, rv. 246324, con nota di G. P. Demuro, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 300 ss.; M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank*, cit., 2555 ss.

⁶⁵ L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, cit., 108.

⁶⁶ G. de Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 89 ss.

⁶⁷ G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 155.

⁶⁸ S. Camaioni, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 519 ss.; analogamente anche P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., 349 ss. e in part. 359 ss.

⁶⁹ C. Ass. Torino, 15 aprile 2011, cit., 351 ss.; C. Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, n. 6, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013, 297 ss.

⁷⁰ G. Di Biase, *Il nuovo volto del dolo eventuale*, cit., 419 ss.; in senso analogo cfr. G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni*, cit., 4632.

giurisprudenza consente di dubitare⁷¹ – va sviluppata l’indicazione delle Sezioni Unite circa il fatto che gli indici richiamati non configurano degli elementi strutturali del dolo, né concorrono a formarne l’oggetto, ma sono unicamente uno strumentario consegnato al giudice del merito affinché possa superare eventuali dubbi conoscitivi, parimenti ammonendo circa il fatto che, in ossequio all’art. 533 c.p.p., tutte le «situazioni probatorie irrisolte» debbano affrontarsi secondo il principio del *favor rei* in senso assolutorio (o ‘colposo’). Tuttavia, in un processo penale che è ispirato al libero convincimento del giudice, il diritto penale sostanziale non dovrebbe avere una funzione probatoria, posto che la processualizzazione degli istituti ha sempre implicato la loro normativizzazione in senso funzionale e puramente ascrittivo⁷²; si rischia, in breve, il passaggio dalla concezione filologica del dolo – che lo assume come uno stato psicologico reale che deve trovare preciso riscontro probatorio – all’opposta concezione tipologica⁷³, la quale vira verso una ricostruzione nei termini di mera imputazione normativa incentrata sul *genus* della consapevolezza di un rischio qualificato (con un consequenziale sensibile alleggerimento probatorio).

In questa prospettiva, sembra che gli indici del dolo segnalino al giudice unicamente l’esistenza di una possibile interferenza tra dolo eventuale e colpa con previsione, atteso che la valutazione della loro concreta rilevanza è in ogni caso rimessa al singolo interprete. La valenza degli indici del dolo, in conclusione, si mostra sul piano squisitamente motivazionale, quale strumentario utilizzabile non già per individuare il dolo o la colpa, bensì per motivarne la sussistenza, consegnando «la formazione del libero convincimento sul dolo eventuale al convincimento libero del giudice»⁷⁴.

Con riferimento specifico alla bancarotta impropria e all’applicazione del dolo eventuale nel concorso mediante omissione, infine, occorre osservare che l’inerzia del soggetto deve potersi tramutare in ‘risoluzione’ verso il risultato lesivo, ma rispetto a quest’ultima è necessario un approfondimento ulteriore che emargini la possibilità che le avvisaglie di pericolo non fossero significative o comunque non fossero percepite compiutamente (o valutate tali) dal reo: la mera protrazione dell’inerzia, infatti, non può valere *ipso facto* a qualificare la condotta come dolosa.

1.4 – Il dolo eventuale come ‘volontà per analogia’: notazioni critiche

Tornando al cuore dell’indagine, è tempo di mettere a raffronto la nozione di dolo eventuale che emerge da questo *excursus* dottrinale e giurisprudenziale con il sistema dei delitti di bancarotta fraudolenta che si è precedentemente delineato. Si

⁷¹ Si vedano, in controtendenza rispetto alla sentenza delle Sezioni Unite, Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2015, n. 20445, in *CED*, rv. 264311; Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 2015, n. 18212, in *CED*, rv. 265512; Cass. pen., Sez. I, 20 marzo 2015, n. 11851, in *CED*, rv. 261112; Cass. pen., Sez. II, 16 ottobre 2014, n. 43348, in *CED*, rv. 260858. Sul punto cfr. M. Dova, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2015, e, per una casistica ragionata, cfr. P. Astorina Marino, *L’accertamento del dolo*, cit., 404 ss.

⁷² G. P. Demuro, *Il dolo*, vol. I, cit., 270.

⁷³ *Amplius* cfr. B. Schünemann, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin 1999, 363 ss.

⁷⁴ G. Losappio, *Formula BARD*, cit., 14; così già G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, cit., 1041.

può subito osservare che la teoria degli indicatori del dolo (o dei segnali d'allarme), per quanto finemente argomentata, non pare potersi innestare sulle fattispecie di bancarotta fraudolenta, per la risolutiva ragione – evidenziata nella stessa sentenza *Thyssenkrupp* – che nel dolo eventuale «non vi è finalismo, non vi è rappresentazione di un esito immancabile o altamente probabile [...] non vi è volontà in azione, esteriorizzata»⁷⁵.

L'asserzione menzionata rivela la collisione frontale con la struttura della tipicità oggettiva e soggettiva della bancarotta fraudolenta messa a fuoco nei capitoli precedenti.

Anche al di là dell'ovvia obiezione per la quale un reato a matrice economica non è commesso per l'eventualità che esso produca un profitto, qual che ne sia il genere, ma proprio in ragione della speranza di conseguirlo⁷⁶, sembra chiaro che una «volontà indiretta o per analogia»⁷⁷ non può costituire un criterio di imputazione soddisfacente. Pur rivendicando la centralità della volizione, la Suprema Corte non rinuncia all'appiglio della rappresentazione, lasciandola essere l'unico riparo da fluttuazioni decisionali altrimenti ingovernabili⁷⁸. Per come viene perimetrata, la forma minima del dolo sembra al contrario del tutto avulsa dalla realtà del volere: è difatti assente il centrale profilo della sua rilevanza causale e del suo imprimersi sul mondo circostante, trascurandosi il carattere attivo della volizione in favore di stati mentali di rappresentazione passiva, in definitiva gradati rispetto al loro grado di probabilità⁷⁹.

Venendo ad un raffronto più puntuale, le fattispecie post-fallimentari si pongono su un piano che pare fenomenologicamente estraneo al cono applicativo del dolo eventuale: risulta infatti impossibile concepire una condotta siffatta che non sia anche diretta alla lesione intenzionale, o comunque certa, del ceto creditorio.

Le fattispecie a dolo specifico, proprio in ragione della tipizzazione del movente, si pongono su un piano del tutto incompatibile con la forma minima del dolo. Da un lato, voler sovrapporre dolo eventuale e specifico comporta un'evidente contraddizione logica: non è infatti possibile prendere di mira un accadimento e, al contempo, non farlo. La finalità soggettiva, quando non si voglia obliterarne il senso profondo, altro non può essere se non un riflesso psichico di una realtà esistente ed esteriorizzata, una struttura consustanziale alla condotta, che come tale incide sulla finalità della stessa, ovverosia sulla sua capacità di produrre determinate ripercussioni materiali⁸⁰. Come si è a più riprese accennato, il fine specifico non determina un finalismo puramente soggettivo, estraneo alle componenti modali dell'illecito e alla sua idoneità lesiva, ma con esse si compenetra: la tipizzazione del movente ne implica il passaggio da una dimensione puramente psichica ad una materiale, ove esso rivela un rapporto di mezzo a fine che conforma la tipicità del reato. In difetto,

⁷⁵ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 182.

⁷⁶ Per tutti, cfr. A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., 537.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 183.

⁷⁸ G. de Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 86.

⁷⁹ D. Pulitanò, *I confini del dolo*, cit., 53; M. Ronco, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, cit., 616 ss.

⁸⁰ In questo senso già C. Pedrazzi, *Il fine dell'azione delittuosa*, cit., 261.

com'è stato lucidamente notato, si dovrebbe affermare che la disciplina dei reati a dolo specifico si sottrae complessivamente a quella del reato impossibile⁸¹.

Infine, si è visto che i reati di bancarotta 'impropria' ex art. 223, comma 2, n. 2, devono caratterizzarsi per la loro intrinseca attitudine ingannatoria e per il loro finalismo lesivo rispetto alle pretese creditorie, astrattamente inquadrabile ai sensi degli artt. 56 e 640 c.p.; anche al netto della incompatibilità tra tentativo e dolo eventuale, ciò che risalta è che tali illeciti non paiono davvero concepibili da chi non intenda intenzionalmente (o consapevolmente) cagionare un danno. Diverso, almeno in parte, è il discorso relativo alla bancarotta da reato societario, laddove questa direzionalità è certamente presente, ma non in modo così spiccato da far propendere verso l'esclusione della forma minima del dolo. Tuttavia, essendo *in re illicita* ed essendo strutturalmente presenti tutti i più consistenti indici del dolo – in particolare il c.d. criterio economico – il dissesto parrebbe di fatto ascrivibile in ogni caso a titolo di dolo eventuale, essendo apparentemente impossibile argomentare per la 'non volontà' dell'evento ulteriore. Naturalmente, così facendo non si farebbe altro che perpetuare un'interpretazione per cui l'ascrizione dell'evento è sostanzialmente oggettivistica, di fatto vanificando l'opposta intenzione che aveva retto l'intervento novellatore.

Ancora diverso, come si vedrà nel prosieguo, è il quadro relativo alla bancarotta semplice, nella quale è certamente possibile immaginare un'attribuzione a titolo di dolo eventuale proprio in ragione dell'assenza di un chiaro finalismo lesivo, come è peraltro testimoniato implicitamente dalla teoria dell'indifferenza dell'elemento soggettivo.

Quel che pare certo, in conclusione, è che nelle 'frodi', intese in senso lato, la finalità è quella di acquisire un vantaggio economico o economicamente valutabile, rispetto alla quale è strumentale l'inganno del soggetto passivo o un'attività comunque decettiva. L'agente intende intenzionalmente ingannare con una direzione volitiva assoluta: «non si froda, se non con l'intenzione di ingannare [...]. Il che significa in ultima analisi che, in questi reati, il dolo generico deve essere comunque diretto o intenzionale»⁸². Ritenerne che l'amministratore non operativo (o altro soggetto garante) possa partecipare di simili fatti illeciti senza questa precisa direzione della volontà significa piegare il diritto a scopi politico-criminali estranei alla *ratio* delle fattispecie di bancarotta fraudolenta, anche in considerazione dello strutturale 'affidamento' che costui deve riporre nell'operato del delegato⁸³. Si tratta di una lettura disarticolante del principio imputativo, che conduce al concetto della responsabilità socialmente attribuita in funzione della posizione rivestita⁸⁴: il soggetto agente non è

⁸¹ Così M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 264, nota 206; da una prospettiva diversa cfr. N. Mazzacava, *Il disvalore di evento*, cit., 219 ss. e in part. 227.

⁸² M. Gelardi, *Il dolo specifico*, cit., 162.

⁸³ Nel senso dell'esclusione del dolo eventuale cfr. C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., 136 (pur limitatamente agli ambiti di interferenza tra bancarotta semplice e fraudolenta); E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 40 ss.; M. Catenacci, *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di "dolo eventuale"*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 78 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 926 ss. e 944.

⁸⁴ M. Ronco, *La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2014, 353.

chi può causare o impedire l'illecito, ma soltanto colui al quale quest'ultimo può essere attribuito in ragione della funzione 'stabilizzatrice' del diritto penale.

Così argomentando si privilegia una nozione del dolo come criterio di ascrizione processuale rispetto alla sua intima vocazione di essenza naturalistica – e, soprattutto, orientatrice e conformatrice del fatto – rintracciando la distinzione tra dolo e colpa non più nella mente e nelle azioni del reo, bensì nella considerazione sociale del comportamento in relazione alla sua rilevanza come 'fatto grave' o 'fatto lieve'. Va da sé che, in quanto del tutto funzionalistico, un simile giudizio non si pone sul medesimo piano della regola dell' 'oltre ogni ragionevole dubbio', poiché il profilo di dubbio è obliterato dalla chiarezza dell'esigenza repressiva sociale-normativa, tendente alla concettualizzazione sempre più raffinata di 'nemici' verso cui rivolgere il diritto penale, che tende così a diventare il nemico di stesso⁸⁵.

2. La bancarotta semplice quale forma di criminalizzazione di un 'modello gestionale illecito'

La galassia della bancarotta semplice costituisce un sistema di incriminazione parallelo rispetto all'apparato sanzionatorio della bancarotta fraudolenta, in relazione al quale si pone come un importantissimo parametro sistematico. Gli artt. 217 e 224 l.f. provvedono a delineare delle ipotesi chiaramente distinguibili al loro interno e nettamente separate dagli altri reati; circostanza, quest'ultima, che a più riprese ha fatto rilevare l'impossibilità di trattare la bancarotta semplice come se fosse una fattispecie unitaria: si tratta, al contrario, di un insieme di fattispecie strutturalmente ben diversificate, ed omogenee soltanto sul piano lesivo, a sua volta incentrato su dei profili di colpa imprenditoriale che è talora svincolata da connotazioni precise; col concreto rischio di trasformare gli organi giudicanti «in accademie di scienza manageriale», coinvolgendo «nell'insuperabile opinabilità dell'apprezzamento anche gli imprenditori semplicemente sfortunati»⁸⁶.

Occorre preliminarmente richiamare alcuni dati già messi a fuoco.

Anzitutto, va ribadito che non è concepibile alcuna ipotesi di bancarotta semplice post-fallimentare, e ciò per ragioni rispettivamente di ordine letterale e logico-giuridico. Sotto il primo profilo, anche a volerle ipotizzare dopo la sentenza dichiarativa, le fattispecie dell'art. 217 necessiterebbero di una clausola di estensione analoga a quella recata dal comma 2 dell'art. 216 (o prevista internamente al comma 3). Sotto il secondo profilo, e risolutivamente, si può osservare che la conoscenza della dichiarazione di fallimento e la cognizione dei suoi effetti rendono inconcepibile il ricorso alla bancarotta semplice, tanto patrimoniale quando documentale, in favore dell'applicazione delle fattispecie fraudolente⁸⁷. Occorre, poi, ricordare la peculiarità

⁸⁵ F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 477.

⁸⁶ C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 137 ss.

⁸⁷ In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 maggio 1967, n. 814, in *Giust. pen.*, 1968, III, 655, secondo la quale «il reato di bancarotta semplice, in tutte le ipotesi previste dall'art 217 del R.D. 16 marzo 1942, n 267, può riguardare soltanto i fatti avvenuti prima della sentenza dichiarativa del fallimento, la

dell'art. 217, n. 5, la cui rilevata eccentricità impone di espungerla dal novero delle fattispecie che verranno esaminate, pur solamente nei loro tratti essenziali⁸⁸: basterà riportare alla mente che l'inadempienza delle obbligazioni assunte in un precedente concordato concreta un accrescimento patrimoniale che mal si confà alle caratteristiche del bene giuridico protetto e alla lesività propria dei reati di bancarotta.

Avuto riguardo alle fattispecie semplici patrimoniali, si riscontra chiaramente l'omogeneità in punto di interesse protetto, nonché la nitida possibilità di interpretarle in chiave di pericolo concreto. Il fatto che la legge fallimentare si riferisca all'eccessività delle spese (che deve teleologicamente legarsi alla messa in pericolo delle pretese creditorie; n. 1), alla consumazione di «una notevole parte» del patrimonio per effetto di operazioni imprudenti (n. 2), al ritardare il fallimento (n. 3), ovvero, infine, all'aggravamento del dissesto (che peraltro concreta una lesione effettiva dei diritti della massa; n. 4), ovvero, addirittura, alla causazione del medesimo per colpa specifica (art. 224, n. 2), induce fondatamente a ritenere non solo che il bene giuridico della bancarotta semplice sia omogeneo a quello delle ipotesi fraudolente, ma anche che per aversi tali illeciti è necessario almeno un pericolo concreto⁸⁹.

Quanto alle ipotesi documentali – l'omessa, irregolare o incompleta tenuta delle scritture contabili – la loro parificazione *quoad poenam* non richiede particolare affanno nell'opera di delimitazione logica delle singole fattispecie. Ciò che merita rilevare, al contrario – ribadito il fatto che, limitando il suo ambito applicativo ai tre anni antecedenti il fallimento, la norma mostra chiaramente una *ratio legis* focalizzata sulle esigenze della procedura – è che la disposizione descrive un fatto ben diverso dall'omologa previsione dell'art. 216, comma 1, n. 2, nonostante i tentativi ermeneutici di attrarre l'omessa istituzione delle scritture nelle ipotesi fraudolente, in ragion del quale non pare *de iure condito* possibile ritenere sussistente una reciproca compenetrazione dei fatti e del disvalore⁹⁰. La maggioranza della dottrina, affidandosi al limite testuale dell'enunciato normativo, propende correttamente per la rilevanza dell'omessa tenuta unicamente come forma di bancarotta semplice⁹¹, coerentemente con la considerazione che la mancata istituzione delle scritture, lungi dall'aver un apprezzabile contenuto di frode, risulta certamente meno insidiosa rispetto ad una contabilità artatamente diretta all'inganno.

L'art. 224, infine, enuclea i casi di bancarotta semplice impropria, prevedendo un richiamo analogo a quello operato dall'art. 223, comma 1, alle fattispecie incriminatrici contenute nell'art. 217. Sulla posizione degli organi di gestione e controllo, così come sulla diversità ontologica che separa le ipotesi proprie e improprie – nel

quale funge da condizione obiettiva di punibilità. Ciò vale anche per la figura, contemplata dal n. 1 del menzionato articolo, delle 'spese personali o per la famiglia eccessive' che siano state sostenute dall'imprenditore, dichiarato poi fallito; invece, le spese post-fallimentari aventi le stesse caratteristiche, ove naturalmente non integrino gli estremi della bancarotta fraudolenta a termini del precedente art. 216, non assumono rilevanza penale».

⁸⁸ V. Cap. IV, § 2.

⁸⁹ In termini C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 140 ss.

⁹⁰ G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 661.

⁹¹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 249, 262 e 292; C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 100; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 349; C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 608; A. Perini, D. Dawan, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 215.

segno dell'alterità dell'oggetto materiale e, soprattutto, dei creditori – si rinvia a quanto già osservato *supra*⁹². È tuttavia necessario evidenziare che deve ritenersi escluso dal cono applicativo della norma in esame il n. 1 dell'art. 217, posto che il patrimonio personale delle cariche sociali non è destinato a soddisfare i creditori dell'impresa⁹³, mentre alcun problema – se non di coordinamento sui soggetti attivi: si pensi, in particolare, al n. 4 e alla delimitazione *de facto* della fattispecie rispetto a coloro che sono legittimati a richiedere il fallimento⁹⁴ – è posto dalle altre norme, salvo il fatto che le 'operazioni' evocate ai nn. 2 e 3 dovranno rivolgersi ad astratto beneficio dell'ente, costituendo in difetto una condotta distrattiva.

Il vero problema che pone la bancarotta semplice, in realtà, è legato al fatto che essa si propone il compito di delineare un 'modello gestionale illecito', inserendosi nella dinamica stessa delle scelte imprenditoriali e consegnando al giudice uno strumento malleabile, anche dal punto di vista sanzionatorio, per l'eventuale estromissione di soggetti economici dal mercato, soprattutto mediante l'impiego della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale o dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

Questa considerazione impone di interrogarsi su quali siano i limiti che oggi si devono porre ad un intervento penale nell'economia: non solo con riguardo alla connaturata situazione di rischio dell'attività imprenditoriale, ma anche avendo come parametro le ragioni di opportunità che sembrano sconsigliare un indiscriminato ricorso a forme di tutela che possono avere un'efficacia discutibile, oppure trasformarsi in veri e propri fattori di ostacolo alle finalità complessive dell'ordinamento giuridico-economico⁹⁵. Un modello siffatto, al di là delle rilevate criticità politico-criminali, si pone in frizione con una moderna concezione del reato, atteso che risulta assai difficile emarginare la tentazione di intravedere nel fallimento la prova di una colpevole attività, *ex post* ed *in re ipsa*⁹⁶, la quale sembra fronteggiabile unicamente provvedendo ad un serio esame della tipicità del criterio di imputazione soggettiva.

2.1 – Il dolo; la colpa; il dolo e la colpa; il dolo o la colpa

Il tema del criterio di imputazione soggettivo della bancarotta semplice ha occupato per anni la dottrina penalistica, che ha tentato di ricondurlo a sistema con proposte dal contenuto assai variegato.

⁹² V. Cap. III, § 1.4 e Cap. IV, § 4.

⁹³ A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., 514.

⁹⁴ C. Pedrazzi, Sub art. 224, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 328 ss.

⁹⁵ Sul tema cfr. C. Bertel, *La bancarotta colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 643 ss.; G. Dannecker, *Il diritto penale tedesco dell'insolvenza*, cit., 358 ss.

⁹⁶ D. Micheletti, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 609 ss.; per un'accurata panoramica giurisprudenziale cfr. C. Santoriello, *La bancarotta semplice*, in *Le soc.*, 2015, 1024 ss.

In relazione alle fattispecie patrimoniali, un primo orientamento sostiene la natura (esclusivamente⁹⁷ o) essenzialmente colposa delle fattispecie semplici⁹⁸, rifacendosi alla natura del bene protetto e alla relazione ministeriale, la quale, riferendosi all'art. 217, parla appunto di «quattro ipotesi fondamentali di colpa»⁹⁹. Si sostiene, in particolare, che gli espliciti richiami alla colpa previsti nei nn. 2, 3 e 4 non lascerebbero spazio ad alcun dubbio interpretativo, e che l'eccesso di spese di cui al n. 1 sarebbe concepibile proprio nella misura in cui concreta la violazione di un obbligo di prudente gestione patrimoniale, il quale può certamente travalicarsi senza intenzione. Come si è già sottolineato, la scelta di consegnare la bancarotta semplice esclusivamente alla colpa è storicamente coerente con l'emarginazione del dolo eventuale, quantomeno nel disegno originario del codice, come tra l'altro comprova *a contrario* l'esplicita indicazione – sempre nella relazione ministeriale¹⁰⁰ – della punibilità a titolo di dolo eventuale della causazione dolosa del fallimento ai sensi dell'art. 223, comma 2, n. 2.

Un'altra parte della dottrina, meno compatta, ha sostenuto la natura dolosa delle ipotesi summenzionate.

Del tutto minoritario è l'orientamento che ritiene che ogni ipotesi prevista dall'art. 217 sia imputabile esclusivamente a titolo doloso, il quale muove dalla concezione 'unitaria' della bancarotta osservando che le locuzioni tradizionalmente ritenute sintomatiche della colpa sarebbero poste unicamente allo scopo di caratterizzare obiettivamente le condotte vietate¹⁰¹.

Un secondo orientamento offre una risposta diversificata in rapporto alle singole fattispecie tipizzate. Così, con riferimento al n. 1 – fattispecie di stampo vagamente moraleggiante – superando l'evidente deficit di determinatezza, si prova a salvarne l'idoneità offensiva argomentando circa la necessaria consapevolezza della natura eccessiva delle spese¹⁰², quantomeno nella forma eventuale¹⁰³. La fattispecie del n. 2,

⁹⁷ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 2268; U. Giuliani Balestrino, *La colpa dell'imprenditore nella bancarotta semplice patrimoniale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile, vol. I, Milano 1991, 677 ss. Così, vigente il codice di commercio del 1882, anche F. Carrara, *Programma*, cit., 169 ss., che intitolava appunto il § 3482 con la dizione «Bancarotta colposa».

⁹⁸ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 81 ss.; F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 170, nota 53; G. Sellaroli, *Considerazioni sull'elemento psicologico della bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1961, II, 787 ss.; E. Mezzasalma, *L'elemento psicologico*, cit., 91 ss.; C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 143 ss.; D. Micheletti, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., 609 ss.; S. Canestrari, "Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva, cit., 554 ss.; G. Cerquetti, *Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci, G. Marconi, Torino 2009, 35 ss. e 43 ss.

⁹⁹ *Disciplina del fallimento*, cit., 51.

¹⁰⁰ *Disciplina del fallimento*, cit., 55.

¹⁰¹ Così G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 672 ss.; analogamente G. Cocco, *Sub art. 217*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1209.

¹⁰² A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 121; M. Punzo, *La bancarotta impropria*, cit., 194; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 114; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 280; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 942.

¹⁰³ M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 408.

diversamente, è ritenuta colposa dalla maggioranza degli interpreti. L'ipotesi del compimento di «operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento» (n. 3), si mostra assai interessante: da un lato, il suo finalismo oggettivo ha suscitato notevoli perplessità rispetto ad un'imputazione colposa¹⁰⁴; dall'altro, l'indifferenza giuridica dell'obiettivo che connota la condotta colposa la renderebbe compatibile con un'ascrizione a tale titolo, a patto, ovviamente, che essa sia indirizzata ad un diverso risultato¹⁰⁵. In questo senso, si è autorevolmente osservato che l'incriminazione costituirebbe di una «sintesi di dolo e di colpa»¹⁰⁶. Minoritaria, infine, la dottrina che ravvede nel n. 4 e nell'art. 224, n. 2, un'ipotesi di dolo (eventuale)¹⁰⁷.

V'è, poi, un terzo orientamento, secondo il quale occorre muovere dall'assenza di soluzione di continuità tra le ipotesi di bancarotta fraudolenta e semplice: alla prima sarebbe riservato un generalizzato dolo specifico, laddove la seconda sarebbe punibile, oltre che per colpa – grave: lo imporrebbe il richiamo dell'art. 217, n. 4, seconda ipotesi, in uno con il principio di 'unitarietà' – anche a titolo di dolo generico¹⁰⁸. Più in particolare, la posizione si fonda su un triplice argomento: a) l'essenza della bancarotta consisterebbe in una diminuzione patrimoniale dannosa per i creditori; b) la legge non ha contrapposto la bancarotta dolosa a quella colposa, ma la bancarotta fraudolenta a quella semplice; c) entrambe le figure sarebbero serventi al sistema di repressione della bancarotta colpevole.

Va detto che, pur non aderendo alla limitazione della colpa ai casi 'gravi', la maggioranza della dottrina, seguita da un'unanime giurisprudenza, ritiene i delitti degli artt. 217 e 224 l.f. configurabili indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, richiamandosi anche al fatto che nelle prime tre figure di bancarotta semplice patrimoniale l'indifferenza verso le pretese creditorie si lega ad un finalismo di per sé apprezzabile, o quantomeno apprezzato dal legislatore – cura delle esigenze di vita; scopo di lucro; iniziativa nella salvezza dell'impresa – che deve rendersi coerente con la clausola di riserva posta in apertura dell'art. 217. Al contrario, la fattispecie del n. 4, così come l'art. 224, n. 2, resterebbero sotto il dominio della colpa. In questa prospettiva, il discrimine tra ipotesi fraudolente e semplici non si riscontrerebbe nel binomio dolo specifico/dolo generico, bensì lungo la direttrice che differenzia il dolo eventuale dal dolo diretto, il quale, se impiegato nell'art. 217, ne trasformerebbe inevitabilmente i contenuti finalistici: «pensiamo quindi che non ci sia spazio per la variante dolosa delle ipotesi n. 1 e 2 ogni volta che l'imprenditore già versi in stato di dissesto e ne sia consapevole: in clima di dissesto le spese eccessive e le operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti acquistano un'immediatezza e univocità lesiva cui fa inevitabilmente riscontro (data, beninteso, la consapevolezza

¹⁰⁴ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 126; M. Punzo, *La bancarotta impropria*, cit., 209; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 162; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 288; M. La Monica, *I reati fallimentari*, cit., 411 ss.

¹⁰⁵ F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 103; E. Mezzasalma, *L'elemento psicologico*, cit., 91; C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 144.

¹⁰⁶ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 79.

¹⁰⁷ G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 692 ss.

¹⁰⁸ Si tratta della posizione di G. Delitala, *Studi sulla bancarotta*, cit., 63 ss. e 76 ss., e di Antolisei (riproposta oggi, con qualche aggiornamento, in Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 168).

dell'agente) un vero e proprio dolo di danno, che trae seco l'impronta della distrazione, dissipazione o distruzione. Non esorbita invece dai confini del dolo eventuale la mera accettazione del rischio, più o meno prossimo, di danneggiare i creditori, tutt'altro che incompatibile con le finalità tipiche delle fattispecie in esame»¹⁰⁹.

Anche in relazione all'art. 217, comma 2, si affaccia la teorizzazione dell'indifferenza dell'elemento soggettivo: tetragono in giurisprudenza¹¹⁰ – ed anzi specialmente legato alle fattispecie documentali¹¹¹ – a questo orientamento, proprio di chi ritiene il delitto esclusivamente colposo, si contrappone la maggioranza della dottrina, propensa invece a riconoscerci un'ipotesi dolosa¹¹².

Quanto, infine, all'art. 224, n. 2, ragioni sistematiche – di raffronto con l'art. 223, comma 2 – e testuali – evidente lo schema della colpa specifica – impongono di considerarla come un'ipotesi esclusivamente colposa¹¹³.

In breve, vi sono tre possibili vie interpretative: la punibilità a titolo di dolo, a titolo di colpa, a titolo di dolo e di colpa.

Mentre le prime due soluzioni comportano evidenti conflitti testuali, attraendo a sé norme che positivizzano un contenuto psicologico manifestamente difforme, la terza è più confacente al dato letterale, ma si pone in contrasto col principio di uguaglianza-ragionevolezza e, prima ancora, col disposto dell'art. 42 c.p.¹¹⁴. In questo senso, pur autorevolmente sostenuta in dottrina – ma estremizzata dalla prassi – la teoria dell'equivalenza tra dolo e colpa come criterio ascrittivo del delitto di bancarotta semplice non convince, ed anzi appare ancorata ad una sensibilità e a valori, tra cui l'«unitarietà della bancarotta», che sembrano al contrario da superare, oltrepassando con loro anche la «perenne specialità»¹¹⁵ del diritto penale fallimentare.

Prima di procedere oltre, va sottolineato che la tesi dell'esclusività del dolo ha l'indiscutibile pregio di porsi in continuità rispetto all'esigenza di limitare il diritto penale colposo dell'economia, su cui si tornerà più avanti¹¹⁶. La matrice del delitto colposo, infatti, è la sua 'eccezionalità' rispetto alla 'normalità' del delitto doloso, che ne dovrebbe imporre una limitazione a ipotesi dal contenuto altamente lesivo o comunque riferibili a beni di natura strettamente personale. Al contrario, nel caso dell'art. 217 si

¹⁰⁹ Così, per tutti, C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 145 ss. (citazione a p. 148).

¹¹⁰ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2009, n. 38598, in *Cass. pen.*, 2010, 2419 ss.; Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2006, n. 9572, in *CED*, rv. 234228; Cass. pen., Sez. V, 18 giugno 2004, n. 27515, in *CED*, rv. 228701.

¹¹¹ G. Fornasari, *Bancarotta semplice*, in *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 191 ss.

¹¹² P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 90; A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 136; M. Punzo, *La bancarotta impropria*, cit., 236; F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, cit., 229; E. Mezzasalma, *L'elemento psicologico*, cit., 97; G. Casaroli, *La bancarotta semplice documentale e la Corte di Cassazione: un infausto idillio che non conosce tramonto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 682; G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 660; C. Maccagno Benessia, voce *Reati fallimentari*, cit., 10; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 278.

¹¹³ C. Pedrazzi, *Sub art. 224*, cit., 336; A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria*, cit., 515.

¹¹⁴ M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 404.

¹¹⁵ Chiaro il riferimento a M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 35 ss.

¹¹⁶ V. Cap. III, § 2.

assiste alla configurazione di un vero e proprio delitto colposo contro il (proprio) patrimonio, in assenza peraltro di un evento che valga a circoscrivere il rimprovero, e parimenti in assenza – salvi rari casi: si pensi all'art. 217, comma 2 – dell'afferrabilità di una regola cautelare positivizzata, la quale, in sostanza, è rimessa alla decisione giudiziale, rendendo il giudicante non un fruitore di regole, bensì il loro facitore¹¹⁷.

Provando a delineare un'ipotesi ricostruttiva, si può preliminarmente rilevare che l'art. 217 è una disposizione a più norme (o norma mista cumulativa), e non già una norma a più fattispecie: contiene dunque tante distinte incriminazioni quante sono le fattispecie, ognuna delle quali dà luogo a uno specifico illecito¹¹⁸, ognuno dei quali, a sua volta, richiede una precisa individuazione del criterio ascrittivo, imponendo all'interprete di non propendere per una scelta generalizzata e generalizzante¹¹⁹. Quest'ultima tesi sacrifica infatti l'indipendenza sanzionatoria del fatto doloso rispetto al fatto colposo, equiparando la pena assegnata a forme di colpevolezza del tutto diverse e assolutamente incomparabili, meno che mai in relazione al medesimo tipo criminoso.

Si deve riconoscere, tuttavia, che l'argomento prova troppo: imporrebbe, per onere di coerenza, di riscontrare un unico elemento soggettivo per il delitto, operazione che non è consentita dal tenore della *littera*. In questo spiraglio si inserisce proprio la dottrina che giustifica la teorizzazione in esame: sarebbero le singole norme incriminatrici a indiziare circa la possibilità di ritenere alcune fattispecie punibili a titolo di dolo e di colpa¹²⁰, peraltro in coerenza con il disposto dell'art. 16 c.p., il quale lascerebbe la porta aperta ad un, pur minimo, sovvertimento della regola posta dall'art. 42 c.p., comma 2 (di fatto arbitrariamente sostituito dal comma 4 della medesima disposizione¹²¹). Va tuttavia osservato che l'art. 42 rappresenta una *species* del *genus* rappresentato dal principio di legalità, la cui rilevanza *ex art. 25, comma 2, Cost.*, imporrebbe di limitare correlativamente l'operatività concreta dell'art. 16. La norma dell'art. 42 c.p. non ha, dunque, un puro valore ermeneutico, bensì ha un senso più profondo, prescrivendo una garanzia formale e sostanziale dell'incriminazione contro eventuali oscillazioni interpretative. In questa prospettiva, l'esigenza della previsione espressa del delitto colposo deve dunque essere intesa in senso ancor più stringente, senza accontentarsi di una definizione soltanto 'indiziaria' del coefficiente psichico relativo a ciascuna fattispecie incriminatrice¹²².

¹¹⁷ In questi termini F. Giunta, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 161.

¹¹⁸ Su tutti cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 181 ss.

¹¹⁹ Paradossalmente, pur facendosi (ab)uso nella giurisprudenza di legittimità del principio di 'unitarietà' della bancarotta, le Sezioni Unite hanno inequivocabilmente affermato che l'art. 217 costituisce una disposizione a più norme: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 21039, in *CED*, rv. 249665, con nota di R. Bricchetti, *Più condotte di bancarotta nello stesso fallimento sono autonome e danno luogo al concorso di reati. In adesione alla tesi cosiddetta pluralista escluso il ne bis in idem per fatti successivi*, in *Guida dir.*, 2011, 26, 83 ss.; F. Fasani, *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1483 ss.; A. Caputo, *Pluralità dei fatti di bancarotta e ricadute processuali: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2012, 845 ss.

¹²⁰ C. Pedrazzi, *Sub art. 217*, cit., 149.

¹²¹ In termini cfr. G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 658; M. Zanchetti, *Diritto penale fallimentare*, cit., 403. *Contra* Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 171.

¹²² A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 939.

Più in generale, si può osservare che la bancarotta semplice si colloca nello spettro del c.d delitto ‘contravvenzionale’: si tratta di un reato di mera condotta e tipizzato con elementi normativi extrapenalici qualificanti, ma senza esplicite connotazioni oggettivo-soggettive e senza la formalizzazione di un evento in funzione tipizzante. A queste caratteristiche, com’è stato magistralmente messo in luce, fanno seguito la svalutazione della tipicità soggettiva e la tendenza alla presunzione probatoria dell’elemento psicologico nella *suitas* della condotta¹²³.

Al netto dell’evidente necessità di abrogare le fattispecie in commento – inutili, non effettive e complicatorie¹²⁴ – *de lege lata* il delitto pare doversi interpretare non come una fattispecie punibile indifferentemente a titolo di dolo e di colpa, bensì come una norma mista cumulativa i cui singoli illeciti possono essere puniti a titolo di dolo o a titolo di colpa. Si dia il caso, ad esempio, della bancarotta semplice documentale: l’art. 217, comma 2, chiaramente individua due diverse condotte, l’una consistente nell’omessa tenuta delle scritture, l’altra in una tenuta «irregolare o incompleta». Ebbene, mentre nella prima ipotesi non è possibile riscontrare alcun esplicito richiamo alla colpa, dovendosi quindi ristabilire l’esclusività del dolo, nella seconda fattispecie si può ritenere che, mediante il riferimento all’irregolarità e all’incompiutezza, il legislatore abbia inteso incriminare delle condotte inosservanti delle regole di tenuta della contabilità apprestate dal codice civile, così concretando un’ipotesi di colpa specifica.

Nell’insuperabilità del dato normativo e della omogeneizzazione della risposta sanzionatoria, la critica svolta può apparire come un esercizio di stile, privo di efficacia pratica e forse ulteriormente complicatorio, nonché comunque affetto dalla tara genetica di mescolare, a pena invariata, coefficienti psichici distinti. Tuttavia, ove non bastasse la riaffermazione del valore da assegnare all’art. 42 c.p., si pensi ai casi in cui il giudice dell’esecuzione sia investito della possibilità di applicare la disciplina del reato continuato su un fatto di bancarotta semplice, così derubricato in sede di cognizione: se dovesse ritenerne la fisionomia soggettiva sempre e comunque indifferente, dovrebbe del pari escludere la continuazione, atteso che non è possibile concepirlo in relazione ad un reato colposo¹²⁵. L’esempio, oltre il caso concreto, mostra la necessità logico-giuridica di aver chiaro quale sia il criterio imputativo del fatto, atteso che nelle ‘indifferenze’, nelle semplificazioni, nella ‘sufficienza’ della prova della colpa per provare il dolo (realmente sussistente nella prassi?) si annida lo spettro della responsabilità incolpevole.

¹²³ M. Donini, *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano 1993, in part. 331 ss.

¹²⁴ A. Carmona, *La bancarotta semplice: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 25 ss.

¹²⁵ In tema cfr. Cass. pen., Sez. I, 31 maggio 2001, n. 27048, in *CED*, rv. 219911, secondo la quale «il giudice dell’esecuzione, investito di richiesta di applicazione della continuazione anche con riferimento alla condanna intervenuta per quest’ultimo fatto, non può qualificarlo automaticamente come colposo, per escludere l’applicabilità dell’art. 81, comma 2, cod. pen., ma deve verificare se il fatto stesso, secondo l’accertamento del giudice di cognizione, debba ritenersi commesso con dolo, seppur generico, o con colpa, non potendo omettersi l’esame sull’elemento psicologico del reato tutte le volte che esso abbia conseguenze rilevanti sull’applicazione della legge penale».

2.2 – Il rischio ‘non fraudolento’ della forma minore di bancarotta

L'esame delle fattispecie semplici ha messo in luce un dato non secondario: gli artt. 216 e 217 si ripartiscono l'area del dolo, che dunque non è tipica della sola bancarotta fraudolenta; il che pone a cascata un interrogativo circa le diversità che connotano le due imputazioni dolose.

Il dolo eventuale costituisce il dominio esclusivo della bancarotta semplice, mentre le ipotesi fraudolente richiedono un dolo di maggiore intensità sotto il profilo volitivo. Si deve tuttavia fare un ulteriore passo in avanti: la comune considerazione per cui l'imprenditore conscio dell'insolvenza commette un fatto non più assimilabile nello schema della bancarotta semplice coglie esattamente l'essenza dell'efficacia conformatrice del dolo di bancarotta fraudolenta: in clima di insolvenza le spese eccessive e le operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti acquistano un'immediatezza e un'univocità lesiva cui fa inevitabilmente riscontro un vero e proprio dolo di danno, che porta con sé l'impronta della fraudolenza.

La 'fraudolenza', legandosi al requisito testualmente inespresso dell'insolvenza, si traduce in una percepibile finalità lesiva, che assume la massima espressione nel dolo di danno della bancarotta post-fallimentare e della bancarotta impropria. Del resto, è mestieri riconoscere che il criterio di imputazione è l'unico elemento che, influenzando sugli elementi oggettivi del fatto tipico, consente di delimitare realmente la condotta tipica, altrimenti relegata ad una esangue descrizione in termini naturalistico-causali¹²⁶. Conferma se ne tragga da una considerazione di segno inverso: si è detto che la bancarotta semplice non è concepibile in forma post-fallimentare, proprio perché l'insolvenza dichiarata 'colorerebbe' le condotte di diverse e più gravi valenze; sarebbe incongruo, allora, ritenere adesso che essa abbia una qualche rilevanza, anche ove non formalizzata; del resto, come si è ampiamente detto, la formalizzazione dello stato di insolvenza rappresentata dalla sentenza dichiarativa non ha altra funzione se non quella di condizionare l'illecito.

Ricapitolando, la bancarotta semplice si caratterizza per un rischio non fraudolento, essendo slegato psicologicamente dall'insolvenza, secondo un diverso atteggiarsi del momento rappresentativo; dal punto di vista psicologico, mostra un coefficiente di colpevolezza che si può sposare al dolo eventuale o alla colpa. Il dolo della bancarotta semplice è proprio deficitario del finalismo lesivo che richiede che l'elemento psichico dell'art. 216 si manifesti nei termini del dolo intenzionale o diretto¹²⁷. Da un punto di vista meramente obiettivo, infatti, le spese eccessive sono fatti di distrazione: l'elemento discriminatore è appunto nel finalismo che è caratteristico della fraudolenza¹²⁸, che deve trovare riscontro e incontro nel coefficiente psicologico della tipicità soggettiva, il quale deve mostrare la volontà di dare ai beni una destinazione diversa da quella voluta dalla legge e di ledere il diritto dei creditori alla soddisfazione dei loro titoli.

¹²⁶ In termini D. Micheletti, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., 609.

¹²⁷ A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 935.

¹²⁸ Analogamente cfr. P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 210 ss.

Capitolo VI

Per una rilettura delle fattispecie di bancarotta alla luce del dolo

1. Un correttivo soggettivo per la rivitalizzazione del fatto di bancarotta prefallimentare

Per unanime considerazione dottrinale, la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare rappresenta il reato ‘principe’ del sistema penale delineato nella legge fallimentare: non solo perché è senz’altro la norma che ha la maggiore e più incisiva applicazione, ma anche perché ha catalizzato l’attenzione degli interpreti con la sua criptica formulazione, che sin dal 1942 ha coinvolto intere generazioni di studiosi nel tentativo di enuclearne una ricostruzione coerente.

Tratteggiando sommariamente i caratteri oggettivi dell’illecito, occorre muovere dal fatto che, unico tra i delitti a matrice patrimonialistica, la bancarotta colpisce un oggetto materiale di proprietà dell’imprenditore, offendendo tuttavia un altrui interesse alla soddisfazione patrimoniale: mentre l’oggetto materiale è di proprietà del fallito, la tutela si appresta a favore dei suoi creditori, intesi dinamicamente come ‘massa’. Pertanto, ogni bene avente valore economico, anche immateriale o futuro, purché protetto da una qualche aspettativa giuridica – quale, ad esempio, l’avviamento¹ – può costituire l’oggetto materiale del reato².

Venendo alla condotta, l’elencazione delle modalità si può compendiare nella diminuzione dell’attivo, effettiva o apparente, che consegue ai fatti di distrazione, occultamento, distruzione, dissipazione e dissimulazione. Presa contezza anche del diritto vivente, appare influente procedere ad una precisa delimitazione dei concetti, essendo al contrario più proficuo metterne in luce il comune denominatore³. Il concetto di ‘distrazione’ rappresenta il fulcro del reato: non solo contribuisce a connotare indirettamente anche le altre nozioni, ma soprattutto costituisce il bacino di raccolta nel quale confluiscono le ipotesi residuali insuscettibili di essere altrove in-

¹ M. Bellina, *Sull’avviamento quale oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3309 ss.; P. Chiaraviglio, *Oggetto giuridico e oggetto materiale del delitto di bancarotta patrimoniale. Il problema dell’avviamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 947 ss.

² *Amplius* cfr. T. Coletta, *L’oggetto materiale del reato di bancarotta patrimoniale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1437 ss.; R. Bricchetti, *Sub art. 216*, cit., 1908 ss., 1939 ss. e 1943 ss.; G. Casaroli, *Sub art. 216*, cit., 1429 ss.

³ Così C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., 121.

quadrate⁴. Mentre con l'occultamento e la dissimulazione – che differisce dal primo fondamentalmente in ragione degli espedienti giuridici impiegati – l'effetto prodotto è quello della mera irreperibilità dell'oggetto materiale della condotta⁵, alla distruzione (economica) consegue l'impossibilità di riconquistare il (valore del) bene alla procedura concorsuale. Un discorso leggermente diverso merita, invece, il concetto di dissipazione, da intendere come un irrazionale, quanto apprezzabile, depauperamento dell'attivo in funzione di soddisfazione di esigenze diverse da quelle di vita (come impone il raffronto sistematico con l'art. 217, n. 1), nel quale possono rientrare anche esborsi per cause benefiche o culturali, ove insostenibili o non rispondenti alle finalità aziendali. Così, risulta evidente come le condotte si pongano nella medesima linea offensiva tracciata dalla distrazione, intesa sostanzialmente come una sottospecie di appropriazione⁶, rispetto alla quale risulta irrilevante l'eventuale tipologia negoziale impiegata, posto che la natura distrattiva si misura sugli effetti patrimoniali prodotti dalla condotta⁷: in questo senso, la dottrina maggioritaria ritiene che si tratti di una ipotesi a forma libera⁸.

In quest'ottica, si può quindi sostenere che la forma di bancarotta in esame sanziona il fatto di chi distoglie dalla destinazione vincolata ex art. 2740 c.c. i beni dell'impresa, sottraendoli alla loro funzione di garanzia, senza ripianare l'estromissione con un adeguato corrispettivo⁹. Così si colloca il diritto vivente che, a fronte di un ammanco patrimoniale, ritiene sussistente una vera e propria presunzione *iuris tantum* di distrazione, la quale trova fondamento normativo nel già menzionato art. 2740 c.c. e nell'art. 87, comma 3, l.f.¹⁰.

Tuttavia, un'interpretazione che restituisca un senso compiuto alla condotta impone di verificare scrupolosamente quale sia la soglia di pericolo innescata: pur se nata in seno alla fattispecie impropria, sono significative le indicazioni di sistema che si possono trarre dalla clausola dei vantaggi compensativi, positivizzata all'art. 2634, comma 3, c.c. con la riforma del diritto penale societario del 2002. L'idea della 'contropartita' – dirimente in quanto 'rovescio' concettuale della distrazione – si arricchisce ricomprendendo al suo interno anche gli effetti che l'operazione condotta dalle (o sulle) società controllate può avere sul patrimonio della *holding*, o viceversa. In questa prospettiva, si conferisce rilevanza ad una verifica complessiva

⁴ M. La Monica, *La tipicità della condotta nel delitto di bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1984, 331 ss.; M. Gambardella, *Contributo alla delimitazione del concetto di "distrazione" nel reato di ricettazione fallimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 639 ss.;

⁵ L. Conti, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 23.

⁶ Così B. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Napoli 1933, 401; C. Pedrazzi, *Sui limiti dell'"appropriazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1444 ss.

⁷ Cfr. R. Crepaldi, *La natura distrattiva dei negozi di cessione stipulati in vista del fallimento*, in *Le soc.*, 921 ss.

⁸ C. Pedrazzi, *Sub art. 216*, cit., 54 ss.

⁹ P. Nuvolone, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 481; A. R. Castaldo, *Decoctor ergo fraudator? Perché è necessario riformare il delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 494. *Amplius* D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2013², 45.

¹⁰ Da ultimo, cfr. A. Mereu, *Lo standard probatorio nella bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2086 ss.

dell'operato del soggetto agente, che non si attesti sulla mera rilevazione della commissione di un'operazione astrattamente distrattiva, ma si giovi dell'analisi dei suoi effetti concreti. Analogamente, pur in un diverso contesto concettuale, risulta essenziale il raffronto col fenomeno della bancarotta 'riparata'.

Com'è noto, la dottrina che propugna la configurazione della bancarotta come reato di pericolo concreto – anche nelle teoriche del reato condizionato – ritiene che il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare involga l'effetto della diminuzione della consistenza materiale dei beni, oltre alla consapevolezza di ledere gli interessi dei creditori; talora spingendosi sino alla qualificazione unitaria del dolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel segno del dolo specifico di danno per le pretese creditorie¹¹. L'argomento si sviluppa muovendo dall'inaccettabilità di una siffatta divergenza in punto di elemento psicologico tra modelli di comportamento ritenuti equivalenti e alternativi sotto il segno di una identica sanzione e di un unico *nomen iuris*, peraltro espressivo del particolare *animus* che deve muovere l'agente. Se la fattispecie patrimoniale deve essere sorretta dalla finalità di recare pregiudizio ai creditori, appare evidente che il reo deve prima rappresentarsi la possibilità di ledere la garanzia della massa. Così, si costituisce un raccordo con le conclusioni della teorica della 'zona di rischio penale': la particolare intenzione di agire in frode ai creditori può infatti sussistere unicamente con riguardo a condotte poste in essere in previsione o nell'attualità dello stato di insolvenza.

Quanto alla giurisprudenza, si è visto che un lungo cammino, che ancora non pare essersi arrestato, ha portato la Suprema Corte a enucleare requisiti analoghi a quelli sopra indicati, culminando nell'individuazione di 'indici di frode' utili a dimostrare la natura distrattiva dell'azione e, al contempo, la sua dolosità¹²; anche il diritto vivente, quindi, sta virando nel senso di richiedere un arricchimento dell'elemento soggettivo, includendo il fine di pregiudicare i creditori ovvero la rappresentazione dell'apertura della procedura concorsuale¹³, senza tuttavia che il legislatore si sia finora fatto carico di simili esigenze, neanche nella forma embrionale dei disegni di legge sulle mai nate riforme organiche delle disposizioni penal-fallimentari.

Nel delineare una proposta ricostruttiva, occorre anzitutto riannodare alcune considerazioni svolte.

Partendo dallo scenario di fondo, se da un lato il vincolo della legge è ormai quasi del tutto eroso – sia questo un fenomeno patologico o fisiologico – dall'altro lato v'è una chiara propensione a metamorfizzare il dolo in chiave oggettivo-ascrittiva pura, trasformando un sostantivo in un predicato e un fenomeno psicolo-

¹¹ Così Antolisei, oggi in Al. Rossi, *I reati fallimentari*, cit., 124 ss., e P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 74; analogamente S. Piacenza, *L'elemento psichico del delitto di bancarotta*, cit., 123 ss.; A. Lanzi, *La tutela penale del credito*, cit., 223; G. Casaroli, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di M. Pisani, vol. II, Milano 1991, 301 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*, cit., 170 ss.; G. De Simone, *La bancarotta fraudolenta*, cit., 54.

¹² Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, cit.

¹³ F. Mucciarelli, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., 450.

gico in una relazione valutativa¹⁴, così come confermato anche dall'analisi della sentenza *Thyssenkrupp*.

Al contrario, il concetto post-finalistico di *Tatbestand* presuppone un rapporto tra azione ed evento che non sia puramente causale-ascrittivo: conformandolo secondo la logica della sua struttura, il dato psichico concorre a determinare un tipo che la legge registra in enunciati normativi che sorgono proprio per l'affacciarsi nell'esperienza comune di un tale comportamento, connotato da quelle caratteristiche cariche di pericolosità o di colpevolezza¹⁵. Del resto, è difficile negare che la volontà, una volta posta in relazione con l'insieme degli elementi del fatto tipico, si venga a tradurre nella deliberazione e nella 'decisione' di agire avendo concretamente presenti gli specifici sviluppi lesivi che dalla propria condotta potranno derivare: la 'volontà' della condotta necessariamente si proietta sull'insieme dei fattori materiali dell'illecito.

Sin dalla formulazione della teoria della 'zona di rischio' penale, la dottrina più sensibile alle esigenze di una chiara delimitazione del fatto di bancarotta prefallimentare ha posto l'accento sulla necessità che si desse il giusto spazio al requisito inespresso dell'insolvenza, in difetto del quale sarebbe stato possibile applicare indiscriminatamente l'art. 216. Esigenza ancor più avvertita, come si è avuto modo di vedere, in relazione alla bancarotta preferenziale, anche in virtù dei suoi stretti – o, per meglio dire, connaturali – rapporti con l'azione revocatoria fallimentare. In questa posizione dottrinale, tuttavia, si annidavano due 'forzature', che i sostenitori dell'imputazione obiettiva del fallimento hanno messo chiaramente in luce: da un lato, teorizzare la preesistenza della zona di rischio non consentirebbe di imputarne la volontaria causazione; dall'altro, richiedere il dolo specifico come criterio imputativo comporterebbe il travisamento del testo della norma. In conclusione, il delitto sarebbe a dolo generico e l'insolvenza, in qualità di sostrato materiale del fallimento, andrebbe appunto imputata obiettivamente sia se preesistente nel contesto imprenditoriale, sia ove costituisca il prodotto dell'aumento del rischio innescato dalla condotta, secondo un criterio di giudizio *ex ante*.

Le più moderne elaborazioni teoriche sulla bancarotta hanno chiaramente messo in luce la possibilità di suddividere il fenomeno fallimentare in più componenti, riconducendolo a sistema senza stravolgere il senso testuale delle norme e al contempo rendendo governabili i suoi singoli fattori. In questa prospettiva sono distinguibili i concetti di 'insolvenza', 'dissesto' e 'fallimento', così come conferma anche la prospettiva comparatistica.

¹⁴ T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 127 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, in part. 39 ss., 78 ss. e 108 ss. Sempre attuali le riflessioni di C. Roxin, *Senso e limiti della pena statutale*, Ferrara 1979, 11 ss., 33 ss. e 42 ss. (tr. it. a cura di G. Casaroli di *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Id.*, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 1 ss.); Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1976², 182.

¹⁵ D. Santamaria, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, 184.

Come si è visto, lo stato d'insolvenza (art. 5, comma 2, l.f.) rappresenta un indice del pericolo rilevante legato alla condotta da un nesso di rischio, essendo sufficiente che la condotta si relazioni al pericolo dell'insolvenza come presupposto o come conseguenza, in perfetta continuità con la teorica della 'zona di rischio', della quale vengono così emendati entrambi i difetti: infatti, non solo si ricomprende anche l'insolvenza causata, ma si afferma anche che il dolo della fattispecie è generico. L'insolvenza rappresenta una parte qualificante del *Tatbestand* della bancarotta: ciò sicuramente nel caso della bancarotta preferenziale e, *a fortiori*, nell'ipotesi della bancarotta fraudolenta, in quanto emergente dalla ovvia necessità che il contegno del soggetto sia diretto alla lesione dell'interesse creditorio alla conservazione della garanzia patrimoniale, come dimostrato dall'analitico esame della tipicità oggettiva e soggettiva delle varie forme di bancarotta¹⁶.

Quanto alle fattispecie post-fallimentari, l'insolvenza costituisce pacificamente il presupposto (dichiarato) della condotta e vale a connotare in senso peculiare il dolo (e dunque il fatto)¹⁷, il quale è rivolto al depauperamento dell'attivo fallimentare nella forma del danno, così come testimoniato anche dalla 'amputazione' del fine specifico della fattispecie documentale; tale 'alleggerimento' può spiegarsi con la considerazione che la bancarotta post-fallimentare costituisce una c.d. fattispecie 'soggettivamente pregnante'. D'altra parte, il dolo specifico caratterizza talune fattispecie allo scopo di elevarne il contenuto disvaloriale a fronte di una testualità sensibilmente meno univoca rispetto alle ipotesi post-fallimentari; correlativamente, se ne rivela l'efficacia conformativa, a mezzo di un sensibile apporto tipicizzante derivato dall'obiettivizzazione del fine specifico. Infine, il finalismo evidente delle fattispecie d'evento, talora avanzato sino alla tutela dal dissesto (art. 223, comma 2, n. 1), non richiede particolare affanno espositivo: ciò soprattutto ove si pensi alla locuzione 'con dolo o per effetto di operazioni dolose', volta a circoscrivere il fatto delimitandone le modalità commissive e a definirne il contegno soggettivo (nel segno dell'intenzionalità).

A conferma di quanto esposto, si osserva che le fattispecie in rapporto di alternatività modale (nn. 1 e 2 al loro interno) o temporale-cronologica (ipotesi pre- e post-fallimentari), ovvero di condotta-di evento (artt. 216 e 223), pur divergenti sul piano del dolo, sono legislativamente considerate in modo del tutto analogo dal punto di vista disvaloriale¹⁸.

In quest'ottica, si può concludere che le condotte che rilevano ai fini dell'integrazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare sono unicamente quelle incompatibili con i limiti di rischio fisiologicamente connessi ad un'attività imprenditoriale che tenga in debito conto gli interessi della massa creditoria; il che, ad ulteriore conferma, vale a distinguere le fattispecie anzidette dalla ban-

¹⁶ In termini sostanzialmente analoghi anche N. Pisani, *Crisi di impresa*, cit., 44 ss., pur riferendosi alla distrazione come 'condotta-evento' a forma libera, nella quale il risultato della materiale della condotta risulta inglobato nel significato della prima, secondo una lettura teleologica.

¹⁷ C. F. Grosso, *Osservazioni*, cit., 572.

¹⁸ F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 168 ss.

carotta preferenziale: non solo per la minore offensività della condotta, ma anche per la natura (anche solo eventualmente) ‘virtuosa’ del pericolo messo in essere¹⁹.

Le istanze predette si compendiano nella triplice funzione da assegnare alla locuzione «se è dichiarato fallito»: (i) di condizionare la punibilità; (ii) integrare il fatto, con riferimento alla necessaria rappresentazione soggettiva dell’insolvenza, in atto o incipiente; (iii) attualizzare il pericolo al momento della dichiarazione fallimentare.

La frodolenza obiettiva²⁰, in sostanza, si lega ad una triplice componente disvaloriale: l’insolvenza può essere ‘situazionale’ o ‘ambientale’, enucleando un disvalore ‘di contesto’, che costituisce un elemento eventuale dei fatti di bancarotta e che vale a renderli più nitidamente rivolti alla lesione dell’interesse protetto, nella forma del presupposto; ancora, l’insolvenza connota l’azione, caratterizzandola verso l’approffittamento dello stato anzidetto e la preordinazione di atti diretti alla diminuzione patrimoniale, costituendo anche il parametro del pericolo attualizzato in sede fallimentare.

La bancarotta patrimoniale pre-fallimentare deve necessariamente partecipare della comune natura testé evidenziata, parimenti distinguendosi dalla bancarotta semplice, caratterizzata, al contrario, da un rischio non fraudolento (essendo slegato psicologicamente dall’insolvenza) e da un dolo deficitario proprio di tale finalismo lesivo²¹. Coerentemente, si deve affermare che la fattispecie soggettiva deve connotarsi per la necessaria coscienza e la volontà di dare ai beni una destinazione diversa da quella voluta dalla legge (o dallo statuto) con una lesione dei diritti della massa. Posto, tuttavia, che la bancarotta semplice è punibile (anche) a titolo di dolo, si deve ammettere che si tratta di due volontà qualitativamente diverse, atteso che la bancarotta fraudolenta richiede un atteggiamento che sia diretto o comunque consenta alla sottrazione dei beni alla funzione di garanzia dei creditori, mentre la bancarotta semplice richiede unicamente la volontà della condotta²².

Sviluppando ulteriormente il discorso, si è visto che sono molte le ragioni sistematiche e logico-giuridiche che impongono un ridimensionamento delle forme del dolo applicabili alla bancarotta fraudolenta, atteso che il dolo eventuale è ontologicamente scevro di qualsivoglia finalismo, non manifestandosi come una volontà in azione. Ciò lo rende incompatibile non solo con le fattispecie a dolo specifico, ma anche con quelle post-fallimentari – che per la loro peculiare struttura si pongono su un piano del tutto distinto – e con i delitti di bancarotta impropria, la cui intrinseca attitudine ingannatoria limita *ab initio* il campo al dolo intenzionale o diretto²³. Sarebbe assai peculiare, invero, ritenere che tali caratteristiche non siano proprie anche della bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, posto che nelle ‘frodi’ la finalità è sempre quella di acquisire un vantaggio economico rispetto al quale è strumentale l’‘inganno’ *lato sensu* del soggetto passivo.

¹⁹ A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 919 ss.

²⁰ Sulla nozione di ‘frodolenza’, con riferimento al delitto di cui all’art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cfr. M. L. Ferrante, *Il concetto di “atti fraudolenti” nel delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Arch. pen. - Online*, 1/2017, 7 ss.

²¹ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 74; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 247.

²² A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 93.

²³ In termini cfr. P. Bartolo, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo*, cit., 87; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 249 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, cit., 948.

L'alternativa, come si è detto, è nel senso di leggere il dolo esclusivamente in una veste ascrivito-processuale-normativa, intendendolo come un costruito aprioristico dipendente dalla qualità del fatto commesso: per mantenerne il profilo ontologico-sostanziale-psicologico va affermato che il soggetto agente della bancarotta patrimoniale intende intenzionalmente o consapevolmente 'frodare', compiendo la condotta con una direzione volitiva assoluta²⁴. Sul piano dell'analisi 'classica' del reato, si esclude che la tipicità oggettiva possa dipendere dalla colpevolezza: ma, com'è stato efficacemente messo in luce, ciò pacificamente avviene con riguardo alla truffa, ove il raggirio non può essere concepito senza la correlativa volizione, in difetto della quale sfuma in un mero illecito civile²⁵. Dal punto di vista criminologico, poi, è pacifico che lo *homo oeconomicus* sia un soggetto mediamente razionale, che orienta il suo agito secondo un criterio fondato sui costi e i benefici relativi alla dinamica imprenditoriale in cui si muove²⁶.

La finalità della pena – reale, ipotizzata o 'selezionata' dal giudice – non può condizionare la struttura degli illeciti, che devono sempre e comunque rispondere alla loro logica interna e alla sistematica dell'assetto di tutela: funzionalizzare la seconda alla prima comporta la trasformazione del diritto penale del fallimento in un diritto 'di lotta' e autoriale. La considerazione non è inconferente, sol che si consideri che in questi casi l'accertamento del *Tatertyp* – la sentenza dichiarativa di fallimento – è sempre strutturalmente anteposto alla decisione circa sulla penale responsabilità²⁷, e che non sono mancate in passato autorevoli posizioni che hanno sostenuto la «personalità giuridica diminuita del fallito», posto che egli si presenta come il sospetto autore di un reato, pericoloso per l'ordine giuridico e indegno, per demerito, di esercitare alcuni diritti pubblici²⁸.

Se è vero, com'è vero, che «l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva» e che «nell'ambito del dolo condotta e colpevolezza si intrecciano»²⁹, allora si deve concludere che senza elementi soggettivi nessuna condotta potrebbe mai avere un significato compiutamente criminale: essi condizionano la stessa formulazione dei fatti, che sono così permeati di elementi psicologici da costituire solo unitamente una vera e propria tipicità. Il reato, pertanto, è tanto un illecito obiettivamente modale, quanto un illecito nel quale il dolo o la colpa danno luogo a distinte tipicità, con conseguente mutamento anche della funzione della

²⁴ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 80 ss.

²⁵ A. Cavaliere, *Riflessioni*, cit., 1456.

²⁶ C. E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 493; *amplius* Id., *Principio di colpevolezza e reati economici*, in *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. Borsari, L. Sammiceli, C. Sarra, Padova 2015, 22 ss.

²⁷ In termini cfr. M. Donini, *Per uno statuto*, cit., 67.

²⁸ In questi esatti termini cfr. F. Grispigni, *La condizione giuridica del fallito nel diritto pubblico interno*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 603.

²⁹ Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682, cit., rispettivamente 10 e 8.

pena³⁰, tenuto anche conto della differenza che può eventualmente segnarsi tra il fine dell'azione e lo scopo dell'agente³¹.

Ricapitolando, il dolo della bancarotta fraudolenta risulta essere doppiamente 'ricco'. Da un lato, sul versante rappresentativo, presuppone il legame con l'insolvenza, in potenza o in atto; dall'altro, richiede un'intensità notevole, 'fraudolenta', sulla scorta di più dati sistematici che impongono un riequilibrio complessivo della struttura del delitto³². Si palesano quindi i caratteri della 'fraudolenza', portato di quel *nomen iuris* dal quale si voleva trarre l'argomento per la generalizzazione del dolo specifico; caratteri, peraltro, chiaramente valorizzati anche in chiave di riforma, in particolare dalla Commissione Pagliaro, la quale aveva segnalato la necessità di prevedere la bancarotta fraudolenta patrimoniale come un reato «consistente nel causare o aggravare con frode il dissesto», nonché di stabilire che «la frode consista nella volontà di sottrarre attività alla garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori» (art. 117)³³.

In conclusione, la 'fraudolenza' si atteggia secondo due diverse direttrici: a) la fraudolenza-rappresentazione, insita nel legame della condotta con l'insolvenza, nel segno della cognizione *ex ante* dello *status* economico antecedente o futuribile, nonché della rilevanza pericolosa dell'operazione³⁴; b) la fraudolenza-intenzione, che impone di rifiutare la possibilità di ascrivere la fattispecie a titolo di dolo eventuale, a pena di uno snaturamento della *ratio* della tutela e a favore di una rinnovata rivitalizzazione della frammentarietà interna della fattispecie³⁵. Se tali caratteri valgono per tutte le ipotesi analiticamente esaminate, essi devono necessariamente valere anche per la bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare: lo impone l'analogia oggettivo-soggettiva complessiva tra le fattispecie e il canone della ragionevolezza in relazione all'identità sanzionatoria.

2. Critica alla concezione meramente ascrittiva del dolo

L'analisi sistematica delle fattispecie di bancarotta ha messo in luce non pochi elementi da valorizzare, tanto sul piano della fattispecie oggettiva che di quella soggettiva, grazie ad una costante valutazione congiunta dei requisiti materiali e psicologici dell'illecito. Tra le diverse ipotesi, infatti, è stato possibile ritenere identico il 'peso specifico' delle singole incriminazioni e, separandone le singole componenti, si è

³⁰ M. Donini, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 356.

³¹ C. Pedrazzi, *Il fine dell'azione delittuosa*, cit., 262; P. Moro, *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, in *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. Borsari, L. Sammiceli, C. Sarra, Padova 2015, in part. 79 ss.

³² Sul tema, volendo, cfr. G. Minicucci, *Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale*, in *Criminalia*, 2016, 481 ss.

³³ L'intero articolato è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

³⁴ Limitatamente a questo aspetto cfr. D. Falcinelli, *I delitti di bancarotta*, cit., 489; D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale*, cit., 225.

³⁵ E. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989, 9; T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario*, cit., 6 ss. e 13 ss.

potuta mettere chiaramente in luce la presenza di taluni elementi inespresi – ed eppure logicamente necessitati – dalle fattispecie di bancarotta.

Sul piano soggettivo, si è così individuata una ‘fraudolenza-rappresentazione’, da unire alla obiettiva violazione delle regole di ordinaria gestione economica, *lato sensu* ‘abusiva’ e alla parallela rappresentazione della pericolosità dell’azione, in difetto delle quali non c’è dolo, ma soltanto ‘desiderio’.

Anche sul versante volontaristico la profilatura del dolo di bancarotta si è mostrata assai peculiare, nel segno dell’emarginazione di una «volontà indiretta o per analogia»³⁶, che costituisce il cuore del dolo eventuale, e che certamente non può rappresentare un criterio di imputazione compatibile con le caratteristiche tipiche delle fattispecie³⁷: se la volontà e la previsione arretrano alla potenzialità, come accade in un dolo ‘per equivalente’, le componenti di tipo squisitamente normativo tendono alla sostituzione delle più autentiche componenti intellettive e volitive, necessarie nella prospettiva suindicata³⁸.

Astraendosi dall’esame delle singole fattispecie e del loro rapporto sistematico, occorre ulteriormente sviluppare la riflessione analizzando la nozione e il ruolo dell’elemento psichico nel sistema complessivamente inteso.

La premessa dell’indagine – anch’essa, in qualche misura, inespresa – è l’adesione ad una concezione del dolo, che ne valorizza la dimensione descrittivo-naturalistico-ontologica, assegnando rilevanza al fattore volontaristico.

Come si è in parte anticipato, le alternative rappresentate da una visione valutativo-normativo-ascriviva non paiono condivisibili, posta la loro eccessiva connotazione nel segno della soddisfazione di esigenze politico-criminali, primarie e secondarie, spesso di ingovernabile entità³⁹. Tali esigenze, peraltro, si acuiscono una volta calate nella società ‘del rischio’ e nell’insieme eterogeneo degli interessi protetti dal moderno diritto penale *lato sensu* economico; in questo contesto, infatti, non di rado si diluiscono istanze puramente pubblicistiche, ovvero si giunge ad ampliare a dismisura la platea dei potenziali ‘danneggiati’ dal reato. Ferma l’irrelevanza di questi influssi sulla teorizzazione del bene giuridico tutelato, resta il fatto che essi spingono verso la distensione di una rete protettiva su ogni forma di rischio, avvalendosi del diritto penale e dei suoi istituti talora ben oltre i loro rispettivi confini. Il rischio, in questo senso, è una «tecnologia giuridica» che impiega il concetto di «responsabilità» per soppiantare i profili psicologici propri dell’illecito penale⁴⁰: l’idea che la volontà si identifichi con l’imputazione (*Zurechnung*), e non con un fatto psichico di apprezzabile e apprezzata entità⁴¹, porta all’idea che il diritto penale – soprattutto in

³⁶ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 183.

³⁷ Sul tema, per tutti, cfr. A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale*, cit., 9 ss., nel senso della totale delegittimazione del dolo eventuale in quanto forma di analogia *in malam partem*.

³⁸ G. Licci, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino 2014², 318.

³⁹ Sul dialogo tra le due prospettive, anche con riferimento al retrostante panorama filosofico, cfr. P. Astorina Marino, *Verità e problemi*, cit., 932 ss.

⁴⁰ M. Ronco, *Il reato come rischio sociale*, cit., 719 ss.

⁴¹ Così già H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della preposizione giuridica*, Napoli 1997, 97 ss., 133 ss. e 148 ss. (tr. it. a cura di A. Carrino di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Aalen 1984²).

una prospettiva politico-criminale⁴² – non possa fondare la distinzione tra dolo e colpa sulla mera verifica di uno stato interiore, ma unicamente sul significato sociale delle decisioni dei consociati⁴³.

Ciò conduce, a sua volta, all'estremo di ritenere il diritto penale come un mezzo di consenso comunicativo, nel quale il dolo, deprivato di ogni contenuto soggettivo, viene oggettivato in un paradigma normativo-sociale che si colloca in continuità scalare rispetto alla colpa⁴⁴, impiegando la 'capacità di evitare' e il 'grado di evitabilità' quali parametri per deciderne la sussistenza⁴⁵. In alternativa, porta alla riduzione del dolo alla consapevolezza del significato antisociale della condotta, sotto il profilo del «mancato rispetto della struttura normativa della società», e quindi della «conoscenza dell'illiceità»⁴⁶. In altri termini, il percorso conduce all'abbandono di paradigmi che formalizzino la dimensione psicologico-effettuale del dolo, favorendo l'elaborazione di tipi normativi stereotipati di imputazione⁴⁷, nonché l'ipervalorizzazione della prevenzione e la lettura della colpevolezza in funzione di questa, sottomettendo così il diritto di garanzia (la teoria del reato) al *law enforcement* (la politica criminale)⁴⁸. In breve: dalla mente del reo il dolo transita nella mente (e nella penna) del giudice (o dello scienziato)⁴⁹.

L'adesione alla teoria del 'dolo-ascrizione' sembra comportare una duplice conseguenza: da un lato, impone la rinuncia ad un effettivo valore conformativo agli aspetti soggettivi del *Tatbestand*; dall'altro, consente di elidere del tutto il ragionevole dubbio, posto che le esigenze – sociali o giudiziali – della meritevolezza di pena non sono certamente influenzate dai criteri e dai limiti probatori, né tantomeno dalla regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio». Del resto, un esasperato normativismo può portare a non ritenere più necessario orientare il contenuto delle regole giuridiche rispetto alla manifestazione della realtà, che può di volta in volta essere rimpiazzata da concettualizzazione sempre più artificiose o funzionali al caso di specie⁵⁰. Si noti: ciò non implica l'adesione ad alcuna forma di 'ontologismo' – per il quale si assume che esi-

⁴² C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, 37 ss. (tr. it. a cura di S. Moccia di *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York 1973); Id., *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 5 ss.

⁴³ C. Roxin, *Über den "dolus eventualis"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1214 ss.

⁴⁴ G. Pérez Barberá, *El dolo eventual*, cit., 129 ss., 635 ss. e 724 ss.

⁴⁵ R. Ragués i Vallès, *De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*, in *Indret*, 3/2012, 6.

⁴⁶ G. Jakobs, *Sistema dell'imputazione penale*, cit., 67.

⁴⁷ B. Schünemann, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, cit., 363 ss.; G. P. Demuro, *Il dolo*, vol. II, cit., 41 ss. e 149 ss.; C. E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1124 ss.

⁴⁸ Sul punto è lucidissima, con particolare riguardo alla posizione di Roxin, la riflessione di M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 161 ss.

⁴⁹ Sulla dialettica tra normatività interna e accertamento processuale cfr. P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., 388 ss.

⁵⁰ Per tutti, cfr. H. Welzel, *Kausalität und Handlung* (1931), ora in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechphilosophie*, Berlin-New York 1975, 7 ss.

stano frammenti di diritto penale conformi all' 'essere' pretendendo di dargli *ipso facto* veste normativa⁵¹ – bensì unicamente segnalare la necessità di rispettare il collegamento biunivoco tra la legge e il fenomeno cui essa si riferisce⁵².

Il rifiuto sul piano sistematico generale delle prospettive appena indicate si rafforza nel momento in cui si cala in seno al settore penal-fallimentare, nel quale è elevatissimo il rischio della deriva verso autentiche responsabilità da posizione o per fatto altrui, com'è peraltro confermato dal recente passato e da una non minoritaria parte della giurisprudenza contemporanea, soprattutto di merito. Nel contesto del diritto penale d'impresa, infatti, è fisiologico l'affidamento nell'operato altrui imposto dalla dinamica gestoria, cui è connaturato un rischio che è ineliminabile, ed anzi a sua volta intimamente connesso allo stesso successo economico.

Occorre allora affermare la natura 'reale' ed 'effettuale' del dolo: pur vero che l'imputazione ha un carattere ontologicamente valutativo, tale connotato non può fondare una qualificazione in termini squisitamente normativi dello stato psichico, della volontà e dell'azione⁵³. Un dolo oggettivato nel rischio o si riferisce ad un dolo diretto, ovvero esprime solo un indizio di dolo, atteso che il rischio è l'*objektiver Tatbestand* anche della colpa con previsione *ex art. 61, n. 3*, dalla quale risulterebbe altrimenti indistinguibile. La scelta di obiettivare il dolo in una mera valutazione del comportamento, anche attraverso gli indicatori, comporta un riduzionismo in forza del quale esso viene presunto nel fatto e nell'autoevidenza e autoreferenzialità degli stessi indici⁵⁴. Della consistenza 'fisico-realistica' del dolo, peraltro, si fa garante anche l'art. 133, il quale parla di «intensità» del dolo, riferendosi evidentemente ad un giudizio naturalistico-ricognitivo⁵⁵, e di «grado» della colpa, evocante, al contrario, una valutazione di stampo normativo.

3. La tipicità soggettiva nei delitti di bancarotta

Questo studio, come è oramai reso chiaro, mutua buona parte delle sue premesse teoriche dal lascito del finalismo, soprattutto con riferimento alla collocazione dell'elemento psicologico nel fatto, nell'ambito, più in generale, dell'adesione alla tripartizione dell'illecito penale. Pur non essendo possibile – né tantomeno opportuno – affrontare il percorso evolutivo della scuola finalista, né disegnare i tratti del suo assorbimento nel panorama scientifico nazionale o dell'odierno precipitato delle sue riflessioni⁵⁶, è nondimeno necessario procedere ad alcune considerazioni che sa-

⁵¹ C. Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, 1962, 515, 527, 547 ss.

⁵² H. J. Hirsch, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 395.

⁵³ Così C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1955, 4; M. Donini, *Selettività e paradigmi*, cit., 363.

⁵⁴ Analogamente cfr. M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 95.

⁵⁵ Per tutti cfr. P. Nuvolone, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 11 ss.

⁵⁶ Centrale l'opera di H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969¹¹, 37 ss., 62 ss., 127 ss. e 202 ss. Si vedano, in lingua italiana, H. Welzel, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 1 ss.; Id., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31 ss.; ancora, cfr. R.

ranno utili a comprendere le ragioni per le quali, partendo dall'esame della disciplina penal-fallimentare, si è adesso giunti ad una riflessione 'di sistema' sul ruolo e sul posizionamento del dolo. Del resto, ogni teorica ha senso – e, soprattutto, si legittima – nella misura in cui assolve ad una precisa funzione.

L'analisi condotta sui più vari profili dei delitti di bancarotta consente di avvedersi immediatamente che la legislazione e, di riflesso, la giurisprudenza soffrono di due macro-patologie.

Da un lato, si è constatato lo scarsissimo tasso tecnico nella formulazione delle norme incriminatrici, legate a concettualizzazioni di matrice civilistica e quasi del tutto immutate rispetto alle loro omologhe della codificazione napoleonica. Lo iato che le separa dal codice e dalla Costituzione è stato definito, a buon diritto, come 'particolarismo fallimentare', identificandone la cifra con la pretesa specificità di concettualizzazioni che, in realtà, trovano ben poco spazio nella teoria del reato. Spicca, in questo senso, l'idea della 'unitarietà della bancarotta' e i suoi corollari, riecheggianti tesi dottrinali elaborate sotto l'impero del codice di commercio del 1882 e volte ad annullare le caratteristiche proprie dei singoli reati nell'ottica della repressione di quello che era considerato l'autentico illecito: il fallimento.

Maurach, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 637 ss.; W. Niese, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, 1951, 256, ss.; W. Gallas, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *Scuola pos.*, 1963, 3 ss. (tr. it. a cura di A. Sigismondi di *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, 1955, 1 ss.); W. Gallas, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 447 ss. (tr. it. a cura di F. Angioni di *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, 155 ss.). Per una panoramica del dibattito estero più attuale si vedano gli interventi raccolti in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, ed in particolare i contributi di H. J. Hirsch, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"*, *ivi*, 15 ss.; J. Cerezo Mir, *Ontologismo e normativismo nel finalismo degli anni Cinquanta*, *ivi*, 49 ss.; E. Bacigalupo, *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, *ivi*, 79 ss.; C. Roxin, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, *ivi*, 145 ss.; K. Volk, *Cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina*, *ivi*, 163 ss.; G. Jakobs, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, *ivi*, 221 ss.; W. Hassemer, *Le "strutture logiche della realtà" in Hans Welzel*, *ivi*, 251 ss.; E. R. Zaffaroni, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, *ivi*, 265 ss.; nonché gli interventi raccolti *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, e in particolare, oltre ai contributi citati *infra*, per un affresco del retroterra filosofico della teoria finalistica, cfr. B. Burkhardt, *Dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*, *ivi*, 39 ss. Nella dottrina italiana, per il momento, si rinvia ai fondamentali contributi di M. Gallo, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950 (ristampa 1967), in part. 19 ss. e 49 ss.; D. Santamaria, *Prospettive*, cit., in part. 55 ss., 131 ss. e 178 ss.; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, cit., 141 ss. e in part. 276 ss.; D. Santamaria, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 646 ss.; M. Spasari, voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano 1961, 837 ss.; A. R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1963², 73 ss.; C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Napoli 1966, 112 ss.; G. Marinucci, *Il reato come azione*, cit., 153 ss.; N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento*, cit., 5 ss., 29 ss., 56 ss., 82 ss. e 108 ss.; E. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., 3 ss., 23 ss. e 49 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 132 ss.; M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 291 ss.; G. Fiandaca, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, 157 ss.; G. Vassalli, voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, 535 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 76 ss. e 100 ss.; G. P. Demuro, *Il dolo*, vol. II, cit., 115 ss.

Dall'altro lato, la pregiudiziale 'sostanziale' imposta dalla previa sentenza dichiarativa mantiene quest'ultimo al centro del palcoscenico del sistema di tutela, inducendo meccanismi presuntivi di identificazione e di ascrizione della responsabilità. Inoltre, la pregiudiziale in parola porta inevitabilmente con sé la qualificazione del soggetto come 'fallito': circostanza ancora lungi dall'essere del tutto depurata da connotazioni di segno negativo, anche strettamente penalistiche, col perenne rischio di un implicito scivolamento verso un diritto penale dell'autore. Così gettate le basi, la necessitata conclusione non tarda ad arrivare: «la tutela penale dispiega la sua efficacia retroattivamente, risalendo a ritroso, a far data dalla dichiarazione di fallimento, ricapitolando ogni passaggio della gestione dell'impresa fallita nel pregiudizio che viene accertato al momento della dichiarazione di insolvenza con la verifica delle passività gravanti sulla stessa»⁵⁷, sino a incontrare una condotta che possa essere considerata – *ex post* ed in clima fallimentare – idonea ad aver pregiudicato le aspettative creditorie, o ad aver anche solamente aggravato lo squilibrio delle risorse dell'impresa.

Il manifesto abuso che stravolge il causalismo condizionalistico finisce con l'attentare alla stessa genuinità della selezione dell'azione antidoverosa punibile, mettendo nel nulla il 'filtro' ritenuto più efficace dalla dottrina classica. L'analisi puramente obiettiva dei fatti, in definitiva, lungi dall'essere un criterio di selezione, si trasforma in un criterio di ricerca, peraltro ignorando la problematicità nel riscontrare leggi scientifiche di copertura realmente affidabili. In altri termini: la selezione causale delle condotte è uno strumento generalmente efficace nell'opera selettiva dell'illecito penale, ma, laddove al fallimento si attribuisca un valore consustanziale all'illecito, si finisce con l'aver già individuato il termine finale dell'accertamento, legato per presunzioni a condotte che verranno ritenute eziologicamente adeguate unicamente in una prospettiva *ex post*.

Come pare evidente, riservare un'eccessiva influenza alle vicende civilistiche e al loro accertamento rischia di abbattere ogni specificità dell'intervento penale, che reclama invece una caratterizzazione che non ne costituisce un semplice dettaglio, ma la sua stessa essenza fondante. In questo senso, oltre che dalla (ri)formulazione delle fattispecie, l'autonomia dei delitti fallimentari rispetto al fallimento (in quanto tale) passa necessariamente per una loro (ri)lettura che ne metta in luce le caratteristiche differenziali; questo, a sua volta, implica di ricercare la migliore chiave per ordinare il materiale concettuale e per renderlo effettivamente servente alle istanze della tipicità-frammentarietà, intesa nel suo senso più profondo.

In questa prospettiva (e non solo) l'opzione per la tripartizione, lungi dal costituire una mera «ricollocazione dei mobili in una stanza»⁵⁸, vuol segnalare la scelta di un metodo che, ferma la vocazione sistematica, non si contenti di ripartire gli elementi della fattispecie legale suddividendoli in ragione della loro consistenza, bensì instauri un giudizio tra il fatto concreto e l'ordinamento, secondo quella triplice valutazione⁵⁹ che dovrebbe costituire la spina dorsale della motivazione del

⁵⁷ Così, per tutte, Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, in *Cass. pen.*, 2012, 4205 ss.

⁵⁸ Il riferimento è alla celebre immagine di D. Pulitano, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 16.

⁵⁹ C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 140 ss.; G. de Vero, *Corso*, cit., 402, nota 10.

provvedimento giurisdizionale⁶⁰. Tuttavia, il modello classico lisztiano-belinghiano presuppone appunto che l'azione acquisti rilevanza tipica nel suo aspetto puramente obiettivo, eventualmente anche in ragione dell'idoneità causale alla produzione di un evento, essendo impermeabile ad ogni contenuto di volontà, con il quale si pone in modo del tutto speculare⁶¹. Com'è noto, infatti, la concezione classica fonda il suo garantismo sul riassumere gli assunti del legalismo liberale proprio nella totale oggettività dell'illecito e nella consistenza naturalistico-descrittiva del dolo e della colpa⁶².

La dottrina classica positivistico-naturalistica, sorretta da istanze garantistiche e da un (forse) eccessivo confronto con le scienze naturali, ha identificato il fatto di reato con un mero giudizio di esistenza dell'accadimento fisico-naturale, il cui fulcro è rappresentato dal nesso di causa e dal condizionalismo. Tuttavia, pur partendo da una posizione antimetafisica, il suo assolutizzarsi conduce ad una intima contraddizione che comporta la sua trasformazione in un'unilaterale metafisica meccanicistica⁶³: l'autorevolezza della posizione descritta ha imposto anni di latenza al riconoscimento del disvalore d'azione; ma anche, sul piano puramente oggettivo, alla perimetrazione di un giudizio causale che fosse servente alla sua funzione ascrittiva, oltre che descrittiva, sino all'avvio della riflessione sulla 'causalità umana'⁶⁴ (quantomeno con riferimento alla dottrina italiana).

La critica del finalismo a questo oggettivismo – ridimensionato, almeno in parte, anche nella successiva elaborazione dello stesso Beling⁶⁵ – è più che nota: «Il rapporto dell'azione tra evento e decisione non è puramente causale, ma un rapporto teleologico di posizione significativa»⁶⁶. Nell'ambito di un più ampio rifiuto delle concezioni naturalistiche del reato, si mette in luce che l'imputazione non si lega soltanto alla materialità della realtà, ma opera sul piano culturale degli enti morali⁶⁷, cercando di superare il dogma positivistico-causale assoluto e di vivi-

⁶⁰ In tema, cfr. S. Fiore, *La teoria generale del reato*, cit., 95 ss. e 131 ss.; A. Spina, *Gradualismo nella ripartizione del reato. Una analisi critica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1269 ss.

⁶¹ E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 178 ss.; G. Delitala, *Il "fatto"*, cit., 138 ss. *Amplius* cfr. B. Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 344 ss.; A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Milano 1997, 20 ss., 389 ss. e 416 ss.; G. Licci, *Modelli nel diritto penale*, cit., 179 ss.

⁶² V. De Francesco, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 117; C. Roxin, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dogmatica penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano 1984, 2089 ss.

⁶³ D. Santamaria, *Prospettive*, cit., 83.

⁶⁴ F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934 (ristampa Torino 1960), 161 ss., 199 ss., 229 ss. e 243 ss.

⁶⁵ E. Beling, *Die lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930, 9, 13 e 17.

⁶⁶ H. Welzel, *Kausalität und Handlung*, cit., 19.

⁶⁷ Sul punto, anche per ulteriori approfondimenti, si veda lo studio di G. Civello, *Le radici giusnaturalistiche del pensiero welzeliano. La dissertazione Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs del 1928*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 79 ss. e in part. 94, nonché K. Seelman, *Le "strutture logiche delle cose" di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 21 ss.

ficare l'‘esangue’ azione, riportandola alla realtà⁶⁸: «proprio perché può anticipare mentalmente il suo divenire causa, l'uomo può agire finalisticamente. Infatti, sulla base del suo saper prima o dell'anticipazione mentale delle conseguenze dell'azione egli può dirigere e guidare i singoli atti del suo intervento, così da orientare l'accadere causale oggettivo e da ‘sopradeterminarlo’ finalisticamente»⁶⁹. Con l'effetto, in definitiva, di ‘anticipare’ l'elemento psicologico nel fatto, soggettivizzando così l'illecito.

Va detto che l'opinione che lega al *Tatbestand* una dimensione puramente materiale trova salde radici nella concezione processuale del fatto, che ovviamente costituisce – e costituirà sempre – il primo gradino logico dell'accertamento giudiziale; rinunciando alla tipicità dell'elemento soggettivo, però, esso resta pura forma, come mero riflesso del realizzato⁷⁰. Il concetto post-finalistico di *Tatbestand*, al contrario, prende dalla realtà ciò di cui necessita, senza inventarne una inesistente: la dimensione ontica non impone un concetto di azione e di fatto, ma segna il limite oltre il quale la loro costruzione cessa di essere fedele all'esistente *hic et nunc*⁷¹. Un ‘mondo immaginario’, difatti, è più facilmente soggetto al suo stravolgimento da parte di un eventuale «autismo tecnocratico»⁷²: occorre difendere le categorie dai tentativi di renderle irrealistiche, soprattutto da chi non pretende di ontologizzare il sapere ma neanche di convenzionalizzare tutta la realtà (il che, come si è lucidamente osservato, finirebbe paradossalmente col rendere la convenzione stessa l'unica realtà⁷³).

In definitiva, occorre ricordare che «il diritto penale è fatto per gli esseri umani in carne ed ossa e non per i Santi»⁷⁴. Al primo, evidente, senso della frase, si può associare un secondo significato: occorre evitare di costruire un diritto penale fondato su concetti che non siano fedeli all'esistente, e che, in definitiva, non intendano l'uomo come fine e dunque come loro stesso limite logico. Limite, peraltro, ricorrente in tutti i contesti in cui la sanzione penale si distende e si allarga, nella sua connaturata vocazione repressiva, talora con una precisa formalizzazione giuridica: si pensi, per tutti, all'argomento *ad impossibilia nemo tenetur*, ovvero alla teorizzazione della *Unzumutbarkeit*⁷⁵.

La teoria finalistica è dunque qui riletta non come una teoria dell'azione, ma più semplicemente come una teoria delle relazioni tra la volontà e l'azione⁷⁶: la volontà di un risultato è implicita nella natura dell'agire, e non può consistere nel-

⁶⁸ In tema cfr. E. Bacigalupo, *La teoria finalistica dell'azione*, cit., 81 ss.; K. Volk, *Cosa voleva veramente Welzel*, cit., 167 ss.

⁶⁹ H. Welzel, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen 1949, 718.

⁷⁰ A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, cit., 61 ss.

⁷¹ *Amplius* A. Cavaliere, *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistemistica teleologica del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffò, A. Sessa, Napoli 2017, 527.

⁷² Così E. R. Zaffaroni, *Che cosa resta del finalismo*, cit., 270 ss.

⁷³ In termini cfr. P. Astorina Marino, *Verità e problemi*, cit., 940.

⁷⁴ La celebre massima di Gian Domenico Pisapia è riportata in G. Flora, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 50.

⁷⁵ Cfr. G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità*, cit., 51 ss.

⁷⁶ In termini analoghi cfr. G. P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, Bologna 2004, 93.

la mera «immagine riflessa» dell'atto⁷⁷. 'Volere' e 'agire' sono intimamente connessi: sono dimensioni inseparabili, anche se distinguibili, della responsabilità penale; lo stesso 'agire intenzionale', in definitiva, costituisce un particolare modo di agire. In questo senso, pertanto, lo stato psicologico non 'copre' il fatto, ma ne è parte integrante e formante⁷⁸.

Consequenzialmente, mediante il riconoscimento della funzione tipicizzante degli aspetti subiettivi, questo studio tenta l'enucleazione di condotte sorrette e intrinsecamente connotate da un dolo pregnante, che si caratterizzino per un elevato disvalore d'azione (oggettivo e soggettivo) e che, soprattutto, siano *ex ante* individuabili con un sufficiente grado di precisione, proprio allo scopo di evitare un'imputazione squisitamente causale-obiettiva; attuando, cioè, una selezione che è veicolata dalle manifestazioni esterne del comportamento, le quali devono essere di per sé 'riconoscibili' nella realtà esteriore che concorrono a realizzare⁷⁹. Mentre il difetto di caratterizzazione può comunque sorreggere un delitto naturale, come ad esempio l'omicidio (che può al limite intendersi come mera causazione della morte), se si elimina la finalità di danno da una 'frode' il modello legale diventa del tutto irricognoscibile, sfumando nella *mala gestio* o nell'illecito civile⁸⁰.

In una prospettiva più ampia, la riflessione è corroborata dalla 'crisi' in cui può entrare la sistematica post-finalista al momento in cui si confronta col disvalore d'azione del fatto sorretto da dolo eventuale: la condotta è ambigua – multidirezionale o ipodirezionata – e perde la sua caratterizzazione peculiare rispetto al fatto colposo⁸¹; la decisione del caso non può quindi che fondarsi su un dirimente giudizio di colpevolezza, che nella prassi prorompe nell'esigenza di riscontrare degli 'indici rivelatori' del dolo.

A ben vedere, nell'imputazione dolosa solo la causazione biasimevole dell'evento è tipica e antigiuridica, non già la causazione dell'evento biasimevole: non ogni fatto offensivo, ma soltanto quello che esprime in maniera originaria un atteggiamento personale di avversione (o noncuranza) nei confronti del bene giuridico consente l'attivazione della repressione penale⁸². Al contrario, un ordinamento che concepisse l'illecito penale in chiave preventiva, slegandolo da un minimo coefficiente di prevedibilità *ex ante*, imporrebbe di fatto un generalizzato e incondizionato – per ciò stesso illegittimo e illiberale – dovere di astensione, del tutto incompatibile con la prospettiva della libertà di iniziativa economica e col valore, anche economico, che essa riverbera nell'assetto ordinamentale.

⁷⁷ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 43.

⁷⁸ C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, 22 ss.

⁷⁹ M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 319.

⁸⁰ C. Roxin, *Pregi e difetti del finalismo*, cit., 155 ss.

⁸¹ Si tratta della critica di K. Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin 1944, 155 ss.; sul tema cfr. anche W. Gallas, *Sullo stato attuale*, cit., 47 ss.

⁸² W. Niese, *La teoria finalistica*, cit., 269.

3.1 – Il dolo *nel fatto*

Gli argomenti volti all'individuazione e alla legittimazione di un *objektiver* e di un *subjektiver Tatbestand* sono noti, ma meritano di essere brevemente richiamati. Il dato di partenza è costituito dalla tensione verso un diritto penale che protegga certi oggetti di tutela soltanto da talune forme di aggressione; ciò è tanto più necessario nell'ambito del diritto penale dell'impresa, nel quale certamente non si attenta al nucleo duro dei diritti fondamentali. Nel diritto penale fallimentare, in particolare, ciò è ancor più richiesto, specie laddove si consideri che il disvalore d'evento rischia di essere sostituito con il disvalore dell'intervenuto fallimento.

La dottrina italiana, nella comprensibile preoccupazione che l'introduzione di note 'personali' nel fatto possa portare a far dipendere l'illecito dall'atteggiamento interiore – compromettendone la funzione garantistica e facendo reagire la punibilità ai contenuti della coscienza del reo, con ovvi effetti di 'eticizzazione' e 'psicologizzazione' della responsabilità⁸³ – nonché che la richiesta 'introspezione', per quanto oggettivata, possa comportare un arbitrio del giudice (posta la fisiologica impossibilità di accedere alla mente dell'agente)⁸⁴, ha tradizionalmente messo in ombra che l'identità stessa dell'illecito penale sia da riscontrare nel disvalore d'azione⁸⁵. L'adagio tradizionale vede infatti giustapposti l' 'oggettivo' e il 'soggettivo', talora intesi quali sinonimi del 'fatto' e della 'colpevolezza'⁸⁶.

L'impostazione anzidetta trae invero origine dalla necessità – non ontologica, ma teleologica – che il 'fatto' (obiettivo) costituisca una nozione sistematica suscettibile di essere impiegata per legittimare anche i casi di responsabilità oggettiva, centrati su un'ascrizione fondata sulla prevedibilità dell'evento quale conseguenza del tipo astratto di condotta previsto nella norma⁸⁷; tuttavia, lo scenario del diritto penale colpevole e costituzionale consente di sgravare il 'fatto' da questa funzione⁸⁸. Continuare a polarizzare l'illecito sull'evento, ritenendo che il bene giuridico, l'offensività e la causalità esauriscano gli strumenti per contornare il reato significa, infatti, rinunciare alla possibilità di pervenire ad una superiore definizione della tipicità, che si sposi a quella puramente oggettiva e con essa si compenetri.

Un'ulteriore critica, più specifica, si appunta sulla inconcepibilità dell'anticipazione del dolo nel fatto, osservando che quest'ultimo è l'oggetto del dolo, il suo contrappunto, ed è dunque insuscettibile di abbracciare elementi psichici, atteso che essi dipenderebbero proprio dall'elemento oggettivo presupposto. Il dolo, in sostanza, non potrebbe appartenere all'oggetto al quale si riferisce⁸⁹. Nondimeno,

⁸³ Per tutti cfr. G. Marinucci, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino 1987, 175 ss.

⁸⁴ Così A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1965, 75 ss.

⁸⁵ Su questi rilievi critici cfr. E. Morselli, *Un breve bilancio di fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1322 ss.

⁸⁶ Su tutti, P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947 (ristampa Padova 1972), 44 ss.

⁸⁷ Concezione, quest'ultima, ripresa dalla più recente – e consolidata – giurisprudenza in tema di preterintenzione: v. Cap. IV, § 4.4.

⁸⁸ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 98.

⁸⁹ Così K. Engisch, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (1860-1960)*, vol. I, Karlsruhe 1960, 427 ss.

com'è già stato autorevolmente messo in luce, occorre distinguere tra 'fatto tipico' e 'oggetto del dolo': quest'ultimo è rappresentato dal complesso degli elementi, descrittivi e normativi, necessari per l'integrazione di una particolare incriminazione; il 'fatto tipico', invece, è una nozione sistematica relativa alla partizione del reato⁹⁰, costituita dai dati che concorrono a fondare la meritevolezza di pena dell'illecito, oltretutto il suo essere 'penale'. Mentre il 'fatto tipico' esprime un livello dell'imputazione del reato, l'oggetto del dolo rappresenta uno dei suoi momenti, una sua componente interna.

Volgendo lo sguardo all'attualità e all'influsso del diritto eurounitario e convenzionale, le odierne vicende del *ne bis in idem* mettono chiaramente in luce che esistono illeciti tributari e amministrativi – ma il campo si sta rapidamente aprendo anche a quelli civili e disciplinari – che sono sanzionati in modo incommensurabilmente più grave rispetto a molti reati, tanto da indurre la dottrina più recente a soffermare la propria attenzione sul tema del 'concorso di illeciti'⁹¹. Ciò nonostante, l'illecito penale resta in ogni caso il 'più grave', e tale rimane anche in assenza di danni civili: il suo tratto esistenziale, dunque, non risiede nelle conseguenze che produce, o almeno non solo in queste ultime. La meritevolezza di pena dell'illecito penale è incardinata su un diverso connotato, che contribuisce al pieno rispetto dei principi di personalità e offensività: accanto al disvalore di evento è centrale la presenza di un disvalore oggettivo di azione, sui quali si innesta, in un secondo momento, il disvalore soggettivo di azione. È in questo che si annida l'*ubi consistam* del reato, che è un illecito modale, laddove l'illecito civile si aggancia alla lesione pura e semplice⁹².

La considerazione non pare oggi scalfita dalla presenza di uno statuto punitivo civile rinnovato, e sostanzialmente debitore rispetto al diritto penale quanto alla tipizzazione delle condotte vietate. Il riferimento corre, ovviamente, all'introduzione ad opera del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, di illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie con funzione punitiva, e non meramente risarcitoria, ricalcanti i delitti di ingiuria, di sottrazione di cose comuni, di danneggiamento, di falso in scrittura privata. La categoria del 'diritto punitivo civile', tuttavia, è oggi edificata su fondamenta dalla fragile tenuta concettuale – centrate principalmente sulla deflazione del carico giudiziario penale⁹³ – anche se essa trova un parallelo sviluppo, in diverso contesto e con diversi esiti, sul fronte giurisprudenziale. In particolare, si è recentemente proclamata la necessità di superare il carattere monofunzionale della responsabilità civile, imperniato sulla finalità reintegratoria del risarcimento: le Sezioni Unite civili, in proposito, oltre alle funzioni compensative e riparatorie hanno riconosciuto al risar-

⁹⁰ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 99 ss.

⁹¹ Per ulteriori approfondimenti cfr. C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 173 ss. e 231 ss.

⁹² Cfr. M. Gallo, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 774 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 52 ss. e 59 ss. (in relazione all'illecito amministrativo); analogamente, pur in una diversa prospettiva di fondo, cfr. E. Morselli, *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 105. Più recentemente cfr. F. Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011, 16 ss.; R. Rampioni, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" alla riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 595 ss.

⁹³ In termini cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 969.

cimento una vocazione latamente preventiva e sanzionatorio-punitiva⁹⁴. Tuttavia, la Suprema Corte ha parimenti stabilito che l'istituto aquiliano non muta la sua essenza, e che la curvatura sanzionatoria non può in nessun caso essere rimessa ad una valutazione giudiziale che non sia intermediata da un parametro legislativo, in ossequio al principio di riserva di legge stabilito dall'art. 23 Cost.

In altri termini, i danni punitivi sono oggi configurabili nell'ordinamento italiano ma, pur essendo riconosciuti in alcune specifiche norme, non possono considerarsi immanenti al sistema della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. e non trovano applicazione *tout court*, costituendo ancora un'eccezione che, in quanto tale, deve essere legittimata da una specifica previsione legislativa, ispirata – non certo casualmente – al principio di tipicità delle ipotesi e di prevedibilità delle medesime e dei loro limiti quantitativi (anche con riferimento alla delibazione delle sentenze estere).

Resta il fatto, in ogni caso, che per l'illecito penale il legislatore segue – o, meglio, dovrebbe seguire – la più particolareggiata delle descrizioni, fotografando con la maggiore nitidezza possibile il fatto storico che intende colpire: in questa prospettiva, anche i reati causalmente orientati dimostrano una tipizzazione ben più elevata rispetto all'illecito civile, anche soltanto perché è attribuita rilevanza all'aspetto soggettivo del fatto⁹⁵.

Come si è già visto in relazione alle diverse fattispecie di bancarotta, le 'modalità di lesione' talora sono esplicitate, talaltra sono implicite: si ha il primo caso laddove l'incriminazione sia soggettivamente pregnante, contemplando elementi che ne attestino la pacifica univocità dolosa, ovvero si fregi dell'adozione del dolo specifico; la seconda ipotesi, invece, riguarda i reati causalmente orientati, per i quali non si deve indugiare sul pensiero che sia del tutto assente un minimo coefficiente di tipizzazione. Ciò è reso ancor più evidente, oggi, dal raffronto sistematico con l'art. 131-*bis* c.p., specialmente laddove si ritaglia l'ambito applicativo della causa di non punibilità: mentre nella prospettiva dell'illecito penale obiettivo e di pura lesione la previsione del comma 2 trova un difficile coordinamento, se si apre al disvalore d'azione si coglie il senso del riferimento – da collocare nello spettro di valutazione, appunto, delle «modalità della condotta» – ai motivi abietti e futili, alla crudeltà, alle sevizie, all'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, all'abitualità-serialità del comportamento.

Sembra quindi aperta la strada verso il superamento del modello classico, formalistico e contenutisticamente neutro, elusivo della necessità di una tipizzazione orientata alla frammentarietà interna della fattispecie: un assassinio è diverso da un omicidio colposo, così come una truffa o un'insolvenza fraudolenta sono altro rispetto ad un mero inadempimento contrattuale, così come una calunnia senza dolo, ma comunque veicolante un'informazione che si rivelerà erronea, costituisce pur sempre un'attività moralmente doverosa.

Il profilo modale dell'illecito deve quindi assumere un valore decisivo, posto che i fatti lesivi che il legislatore intende prevenire non sono tutti quelli che cagionano un danno al soggetto passivo, ma soltanto quelli realizzati con una determinata modalità

⁹⁴ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *CED*, rv. 644914.

⁹⁵ M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, 117.

aggressiva caratterizzata da aspetti oggettivi e soggettivi⁹⁶. In questo, a ben vedere, il modello classico aveva colto perfettamente un dato: esiste un *objektiver Tatbestand*, comune a dolo e colpa, che si compone dell'evento e del decorso causale naturalistico (e i suoi fattori d'interruzione), nonché della *suitas* (pre-tipica rispetto all'elemento psichico). Tuttavia, esso non abbraccia le peculiarità modali della condotta, che risultano diverse nella concretizzazione dolosa o colposa dell'illecito; ciò è assai chiaro nei reati contravvenzionali, laddove il fatto (pericoloso) è unico, ma con egual nitore si coglie in relazione ai delitti, laddove componente soggettiva tipica – come nel settore penal-fallimentare – costituisce la cifra autentica del sistema di tutela.

Oltre che da queste ragioni, la rilevanza della tipicità soggettiva che si manifesta nel disvalore d'azione è testimoniata all'interno della stessa teoria del reato, in diversi luoghi concettuali.

Da un lato, ha avuto un ruolo importantissimo la 'scoperta' degli elementi soggettivi della fattispecie, ed in particolare del dolo specifico⁹⁷: la presa d'atto che una componente del tutto psicologica può giungere a costituire uno dei cardini della tipicità – pur non appartenendo all'evidenza del fatto storico – dimostra che al fatto puramente oggettivo si erano assegnate troppe funzioni eterogenee. Difatti, gli si chiedeva di garantire, al contempo, la tassatività e la avalutatività-obiettività: tuttavia, in forza della seconda si sono emarginati dal fatto proprio gli elementi normativi e soggettivi, escludendoli paradossalmente dalla loro funzione concorrente alla delimitazione del precetto. In altri termini, questi ultimi minavano la separazione tra essere e valore che legittimava il modello naturalistico-positivistico, sulla cui base si era emarginato il contributo delle note soggettive della tipicità⁹⁸. È appunto emblematico il caso del dolo specifico: le difficoltà nel legittimarne il (talora eccessivo) peso all'interno della fattispecie incriminatrice si sdrammatizzano unicamente laddove esso spieghi un'efficacia conformatrice sulle note obiettive del fatto. Emerge, allora, che se nel fatto sono contenuti solo la causalità e l'evento, il disvalore della tipicità è necessariamente assegnato da fattori ad esso esterni – salvi i casi in cui siano tipizzati sintomi del disvalore obiettivo, come nei reati a condotta vincolata⁹⁹ – pena la perdita assoluta dell'offesa (penale). Paradossalmente, in questa prospettiva sarebbe proprio l'«atteggiamento interiore» a contrassegnare il fondamento della risposta penale, ovvero a distinguere le risposte sanzionatorie tra ipotesi dolose e colpose.

Dall'altro lato, sul versante dei reati omissivi, si è tradizionalmente posta la questione della impossibilità di determinare la direzionalità di una 'non-azione': la constatazione che qualcuno abbia omesso qualcosa, in senso penalistico, non si può tuttavia cogliere in assoluto, ma unicamente con riferimento ad un'azione attesa e comandata dall'ordinamento. Ciò che è messo in luce dalla dialettica tra la

⁹⁶ Cfr. A. Cavaliere, *Riflessioni*, cit., 1456. Sulla crescente importanza del disvalore d'azione nei delitti colposi, anche in qualità di elemento differenziale, cfr. F. Giunta, *La legalità della colpa*, cit., 154 ss.

⁹⁷ Sul tema cfr. N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento*, cit., 219 ss.

⁹⁸ C. Fiore, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma 1988, 2; G. Balbi, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli 1995, 287.

⁹⁹ Per tutti cfr. C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 25 ss., 61 e 234 ss.; F. Mantovani, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1962, 52 ss e 204 ss.

Vorsatztheorie e la *Schuldtheorie* in relazione ai reati omissivi propri (artificiali) è il segno preciso delle difficoltà che si colgono nello spettro delineato *supra*: il reato omissivo impone un'assenza di finalità che centra sull'inazione il contenuto del disvalore, il quale deve manifestarsi coi caratteri dell'intenzionalità, sotto pena di rendere indistinguibile il caso dell'ignoranza colposa del precetto dai casi di autentica volontà colpevole¹⁰⁰.

Infine, lo studio delle forme di manifestazione del reato lumeggia chiaramente che è il contegno soggettivo, mediante le azioni nelle quali si manifesta, a discriminare i casi di applicazione del tentativo o del concorso di persone.

Cominciando da quest'ultimo, l'art. 110 c.p. è una norma notoriamente tacciata di strutturale atipicità, nella quale ciò che conferisce rilevanza è essenzialmente l'elemento psicologico¹⁰¹. Difatti, per determinare se Tizio e Caio concorrono nel delitto di rapina, avendo commesso separatamente fatti di percosse e di furto, è appunto necessario comprendere se costoro (sappiano di, e) vogliono partecipare ad un fatto comune: soltanto la ricorrenza di un particolare collegamento psicologico consente di determinare il mutamento del fatto di reato realizzato, diversamente da quanto accade nel caso in cui vi sia la mera convergenza obiettiva di azioni soggettivamente indipendenti¹⁰². Analogamente può dirsi con riguardo ai casi di concorso anomalo e di concorso nel reato proprio (artt. 116 e 117 c.p.).

Quanto al tentativo, l'azione tipica non si può in alcun modo determinare senza aver compiuto riguardo al contenuto della volontà¹⁰³, che viene necessariamente collocata in un momento logico precedente rispetto al *Tatbestand* oggettivo anche da parte di quella dottrina che ripudia le acquisizioni post-finaliste, ritenendo a buon diritto che vada prima accertato il fatto criminoso cui l'agente tendeva¹⁰⁴. Com'è stato efficacemente osservato, il fatto che un soggetto spari ad un altro, senza colpirlo, può ricevere diverse soluzioni (tentato omicidio, lesioni personali, grave leggerezza, scherzo di pessimo gusto): cosa si sia effettivamente verificato, tuttavia, è possibile giudicarlo soltanto conoscendo l'intenzione di chi agisce¹⁰⁵. Del resto, l'art. 49 cpv. c.p. è nato proprio per conciliare le concezioni oggettive e soggettive dominanti in materia di delitto tentato, rivolgendo una risposta preventiva – la misura di sicurezza – alla pericolosità, totalmente soggettiva, espressa dal comportamento obiettivamente inidoneo¹⁰⁶.

¹⁰⁰ W. Gallas, *Sullo stato attuale*, cit., 45 ss.

¹⁰¹ *Amplius* cfr. T. Padovani, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 395 ss. e in part. 409.

¹⁰² A. Cavaliere, *Riflessioni*, cit., 1458 ss.; L. Cornacchia, *Ein unausrottbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia* 2013, 586.

¹⁰³ W. Niese, *La teoria finalistica*, cit., 263.

¹⁰⁴ Così F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 437: «Solo in rapporto al referente dello specifico fine e del concreto piano dell'agente è possibile valutare la idoneità e la direzione univoca degli atti: senza tale referente detto giudizio poggia sul vuoto».

¹⁰⁵ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 126.

¹⁰⁶ Così M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel diritto penale vigente*, Bologna 2014, 37; analogamente E. Morselli, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 808.

Ancora, pur non appartenendo alla profilazione del fatto, non mancano nel sistema codicistico plurimi esempi di norme che richiedono una personalizzazione 'introspettiva': nell'ambito delle circostanze, ad esempio, si possono citare i «motivi abietti e futili» e «l'aver agito con crudeltà» (art. 61, nn. 1 e 4, c.p.), nonché i «motivi di particolare valore morale o sociale», lo «stato d'ira» e «l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto» (art. 62, nn. 1, 2 e 3, c.p.). L'intenzione dell'agente, poi, è al centro di una pluralità di risvolti sanzionatori, rispetto ai quali costituisce l'architrate mediante il giudizio svolto secondo i canoni dell'art. 133.

Infine, il codice non definisce il dolo, ma il delitto doloso (art. 43): indicazione dalla quale si può trarre, unitamente a quanto già osservato, la ragionevole conclusione per cui si è inteso segnare la distinzione ontologico-materiale, e non solo psicologica, intercorrente tra le varie forme di illecito normale (dolose, colpose, preterintenzionali, oggettivamente ascritte)¹⁰⁷.

In breve: un illecito penale costituzionalmente conforme richiede un disvalore d'evento, in ossequio ai principî di materialità e offensività, ma anche un disvalore d'azione, e non certo per far fare ingresso a soggettivismi tanto pericolosi quanto inutili, ma per inverare la sussidiarietà, la frammentarietà e la personalità del reato. La distinzione, in termini di contrapposizione, tra disvalore d'azione e di evento¹⁰⁸ non comporta l'emarginazione del secondo in favore del primo¹⁰⁹; né, dall'altro lato, l'inclusione del dolo nel disvalore d'azione lo deve necessariamente trasformare in un disvalore d'intenzione, dell'atteggiamento interiore, non agganciato agli accadimenti materiali: al contrario, il dolo entra nel disvalore d'azione come costituente della componente direzionale dell'azione¹¹⁰.

Non si intende proporre l'enucleazione di un dolo di puro desiderio, né di un mero *animus nocendi* o di una *böse Gesinnung*. Al contrario, lo sforzo sistematico svolto *supra* è diretto alla delineazione di un fatto 'dolosamente tipico', che deve essere il necessario presupposto della verifica della dimensione psicologica. Non c'è tipicità soggettiva senza tipicità oggettiva¹¹¹, e gli scopi o i moventi del reo, se possono valere a facilitare la prova del fatto¹¹², non possono certamente sostituirla

¹⁰⁷ Così D. Santamaria, *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1996, 112.

¹⁰⁸ Generalmente ricondotta a H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim 1935, 84 ss.

¹⁰⁹ Assai significativo, sul punto, l'aneddoto autobiografico riportato in G. Jakobs, *L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 376, nota 13: «[...] in un seminario comune di Welzel e Armin Kaufmann sul finire degli anni '60, Kaufmann stesso aveva tenuto una relazione, in particolare sull'importanza unica del disvalore di azione. Nella discussione Welzel non si sbilanciò; i suoi collaboratori (tra di essi la mia modesta persona) non riuscirono a contrastare il sistema esposto. Poco prima della formale conclusione Welzel osservo poi però qualcosa: "Signor Kaufmann, Lei può dire ciò che vuole, per l'omicidio è necessario semplicemente un cadavere"».

¹¹⁰ W. Gallas, *La struttura*, cit., 453.

¹¹¹ H. J. Hirsch, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"*, cit., 26.

¹¹² Critico, sul punto, L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 501.

in toto, poiché non possono sovvertire la ‘durezza’ dei dati obiettivi¹¹³. Del resto, non pare possibile descrivere ciò che è vietato fare sostituendo elementi materiali con apporti puramente psicologici: la volontà, nel diritto penale, non è ‘ambizione’ o ‘speranza’, ma ‘realizzazione’; l’autore deve quindi necessariamente influenzare la realtà e i suoi accadimenti con la sua azione esteriore¹¹⁴. In difetto, la norma non conterrebbe più un ‘fatto’, ma un mero modo di essere o di pensare, o ancor peggio uno *status*¹¹⁵. Anzi, sembra possibile sostenere che vi sia un intimo legame tra la legalità penale e la tipicità soggettiva del reato: se si lascia ‘scegliere’ il giudice, infatti, il perimetro della fattispecie risulta rimesso alla determinazione del diritto giurisprudenziale, anche con strappi o allentamenti considerevoli e correlative estensioni della punibilità.

In ogni caso, va smitizzata l’efficacia prevenzionistica ed ostacolante del concetto classico di *Tatbestand* rispetto ad eventuali irrazionalismi legislativi fondati su forme di *Gesinnungsstrafrecht*, più o meno manifeste. Il caso dei sequestri ‘qualificati’ dal fine (artt. 289-*bis*, 289-*ter* e 630 c.p.) dimostra quanto una nozione puramente oggettiva di fatto si possa rendere impermeabile all’assorbimento del movente tipizzato, anziché accoglierlo come nota modale della sua commissione. Dal canto suo, il legislatore sceglie e proibisce tra tutte le condotte quelle in cui la volontà è diretta alla realizzazione di una situazione o di un evento indesiderato: sia esso lo scopo, il mezzo o la conseguenza¹¹⁶. In questo senso, non sembra esservi alcuna pericolosità politico-criminale in una teorizzazione che intenda superare la concezione del dolo quale mero fatto interiore in favore di una pluridimensionalità del medesimo e che postuli l’affiancamento al foro squisitamente interno di un profilo esterno di tipicità incarnato dai requisiti materiali rappresentabili/rappresentati per l’ascrizione (almeno) a titolo colposo¹¹⁷.

Tutto ciò premesso, sembra indiscutibile che il baluardo garantistico del fatto tipico può solamente rinforzarsi mediante l’apporto tipizzante dell’aspetto soggettivo, valorizzando le componenti modali dell’illecito e confermando le note strutturali della tipicità materiale, soprattutto con riferimento ai reati a forma libera¹¹⁸, dando così piena efficacia al principio del *nullum crimen sine lege* e vivificando la legalità dell’elemento soggettivo, nonché la sua capacità di incidere sulla punibilità.

¹¹³ Cfr. G. Bettiol, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 10 ss.; S. Moccia, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, in *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 48 ss.

¹¹⁴ C. F. Stuckenberg, *Dolo, consapevolezza dell’illecito, dottrina dell’errore*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 135.

¹¹⁵ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 102.

¹¹⁶ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 37.

¹¹⁷ M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 323, nota 9. *Contra*, per una ‘oggettività’ differenziata per dolo, colpa e preterintenzione, che sembra tuttavia comportarne un maggiore ‘soggettivismo’, cfr. A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell’evento*, cit., 798 ss.

¹¹⁸ M. Gallo, *La teoria dell’azione “finalistica”*, cit., 47; M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 263; L. Cornacchia, *Ein unausrotbares verständnis?*, cit., 580 ss.

D'altro canto, non si intende abbandonare il disvalore d'evento, ma solo affermare che chi agisce con dolo imprime al fatto un'impronta lesiva ben precisa, tanto con riguardo al soggetto passivo quanto agli occhi di chi deve valutarne le conseguenze¹¹⁹. In questo senso, come sarà già chiaro, sono da rigettare gli approdi massimalisti di alcuni allievi della scuola finalista¹²⁰, variamente tendenti alla teorizzazione dell'assorbimento dell'evento entro il novero di condizioni obiettive meramente casuali (*als Produkt des Zufalls*)¹²¹. In questa prospettiva, com'è noto, è solo il caso a decidere se il tentativo si trasformerà in un reato consumato: solo il disvalore della condotta può ergersi a oggetto della funzione regolativa nella norma, e dunque dell'illecito. L'argomento, tuttavia, 'prova troppo': il caso decide, frequentemente, anche della stessa possibilità di portare avanti lo stesso tentativo sino al suo compimento, o al contrario consente la realizzazione di un pieno disvalore di condotta: «Per esempio, A ha puntato il suo fucile contro B al fine di ucciderlo e X, subito prima che parta il colpo, tira via il fucile dalle mani di A, il quale dunque non può più sparare: ciò rappresenta dal punto di vista di A un "caso fortuito", allo stesso modo dell'ipotesi in cui X all'ultimo momento spinga di lato B, facendo sì che lo sparo di A vada a vuoto»¹²².

Inesatto questo estremo, pare ugualmente errato l'opposto: un'esclusiva valorizzazione del disvalore d'evento, legata alla prospettiva teleologico-vittimologica – propria della maggioritaria giurisprudenza, e non solo nel diritto penale economico – comporta un fisiologico ampliamento della repressione penale in forza dell'intrinseca vocazione espansiva della punibilità che nasce da un ricorso totalizzante alla dimensione della tutela del bene giuridico. Non è possibile vietare di agire causalmente, mentre si può (e si deve) vietare di intraprendere consapevolmente dei comportamenti dannosi o pericolosi¹²³; il disvalore d'evento non può infatti polarizzarsi su un comando di 'non dover fare' (tipico del disvalore d'azione), bensì soltanto su un 'non dover essere'¹²⁴.

Ricapitolando, la finalità, di per sé, non può realizzare il fatto tipico, il quale resta in piedi, in assenza di dolo, a patto che ricorrano gli estremi della colpa¹²⁵. Nondimeno, la presenza della finalità muta la stessa identità del fatto, i cui tratti oggettivi si 'colorano' diversamente in ragione della presenza del dolo o della colpa¹²⁶. Ciò non significa che si potrà omettere di aver cura di distinguere nettamen-

¹¹⁹ Sul tema cfr. W. Hassemer, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, 49; N. Mazzacava, *Il disvalore di evento*, cit., in part. 29 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni*, cit., 1476.

¹²⁰ D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsumwert*, cit., 135 ss., 143 e 205 ss.; Armin Kaufmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York 1974, 403 ss. e 411 ss.

¹²¹ Amplius H. J. Hirsch, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"*, cit., 21; W. Frisch, *La dottrina del reato di Welzel dagli anni '70. Tra inasprimento soggettivistico e critica normativista*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 337 ss.

¹²² M. Maiwald, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino 1993, 139.

¹²³ In termini cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 127.

¹²⁴ W. Gallas, *La struttura*, cit., 455.

¹²⁵ G. Jakobs, *Significato individuale e significato sociale*, cit., 224.

¹²⁶ M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 17.

te – lo impone, tra le altre cose, la struttura stessa del procedimento penale – il *Tatbestand* oggettivo da quello soggettivo, rimarcandone l'ordine di precedenza logica nella ricostruzione del fatto di reato¹²⁷.

Il reato non è certamente una mera somma di addendi: in questo senso, un approccio (anche altamente) analitico non è servente a negarne l'unitarietà, ma costituisce il mezzo per realizzarla; nel segno, ovviamente, dell'«impersonalità» degli elementi obiettivi, ovverosia del loro totale smarcamento da connotazioni strettamente autoriali¹²⁸. La tipicità soggettiva e il disvalore d'azione – non eticizzante, ma oggettivato nella pericolosità *ex ante* della condotta, da non confondere col disvalore d'intenzione¹²⁹ – possono legittimarsi nella dogmatica moderna indipendentemente dall'accoglimento del retroterra ideologico-culturale di origine¹³⁰, ed anche in un ordinamento ad orientamento prevalentemente oggettivistico come quello italiano. Ne è riprova la giurisprudenza costituzionale, laddove ha affermato che «il fatto (punibile, «proprio» dell'agente) va [...] inteso in una larga, anche subiettivamente caratterizzata accezione e non in quella, riduttiva, d'insieme di elementi oggettivi. La «tipicità» (oggettiva e soggettiva) del fatto (ovviamente, di regola, vengono richiesti nelle diverse ipotesi criminose, ulteriori elementi subiettivi, come il dolo ecc.) costituisce, così, primo necessario «presupposto» della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto stesso»¹³¹. Al di là delle formule lessicali impiegate, è la logica del giudizio di inevitabilità introdotto dal Giudice delle Leggi a tradire questa precisa scelta dogmatica: posto che l'ignoranza afferisce alla rimproverabilità del fatto, ossia alla colpevolezza, quest'ultima deve inerire ad una condotta dolosa o colposa effettivamente preesistente.

In conclusione, per imputare un fatto doloso (o colposo) occorre la creazione o il superamento di un rischio illecito, valido a concretare il presupposto di una regola cautelare: tale rischio, invero, costituisce il minimo comun denominatore dell'azione, intesa in senso penalistico, e ne rappresenta il limite minimo (puramente obiettivo)¹³². Diversamente, se l'ordinamento penale volesse davvero vietare qualunque lesione di un bene giuridico, si tradurrebbe in un generalizzato dovere astensionistico, facendo diventare la realtà un «mondo-museo buono solo da guardare»¹³³. D'altro canto, quando le note del fatto si rendono assolutamente peculiari, in senso

¹²⁷ V. De Francesco, *Il «modello analitico»*, cit., 127 ss.

¹²⁸ M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 259.

¹²⁹ Così M. Mantovani, *Contributo ad uno studio*, cit., 8 ss.

¹³⁰ G. Fiandaca, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, 249 ss.

¹³¹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., 710.

¹³² S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 74 ss. Molto efficace sul punto l'immagine di M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 337: «L'intenzione di ledere il bene, quando si mantenga (o si mantenga ancora) nei limiti del rischio lecito, non è tanto «diligente» – è forse diligente un atto preparatorio? – quanto oggettivamente inidonea, inadeguata, o ancora troppo genericamente idonea».

¹³³ Così H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts* (1939), ora in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, 140 ss. Sul tema specifico cfr. C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 388; L. Cornacchia, *Ein unausrottbare verständnis?*, cit., 593.

doloso o colposo, esse si riferiscono alla tipicità ‘dolosa’ o ‘colposa’ dell’illecito: l’esempio classico è appunto la ‘frode’, che col dolo non condivide solo l’ascendenza linguistico-concettuale, ma soprattutto quanto di soggettivo è presente nel fatto tipico e che vale a determinarne la compiuta identificazione.

Su questo semplice assunto, viene tuttavia consegnato all’interprete (e al processo) un compito più ricco sul piano cognitivo, posta la maggiore elevazione dell’argine della tipicità oggettivo-soggettiva rispetto ai contenuti della ricostruzione eziologica pura indotta dal modello classico¹³⁴. Mentre un’elementare ragione di garanzia impone la primaria valutazione *ex post* della condotta (che è e deve restare prioritaria), il principio di frammentarietà interna delle fattispecie richiede una concorrente valutazione *ex ante*, integratrice del giudizio di responsabilità¹³⁵. È dunque possibile concludere per la tesi della con-costitutività del disvalore d’azione e del disvalore d’evento quali requisiti strutturali indefettibili del reato, dei quali il primo deve logicamente posporre rispetto al secondo, poiché il disvalore d’azione emerge nella misura in cui si tutela un bene giuridico, cui si lega il disvalore d’evento¹³⁶. L’esaltazione del solo lato oggettivo del fatto, in definitiva, non sembra cogliere l’«essenza umanistica» del reato¹³⁷, ma resta comunque l’unico parametro che consente di evitare che l’illecito si sovrapponga alla colpevolezza.

3.2 – Il dolo *del fatto*: la sua ‘doppia posizione’

Delineato il ruolo tipicizzante del dolo, resta aperto l’interrogativo sulla sua collocazione nella struttura del reato, imperniato sull’alternativa tra la sua pertinenza in via esclusiva alla tipicità (*Tatbestandsvorsatz*) e la teoria della c.d. ‘doppia posizione’ (*Doppelstellung des Vorsatzes*).

Dominante nella letteratura tedesca¹³⁸ e diffusa anche nella manualistica italiana¹³⁹, quest’ultima tesi considera doppiamente il dolo – così come la colpa¹⁴⁰ – ritenendolo partecipe del fatto e della colpevolezza. In particolare, il dolo-tipicità atter-

¹³⁴ S. Fiore, *La teoria generale del reato*, cit., 134.

¹³⁵ M. Gelardi, *Il dolo specifico*, cit., 115 ss.

¹³⁶ Per tutti, cfr. M. Romano, *Pre-art. 39*, in Id., *Commentario sistematico*, cit., 306, 321 e 323.

¹³⁷ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 105 ss.

¹³⁸ Per tutti, cfr. H. H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996⁵, § 24 e § 54, 243 e 561 ss.; C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 57 ss.

¹³⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 226 ss. e 363 ss.; F. Palazzo, *Corso*, cit., 206 ss. *Contra* G. Vassalli, *Il fatto*, cit., 562 ss.; A. Pagliaro, voce *Fatto (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano 2006, 2451 ss., ora in A. Pagliaro, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956 - 2008*, vol. III, Milano 2009, 730.

¹⁴⁰ Quanto alla ‘doppia misura’ della colpa (*Doppelmaßstab der Fahrlässigkeit*), la relativa problematicità è molto meno marcata, riscontrandosi una generalizzata adesione dottrinale. Sul punto, per tutti, cfr. G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 132 ss., 237 ss. e 294 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993, 133 ss. e 339 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 511 ss., 541 ss. e 578 ss.; nonché, più di recente, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino 2012, 73 ss. e in part. 81; M. Donini, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 130 ss. e 137 ss.; D. Castronuovo, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1728 ss.

rebbe agli aspetti impersonali, ma comunque ‘volontari’, dell’azione, che valgono a distinguere il reato doloso da quello colposo e dal fortuito; diversamente, il dolo-colpevolezza si identificherebbe con i *Gesinnungsmomente*, ossia con i fini e i moventi che non siano rilevanti sul piano tipico ma utili per la determinazione dell’intensità del rimprovero da muovere all’agente¹⁴¹.

L’altro orientamento, teso al riconoscimento del dolo unicamente nel fatto e alla consacrazione di una colpevolezza del tutto normativa¹⁴², sostiene l’erroneità della ‘doppia posizione’ affermando che il dolo avrebbe ad oggetto la situazione fattuale e, contemporaneamente, concorrerebbe a determinarla, con una conseguente contraddizione logica e con una probabile duplicazione di rilevanza dei medesimi contenuti¹⁴³. Di più, si osserva che il disvalore differenziale tra illecito colposo e doloso sarebbe già del tutto tipizzato nella fattispecie in sede di determinazione legale e che non avrebbe senso riproporre la valutazione, sia in relazione all’*an* della responsabilità, sia con riguardo al *quantum*¹⁴⁴; inoltre, l’accertamento giudiziale del dolo metterebbe in crisi la ‘doppia posizione’, posto che l’indagine sulla motivazione e sulla ‘normalità’ dell’agente è essenziale per la comprensione (probatoria) della condotta¹⁴⁵. Si soggiunge, infine, che la *Doppelstellung* sarebbe sorta in Germania al solo scopo di risolvere il caso (di scuola) dell’erronea supposizione di una causa di giustificazione nell’ipotesi di determinazione dello scriminato a commettere l’illecito (in assenza, com’è noto, di una norma analoga all’art. 59, comma 4 c.p.). Difatti, se Tizio (che versa in errore sulla scriminante) uccidesse Caio su istigazione di Mevio (al contrario consapevole della realtà), sarebbe assai difficile incardinare la responsabilità del secondo per concorso in omicidio, posto che il requisito essenziale dell’istigazione di cui al § 26 StGB è la determinazione dolosa «alla commissione dolosa di un fatto antiggiuridico». Pertanto, ipotizzando che dolo e colpa appartengano sia al fatto che alla colpevolezza, si potrebbe del pari osservare che il fatto è tipicamente doloso, ma passibile di un rimprovero solamente colposo, e così pervenire all’affermazione della responsabilità di Mevio a titolo di concorso¹⁴⁶.

Nonostante i rilievi critici, l’opzione che pare preferibile è nel senso della doppia posizione del dolo (e della colpa).

Il fatto doloso si presenta con una tipicità oggettivo-soggettiva distinta rispetto al fatto colposo, che consente di recuperare una funzione empirico-descrittiva del dolo, a sfavore di un giudizio puramente normativo-valutativo, agevolando così un maggiore garantismo nel procedimento di imputazione soggettiva. Il dolo rileva anche nella colpevolezza: non solo il fatto è obiettivamente più grave, ma anche più

¹⁴¹ G. Licci, *Modelli nel diritto penale*, cit., 212, nota 72.

¹⁴² W. Niese, *La teoria finalistica*, cit., 263 ss.; V. De Francesco, *Il “modello analitico”*, cit., 126; E. Morselli, *Un breve bilancio*, cit., 1319.

¹⁴³ Così lo stesso H. Welzel, *Um die finale Handlungslehre*, cit., 24, nonché, in particolare, K. Engisch, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, in *ZStW*, 1958, 566 ss. Nella dottrina italiana, in particolare, cfr. L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 578 ss.

¹⁴⁴ G. de Vero, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 831. Sul punto cfr. anche G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 374.

¹⁴⁵ P. Astorina Marino, *L’accertamento del dolo*, cit., 431.

¹⁴⁶ G. de Vero, *Corso*, cit., 417.

colpevole. Il fatto è un accadimento, mentre l'antigiuridicità e la colpevolezza esprimono il rapporto tra il fatto e l'ordinamento e tra il fatto e il reo: rispettivamente, un rapporto di contraddizione e un rapporto di adesione¹⁴⁷. Il coefficiente psicologico attribuisce infatti una maggiore gravità all'atto e all'offesa prodotta, ma dimostra anche un'incomparabile rimproverabilità rispetto al fatto involontario¹⁴⁸, posto che nel dolo si esercitano un controllo e una direzionalità che mancano in radice nel delitto colposo, laddove si manifesta una natura non antagonista dell'illecito (che certamente pregiudica la vittima, ma non si indirizza contro di essa).

La conseguenza di questa scelta teorica è la necessità di non considerare chiusa la questione del dolo in ragione della mera realtà materiale del fatto obiettivamente doloso. Occorre, al contrario, la strutturazione di un giudizio circa il fatto psichico, senza il quale il fatto materiale degrada in mero rischio, e certo non può essere – per quanto qui interessa – né 'frode' né 'inganno'. Ciò si dimostra chiaramente nel caso del non imputabile: evidentemente, essendo la capacità di intendere e di volere il primo punto da accertare per un qualsivoglia rimprovero, i casi consimili non si può neanche immaginare un dolo-colpevolezza, ma certamente è impossibile nascondere la realtà che il fatto sia obiettivamente doloso, cioè che rechi i contrassegni della volizione nella sua manifestazione esteriore¹⁴⁹. In questa prospettiva, va osservato che il *dolus in re ipsa*, se non ammette una prova contraria, contrasta inesorabilmente con la presunzione di innocenza, la quale impone sempre un accertamento reale della colpevolezza¹⁵⁰; in quest'ultima trovano ingresso le componenti più strettamente personalistiche, che se inserite nel fatto comporterebbero una seria compromissione del *Tatbestand* in senso potenzialmente ideologico-eticizzante.

Il fatto doloso e la colpevolezza dolosa non possono pertanto confondersi: c'è una tipicità soggettiva – *id est*, con riferimento alla bancarotta fraudolenta, agire in stato d'insolvenza potenziale o attuale con la consapevolezza del pericolo per le pretese creditorie – che non assorbe la colpevolezza (dolosa), nella quale deve confluire, appunto, l'analisi circa le residue componenti della 'fraudolenza' del dolo di bancarotta, nei termini delineati *supra*, rifuggendo applicazioni oggettivistico-presuntive.

Il tema, centrale, riguarda le diverse funzioni dell'illecito, quale regola di condotta, e della colpevolezza, quale regola di giudizio: il dolo, come figura complessa, attratta la sua parte fattuale nell'illecito, resta nella colpevolezza, non perdendo così alcuna sua componente e non trascurando i distinti passaggi gradualistici – sostanziali e motivazionali – imposti dalla tripartizione¹⁵¹. Tenere distinto il momento fattuale e quello della colpevolezza, ognuno con differenziate componenti psicologiche, costituisce un passaggio concettuale ineludibile, e consente anche di impostare forse più chiaramente la soluzione dei casi a cavallo tra l'errore sugli elementi nor-

¹⁴⁷ G. Vassalli, *Il fatto*, cit., 540 ss.

¹⁴⁸ *Amplius* cfr. A. R. Latagliata, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Ind. pen.*, 1991, 288.

¹⁴⁹ M. Donini, *Il dolo eventuale*, cit., 95.

¹⁵⁰ Per tutti, cfr. G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, 138 ss.

¹⁵¹ A. Spina, *Gradualismo nella tripartizione del reato*, cit., 1263 ss.

mativi del fatto e l'errore sul precetto¹⁵², definendo meglio i confini dell'oggetto del dolo e mettendo chiaramente in evidenza come, nelle ipotesi di errore evitabile, ciò che viene a mancare non è la direzionalità dell'azione, bensì la rimproverabilità dolosa dell'agente, e dunque il carattere colpevole del dolo¹⁵³.

Dal punto di vista sanzionatorio, l'opzione prescelta consente infine il definitivo superamento dell'idea della 'pena-tariffa', dando rilievo e vitalità al momento commisurativo¹⁵⁴. Il punto più qualificante della concezione normativa della colpevolezza, anche in questa 'versione', è proprio nel segno della maggiore individualizzazione possibile del rapporto tra fatto e autore¹⁵⁵. Il collegamento tra colpevolezza e scopo della pena, infatti, è assai intimo: solo laddove si può attendere una prevenzione, rispetto al soggetto attivo o ai consociati, ha senso imputare una devianza; viceversa, un'autentica prevenzione è concepibile unicamente se fondata (anche) su un preesistente giudizio di colpevolezza¹⁵⁶. La necessità di instaurare questo connubio si rende palese proprio nel sistema dei delitti di bancarotta, dov'è assai facile lo scivolamento verso un illecito penale che si sostanzia una *mala gestio*, o una *culpa in eligendo* o *in vigilando*, o che peggio ancora sia concretato dalla valorizzazione del mero fallimento.

¹⁵² *Amplius* cfr. M. Donini, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti tra errore di diritto e analogia nei reati a contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1 ss., in part. 45 ss.

¹⁵³ Per tutti cfr. W. Gallas, *La struttura*, cit., 464.

¹⁵⁴ M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 283, nota 37.

¹⁵⁵ T. Padovani, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 559.

¹⁵⁶ W. Hassemer, *Principio di colpevolezza*, cit., 62; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 28 ss.

Capitolo VII

Considerazioni conclusive

1. Per una rivisitazione del sistema attuale: la ‘costruzione separata’ dei delitti di bancarotta

Avviandosi a delle conclusioni, la prima prospettiva che occorre intraprendere si lega alla definizione di una precisa sistematizzazione del materiale normativo vigente, per quanto vetusto. Si proverà a offrire una sorta di ‘costruzione separata’ delle fattispecie di bancarotta, senza superare o stravolgere il diritto positivo, che, pur con tutti i suoi limiti, deve in ogni caso restare il primo riferimento interpretativo dal quale muovere.

Si è detto che in questo particolare settore del diritto complementare è del tutto manifesta l’insufficienza – quando non la strumentalizzazione – della concezione puramente causale dell’azione: anche al di là della separazione degli aspetti oggettivi e soggettivi del fatto, essa si rende strutturalmente inidonea a frapporre un limite alle presunzioni di colpa per i limiti dell’accertamento del nesso eziologico e per la possibile deriva ‘autorale’ o ‘pan-fallimentaristica’.

Il fallimento – salve le ipotesi dell’art. 223, dove pure deve essere inteso come ‘insolvenza’ o ‘dissesto’ – non costituisce l’evento naturalistico del reato: tuttavia, è un dato di partenza incontestabile di ogni giudizio di bancarotta e tende, con la sua ingombrante presenza, a esserne considerato il prodotto naturale, quando, al contrario, può dipendere dalle cause più svariate. L’identificazione del disvalore oggettivo d’evento col fallimento – in una piena commistione tra natura civile e penale, che fa diventare il reato una mera appendice sanzionatoria – porta all’automatica creazione di una relazione col disvalore soggettivo d’azione (o d’intenzione), senza la necessaria mediazione di un disvalore oggettivo d’azione. Tale fenomeno comporta la rinuncia alla frammentarietà e all’offensività¹, nonché alla prescrivibilità del principio di colpevolezza, il quale, contrariamente, esige ed impone che l’uomo si manifesti nell’illecito in quanto persona, e non come un qualsiasi accadimento naturale.

Un’esemplificazione può forse aiutare ad esprimere meglio i concetti. Si dia il caso dell’imprenditore che distrae una minima somma di denaro, di per sé inidonea a mettere a repentaglio le pretese creditorie; le avversità macro-economiche, di lì a breve, conducono l’impresa al fallimento. È forse possibile negare che la condotta sia causalmente efficace? Si può obiettare, con successo, che non avendo causato un pericolo concreto essa non è idonea a mettere a repentaglio la pretesa creditoria, ma

¹ G. de Vero, *Disvalore d’azione*, cit., 1519.

solo perché si provvede ad emarginare il disvalore civil-fallimentare dall'equazione del giudizio. Diversamente argomentando, non solo l'azione risulterebbe causale, ma la sua rilevanza sarebbe apprezzabile (unicamente) *ex post*; per di più, si assisterebbe ad una surrettizia mutazione della forma vincolata degli illeciti, con la genesi di una macro-fattispecie causalmente orientata: la storia del concetto di 'distrazione', sul punto, è più che eloquente. Ma allora l'illecito diventa di pura lesione: indifferente l'azione – talora indifferente anche l'elemento soggettivo: eloquente, stavolta, l'art. 217 – i reati fallimentari divengono dei meri succedanei della responsabilità civile, o comunque governati da una filosofia di fondo del tutto analoga. Una volta tratti a giudizio, poi, una colpa *lato sensu* si finisce sempre col trovarla².

Un possibile rimedio, allora, alberga nella rivitalizzazione dell'azione.

Si è detto che il dolo appartiene al fatto, e che quindi gli illeciti dolosi e colposi si distinguono già nella fattispecie; tuttavia, gli artt. 216 e 217 si ripartiscono l'area del dolo, e ancora prima, si ripartiscono l'ambito del rischio comune agli illeciti dolosi e colposi, che confluisce nel *Tatbestand* oggettivo sul quale si innesta l'aspetto soggettivo in funzione di selettore-conformatore. Del resto, si è anche detto che, sul versante obiettivo, questa peculiare attitudine dell'agire implica una stretta relazione con l'insolvenza, e non con una generica violazione delle regole a presidio della corretta gestione imprenditoriale. In questo senso, pare necessario implicare una maggiore gravità obiettiva del fatto fraudolento, già sul comune piano della contrarietà della condotta al comportamento lecito.

Quanto alla bancarotta fraudolenta *ex art.* 216, comma 1, n. 1, la costruzione separata che si intende delineare impone di inserire l'azione nel contesto di una gestione fraudolenta, esprimendo quest'ultima la totale estraneità rispetto alle regole dell'ordinata gestione economica; parallelamente, l'agito deve caratterizzarsi per la piena cognizione dello stato di insolvenza (attuale o potenziale), con la correlativa consapevolezza circa la pericolosità della condotta, dovendosi verificare che si produca almeno un pericolo concreto per l'interesse patrimoniale dei creditori, così come riconosce ormai anche la più attenta giurisprudenza di legittimità.

Dal punto di vista soggettivo, poi, la duplice accezione della 'fraudolenza' evidenziata *supra* impone di distinguere chiaramente l'area del dolo riconducibile alla previsione dell'art. 216, comma 1, n. 1, in ragione del fatto che gli altri titoli di reato, a mezzo del movente tipizzato o dell'apposizione dell'evento, provvedono ad un'analogia, e manifesta, forma di selezione. In altre parole, la questione della formulazione del tipo di bancarotta fraudolenta passa necessariamente per il suo più ricco elemento soggettivo sotto il profilo volontaristico, in uno con l'obiettiva violazione delle regole della corretta gestione economica, qualificata dalla relazione con lo stato di insolvenza.

Così ordinato il quadro complessivo, può osservarsi che nella bancarotta semplici ce possono ravvisarsi obiettivamente delle condotte sprezzanti delle regole cautelari

² Tornano alla mente le drammatiche immagini di F. Dürrenmatt, *La panne. Una storia ancora possibile*, in Id., *Racconti*, Milano 2013, 377: «Il viaggiatore in prodotti tessili chiese con curiosità quale reato gli si imputasse. Era un punto di scarsa importanza, rispose il pubblico ministero pulendosi il monocolo: un reato si finiva sempre col trovarlo. Tutti risero».

del settore, ma senza una diretta messa a repentaglio dell'interesse creditorio. In altri termini: la violazione delle regole della buona gestione economica non si attesta oltre la soglia dell'irragionevolezza ed è dunque ammissibile, *de lege lata*, anche l'accettazione di un rischio irragionevole, ma comunque contenuto nell'ampio spettro di una, pur minima, logica imprenditoriale.

Discutere del dolo di bancarotta fraudolenta, al contrario, significa adottare una chiave di lettura della tipicità che si attesti su caratteri della condotta che manifestino il segno di un'organizzazione finalistica che contraddistingue l'intenzionalità e che, soprattutto, sono del tutto sprezzanti della logica interna dell'attività imprenditoriale. La più grave forma di bancarotta – in ogni sua ipotesi: patrimoniale, documentale, impropria, post-fallimentare – si connota proprio per una rafforzata presenza del dolo *nel* fatto, nel quale si inseriscono l'insolvenza e la pericolosità *ex ante* a dar maggior corpo alla tipicità. L'aspetto psicologico, poi, vede l'impossibilità di far combaciare una condotta così pregnante con un mero surrogato di volontà quale il dolo eventuale, sprovvisto, da un lato, della necessaria (e piena) rappresentazione dell'insolvenza, e, dall'altro, della finalità lesiva che costituisce il cuore pulsante di ogni forma di bancarotta fraudolenta e, più in generale, di ogni forma di 'frode'.

Appare dunque chiara la profonda diversità che separa la bancarotta fraudolenta dalle ipotesi di bancarotta semplice e preferenziale, e, così, i caratteri che possono portare, *de lege lata*, ad una loro 'costruzione separata'.

La bancarotta semplice presuppone una sconsideratezza imprenditoriale fine a sé stessa, rivolta al conseguimento di scopi non direttamente lesivi delle pretese creditorie. La tradizionale tesi dell'indifferenza dell'elemento soggettivo, ampiamente criticabile (e criticata), è nondimeno chiara dimostrazione del fatto che le fattispecie dell'art. 217 non mostrano neanche la pur minima univocità offensiva. Nella prospettiva che s'intende proporre, ogni azione compiuta in spregio alle *leges artis* dell'attività imprenditoriale nonché l'accettazione di rischi non consentiti – in ragione della diversa formulazione delle varie ipotesi previste dall'art. 217 – comporta l'attivazione di questa forma di tutela anticipata, certamente da abbandonare in una prospettiva *de iure condendo*.

La bancarotta preferenziale, più gravemente sanzionata, reca effettivamente un disvalore più marcato: non diretta alla lesione della pretesa creditoria, quanto, appunto, allo scopo di favorire uno dei creditori – e dunque alla lesione di una 'funzione', non di un bene finale – la fattispecie obiettiva è tuttavia compatibile anche con il fine 'virtuoso' di consentire, mediante un'indebita preferenza, la sopravvivenza dell'impresa. Nel dolo specifico essa recupera la sua univocità: secondo la tesi proposta, il 'danno' per la *par condicio* deve intendersi quale evento del reato, così da conferire corpo e tangibilità ad un movente che altrimenti può essere svilito e ridotto al mero 'rovescio' dello scopo di favore. Diversamente dalla bancarotta fraudolenta, tuttavia, la violazione del dovere imprenditoriale si attesta su una linea in qualche modo ancora compatibile con la pratica commerciale, posto che non mira a sovvertire il *quantum* della massa da ripartire, ma solo il criterio di destinazione del denaro ai vari creditori.

Nella bancarotta fraudolenta, articolata nelle sue proteiformi ipotesi, l'azione assume connotati ben diversi, e tuttavia analoghi nonostante le peculiarità che caratterizzano le sue singole forme. Anzitutto, fondamentale è l'apporto della consapevo-

lezza dello stato d'insolvenza, quale presupposto (dichiarato o meno) dell'azione, o quale suo prodotto, che si lega ad una condotta del tutto eversiva – per le caratteristiche messe in luce nell'analisi delle singole fattispecie – delle più basilari regole dell'attività imprenditoriale. In questo senso, dal punto di vista obiettivo, ogni azione che si voglia sussumere sotto gli artt. 216 e 223 deve caratterizzarsi per la totale estraneità alla fisiologia dell'impresa e per un abuso delle facoltà e dei diritti propri dell'imprenditore. Culmine del sistema è appunto l'art. 223, comma 2, n. 2, laddove si incrimina il perseguimento intenzionale del fallimento, ovvero la creazione (o lo sviluppo) di enti collettivi votati alla schermatura delle persone fisiche rispetto alle pretese creditorie, serventi unicamente ad attività *ab origine* truffaldine.

Conclusivamente, si deve dunque osservare che la bancarotta fraudolenta, per essere realmente tale, deve caratterizzarsi per un aspetto oggettivo del fatto altamente qualificato – estraneità alle regole di gestione imprenditoriale, conoscenza dello stato d'insolvenza, attivazione di un pericolo concreto – accompagnato da un contegno soggettivo diretto alla lesione delle pretese dei creditori, secondo le cadenze del dolo diretto o intenzionale.

2. Alcune conclusioni *de lege ferenda*. Critica al diritto penale colposo d'impresa: per l'abbandono dei delitti di bancarotta semplice

Avendo provato a ricostruire un modello di (ri)lettura delle fattispecie esistenti, sembra infine opportuno provare a delineare dei caratteri minimi di (ri)formulazione dei delitti di bancarotta, nel quale far confluire alcune delle acquisizioni derivate dall'analisi sistematica delle fattispecie, anche alla luce della storia delle incriminazioni, delle soluzioni dei più vicini ordinamenti europei e delle istanze che hanno retto i progetti di riforma che si sono succeduti nel tempo.

Va anzitutto ripudiata l'idea che il diritto penal-fallimentare possa dare cittadinanza a dei reati colposi, posto che, in quanto forma 'eccezionale' della responsabilità, il loro oggetto dovrebbe limitarsi alla tutela di beni direttamente o mediamente riferibili alla personalità individuale. Ciò è ancor più vero ove non siano provvisti di un evento e siano agganciati ai mutevoli parametri della colpa generica, che rendono il giudice il creatore *ex post* della regola cautelare violata: nel diritto penale dell'impresa, intimamente legato ad un'ineliminabile dose di rischio, i delitti colposi finiscono col colpire non la produzione di eventi che non si dovevano realizzare – e che in effetti non sono normativamente contemplati – ma il mero rischio imprenditoriale e la *mala gestio*.

In questo senso, come emerso anche nei lavori della Commissione Trevisano³, la bancarotta semplice è uno strumento di tutela da abbandonare del tutto, anche in

³ Il testo integrale dell'articolato redatto dalla Commissione Trevisano, unitamente alla relazione e alle soluzioni alternative proposte da una minoranza della Commissione, è pubblicato in *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di A. Jorio, S. Fortunato, Milano 2004, 35 ss.

ragione della sostanziale assenza di applicazioni concrete, con l'unica eccezione della bancarotta documentale⁴.

Più in particolare, al netto del giudizio appena stilato le fattispecie dell'art. 217, nn. 1 e 2, paiono evidentemente da abolire in considerazione della loro indeterminazione e del loro manifesto retaggio 'etico'.

Analogamente può dirsi in relazione alla fattispecie del compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento (n. 3); tuttavia, questa incriminazione mostra un'ulteriore peculiarità che concorre all'auspicio di una sua eliminazione. Si tratta, infatti, di un enunciato normativo ancipite: se si guarda ad un'azione rivolta alla posticipazione del fallimento, infatti, si è indotti a cercare un'organizzazione direzionale della condotta che è però contraddetta dalla 'grave imprudenza' che deve connotarla; questa ambivalenza, in sostanza, annulla la stabilità del giudizio, posto che consente di attestarsi alternativamente sulla mera valutazione della gravità del comportamento, indipendentemente dalla sua direzione, ovvero sulla posticipazione organizzata di un fallimento incipiente.

In ordine all'incriminazione prevista al n. 5, poi, si è a più riprese avuto modo di segnalare l'assoluta eccentricità rispetto al panorama complessivo delle norme in tema di bancarotta, in considerazione del fatto che il mancato rispetto di una precedente obbligazione (qual che ne sia il fatto genetico) ha l'effetto non di depauperare il patrimonio, bensì di renderlo più capiente. Pertanto, in un disegno di riforma essa potrebbe essere mantenuta, ma in una sede più appropriata, laddove non siano coinvolti gli interessi dei creditori, bensì la tutela della procedura concordataria in quanto tale.

L'unico tratto originario dell'art. 217 che appare meritevole di essere traghettato in un eventuale progetto riformatore riguarda la criminalizzazione dell'omissione della tenuta delle scritture contabili. Si è osservato che, nell'impianto originario della legge fallimentare, tale condotta non è stata a buon diritto considerata 'fraudolenta', posto che l'interesse dei creditori è assai più compromesso da una falsificazione delle scritture, piuttosto che dalla loro totale omissione. La scelta, *de iure condito* giustificata, merita tuttavia un ridimensionamento *de lege ferenda*: non perché si debba dar supporto normativo ad un indirizzo giurisprudenziale oramai tetragono, ma perché nel quadro dello slancio verso un diritto della crisi dell'impresa, che tende all'anticipazione della gestione della stessa, la tenuta stessa delle scritture risulta di centrale importanza. Ciò non solo nella prospettiva del salvataggio dell'impresa, ma anche nel segno della protezione dell'ampia 'comunità di pericolo' che è oggi sempre più coinvolta dall'insolvenza dell'impresa.

In questa prospettiva, si potrebbe anche mantenere la fattispecie dell'art. 217, n. 4, marcandone la natura dolosa e prevedendo quindi la criminalizzazione dell'omessa della presentazione dell'istanza per la dichiarazione dell'insolvenza che abbia aggravato un preesistente dissesto. Eliminati gli artt. 217 e 224, ripudiato il modello del 'delitto colposo contro il proprio patrimonio' e rilevato l'assurdo dell'introduzione di fattispecie contravvenzionali (le quali, peraltro, assolverebbero alla medesima funzione già svolta dalle fattispecie di bancarotta semplice), l'unica incriminazione minore che potrebbe mantenere una minima, ma apprezzabile, lesivi-

⁴ A. Carmona, *La bancarotta semplice*, cit., 25 ss.

tà autonoma, è rappresentata appunto dall'omissione dolosa della richiesta di fallimento che comporti l'aggravamento del preesistente dissesto (analogamente a quanto previsto, ancora una volta, dalla Commissione Trevisanato).

3. La riforma della bancarotta fraudolenta nel prisma del diritto comparato e dei progetti di riforma

Avvicinando l'obiettivo alla bancarotta fraudolenta, occorre fermarsi sulla sorte che potrebbe ricevere l'ipotesi preferenziale. Quest'ultima, paradossalmente, è la fattispecie che avrebbe potuto scontare il più alto rischio di indebite estensioni o di torsioni, ed è invece stata il motore per la progressiva inclusione dell'insolvenza anche nelle fattispecie fraudolente. Pertanto, in considerazione della sua sostanziale autonomia nonché della precisa individuazione di un ambito applicativo, se ne può auspicare il mantenimento in una formula pressoché immutata, salvo sotto un aspetto: il corposo dolo specifico che la sorregge, quantomeno nell'ipotesi dei pagamenti preferenziali, necessita di una rimediazione nel segno della sua obiettivizzazione normativa. Formalizzare un evento di danno – mantenendo in ogni caso il dolo specifico di 'preferenza' – metterebbe infatti al riparo la norma incriminatrice dalle, pur sporadiche, oscillazioni che tendono a comprometterne l'equilibrio interpretativo.

Le maggiori innovazioni, arrivando al cuore del discorso, dovrebbero riguardare la bancarotta fraudolenta.

Anzitutto, in un'ottica di complessiva riforma, sinergica rispetto alle tendenze più recenti del diritto delle procedure concorsuali, e che sia davvero 'costituente' per un nuovo sistema, occorre superare l'equivalenza sanzionatoria tra le diverse ipotesi, oltrepassando definitivamente il lascito della 'unitarietà della bancarotta' e tentando la strada di una più efficace selezione del punibile e di una più attenta quantificazione della sanzione associata. In questo senso, abbandonata una tecnica normativa che concentra l'assetto di tutela in pochi articoli, la scelta migliore sembra quella di 'distendere' i vari illeciti in diverse norme, anche al costo di qualche ripetizione, ottenendo tuttavia la chiara individuazione reciproca degli ambiti d'intervento.

Nella disposizione sulla bancarotta patrimoniale, sembra necessario dover fare riferimento alla consapevolezza dello stato d'insolvenza (in potenza o in atto) e formalizzare un dolo specifico di danno/profitto, che sterilizzi definitivamente la prassi applicativa del dolo eventuale⁵. Si tratta, al fondo, della proposta già avanzata con l'art. 117 dell'articolato della Commissione Pagliaro, laddove si sosteneva l'introduzione di una nuova fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale consistente nel causare o aggravare con frode il dissesto, stabilendo al contempo che per 'frode' si dovesse intendere nella volontà di sottrarre attività alla garanzia patrimoniale dei creditori⁶. In senso analogo, si articolava l'art. 2, comma 4, lett. a) del d.d.l.

⁵ In senso analogo, sempre *de iure condendo*, cfr. G. Amarelli, *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge n. 1741-C*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 221. Implicitamente anche M. Pierdonati, *Dolo e accertamento*, cit., 251, nota 102.

⁶ Reperibile sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

della Camera n. 1741 del 2008, concernente la (mai attuata) delega al governo per la riforma della disciplina penale fallimentare⁷ (che tuttavia costituisce assieme al ‘progetto Pagliaro’ il tentativo più avanzato, nonché più recente, di una riscrittura integrale delle fattispecie di bancarotta⁸).

Facendo tesoro della rilevazione dei limiti intrinseci della ‘zona di rischio penale’ parrebbe opportuno esplicitare l’autonoma rilevanza della causazione – quanto meno consapevole, se non intenzionale – dell’insolvenza a mezzo della condotta depauperativa, chiarendo al tempo stesso il ruolo meramente condizionante della sentenza dichiarativa di fallimento. Così, la fattispecie di risulta dovrebbe vedere formalizzati al suo interno tanto il requisito della fraudolenza-rappresentazione, ossia il legame con l’insolvenza, quanto quello della fraudolenza-intenzione, emarginando la rilevanza del dolo eventuale.

Con presupposti e accorgimenti analoghi, una rinnovata e autonoma fattispecie di bancarotta documentale dovrebbe chiarire l’arco temporale di rilevanza della condotta incriminata – che, ad esempio, nell’art. 2, comma 4, lett. a) del d.d.l. 1741/2008 era fissato nei tre anni antecedenti alla sentenza dichiarativa – senza che assuma rilievo la causazione dell’insolvenza, posti i limiti intrinseci di idoneità della condotta incriminata; come si è anticipato, in una prospettiva di eliminazione della bancarotta semplice, l’ipotesi dell’omessa tenuta potrebbe essere assorbita nell’unica fattispecie di risulta, alla quale, nell’ottica di una complessiva minore lesività dell’illecito, dovrebbe *de iure condendo* essere attribuito una cornice sanzionatoria ridimensionata, soprattutto nel minimo.

Infine, l’alveo della bancarotta impropria dovrebbe essere rimeditato profondamente; si è visto, in particolare, quanto la previsione della bancarotta da reato societario (art. 223, comma 2, n. 1) costituisca oggi un’inutile complicazione, pur mossa dal pregevole intento di ricondurre l’incriminazione al diritto penale costituzionalmente conforme, e quanto la scarsa tecnicità del n. 2 imponga uno sforzo ermeneutico rilevantisimo per la messa a sistema del delitto.

La fattispecie dell’art. 223 andrebbe dunque ripensata in una duplice direzione.

Da un lato, tipicizzando le ipotesi di bancarotta propria in relazione agli organi di gestione e controllo di società, fermo, beninteso, il mantenimento di norme estensive analoghe agli odierni artt. 222 e 227, concernenti la posizione del socio illimitatamente responsabile e dell’istitutore. Il ‘nuovo’ art. 223, in breve, si occuperebbe di traslare il modello di incriminazione previsto nella fattispecie ‘base’, senza tuttavia apprestare ulteriori e complicatorie incriminazioni: del resto, l’incriminazione della causazione dell’insolvenza già nella prima non comporterebbe alcun vuoto di tutela.

Dall’altro, prevedendo una clausola estensiva in relazione alle sole ipotesi di concordato preventivo nelle quali sia accertato il presupposto dell’insolvenza della società (e non già il mero stato di crisi), con esclusione degli accordi di ristruttura-

⁷ Reperibile sul sito della Camera dei Deputati (www.camera.it).

⁸ Per ulteriori approfondimenti sugli altri inattuati progetti di riforma, ed in particolare sui d.d.l. nn. 7458 e 7497 del 2000 e sul progetto Trevisanato del 2003, poi stralciato dalla riforma del diritto fallimentare del 2005-2007, cfr. A. Conz, *I criteri interpretativi ed i progetti di riforma dell’art. 216, comma 1, del r.d. n. 267/1942: l’esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.; G. Amarelli, *La riforma dei reati fallimentari*, cit., 202 ss.

zione dei debiti e delle convenzioni di moratoria. La medesima norma, poi, dovrebbe includere anche un riferimento normativo esplicito alle clausole dell'art. 2634, comma 3, c.c., in tema di rilevanza dei vantaggi compensativi (così come previsto, in precedenza, anche dall'art. 2, comma 4, lett. p) del d.d.l. n. 1741/2008), e dell'art. 2639, comma 1, c.c., sulla responsabilità diretta del soggetto qualificato di fatto.

Sul versante sanzionatorio, anche in considerazione della perdita della possibilità di 'derubricare' il fatto in bancarotta semplice, la pena potrebbe essere rivista nel senso di una riduzione del minimo edittale – che non imponga, come accade in altri illeciti, un uso strumentale e distorto delle circostanze attenuanti generiche, la cui funzione di 'calmiere' dei livelli edittali non può tradursi in un loro totale snaturamento – e di una contrazione del massimo, rispetto al quale può supplire un sistema di circostanze che renda più modulabile in concreto la pena rispetto al caso sottoposto a giudizio. L'attuale ampliamento sino a quattro anni di reclusione del cono applicativo dell'affidamento in prova ai servizi sociali – anche grazie all'intervento della giurisprudenza costituzionale sull'art. 656, comma 5, c.p.p.⁹ – non esime infatti da una riflessione sui limiti edittali della bancarotta, ancora legati alla legislazione economico-penale fascista nella quale notoriamente l'individuo non costituiva che un elemento, infinitesimale e transeunte, dell'organismo sociale collettivamente protetto¹⁰. A questo proposito, un'eventuale riforma deve tenere fermo un dato fondamentale: il rapporto tra il minimo e il massimo della pena – le cui funzioni sono notoriamente ricollegate rispettivamente alla collocazione gerarchica dell'interesse e alla soglia estrema dell'efficacia della tutela – non può essere caratterizzato da una divaricazione eccessiva, che annulli la certezza della pena in favore di una libera scelta da parte del giudicante, eventualmente foriera di disuguaglianze e della perdita occulta della legalità della pena¹¹.

Sul punto, l'esame della legislazione in ottica comparata costituisce un importante parametro dosimetrico. In una prospettiva europea, la sempre crescente tensione verso l'armonizzazione, anche sanzionatoria, e la creazione di istituti e istituzioni condivisi (si pensi al mandato di arresto europeo e alla c.d. Procura Europea, o EPPO) rende assai opportuno aver riguardo al *quantum* della pena per i delitti di bancarotta codificati negli ordinamenti più vicini.

Ebbene, se si prendono in esame la legislazione tedesca e spagnola, già descritte *supra*, ugualmente orientate alla creazione di fattispecie dalla lesività autonoma rispetto ai presupposti civilistici che ne consentono l'attivazione, ci si avvede che il massimo della pena, fuori dai casi di particolare gravità, orbita intorno ai cinque-sei anni di detenzione.

Su presupposti completamente diversi, che sembrano ancora legare intimamente la bancarotta al suo retaggio di 'indizio' del fallimento, si muove il sistema francese, che all'art. L654-2 del *Code de commerce* punisce chi «en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire» abbia commesso fatti di

⁹ Corte cost., 2 marzo 2018, n. 41, in *giurcost.org*.

¹⁰ Così G. Losappio, *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta*, cit., 716.

¹¹ F. Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 433.

bancarotta documentale, di simulazione del passivo o dell'attivo, ovvero abbia effettuato acquisti per la rivendita al di sotto del prezzo o utilizzare mezzi rovinosi per ottenere fondi con l'intenzione di evitare o ritardare l'apertura della procedura fallimentare o di liquidazione. Ebbene, nonostante questa risalente caratterizzazione, anche la legislazione d'oltralpe si allinea ad una quantità di pena fissata in cinque anni di reclusione, pur con la possibilità di elevarsi sino a sette nel caso in cui il reo sia un dirigente di una società di servizi di investimento (art. L654-4), affiancando alla sanzione principale un corposo sistema di pene interdittive accessorie (art. L654-5).

Proseguendo nel cammino di allontanamento dalla prospettiva nazionale, in favore di una radicale inversione nella considerazione delle procedure concorsuali e nella concezione dei relativi illeciti penali, si può gettare lo sguardo sull'esperienza nordamericana, cui si è già fatto cenno in apertura dello studio, nella quale il ricorso alle procedure fallimentari (*bankruptcy*) non costituisce l'*ultima ratio*, come ha invece storicamente imposto l'evoluzione del diritto fallimentare europeo-napoleonico. Al contrario, è noto che l'idea – culturale, prima ancora che giuridica – che sorregge il c.d. *Bankruptcy Code* si fonda sulla tutela del commercio, anche mediante la tempestiva emersione della crisi. Ciò spiega, a cascata, la ragione per la quale i reati di bancarotta previsti siano considerati a tutela dell'amministrazione della giustizia, anche quando sovrapponibili alle nostre fattispecie: si pensi al § 152 del *Chapter 9* del *Title 18* dello U.S. Code (*Concealment of assets, false oaths and claims, bribery*) – che costituisce l'architrave del sistema di tutela e concretizza l'equivalente della bancarotta fraudolenta ex art. 216 – nonché al § 157 (*Bankruptcy fraud*), laddove è criminalizzata la messa in atto di uno schema fraudolento volto alla manomissione della procedura. In questi reati traspare il valore dell'onestà che deve profusa in seno alla procedura concorsuale, e che lo scopo delle norme sia appunto la repressione dell'aggiramento della stessa procedura concorsuale, frutto dell'assenza di un aprioristico legame tra fallimento e delitto¹². Pur in questa diversissima prospettiva – e nel contesto di un ordinamento certamente non avaro di penalità – si prevede un limite edittale massimo di cinque anni di detenzione.

Tornando alla prospettiva del diritto nazionale, sembra indiscutibile che una revisione consistente del compasso edittale possa ipotizzarsi senza timori, tenendo anche presente che il peculiare regime della prescrizione del reato – dipendente, in relazione al *dies a quo*, dall'emissione della sentenza dichiarativa (art. 158, comma 2, c.p.) – emargina il vero 'motore' dei più recenti interventi di inasprimento sanzionatorio, lasciando libero il legislatore di potersi concentrare sulla valutazione della meritevolezza di pena espressa dai fatti tipizzati.

L'esigenza di riforma è infine particolarmente accentuata con riguardo alla pena accessoria riservata alle ipotesi di bancarotta fraudolenta dall'art. 216, comma 4 (richiamata anche dall'art. 223, comma 3), com'è noto consistente nella inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e nella incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualunque impresa per dieci anni, in misura fissa. Le ragioni

¹² Per ogni approfondimento ulteriore si veda l'approfondito studio di O. C. Artale, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2016, 103 ss. e in part. 114 ss. e 127 ss.

del ripudio di sanzioni penali caratterizzate da fissità sono ben note, e non meritano di essere qui ripercorse¹³: basterà riferirsi al più evidente profilo, connesso al principio di uguaglianza-ragionevolezza, per il quale – come dimostra inequivocabilmente il diritto vivente in ragione della pluralità fenomenica che può associarsi alle fattispecie in esame – una pena così costruita finisce col sanzionare ugualmente situazioni concretamente assai diverse. Occorre segnalare che, dopo molte sollecitazioni e un primo giudizio di inammissibilità da parte della Corte costituzionale¹⁴, la Suprema Corte ha nuovamente sollevato una questione di legittimità relativa alla pena accessoria della bancarotta per contrasto con gli artt. 3, 4, 27, 41 e 117 Cost. e con gli artt. 8 CEDU e 1 Prot. addiz. CEDU¹⁵, su cui si attende il pronunciamento del Giudice delle Leggi.

A chiusura del sistema andrebbe ripensato il catalogo anche delle circostanze, che dovrebbe essere potenziato includendo ulteriori *accidentalità* che possano ricomprendere interessi o modalità di più recente individuazione, stabilendo tuttavia l'efficacia comune delle varie ipotesi.

In questo senso, si forse potrebbe immaginare l'eliminazione dell'art. 219, comma 2, n. 2, troppo intimamente connesso alle caratteristiche soggettive dell'autore, e del pari si potrebbe contemplare l'idea di accostare al danno patrimoniale di rilevante gravità un'ulteriore ipotesi aggravante per i casi in cui la società abbia dei particolari requisiti dimensionali, ovvero sia quotata su mercati regolamentati. Così facendo, si potrebbe recuperare con equilibrio – e tipicizzandolo – quell'insieme di interessi che si accompagnano oggi alla crisi dell'impresa, ulteriori rispetto al puro interesse dei creditori alla soddisfazione delle loro aspettative economiche.

D'altra parte, merita di essere mantenuta inalterata, in deroga alla disciplina posta dall'art. 81 cpv. c.p., la particolare disciplina della c.d. 'continuazione fallimentare', atteso che i più fatti di bancarotta all'interno della medesima procedura, spesso, finiscono con l'essere ben più che strutturati in un medesimo disegno criminoso, quasi pervenendo ad una loro compenetrazione.

Infine, anche la circostanza attenuante del danno di lieve entità può essere mantenuta indenne, senza immaginare una forma autonoma di 'fatto di lieve entità', come previsto in relazione alle false comunicazioni sociali (art. 2621-*bis* c.c.): la deriva verso queste forme minori di illecito sembra infatti declinare una politica legislativa dimentica della sua funzione e resa straordinariamente recessiva rispetto ad una vera e propria 'supplenza' giudiziaria.

La definizione di queste linee di riforma chiude l'indagine svolta con questo studio: il legislatore, mentre si attarda a far fronte alle sfide dell'economia e della finanza, consegna la risposta penal-fallimentare ad alcuni 'bizantinismi' ed agli sva-

¹³ Sul tema specifico cfr. P. Chiaraviglio, *Quale la durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2015.

¹⁴ Corte cost., 21 maggio 2012, n. 134, in *giurcost.org*.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 6 luglio 2017, ord. n. 52613, in *Cass. pen.*, 2018, con nota di D. Livreri, *La pena accessoria di cui all'art. 216, ultimo comma, l. fall. e la necessità di riformare il sistema delle sanzioni accessorie. Spunti di riflessione*, *ivi*, 1725 ss., e di A. Galluccio, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del Giudice delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 876 ss.

riati 'moralismi' che ancora permeano le disposizioni penali della legge fallimentare, improntate alla presunzione di colpa del fallito. Anzi: connaturate dall'idea che il fallito, in quanto tale, sia particolarmente indiziato di essere un criminale e che la procedura concorsuale non sia che il viatico per libero sprigionarsi della repressione.

Diversamente, in un quadro complessivo che assiste ad un continuo intervento novellatore e che intravede, finalmente, una riforma complessiva, pare ineludibile l'interrogativo circa cosa debba costituire l'oggetto della sanzione penal-fallimentare, leggendo il sistema sotto la lente del costituzionalismo penale. Questo ambizioso traguardo è quanto si è perseguito in queste pagine: se il percorso tracciato costituisca un passo evolutivo o involutivo non è dato sapere, «ma, si sa, i penalisti coltivano una vocazione alla totalità anche se non sempre sono in grado di corrispondervi», posto che essa «rappresenta il grande fascino della loro disciplina»¹⁶.

¹⁶ T. Padovani, *Lezione introduttiva sul metodo della scienza nel diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 238.

Bibliografia

- Abriani N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 616 ss.
- Abriani N., Giunta F., *Finanziamenti a società “correlate” e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Le soc.*, 2012, 405 ss.
- Aimi A., *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 301 ss.
- Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014.
- Alagna R., *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 614 ss.
- Aldrovandi P., *Crisi aziendale e reati di omesso versamento dei contributi, tra inadeguatezza del dato normativo e “creatività” giurisprudenziale: una paradigmatica esemplificazione del difficile rapporto tra “law in the book” e “law in action”*, in *Ind. pen.*, 2014, 505 ss.
- Alessandri A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534 ss.
- Id., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss.
- Id., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016.
- Alibrandi A., *Cenni sulla bancarotta preferenziale*, in *Riv. pen.*, 1994, 705 ss.
- Alimena F., *Le condizioni di punibilità*, Milano 1938.
- Id., *La dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 47 ss.
- Allegrì G., *Processo penale e reati fallimentari*, in *Riv. pen.*, 1996, 817 ss.
- Altavilla E., *Dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 169 ss.
- Id., voce *Preterintenzionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino 1966, 798 ss.
- Amarelli G., *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge n. 1741-C*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 201 ss.
- Id., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 547 ss.
- Id., *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Le soc.*, 2015, 1159 ss.
- Amati E., *Liquidatore concordatario e bancarotta societaria tra principio di frammentarietà in materia penale ed esigenze di tutela*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 87 ss.
- Amati E., Baron L., *I soggetti attivi*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 1665 ss.
- Amato G., *La Cassazione chiarisce le differenze tra la bancarotta fraudolenta, tendenzialmente un reato di danno, e quella semplice, che costituisce, invece, reato di pericolo presunto*, in *Guida dir.*, 1999, 38, 103 ss.
- Ambrosetti E. M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Id., *I reati fallimentari*, in Ambrosetti E. M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2016⁴, 286 ss.
- Amodio E., *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1496 ss.
- Angelini M., *Responsabilità per bancarotta dell'amministratore assente*, in *Cass. pen.*, 1992, 1606 ss.
- Angioni F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.
- Id., *Condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440 ss.
- Id., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano 1994².
- Antolisei F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934 (ristampa Torino 1960).
- Id., *La volontà nel reato*, in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, 129 ss.
- Id., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. Conti, vol. II, Milano 1995⁹.
- Antonini E., *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazioni in tema di rapporti tra incesto e violenza carnale presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1278 ss.
- Antonioni F., *La bancarotta semplice*, Napoli 1962.
- Aprile E., *Sentenza dichiarativa di fallimento nel giudizio per reati di bancarotta*, in *Il fall.*, 1999, 1135 ss.
- Arangio-Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1979¹⁴.
- Arduzzone S., *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano 1984.
- Artale O. C., *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2016, 103 ss.
- Asquini A., voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 250 ss.
- Astorina Marino P., *Verità e problemi di imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 924 ss.
- Id., *"Waiting for the miracle"?* Ragionevolezza e speranza nel caso *Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1565 ss.
- Id., *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018.
- Baccaredda Boy C., *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: «Che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è»*, in *Ind. pen.*, 2014, 59 ss.
- Bacigalupo E., *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 79 ss.
- Balato F., *Sentenze Parmalat Vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.
- Balbi G., *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli 1995.
- Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, Venezia 1575.
- Baratta A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1965.
- Id., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche nel diritto penale. Lineamenti per una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano 1990, 19 ss.
- Bartoli R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005.
- Id., *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1047 ss.
- Id., *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza conoscibilità*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, Torino 2010, 217 ss.
- Id., *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 29 ss.
- Id., *La sentenza sul rogo della ThyssenKrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, in *Leg. pen.*, 2012, 529 ss.

- Id., *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013.
- Id., *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.
- Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venezia 1585.
- Bartolo P., *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento*, Roma 2009.
- Basile F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005.
- Id., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 911 ss.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene. Con il commento di Voltaire*, Roma 2012.
- Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906.
- Id., *Die lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930.
- Bellagamba F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007.
- Bellina M., *Sull'avviamento quale oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3309 ss.
- Bellini F., *Le condizioni obiettive di punibilità*, Torino 1988.
- Beltrami L., *Il ruolo della sentenza di fallimento nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: le contraddizioni della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2014, 85 ss.
- Benincasa M., *Dolo specifico e dolo indiretto nella bancarotta preferenziale*, in *Il fall.*, 1981, 498 ss.
- Benussi C., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o "esegetico"?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. III, Milano 2006, 2157 ss.
- Id., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 424 ss.
- Id., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009.
- Benvenuto G., *Le modifiche apportate alla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, in *Il fallimentarista*, 6 ottobre 2015.
- Beretta G., *Attuale atteggiamento della giurisprudenza sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nel quadro dei reati pre-fallimentari*, in *Ind. pen.*, 1972, 292 ss.
- Bertel C., *La bancarotta colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 643 ss.
- Bertolina J., *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*, in *Ind. pen.*, 2012, 79 ss.
- Bertolino M., *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013.
- Id., *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, 15 ss.
- Betti E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953-1955.
- Bettiol G., *Sul reato proprio*, Milano 1939.
- Id., *Sistema e valori nel diritto penale*, in *Jus*, 1940, 517 ss.
- Id., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.
- Bettiol L., *In tema di rapporto tra dichiarazione di fallimento e reato*, in *Foro it.*, 2017, II, 373 ss.
- Binding K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, Leipzig 1896-1901.
- Birnbaum J. M. F., *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, 149 ss.
- Bisori L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Bolaffio L., *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 613 ss.
- Bonaccorsi di Patti D., *Il termine 'fallito' nella legge fallimentare: questioni lessicali e legittimità costituzionale*, in *Dir. fall.*, 2016, 1207 ss.
- Bonato F., "How to get away with bankruptcy" ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217 bis l.fall., in *Il fall.*, 2018, 269 ss.
- Bonelli G., *Del fallimento*, in *Commento al Codice di Commercio*, a cura di V. Andrioli, vol. III, Milano 1923.
- Bonfatti S., Censoni P. F., *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova 2017².
- Bonini S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018.
- Borsari R., *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2013, 84 ss.
- Borsari R., Manfrinati A., Rumiatì R., *Il dolo è sempre secondo l'intenzione? Aspetti psicologici del dolo eventuale*, in *Ars interpretandi*, 2015, 95 ss.
- Bozheku E., *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2640 ss.
- Id., *La Corte di cassazione sul pericolo nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un'altra rondine in attesa di primavera?*, in *Parola alla difesa*, 4/2017, 387 ss.
- Id., *Continua il restyling della Cassazione in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare per distrazione: alcune annotazioni in tema di dolo*, in *Parola alla difesa*, 1/2018, 62 ss.
- Id., *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragruppo*, in *Cass. pen.*, 2018, 340 ss.
- Bray C., *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015.
- Brembati F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza"*, in *Le soc.*, 2018, 645 ss.
- Bricchetti R., *Reati fallimentari, nozioni fondamentali e orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 237 ss.
- Id., *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida dir.*, 2002, 16, 83 ss.
- Id., *Prevale l'approccio di tipo strutturale imperniato sul principio di specialità*, in *Guida dir.*, 2003, 26, 72 ss.
- Id., *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*, in *Guida dir.*, 2007, 35, 78 ss.
- Id., sub art. 216, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 1870 ss.
- Id., sub art. 223, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 2138 ss.
- Id., *Più condotte di bancarotta nello stesso fallimento sono autonome e danno luogo al concorso di reati. In adesione alla tesi cosiddetta pluralista escluso il ne bis in idem per fatti successivi*, in *Guida dir.*, 2011, 26, 83 ss.
- Id., *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Le soc.*, 2013, 687 ss.
- Bricchetti R., Pistorelli L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017.
- Bricola F., *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata*, in *Arch. pen.*, 1960, 63 ss.
- Id., *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano 1960.
- Id., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino 1967, 588 ss.
- Id., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino 1973, 7 ss.
- Brunelli D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2013².
- Id., *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 207 ss.

- Burkhardt B., *Dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 39 ss.
- Burzi E., *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*, in *Giur. it.*, 2008, 434 ss.
- Busetto M. L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano 2000.
- Cadoppi A., *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 cpv. n. 1 l. fall.*, in *Il fall.*, 1981, 798 ss.
- Id., *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *Giur. merito*, 1985, II, 657 ss.
- Id., *L'omesso impedimento di reato da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 498 ss.
- Id., sub art. 4 d.lgs. 61/02, in A. Lanzi, A. Cadoppi, *I reati societari. Commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova 2007, 372 ss.
- Caggese R. (a cura di), *Statuti della Repubblica Fiorentina*, Firenze 1910-1921.
- Caiafa A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova 2008.
- Caletti G. M., *Gli artt. 236 e 237 l. fall.: i reati nelle procedure concorsuali diverse dal fallimento*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 2161 ss.
- Calvi A. A., *Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 1141 ss.
- Camaioni S., *Evanescenza del dolo eventuale, incapacienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 508 ss.
- Cancio Meliá M., *Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*, in *El funcionalismo en derecho penal*, a cura di E. Montealegre Lynnett, vol. I, Bogotá 2003, 213 ss.
- Id., *Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika: Gegenwart und Zukunft*, in *GA*, 2016, 497 ss.
- Candian A., *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, 218 ss.
- Id., *Il processo di fallimento*, Padova 1939.
- Canestrari S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989.
- Id., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995, 694 ss.
- Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999.
- Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 906 ss.
- Id., *"Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 545 ss.
- Id., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 139 ss.
- Id., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino 2012, 73 ss.
- Id., *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, 23 ss.
- Id., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013.
- Cappellini A., *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015.
- Caputo A., *Pluralità dei fatti di bancarotta e ricadute processuali: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2012, 845 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Caputo M., *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta, in Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 247 ss.
- Id., *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, 2252 ss.
- Cardone V., Pontieri F., *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 267 ss.
- Carmona A., *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4585 ss.
- Id., *La bancarotta semplice: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 25 ss.
- Carmelutti F., *Teoria generale del reato*, Padova 1933.
- Id., *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 4 ss.
- Carrara F., *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato 1881, 159 ss.
- Id., *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze 1907-1909¹⁰.
- Carreri C., *Pregiudizialità fallimentare: rivisitazione e semplificazione di una vecchia questione*, in *Cass. pen.*, 1991, 643 ss.
- Id., *Ancora sulla pregiudiziale fallimentare e sui rapporti tra processo penale e sentenza dichiarativa di fallimento opposta*, in *Cass. pen.*, 1992, 191 ss.
- Id., *Arriva il dolo specifico nella bancarotta fraudolenta documentale*, in *Cass. pen.*, 1992, 2202 ss.
- Caruso G., *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino 2013.
- Casaroli G., *La causazione del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *Ind. pen.*, 1978, 407 ss.
- Id., *Bancarotta c.d. impropria: note su alcuni punti chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in *Ind. pen.*, 1979, 209 ss.
- Id., *La bancarotta del socio illimitatamente responsabile*, Milano 1981.
- Id., *La bancarotta semplice documentale e la Corte di Cassazione: un infausto idillio che non conosce tramonto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 682 ss.
- Id., *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 403 ss.
- Id., *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di M. Pisani, vol. II, Milano 1991, 301 ss.
- Id., *Disposizioni penali*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova 2013⁶, 1400 ss.
- Id., *"Fallimento" e bancarotta: una convivenza difficile ma obbligata*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 281 ss.
- Cassandro G., *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI. Con documenti inediti*, Torino, 1938 (ristampa del 1970).
- Cassani C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 757 ss.
- Castaldo A. R., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.
- Id., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989.

- Id., *Decoctor ergo fraudator? Perché è necessario riformare il delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 492 ss.
- Castronuovo D., *La colpa penale*, Milano 2009.
- Id., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.
- Catenacci M., *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di "dolo eventuale"*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 71 ss.
- Caterini M., *Il reato eccessivo: la preterintenzione dal versarsi in re illecita al dolo eventuale*, Napoli 2008.
- Cavaliere A., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1443 ss.
- Id., *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistematica teleologica del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 521 ss.
- Id., *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 433 ss.
- Cavallini S., *Bancarotta documentale e omesso deposito delle scritture contabili: nel più sta (sempre) il meno?*, in *Le soc.*, 2014, 595 ss.
- Id., *La tipicità penalfallimentare della scissione parziale, tra archetipo distrattivo e ipotipo preterintenzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 613 ss.
- Id., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, 187 ss.
- Centonze F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, 722 ss.
- Id., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 ss.
- Id., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009.
- Id., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 317 ss.
- Cerezo Mir J., *Ontologismo e normativismo nel finalismo degli anni Cinquanta*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 49 ss.
- Cerqua F., sub art. 6, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino 2010, 118 ss.
- Id., *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fall.*, 2014, 1116 ss.
- Cerqua L. D., *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Le soc.*, 2009, 1305 ss.
- Cerquetti G., *Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci, G. Marconi, Torino 2009, 33 ss.
- Id., *Il dolo*, Torino 2010.
- Checchacci G., Giunta F., Paonessa C., *Il calco per il modello. Appunti metodologici sulla mappatura del rischio*, in *Resp. amm. soc.*, 1/2016, 285 ss.
- Chiaraviglio G., *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 157 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Id., *Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 695 ss.
- Id., *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità, inesigibilità e procedure concorsuali*, in *Riv. dott. comm.*, 2016, 332 ss.
- Chiaraviglio P., *Oggetto giuridico e oggetto materiale del delitto di bancarotta patrimoniale. Il problema dell'avviamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 947 ss.
- Id., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Le soc.*, 2010, 887 ss.
- Id., *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in *Le soc.*, 2015, 893 ss.
- Id., *Quale la durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2015.
- Id., *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.
- Id., *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 91 ss.
- Chibelli A., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta pre-fallimentare: l'atteso revirement della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2205 ss.
- Cipolla C. M., *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna 2002².
- Civello G., *Le radici giusnaturalistiche del pensiero welzeliano. La dissertazione Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs del 1928*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 79 ss.
- Cò F., *Continuità normativa e bancarotta fraudolenta*, in *Il fall.*, 2003, 420 ss.
- Cocco G., *La bancarotta preferenziale*, Milano 1987.
- Id., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 529 ss.
- Id., *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 1021 ss.
- Id., *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1141 ss.
- Id., *Nota introduttiva agli artt. 223-235*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1141 ss.
- Id., *sub art. 216*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1169 ss.
- Id., *sub art. 217*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1208 ss.
- Id., *sub art. 223*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007², 1260 ss.
- Id., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68 ss.
- Id., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, 2011, 5 ss.
- Id., *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1949 ss.
- Id., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67 ss.
- Id., *voce Punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Torino 2016, 516 ss.
- Id., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra nuovi e vecchi istituti*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 262 ss.
- Coletta T., *L'oggetto materiale del reato di bancarotta patrimoniale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1437 ss.
- Concas L., *I delitti qualificati da un'offesa aberrante. Struttura e natura giuridica*, in *Scuola pos.*, 1965, 384 ss.

- Consulich F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e anti-che forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236-bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 613 ss.
- Id., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le soc.*, 2012, 555 ss.
- Conti L., *Diritto penale commerciale*, Torino 1980-1991.
- Id., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, 7 ss.
- Conz A., *I criteri interpretativi ed i progetti di riforma dell'art. 216, comma 1, del r.d. n. 267/1942: l'esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.
- Cornacchia L., *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004.
- Id., *Tutela di beni versus tutela di norme*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra, F. Dassano, Napoli 2010, 27 ss.
- Id., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 247 ss.
- Id., *Ein unausrottbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 575 ss.
- Id., *La punibilità sub condizione*, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017.
- Crepaldi R., *La natura distrattiva dei negozi di cessione stipulati in vista del fallimento*, in *Le soc.*, 921 ss.
- Crespi A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni (1957)*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, Milano 2010², 75 ss.
- Id., *I trent'anni della legge fallimentare: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 123 ss.
- Id., *Gestione d'impresa e responsabilità penale: curiosità e stravaganze dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. soc.*, 1979, 599 ss.
- Id., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.
- Id., *La pretesa posizione di garanzia del revisore contabile*, in *Riv. soc.*, 2006, 373 ss.
- Id., *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1419 ss.
- Crisafulli V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 195 ss.
- Curatola P., voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano 1961, 807 ss.
- D'Alessandro F., *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le soc.*, 2011, 201 ss.
- Id., *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 356 ss.
- Id., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236 bis l. fall.)*, tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 537 ss.
- D'Ascola V., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 652 ss.
- Id., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2004.
- D'Avirro A., de Martino E., *La bancarotta fraudolenta*, Milano 2018².
- Dannecker G., *Il diritto penale tedesco dell'insolvenza: tutela necessaria o ostacolo all'economia?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 357 ss.
- De Amicis G., *La pregiudiziale fallimentare: essere o non essere?*, in *Cass. pen.*, 2001, 186 ss.

Il dolo nella bancarotta

- De Francesco G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.
- Id., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998.
- Id., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1317 ss.
- Id., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e 'colpa grave' alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5013 ss.
- Id., *L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento della tutela*, in *Leg. pen.*, 2012, 555 ss.
- Id., *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1974 ss.
- Id., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, 4624 ss.
- Id., *"Interpersonalità" dell'illecito penale: un "cuore antico" per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, 854 ss.
- Id., *Punibilità*, Torino 2016.
- Id., *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su una problematica 'moderna'*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2017.
- De Francesco V., *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107 ss.
- de Franchis F., voce *Fallimento in diritto angloamericano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, Vol. V, Torino 1990, 434 ss.
- De Gennaro P., *La bancarotta*, Napoli 1930.
- De Giuli E., voce *Fallimento (materia penale)*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, Milano 1900, 311 ss.
- de la Mata Barranco N. J., *Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia*, in N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascurain Sánchez, A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid 2018, 285 ss.
- De Marsico A., *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli 1930.
- Id., voce *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 560 ss.
- De Simone G., *La bancarotta fraudolenta*, in *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 21 ss.
- Id., *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1145 ss.
- Id., *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 165 ss.
- de Vero G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 773 ss.
- Id., *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1487 ss.
- Id., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, parte di *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2008.
- Id., *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 883 ss.
- Id., *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino 2012².
- Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 77 ss.
- Id., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 29 ss.

- Delitala G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta* (1926), ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, 703 ss.
- Id., *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, 124 ss.
- Id., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930.
- Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente* (1932), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976, 431 ss.
- Id., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta* (1935), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, 835 ss.
- Id., *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935.
- Delli Priscoli L., *Successione di leggi nel tempo. Falso in bilancio e bancarotta fraudolenta*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 1 ss.
- Demuro G. P., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1410 ss.
- Id., *Il dolo*, voll. I (*Svolgimento storico del concetto*) e II (*L'accertamento*), Milano 2007-2010.
- Id., *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 300 ss.
- Id., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 142 ss.
- Destito V., *Irrilevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*, in *Giur. it.*, 2008, 2592 ss.
- Di Biase G., *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni del dolo eventuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013.
- Id., *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank*, in *Ind. pen.*, 2015, 388 ss.
- Di Giovine O., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 626 ss.
- Di Lorenzo A., *Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 432 ss.
- di Martino A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998.
- Di Marzio F., voce *Crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano 2012, 503 ss.
- Id., voce *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 808 ss.
- Id., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano 2017.
- Id., *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano 2018.
- Dinacci U., *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli 1979.
- Dolcini E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 755 ss.
- Id., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.
- Donelli F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il "decreto sviluppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 787 ss.
- Donini M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss. e 1114 ss.
- Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991.
- Id., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano 1993.
- Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996.
- Id., *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *St. iuris*, 1997, 592 ss.
- Id., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 338 ss.
- Id., *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti "esterni" alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo "interno"*, in *St. iuris*, 1999, 139 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Id., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti tra errore di diritto e analogia nei reati a contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1 ss.
- Id., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1999, 221 ss.
- Id., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 2857 ss.
- Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006.
- Id., *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss.
- Id., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 635 ss.
- Id., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2555 ss.
- Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011.
- Id., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.
- Id., *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 35 ss.
- Id., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2012, 51 ss.
- Id., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 4 ss.
- Id., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss.
- Id., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2014, 75 ss.
- Id., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.
- Id., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, vol. II, Milano 2018, 579 ss.
- Dova M., *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2015.
- Durigato L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova 1972.
- Id., *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Ind. pen.*, 1980, 417 ss.
- Id., *Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 1989, 733 ss.
- Emanuele P. P., *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004, 1139 ss.
- Engisch K., *Der finale Handlungsbegriff*, in *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin 1944, 141 ss.
- Id., *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, in *ZStW*, 1958, 566 ss.
- Id., *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (1860-1960)*, vol. I, Karlsruhe 1960, 401 ss.
- Escobedo G., *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Giust. pen.*, 1940, II, 795 ss.
- Eusebi L., *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060 ss.

- Id., *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, ora con aggiunte e modifiche in [http://docenti. unicatt.it/ita/luciano_eusebi/](http://docenti.unicatt.it/ita/luciano_eusebi/).
- Id., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss.
- Id., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli 2011, 963 ss.
- Id., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014.
- Id., *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (Thyssenkrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 623 ss.
- Fabiani M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna 2011.
- Id., *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il fall.*, 2017, 1262 ss.
- Falcinelli D., voce *Reati fallimentari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino 2010, 717 ss.
- Id., *Riflessioni "in progress": la clausola dei "vantaggi compensativi infragruppo" e i principi di sistema dell'offensività (penale) in concreto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 435 ss.
- Id., *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'"essere" e il "non essere" della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 469 ss.
- Fasani F., *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1483 ss.
- Fassi E., *Il revirement della Corte di cassazione: la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, 2226 ss.
- Id., *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, 4339 ss.
- Fauceglia G., *Brevi riflessioni sul rapporto tra sentenza dichiarativa di fallimento e provvedimenti di ammissione all'amministrazione straordinaria*, in *Il fall.*, 2014, 284 ss.
- Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, New York-Oxford 1984-1986.
- Ferrante M. L., *Il concetto di "atti fraudolenti" nel delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Arch. pen. - Online*, 1/2017.
- Ferrara F. jr., Borgioli A., *Il fallimento*, Milano 1995⁵.
- Ferri G., *Sulla interpretazione dell'art. 236, secondo comma, della legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 732 ss.
- Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979.
- Id., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.
- Id., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.
- Id., *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, 1385 ss.
- Id., voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, 157 ss.
- Id., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1991, 61 ss.
- Id., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945 ss.
- Id., voce *Dolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano 2006, 2033 ss.

- Id., *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 237 ss.
- Id., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, 152 ss.
- Id., *Intorno a "scopi" e "funzioni" nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 107 ss.
- Id., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014.
- Id., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014⁷.
- Finzi M., *Il delitto preterintenzionale*, Torino 1925.
- Id., *Il cosiddetto "dolo specifico". Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni di esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano 1952, 383 ss.
- Fiore C., *Il reato impossibile*, Napoli 1959.
- Id., *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Napoli 1966.
- Id., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma 1988.
- Id., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380 ss.
- Fiore C., Fiore S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2016⁵.
- Fiore S., *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli 2000.
- Id., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007.
- Id., *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2013, 1184 ss.
- Id., *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*, in *Il fall.*, 2017, 153 ss.
- Fiorella A., voce *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 770 ss.
- Fiorella A., Masucci M., *I delitti di bancarotta*, in *Gli effetti del fallimento*, parte del *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, vol. III, Torino 2014, 878 ss.
- Fiorelli P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano 1953-1954.
- Fletcher G. P., *Grammatica del diritto penale*, Bologna 2004.
- Flora G., *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 87 ss.
- Id., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 559 ss.
- Id., *Appunti su giustizia penale e scienza del diritto penale*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 248 ss.
- Id., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 891 ss.
- Id., *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 44 ss.
- Id., *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. trib.*, 2014, 915 ss.
- Id., *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 325 ss.
- Foffani L., *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del falli-*

- mento, delle banche e dei mercati finanziari, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. III, Milano 2006, 2321 ss.
- Id., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 751 ss.
- Fondaroli D., *La collocazione della sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura dell'illecito penale*, in *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 202 ss.
- Fornasari G., *I criteri di imputazione soggettiva della bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 650 ss.
- Id., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990.
- Id., *Bancarotta semplice, in I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, a cura di E. Carletti, parte di *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1990, 143 ss.
- Id., *Cenni introduttivi sulla disciplina dei reati fallimentari in Germania*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 145 ss.
- Id., *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.
- Forte G., *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.
- Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990.
- Id., *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca, G. Francolini, Torino 2008, 43 ss.
- Forzati F., *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen.- Online*, 3/2017, 1 ss.
- Foschini G., *Il delitto di bancarotta e la dichiarazione di fallimento*, in Id., *Reati e pene. Studi*, Milano 1960, 59 ss.
- v. Frank R., *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 169 ss.
- Fraschetti F., *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di "vecchi" principi?*, in *Cass. pen.*, 2014, 1034 ss.
- Frigo G., *Il tentativo nei delitti di bancarotta*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Padova 1959, 250 ss.
- Frisch W., *Vorsatz und Risiko*, Köln 1983.
- Id., *La dottrina del reato di Welzel dagli anni '70. Tra inasprimento soggettivistico e critica normativista*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 321 ss.
- Gaito A., voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, 804 ss.
- Id., voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano 1998, 734 ss.
- Gallas W., *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *Scuola pos.*, 1963, 3 ss. (tr. it. a cura di A. Sigismondi di *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, 1955, 1 ss.).
- Id., *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 447 ss. (tr. it. a cura di F. Angioni di *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, 155 ss.).
- Gallo M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950 (ristampa 1967).
- Id., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951.
- Id., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 750 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Id., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 769 ss.
- Id., *Dolo eventuale: fonte ed oggetto*, in *Crit. dir.*, 2013, 139 ss.
- Galluccio A., *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del Giudice delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 876 ss.
- Gambardella M., *Contributo alla delimitazione del concetto di "distrazione" nel reato di ricettazione fallimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 639 ss.
- Id., *Il nesso causale fra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2003, 88 ss.
- Id., *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236 cpv., n. 1 l. fall.)*, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss.
- Gambogi G., *La sentenza delle Sezioni Unite n. 19601/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 282 ss.
- Garavaglia E., *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 455 ss.
- Gargani A., *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Milano 1997.
- Id., *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 263 ss.
- Id., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 508 ss.
- Gatta G. L., *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolito criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 900 ss.
- Gelardi M., *Se costituisca bancarotta fraudolenta per distrazione o bancarotta preferenziale il fatto dell'amministratore, il quale soddisfi con denaro della società fallita un proprio credito verso la stessa*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 189 ss.
- Id., *Il dolo specifico*, Padova 1996.
- Gentile G., *"Se io avessi previsto tutto questo..."*. *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.
- Ghia L., *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano 2008.
- Ghisalberti C., *La condanna del bando nel diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1960, 3 ss.
- Giacona I., *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, Torino 2007.
- Gianesini N., *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino 2016.
- Giordanengo G., Valentini S., *Bancarotta societaria e aggravamento del dissesto*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1004 ss.
- Giuliani Balestrino U., *La funzione della sentenza di fallimento nei reati concorsuali*, in *Giur. it.*, 1958, II, 297 ss.
- Id., *Il problema giuridico delle condizioni obiettive di punibilità*, Padova 1966.
- Id., *Le condizioni obiettive di punibilità sono istituti sostanziali o processuali?*, in *Arch. pen.*, 1986, 3 ss.
- Id., *La colpa dell'imprenditore nella bancarotta semplice patrimoniale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile, vol. I, Milano 1991, 677 ss.
- Id., *Il tentativo della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare nella teoria del delitto tentato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 479 ss.
- Id., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino 2012.
- Id., *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 157 ss.
- Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993.

- Id., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.
- Id., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.
- Id., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 123 ss.
- Id., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 597 ss.
- Id., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 34 ss.
- Id., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.
- Id., *Diritto penale societario*, Torino 2010.
- Id., *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 641 ss.
- Id., *Quale diritto penale? Note cursorie sul sistema delle garanzie tra crisi e rifondazione*, in *Giust. pen.*, 2015, II, 124 ss.
- Id., *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 544 ss.
- Giunta F., Scarcella A., *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, vol. II, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino 2006, 1219 ss.
- González Cussac J. L., *Los delitos de quiebra*, Valencia 2000.
- Goode R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London 2011⁴.
- Grasso G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983.
- Greco L., *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 327 ss.
- Grispigni F., *La condizione giuridica del fallito nel diritto pubblico interno*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 598 ss.
- Id., *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dott. comm.*, 1941, 136 ss.
- Id., *Diritto penale italiano*, Padova 1945.
- Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1997.
- Grosso C. F., *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443 ss.
- Id., *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato di bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 564 ss.
- Id., voce *Dolo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma 1989.
- Id., voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma 1991.
- Gualazzini G., Pecorella C., voce *Fallimento (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 220 ss.
- Guerini T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 74 ss.
- Id., *La sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *ius17@unibo.it*, 2015, 147 ss.
- Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, a cura di F. Padovini, Torino 2017⁸.
- Gullo A., *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano 2005.
- Hassemer W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli 2007 (tr. it. a cura di G. Carlizzi di *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin-Köln 1968).
- Id., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, 42 ss.
- Id., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 481 ss. (tr. it. a cura di S. Canestrari di *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, 289 ss.).

Il dolo nella bancarotta

- Id., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000.
- Id., *Le "strutture logiche della realtà" in Hans Welzel*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 251 ss.
- Herzberg R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin 1972.
- Id., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusst Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuS*, 1986, 249 ss.
- Id., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1998, 573 ss. e 635 ss.
- Hirsch H. J., *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 758 ss.
- Id., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 745 ss. (tr. it. a cura di L. Cornacchia di *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Festschrift für Lenckner*, München 1998, 119 ss.).
- Id., *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 387 ss.
- Id., *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 15 ss.
- Holmes O. W., *The Common Law*, London 1882.
- Honig R., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festsätze für Reinhard von Frank*, Tübingen 1930, 174 ss.
- Iacoviello F. M., *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in *Cass. pen.*, 2003, 616 ss.
- Id., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 463 ss.
- Illuminati G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.
- Impallomeni G., voce *Azione revocatoria (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino 1958, 147 ss.
- Infante E., *Nemo tenetur se detegere in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 831 ss.
- Ingrassia A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 173 ss.
- Ingrassia A., Troyer L., *La Corte di cassazione e il dolo dei controllori societari: verso il superamento di una precomprensione errata?*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 166 ss.
- Insolera G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 816 ss.
- Id., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 459 ss.
- Id., *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 35 ss.
- Inzitari B., *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite*, in *Dir. fall.*, 2016, 629 ss.
- Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York 1991².
- Id., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW*, 2002, 584 ss.
- Id., *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, in *Festschrift für Saito*, Tokyo 2003, 17 ss.
- Id., *Significato individuale e significato sociale del concetto di reato in Hans Welzel*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 221 ss.
- Id., *Sistema dell'imputazione penale*, Napoli 2017 (tr. it. a cura di L. Cornacchia di *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M. 2012).

- Id., *L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 373 ss.
- Jakobs G., Polaino Navarrete M., Polaino-Orts M., *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima 2010.
- Jescheck H. H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996⁵.
- Jorio A., voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 331 ss.
- Jorio A., Fortunato S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano 2004.
- Kaufmann Armin, *Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, in *ZStW*, 1958, 64 ss.
- Id., *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York 1974, 393 ss.
- Id., *“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikte?*, in *Festschrift für Jescheck*, Berlin 1985, 251 ss.
- Kaufmann Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1976².
- Id., *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli 2004 (tr. it. a cura di G. Carlizzi di *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg 1982).
- Id., *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 321 ss.
- Kelsen H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della preposizione giuridica*, Napoli 1997 (tr. it. a cura di A. Carrino di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Aalen 1984²).
- Kindäuser U., *Imputazione oggettiva e soggettiva nel delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 59 ss. (tr. it. a cura di Marta Borghi e Andrés Schlack di *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*, in *Festschrift für Hrushcka*, Berlino 2005, 527 ss.).
- La Monica M., *La tipicità della condotta nel delitto di bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1984, II, 331 ss.
- Id., voce *Reati societari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 945 ss.
- Id., *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo penale per bancarotta: un problema antico in una prospettiva nuova*, in *Il fall.*, 1990, 1085 ss.
- Id., *I reati fallimentari*, Milano 1999.
- Lanzi A., *La tutela penale del credito*, Padova 1979.
- Id., *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, 223 ss.
- Id., *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 494 ss.
- Id., *Il nuovo processo penale e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 1991, 224 ss.
- Id., *La “nuova” bancarotta societaria*, in *Il fall.*, 2002, 812 ss.
- Id., *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 20 ss.
- Id., *Per le Sezioni Unite il vecchio falso in bilancio resta reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 6 ss.
- Id., *La Cassazione “razionalizza” la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.
- Id., *Interpretazione giurisprudenziale della bancarotta patrimoniale nel sistema penale*, in *Il fall.*, 2013, 565 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Larenz K., *Hegels Zurechnungslehre un der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus un zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig 1927.
- Latagliata A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1963².
- Id., *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *Ind. pen.*, 1991, 281 ss.
- Lattes A., *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione finanziaria della Repubblica di Venezia*, Venezia 1880.
- Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999.
- Licci G., *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498 ss.
- Id., *Criteri di imputazione normativa nel codice Rocco*, in *Giur. it.*, 2003, 1507 ss. e 1744 ss.
- Id., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino 2014².
- v. Liszt F., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin-Leipzig 1888³.
- Livrerì D., *La pena accessoria di cui all'art. 216, ultimo comma, l. fall. e la necessità di riformare il sistema delle sanzioni accessorie. Spunti di riflessione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1725 ss.
- Lo Cascio G., *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia, in Il fall.*, 2017, 1253 ss.
- Id., *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Il fall.*, 2018, 525 ss.
- Loché J. G., *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi*, Napoli 1840-1843.
- Longhi S., *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano 1930.
- Longobardo C., *Sui rapporti tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 649 ss.
- Id., *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli 2011.
- Losappio G., *Il minimo editale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, 716 ss.
- Id., *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2017.
- Lottini R., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fall.*, 2010, 1366 ss.
- Lunghini G., *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 409 ss.
- Luparia L., *Liquidatore del concordato e bancarotta societaria: il ripudio di una analogia "in malam partem"*, in *Le soc.*, 2011, 329 ss.
- Maccagno Benessia C., voce *Reati fallimentari*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma 1988.
- Magliari A., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M. P. Chiti, V. Santoro, Pisa 2016, 385 ss.
- Maiwald M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino 1993.
- Id., *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1 ss. (tr. it. a cura di G. Fornasari e S. Pausco di *Kein Vorsatz ohne Fahrlässigkeit. Die Lehre der objektive Zurechnung in der italienischen Doktrin*, in *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Yamanaka*, Berlin 2017).
- Malinverni A., *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino 1955.
- Id., *Teoria del falso documentale*, Milano 1958.
- Id., voce *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, 69 ss.
- Id., voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 287 ss.
- Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005.

- Mangano P., *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 459 ss.
- Id., *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova 1998.
- Id., *Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 415 ss.
- Id., *Il gruppo di imprese. Ovvero dal conflitto di interessi alla bancarotta patrimoniale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 105 ss.
- Id., *Disciplina penale del fallimento*, Milano 2003.
- Mangione A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 891 ss.
- Manna A., *Beni della personalità e limiti della tutela penale*, Padova 1989.
- Id., *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, 111 ss.
- Id., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, 9 ss.
- Id., *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen. - Online*, 2/2011.
- Id., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. pen.*, 2012, 663 ss.
- Id., *La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 493 ss.
- Mantovani F., *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1962.
- Id., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966.
- Id., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano 1977, 447 ss.
- Id., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.
- Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.
- Id., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.
- Id., *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 767 ss.
- Id., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Padova 2014⁵.
- Id., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova 2016⁶.
- Id., *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1167 ss.
- Id., *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2017¹⁰.
- Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna 2014.
- Marinucci G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971.
- Id., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.
- Id., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino 1987, 172 ss.
- Id., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.
- Id., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 423 ss.
- Id., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040 ss.
- Id., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 363 ss.
- Id., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, aggiorn. a cura di E. Dolcini, G. L. Gatta, Milano 2017⁶.
- Marinucci G., Romano M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. Nuvolone, Milano 1971, 93 ss.
- Markham Lester V., *Victorian insolvency: bankruptcy, imprisonment for debt, and company winding-up in nineteenth-century England*, Oxford 1995.
- Marquard J., *De iure mercatorum et commerciorum singulari*, Frankfurt a. M. 1662.
- Masera L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018.
- Masucci M., *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli 2006.
- Id., *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione di beni del debitore*, in *Gli effetti del fallimento*, parte del *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, vol. III, Torino 2014, 1039 ss.
- Masullo M. N., *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 123 ss.
- Id., *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 929 ss.
- Id., *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1151 ss.
- Maurach R., *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 637 ss.
- Mazza L., *La limitazione temporale della rilevanza penale dei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 391 ss.
- Mazzacuva Fr., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017.
- Mazzacuva N., *Sciopero o serrata per "coazione alla pubblica autorità": ovvero a proposito del dolo specifico quale (unico) elemento di disvalore della fattispecie*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, IV, 177 ss.
- Id., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983.
- Id., *Sub art. 236*, in A. Rossi, N. Mazzacuva, *Disposizioni penali*, vol. III, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1997, 81 ss.
- Id., *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso fra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 660 ss.
- Mazzacuva N., Amati E., *Diritto penale dell'economia*, Padova 2018⁴.
- Mazzantini E., *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1143 ss.
- Melchionda A., *Appunti sulla circostanza aggravante di cui all'art. 223, comma 2, l.f.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 160 ss.
- Id., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, 47 ss.
- Id., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2016.
- Menghini A., *I reati fallimentari in Spagna*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 161 ss.
- Menochius I., *De praesumptionibus, coniecturiis, signis, et indicis commentaria in sex distincta libros*, Venezia 1617.
- Mercione G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei cd. segnali d'allarme*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012.

- Merenda I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1182 ss.
- Mereu A., *Lo standard probatorio nella bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 2086 ss.
- Merli A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli 2006.
- Messori L., *La bancarotta per dissipazione nella "vicenda Alitalia": profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione*, in *Cass. pen.*, 2016, 3856 ss.
- Mezzasalma E., *L'elemento psicologico del delitto di bancarotta semplice*, Milano 1970.
- Mezzetti E., *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen. - Online*, 1/2015.
- Micheletti D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 609 ss.
- Id., *Articolo 4. Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino 2002, 266 ss.
- Id., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta "cagionata" tramite reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 715 ss.
- Id., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 39 ss.
- Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988.
- Id., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 411 ss.
- Minicucci G., *I limiti della posizione di garanzia e del dolo degli amministratori "non operativi"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 951 ss.
- Id., *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali" all'amministratore di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 305 ss.
- Id., *Note sparse su pericolo, dolo e particolare tenuità della bancarotta semplice documentale*, in *Parola alla difesa*, 2016, 137 ss.
- Id., *Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale*, in *Criminalia*, 2016, 481 ss.
- Id., *Sul (preteso) concorso di reati tra bancarotta documentale ed art. 10 d.lgs. 74/2000. Specialità, beni giuridici eterogenei, clausole di riserva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 649 ss.
- Mir Puig S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 2011⁹.
- Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992.
- Id., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.
- Id., *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 41 ss.
- Montanara G., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano 2013, 283 ss.
- Montanari M., *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di Stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 484 ss.
- Montuschi L., Sgubbi F., *Ai confini tra dolo e colpa. Il caso Thyssenkrupp*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 183 ss.
- Moretti F., *Finalmente anche per la bancarotta valgono i principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 2013, 299 ss.
- Morgante G., *Tempus non regit actum. La parabola discendente del principio di affidamento nella successione "patologica" tra garanti*, in *Leg. pen.*, 16 ottobre 2017.

Il dolo nella bancarotta

- Mormando V., *L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 610 ss.
- Mormando V., Botalico F., *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, Bari 2017.
- Moro A., *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947.
- Moro P., *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, in *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra, Padova 2015, 63 ss.
- Morselli E., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989.
- Id., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 87 ss.
- Id., *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796 ss.
- Id., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1081 ss.
- Id., *Un breve bilancio di fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1319 ss.
- Id., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 11 ss.
- Mucciarelli F., *La bancarotta societaria impropria*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano 2002, 443 ss.
- Id., *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 630 ss.
- Id., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e responsabilità penali*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2009, 825 ss.
- Id., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1474 ss.
- Id., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successioni di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1620 ss.
- Id., *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Leg. pen.*, 2012, 537 ss.
- Id., *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437 ss.
- Id., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, 129 ss.
- Id., *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2015.
- Id., *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in *Le soc.*, 2017, 903 ss.
- Id., *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 11 giugno 2018.
- Musco E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974.
- Id., *I nuovi reati societari*, Milano 2007³.
- Musco E., Ardito F., *Diritto penale fallimentare*, Bologna 2018.
- Musotto G., *Le condizioni di punibilità nella teoria generale del reato*, Palermo 1936.
- Napoleoni V., *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, 398 ss.
- Id., *Notule rapsodiche sulla bancarotta fraudolenta per manomissione di beni provenienti da reato*, in *Cass. pen.*, 1988, 149 ss.
- Id., *Geometrie parallele e bagliori corruschi nel diritto penale dei gruppi (bancarotta infra-gruppo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi")*, in *Cass. pen.*, 2005, 3781 ss.
- Id., *La bancarotta preferenziale prima e dopo la "cura"*, in *St. iuris*, 2009, 1332 ss.

- Id., *Le mariages qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, in *Cass. pen.*, 2009, 294 ss.
- Naucke W., *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt a. M. 1987.
- Neppi Modona G., *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 184 ss.
- Id., *La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, 80 ss.
- Id., voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma 1988.
- Niese W., *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, 1951, 256 ss.
- Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna 2009.
- Id., *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 365 ss.
- Id., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni precedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 851 ss.
- Nuvolone P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947 (ristampa Padova 1972).
- Id., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955.
- Id., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 476 ss.
- Id., *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 3 ss.
- Id., *Opposizione al fallimento, bancarotta fraudolenta e mandato di cattura*, in *Ind. pen.*, 1981, 410 ss.
- Id., *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in Id., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 290 ss.
- Oldi P., *Sfumata l'occasione di elaborare linee guida sulla successione di leggi*, in *Guida dir.*, 2008, 26, 94 ss.
- Orlandi R., voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino 1995, 42 ss.
- Pacchi S., *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789 ss.
- Pacileo F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano 2017.
- Padovani T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.
- Id., *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 686 ss.
- Id., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del Titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 10 ss.
- Id., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.
- Id., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.
- Id., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, 449 ss.
- Id., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- Id., *La frode fiscale. Profili generali, in Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cura di C. F. Grosso, Milano 1992², 179 ss.
- Id., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Id., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 395 ss.
- Id., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità in mano alle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2003, 3328 ss.
- Id., *Lezione introduttiva sul metodo della scienza nel diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 227 ss.
- Id., *Diritto penale*, Milano 2017¹¹.
- Pagliari A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957.
- Id., *Il fatto di reato*, Palermo 1960, ora in A. Pagliaro, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956 - 2008*, vol. I, Milano 2009, 141 ss.
- Id., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, 391 ss.
- Id., *Oggetto della tutela e consumazione nei delitti di bancarotta*, in *La legge fallimentare. Bilancio e prospettive dopo trenta anni di applicazione*, a cura di A. Crespi, Milano 1975, 1171 ss.
- Id., *Pluralità dei fatti di bancarotta e unità di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 705 ss.
- Id., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 17 ss.
- Id., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 519 ss.
- Id., *Riflessioni sulla riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 857 ss.
- Id., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.
- Id., *Disposizioni di procedura*, in L. Conti, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova 2001, 679 ss.
- Id., *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1599 ss.
- Id., voce *Fatto (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano 2006, 2451 ss., ora in A. Pagliaro, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956 - 2008*, vol. III, Milano 2009, 727 ss.
- Id., *Il reato*, parte di *Trattato di diritto penale*, a cura di C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2007.
- Id., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano 2007, 153 ss.
- Paglierini M., Sciascia G., *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea. Uno sguardo d'insieme*, in *Le soc.*, 2015, 986 ss.
- Palazzo F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979.
- Id., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 459 ss.
- Id., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 351 ss.
- Id., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011.
- Id., *Corso di diritto penale*, Torino 2016⁶.
- Paliero C. E., *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 ss.
- Id., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.
- Id., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss.
- Id., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.
- Id., *Principio di colpevolezza e reati economici*, in *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. Borsari, L. Sammiceli, C. Sarra, Padova 2015, 17 ss.
- Palladino P., *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, 3088 ss.
- Id., *Non è necessario il dolo specifico per la bancarotta fraudolenta documentale*, in *Cass. pen.*, 2007, 726 ss.

- Pantanello A., *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2015, 3727 ss.
- Id., *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti alla cognizione del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 2017, 3729 ss.
- Paonessa C., *Abolitio criminis e fallimento del piccolo imprenditore*, in *St. iuris*, 2008, 1146 ss.
- Id., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss.
- Papa M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino 2017.
- Parodi Giusino M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990.
- Patalano V., voce *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXXV, Milano 1986, 351 ss.
- Patti A., *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 2002, 1033 ss.
- Pecoraro Albani A., *Il dolo*, Napoli 1955.
- Pedrazzi C., *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 259 ss.
- Id., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1955.
- Id., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 220 ss.
- Id., *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1099 ss.
- Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano 1984, 1111 ss.
- Id., *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985, 293 ss.
- Id., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 125 ss.
- Id., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss.
- Id., *Sui limiti dell'"appropriazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1441 ss.
- Id., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.
- Id., *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000², 99 ss.
- Pedrazzi C., Sgubbi F., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte del *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995.
- Pelissero M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano 2004.
- Perdonò G. L., *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 447 ss.
- Id., *Opposizione alla sentenza di fallimento e sospensione del processo per bancarotta: si apre una breccia nella giurisprudenza di merito in conseguenza della mutata qualificazione della sentenza di fallimento*, in *Cass. pen.*, 2005, 199 ss.
- Id., *Fatti plurimi di bancarotta: unità o pluralità di reati*, in *Giur. merito*, 2006, 2460 ss.
- Id., *I reati fallimentari, Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova 2010, 325 ss.
- Id., *Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già de iure condito?*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 429 ss.
- Pérez Barberá G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires 2011.
- Id., *El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental*, in *Cuadernos der. pen.*, 6/2011, 11 ss.
- Perini A., *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss.
- Id., *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 721 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Perini A., Dawan D., *La bancarotta fraudolenta*, Padova 2001.
- Petrini D., *Consapevolezza del pericolo e accettazione del rischio: anche il datore di lavoro può rispondere di omicidio a titolo di dolo eventuale per la morte dei suoi lavoratori*, in *Leg. pen.*, 2012, 549 ss.
- Petrocelli B., *L'appropriazione indebita*, Napoli 1933.
- Id., *Il delitto tentato. Studi*, Padova 1955.
- Id., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss.
- Id., *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 337 ss.
- Piacenza S., *L'elemento psichico del delitto di bancarotta*, in *Giur. it.*, 1948, II, 123 ss.
- Piccardi M., *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 2011, 4438 ss.
- Picotti L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano 1993.
- Pierdonati M., *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 187 ss.
- Id., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli 2012.
- Id., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 965 ss.
- Piergallini C., *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 593 ss.
- Pifferi M., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano 2006.
- Pioletti U., *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma 2015.
- Id., *La bancarotta semplice*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 1873 ss.
- Id., *Lex mercatoria e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2017, 478 ss.
- Pisani N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano 2003.
- Id., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 3 ss.
- Id., *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1160 ss.
- Id., *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018.
- Pistorelli L., *Sui profili penalistici della nuova procedura per la risoluzione delle crisi da sovra indebitamento dei soggetti non fallibili (art. 19 l. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2012.
- Piva D., *Tesi e antitesi sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 204 ss.
- Id., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 563 ss.
- Plantamura V., *L'omicidio preterintenzionale*, Pisa 2016.
- Poggi D'Angelo M., *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, 3959 ss.
- Porzio M., *La banca insolvente*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M. P. Chiti, V. Santoro, Pisa 2016, 407 ss.
- Potetti D., *La bancarotta fraudolenta per distrazione: quali limiti alle scelte dell'imprenditore?*, in *Cass. pen.*, 1999, 3567 ss.

- Prosdocimi S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993.
- Id., voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino 1996, 235 ss.
- Id., *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 138 ss.
- Id., *Democrazia, poteri economici, diritto penale: brevi spunti di riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. I, Milano 2006, 647 ss.
- Proto V., *La bancarotta prefallimentare: problema della pregiudizialità prima e dopo la riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 299 ss.
- Provinciali R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 1955.
- Id., voce *Insolvenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 781 ss.
- Id., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974.
- Pulitano D., *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, 111 ss.
- Id., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 699 ss.
- Id., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.
- Id., *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3 ss.
- Id., *La legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270 ss.
- Id., *La giustizia penale tra vecchio e nuovo*, in *Le soc.*, 2002, 1116 ss.
- Id., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss.
- Id., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le soc.*, 2008, 902 ss.
- Id., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 22 ss.
- Punzo M., *Singolare struttura di un'ipotesi di quasi bancarotta*, in *Giust. pen.*, 1952, II, 266 ss.
- Id., *Il delitto di bancarotta*, Torino 1953.
- Id., *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova 1957.
- Puppe I., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, 1 ss.
- Id., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 1992.
- Putinati S., *La nuova bancarotta "societaria" di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 legge fallimentare. Problemi di imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 17 ss.
- Raffaele S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1077 ss.
- Id., *La (residua?) validità dell'accettazione del rischio quale criterio identificativo del dolo eventuale*, in *Giur. it.*, 2015, 1991 ss.
- Ragués i Vallès R., *De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*, in *InDret*, 3/2012, 1 ss.
- Ramacci F., *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli 1966.
- Id., *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971.
- Rampioni R., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" alla riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 573 ss.
- Reccia E., *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2018.
- Id., *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare. Spunti di riflessione*, Torino 2018.
- Rinaldi F. V., *Le Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp: la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente tra teoria e prassi*, in *Giust. pen.*, 2016, II, 21 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Rivello P., *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione pre-fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2018, 1055 ss.
- Rocco Al., *Il fallimento*, Torino 1917.
- Romano M., *Società di persone e oggetto materiale della bancarotta del socio illimitatamente responsabile*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. III, Milano 1965, 363 ss.
- Id., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.
- Id., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.
- Id., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2004-2012.
- Id., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1721 ss.
- Id., *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *Riv. soc.*, 2010, 538 ss.
- Id., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.
- Id., *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 559 ss.
- Ronco M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino 1979.
- Id., *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1175 ss.
- Id., *La tensione tra dolo e colpa nell’accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in *Arch. pen. - Online*, 2/2011.
- Id., *La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2014, 333 ss.
- Id., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss.
- Id., *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. pen.*, 2015, 717 ss.
- Id., *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 589 ss.
- Id., *Alle origini dell’imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 487 ss.
- Id., *Le condizioni oggettive di punibilità*, ora in Id., *Scritti patavini*, vol. I, Torino 2017, 413 ss.
- Rossi Al., *Liquidatore del concordato nominato ai sensi dell’art. 182 legge fall. e fatti di bancarotta: quali rapporti?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 348 ss.
- Id., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento e limiti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli 2011, 2109 ss.
- Id., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, parte di *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2014, 100 ss.
- Id., *I reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, aggiorn. a cura di C. F. Grosso, vol. II, Milano 2014¹³, 3 ss.
- Id., *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2015.
- Id., *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: “pace fatta” tra giurisprudenza e dottrina?*, in *Giur. it.*, 2017, 1681 ss.
- Rossi An., *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d’impresa: una prima lettura*, in *Le soc.*, 2017, 1375 ss.
- Rovelli R., *Reati fallimentari*, Milano 1952.

- Roxin C., *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, 1962, 515 ss.
- Id., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Honig*, Göttingen 1970, 133 ss.
- Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, 37 ss. (tr. it. a cura di S. Moccia di *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York 1973²).
- Id., *Senso e limiti della pena statale*, Ferrara 1979 (tr. it. a cura di G. Casaroli di *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 1 ss.).
- Id., *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dogmatica penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano 1984, 2087 ss.
- Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996.
- Id., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, 83 ss. (tr. it. a cura di S. Moccia di *Die Problematik der objektiven Zurechnung*).
- Id., *Zur normativierung des dolus eventualis un zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied 2004, 243 ss.
- Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2006⁴.
- Id., *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 145 ss.
- Id., *Über den "dolus eventualis"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1201 ss.
- Id., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in *GA*, 2013, 433 ss.
- Id., *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale, in Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 5 ss.
- Ruggiero G., *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 331 ss.
- Id., *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli 2011.
- Sacerdoti A., voce *Fallimento*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, Milano 1900, 1 ss.
- Salcuni G., *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa 2018.
- Id., *Il dolo eventuale fra determinatezza e colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 15 marzo 2018.
- Sandrelli G. G., *Bancarotta fraudolenta per le società in un gruppo: condotte di distrazione ed operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 legge fallimentare nelle operazioni intercompany*, in *Il fall.*, 2000, 50 ss.
- Id., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1296 ss.
- Id., *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss.
- Id., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il fall.*, 2013, 789 ss.
- Sandulli P., *Rapporti tra decozione e reati fallimentari*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 85 ss.
- Santamaria D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955.
- Id., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 646 ss.
- Id., *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1996, 111 ss.
- Santangeli F., *P.M. e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2017, 1 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Santarelli U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964.
- Id., voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, vol. V, Torino 1990, 366 ss.
- Id., *Il fallimento: delitto o sventura?*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed età moderna*, a cura di A. Legnani Annichini, N. Sarti, Bologna 2011, 13 ss.
- Santoriello C., *I reati di bancarotta*, Torino 2000.
- Id., *L'imprenditore che non paga l'erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 436 ss.
- Id., *I rapporti tra bancarotta societaria e le alterazioni dei dati contabili della società fallita*, in *Le soc.*, 2012, 429 ss.
- Id., *La bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta preferenziale*, in *Le soc.*, 2014, 606 ss.
- Id., *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *Le soc.*, 2015, 625 ss.
- Id., *La bancarotta semplice*, in *Le soc.*, 2015, 1024 ss.
- Id., *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015*, in *Il fall.*, 2016, 129 ss.
- Id., *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le soc.*, 2017, 1030 ss.
- Sapori A., *Saggio sulle fonti della storia economica medievale*, in *Studi di storia economica*, Firenze 1955³.
- Satta S., *Diritto fallimentare*, Padova 1996³.
- Scalera I., *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano 1969.
- Scarcella A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 482 ss.
- Schiavano G., *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 253 ss.
- Schiavone A. (a cura di), *Diritto privato romano*, Torino 2003.
- Schünemann B., *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 207 ss.
- Id., *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin 1999, 363 ss.
- Scoletta M., *La "specialità" della causa di esenzione dei reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 393 ss.
- Seelman K., *Le "strutture logiche delle cose" di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 21 ss.
- Sellaroli G., *Considerazioni sull'elemento psicologico della bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1961, II, 781 ss.
- Selvaggi N., *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 97 ss.
- Serianni V., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 201 ss.
- Seuffert H., *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, München 1902.
- Sgubbi F., *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Padova 1976.
- Id., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano 1980.
- Id., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990.

- Id., *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 61 ss.
- Id., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 665 ss.
- Silva C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018.
- Soana G. L., *I reati fallimentari*, Milano 2012.
- Solazzi S., *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XV, 1903, 127 ss.
- Id., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, vol. I, Napoli 1937, 151.
- Sotis C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.
- Spagnuolo A. C., "Revirement" della Corte di cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?, in *Cass. pen.*, 2013, 2772 ss.
- Spasari M., *Osservazioni sulla natura giuridica del c.d. delitto preterintenzionale*, in *Arch. pen.*, 1957, 229 ss.
- Id., voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano 1961, 837 ss.
- Id., *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano 1963.
- Speciale G., *Fallimento tra dolo e sfortuna. L'azione revocatoria e il diritto d'asilo nei secoli XVI-XVIII*, Roma 1996.
- Spena A., *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1263 ss.
- Spinosa V., *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 787 ss.
- Id., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, 100 ss.
- Id., *Giudizio civile per la dichiarazione di fallimento e processo per bancarotta: un nuovo banco di prova per l'autonomia del diritto penale fallimentare*, in *Ind. pen.*, 2015, 50 ss.
- Spuri D., *Alcune osservazioni sulla natura giuridica delle condizioni di punibilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1172 ss.
- Stanghellini L., *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna 2007.
- Id., *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Il fall.*, 2013, 1222 ss.
- Stella F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.
- Id., *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Milano 1978, 121 ss.
- Id., *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Il fall.*, 1995, 303 ss.
- Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003³.
- Stella F., Pulitanò D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 553 ss.
- Stile A. M., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 151 ss.
- Id. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985.
- Stortoni L., *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1163 ss.
- Id., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976.
- Id., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 625 ss.
- Stracca B., *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, Lyon 1553.
- Stuckenberg C. F., *Dolo, consapevolezza dell'illecito, dottrina dell'errore*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 127 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Summerer K., *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 490 ss.
- Sutherland E. H., *Il crimine dei colletti bianchi*, a cura di G. Forti, Milano 1987.
- Tagliarini F., *I delitti aggravati dall'evento: profili storici e prospettive di riforma*, Padova 1979.
- Id., *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Ind. pen.*, 1992, 739 ss.
- Id., *I reati fallimentari*, in G. Insolera, R. Acquaroli, *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Ancona 1997, 65 ss.
- Talamanca M., voce *Azione revocatoria*, a) *diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 883 ss.
- Tassinari D., *Tipicità oggettivo-soggettiva della bancarotta preferenziale*, in *Il fall.*, 2002, 1347 ss.
- Id., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012.
- Terracina D., *La responsabilità penale del cosiddetto "amministratore formale" nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 227 ss.
- Teti R., *La bancarotta nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2011, 795 ss.
- Tiedemann K., *Il nuovo diritto penale fallimentare tedesco da un punto di vista comparatistico*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di M. Pisani, Milano 1991, 427 ss.
- Id., *Cesare Beccaria e i reati economici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1381 ss.
- Tranchina G., *Riflessioni intorno all'art. 238 legge fall.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 713 ss.
- Trapani M., *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Torino 2006.
- Traversi A., Gennai S., *Diritto penale commerciale*, Padova 2017³.
- Trentini C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il fall.*, 2018, 988 ss.
- Tripodi A. F., *La rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 169 ss.
- Troyer L., *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. pen.*, 2014, 141 ss.
- Troyer L., Ingrassia A., *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le soc.*, 2013, 339 ss.
- Vassalli G., *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 529 ss.
- Id., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 1 ss.
- Id., voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, 535 ss.
- Veneziani P., *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 517 ss.
- Id., *Spunto per una teoria del reato condizionato*, Padova 1992.
- Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *St. iuris*, 2001, 70 ss.
- Id., sub art. 2639, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi, A. Cadoppi, Padova 2007, 303 ss.
- Id., *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli 2011, 2141 ss.
- Venturati P., *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 579 ss.
- Vietti M., Auletta F., Lo Cascio G., Tombari U., Zoppini A. (a cura di), *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori, testi e materiali*, Milano 2006.

- Viganò F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013.
- Id., *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013.
- Id., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014.
- Vinciguerra S., *Concordato preventivo, amministrazione controllata e responsabilità penale (riflessioni sull'art. 236, comma 1° l.f.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 868 ss.
- Id. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova 2003².
- Violante P., *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? (Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma)*, in *Ind. pen.*, 1994, 583 ss.
- Vitale N., *La preterintenzione*, Milano 1956.
- Voci P., voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano 1966, 422 ss.
- Volk K., *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998.
- Id., *Diritto penale ed economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 479 ss.
- Id., *Cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina, in Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 163 ss.
- Id., *Marktmissbrauch und Strafrecht*, in *Festschrift für Hassemer*, Heidelberg 2010, 915 ss.
- Id., *Nuovi sviluppi del diritto penale dell'economia, dalla prospettiva tedesca*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 623 ss.
- Id., *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 37 ss.
- Vormbaum T., *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, 51 ss. (tr. it. a cura di M. Donini di *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, 660 ss.).
- Welzel H., *Kausalität und Handlung* (1931), ora in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, 7 ss.
- Id., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim 1935.
- Id., *Studien zum System des Strafrechts* (1939), ora in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, 120 ss.
- Id., *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen 1949.
- Id., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 1 ss.
- Id., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31 ss.
- Id., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlino 1969¹¹.
- Zaffaroni E. R., *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 265 ss.
- Zagrebelsky V., *Osservazioni sul danno patrimoniale di cui all'art. 219 l.f. e sulla sua valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 798 ss.
- Zambusi A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, 533 ss.
- Zampano O., *Bancarotta "riparata" e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss.
- Zanchetti M., *Diritto penale fallimentare*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, vol. II, Torino 2013, 355 ss.
- Id., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 111 ss.

Il dolo nella bancarotta

- Zanotti R., *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 82 ss.
- Id., *Osservazioni e riserve sulla riconducibilità del falso contabile all'ipotesi di falsa comunicazione sociale*, in *Giur. comm.*, 1989, 447 ss.
- Id., *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174 ss.
- Id., voce *Punibilità (condizione obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino 1995, 534 ss.
- Zielinski D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973.
- Zincani M., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fall.*, 2011, 516 ss.
- Id., *L'art. 217-bis l. fall.*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Torino 2017, 2213 ss.
- Zingales D., *Osservazioni a Cass. pen.*, 28 ottobre 2010, *Sez. V, n. 1901*, in *Cass. pen.*, 2012, 641 ss.
- Zuccalà G., *Il delitto preterintenzionale*, Palermo 1952.
- Id., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova 1954.
- Id., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 839 ss.

Ringraziamenti

Nell'ambito di questa pagina – che costituisce necessariamente una 'promessa non mantenibile', in cui non è purtroppo possibile nominare tutti coloro a cui va il mio pensiero – il primo ringraziamento è per il prof. Giovanni Flora, che ha voluto raccogliere le mie prime, nebulose e indistinte aspirazioni e, con la sapienza della sua guida e con il suo affetto paterno, mi ha condotto sino a questo traguardo, per me così significativo. Senza di lui, senza la sua continua spinta a cercare, trovare, raccogliere, ripartire e rialzarsi niente di tutto questo sarebbe stato possibile.

Al prof. Ferrando Mantovani va il più devoto dei ringraziamenti: per avermi avvicinato al diritto penale, per avermelo fatto amare, per avermi trasmesso, col suo esempio umano e scientifico, la fede nella scienza e il culto del diritto, lungo tutte le straordinarie occasioni di incontro di questi anni, in cui ho avuto l'onore di poter ascoltare le sue parole.

Un ringraziamento ugualmente sentito è per il prof. Fausto Giunta: oltre che per le innumerevoli e preziosissime suggestioni e per l'incitamento, costante, verso l'essenzialità, anche per il confronto e per la revisione di questo lavoro, che davvero molto deve ai suoi consigli.

Ancora, il più sincero dei ringraziamenti va alla dott.ssa Caterina Paonessa e al dott. Gianfranco Martiello, per il fondamentale aiuto, per il sostegno, e non meno per i suggerimenti, gli spunti, le critiche.

Non è minore il debito verso gli altri 'giovani' del Dipartimento dell'Università di Firenze e gli amici degli altri Atenei, che non posso nominare individualmente se non al prezzo – che davvero sarebbe troppo alto – di rinunciare alla specificità che meriterebbe il loro ringraziamento; il risultato del nostro quotidiano confronto e delle nostre discussioni innerva ciascuna pagina di questo volume.

Ci sono, infine, tanti, troppi debiti di natura personale, verso chi, da sempre o più di recente, mi ha spinto a scommettere con me stesso e su me stesso. Non me ne vorrete se qui, per tutti, ringrazio chi l'ha fatto dal primo momento: mio padre Leopoldo.

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosi F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macri F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumine». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaioli S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelenion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastri S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

ANNO 2012

- Evangelisti E., *Structural and functional aspects of membranes: the involvement of lipid rafts in Alzheimer's disease pathogenesis. The interplay between protein oligomers and plasma membrane physicochemical features in determining cytotoxicity*
- Bondi D., *Filosofia e storiografia nel dibattito anglo-americano sulla svolta linguistica*
- Petrucci F., *Petri Candidi Decembrii Epistolarum iuveniliū libri octo. A cura di Federico Petrucci*
- Alberti M., *La 'scoperta' dei disoccupati. Alle origini dell'indagine statistica sulla disoccupazione nell'Italia liberale (1893-1915)*
- Gualdani R., *Using the Patch-Clamp technique to shed light on ion channels structure, function and pharmacology*
- Adessi A., *Hydrogen production using Purple Non-Sulfur Bacteria (PNSB) cultivated under natural or artificial light conditions with synthetic or fermentation derived substrates*
- Ramalli A., *Development of novel ultrasound techniques for imaging and elastography. From simulation to real-time implementation*

ANNO 2013

- Lunghi C., *Early cross-modal interactions and adult human visual cortical plasticity revealed by binocular rivalry*
- Brancasi I., *Architettura e illuminismo: filosofia e progetti di città nel tardo Settecento francese*
- Cucinotta E., *Produzione poetica e storia nella prassi e nella teoria greca di età classica*
- Pellegrini L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*
- Locatelli M., *Mid infrared digital holography and terahertz imaging*
- Muniz Miranda F., *Modelling of spectroscopic and structural properties using molecular dynamics*
- Bacci M., *Dinamica molecolare e modelli al continuo per il trasporto di molecole proteiche - Coarse-grained molecular dynamics and continuum models for the transport of protein molecules*
- Martelli R., *Characteristics of raw and cooked fillets in species of actual and potential interest for italian aquaculture: rainbow trout (*oncorhynchus mykiss*) and meagre (*argyrosomus regius*)*

ANNO 2014

- Lana D., *A study on cholinergic signal transduction pathways involved in short term and long term memory formation in the rat hippocampus. Molecular and cellular alterations underlying memory impairments in animal models of neurodegeneration*
- Lopez Garcia A., *Los Auditoria de Roma y el Athenaeum de Adriano*
- Pastorelli G., *L'immagine del cane in Franz Kafka*
- Bussoletti A., *L'età berlusconiana. Il centro-destra dai poli alla Casa della Libertà 1994-2001*
- Malavolti L., *Single molecule magnets sublimated on conducting and magnetic substrates*
- Belingardi C., *Comunanze urbane. Autogestione e cura dei luoghi*
- Guzzo E., *Il tempio nel tempio. Il tombeau di Rousseau al Panthéon di Parigi*

ANNO 2015

- Lombardi N., *MEREFaPS: uno Studio di Farmacovigilanza Attiva e Farmacoepidemiologia in Pronto Soccorso*
- Baratta L., *«A Marvellous and Strange Event». Racconti di nascite mostruose nell'Inghilterra della prima età moderna*
- Richichi I.A., *La teocrazia: crisi e trasformazione di un modello politico nell'Europa del XVIII secolo*
- Palandri L., *I giudici e l'arte. Stati Uniti ed Europa a confronto*
- Caselli N., *Imaging and engineering optical localized modes at the nano scale*
- Calabrese G., *Study and design of topologies and components for high power density dc-dc converters*
- Porzilli S., *Rilevare l'architettura in legno. Protocolli metodologici per la documentazione delle architetture tradizionali lignee: i casi studio dei villaggi careliani in Russia*

ANNO 2016

- Martinelli S., *Study of intracellular signaling pathways in Chronic Myeloproliferative Neoplasms*
- Abbado E., *“La celeste guida”. L’oratorio musicale a Firenze: 1632-1799*
- Focarile P., *I Mannelli di Firenze. Storia mecenatismo e identità di una famiglia fra cultura mercantile e cultura cortigiana*
- Nucciotti A., *La dimensione normativa dell’imprenditorialità accademica. Tre casi di studio sugli investigatori principali, i loro gruppi di ricerca e i fattori di innesco dell’imprenditorialità accademica*
- Peruzzi P., *La inutilizzabilità della prestazione*
- Lottini E., *Magnetic Nanostructures: a promising approach towards RE-free permanent magnets*
- Uricchio T., *Image Understanding by Socializing the Semantic Gap*

ANNO 2017

- Valenti R., *Cerebral Small Vessel Disease and Cerebral Amyloid Angiopathy: neuroimaging markers, cognitive features and rehabilitative issues*
- Starnini M., *L’uomo tutto intero. Biografia di Carlo Livi, psichiatra dell’Ottocento*
- Verardi D., *La scienza e i segreti della natura a Napoli nel Rinascimento: la magia naturale di Giovan Battista Della Porta*
- Minicucci G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*
- Pattelli L., *Imaging light transport at the femtosecond scale: a walk on the wild side of diffusion*
- Egea Molines M.T., *Etnobotánica en el Alto Valle del Reno (Toscana y Emilia-Romana, Italia). Etnobotanica nell’Alta Valle del Reno (Toscana ed Emilia-Romagna, Italia)*
- Romano I.M., *Pressione turistica sul Centro Storico di Firenze - sito UNESCO. Un modello per la valutazione dell’impatto percettivo*

