

SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO E BANCAROTTA: DAVVERO INCOLMABILE IL DIVARIO FRA TEORIA E PRASSI?

Francesco Mucciarelli

ABSTRACT

Giurisprudenza e dottrina sono storicamente divise sul ruolo da assegnare alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza rispetto ai delitti di bancarotta. Le Corti annoverano la sentenza dichiarativa di fallimento tra gli elementi costitutivi del reato, senza però trarne tutte le implicazioni di carattere sistematico e giungendo talvolta a risultati interpretativi eccentrici. L'impostazione prevalente in dottrina, secondo cui il fallimento è condizione obiettiva di punibilità, non soltanto risulta più coerente sotto il profilo dogmatico, ma a ben vedere si sottrae anche alle possibili criticità concernenti l'individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

SOMMARIO

1. La tradizionale impostazione giurisprudenziale e il dibattito innescato dalla “sentenza Ravenna Calcio”. – 2. Il fallimento come condizione obiettiva di punibilità della bancarotta in ragione del bene giuridico protetto. – 2.1. Condotte di bancarotta e meritevolezza di pena. – 3. La compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità con l'art. 27 Cost. – 3.1. Bancarotta e principio di colpevolezza. – 4. La rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità nell'ottica del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

* Scritto destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo in materia di diritto delle procedure concorsuali a cura di Riccardo Borsari.

1.

La tradizionale impostazione giurisprudenziale e il dibattito innescato dalla “sentenza Ravenna Calcio”.

Retrostante alla controversia sulla collocazione della sentenza dichiarativa di fallimento¹ rispetto ai reati di bancarotta prefallimentare sta – soprattutto nella lettura della giurisprudenza – un'esigenza di politica giudiziaria, da ultimo così efficacemente sintetizzata: «far coincidere *tempus* e *locus commissi delicti* rispettivamente con la data e il luogo in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento»², esigenza che non può essere trascurata poste le conseguenze che a prima vista ne deriverebbero (ma delle quali, come si cercherà di mostrare al termine della presente analisi, la qualificazione come condizione oggettiva estrinseca di punibilità non è di per sé foriera).

Come noto, la giurisprudenza della Corte di legittimità presenta una monolitica lettura della sentenza dichiarativa di fallimento nel quadro dei reati di bancarotta, negandone con risolutezza la natura di condizione obiettiva di punibilità, per affermarne invece il carattere di elemento costitutivo del reato: ad esser precisi, se recisa è la componente negativa dell'assunto, meno ferma (almeno nelle varianti linguistiche) è la definizione in positivo di questo estremo, che pur innerva le figure di bancarotta.

Estremo denominato come condizione di esistenza del reato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1958³, dalla quale l'orientamento trae origine, ovvero elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, o ancora elemento normativo interno alla fattispecie⁴, ovvero elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti⁵, dove i mutamenti linguistici non sembrano tali da dar luogo neppure a un campo semantico, limitati come sono a poco più che traslitterazioni, posto che, al di là della squama verbale, i termini si equivalgono nel designare il ricordato estremo quale elemento costitutivo del fatto tipico, inteso belinghianamente come l'insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato.

Confidando di non scadere in uno psicologismo interpretativo di rozza fattura e ad un tempo privo di qualsiasi valore, siffatta silloge di definizioni sembra tuttavia dar conto di un malcelato imbarazzo di fronte alle conseguenze che dovrebbero trarsi dall'aperto riconoscimento della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato.

Icasticamente definita come «concezione dogmaticamente ambigua, perché lascia indeterminata la precisa natura di un elemento di fattispecie distinto dalla condotta, ma non inquadrabile come evento»⁶, essa importerebbe che nel dolo – e più esattamente nel momento rappresentativo d'esso – dovrebbe specchiarsi l'accertamento giudiziale del fallimento, mentre, sul piano della volontà, l'evenienza di tale pronuncia dovrebbe essere accettata almeno a titolo eventuale. Sicché oggetto del dolo dovrebbe essere – in modo assai poco plausibile – il verificarsi di una decisione giudiziale come tale non pensata e che, al momento della condotta, non sarebbe neppure ragionevolmente prevedibile che potesse verificarsi⁷, mentre il momento della volizione, seppur nella forma esangue dell'eventualità, è – nella generalità dei casi – piuttosto riempito dal suo opposto, cioè dalla non volizione di quella decisione che segna l'irreversibilità dello stato d'insolvenza.

Un dato normativo soccorre in proposito, fornendo un preciso riscontro sul versante sistematico: prevede notoriamente l'art. 217, co. 1, n. 4, l. fall. la punibilità dell'aggravamento dello stato di dissesto ad opera dell'imprenditore poi dichiarato fallito, aggravamento derivante dalla tardiva richiesta di fallimento ovvero da altra colpa grave.

¹ Ovvero: della pronuncia giudiziale dichiarativa dello stato d'insolvenza che dà ingresso alle procedure concorsuali.

² Così G. CASAROLI, *Commento all'art. 44 c.p.*, in *Codice Penale*, a cura di T. Padovani, coord. da G.A. De Francesco-G. Fidelbo-A. Vallini, 6^a ed., Milano, 2014, t. 1, 352. In senso analogo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 172 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, sub art. 6, § 17, 127.

³ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1958, ric. Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513.

⁴ Cass. pen., sez. un., 26/02/2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*.

⁵ In questi termini, ad esempio, Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234/1989, Grespan, in *Cass. pen.*, 1990, 1165.

⁶ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari* in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed. agg., Bologna, 1998, 107.

⁷ In questo senso G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, 377.

Se, come mostrano di ritenere autorevole dottrina⁸ e la giurisprudenza pressoché unanime⁹, la previsione in discorso estende a tutte le ipotesi di bancarotta semplice (ivi compresa quella del n. 3, *id est* operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento¹⁰), nonché a quelle contemplate dall'art. 224 l. fall.¹¹, il regime soggettivo della punibilità colposa, ci si avvede agevolmente dell'apparente aporia per la quale fatti colposi di bancarotta (certamente al di fuori della volizione dell'agente *ex art.* 43 c.p.) dovrebbero essere addebitati al fallito in quanto egli poteva rappresentarsi – o al limite si è rappresentato, in caso di colpa con previsione – la sentenza dichiarativa di fallimento.

La contraddizione in termini è manifesta: da un lato il fallimento ritardato non è voluto (e quindi non rientra nell'elemento intellettuale), coerentemente con la natura colposa dell'illecito, dall'altro rientra (dovrebbe rientrare) quanto meno nello spettro della prevedibilità quale elemento costitutivo del reato. L'antinomia lascia ancor più convinti che la sentenza di fallimento non possa essere oggetto della volizione, né della rappresentazione, dell'agente qualificato delle fattispecie dolose di bancarotta.

Né può sfuggire nel contesto una sentenza della Corte di Cassazione¹², che ha portato alle conseguenze estreme la risalente qualificazione della decisione dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (e più in generale delle figure di bancarotta patrimoniale): accolta da parte di taluni interpreti¹³ come segno di un (positivo) mutamento del contegno della Corte regolatrice in relazione ai profili concernenti l'accertamento, da un lato, del rapporto causale fra condotte tipiche e fallimento-evento del reato e, dall'altro, dell'elemento psicologico secondo le più rigorose cadenze derivanti dalla diretta inserzione nell'oggetto del dolo della sentenza dichiarativa di fallimento, il (discutibile e discusso¹⁴) *novum* è stato repentinamente smentito dagli stessi Giudici della legge con una serie ininterrotta di sentenze¹⁵.

Indipendentemente da alcune fragilità argomentative, la ricordata eccentrica decisione della Suprema Corte ha tuttavia il merito indiscutibile di porre la questione in termini di grande chiarezza: se davvero la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato, allora deve essere colta come tale nell'economia della fattispecie e, dunque, assoggettata ai vincoli sistematici propri degli estremi del fatto punibile.

E ciò non tanto per la pur scarsamente condivisibile qualificazione della sentenza di fallimento come evento del reato di bancarotta, posto che non necessariamente ogni elemento costitutivo del reato diverso dalla condotta ne rappresenta *eo ipso* l'evento, bensì con riferimento al profilo della caratterizzazione sul versante della colpevolezza.

Ritenuta che sia estremo costitutivo, la dichiarazione giudiziale d'insolvenza deve essere illuminata dal dolo sia nel momento della rappresentazione, sia in quello della volizione: siffatta conclusione della discussa pronuncia è peraltro pienamente coerente con l'assunto che la decisione stessa pone alla base del suo percorso motivazionale, assunto – si badi – esattamente tratto da una elaborazione giurisprudenziale che ha ormai superato il mezzo secolo di pressoché ininterrotte conferme. In tal modo qualificata la sentenza dichiarativa di fallimento, non può dubitarsi che allo statuto di elemento costitutivo del reato acceda la coloritura psicologica: necessità sistematiche e il rispetto del superiore principio di colpevolezza, momento fondante

⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, 13ª ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2014, 154.

⁹ *Ex multis* v. Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2004, n. 26647, Fierro, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1153.

¹⁰ Sull'elemento soggettivo dell'ipotesi di bancarotta prevista dall'art. 217, co. 1, n. 3, l. fall. v. C. PEDRAZZI, (sub) *Art. 217*, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, 160; adesso anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 621 (d'ora in avanti da qui le citazioni).

¹¹ In questo senso, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, in *Riv. pen.*, 2014, 914.

¹² Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta (c.d. sentenza Ravenna Calcio), in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 437 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*

¹³ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67; A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014, 117 ss.; L. TROYER-A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le Società*, 2013, 335.

¹⁴ Per una critica alla ricordata sentenza Ravenna Calcio, v. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013; 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.; nonché, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 443.

¹⁵ Si veda ad es. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 733/2013, Sarno, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013, con commento adesivo di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*. Conforme, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, cit.

sul piano costituzionale¹⁶ della stessa responsabilità penale, esigono una simile conclusione.

Malgrado ciò, ricorre costante nelle decisioni dei giudici della legge l'adagio per il quale la dichiarazione di fallimento sarebbe estranea al dolo e alla colpa richiesti dai reati di bancarotta fraudolenta e semplice, sicché la rappresentazione (o anche la mera prevedibilità) del fallimento non farebbe parte dell'elemento psicologico del reato, conseguentemente valutandosi irrilevante il fatto che nell'agente difetti la consapevolezza di poter fallire, anche perché siffatta convinzione si risolverebbe in errore su legge extrapenale, richiamata da quella penale¹⁷. Con una variante che sposta sull'insolvenza come presupposto della dichiarazione di fallimento l'oggetto di un dolo sostanzialmente negato, si è ritenuta non necessaria la consapevolezza dello stato d'insolvenza stesso, con la conseguente irrilevanza che tale stato si sia manifestato o meno al momento della condotta illecita¹⁸.

La singolarità sistematica della descritta ricostruzione, nella quale un elemento costitutivo del reato è estraneo alla connotazione della colpevolezza, ha spinto – per vero in epoca risalente – il Giudice di legittimità ad una affermazione insieme unica e anomala, motivata dall'esigenza di superare l'altrimenti insostenibile aporia: i reati contemplati dalla legge fallimentare non sarebbero soggetti alla disciplina del codice penale quanto a elementi costitutivi e circostanze, bensì alla legge fallimentare medesima¹⁹. Non interessa qui la confutazione di un simile asserto (a principiarsi dalla sua manifesta incompatibilità con il canone dettato dall'art. 16 c.p.): vale piuttosto notare come la necessità di sfuggire alla ricordata aporia si sia addirittura risolta nella negazione di uno dei vincoli maggiori sul piano sistematico.

La discussa *sentenza Ravenna Calcio*²⁰ sviluppa un percorso di segno diverso, connotato tuttavia dalla medesima ragion pratica: non incorrere nella inconciliabile antinomia per la quale un elemento costitutivo non è contrassegnato dalla colpevolezza. Se in tempi remoti si era assistito allo sforzo di negare l'applicabilità del principio regolatore, più di recente si osserva lo sviluppo consequenziale dei principi generali applicabili: ma in entrambi i casi – fra loro antipodici – immutata rimane la qualificazione della dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo del reato, quasi che le paventate conseguenze di politica giudiziaria all'inizio richiamate finiscano con il conferire alla più volte rammentata qualificazione il segno della immutabilità.

Accanto all'orientamento di cui s'è dato conto, ne trascorre un altro, nel quale vanno annoverate sentenze che esprimono letture fra loro non pienamente coerenti, tuttavia accomunate dal sostanziale esplicito riconoscimento della natura dei delitti di bancarotta come reati di condotta e di pericolo, riconoscimento dal quale vengono tratte conseguenze esclusivamente sul piano dell'elemento soggettivo, inteso quale dolo generico avente ad oggetto la rappresentazione e la volizione della condotta come pericolosa rispetto alla lesione degli interessi creditori protetti dalla norma incriminatrice.

Si legge, così, che l'estremo psicologico sarebbe integrato dalla consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione incompatibile con le finalità dell'impresa, ovvero di compiere atti che determinano o possano determinare danno ai creditori, elemento soggettivo che quindi sussisterebbe anche qualora l'agente, pur non perseguendo in modo diretto il risultato, lo preveda e tuttavia non si astenga dalla condotta, permettendo così il realizzarsi del fatto tipico²¹.

Se la parte maggiore delle decisioni che a tale orientamento appartengono rifugge da una esplicita presa di posizione in ordine alla qualificazione della dichiarazione di fallimento²², viene ribadito il canone secondo cui nell'oggetto del momento rappresentativo del dolo non

¹⁶ V. *Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; e, in modo ancor più netto, *Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss., con nota di P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*.

¹⁷ Fra le molte, v. *Cass. pen.*, sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17044, Martini, in *Cass. pen.*, 2002, 3872 ss.

¹⁸ V. *Cass. pen.*, sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229/13, Rossetto, in *CED Cass.*, rv. 253932; *Cass. pen.*, sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, Pisani, in *Cass. pen.*, 2012, 4205 ss.; *Cass. pen.*, sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, Lombardi Stronati, in *CED Cass.*, rv. 252307.

¹⁹ Cfr *Cass. pen.*, sez. V, 26 febbraio 1986, n. 5637, Gesnelli, in *CED Cass.*, rv. 173143.

²⁰ *Cass. pen.*, sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit.

²¹ In questo senso cfr *Cass. pen.*, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, Tassan Din, in *Riv. pen.*, 2000, 153; *Cass. pen.*, sez. V, 1° luglio 2002, n. 29896, Arienti, in *CED Cass.*, rv. 222388; *Cass. pen.*, sez. V, 30 gennaio 2006, n. 7555, De Rosa, in *CED Cass.*, rv. 233413.

²² Per vero ve ne sono alcune che lo ribadiscono espressamente: si veda *Cass. pen.*, sez. V, 5 luglio 2007, n. 35066, P.M. in proc. Ascone, in *Cass. pen.*, 2010, 2396, secondo la quale per la realizzazione dei delitti di bancarotta patrimoniale e documentale è necessaria la volontà o l'accettazione del rischio che la condotta costituisca causa o concausa del fallimento, che è elemento costitutivo del reato.

soltanto è esclusa la sentenza dichiarativa di fallimento, ma sono del pari non ricompresi lo stato d'insolvenza o il dissesto, che ne costituiscono il presupposto.

Precisato che i termini *dissesto* e *stato d'insolvenza* (per non dire di *fallimento*) non sono certamente sinonimi, né tanto meno espressivi del medesimo concetto in ambiti di discorso diversi, è agevole avvedersi come anche questo più attento indirizzo si limiti a rendere meno evidente l'ambiguità di fondo. Pur concentrando lo sviluppo argomentativo sul versante dell'elemento psicologico del reato, le richiamate decisioni del Supremo Collegio ripropongono a ben vedere la singolarità sistematica di un elemento del fatto tipico che viene esplicitamente ritenuto estraneo alla colpevolezza.

Se si osserva da un più generale angolo prospettico il panorama della giurisprudenza, non sembra azzardato concludere che il costo della inflessibile qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta si riconosce, da un lato, nella variegata e non sempre lineare trama argomentativa delle decisioni mentre, dall'altro, si risolve in una «concezione dogmaticamente ambigua[, dalle] implicazioni concettuali [destinate] a lasciare perplessi»²³.

È forse una differente angolatura della visuale a promettere una denotazione della dichiarazione di fallimento maggiormente plausibile sul versante sistematico, foriera di riflessi applicativi anch'essi maggiormente coerenti con i canoni della colpevolezza e della offensività.

2. Il fallimento come condizione obiettiva di punibilità della bancarotta in ragione del bene giuridico protetto.

La differente prospettiva procede da un cardine primario, *id est* il basilare rilievo che «il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L'imperativo violato dal bancarottiere non vieta di fallire, vieta di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori»²⁴.

Il dato di partenza affonda dunque le sue fondamenta nella considerazione che l'imprenditore (neppure l'imprenditore individuale, che è per vero figura soggettiva pressoché sparita dalla prassi, sebbene gli schemi legislativi facciano ancora anacronisticamente riferimento ad esso) è libero di disporre liberamente della «cosa propria».

A ben vedere, una incondizionata libertà di esercizio del diritto di proprietà trova un limite generale già nell'art. 42 Cost. e, se è vero che le limitazioni poste da alcune norme incriminatrici, per tradizione evocate, alludono a interessi confliggenti di rango superiore²⁵, non è meno vero che, nel quadro di una economia capitalista e di mercato, l'attività d'impresa – in relazione al diritto di proprietà dei beni dell'imprenditore stesso – esige la fissazione di limiti in coerenza con il dettato dell'art. 41 Cost., limiti in qualche misura espressivi di interessi confliggenti di rango analogo a quelli patrimoniali tipici del diritto di proprietà.

È ovviamente il diritto dei creditori ciò di cui si tratta, creditori intesi non *uti singuli* bensì come categoria in una vasta accezione (sono tali i fornitori di beni o servizi – i quali a loro volta ben frequentemente sono imprenditori²⁶ –, i dipendenti, i collaboratori non legati da un contratto di lavoro subordinato, i finanziatori, gli obbligazionisti, in qualche misura persino i soci, quando l'impresa abbia – come è ormai la maggioranza pressoché assoluta – forma societaria).

In sintesi: «a differenza dai delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale, le condotte di bancarotta patrimoniale non cadono su beni di terze persone, ma sul patrimonio dello stesso imprenditore: siamo in presenza di atti disposizione operati dallo stesso titolare

²³ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 107.

²⁴ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 107 s..

²⁵ Si consideri, ad esempio il caso dell'incendio di cosa propria, dove la tipicità del fatto è condizionata alla concreta esposizione a pericolo della pubblica incolumità (art. 423, cpv, c.p.), ovvero l'ipotesi della distruzione da parte del proprietario di beni di primaria importanza (art. 499 c.p.): qui la punibilità dipende dal verificarsi di un grave nocumento all'economia nazionale, ovvero alla grave carenza di merci di comune o largo consumo.

²⁶ Il caso, tutt'altro che sporadico, che i creditori siano a loro volta imprenditori, potendo implicare una sorta di perniciosa reazione a catena degli effetti dell'insolvenza sulle imprese creditrici destinate a rimanere insoddisfatte, illustra efficacemente la stringente esigenza di una limitazione all'incondizionato esercizio dei diritti sulla «cosa propria».

del patrimonio, la cui integrità il legislatore intende salvaguardare a beneficio dei creditori»²⁷.

Quando l'attività d'impresa sia esercitata da una *personne morale* una notazione ulteriore merita d'essere segnalata: nessun dubbio che si riproduca il fenomeno ora ricordato (le condotte tipiche ricadono sui beni dell'impresa societaria), ma una connotazione peculiare caratterizza i comportamenti dei soggetti qualificati. Questi ultimi sono infatti a loro volta soggetti terzi rispetto all'ente del quale, in forza della rappresentanza organica, gestiscono beni e attività: sicché le condotte tipizzate dalle fattispecie di bancarotta (patrimoniale) si presentano in tale contesto con un contrassegno ulteriore d'illiceità originaria. Lette nell'ambito societario in forza del rinvio operato dall'art. 223 l. fall., le descrizioni contemplate nell'art. 216 co. 1 n. 1 l. fall. – espresse con termini semanticamente evocativi di un intrinseco disvalore²⁸ – acquistano una ulteriore valenza negativa in quanto denotano per sé una anomala gestione dei beni dell'impresa societaria, beni comunque non degli autori qualificati, che rispetto ad essi hanno precisi obblighi di fedeltà e correttezza gestoria nei confronti dell'ente che di quei beni è il titolare effettivo.

Procedendo per tratti di sintesi, appare evidente che il limite sistematico trova nell'art. 2740, co. 1, c.c. il proprio paradigma di riferimento: «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», immediatamente arricchito dalla specificazione che «i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione» (art. 2741, co. 1, c.c.).

È dunque la garanzia dei creditori il nucleo essenziale della tutela apprestata dalle norme incriminatrici in tema di bancarotta, ma una garanzia da intendersi «non tanto come un attuale diritto del creditore sui beni del debitore, quanto come una soggezione dei beni stessi al potere di aggressione del creditore insoddisfatto»²⁹.

Lo spettro di tutela della garanzia in questa sua accezione funzionale e dinamica (come la categoria dei creditori è soggetta a un continuo ricambio, altrettanto lo sono le componenti attive del patrimonio³⁰) agevolmente comprende anche i fatti di bancarotta preferenziale, che nel formante del ricordato art. 2741, co. 1, c.c. vedono il retrostante contrappunto civilistico volto ad assicurare il principio della *par condicio creditorum*, a sua volta espressione dell'esigenza di una equilibrata soddisfazione di tutti i creditori (ovvero: in modo che l'effetto dell'eventuale incapienza sia ripartito in misura equilibrata fra tutti i creditori).

Ma anche le figure della bancarotta documentale, apparentemente più lontane dall'interesse patrimoniale sotteso alla nozione di garanzia come oggetto di tutela, nell'accezione di quest'ultima cui s'è fatto cenno tuttavia s'inquadrano. La correttezza nella tenuta delle scritture contabili – anch'essa radicata in norme che tali obblighi fissano: artt. 2214 ss. c.c. – non è immediatamente diretta al presidio dell'interesse dei creditori, ma è ad esso strumentalmente efficiente e, in qualche misura, persino indispensabile: è stato conclusivamente osservato che «la ricostruzione del patrimonio residuo è indispensabile all'individuazione dei beni suscettibili di realizzo; la ricostruzione del movimento degli affari serve alla ricostituzione dell'attivo fruibile dai creditori mediante l'individuazione degli atti inefficaci di diritto o revocabili (...) nonché nel fallimento delle società, mediante l'esercizio delle azioni di responsabilità»³¹. Come ognuno vede, uno sfondo patrimoniale è dunque presente anche nelle figure di bancarotta documentale attraverso la mediazione della necessaria trasparenza e tracciabilità delle componenti gestionali ed economico-finanziarie dell'impresa.

2.1.

Condotte di bancarotta e meritevolezza di pena.

Letti dal punto di vista che s'è cercato di riassumere nel paragrafo che precede, i comportamenti tipizzati nelle fattispecie di bancarotta esprimono compiutamente – nel momento stesso della loro realizzazione – il disvalore penale, inteso propriamente come l'offesa recata al bene giuridico tutelato (la garanzia dei creditori).

²⁷ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 101 s..

²⁸ L'impiego in funzione descrittiva delle voci verbali *distrarre*, *dissipare*, *occultare*, *distruggere*, *dissimulare* o formule come *esporre passività inesistenti* non lascia incertezza alcuna sul disvalore intrinseco delle stesse, indipendentemente dalla declaratoria di fallimento.

²⁹ C. PEDRAZZI, *loc. ult. cit.*

³⁰ La notazione è di C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 426.

³¹ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 103.

Che la punibilità di tali condotte, *sub specie* dei correlativi reati fallimentari, dipenda tuttavia dal verificarsi di una condizione estrinseca rispetto alle condotte medesime (la sentenza che accerta lo stato d'insolvenza) non sembra tuttavia argomento bastevole a mutare il segno dell'asserzione: «la dichiarazione di fallimento entra nella fattispecie non perché fondi o incrementi il disvalore intrinseco nei fatti di bancarotta, ma per mere ragioni di opportunità (...) la dichiarazione di fallimento nulla aggiunge all'offesa alle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta»³².

Come s'è cercato di mostrare, i comportamenti singolarmente descritti nelle varie figure dei reati di bancarotta presentano dapprima una connotazione in termini di disvalore (talvolta anche penale) autonoma e indipendente rispetto all'offesa tipica di tali reati.

Se, ad esempio, i fatti distrattivi/appropriativi dell'imprenditore individuale su beni dell'impresa possono rimanere estranei alla reazione penale, non per questo siffatte condotte sono prive di riprovevolezza sul versante civilistico³³. Ben diversamente, invece, qualora analoghi fatti di natura distrattiva vengano posti in essere da amministratori di società, manifesta ne è la rilevanza penalmente tipica in relazione (quantomeno) alla fattispecie di appropriazione indebita aggravata.

Una autonoma e indipendente caratterizzazione in termini di illiceità hanno pure le condotte violatrici della regola della *par condicio* fissata dall'art. 2741, co. 1, c.c., violazioni che in sede civile trovano appropriata tutela³⁴. Altrettanto deve dirsi con riferimento alla tenuta delle scritture contabili, che gli artt. 2214 ss. c.c. fissano come obbligo dell'imprenditore.

Sicché non pare azzardata l'affermazione che tutte le condotte costitutive delle figure dei reati di bancarotta sono intrinsecamente connotate in termini di illiceità, recanti dunque una nota di disvalore che prescinde dal «fallimento [che] è l'ambiente proprio del reato di bancarotta»³⁵.

Nell'economia del discorso che si vien facendo, ciò che merita d'essere sottolineato è propriamente la presenza di un autonomo disvalore che colora le condotte che si sono dianzi considerate, fermo restando che il ben più severo trattamento sanzionatorio o, addirittura, il generarsi di una reazione penale si determina con la sentenza di fallimento, che va colta nella sua portata fondante di cristallizzazione di uno stato d'insolvenza irreversibile³⁶. Ma questo non significa affatto che la sentenza di fallimento (ovvero l'irreversibilità dell'insolvenza) aggiunga alcunché «all'offesa delle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta»³⁷, quei fatti di bancarotta ai quali corrispondono le condotte che si sono fin qui richiamate per segnalarne la loro connotazione intrinseca in termini d'illiceità.

La più grave sanzione per esse prevista (o il loro divenire reato) se la dichiarazione di fallimento è stata pronunziata dipende – a ben vedere – da «mere ragioni di opportunità», che vanno colte nel rilievo che «un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare a un tracollo un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e gli stessi creditori. Ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo»³⁸.

Si osservi la puntualità e il valore del riferimento alla natura del sindacato del giudice penale: a essere incompatibile (o comunque inefficiente) è un controllo «sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su un'impresa ancora funzionante»³⁹, non certo l'intervento in relazione a fatti specifici.

Si pensi alle condotte appropriative/distrattive degli amministratori, o a quelle costituenti

³² C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

³³ Si pensi, soltanto per esemplificare, alla sanzione della decadenza dal termine stabilita dall'art. 1186 c.c.: il creditore può infatti esigere immediatamente la prestazione – anche se in presenza di un termine a favore del debitore – se quest'ultimo abbia, fra l'altro, diminuito per fatto proprio le garanzie, dove la diminuzione della garanzia ben può dipendere da un fatto distrattivo posto in essere dal debitore medesimo.

³⁴ L'ordinamento offre svariati rimedi per la tutela preventiva (e indiretta) del credito, tra i quali i «Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale», disciplinati nel codice civile (libro VI, titolo III, capo V), *id est* l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), l'azione revocatoria (artt. 2901-2904 c.c.) e il sequestro conservativo (artt. 2905 s. c.c.). I richiamati istituti proteggono appunto le ragioni creditorie rispetto alle possibili alterazioni della «garanzia generica assicurata dal patrimonio del debitore»: così, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2000, n. 791, in *CED Cass.*, rv. 533108; conf. Cass. civ., sez. II, 29 marzo 1999, n. 2971, in *Foro it.*, 1999, I, 2567 ss.. In dottrina v., per tutti, F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale, I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, IX, t. III, Torino, 2005, 3 ss..

³⁵ G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1926, 450, ora in *Id.*, *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 725.

³⁶ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 440.

³⁷ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

i reati societari, la repressione delle quali potrebbe fra l'altro svolgere anche una funzione in qualche misura preventiva rispetto al prodursi di situazioni talvolta causative dell'insolvenza irreversibile o dell'aggravamento del dissesto o, comunque, riportabili a fatti di bancarotta.

La questione meriterebbe ben altro approfondimento, incompatibile con le caratteristiche del presente lavoro: basti qui la considerazione che la sostanziale inertizzazione dei reati societari, intervenuta con la riforma del 2002, ha sostanzialmente trasformato in reliquie per l'esercizio di sterili elaborazioni teoriche le disposizioni chiamate a presidiare la correttezza e completezza dell'informazione societaria, l'integrità da un lato del capitale sociale e, dall'altro, del patrimonio sociale. La repressione dei pur gravi comportamenti riconducibili a dette norme incriminatrici viene infatti ad essere all'atto pratico schiacciata sulle figure di bancarotta che tali disposizioni richiamano, fattispecie (quelle di bancarotta) fisiologicamente operanti quando ormai «il decesso dell'organismo produttivo»⁴⁰ si è consumato con tutti i deleteri effetti che esso a vasto raggio reca con sé.

Proprio ragioni di interesse economico generale, connesse indissolubilmente al reticolo di rapporti che l'attività d'impresa determina («l'imprenditore commerciale [è] più impegnato socialmente del comune debitore»⁴¹), sconsigliano dunque «una repressione automatica [che] poco gioverebbe agli stessi creditori: finché la crisi non si dimostri irreversibile essi possono contare su di una ripresa che consenta un soddisfacimento integrale»⁴².

È dunque la irreversibilità della crisi, sancita dalla sentenza che la accerta giudizialmente, a condizionare l'operatività delle disposizioni incriminatrici in materia di bancarotta. Ma tale situazione ben può verificarsi indipendentemente dalle condotte costitutive dei reati di bancarotta, come si ricava agevolmente dal dato normativo, posto che soltanto per alcune ipotesi il legislatore esplicitamente richiede la sussistenza di un nesso eziologico tra condotta e il dissesto o l'insolvenza: «nessun nesso causale è richiesto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, inteso non solo come atto di giurisdizione, ma anche, sotto il profilo sostanziale, come insolvenza giudizialmente accertata. Nessun "crescendo" sul piano della lesività (tanto meno un'omologazione a posteriori), visto che l'insolvenza può esplodere per tutt'altre cause, magari le più imprevedibili»⁴³.

Si può dunque concludere con la dottrina più autorevole riconoscendo «alla dichiarazione di fallimento nella bancarotta prefallimentare la natura di condizione obiettiva di punibilità, secondo la nozione ricavabile dall'art. 44 c.p.»⁴⁴: condizione oggettiva estrinseca, poiché «si tratta di un requisito di tipo obiettivo collocato, per così dire, ai margini della fattispecie, in quanto non collegato alla condotta né sul piano causale né sul piano psicologico (che, in altre parole, non viene addebitato all'agente)»⁴⁵.

3. La compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità con l'art. 27 Cost.

La non addebitabilità sul piano psicologico non genera per vero alcun problema sul versante del doveroso rispetto del principio di colpevolezza, pur alla luce della lettura fornitane dal Giudice delle leggi nelle due fondamentali sentenze dell'ormai lontano 1988.

Nessun dubbio che ogni elemento costitutivo del tipo, in quanto chiamato a colorarne il disvalore e a disegnare quindi i contorni dell'offesa, debba essere illuminato dalla colpevolezza, a sua volta declinata nelle forme del dolo o della colpa: diversamente il fatto non sarebbe rimproverabile e l'ascrizione soggettiva perderebbe il suo requisito fondante. Ma è la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 1085/1988 ad avvertire che l'evento costitutivo della condizione obiettiva di punibilità rimane estraneo alla volizione dell'agente e neppure occorre

⁴⁰ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 377.

⁴¹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

⁴² C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 443.

⁴³ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898, ora in ID., *Diritto penale*, IV, cit., 1013. Nel senso della esclusione della sussistenza del nesso causale v. altresì C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato di bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 570; T. PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 691.

⁴⁴ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

⁴⁵ *Ibidem*.

che sia dovuto a colpa⁴⁶, senza che ciò intacchi il canone rigoroso della colpevolezza come manifestazione del superiore principio di personalità della responsabilità penale che la ricordata pronuncia ha vigorosamente ribadito.

Indipendentemente dalla collocazione che si intenda attribuire alla punibilità all'interno della dogmatica del reato, rispetto al discorso che si vien facendo importa unicamente la considerazione che alla condizione oggettiva (estrinseca) rimane estraneo il requisito della colpevolezza. Ciò vale sia che si stimi meritevole della qualificazione di *reato* un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, la punibilità del quale richiede un ulteriore accertamento specificamente volto a valutarne appunto l'assoggettamento alla pena criminale, sia che, invece, si ritenga che il nome di *reato* possa essere attribuito esclusivamente a un fatto tipico, anti-giuridico, colpevole e altresì punibile.

Illuminante, in proposito, la precisazione che si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 1085/1988: «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano appunto quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27, primo comma, Cost.*»⁴⁷, in quanto a dover essere oggetto necessario della caratterizzazione in termini di colpevolezza sono «tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie»⁴⁸.

A ben vedere la sentenza dichiarativa di fallimento svolge proprio quella funzione di restrizione dell'area del divieto cui fa riferimento il Giudice delle leggi: se le fattispecie di bancarotta non includessero la clausola allusiva alla intervenuta dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza, le condotte tipizzate in quelle figure d'incriminazione sarebbero per ciò solo comunque punibili. In altri termini, il fallimento come atto di giurisdizione s'inserisce nelle incriminazioni di bancarotta per limitarne l'applicabilità ai soli casi nei quali alle condotte tipiche, che – come s'è visto – sono connotate da una loro propria caratterizzazione in termini di disvalore, faccia appunto seguito la dichiarazione d'insolvenza, rendendole quindi assoggettabili alle sanzioni previste dalle ricordate incriminazioni.

3.1.

Bancarotta e principio di colpevolezza.

Ma se pur si confina la sentenza di fallimento al ruolo di condizione oggettiva (estrinseca) di punibilità, non può sottacersi che da un lato la risalente riflessione secondo la quale «il fallimento è l'ambiente proprio del reato di bancarotta»⁴⁹ e, dall'altro, l'esigenza di rendere la colpevolezza della bancarotta conforme alla *Schuldtheorie* costituzionalmente orientata, così come ricavabile dalle pronunce della Consulta del 1988⁵⁰, suggeriscono di non ritenere bastevole che ad essere proiettati sullo «schermo mentale»⁵¹ dell'agente siano esclusivamente i comportamenti elencati nelle singole incriminazioni, richiedendosi piuttosto che la coscienza e volontà investano anche un *quid pluris* rispetto alla materialità del fatto di bancarotta.

Come è stato autorevolmente osservato, in tema di reati fallimentari «spetta all'interprete di scoprire nella [struttura delle figure tipiche] una pregnanza di disvalori, materiali e psicologici, che dia ragione del livello sanzionatorio»⁵², sicché a connotare le condotte secondo il colore dell'offesa tipica delle fattispecie di bancarotta dovrà necessariamente essere un estremo segnaletico di tale offensività.

Lo snodo cruciale torna a essere allora il nucleo di disvalore sotteso alle incriminazioni fallimentari: la tutela dei diritti dei creditori nell'ampia accezione cui si è fatto in precedenza riferimento. In altri termini: la garanzia che costituisce il presidio dell'«interesse patrimoniale

⁴⁶ Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085, cit., 289.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ivi*, 298.

⁴⁹ G. DELITALA, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, cit.; Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085, cit.. In argomento cfr, inoltre, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; nonché, volendo, F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223 ss.

⁵¹ C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1267, adesso anche in *Id.*, *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 304.

⁵² C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 421.

dei creditori (...) obiettivo costante e imprescindibile dei fatti di bancarotta», non essendo neppure «pensabile bancarotta se non in pregiudizio dei creditori»⁵³.

La garanzia per tal modo presidiata si traduce allora nella soggezione dei beni dell'impresa a un obbligo di conservazione in vista delle esigenze di soddisfacimento delle obbligazioni verso i creditori, che limita il potere di disposizione.

Ma la funzione di tale garanzia ne segna anche la linea estrema, che è altresì il riflesso della sua natura relativa. Proprio in quanto concetto di relazione, la garanzia «rimanda alla entità garantita, rappresentata dall'insieme delle obbligazioni cui l'imprenditore deve far fronte», con l'indefettibile conseguenza che siffatto «obbligo di conservazione è circoscritto al valore necessario a soddisfare le obbligazioni man mano che vengono a scadenza. Al di là di questo limite si riepande il potere di disposizione»⁵⁴.

È il superamento di siffatto limite a costituire l'oggetto della rappresentazione (o la sua prevedibilità per le fattispecie colpose): ma non deve sfuggire, da un lato, la visione dinamica dell'attività d'impresa e, dall'altro, la funzione di tutela nei confronti della categoria dei creditori colta nella sua dimensione meta-individuale, rivolta non soltanto ai creditori presenti, ma anche a quelli futuri.

Sicché si tratta di un limite mobile, «che varia col continuo variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore»⁵⁵: conseguentemente «la situazione economico-patrimoniale va vista prospetticamente, tenendo conto non solo delle obbligazioni scadute, ma anche di quelle di scadenza prossima o meno prossima: ma al contempo, sull'opposto versante, anche delle future entrate sulle quali l'imprenditore può ragionevolmente calcolare»⁵⁶.

Valutazione complessa e delicata, tuttavia indispensabile nell'ottica del rispetto effettivo del principio di colpevolezza nei reati di bancarotta, poiché soltanto la consapevolezza (o la prevedibilità per le fattispecie colpose) di sottrarre beni alla garanzia dei creditori assicura coerenza con il canone espresso dalle pronunce del Giudice delle leggi del 1988⁵⁷.

Valutazione che deve necessariamente collocarsi temporalmente al momento della condotta e che, per aspirare al minimo di rigidità richiesto dalla materia penale, non potrà che ruotare intorno al concetto portante di ragionevolezza, intesa come possibilità di verifica razionale (secondo criteri verificabili e controllabili) degli effetti del comportamento posto in essere rispetto all'integrità della garanzia.

Colta nel suo tratto essenziale, la valutazione circa l'eventuale superamento del limite (il venir meno della garanzia per i creditori) si traduce in un apprezzamento prognostico, che il giudice è chiamato a compiere *ex post* secondo lo schema della prognosi postuma, che trova nel paradigma dell'art. 56 c.p. il suo archetipo.

Con una precisazione di non lieve momento: mentre nell'ipotesi configurata dall'art. 56 c.p. per definizione il fatto di reato non si è verificato, qui l'"evento" avverso – l'insolvenza irreversibile – è invece necessariamente accaduto⁵⁸, ciò che determina la c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*)⁵⁹.

In quanto valutazione *de futuro* (e dunque prognostica), della correttezza della quale, pur non potendosene predicare la falsità intrinseca sulla base di quando accaduto successivamente (*ex post*), ben si potrà decidere sotto il profilo metodologico. In altri termini: *ex post* sarà pos-

⁵³ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 104.

⁵⁴ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, II, 1111, ora in Id., *Diritto penale*, IV, cit., 991.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ V. ancora Corte cost., sent. n. 364/1988 e Corte cost., sent. n. 1085/1988, *citt.*

⁵⁸ Sul punto sia permesso rinviare – scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione – a quanto più diffusamente argomentato in F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 847-854.

⁵⁹ La circostanza che l'evento si è effettivamente verificato rende infatti particolarmente delicata la comunque indispensabile esigenza di eliminare dal processo valutativo il fattore confondente rappresentato dalla c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*). L'errore del giudizio retrospettivo (*hindsight bias*) consiste nell'attitudine del soggetto a ritenere che sarebbe stato capace di prevedere un evento dopo che l'evento stesso si è verificato ed è noto. Nel caso di specie il verificarsi dell'evento integra appunto l'evento successivo noto che fonda l'*hindsight bias*. In proposito si vedano: FISCHHOFF, *Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 288; FISCHHOFF-SLOVIC-LICHENSTEIN, *Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, 552; FISCHHOFF, *For those condemned to study the past*, in SCHWEDER-FISKE (a cura di), *New Directions for Methodology of Social and Behavioral Science*, San Francisco, 1980, 79; KOEHLER-BRENNER-GRIFFIN, *The calibration of expert judgment*, in GILOVICH-GRIFFIN-KAHNEMAN (a cura di), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, 2002, 686.

sibile affermare se la condotta – apprezzata in ottica *ex ante* secondo accettati e riconosciuti criteri valutativi – avrebbe implicato il venir meno della garanzia.

Detto che siffatto genere di valutazioni è destinato a divenire sempre più centrale nel territorio accidentato della crisi d'impresa, sol che si considerino le affinità con i problemi posti dall'incriminazione dell'art. 236-*bis* l. fall. in relazione ai giudizi che l'attestatore è chiamato a formulare⁶⁰ e, più in generale, i profili derivanti dalle disposizioni in materia di soluzioni concordate della crisi d'impresa e che un recente insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶¹ sembra asseverare «l'analogia sussistente tra enunciato valutativo o qualificatorio ed enunciato constativo o descrittivo, allorché l'enunciato del primo tipo si fondi su criteri predeterminati»⁶², ben può dirsi che «fino a quando, attualmente e in prospettiva, il rapporto tra attività e passività si presenta equilibrato, la garanzia dei creditori deve considerarsi sufficientemente conservata»⁶³.

L'accettazione che la condotta possa determinare il disequilibrio proscritto e offensivo costituisce quindi l'oggetto del dolo (ovvero della prevedibilità nelle fattispecie colpose). Seguendo la prospettiva del reato di pericolo concreto è possibile recuperare i tratti di offensività anche nell'elemento soggettivo, nel quale deve rientrare la possibilità (dolo di pericolo) di un depauperamento patrimoniale cui consegua l'irrealizzabilità delle pretese creditorie, ciò che non necessariamente costituisce obiettivo dell'imprenditore (poi fallito) al momento della condotta⁶⁴. E, con riferimento al dissesto, occorre conseguentemente che entri «nell'orizzonte mentale»⁶⁵ dell'agente come potenziale scenario ricollegabile al proprio operato.

Nei termini appena esposti risulta all'evidenza non dirimente comprendere il fallimento in senso giuridico-formale nello spettro psichico dell'autore di condotte di bancarotta fraudolenta, dal momento che il profilo rappresentativo dell'elemento soggettivo è – o dovrebbe essere – talmente pregnante da rendere secondaria, se non addirittura superflua, la necessità di includervi (anche) la dichiarazione giudiziale di insolvenza.

In altri termini e al di là delle «etichette» da assegnare al fallimento, soltanto una valorizzazione del profilo della colpevolezza nell'ottica da ultimo segnalata sembra promettere una lettura non irrazionale delle fattispecie penal-fallimentari, assicurando alle stesse la piena conformità ai precetti costituzionali.

Per altro verso merita una notazione un profilo ulteriore: per certo ben frequentemente accade che le condotte, assoggettate poi alle severe sanzioni contemplate dai reati di bancarotta, intervengano in epoca risalente rispetto alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza, ma da questo iato temporale non può trarsi argomento contrario.

Sul versante della colpevolezza costituzionalmente intesa non può sfuggire la pregnante osservazione del Giudice delle leggi secondo la quale «in evitabile, rimproverabile ignoranza della legge penale versa chi, professionalmente inserito in un determinato campo di attività, non s'informa sulle leggi penali disciplinanti lo stesso campo»⁶⁶.

Cercando di trasferire il principio enunciato dalla Corte costituzionale al settore d'interesse non può sfuggire che accede necessariamente allo *status* d'imprenditore la caratteristica (l'esser professionalmente inserito in un determinato capo d'attività) dalla quale la Consulta fa dipendere uno speciale dovere di informazione, situazione alla quale s'accompagna la già notata autonoma rilevanza in termini di disvalore (anche indipendente dalla dichiarazione di fallimento) delle condotte costituenti i reati di bancarotta.

Ne segue che il limite della intangibilità della garanzia dei diritti dei creditori costituisce il superiore parametro di riferimento al quale, ad un tempo, l'imprenditore deve conformare le

⁶⁰ V. in proposito 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 *questa Rivista*, 1, 2013, 84 ss.; nonché, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, numero speciale *Scritti in memoria e in onore di Luigi Domenico Cerqua*, 129.

⁶¹ Cfr *Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014, n. 51824, Guidi*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2015, dove si legge: «quando fa riferimento a criteri predeterminati, la valutazione è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento».

⁶² Così L. ROMANO, *L'offerta "corruptiva" al consulente tecnico del p.m. intralcia la giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2015.

⁶³ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., 991.

⁶⁴ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, 510 s.

⁶⁵ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 512.

⁶⁶ Così Corte cost., sent. n. 364/1988, cit..

proprie scelte operative e sul quale si modula il giudizio di colpevolezza.

A ben vedere, la realizzazione di condotte di per sé espressive di un autonomo e intrinseco disvalore, collocate nell'ambito della gestione d'impresa, sconta (non può non scontare, visto lo *status* d'imprenditore) il rispetto della regola qui fondante (la intangibilità della garanzia dei creditori pur variamente modulata in relazione alle singole incriminazioni), sicché – coerentemente con la natura di reati di pericolo – l'oggetto del dolo (di pericolo) consiste nella idoneità lesiva della condotta medesima.

Che la successiva insolvenza irreversibile, accertata dalla decisione giudiziale, determini il verificarsi dell'evento dannoso per i creditori che tali sono al momento della sentenza, in nulla sposta quanto si è fin qui venuti argomentando: è stato infatti esattamente osservato che «il fallimento, come particolare procedura concorsuale di esecuzione forzata, non determina l'offesa, ma la rivela e la rende punibile»⁶⁷. Coerentemente con la natura di condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, la sentenza dichiarativa di fallimento sancisce la opportunità di sottoporre alle gravi sanzioni penali contemplate per i delitti di bancarotta condotte rispetto alle quali il legislatore non ha ritenuto necessario un sindacato penale fin tanto che l'impresa è ancora vitale e può quindi ancora assicurare il soddisfacimento delle pretese creditorie. Quando tale prospettiva definitivamente tramonta – quale ne sia il motivo – la ragione d'opportunità svanisce e i comportamenti pregressi, in quanto già espressivi dell'offesa, divengono punibili (o, come ritiene la teoria quadripartita, acquistano il nome di reato).

4. La rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità nell'ottica del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

Come accennato in principio la caratterizzazione della sentenza di fallimento in termini di condizione obiettiva di punibilità non sembra tuttavia determinare «le preoccupazioni pratiche che nessun giudice può prendere alla leggera (...) che non si lascia[no] liquidare con censure puramente dogmatiche»⁶⁸.

La determinazione del momento consumativo trova soluzione lineare nel disposto del capoverso dell'art. 158 c.p., a mente del quale il «giorno in cui la condizione si è verificata» segna il momento di decorrenza del termine della prescrizione «quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione»⁶⁹.

Quanto al *locus commissi delicti*, non può sfuggire il silenzio dei codici penali (sostanziale e di rito) nelle ipotesi che il reato sia sottoposto a condizione oggettiva di punibilità: distinti argomenti permettono tuttavia di giungere a una conclusione giuridicamente coerente.

Da un lato il canone fissato dall'art. 158, cpv, c.p. suggerisce un primo parametro di riferimento sul versante sistematico, cui s'accompagna, dall'altro, la considerazione che «prima del verificarsi dell'evento dedotto dalla legge come condizione, non vi sono ancora termini concreti di rilevanza penale»⁷⁰: sicché il luogo di commissione del reato si identifica con quello nel quale la condizione si è verificata⁷¹.

Che se poi si ritenesse che il reato è tale quando ricorrono i suoi quattro elementi costitutivi⁷², nessun dubbio potrebbe allora sussistere sulla conclusione che le fattispecie di bancarotta vengono a giuridica esistenza nel luogo e nel tempo nei quali si realizza anche il quarto elemento costitutivo (*id est*: la punibilità).

⁶⁷ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, II, Torino, 1967, 691.

⁶⁸ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali*, cit., 1012.

⁶⁹ In questo senso C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 1017. In senso analogo e in generale cfr M. GALLO, *Appunti*, cit., 172; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 127.

⁷⁰ M. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ In questo senso M. ROMANO, *Commentario, loc. cit.*; analogamente M. GALLO, *Appunti, loc. cit.*, nonché, diffusamente e con argomenti parzialmente diversi, C. PEDRAZZI, *Incostituzionali*, cit., 1011 s. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1964, Bernardi, in *Cass. pen., Mass. ann.*, 1965, 819; Cass. pen., sez. I, ord. 11 maggio 1973, Tintinero, in *CED Cass.*, rv. 124696.

⁷² Cfr G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 167 s..