

Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?

Commento a Cassazione penale, Sez. V, dep. 6 dicembre 2012, n. 47502, Pres. Zecca, Rel. Demarchi Albengo

SOMMARIO

1. UNA SENTENZA “CORAGGIOSAMENTE RESPONSABILE”. – 2. IL RUOLO DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO NEI REATI DI BANCAROTTA: STORIA DI UNA DIVERGENZA INTERPRETATIVA SENZA FINE. – 2.1 LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO COME ELEMENTO COSTITUTIVO DEL REATO. – 2.2. LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO COME CONDIZIONE OBIETTIVA DI PUNIBILITÀ. – 3. LA SENTENZA SULLA VICENDA DEL RAVENNA CALCIO: UNA RONDINE CHE NON FARÀ PRIMAVERA.

1 UNA SENTENZA “CORAGGIOSAMENTE RESPONSABILE”

Con una recente pronuncia in tema di requisiti costitutivi del delitto di bancarotta prefallimentare fraudolenta, la Suprema Corte ha messo in discussione un orientamento giurisprudenziale che risultava ormai talmente cristallizzato da ricordare, nella sostanza, quegli *edicta tralaticia* che nell'antica Roma venivano trasmessi “in eredità” da un pretore all'altro e che finivano col ricavare la propria vincolatività e autorevolezza più dalla tradizione e dal mero tramandarsi nel tempo che non dall'effettiva correttezza giuridica delle disposizioni in essi contenute.

In un panorama nel quale, tante volte, la giurisprudenza appare quasi ripiegata su se stessa e incapace di guardare con occhio critico al *precedente*¹, e talvolta veicola schemi concettuali ormai obsoleti anche a fronte di significativi mutamenti nell'elaborazione giuridica dottrinale e normativa², non si può che guardare con favore a una pronuncia che, dando prova di coraggiosa responsabilità, ha deciso di ritagliarsi uno spazio di meditata autonomia, volto a promuovere un'acuta riflessione sul sostrato giurisprudenziale esistente, sottoponendolo a quella che, espressamente, viene indicata come una «*revisione critica*».

Se alla decisione in commento deve essere pertanto riconosciuto un innegabile pregio di carattere metodologico, tale apprezzamento è tuttavia replicabile solo in minima parte in relazione ai contenuti della parte motiva della sentenza.

Essa, infatti, pur assumendo una posizione senz'altro più condivisibile rispetto a quella della giurisprudenza assolutamente predominante – se non altro perché decide di farsi (finalmente!) carico di trarre le dovute conseguenze della inveterata tesi che individua nella sentenza dichiarativa del fallimento un elemento costitutivo dei reati di bancarotta prefallimentare – non risulta però davvero convincente.

1. Sul ruolo del precedente nel nostro ordinamento, si veda *ex multis* G. CANZIO, *Giurisprudenza di legittimità, precedenti e massime*, in *Quest. Giust.*, 2008, pp. 53 ss.

2. Emblematica, in tal senso, la vicenda della confisca, troppo a lungo forzata entro i confini di massime che, se si atteggiavano bene all'istituto disciplinato dall'art. 240 c.p., risultavano assai insoddisfacenti in rapporto a casi nei quali essa aveva pacificamente dismesso i panni della misura di sicurezza: sul punto, Cass., sez. III, 19 settembre 2012 (dep. 10 gennaio 2013) n. 1256, in *Dir. pen. cont.*

In particolare – anticipando qui le conclusioni del ragionamento che si svolgerà nelle presenti considerazioni di commento – la pronuncia che ci occupa non sembra condurre con successo il tentativo di proporre controargomentazioni efficaci rispetto ad alcune tesi tradizionalmente avanzate in dottrina, con le quali pur si confronta direttamente, che sembrano invece più coerenti dal punto di vista dogmatico e, ciò che più conta, maggiormente rispettose del dettato normativo³.

Prima di analizzare in dettaglio i termini della questione giuridica esaminata dal Supremo Collegio, occorre tuttavia riassumere brevemente gli aspetti salienti della concreta vicenda processuale oggetto della decisione, così da avere pienamente chiari i termini del problema interpretativo che essa sottende e che riguarda, come si è già anticipato in premessa, il ruolo della dichiarazione di fallimento nel reato di bancarotta propria prefallimentare.

Si tratta – come è noto – di questione annosa, sulla quale già erano intervenute le Sezioni Unite sul finire degli anni Cinquanta⁴ e da allora oggetto di ininterrotti contrasti – mai composti – fra giurisprudenza e dottrina.

La prima, sulla scia tracciata proprio dalla pronuncia a Sezioni Unite del 1958, ha sempre qualificato la dichiarazione di fallimento quale elemento costitutivo del reato⁵. La seconda, in larghissima parte, ha avvertato con forza tale conclusione, considerando più congruo ricondurre la clausola «se è dichiarato fallito» nell'alveo delle condizioni obiettive di punibilità⁶.

La sentenza in commento non si distacca, quanto all'impostazione teorica che ne costituisce la base, dalla giurisprudenza tradizionale e ribadisce, pertanto, la natura di requisito di fattispecie – e, segnatamente, di evento del reato – della dichiarazione di fallimento; tuttavia, essa si allontana in maniera nettissima dall'elaborazione sviluppata in decenni di giurisprudenza precedente, in quanto, portando alle necessarie conseguenze la premessa teorica posta a fondamento della decisione, avverte la necessità di *trattare effettivamente* tale elemento quale requisito costitutivo dell'illecito, con tutto ciò che ne deriva in punto di accertamento causale (assumendo che esso si connoti davvero quale evento del reato) e, soprattutto, di elemento psicologico.

Risulta infatti evidente, nella pronuncia in esame, l'insoddisfazione nei confronti dell'orientamento tradizionale che, da un lato, afferma con piena convinzione che la dichiarazione di fallimento debba essere senz'altro inserita tra i requisiti di fattispecie dell'art. 216 l. fall. e, dall'altro, la estromette nella sostanza dal fuoco del dolo.

È indubbio, a ben vedere, che il caso concreto oggetto di giudizio ben si prestasse, con le sue peculiarità, a rendere particolarmente acuto il problema. La contestazione di bancarotta, infatti, trae origine dal fallimento di una società sportiva, l'U.S. Ravenna Calcio s.r.l., e vedeva imputati, a vario titolo, i soggetti che avevano amministrato la società in due segmenti temporali tra loro ben distinti: da un lato, i membri della famiglia

3. Ad analoghe conclusioni giungono, in un commento alla sentenza pubblicato di recente, L. TROYER-A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le Società*, 2013, p. 339 ss., i quali osservano che «la sentenza si fa coraggiosamente carico del tentativo di risolvere le criticità dell'esegesi della norma propugnata dal Giudice di legittimità (fatta di massime tratlazioni), fornendo, però, una soluzione non pienamente convincente, né nel percorso argomentativo né nelle conclusioni».

4. Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 1958, II, p. 513 ss., nonché in CED, Rv. 098004.

5. Cfr., *ex pluribus*, Cass., sez. V, 12 novembre 1974, in *Riv. pen.*, 1975, p. 105; Cass., sez. V, 3 dicembre 1978, *ivi*, 1980, p. 219; Cass., sez. V, 27 novembre 1985, in *Foro it.*, 1986, II, c. 18; Cass., sez. V, 14 aprile 1987, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 292; Cass., sez. V, 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828; Cass., sez. V, 22 aprile 1998, *ivi*, 1999, p. 278, 651; Cass., sez. V, 23 marzo 1999, *ivi*, 2000, p. 1784; Cass., sez. I, 06 novembre 2006, n. 1825, in CED, Rv. 235793; Cass., sez. V, 25 marzo 2010, n. 25736, in CED, Rv. 247299; Cass., sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229, Rv. 253931.

6. Tra i tanti, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, a cura di C.F. GROSSO, 2008, vol. II, p. 55; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Torino, 1991, p. 118 ss.; Id., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, p. 19 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 42 ss.; C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1565 ss.; M. LA MONICA-A. L. MACCARI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1999, p. 247 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Bologna, 2003, p. 108; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, p. 207 ss.; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 24 ss.; G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1145 ss.

che rappresentava la “proprietà storica” del Ravenna Calcio, operativi fino al 1999, anno nel quale la società entrava in amministrazione giudiziale; dall’altro lato, il soggetto che aveva acquisito la società calcistica sul finire del 1999 (alla chiusura, cioè, della fase di amministrazione giudiziale) e l’aveva gestita fino alla dichiarazione di fallimento, intervenuta nel 2001.

Vista una tale discontinuità nella gestione aziendale, il problema posto all’attenzione dell’Autorità giudiziaria era quello di collegare in termini penalisticamente pregnanti, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, le condotte tenute nel corso della prima fase (quelle addebitate, cioè, alla proprietà storica) all’avvenuta dichiarazione di fallimento, verificatasi dopo l’ingresso sulla scena di altri soggetti e dopo il compimento di ulteriori operazioni di gestione, atte a incidere negativamente sulla consistenza patrimoniale della società.

La questione era stata agevolmente superata dalla Corte di merito⁷ applicando i principi tradizionalmente enunciati, sul punto, dalla giurisprudenza di legittimità, si era infatti riconosciuta la natura di elemento del reato (sebbene non di evento: estraneo, perciò, all’accertamento causale) della sentenza dichiarativa di fallimento e, in punto di accertamento del dolo, si era valorizzato il dato relativo alla previsione e volizione delle condotte, relegando il dichiarato fallimento ai margini della sfera psicologica dei soggetti agenti.

La Suprema Corte, pur dando atto che un simile schema argomentativo è pienamente in linea con gli insegnamenti più volte ribaditi dallo stesso giudice di legittimità, ha ritenuto tuttavia che esso non possa essere condiviso, sostanzialmente per le seguenti due ragioni: 1) se la dichiarazione di fallimento va considerata quale elemento costitutivo del reato, essa – a parere del Supremo Collegio – non può che assumere il ruolo di evento del reato e, pertanto, è necessario che sia dimostrata l’esistenza di un nesso eziologico che lo colleghi alla condotta incriminata; 2) inoltre, se si afferma la natura oggettiva di evento del reato, ne consegue logicamente – sul versante dell’elemento psicologico – che il fallimento deve essere preveduto e voluto dall’agente, quale conseguenza della propria condotta, secondo gli schemi consueti che governano l’imputazione dolosa nei delitti d’evento.

Si tratta allora di stabilire, innanzi tutto, se sia corretta la premessa giuridica di fondo, e cioè se possa effettivamente dirsi che la sentenza dichiarativa di fallimento costituisca l’evento dei reati di bancarotta prefallimentare.

Giacché, come detto, si tratta di questione assai risalente, vale la pena di richiamare, seppure in estrema sintesi, i diversi orientamenti proposti sul punto in dottrina e in giurisprudenza.

2

IL RUOLO DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO NEI REATI DI BANCAROTTA: STORIA DI UNA DIVERGENZA INTERPRETATIVA SENZA FINE

Com’è noto, l’art. 216 della legge fallimentare sancisce la rilevanza penale di una serie di condotte dell’imprenditore, «*se è dichiarato fallito*».

Da tale locuzione può ricavarsi un dato incontrovertibile: in assenza della dichiarazione di fallimento non può esservi responsabilità a titolo di bancarotta, potendo l’azione penale per tale delitto essere al più esercitata, in mancanza di tale requisito, nei soli casi previsti dall’art. 238, co. 2, l. fall., che pure prospettano come imminente la pronuncia della sentenza di fallimento e richiedono, in ogni caso, che risulti presentata la domanda giudiziale volta a ottenerne la dichiarazione.

La sentenza dichiarativa del fallimento è dunque pacificamente un *fatto* (per utilizzare, al momento, una locuzione volutamente generica) senza il quale non può trovare applicazione concreta la disciplina dettata dall’art. 216 l. fall.

Quanto al valore giuridico da riconoscere a tale *fatto*, nell’ambito della struttura

7. App. Bologna, 6 ottobre 2010, n. 1426, inedita.

del reato di bancarotta, vi sono due tesi principali che si contendono da lungo tempo il campo: quella che gli attribuisce il ruolo di elemento del reato (a sua volta scissa nelle due sottopotesi che lo indicano, rispettivamente, o quale mero elemento della fattispecie criminosa oppure quale evento del delitto) e quella che vi ravvisa una semplice condizione obiettiva di punibilità.

Accanto a tali prospettazioni sono state poi avanzate, anche molto autorevolmente, letture differenti. Si è ad esempio sostenuto, da parte di alcuni autori, che la locuzione in esame sia chiamata a svolgere la funzione di cristallizzare quella specifica qualità dell'imprenditore che connota l'illecito quale reato proprio (è autore dei reati di bancarotta, infatti, solo l'imprenditore *dichiarato fallito* e tale qualifica può essere attribuita soltanto attraverso la sentenza dichiarativa di fallimento)⁸; altra dottrina, invece, ne ha adombrato la natura di condizione di procedibilità, priva di ogni rilievo sostanziale e svincolata da ogni legame con la struttura oggettiva e soggettiva della fattispecie⁹.

Tuttavia, è soprattutto intorno ai due orientamenti principali che si è andato polarizzando, negli anni, il maggior consenso degli interpreti. Con una particolarità, già ricordata nelle pagine precedenti: la tesi dell'elemento costitutivo del reato ha ricevuto indiscusso seguito giurisprudenziale, riscuotendo però rare approvazioni in dottrina¹⁰; di contro, la tesi della condizione obiettiva di punibilità, costantemente respinta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, può vantare l'adesione della maggior parte della letteratura penalistica¹¹.

Veniamo adesso al merito delle due impostazioni, per cercare di comprendere come si collochi, all'interno di questo dibattito, la sentenza in esame.

2.1

LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO COME ELEMENTO COSTITUTIVO DEL REATO

La tesi che individua nella dichiarazione di fallimento un elemento costitutivo del reato postula, com'è evidente, che essa partecipi pienamente all'individuazione del disvalore veicolato dal delitto di bancarotta fraudolenta¹². Si tratterebbe, dunque, di una situazione che «*inerisce così intimamente alla struttura del reato da qualificare quei fatti, i quali, come fatti di bancarotta, sarebbero penalmente irrilevanti fuori del fallimento*»¹³. Le condotte dell'imprenditore sarebbero perciò sussumibili sotto le figure tipiche che sostanziano il reato di bancarotta (distrazione, dissipazione e via elencando) *esclusivamente* nel contesto dell'avvenuto fallimento, mantenendo, in assenza di tale rituale dichiarazione, la natura di *atti pienamente leciti*, privi di un autonomo disvalore idoneo a giustificare l'intervento sanzionatorio penale¹⁴. Detto in altri termini: per quanto le scelte di politica gestionale dell'impresa possano apparire dissennate, esse rientrano sempre nella sfera di libertà dell'imprenditore e, come tali, sfuggono a possibili censure di illiceità sul piano fallimentare¹⁵. Tale spazio di libertà incontra però il limite dell'insolvenza, sicché, una volta intervenuto il fallimento – con il danno ai creditori che esso reca inevitabilmente con sé – emerge la natura illecita degli atti precedentemente compiuti.

Stando alla tesi in esame, viene dunque a delinearsi un disvalore «a scoppio ritardato»,

8. Così A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, pp. 12 ss.; ID., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 519 ss. Tale impostazione sembra richiamare la risalente posizione di Binding, riferita già da G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935, ora in ID., *Diritto penale*, Milano, 1976, p. 859.

9. In questi termini U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006, p. VII ss. e 3 ss.

10. Mette conto evidenziare l'adesione a tale tesi di G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 36 ss.; più di recente, ID., *Reati fallimentari*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 4854 ss.

11. Per un puntuale elenco degli autori che si sono richiamati a tale impostazione, oltre a quelli già citati *supra*, nt. 5, si veda G. CASAROLI, *Artt. 216-241*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, pp. 1408 ss.

12. Analoga conclusione può trarsi in relazione a quel risalente orientamento dottrinale che ravvisava nella sentenza dichiarativa del fallimento una «condizione di esistenza» del reato: così, ad esempio, M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 92.

13. Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1958, cit.

14. Da notare, sul punto, che tale approccio si colloca in perfetta contiguità con le elaborazioni della dottrina commercialistica degli inizi del secolo scorso, la quale sosteneva *apertis verbis* che la sanzione penale puntasse a colpire proprio il fallimento. Cfr., sul punto, G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, p. 316; AL. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e sintesi storica*, Torino, 1917, p. 39.

15. Si veda sul punto, approfonditamente, G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 37 e i riferimenti giurisprudenziali *ivi* citati.

a «manifestazione posticipata», che illumina retrospettivamente quei comportamenti dell'imprenditore i quali, fino al sopraggiungere dell'insolvenza, restano insindacabili, nella loro intrinseca connotazione di liceità, in quanto espressione della libertà programmatica e gestionale accordata dall'ordinamento a quanti assumano la qualifica di imprenditore commerciale. Come meglio si vedrà tra breve, proprio questo pare essere il punto di maggiore debolezza della tesi in esame: prima di passare al vaglio critico della stessa, tuttavia, è opportuno completarne l'illustrazione, esaurendo l'esposizione delle ragioni che, a parere di quanti la sostengono, la rendono preferibile rispetto alle diverse opzioni ermeneutiche pure elaborate dagli interpreti.

Accanto alla richiamata tutela della libera gestione d'impresa, la tesi che individua nella dichiarazione di fallimento un elemento costitutivo dei reati di bancarotta si impernia altresì sul ruolo di *assoluta centralità* che tale procedura concorsuale assume nell'ambito dei reati fallimentari. Atteso, cioè, che essa partecipa così intensamente alla descrizione dell'offesa, fondendosi, come si è visto, con le condotte tipiche realizzate dal soggetto agente, non si potrebbe fare a meno di riconoscerle un ruolo ugualmente significativo nell'ambito della fattispecie incriminatrice: ecco perché essa non potrebbe essere qualificata in altro modo che come requisito essenziale del reato, proprio in ragione della sua asserita indispensabilità al fine di ritenere pienamente integrato il disvalore dei reati di bancarotta.

L'eventuale estromissione dal novero degli elementi costitutivi del fatto tipico, che si determinerebbe qualora si optasse per la riconduzione alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità, finirebbe perciò, stando alla tesi in esame, col marginalizzare eccessivamente il ruolo della dichiarazione del fallimento, obliterandone la richiamata centralità all'interno della fattispecie. In particolare, una sua collocazione al di fuori dei requisiti essenziali di tipicità del reato equivarrebbe a negare che essa debba, in ogni caso, agganciarsi a un profilo di rimproverabilità soggettiva dell'agente, determinando così un marcato distacco – ritenuto inaccettabile – dai dettami del principio di colpevolezza.

Si esalta, in tal modo, la matrice essenzialmente “garantista” posta all'origine dell'interpretazione in esame¹⁶, che punta a riconoscere al *fatto* della dichiarazione di fallimento il ruolo giuridico di elemento essenziale del reato, così da rendere indispensabile – sotto il profilo della verifica processuale della fondatezza dell'accusa – l'applicazione dei canoni ermeneutici tradizionalmente riservati ai requisiti di fattispecie, in particolare per quanto attiene all'accertamento del dolo, nel cui fuoco esso deve in ogni caso rientrare.

Tuttavia, è proprio qui che iniziano le aporie e le incoerenze applicative¹⁷.

Prima di esaminarle in dettaglio, tuttavia, è necessario dedicare una breve riflessione anche a quella specifica sotto-tesi, secondo cui alla dichiarazione di fallimento dovrebbe essere riconosciuta l'ancor più incisiva qualifica di *evento del reato*¹⁸.

Stando a questa ricostruzione, il percorso di verifica processuale affidato al giudice non potrebbe limitarsi al solo riscontro della colpevolezza dell'agente, ma dovrebbe necessariamente passare anche attraverso l'accertamento del nesso di causalità materiale tra le singole condotte gestorie ritenute rilevanti (in termini di distrazione, dissipazione, ecc.) e la verifica del fallimento. Si tratterebbe, quindi, di fare applicazione degli

16. Ampiamente, sul punto, G. COCCO, *Nota introduttiva agli art. 216-237 l. fall.*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1141 ss.

17. Di «contraddizione etica» parla acutamente M. DONINI, *Per uno statuo costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 2011, p. 4, il quale osserva che, stando all'insegnamento accolto dalla giurisprudenza, «mentre prima del fallimento tutto è possibile, dato che il ritorno *in bonis* prima di un *crac* santifica ogni distrazione, ogni dissipazione, ogni occultamento, ogni pagamento preferenziale, ogni pre-costituzione fraudolenta di titoli di prelazione, poi solo il tracollo rende definitivamente, ma in realtà soltanto *in quello specifico momento*, punibili quei comportamenti pregressi».

18. Così la già citata dottrina più risalente: G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 92; S. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano, 1913, p. 83; AL. ROCCO, *Il fallimento*, cit., p. 39.

ordinari criteri deputati a chiarire se sussista o meno un nesso di tipo eziologico tra condotta ed evento, determinando così, con tutta evidenza, una netta riduzione dello spazio applicativo della fattispecie incriminatrice: l'individuazione di un'ulteriore (e così incisiva) caratterizzazione del fatto tipico, infatti, finirebbe senz'altro con il limitare in modo marcato – se presa sul serio – l'area dei fatti riconducibili nell'ambito di rilevanza penale tracciato dalla norma.

Come si avrà modo di vedere, proprio questa è la strada accolta dalla sentenza in commento.

Tuttavia, tanto la giurisprudenza largamente prevalente, quanto la dottrina che sostiene la tesi dell'elemento del reato (declinandola attraverso quella versione che potremmo definire, per comodità, “*secca*”, non prevedendo ulteriori specificazioni su quale tipologia di requisito di fattispecie debba in effetti essere richiamata), si collocano su una linea interpretativa differente ed escludono in maniera netta che la dichiarazione del fallimento possa assurgere al ruolo di evento naturalistico: ciò, in particolare, sulla base del fatto che l'espressione «*se dichiarato fallito*» non può ritenersi idonea a descrivere un nesso eziologico fra condotte e fallimento, come dimostra non solo l'argomento letterale – che pure esclude che il significato delle parole indichi un rapporto di derivazione causale – ma anche quello sistematico, che consente di concludere, a mente dell'art. 223, co. 2., l. fall.¹⁹, che quando il legislatore penal-fallimentare ha voluto richiedere un legame eziologico con l'avvenuto fallimento lo ha fatto in maniera esplicita, ricorrendo alle formule lessicali tradizionalmente utilizzate a tale scopo, che richiamano immancabilmente il verbo “cagionare”.

Sarebbe perciò un'inammissibile forzatura del dato normativo assimilare sul piano del significato una locuzione come quella contenuta all'art. 216 l.fall. alle condotte di cagionamento del dissesto espressamente tipizzate dall'art. 223 l.fall.: in tal modo, infatti, l'interprete travalicherebbe i limiti propri dell'attività esegetica e farebbe, in sostanza, dire alla norma qualcosa che essa proprio non dice²⁰.

Si tratta di un'argomentazione stringente, che è davvero difficile non condividere: l'unico aspetto che sembra potersi seriamente invocare a sostegno della lettura in esame attiene alla difficoltà di delineare un elemento costitutivo del reato che sia cronologicamente successivo alla condotta e, tuttavia, causalmente svincolato da essa. Proprio questa è, in effetti, la considerazione spesa dalla Suprema Corte, nella sentenza in commento, per affermare la natura di *evento del reato* della dichiarazione di fallimento, allorché essa osserva che «*non esiste un elemento costitutivo del reato, successivo alla condotta, che non richieda un legame eziologico con essa*».

Senza anticipare temi che si prenderanno in esame quando si affronterà più in dettaglio il percorso motivazionale seguito dalla Cassazione nel caso di specie, si può qui segnalare come l'argomento appena ricordato, per quanto indubbiamente suggestivo, non riesce a risultare determinante, soprattutto perché esso appare inficiato, a ben vedere, da un'evidente fallacia logica²¹, che consiste nel dare per dimostrato ciò che, invece, è ben lungi dall'essere tale. È evidente, infatti, che il richiamo all'impossibilità di ammettere un elemento costitutivo del reato che, collocandosi temporalmente a valle della condotta, non venga qualificato come evento (impossibilità sulla quale dunque si fa leva

19. Questo, come si ricorderà, il testo della norma: «*Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile. 2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*».

20. Sul punto, sul quale si ritornerà anche *infra*, par. 3, cfr. A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 32. Ribadisce tale dato, proprio in merito alla sentenza in commento, anche F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, p. 9, il quale osserva che «*a risultare scarsamente persuasivo è, in altri termini, il postulato secondo cui la lesività delle condotte di bancarotta descritte in modo tassativo dall'art. 216 l. fall. sarebbe (...) del tutto coincidente con quella sottesa ai comportamenti indicati dall'art. 223 l. fall., che invece – nella prospettiva del legislatore – assumono rilievo penal-fallimentare soltanto se (e in quanto) eziologicamente collegati al dissesto/fallimento*».

21. Sul tema delle fallacie logiche nelle quali, inconsapevolmente, può incorrere anche il ragionamento giuridico, particolarmente istruttivo – seppure sul diverso terreno della causalità – il saggio di F. STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 23 ss.

per affermare tale qualificazione, pur in presenza di un dato letterale che si mantiene, a dir poco, assai equivoco sul punto) presuppone che sia già stato stabilito, in modo *definitivo e indubbio*, che la dichiarazione di fallimento appartenga al novero degli elementi costitutivi del reato. Solo partendo da tale premessa, infatti, si può poi articolare l'ulteriore argomentazione che individua nella categoria dell'*evento del reato* la corretta collocazione sistematica da riservare a tale requisito di fattispecie.

Senonché, tanto la premessa quanto la conclusione del ragionamento appaiono tutt'altro che incontrovertibili e si presentano come semplici ipotesi argomentative, la cui capacità persuasiva non si dimostra, alla prova dei fatti, particolarmente stringente.

Invero, non soltanto una diversa qualificazione giuridica della dichiarazione di fallimento è ben possibile (basti pensare alla tesi che la considera una condizione obiettiva di punibilità, sulla quale a breve si appunterà l'attenzione), ma anche la plausibilità di un elemento del reato che, pur successivo rispetto alla condotta, non assurga al ruolo di evento, non può – per quanto opinabile – essere esclusa in via di principio, come del resto ha avuto modo di segnalare un'attenta dottrina²².

Ben si comprende, dunque, già alla luce di queste considerazioni, perché si sia progressivamente affermata, soprattutto in giurisprudenza, la tesi che ravvisa nella dichiarazione di fallimento un “mero” elemento costitutivo del delitto di bancarotta, senza tuttavia qualificarlo come evento “naturalistico” del reato.

Peraltro, anche la tesi in esame postula che la dichiarazione di fallimento – in quanto requisito di tipicità della fattispecie – entri nell'ambito di rimproverabilità soggettiva posto alla base della verifica della colpevolezza dell'agente: ciò, evidentemente, non nella forma della necessaria rappresentazione e volizione del fallimento come “conseguenza della condotta” (non si tratta, infatti, dell'evento del reato) bensì come “possibile epilogo della vita sociale”, al quale il soggetto aderisce psicologicamente mediante il compimento di operazioni gestorie che siano oggettivamente indicative, quanto meno, dell'avvenuta accettazione del fallimento come esito finale dell'attività d'impresa, secondo il noto schema d'imputazione soggettiva che caratterizza il dolo eventuale.

Il giudice, secondo la tesi appena illustrata, dovrebbe dunque accertare che l'imprenditore si sia prefigurato il fallimento (si badi: non una mera crisi di liquidità o una transitoria fase di difficoltà economica, ma proprio il definitivo fallimento, dichiarato con sentenza del Tribunale) e abbia almeno “acconsentito” alla sua verifica. Senonché, è sufficiente un esame anche sommario della giurisprudenza sviluppatasi in tema di bancarotta per verificare come, nella prassi, quasi mai si proceda realmente a un accertamento siffatto. È principio reiteratamente affermato in giurisprudenza, infatti, quello secondo cui, al momento della condotta, non è neppure richiesta la rappresentazione (e *a fortiori*, dunque, la volizione) dello stato d'insolvenza²³: lo ribadisce, tra le altre, una diversa pronuncia assunta, nel corso della medesima udienza del 24 settembre 2012, dalla stessa sezione quinta della Cassazione²⁴, che – come si dirà meglio più avanti – sembra tarpare immediatamente le ali alle possibili aperture ricavabili della sentenza in commento, così riducendo drasticamente le possibilità che quest'ultima avvii

22. Si rimanda alla posizione espressa già da Bettiol e richiamata in G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 49, stando alla quale «non è detto che debbano considerarsi elementi del fatto solo condotta ed evento (legati dal nesso di causalità), ma debbono come tali considerarsi anche tutti quegli elementi, circostanze, condizioni che debbono sussistere perché il fatto possa delinarsi».

23. Emblematica, in tal senso, Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2011 (dep. 2 dicembre 2011), n. 44933, in CED, rv. 251215, secondo cui «ad integrare il reato non è richiesta la conoscenza dello stato d'insolvenza dell'impresa, in quanto ogni atto distrattivo viene ad assumere rilevanza ai sensi della l. fall., art. 216, in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo. Qualora, poi, la deduzione debba intendersi rapportata alla asserita insussistenza del dissesto all'epoca dei fatti, così implicitamente evocandosi la teoria cd. della “zona di rischio penale”, ugualmente deve essere disattesa in quanto, per la speciale configurazione del precetto, la protezione penale degli interessi creditorî è assicurata mediante la sua connotazione di reato di pericolo».

24. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 733, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insediamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*, 28 gennaio 2013. Nella motivazione, il Supremo Collegio statuisce che «non è rilevante, trattandosi di reato di pericolo, che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato».

davvero un nuovo corso della giurisprudenza penal-fallimentare.

Ecco, allora, che ritornano a palesarsi in maniera inquietante quelle aporie e incoerenze applicative, alle quali già si è accennato, che connotano la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento apparterebbe al fatto tipico del reato di bancarotta: da un lato, sul versante teorico, tale tesi ambisce a valorizzare la centralità del fallimento, includendolo nel novero dei requisiti di fattispecie e, perciò, attraendolo nella sfera del dolo, sulla base della considerazione che sarebbe ben strano – oltre che in stridente contrasto col principio costituzionale di colpevolezza – mantenere un elemento di così cruciale importanza nell'economia complessiva della norma al di fuori della sfera di rimproverabilità soggettiva; dall'altro lato, però, sul versante dell'applicazione pratica, tali principi restano di fatto lettera morta, non essendo quasi mai condotto, nella giurisprudenza di merito, né richiesto, in quella di legittimità, un effettivo accertamento del dolo, nelle sue componenti di previsione e volizione, in relazione al fallimento come “esito moralmente approvato” delle operazioni gestorie poste a base del delitto di bancarotta patrimoniale.

La profonda discrasia esistente tra l'impostazione teorica e il suo precipitato empirico determina così un radicale svuotamento di significato dell'affermazione secondo cui la dichiarazione di fallimento è elemento costitutivo del reato: essa è sostanzialmente ridotta al ruolo di mera formula di stile, che si tramanda stancamente da una sentenza all'altra, sebbene il fallimento, *de facto*, continui a rimanere estraneo all'oggetto del dolo.

Viene allora da chiedersi – analogamente a quanto fa la sentenza in commento – perché si continui a classificare quale elemento costitutivo del reato un requisito che poi non è trattato come tale e come sia possibile configurare la sentenza dichiarativa del fallimento quale elemento strutturale del fatto, senza poi realmente agganciarla a un coefficiente soggettivo di rimproverabilità per dolo: la sensazione, come anticipato in apertura, è proprio quella di trovarsi di fronte a un pensiero che si tramanda acriticamente dal 1958, avendo però smarrito tutte le implicazioni garantistiche sulle quali in origine poggiava.

2.2

LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO COME CONDIZIONE OBIETTIVA DI PUNIBILITÀ

Le incoerenze applicative che caratterizzano la “vita pratica” della tesi illustrata nel paragrafo precedente costituiscono, secondo la sentenza in commento, un valido presupposto per avviare un profondo ripensamento delle posizioni tradizionali (per quanto, come si vedrà, in una direzione non condivisibile, sebbene caratterizzata, tuttavia, dall'innegabile pregio della coerenza).

A ben vedere, però, l'argomento della distanza che separa il paradigma prasseologico da quello teorico – a rigore inconferente, laddove si voglia sottoporre a critica la tesi *in sé* – non aggiunge nulla agli altri argomenti, assai convincenti, sviluppati da lungo tempo in dottrina per negare che la dichiarazione di fallimento possa assurgere al ruolo di elemento costitutivo dei reati di bancarotta.

Non a caso, una critica serrata e difficilmente superabile era già stata svolta da Delitala nel 1935, in riferimento alla normativa allora vigente, che sul punto era del tutto equiparabile a quella successivamente introdotta nel 1942. A parere del chiaro Autore, poteva ritenersi ovvio «*che il fatto principale costitutivo del reato è rappresentato dall'atto di bancarotta e la condizione dal fallimento, poiché il fallimento può essere, a seconda dei casi, volontario o involontario. Il precetto legislativo non dice non fallire, ma più semplicemente non compiere uno dei fatti di bancarotta qui specificamente elencati, perché in caso di fallimento saresti punito*»²⁵.

Il punto nodale individuato da Delitala, che attiene all'individuazione del disvalore

25. G. DELITALA, *Diritto penale*, cit., p. 858.

del fatto di bancarotta e alla partecipazione del fallimento ad esso, appare, ancora oggi, decisivo: invero, da quando il brocardo «*decoctor, ergo fraudator*» è stato riposto nell'archivio degli strumenti non più compatibili con l'assetto moderno delle relazioni economiche, il fallimento non è più considerabile come un fatto sintomatico di una condotta illecita, ma si presenta privo di qualsiasi autonoma carica di disvalore. Si tratta, com'è ovvio, di un esito negativo dello sforzo imprenditoriale privato, ma pur sempre riconducibile all'ambito dei risultati *fisiologicamente connessi* allo svolgimento dell'attività d'impresa.

Il *disvalore patologico*, che connota in termini di rilevanza penale il comportamento dell'imprenditore commerciale, sta invece tutto negli atti di bancarotta: nelle dissipazioni, nelle distrazioni, nell'alterazione delle scritture contabili e via elencando. Per dirla con Pedrazzi, in tali fatti «*si radica una carica offensiva ad essi immanente*», ancorata alla «*violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie*»²⁶; è dunque nello scarto esistente fra le regole di condotta alle quali dovrebbe attenersi l'imprenditore e il compimento di atti gestori realizzati in spregio delle ragioni della massa creditoria che si pone l'oggetto del rimprovero.

Un simile modo di impostare la questione mostra almeno due pregi significativi: da una parte, esso appare fondato su premesse giuridiche intrinsecamente coerenti; dall'altra, evita di dover ricorrere alla configurazione di quel disvalore "a scoppio ritardato", che, pur essendo un dato fortemente eccentrico e difficilmente giustificabile in chiave dogmatica, non è tuttavia eliminabile dalla tesi che riconosce alla dichiarazione di fallimento la natura di elemento costitutivo del reato. Incentrando il giudizio di disvalore sulle sole condotte di bancarotta, dunque, non è più necessario forzare il dato normativo, al fine di delineare uno schema interpretativo in grado di ammettere che uno o più atti gestori possano essere collocati in un limbo di indefinita "liceità/illiceità", nell'attesa che si verifichi o meno il fallimento. Quest'ultimo, peraltro, una volta sciolto da ogni legame causale con l'atto di distrazione (o di dissipazione, distruzione, occultamento e via elencando), potrà pianamente derivare anche da fattori del tutto estranei all'agente e alle sue condotte (ad esempio, una sfortunata congiuntura economica), in quanto non inciderà più sull'illiceità del fatto – non partecipando al giudizio di disvalore posto alla base della selezione dei comportamenti tipici – ma soltanto sulla sua concreta punibilità²⁷.

Così inquadrato il problema del ruolo da riconoscere alla sentenza dichiarativa di fallimento, appare allora evidente come la categoria dogmatica che viene immediatamente in rilievo – a fronte di un elemento estraneo, da un lato, al disvalore del fatto tipico e, ciononostante, decisivo per fondarne la punibilità in concreto – sia quella delle condizioni obiettive di punibilità.

Secondo la dottrina che più da vicino si è occupata del tema²⁸, esse delineano «*un qualcosa di aggiuntivo o supplementare rispetto al fatto illecito: un avvenimento concomitante o successivo alla condotta che non va a completare un fatto di reato, ma si limita a rendere punibile il fatto medesimo, già identificato e strutturato secondo le sue note essenziali di disvalore*»²⁹. Proprio in virtù di tale caratteristica, che ne segna l'insuperabile alterità rispetto ai requisiti costitutivi di fattispecie, si giustifica, del resto, la previsione dell'art. 44 c.p. che, in ossequio alla loro natura di semplici accadimenti esterni rispetto

26. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 107. Si veda anche Id., *Reati commessi dal fallito*, ora in *Diritto penale*, 2003, vol. 4, pp. 442 ss.

27. Sia sufficiente richiamare, sul punto, le sempre attuali parole di Nuvolone, secondo il quale la giurisprudenza «*non riesce a spiegare come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato*»: così, P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, 1972, in *Il diritto penale degli anni settanta*, 1982, p. 291.

28. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, p. 55 ss.; G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 618 ss.; F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 588 ss.; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440 ss.; M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 592 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 169 ss.; per una sintetica analisi della questione, si veda anche F. D'ALESSANDRO, *Fattispecie di aggiotaggio e prassi di mercato ammesse tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 1874 ss.

29. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, III ed., 2004, p. 475 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

al fatto di reato, stabilisce che la punibilità scatti, al verificarsi della condizione obiettiva, anche laddove essa non sia voluta dall'agente.

Quanto al fondamento politico-criminale di tali condizioni, esso può essere rintracciato – com'è noto – nell'esigenza di realizzare un soddisfacente equilibrio tra le esigenze di legalità che informano il sistema penale ed eventuali ragioni di opportunità che, in determinati contesti, possono suggerire al legislatore di non comminare alcuna sanzione, almeno fino al verificarsi di determinati fatti, ulteriori rispetto a quello costituente il reato³⁰. Il sistema penale, in altri termini, si mostra conscio – attraverso la disciplina di tale istituto – di come, talvolta, possa essere opportuno superare l'equazione «fatto di reato = sanzione», subordinando quest'ultima alla verifica di un'ulteriore circostanza, che fondi in concreto l'opportunità di punire³¹.

Peraltro, è ben noto agli studiosi come attorno all'interpretazione della categoria delle condizioni obiettive di punibilità ruotino significative divergenze interpretative e vivaci discussioni, relative a svariati profili che, ancora oggi, sono ben lontani dal trovare definitiva e convincente soluzione. Tra quelli che più da vicino riguardano il tema della dichiarazione di fallimento – una volta che si sia inquadrato tale elemento della fattispecie di bancarotta all'interno dell'istituto disciplinato all'art. 44 c.p. – vi è senz'altro quello, particolarmente dibattuto, della distinzione tra «condizioni obiettive improprie» (o intrinseche) e «condizioni obiettive proprie» (o estrinseche): le prime, «consistenti in fattori portatori di un interesse solo formalmente estraneo al reato ma sostanzialmente del medesimo tipo o comunque prossimo rispetto a quello del reato stesso»³²; le seconde, del tutto estranee alla sfera di lesività propria del fatto tipico, destinate a far interagire il disvalore della condotta con un accadimento esterno, in assenza del quale si preferisce non sanzionare penalmente una condotta comunque corrispondente al tipo legale e connotata altresì da anti giuridicità e colpevolezza³³.

Senza addentrarsi ulteriormente in tematiche di teoria generale del reato, che fatalmente richiederebbero una riflessione non compatibile con gli spazi del presente commento, si può qui osservare come – alla luce della distinzione appena tracciata – la dichiarazione di fallimento sembra proprio svolgere, all'interno delle fattispecie di bancarotta disciplinate nell'art. 216 l. fall., il ruolo di una condizione oggettiva di punibilità propria³⁴: essa, infatti, non contribuisce affatto a delineare – come si è avuto modo di vedere nelle pagine precedenti – il disvalore dei fatti di bancarotta³⁵ e sembra,

30. Si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, VI ed., 2010, p. 775 ss.

31. Diversa impostazione, dal punto di vista della classificazione dogmatica, è accolta da quegli studiosi che, nella letteratura più recente, hanno proposto una rivisitazione della tradizionale "teoria tripartita" del reato, proponendo una "quadripartizione" che, inserendo la categoria della punibilità all'interno degli elementi costitutivi dell'illecito penale, si fonda sull'assunto che «la pena è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto ad ogni altra figura di illecito: è dunque la stessa fisionomia del reato a reclamare una sistemica che collochi la punibilità tra gli elementi del reato» (così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, p. 178). La questione, di portata ben più ampia rispetto al tema delle condizioni obiettive di punibilità e, soprattutto, rispetto ai confini del presente contributo, lascia comunque immutati, per quello che qui maggiormente interessa, i profili strutturali della categoria in esame, che vengono pur sempre ricondotti alla scelta legislativa di subordinare l'operatività concreta della sanzione penale, per ragioni di opportunità, al verificarsi di un fatto ulteriore rispetto a quello tipizzato dalla norma incriminatrice: quando tale condizione si sarà in concreto realizzata, diventerà dunque punibile (e, secondo la teoria quadripartita, potrà definitivamente classificarsi come "reato") un fatto che, fino a quel momento, potrà al più essere descritto come tipico, anti giuridico e colpevole.

32. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 479, al quale si rimanda anche per un inquadramento delle perplessità circa la legittimità costituzionale di tali condizioni, sotto il profilo della compatibilità con il principio di colpevolezza.

33. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 478; F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., p. 588 ss.; A. ALESSANDRI, *Commento art. 27 cost.*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, p. 1 ss.; V. N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni oggettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 652 ss.

34. Antolisei la qualifica come condizione «con caratteristiche speciali», non riducibile a mera condizione estrinseca ma neppure intrinseca *tout court*. Essa segnerebbe, in particolare, il passaggio dalla potenzialità dell'offesa alla sua attualità e, con ciò, il perfezionamento del reato. Si veda A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., p. 55.

35. Sostiene la tesi della condizione propria (o intrinseca), come noto, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 42 ss. Per una articolata e convincente confutazione, si veda C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Diritto penale*, cit., p. 1024 ss. Si veda anche, da ultimo, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 14, il quale, pur ammettendo come la tesi della condizione di punibilità propria presenti profili di indubbia criticità in relazione alla precaria compatibilità col principio di colpevolezza, ritiene che tale ricostruzione non rappresenti «un limite eccessivamente gravoso nell'economia delle fattispecie di bancarotta, dal momento che la più avvertita dottrina già da tempo richiede un arricchimento dell'elemento soggettivo dei delitti in discorso, nel quale si rifletta il pregiudizio agli interessi dei creditori, se non addirittura la

invece, esprimere compiutamente proprio l'esigenza di subordinare la punibilità a una circostanza esterna, in assenza della quale il legislatore ritiene non (ancora) opportuno intervenire con la sanzione penale.

Quale sia tale ragione di inopportunità è presto detto: posta una situazione di difficoltà economica dell'imprenditore, che tuttavia sia ancora *in bonis* e svolga perciò normalmente la propria attività, l'intervento penale in relazione a fatti di bancarotta potrebbe nuocere severamente alla vita dell'impresa, aggravandone la crisi e aumentando le probabilità di un dissesto, magari altrimenti ancora evitabile. È palese, qui, il favore legislativo verso la prosecuzione dell'iniziativa economica privata, che – almeno fino a che non ne sia certificato, con la dichiarazione di fallimento, il definitivo insuccesso – potrebbe risultare in concreto frustrata dall'avvio di un procedimento penale, nei confronti dell'imprenditore, per illeciti gravi come quelli di bancarotta. Si pensi, a titolo di esempio, alla gestione dei rapporti con i finanziatori e all'effetto dissuasivo che un procedimento penale potrebbe sortire in relazione all'elargizione di nuovo credito: è facile rendersi conto, in tale ipotesi, come l'avvio di un'azione penale finirebbe verosimilmente con l'incidere in maniera pesante sull'attività d'impresa, al punto da poterne addirittura pregiudicare il futuro, favorendo l'insorgere di quello stato di insolvenza che, per ovvie ragioni economiche e sociali, il legislatore punta il più possibile a scongiurare³⁶.

Il cerchio sembra dunque potersi chiudere: la configurazione della dichiarazione come condizione obiettiva di punibilità mostra un solido fondamento logico e giuridico (non si ritiene opportuno, per ragioni di salvaguardia delle iniziative economiche private, avviare azioni penali che abbiano ad oggetto le gravi fattispecie di bancarotta, prima che l'impresa si sia effettivamente dissolta), alloca correttamente il disvalore sulle condotte di bancarotta (senza ammettere improbabili “comportamenti in cerca di disvalore”) e non induce a operare assai discutibili presunzioni di dolo.

Si badi: nel proporre tale tesi non si ha la minima pretesa di originalità. Come più volte ricordato, gli aspetti qui sinteticamente richiamati sono già stati segnalati e compiutamente illustrati dai citati Maestri del diritto penale commerciale del secolo scorso: la perenne attualità della questione, perciò, non si basa su specifiche novità interpretative ma è legata all'atteggiamento di persistente chiusura della giurisprudenza, che ha sempre respinto con forza l'ipotesi di espungere la dichiarazione di fallimento dal novero dei requisiti di tipicità delle fattispecie di bancarotta.

3

LA SENTENZA SULLA VICENDA DEL RAVENNA CALCIO: UNA RONDINE CHE NON FARÀ PRIMAVERA

A questo punto, è finalmente possibile svolgere qualche considerazione più dettagliata sul percorso motivazionale costruito dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento. Si è già detto come la pronuncia relativa al *crac* del Ravenna Calcio si collochi apertamente nel solco giurisprudenziale che ravvisa nella dichiarazione di fallimento un elemento costitutivo del reato di bancarotta patrimoniale fraudolenta; peraltro, si è segnalato come tale sentenza si discosti in maniera assai significativa dall'interpretazione prevalente, in quanto si spinge a qualificare tale requisito come evento del reato, così ritenendo imprescindibile, da un lato, una verifica stringente dell'effettiva incidenza causale dei fatti distrattivi oggetto di contestazione sulla verifica del fallimento e, dall'altro, un accertamento del dolo secondo le cadenze consuete che caratterizzano la rappresentazione e volizione del fatto tipico, nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate³⁷.

Quanto al primo aspetto, si è già anticipato che non si può concordare con la

rappresentazione dell'apertura di procedure concorsuali».

36. Ampiamente C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., p. 1024.

37. Da qui, dunque, la decisione del Supremo Collegio di annullare la pronuncia di condanna emessa dalla Corte d'Appello di Bologna e di affidare al giudice del rinvio il compito di affrontare il duplice *thema probandum* della causalità e del dolo, nessuno dei quali era stato adeguatamente esplorato – in ragione del diverso inquadramento teorico posto a base della decisione – nel corso dei pregressi gradi di merito.

conclusione raggiunta dalla Suprema Corte, per i motivi illustrati nei paragrafi precedenti.

Il ragionamento svolto dal Collegio di legittimità, infatti, si fonda tutto sul presupposto dell'asserita inesistenza di un elemento costitutivo del reato, successivo alla condotta, che non richieda un legame eziologico con questa. Benché l'individuazione di un requisito di fattispecie che presenti tale caratteristica sia effettivamente problematica – per quanto, forse, non impossibile – ciò non vale, tuttavia, a far ritenere ineludibile la conclusione che la dichiarazione di fallimento sia (e, nell'ottica del Supremo Collegio, non possa essere altro che) l'evento del reato di bancarotta.

Valgano, a darne dimostrazione, le considerazioni già espresse in precedenza su quella forma di argomento circolare – riconducibile a quella particolare fallacia logica nota come *petitio principii* – che si viene in tal modo a determinare: costruire un sillogismo³⁸ su premesse controverse, com'è noto, non può per definizione condurre a conclusioni indiscutibili, in quanto esse saranno irrimediabilmente viziate dalle stesse incertezze che caratterizzano la premessa maggiore e quella minore. Nell'ipotesi del reato di bancarotta, all'incertezza circa la verità della premessa maggiore, secondo cui non esistono requisiti di fattispecie successivi alla condotta che non siano evento del reato, si aggiungono tutte le perplessità da lungo tempo avanzate in dottrina in merito alla fondatezza della premessa minore, secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato.

Partendo da tali malferme premesse, la conclusione del sillogismo, per quanto logicamente ineccepibile, non può che essere traballante, dal punto di vista della sua reale capacità persuasiva. Tanto più se si considera come il dato testuale della norma sia davvero molto poco coerente con la tesi che la sentenza in commento propugna: per quanti sforzi l'interprete possa fare, la locuzione «se dichiarato fallito» non equivale a «che abbia cagionato il fallimento».

Quanto a quest'ultimo profilo, è appena il caso di osservare come l'argomento speso nella seconda parte della sentenza, circa la possibilità di obliterare la distanza di significato fra le locuzioni che compaiono negli articoli 216 e 223, comma 2 l. fall., non vada, ancora una volta, oltre una mera petizione di principio: per quanto sottilmente argomentata, infatti, tale tesi si scontra con l'insuperabile considerazione che, una volta riconosciuta una sostanziale diversità lessicale tra le due formule normative, non si può seriamente proporre di annullarla sulla base di un'interpretazione puramente sistematica delle due fattispecie. Così opinando, si travalicano i limiti dell'attività esegetica e si sconfinano nell'area riservata esclusivamente al legislatore, per di più mettendo nel nulla l'ordine sancito dall'art. 12 delle preleggi al codice civile, che antepone l'interpretazione letterale a tutte le altre, ivi compresa quella sistematica.

Se il richiamo all'art. 223, comma 2 l. fall. non pare dunque davvero convincente, anche l'ulteriore percorso argomentativo delineato dalla sentenza sul *crac* del Ravenna Calcio non sembra destinato a maggiore successo: ci si riferisce, in particolare, a quel passaggio della motivazione nel quale si osserva che la scelta di ritenere non necessario un legame causale tra le condotte di bancarotta e il fallimento potrebbe portare a conseguenze aberranti in punto di aleatorietà della sanzione, soprattutto alla luce dei più recenti interventi normativi di riforma della legge fallimentare, che hanno ampliato gli spazi delle c.d. soluzioni alternative alle crisi d'impresa e hanno scelto di valorizzare, in maniera particolarmente marcata, il ruolo della volontà del ceto creditorio.

In sintesi: poiché il fallimento può dipendere da fattori estremamente eterogenei – specialmente nel quadro normativo attuale, che punta a facilitare gli strumenti

38. Nel caso di specie, l'argomentazione sarebbe così articolata: 1) tutti i requisiti costitutivi di fattispecie, cronologicamente successivi alla condotta, sono evento del reato; 2) la dichiarazione di fallimento è requisito costitutivo della fattispecie di bancarotta, cronologicamente successivo alla condotta; 3) la dichiarazione di fallimento è evento del reato di bancarotta. Sulla precarietà del ragionamento sillogistico costruito dalla Suprema Corte, cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 9.

ripristinatori dell'impresa, scongiurando il più possibile gli esiti liquidatori – rinunciare alla prova che esso derivi effettivamente dalle condotte fraudolente dell'imprenditore significa ammettere la possibilità di punire arbitrariamente³⁹.

L'argomento ha senz'altro del vero ma, a ben guardarlo, esso contribuisce a dimostrare esattamente il contrario di ciò che la sentenza ritiene, e cioè che non ci si trova, qui, in presenza di un elemento costitutivo del reato (e men che meno, dunque, dell'evento) ma di una chiara condizione obiettiva di punibilità.

Infatti, se si sviluppa coerentemente l'argomentazione addotta dalla Suprema Corte, si deve in prima battuta osservare come essa non soltanto non superi l'*impasse* dalla quale muove, ma addirittura la aggravi, poiché i fattori esterni di cui si lamenta l'imprevedibile variabilità finirebbero comunque con l'incidere – nella prospettiva che fa del fallimento l'evento del reato – sul nesso causale tra condotta ed evento e, quindi, nuovamente sulle concrete vicende della punibilità.

Basti il seguente esempio: l'imprenditore che, pur avendo distratto ingenti somme di denaro, non fallisce per il buon cuore dei propri creditori, i quali accettano di aderire a una soluzione negoziale che esclude il fallimento, non sarà autore di un fatto tipico di bancarotta, per mancanza dell'evento; di contro, il suo omologo "meno fortunato", che si imbatte in una platea di creditori intransigenti, si vedrà addebitato l'evento – che ha concorso a determinare esattamente come il suo collega appena considerato (con l'unica differenza che il nesso causale non è stato qui "spezzato" dall'intervento esterno della volontà salvifica dei creditori) – e sarà riconosciuto autore del reato di bancarotta. Come si vede, la denunciata aleatorietà della punizione non è affatto eliminata, ma semplicemente trasferita, per di più su un elemento cruciale della fattispecie.

In secondo luogo, l'argomento della riconosciuta multifattorialità del fallimento schiude le porte a problemi a dir poco drammatici sul versante processuale dell'accertamento della causalità. A meno di scadere nel puro arbitrio giudiziale o, il che è lo stesso, in formule apodittiche che svuotino di contenuto la verifica del nesso eziologico – ad esempio richiamando la categoria della concausalità e concludendo che, indefettibilmente, le condotte gestorie dell'imprenditore concorrono, insieme ad altri fattori, a causare il fallimento – la considerazione che il fallimento è sempre frutto (anche) dell'intervento di fattori esterni, talvolta addirittura imponderabili (ad es. una fase di crisi economica, generalizzata o di settore) ma in ogni caso estranei alla condotta dell'agente (ad es. l'adesione dei creditori a un accordo di ristrutturazione del debito, a un piano attestato di risanamento ecc.), pone questioni pressoché insolubili – se prese sul serio – di costruzione del giudizio controfattuale e di selezione del dato nomologico da porre a base della verifica che, senza la specifica condotta contestata all'imprenditore, il fallimento non si sarebbe verificato.

Ancora una volta, l'ostinata rivendicazione di un ruolo costitutivo della dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta finisce col creare maggiori problemi di quanti non contribuisca a risolverne. Problemi, va da sé, che non sono nemmeno destinati a sorgere, laddove si opti per la qualificazione di condizione obiettiva di punibilità. Stante la natura di quest'ultima, infatti, il riscontro di un coefficiente di aleatorietà rispetto alla concreta irrogazione della pena – che rimane ineliminabile – crea molti meno grattacapi e, anzi, fa parte del modello sanzionatorio costruito dal legislatore. Nel momento in cui si subordina la punibilità di un fatto illecito al venir meno di una ragione di inopportunità del punire, individuata in un fatto futuro e incerto, già si mette in conto la possibile, decisiva interazione di fattori estranei alla condotta che potrebbero portare, in concreto,

39. Critico, in merito a questa argomentazione, il parere di F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, cit., p. 13, secondo cui «presupposto delle nuove procedure risanatorie disciplinate dalla l. fall. è la (problematica) nozione di stato di crisi che, pur comprendendo l'insolvenza come stadio terminale, ad essa certo non si riduce»: pertanto, «una situazione di dissesto irreversibile non può dare luogo a meccanismi finalizzati al superamento della crisi, destinati ad operare unicamente quando vi siano razionali prospettive di ripresa dell'attività imprenditoriale». Sul tema, cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 111 ss.

alla non punibilità: basti pensare, per citare un caso di scuola, al mancato verificarsi del pubblico scandalo che, ai sensi dell'art. 564 c.p., impedisce di sanzionare – per garantire comunque la tranquillità sociale, che sarebbe messa a repentaglio dall'intervento dell'autorità giudiziaria penale, visto che esso darebbe vita proprio a quel pubblico scandalo non ancora verificatosi – un fatto comunque disapprovato dall'ordinamento, qual è l'incesto⁴⁰.

Analogamente, il favore riconosciuto all'iniziativa economica privata fa sì che l'operatività dei reati di bancarotta sia esclusa fino a che l'attività imprenditoriale abbia ancora speranze di riuscita, poiché esse potrebbero essere frustrate da un intervento così fortemente invasivo dello strumento penale: tuttavia, ove tale ragione di *self-restraint* venga meno, essendo intervenuta – quali che ne siano le effettive cause – la dichiarazione di fallimento, il giudizio di disvalore che accompagna le condotte illecite dell'imprenditore potrà riespandersi senza timore di effetti indesiderati sul sistema economico nel suo complesso.

Quanto al tema dell'elemento psicologico, la sentenza in commento giunge ugualmente a esiti non condivisibili, ma ciò esclusivamente in virtù del vizio d'origine rappresentato dalla qualificazione del fallimento come evento del reato, che porta il Giudice di legittimità ad ampliare l'oggetto del dolo di bancarotta fino a ricomprendervi la previsione e volizione del fallimento, da parte dell'agente, come conseguenza della propria condotta illecita.

Al netto di tale considerazione, tuttavia, si devono senz'altro apprezzare le osservazioni critiche che la sentenza muove, sul punto, nei confronti della giurisprudenza tradizionale, evidenziando come essa si accontenti di accertamenti presuntivi del dolo, incompatibili con un rispetto autentico, e non meramente formale, dei dettami del principio di colpevolezza. Allo stesso modo, si può concordare con le parole di adesione che la Corte dedica a quella giurisprudenza, invero minoritaria, che si sforza di segnare delle aperture sul punto, affrontando in maniera approfondita la verifica circa l'effettiva previsione e volizione del fallimento⁴¹.

Pur non essendo condivisibile, in linea di principio, la necessità di un accertamento di tal genere – attesa la natura di condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento – è difatti ovvio che da esso non si può in alcun modo prescindere, laddove si sostenga di essere in presenza di un elemento costitutivo del reato. E ciò, si badi, tanto nell'ipotesi in cui si opti per lo *status* di “mero” requisito di fattispecie, quanto nel caso in cui si prediliga la configurazione – indubbiamente più impegnativa – di evento del reato, che comporterà l'ingresso, nel fuoco del dolo, anche del nesso causale tra condotta illecita e fallimento.

Ecco, allora, un secondo innegabile merito “metodologico” della sentenza in analisi, che si fa carico di trarre tutte le necessarie conseguenze dalla tesi che ha scelto di accogliere, riempiendola di significato nonostante la consapevolezza che da ciò derivi un notevole aggravio dei compiti di accertamento del giudice.

Quanto al primo pregio, esso consiste nel già richiamato coraggio di aver guardato con indipendenza e spirito critico alla giurisprudenza tradizionale, senza lasciarsi intimidire da una malintesa soggezione al precedente, che rischia – come il caso in esame testimonia emblematicamente – di reiterare conclusioni giuridicamente precarie più per abitudine che non per reale condivisione delle stesse.

Se tuttavia ci si interroga sul seguito che i principi enunciati dalla sentenza sul *crac*

40. Del tutto condivisibili, sul punto, le conclusioni raggiunte da M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 479, secondo cui è «impossibile pensare che la morale familiare del capo II sotto cui è posto l'art. 564 sia offesa dallo scandalo o anche dallo scandalo: il fatto vietato dal legislatore perché riprovato nell'ottica etico-sociale è il rapporto incestuoso, non il rapporto incestuoso scandaloso». Sul tema, v. anche ID., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 47 ss.; in termini analoghi, G. NEPPI MODONA, *Condizione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 218. Propendono invece per la configurazione del pubblico scandalo come elemento costitutivo F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., p. 598; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., p. 1469.

41. Per i riferimenti, si veda la sentenza in commento, p. 17-18.

del Ravenna Calcio potranno avere in futuro, non pare davvero che si schiudano spazi significativi per un miglioramento della qualità della giurisprudenza penal-fallimentare⁴². Come si è già ricordato, le tesi accolte in tale pronuncia sono state apertamente sconfessate da una sentenza emessa nel corso della medesima udienza pubblica, le cui motivazioni sono state depositate qualche settimana dopo⁴³. In essa si afferma a chiare lettere che «la punibilità della condotta di bancarotta per distrazione non è subordinata alla condizione che la stessa distrazione sia stata causa del dissesto, in quanto una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza; né è rilevante, trattandosi di reato di pericolo, che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato».

Come si vede, si tratta di un evidente (e totale) ritorno al passato, reso ancora più netto dal fatto che, nei mesi successivi, nessuna sentenza pronunciata sul tema risulta aver accolto le sollecitazioni svolte dal provvedimento sul caso del Ravenna Calcio. Con tutta probabilità, allora, la sentenza in commento resterà una rondine isolata, incapace di annunciare l'arrivo di una primavera giurisprudenziale che, pur se imperniata su una soluzione non condivisibile nel merito, avrebbe quanto meno potuto vantare un'apprezzabile coerenza giuridica e argomentativa, oltre che una maggiore adesione ai fondamentali principi di garanzia enunciati negli art. 27 e 101 Cost.

42. Ad analoghe conclusioni giunge 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.

43. Il riferimento è alla già citata Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 733, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013.