

SENTENZE PARMALAT VS CORVETTA: IL DILEMMA DELLA STRUTTURA DELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA

Riflessioni in margine a [Cass., Sez. V, 7 marzo 2014 \(dep. 22 luglio 2014\), n. 32352, Pres. Ferrua, Rel. Oldi, De Marzo](#)

di Francesco Balato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le statuizioni della sentenza Parmalat. – 3. La sentenza di fallimento quale elemento costitutivo della bancarotta: osservazioni. – 4. La non qualificabilità della sentenza di fallimento come evento della bancarotta. – 4.1 Segue: la non necessità (*ex lege*) del nesso eziologico. – 5. Il fallimento quale evento “giuridico” della bancarotta: critica. – 6. La necessità e la praticabilità di una lettura causale. – 7. La ritenute criticità del paradigma causale nella bancarotta documentale: rilievi. – 8. Le repliche alle “conseguenze assurde” immaginate dalla sentenza Corvetta. – 9. Osservazioni in tema di elemento psicologico. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 32352 del 2014¹, la Corte di Cassazione torna a occuparsi della questione, ormai dibattutissima in giurisprudenza, inerente la posizione della sentenza di fallimento nella struttura delle fattispecie fallimentari. Particolarmente interessanti per lo studioso del diritto penale sostanziale sono i punti 7 ed 8 del considerato in diritto della pronunzia, rispettivamente dedicati al tema appena indicato – del quale ci si occuperà nelle presenti riflessioni – e a quello non meno interessante del dolo degli amministratori non operativi² di società di capitali in seguito alla riforma del diritto societario attuata con il D.lgs. n. 63 del 2002.

Prima di ripercorrere i passaggi salienti della decisione in commento, è opportuno sottolineare l'importanza della pronunzia e l'interesse che essa solleva, dovuti a un duplice ordine di motivi. Da un lato, per la notorietà del fatto storico a essa sotteso: si tratta infatti del notissimo caso Parmalat, giunto con questa pronunzia all'attenzione della suprema corte dopo i gradi di merito, caso che ha visto il transito processuale di uno dei più gravi crac economico-finanziari degli ultimi anni, assurto alle cronache non solo per la notorietà delle aziende coinvolte ma soprattutto per i contraccolpi negativi che ha provocato a danno dei risparmiatori-investitori in titoli finanziari emessi dalla società.

¹ Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014 (dep. 22 luglio 2014), n. 32352, d'ora innanzi semplicemente sentenza Parmalat.

² Gli amministratori che non siano muniti di deleghe per la gestione societaria.

Dall'altro, si tratta di una decisione importante perché si pronunzia sul ruolo della sentenza di fallimento nei reati di bancarotta dopo che un arresto ormai non più recentissimo³ aveva offerto una rilettura “epocale” della struttura di tali fattispecie qualificando il fallimento, *rectius* il dissesto ad esso sotteso, quale evento del reato, anche nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare 'ordinaria'⁴, e dunque ricostruendo le fattispecie di bancarotta come reati causalmente orientati. Questo, in diametrale disaccordo con la tradizionale lettura delle stesse quali figure di mero pericolo, salvo quelle novellate dalla riforma del diritto societario, ossia quelle conseguenti a specifici reati societari o a operazioni dolose degli amministratori.

Con la pronunzia in commento la Cassazione, non con un acritico recepimento del diritto pretorio, ma con l'aspirazione a replicare colpo su colpo alle statuizioni della sentenza Corvetta (cui pure erano subito seguite pronunzie ripristinatorie dell'indirizzo tradizionale, ma sostanzialmente immotivate⁵), per la prima volta apre a un dibattito che a questo punto diventa serrato anche all'interno della giurisprudenza (non solo di legittimità), oltre che in dottrina dove il panorama interpretativo è decisamente variegato⁶.

Ciò posto, dopo aver illustrato i punti essenziali della pronunzia in commento, esaminati in chiave dialettica con l'indirizzo contestato, verranno effettuate talune considerazioni sulle questioni in essa affrontate.

2. Le statuizioni della pronunzia Parmalat.

Il processo giunto dinanzi al giudice di legittimità vede coinvolti un numero consistente di imputati e la stessa vicenda processuale è notevolmente complessa. La suprema Corte analizza anzitutto i motivi di ricorso comuni, e tra questi figura quello che investe il tema della posizione della sentenza di fallimento nella fattispecie di

³ Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 6 dicembre 2012), n. 47502, d'ora innanzi semplicemente sentenza Corvetta, commentata da numerosi autori tra i quali, senza pretesa di esaustività 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.; [F. D'ALESSANDRO, Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, n. 3, p. 356; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, in DPP, IV, 2013, p. 443 s.s.

⁴ Si vuol indicare con questa espressione le figure criminose previste dall'art. 216, comma 1 e 223, comma 1 L. F, quelle cioè non conseguenti a reati societari (art. 223, comma 2, n. 1) o a operazioni dolose degli amministratori (art. 223, comma 2, n. 2) per le quali – come si vedrà *infra* – è contemplata una esplicita formulazione della fattispecie in termini causali.

⁵ Emblematica in tal senso – in quanto emessa nella medesima camera di consiglio e dallo stesso collegio della Corvetta – è Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 733, in *questa Rivista*, con nota di [F. VIGANÒ, Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento, 28 gennaio 2013.](#)

⁶ Per una panoramica delle opinioni A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in L. GHIA - C. PICCININI - F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2012, p. 83 s.s.; A. FIORELLA - M. MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, in F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, 2014.

bancarotta, tema che riflette il fuoco della intera motivazione ancorché non ne esaurisca, come anticipato, la mole complessiva. La Corte muove dalla constatazione che i ricorrenti hanno fondato il proprio ricorso sulle argomentazioni contenute nella, di poco antecedente, pronunzia Corvetta, dalla quale emergerebbe che il fallimento della società, o meglio la insolvenza, che ne costituisce il presupposto di fatto, riflette l'evento della condotta di bancarotta fraudolenta prefallimentare⁷, sicché ai fini della affermazione della responsabilità occorrerebbe la presenza di un rapporto di causalità con la condotta distrattiva, oltre che un collegamento psicologico di tipo doloso con l'autore della distrazione, così come prescrive l'art. 43 c.p.

Dopo aver prospettato la questione principale del ricorso, la Cassazione limita il raggio della sua cognizione, affermando che l'analisi delle questioni sollevate dai ricorrenti debba circoscriversi alle ipotesi di bancarotta societaria, si è detto 'ordinaria', ossia quelle non scaturenti dalla commissione di reati societari né da operazioni dolose degli amministratori, per le quali è la stessa legge a prevedere una esplicita configurazione in termini causali.

Come rileva, infatti, la Corte, *"la fondatezza o meno dell'assunto difensivo va quindi verificata in relazione alla sola previsione di cui all'art. 216, comma 1, legge fall., richiamata dal primo comma del già citato art. 223"*.

La valutazione di tale assunto, secondo la Cassazione, deve essere necessariamente negativa per le seguenti molteplici di ragioni:

a) la corte parte dall'affermazione che da tempo ormai risalente il fallimento viene configurato dalla giurisprudenza di legittimità quale condizione di esistenza del reato, ossia come un elemento costitutivo dello stesso. A stabilirlo furono le sezioni unite della cassazione nel 1958 con la sentenza 'Mezzo'⁸.

Il fatto poi che si tratti di un elemento costitutivo non implica, secondo la Corte, che costituisca l'evento del reato, *"come se non fosse data via d'uscita rispetto all'alternativa tra condizione obbiettiva di punibilità ed evento del reato"*.

Al contrario, quando il legislatore intende assegnare a un elemento della fattispecie il ruolo di evento, lo *"esplicita in termini inequivocabili, col ricorso a forme lessicali immediatamente evocative del rapporto causale (causare, cagionare, determinare)"*. È sufficiente, quindi, guardare alla formulazione letterale della fattispecie per comprendere quando il legislatore pretende la sussistenza di un evento e quindi del nesso causale. In tal senso è illuminante la previsione del comma 2 dell'art. 223 L.F., dove le nuove fattispecie, causalmente orientate, si fondano su espressioni inequivocabili, come appunto cagionare il dissesto o il fallimento della società. Del resto, prosegue la Corte, proprio il raffronto tra la vecchia e nuova previsione di cui all'art. 223 appare evocativo del modo in cui il legislatore si esprime quando esige il nesso di causalità tra la condotta e l'evento. Tale aspetto differenziatore tra il prima e il dopo delle citate fattispecie comprese nell'art. 223, comma 2 L.F. è stato peraltro

⁷ Nelle ipotesi di bancarotta fraudolenta post-fallimentare invece non è discussa la natura di presupposto del reato.

⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, in Giust. pen., 1958, II, p. 513 ss., nonché in CED, Rv. 098004.

ratificato dalle sezioni unite della Cassazione⁹, laddove si è affermato che la novella ha prodotto un effetto parzialmente abrogativo per le fattispecie criminose oggetto di modifica, convalidando dunque il *novum* letterale e strutturale delle fattispecie.

Di nuovo, con altra pronunzia sempre le sezioni unite della Cassazione¹⁰ hanno affermato che della sentenza di fallimento, quale elemento costitutivo delle fattispecie di bancarotta, non rileva il suo presupposto di fatto, ossia il retroterra economico che vi fa da sfondo, bensì il provvedimento giurisdizionale *tout court*, con la conseguenza che non potrebbe giammai ipotizzarsi un rapporto causale che abbia ai suoi poli da un lato una condotta e dall'altro un provvedimento giurisdizionale;

b) muovendo da tali premesse, la Cassazione respinge dunque l'assunto difensivo, rilevando come la conferente disposizione non richieda alcun rapporto causale tra le condotte vietate e la dichiarazione di fallimento.

Nel farlo, indulgia su un aspetto importante, affermando che *“l'oggetto del divieto legislativo consiste, quanto alla bancarotta distrattiva, nell'impovertimento della consistenza patrimoniale dell'impresa, che è l'asse portante della garanzia per i creditori; mentre nella bancarotta documentale consiste nella soppressione – o nella irregolare tenuta – della contabilità, dalla quale dipende la possibilità di ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari”*. Aggiunge la Corte: *“e proprio nelle conseguenze or ora descritte si individua l'evento del reato, nella sua accezione giuridica e non naturalistica”*;

c) al punto 7.3 la Cassazione indica, quale ulteriore argomento contrario alla lettura in chiave causale della bancarotta, la impossibilità di estendere una simile lettura alla bancarotta fraudolenta documentale. Secondo la pronunzia: *“non si vede infatti in base a quale costruzione logico giuridica potrebbe pervenirsi a configurare un necessario rapporto di causalità tra la violazione dell'obbligo di corretta tenuta delle scritture e l'evento fallimentare”*. D'altronde, non sarebbe possibile replicare a tale obiezione osservando che la funzione del fallimento sia diversa all'interno della bancarotta documentale rispetto a quella patrimoniale, perché da un lato l'espressione *“se dichiarato fallito”* è le medesima; dall'altro perché sarebbe del tutto oscura tale pretesa funzione diversa della dichiarazione di fallimento nella bancarotta documentale;

d) la pronunzia sottopone poi a critica un argomento elaborato dalla sentenza Corvetta secondo il quale non sarebbe possibile ipotizzare in una fattispecie penale la presenza di un elemento costitutivo successivo alla condotta e scisso da un rapporto eziologico con la stessa.

Per la sentenza Parmalat invece: *“nulla (...) impedisce al legislatore di attribuire ad un determinato reato una struttura unica e peculiare, purché non risulti violato un precetto costituzionale”*. Peraltro, continua la Corte, non risulta che una simile violazione si sia prodotta, giacché anche la Corte costituzionale¹¹ ha ritenuto di condividere l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità che qualifica la sentenza di fallimento alla stregua di un elemento costitutivo del reato, non censurando in alcun modo la conformazione della fattispecie. Ancora, la suprema Corte evidenzia come la

⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2003 n. 25887.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601.

¹¹ Corte Cost., 20 giugno 1972, n. 110.

pretesa incostituzionalità per differente indebito trattamento tra le due tipologie di bancarotta - una conformata in termini causali, l'altra no - sia stata già ritenuta manifestamente infondata dalla Cassazione con la sentenza n. 24328 del 2005;

e) subito dopo la Cassazione sottopone a vaglio critico la statuizione della sentenza Corvetta secondo la quale prescindere dal rapporto causale avrebbe condotto a “conseguenze assurde”, rendendo da un lato non punibile chi avesse drenato risorse enormi da una società dotata di un patrimonio attivo considerevole, tale da permetterle di sfuggire al fallimento, e assoggettando invece a pena chi avesse prelevato indebitamente una modestissima somma di denaro molti anni prima di un fallimento verificatosi per cause del tutto autonome. Muovendo anzitutto dalla debolezza intrinseca di un tale argomento in ossequio all'antico brocardo *“inducere inconueniens non est resolvere argumentum”*, la sentenza Parmalat evidenzia che argomentando al contrario si preverrebbe a conseguenze ancora più irragionevoli. E infatti, una volta verificatosi *“l'irreversibile stato di insolvenza prodromico al fallimento, per qualsiasi causa estranea al fatto dell'imprenditore, a quest'ultimo sarebbe data la piena libertà di distrarre l'intero patrimonio aziendale (e di dissipare in aggiunta quello personale), dato che tale condotta non potrebbe qualificarsi come causa del fallimento già resosi inevitabile per fatti pregressi; né varrebbe, in tal caso, ipotizzare una responsabilità a titolo di aggravamento del dissesto”*, giacché questa risulterebbe atipica ai sensi della fattispecie in commento, in quanto rilevante ai sensi della bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma 1, n. 4 L.F.;

f) a conclusione del suo itinerario, la Corte ribadisce la necessità di accedere all'orientamento tradizionale che non risulta scalfito dalla isolata sentenza Corvetta, subito dopo sconfessata da altre pronunzie anche se confermata - come è la Corte stessa a ricordare - da altra e successiva pronunzia¹². Ragion per cui: *“va ribadito una volta di più che la dichiarazione di fallimento non costituisce l'evento del reato di bancarotta distrattiva, sicché sarebbe arbitrario pretendere un nesso eziologico tra la condotta, realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo che incide sulla consistenza patrimoniale di un'impresa commerciale, e il fallimento”*. Di qui l'ulteriore conseguenza che *“né la previsione della insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta”*.

Sulla scorta di quanto sintetizzato, la problematica può ulteriormente semplificarsi rilevando come gli argomenti spesi dalla pronunzia in commento siano essenzialmente i seguenti.

In primo luogo viene in rilievo il tema ormai classico della sentenza di fallimento come elemento costitutivo del reato, al quale si riallaccia l'importanza del criterio interpretativo letterale. Segue la netta affermazione per cui non sarebbe necessario il nesso causale nelle fattispecie 'ordinarie' di bancarotta patrimoniale e documentale (sia propria sia impropria) e la connessa statuizione per cui l'impovertimento della consistenza patrimoniale o la lesione del bene “ostensibilità delle scritture” rifletterebbero l'evento giuridico e non naturalistico della bancarotta.

Il secondo tema è quello della inconfigurabilità di una relazione causale nella

¹² Cass. Pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013 (dep. 8 ottobre 2013), n. 41665.

bancarotta documentale al quale si riallaccia la replica della sentenza Parmalat all'argomento, prospettato nella Corvetta, relativo alla diversa funzione della sentenza di fallimento nella bancarotta fraudolenta patrimoniale rispetto a quella documentale.

Il terzo profilo della pronunzia attiene al problema, evidenziato dalla sentenza Corvetta, della natura di questo “peculiare” elemento costitutivo del reato successivo alla condotta e tuttavia dissociato dal rapporto di causalità, cui segue l'affermazione (in replica) della potestà del legislatore di conformare come ritiene i tipi criminosi, salvi i limiti costituzionali peraltro mai valicati, come insegnerebbero la Corte costituzionale e la Cassazione.

Un quarto problema concerne le repliche offerte della sentenza ‘Parmalat’ alle “conseguenze assurde” immaginate nella pronunzia ‘Corvetta’ quali corollari del tradizionale approccio interpretativo della questione. Ciascuno degli snodi motivazionali appena veduti della sentenza in oggetto sollecita qualche osservazione.

3. La sentenza di fallimento quale elemento costitutivo della bancarotta: osservazioni.

Muovendo dal primo degli aspetti segnalati, va anzitutto osservato che la sentenza Parmalat, se da un lato appare degna di apprezzamento per aver tentato di elaborare un percorso motivazionale più approfondito a sostegno del tradizionale approccio interpretativo alla materia, dall'altro presenta talune incongruenze e argomenti insoddisfacenti che è opportuno evidenziare.

La pronunzia, come anticipato, muove dall'assunto, dato quasi per acquisito sulla scorta di un risalente insegnamento giurisprudenziale¹³, che la sentenza di fallimento figuri nelle fattispecie di bancarotta alla stregua di un elemento costitutivo del reato. In questa affermazione la pronunzia Parmalat condivide le medesime premesse della Corvetta, la quale si proponeva di portare a più avanzate conseguenze interpretative proprio la configurazione della sentenza di fallimento in termini di elemento costitutivo.

Va anzitutto osservato che il punto di partenza (per entrambe le pronunzie) consiste nell'assunto, ormai acquisito in giurisprudenza, che la sentenza di fallimento sia elemento costitutivo delle principali fattispecie fallimentari. Tale configurazione affonda le radici in un risalente insegnamento delle sezioni unite¹⁴, con il quale i supremi giudici, per risolvere un problema peculiare, ossia individuare il *tempus*, nonché il *locus commissi delicti*, rilevavano come gli stessi non potessero non coincidere con quelli in cui veniva pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, pronunzia che assurgeva quindi a elemento necessario ai fini della stessa esistenza del reato e quindi a elemento costitutivo della fattispecie.

È opportuno qui ricordare come una tale qualificazione, ritenuta acquisita dalla pronunzia in commento e dalla stessa Corvetta, risulti invece negletta dalla dottrina

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

¹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, cit.

ancora prevalente¹⁵, la quale – forte del tenore letterale dell'archetipo delle bancarotte, ossia la bancarotta fraudolenta patrimoniale propria (art. 216 L.F.) che impiega la locuzione “*se dichiarato fallito*” – ritiene che la sentenza rifletta una condizione obiettiva di punibilità e non un elemento costitutivo del reato¹⁶.

Sul punto va sinteticamente evidenziato come, nel condividere tale configurazione della protasi “*se dichiarato fallito*”, la sentenza Parmalat, analogamente alla Corvetta, compie una evidente scelta di campo sul piano della interpretazione del dato normativo di riferimento, e in particolare, una scelta di superamento del dato letterale.

Se infatti ci si attesta sul nudo dato testuale - che tra l'altro è quello privilegiato in maniera incoerente dalla sentenza Parmalat per il rigetto della opzione causale proposta dai ricorrenti - sarebbe difficile dare torto ai sostenitori della configurazione della sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità piuttosto che come elemento costitutivo: in questa prospettiva, la locuzione “*se dichiarato fallito*”, come sottolinea l'indirizzo ancora maggioritario in dottrina¹⁷, è chiaramente evocativa di tale categoria.

Nondimeno, sulla scorta dell'evidente accentramento di disvalore che si produce in tale elemento della fattispecie, si ritiene in giurisprudenza che lo stesso assurga a elemento costitutivo.

Su tale primo momento qualificatorio che, si è detto, è di forzatura del dato letterale, la sentenza Parmalat, pur non recependo l'opzione accolta dalla dottrina dominante, sembra cogliere nel segno. In questa prospettiva, se è necessario partire dalla considerazione che il campo dommatico delle condizioni di punibilità è un terreno storicamente minato da ogni sorta di insidia - la prima della quali concerne la possibilità di continuare a predicare un incerto e scivoloso discrimine tra condizioni 'intrinseche' ed 'estrinseche'¹⁸; deve altresì rilevarsi come il pregnante disvalore delle

¹⁵ 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; ID, *sub Art. 216*, in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 1 ss. 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.; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, in DPP, IV, 2013, p. 443 ss.

¹⁶ È evidente, peraltro, che l'affermazione va limitata alle ipotesi di cosiddetta bancarotta “pre-fallimentare”, giacché in quelle di bancarotta “post-fallimentare” di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 216, il fallimento assurge a presupposto del reato.

¹⁷ V. nota precedente.

¹⁸ N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni oggettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 652 ss.

gravi fattispecie di bancarotta si accenti in maniera considerevole nella sentenza di fallimento, presupposto logico e temporale per la incriminabilità di una serie di atti dell'imprenditore che in assenza della dichiarazione di fallimento potrebbero qualificarsi come espressivi dell'esercizio della libera intrapresa economica, come tale presidiata da precetti costituzionali (art. 42 Cost.). La sentenza di fallimento assume dunque un ruolo assolutamente pregnante nelle fattispecie di bancarotta giacché designa il confine del penalmente rilevante nelle condotte imprenditoriali che, in assenza del fallimento, sarebbero rilevanti eventualmente alla stregua di diverse e più lievi figure criminose.

Tanto premesso, la sentenza di fallimento occupa un ruolo di prim'ordine nella struttura della bancarotta, e un tale ruolo non sembra ben interpretato dalle condizioni di punibilità, neppure da quelle intrinseche. Anzi, a tutto voler concedere, dovrebbe trattarsi a rigore proprio di condizioni di punibilità intrinseche del reato, se non fosse che questa categoria dogmatica, dagli incerti confini, risulta energicamente osteggiata dalla più moderna ed autorevole letteratura penalistica¹⁹.

La veste più consona, malgrado il dato letterale, è dunque quella degli elementi costitutivi di fattispecie, trattandosi, per dirla con la Corte costituzionale²⁰, di uno degli elementi più significativi degli illeciti di bancarotta, come tale centrale nella economia della fattispecie.

4. La non qualificabilità della sentenza di fallimento come evento della bancarotta.

Premessa dunque la qualificazione come elemento costitutivo, la sentenza Parmalat chiarisce che tale elemento non costituisce l'evento della bancarotta. Non andando al di là di quanto mezzo secolo addietro già affermavano le sezioni unite²¹, la Suprema Corte non effettua alcuna ulteriore precisazione sulle caratteristiche di tale elemento costitutivo.

Il supremo collegio si limita ad escludere che si tratti di evento del reato ed argomenta sulla non necessità del rapporto di causalità individuando, come si vedrà innanzi, l'argomento principale nella formula letterale della legge, senza farsi carico – come aveva meritoriamente tentato la sentenza Corvetta – di approfondire la natura di tale elemento.

La pronuncia Corvetta aveva, infatti, cercato di risolvere il nebuloso interrogativo sollevato tempo addietro da attenta dottrina²² circa la incapacità della giurisprudenza di spiegare la ragione per cui un elemento costitutivo della fattispecie risulti disancorato sia sul piano oggettivo, ma soprattutto su quello soggettivo

¹⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, I, Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, 296 ss.

²⁰ Corte Cost., 23 marzo 1988 n. 364.

²¹ Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, cit.

²² P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, 1972, in *Il diritto penale degli anni settanta*, 1982, p. 291; ripresa in C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss.

dall'autore dei fatti di bancarotta. Sul punto la Corvetta, con un passaggio motivazionale effettivamente ardito, affermava la impossibilità di immaginare un elemento costitutivo del reato successivo alla condotta e sganciato dal rapporto di causalità con la stessa, cercando per tal via di offrire un contributo a una definizione più precisa – e come tale più in linea con il canone della determinatezza della fattispecie – di tale elemento costitutivo, pretendendo poi la sussistenza del nesso eziologico e di quello soggettivo doloso con la condotta. Su quest'ultimo aspetto la sentenza Corvetta aveva preteso che il fallimento si riflettesse a livello psicologico in capo all'autore della condotta, richiedendo esplicitamente il dolo dello stesso.

La sentenza Parmalat respinge tale argomento: piuttosto che chiarire cosa sia questo peculiare elemento di fattispecie, la pronuncia si limita a dire cosa esso non sia, affermando che si tratta di un elemento costitutivo che tuttavia non riflette l'evento naturalistico della bancarotta. Anzi, la sentenza tenta di fornire qualche spiegazione più analitica sul punto, rifugiandosi nell'assunto che il legislatore è libero di conformare come ritiene le fattispecie incriminatrici, salvi i limiti costituzionali, ragion per cui si tratta certamente di un elemento costitutivo che è il prodotto di una pura creazione legislativa, ossia il frutto della fantasia creatrice del legislatore sul piano della conformazione della fattispecie.

I conferenti limiti costituzionali, peraltro, non sarebbero stati violati, come attestano due pronunzie, una della Corte costituzionale²³, l'altra della Cassazione²⁴, dalle quali discenderebbe la perfetta conformità a Costituzione dell'assetto strutturale delle fattispecie di bancarotta.

Sorvolando sul contenuto di tali decisioni, è appena il caso di segnalare come ancora una volta la sentenza Parmalat sembri considerare scontati profili estremamente controversi che da tempo impegnano gli interpreti del diritto penale fallimentare, cosicché non sembrano affatto superati i frequenti dubbi di incostituzionalità che avvolgono le fattispecie in argomento, ancora intessute da uno spirito di profonda *specialità*²⁵.

Sul punto è sufficiente evidenziare allora come la pronuncia in commento liquidi la conformità a Costituzione - secondo il duplice profilo della corretta struttura della fattispecie di bancarotta e dell'assenza di lesione del principio di uguaglianza - con il mero richiamo a due pronunzie, una delle quali alquanto risalente, che hanno rispettivamente affermato che la scelta del legislatore di configurare la sentenza di fallimento come elemento costitutivo (sulla scorta peraltro dell'insegnamento della Cassazione) sia conforme a Costituzione²⁶; e che appare manifestamente infondato il dubbio circa la violazione del principio di uguaglianza in relazione alla conformazione

²³ Corte Cost., 20 giugno 1972, n. 110, cit.

²⁴ Cass. Pen., Sez. V., 18 maggio 2005 (dep. 28 giugno 2005), n. 24328.

²⁵ M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011; già in tal senso, F. CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone*, RDPr, 1956, 254, il quale osservava che i reati fallimentari, ed in particolare i delitti di bancarotta, "sono venuti su come piante selvatiche fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale; il difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo".

²⁶ Corte Cost., 20 giugno 1972, n. 110, cit.

in termini causali delle sole novellate bancarotte da reati societari e da operazioni dolose²⁷.

In altri termini, secondo la pronuncia Parmalat si possono dormire sonni tranquilli su tale aspetto, perché tanto la Consulta quanto la Cassazione hanno convalidato l'opzione che il legislatore è libero di conformare come crede le fattispecie fallimentari, e assegnare alla sentenza di fallimento il ruolo di elemento costitutivo successivo alla condotta, epperò del tutto sganciato da nesso eziologico e da quello psicologico.

Al contrario, la serietà del dubbio di costituzionalità di un trattamento giuridico del tutto differente tra le ipotesi ordinarie di bancarotta, ovvero quelle che si pretendono scovre del nesso causale e quelle coperte da tale requisito (le fattispecie da reati societari e quelle che si risolvono in operazioni dolose degli amministratori), spicca evidente al sol considerare il medesimo trattamento sanzionatorio collegato ad ambedue i tipi criminosi che, come è stato evidenziato da più parti²⁸, si configura come estremamente gravoso.

Riconnettere allora un medesimo e rigido trattamento sanzionatorio a figure criminose che presentano una conformazione affatto diversa e penalizzante per le ipotesi ordinarie, solleva più di un dubbio in ordine alla ragionevolezza costituzionale di tale opzione, e dunque al principio di uguaglianza.

4.1 Segue: la non necessità (ex lege) del nesso eziologico.

Nondimeno, come osserva la sentenza Parmalat, si è in presenza di una figura nella quale non è richiesto il rapporto di causalità, ossia di una fattispecie priva di evento naturalistico.

La prova di questa affermazione deriva essenzialmente dal dato letterale: tale argomento assume una posizione assolutamente centrale nella motivazione della pronuncia.

In breve, la sentenza Parmalat si limita ad affermare che laddove il legislatore avesse preteso il rapporto di causalità e la contigua qualificazione della sentenza di fallimento in termini di evento, lo avrebbe esplicitato nella struttura della fattispecie esigendo – così come ha fatto la novella del 2002²⁹ per le fattispecie da reato societario e da operazioni dolose (art. 223, comma 2 nn. 1 e 2 L.F.) – che la condotta 'cagioni' il dissesto o il fallimento della impresa.

Se dunque il legislatore del 2002 è intervenuto a conformare in termini causali tali fattispecie e nulla ha statuito con riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all'art. 216 (richiamato dall'art. 223 L.F.), archetipo delle figure di bancarotta, il significato non può che essere quello di esigere che queste ultime siano prive di evento e dunque del nesso di causalità, e, desume inoltre la sentenza,

²⁷ Cass. Pen., Sez. V., 18 maggio 2005 (dep. 28 giugno 2005), n. 24328, cit.

²⁸ M. DONINI, op. ult. cit.

²⁹ D.lgs 11 aprile 2002, n. 61.

simmetricamente prive del nesso psicologico; prive, verrebbe da aggiungere, di tutto il *quid minimum* delle fattispecie penali.

La pretesa centralità dell'argomento letterale, quale argine insuperabile per la configurazione in termini causali anche della fattispecie principale dei reati fallimentari, non sembra tuttavia del tutto persuasiva.

Ora, iniziando dal confronto con le fattispecie interessate dalla novella, si può osservare, a tutta prima, che non sembra che il recente legislatore penale sia così sensibile ai problemi sistematici, come dimostrano le incongruenze, appunto sistematiche, denunciate in seno al novellato art. 223, comma 2 L.F.³⁰, oltre alla complessiva farraginosità del sistema penale fallimentare inidoneo come tale a fondare nella disposizione da ultimo richiamata l'*ubi lex voluit dixit, ubi nolit tacuit*³¹.

Al contrario, uno degli argomenti più significativi a sostegno della opzione criticata dalla sentenza Parmalat è quello relativo alla necessità di temperare gli indifendibili effetti di una secca interpretazione letterale, con una più consona lettura sistematica del dato normativo, cui se ne affianchi anche una teleologica in considerazione degli scopi di tutela della normativa penale in discorso, e quindi del bene giuridico oggetto di protezione.

Sul piano della interpretazione sistematica, non è seriamente dubitabile che l'introduzione delle modifiche alle disposizioni citate abbia impresso al sistema dei reati fallimentari una spinta formidabile verso una maggiore omogeneità dello stesso in una prospettiva causale.

È senz'altro vero che le fattispecie novellate sanzionino contegni diversi rispetto alle tradizionali condotte bancarottiere³², e che dunque la finalità della novella per quelle fattispecie fosse di precisare il disvalore di condotte prima sfuggenti, ma non può sottacersi che l'introduzione del nesso eziologico nel contesto della legislazione penale fallimentare non abbia lasciato inalterato il quadro, producendo di contro un effetto espansivo della impostazione causale che coincide con la lettura fatta propria dalla stessa sentenza Corvetta, la quale dunque non viene – razionalmente ed ermeneuticamente – oltrepassata dalla sentenza Parmalat, giacché si propongono gli stessi tradizionali argomenti criticati da tale pronuncia. La interpretazione (preferibile) fatta propria dalla pronuncia Corvetta consiste, in breve, nel ritenere la nuova conformazione causale delle ipotesi previste dal comma 2 dell'art. 223 L.F. alla stregua di una impostazione (causale) totalizzante, da estendersi a tutta la legislazione penale fallimentare.

Ma la invocata interpretazione sistematica appare ancora più appropriata

³⁰ In tal senso G. MONTANARA, *Fallimento (reati in materia di)*, in ED, 2013, p. 306 dove, in relazione al controverso rapporto tra il n. 2 ed il n. 1 del capoverso del novellato art. 223 si osserva che: "Se sembra davvero corretto sostenere l'esistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie (...), resta però del tutto evidente la ridondanza complessiva della disposizione, tanto che la norma sembra sinceramente priva di significato e di autonoma identità, già comprendendo, nella sua tipicità, fatti che sarebbero comunque stati ugualmente sanzionabili". Cfr., in un'ottica di ulteriore riforma, N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, in AA.VV., *Diritto penale fallimentare*, p. 123 ss.

³¹ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2014, p. 67.

³² G.G. SANDRELLI, *Bancarotta societaria e vantaggi compensativi*, in *Il Fall.*, n. 3, 2009, p. 315 ss.

allorquando la fonte legale con cui operare la armonizzazione è la Costituzione. Sotto tale profilo è sufficiente rilevare come la opzione ancora oggi sostenuta dalla giurisprudenza, come attesta la pronunzia Parmalat, volta a considerare tali fattispecie come reati di pura condotta, non solo espunge il nesso eziologico dal doveroso accertamento giudiziale, ma soprattutto complica il quadro sul piano della colpevolezza, laddove consente che il fallimento, e dunque, la sanzione delle condotte di bancarotta che dallo stesso dipendono, venga ricollegato al soggetto senza alcun coefficiente psicologico di rilievo, creando seri dubbi sul piano costituzionale (art. 27, commi 1 e 3 Cost.), quanto meno perché - come si vedrà anche in seguito - uno degli elementi più significativi della fattispecie verrebbe imputato in difetto di qualsivoglia coefficiente di rimprovero all'autore³³.

A tanto si aggiunga poi il peso di una lettura delle norme in questione che tenga nel debito conto la necessità di provvedere a un'attualizzazione della fonte penale rispetto alla sua originaria conformazione, della cui vetustà vi è piena eco nel rigoroso trattamento sanzionatorio. In tale prospettiva, sicuramente la conformazione causale della bancarotta ordinaria adeguerebbe tali figure agli attuali scopi di tutela della norma, scopi che non vengono più rinvenuti in un'astratta salvaguardia delle procedure concorsuali volte al riparto dei beni dell'imprenditore fallito, ovvero in fumose tutele al bene "economia pubblica"³⁴, bensì nella protezione *tout court* del patrimonio aziendale³⁵ e alla salvaguardia della sua consistenza a vantaggio degli interessi dei creditori della azienda. In tal senso, allora, una rilettura in chiave di evento che sostituisca la struttura di pura condotta delle bancarotte ordinarie, senz'altro più in linea con le risalenti oggettività giuridiche, appare assolutamente auspicabile.

Tra l'altro, sempre a sostegno di una interpretazione teleologica della disposizione, anticipando quanto verrà esplicitato innanzi, può anche sostenersi che il bene giuridico tutelato dalle fattispecie in questione, che la stessa sentenza Parmalat oltre alla dottrina maggioritaria³⁶ individua nel patrimonio dell'azienda in crisi, si colloca nella gerarchia dei beni giuridici oggetto di protezione non certo tra quelli di natura personale, cui è riservato il massimo delle tutele prospettabili, ragion per cui anche sotto questo profilo, può ampiamente giustificarsi una lettura delle fattispecie in argomento dagli effetti evidentemente limitativi degli spazi di incriminazione.

Una opzione di tal tipo peraltro, appunto perché limitativa dell'ambito di operatività della fattispecie, rifletterebbe una chiara estrinsecazione del *favor rei* e dunque renderebbe agevolmente tollerabile l'apparente forzatura testuale che conseguirebbe alla interpretazione in chiave causale delle citate figure criminose.

³³ Il riferimento è alla storica sentenza della Corte Costituzionale 23 marzo 1988 n. 364, cit., sul principio di colpevolezza.

³⁴ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 3 ss.; 22 ss.; 26 ss.

³⁵ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 1111 ss.; A. MANNA, *Il bene giuridico protetto*, in L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2012, p. 53 ss.

³⁶ V. nota precedente.

In questo senso, allora, l'impiego dell'argomento letterale³⁷ – il solo munito di spessore nella pronuncia in commento e che, come si è veduto, è stato invece superato con disinvoltura in ordine alla qualificazione della sentenza di fallimento quale elemento costitutivo – non sembrerebbe così pregnante come ritenuto, posto che anche le più recenti interpretazioni³⁸ sembrano abbracciare questa opzione, potrebbe dirsi, sistematicamente più pregnante delle nuove fattispecie causali.

Ma, come si accennava, altri più rilevanti argomenti convergono a sostegno della superabilità del dato letterale. Gli stessi verranno segnalati in seguito con la disamina delle ulteriori statuizioni della Suprema Corte.

5. Il fallimento quale evento “giuridico” della bancarotta: critica.

Il passaggio, a parere di chi scrive, più significativo della pronuncia Parmalat può individuarsi nella parte appena successiva sul piano logico a quella in cui vi è l'affermazione della insussistenza di un nesso causale tra la condotta distrattiva³⁹ e il fallimento.

La Corte afferma testualmente che: *“l’oggetto del divieto legislativo consiste, quanto alla bancarotta distrattiva, nell’impoverimento della consistenza patrimoniale dell’impresa, che è l’asse portante della garanzia per i creditori; mentre nella bancarotta documentale consiste nella soppressione – o nella irregolare tenuta – della contabilità, dalla quale dipende la possibilità di ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari. E proprio nelle conseguenze or ora descritte si individua l’evento del reato, nella sua accezione giuridica e non naturalistica”*.

Il brano qui trascritto assume una importanza centrale nella economia della decisione, oltre a offrire alcuni spunti di riflessione.

La sensazione immediata, sollecitata dalla stessa collocazione 'topografica' del brano, è che la Cassazione intenda da un lato precisare la portata delle precedenti affermazioni, dall'altro replicare ancora una volta all'epilogo interpretativo della sentenza Corvetta.

Su questo secondo versante, è senz'altro chiaro l'intento di sconfessare la qualificazione di 'evento del reato' offerta dalla pronuncia Corvetta, sostenendo a chiare lettere che a tutto concedere potrebbe parlarsi di evento del reato soltanto nell'accezione giuridica del termine, ma non in quella naturalistica.

In questa prospettiva, dunque, l'impoverimento della consistenza patrimoniale

³⁷ Insiste invece sull'argomento letterale F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., p. 16, invocando l'art. 12 delle preleggi e la elencazione 'gerarchica' degli strumenti interpretativi in essa contenuti. In realtà, come si è avuto modo di evidenziare nel testo, il risalente 'dato testuale' della bancarotta “ordinaria” arretra di fronte ai *nova* legislativi che hanno prodotto di fatto una rimodulazione del sistema.

³⁸ A. FIORELLA - M. MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, 2014, p. 921 ss.

³⁹ Il concetto di 'distrattiva' viene qui adoperato in chiave esemplificativa del contegno spoliativo dell'imprenditore ai danni del patrimonio aziendale.

dell'impresa e la lesione al valore della ostensibilità delle scritture, necessaria ai fini della ricostruzione del patrimonio aziendale, riflettono l'oggettività giuridica della fattispecie in commento e dunque l'evento in senso, appunto, giuridico del tipo criminoso.

Oltre a questa precisazione categoriale, la Suprema Corte - si diceva - sembra voler temperare il peso di una lettura schiettamente 'di condotta' della fattispecie, chiarendo che non occorre un evento naturalistico nella bancarotta e che la stessa si materializza con la sola condotta distrattiva (intesa qui in senso esemplificativo delle varie condotte tipizzate nell'art. 216 L.F.) una volta intervenuto il fallimento, ma tenendo presente che il tipo risulta improntato su quelle esigenze di tutela rispetto a determinati beni giuridici, ovvero la 'consistenza patrimoniale' dell'azienda e la 'possibilità di ricostruzione del patrimonio'.

Tale chiarimento, quasi ultroneo rispetto al percorso intellettuale seguito, lascia trasparire una certa ambiguità del ragionamento, una velata contraddizione probabilmente causata dalla difficoltà, sempre più stringente, di avversare l'opzione di "illecito di danno" che prepotentemente nella più recente giurisprudenza si sta innervando sul terreno dei reati fallimentari. E, si noti, anche il lessico impiegato nella proposizione riportata, benché cerchi rifugio nel controverso concetto di 'evento in senso giuridico', tradisce una linguistica familiare al tema della causalità naturalistica.

In questo senso militano il richiamo alla consistenza patrimoniale della impresa e la ricostruzione del compendio aziendale la cui lesione viene individuata come "conseguenza" delle fattispecie, conseguenza però, si chiarisce subito dopo, giuridica e non naturalistica.

Dunque, che occorra un *vulnus*, lo si chiami così, alla consistenza patrimoniale della impresa o alla ricostruibilità del patrimonio, la pronunzia non nutre dubbi. In tale prospettiva, allora, la sentenza si dimostra ben consapevole e dunque si pone in chiave di superamento rispetto agli eccessi della impostazione giurisprudenziale tradizionale che riconosceva la configurazione del reato al mero materializzarsi di una condotta distrattiva di qualunque entità e in qualunque tempo effettuata.

Se però occorre il *vulnus* alla consistenza patrimoniale, restando per un attimo sulla bancarotta patrimoniale, vuol dire che non tutte le condotte teoricamente distrattive di risorse della azienda assurgono a reato, in assenza del cennato *vulnus*. Non quelle ad esempio che siano state ripianate prima della sentenza di fallimento⁴⁰; non quelle realizzate a vantaggio di una delle imprese del gruppo⁴¹, perché in tali

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in Guida dir., 2007, dossier 10, 59; Cass. Pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2006, 745, nota di Zampanò, *Bancarotta riparata e principio di offensività*. Si tratta della nota giurisprudenza in tema di "bancarotta riparata", relativa al pagamento di emolumenti ai soci amministratori ed a un finanziamento a cui prima del fallimento erano seguite operazioni di segno contrario che avevano reintegrato il patrimonio della società fallita prima del fallimento. Si vedano altresì Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2011 (dep. 2 marzo 2011), n. 8402, rv 249721; cfr., Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2013 (dep. 2 luglio 2013), n. 28514, rv 255576.

⁴¹ Cass. Pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38995. Rileva qui il tema della bancarotta e delle c.d. distrazioni infragruppo: la Cassazione nell'escludere la natura distrattiva di una operazione infragruppo, ha per la prima volta, per quanto noto, riconosciuto in concreto sussistente tale ipotesi, annullando senza rinvio una sentenza di condanna per bancarotta fraudolenta, proprio perché né la società finanziatrice né la società

ipotesi – pure oggetto delle recenti attenzioni della giurisprudenza – manca verosimilmente proprio la paventata lesione alla consistenza patrimoniale.

Ma se si fa questione della ‘consistenza patrimoniale della azienda’, se si tira in ballo questo tipo di argomento, che appare appropriatissimo si badi, forse però inconsapevolmente si introduce un discorso causale, ossia un discorso non più improntato coerentemente con l'impostazione del tipo quale reato di pericolo (astratto o concreto, secondo le varie declinazioni), ma un discorso appunto di danno; e il fatto che si corregga subito dopo il tiro della affermazione evocando la categoria (sempre verde) dell'evento giuridico appare un tentativo fin troppo evidente di celare l'epilogo che coerentemente dovrebbe essere attinto.

6. La necessità e la praticabilità di una lettura causale.

Del resto, una lettura in termini di evento dei modelli criminosi di cui ci si occupa non pare strutturalmente improponibile.

Proprio l'aggancio con il ragionamento della Corte sull'aspetto della consistenza patrimoniale, lo si vedrà per la bancarotta documentale, consente di sviluppare in maniera più appropriata il ragionamento verso più coerenti conseguenze ermeneutiche.

Se le premesse sono quelle appena delineate, non solo non è fuori luogo immaginare che (in realtà) rilevi un evento in senso naturalistico, ma un tale approccio risulta perfettamente praticabile. Senza voler qui scendere nei particolari di una indagine che è stata ampiamente approfondita in dottrina⁴², è sufficiente rilevare come l'approdo della pronuncia Corvetta, pur con tutti i necessari correttivi, non sia per nulla velleitario.

L'attuale stato dell'arte e della giurisprudenza in materia consentono infatti di intravedere come necessaria l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta “distrattiva” (si passi questa espressione in chiave riassuntiva) e il substrato di fatto del fallimento, non della pronuncia di fallimento intesa come provvedimento giurisdizionale⁴³. Come si vedrà, deve e può immaginarsi un collegamento eziologico tra la condotta sottrattiva di distacco di risorse aziendali con la situazione economica di

finanziata versavano al momento dell'operazione in una situazione di dissesto, ed il finanziamento — oltre ad essere corredato da adeguate garanzie — consentiva alla società finanziata di fuoriuscire da una situazione di crisi, con benefici che si sarebbero potuti riflettere anche sulla società finanziatrice.

⁴² Per un'adesione alla opzione causale A. FIORELLA - M. MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, in F. VASSALLI - F.P. LUISSO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, 2014, p. 921 ss.; A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2012, p. 94 ss.

⁴³ Evidente come si tratti di concetti distinti e che ambedue figurino in vari 'luoghi' della L.F., ma è, in buona sostanza, al dissesto che guarda il legislatore quando conferisce lo stigma della criminalità a condotte imprenditoriali, pretendendo peraltro che lo stesso trovi poi consacrazione e, dunque, certezza in un titolo giurisdizionale. Cfr., in senso opposto, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, cit., p. 448, il quale richiama C. PEDRAZZI, (sub) Art. 223, in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, cit.

dissesto in cui versa l'impresa fino a che non giunga la consacrazione del fallimento con la pronuncia giurisdizionale.

La necessità che vi sia un nesso eziologico tra i fatti di bancarotta previsti (paradigmaticamente) dagli articoli 216 e 223 L.F. scaturisce da una lettura complessiva dell'impianto dei reati fallimentari alla luce dei principi di personalità della responsabilità penale e di offensività del fatto, oltre che di costituzionalità del regime sanzionatorio previsto per tali categorie di reati. La necessità di un regime causale si riallaccia essenzialmente non solo alla esigenza di riconnettere un importante settore della legislazione penale ai dettami della parte generale del codice penale, causalità e colpevolezza innanzitutto, ma altresì a quella di circoscrivere l'incriminabilità retrospettiva dei fatti di bancarotta posti in essere in un arco temporale indefinito prima della pronuncia della sentenza di fallimento. Si tratta poi e in definitiva di "riagganciare" la punibilità di detti fatti a una esigenza minima di offensività delle condotte rispetto ai regimi sanzionatori previsti dalla legge in considerazione soprattutto della tutela al bene giuridico protetto dalle fattispecie in esame.

Tutti i segnalati profili appaiono reciprocamente interconnessi, ragion per cui si assiste a una sovrapposizione di piani distinti. Ad ogni modo, la esigenza di raccordo con il sistema generale del codice appare ineludibile. Occorre in primo luogo che l'imprenditore - adoperando ancora una espressione esemplificativa -, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, risponda di condotte a lui riconducibili da un punto di vista materiale.

Se dunque si ritiene, ormai anche da parte della giurisprudenza più attenta, che i fatti di bancarotta minino essenzialmente il patrimonio aziendale⁴⁴ che riflette la garanzia dei creditori, e conseguentemente che quest'ultimo sia il bene oggetto di protezione, occorre che si risponda solo di fatti lesivi del bene in questione e che questi fatti si possano ascrivere all'imprenditore sulla scorta del paradigma legale della causalità, il solo munito di un apprezzabile grado di certezza. I fatti in questione, inoltre, devono essere collegati all'agente sul piano della colpevolezza (art. 42 c.p.), tal che non è più difendibile una opzione, quale quella ancora dominante in giurisprudenza, che stigmatizza fatti di bancarotta senza il minimo collegamento psicologico tra l'autore e il fallimento, più genericamente lo stato di dissesto, rispetto al quale tali fatti risultino causali.

L'approccio causale è inoltre la via più corretta per la esigenza, da tempo avvertita dalla dottrina⁴⁵, di delimitare il campo dei fatti astrattamente riconducibili all'imprenditore. In tale prospettiva, dunque, il richiamo alla causalità è l'unica via per conferire veste giuridica ai tentativi di consacrazione di quella 'zona di rischio penale'⁴⁶ funzionale a circoscrivere l'ambito di punibilità dell'imprenditore ai soli fatti che si pongano in chiave logica e cronologica in relazione con una crisi economica in corso o incipiente dell'azienda.

Ritenere imprescindibile l'esistenza del nesso causale è la sola via percorribile,

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2006, n. 4655, CED, rv. 233607; Cass. Pen., Sez. V, 22 marzo 2006, n. 9813, CED, rv. 234242.

⁴⁵ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

⁴⁶ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit.

trattandosi dell'unico meccanismo di collegamento oggettivo previsto dalla legge, laddove né una configurazione di una incerta zona di rischio penale⁴⁷, né una poco coerente configurazione del reato quale reato di pericolo concreto⁴⁸, o alcun atipico nesso di congruità⁴⁹, sembrano adeguati allo scopo indicato, attingibile unicamente mediante il ricorso allo schema causale.

Il nesso eziologico infine è l'unico mezzo che consenta di ricondurre le fattispecie in discussione al rispetto del principio di offensività: solo la presenza del nesso condizionalistico, nelle modalità anticipate e in quelle che meglio si vedrà, consente di ricucire lo strappo con la offensività e isolare le condotte bancarottiere effettivamente lesive del bene giuridico oggetto di tutela, lasciando fuori dall'area della rilevanza penale quelle scarsamente significative per il patrimonio aziendale.

In tale prospettiva, allora, dovrebbero trovare applicazione i comuni canoni diagnostici del rapporto di causalità descritti dagli artt. 40 e ss. del codice, e dunque il principio di equivalenza delle cause e la connessa formula ipotetica della causalità, in ossequio ai quali verificare se la condotta "distrattiva" incriminata assurga o meno a condizione, si badi bene non del dissesto, ma di quel determinato dissesto, ossia di quello specifico evento *hic et nunc* verificatosi⁵⁰.

Conseguentemente, non potrebbe obiettarsi che se il dissesto era già in piedi, qualunque distrazione successiva non sarebbe mai causale, perché come noto il polo della causalità non è l'evento "dissesto in generale", ma un dissesto inteso in termini concreti, ossia, come detto, quello specifico dissesto verificatosi in concreto a seguito della condotta dell'imprenditore.

In tal guisa, allora, anche una condotta di mero aggravamento del dissesto, nel senso esposto, potrebbe ritenersi causale giacché il dissesto aggravato dalla condotta 'distrattiva' è diverso da quello che già c'era, prodotto magari da circostanze estranee a comportamenti umani, come ad esempio contingenze economiche.

Del pari, così ragionando potrebbe trovare applicazione la disciplina delle concause (art. 41 c.p.) e soprattutto in quella parte, disciplinata dal secondo comma della richiamata disposizione, concernente la causa autonoma da sola idonea a produrre l'evento, e in questa prospettiva potrebbe risolversi il problema ricorrente nella pratica in cui la avversa contingenza economica si sia verificata non prima ma

⁴⁷ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit.

⁴⁸ 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; ID, *sub Art. 216*, in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, in Commentario Scialoja-Branca, *Legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, cit.; più di recente F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, cit., il quale riprende la tesi di Pedrazzi circa la natura di reato di pericolo concreto, tesi – come si rilevava – che rimettendo al singolo interprete la verifica della sussistenza del pericolo 'concreto', conduce ad un'eccessiva discrezionalità interpretativa e insieme ad una probabile disomogeneità di trattamento di fatti simili da parte della magistratura, diversamente dalla tesi qui proposta (v. *infra*) di una causalità secondo leggi scientifiche (economiche).

⁴⁹ M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, cit.

⁵⁰ Che quest'ultimo sia l'evento rilevante per il rapporto di causalità, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 2006, p. 206.

dopo la condotta distrattiva, e sia a tal punto devastante da spezzare del tutto il nesso di causalità con quest'ultima. Sempre in ossequio allo statuto della causalità, dovrebbe poi – in chiave di accertamento del nesso eziologico – impiegarsi l'intero strumentario diagnostico delineato dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tale ambito⁵¹. Ci si vuol riferire, in particolare, al modello di “sussunzione sotto leggi scientifiche” che verrebbe qui adoperato senza insuperabili problemi, con la precisazione che le leggi conferenti sarebbero quelle della scienza economica, come dimostrato da alcune recenti indagini fatte in sede di prassi da periti economici che all'indomani della sentenza Corvetta avevano già iniziato a sperimentare efficacemente il percorso causale⁵².

7. Le ritenute criticità del paradigma causale nella bancarotta documentale: rilievi.

Tanto premesso, occorre ora confrontarsi con la pretesa impraticabilità dell'approccio causale quanto alla bancarotta documentale, in relazione alla quale, come si esprime la sentenza Parmalat: *“non si vede (...) in base a quale costruzione logico giuridica potrebbe pervenirsi a configurare un necessario rapporto di causalità tra la violazione dell'obbligo di corretta tenuta delle scritture e l'evento fallimentare”*. Non si comprende in altri termini come si possa predicare un nesso eziologico tra una condotta concernente le scritture e la pronuncia di fallimento⁵³.

Qui la Cassazione scorge un significativo punto debole nella ricostruzione che predica l'esistenza del rapporto di causalità, poiché sostenere, come fa la pronuncia Corvetta, che non vi sono ostacoli per cui la pronuncia di fallimento svolga una funzione diversa nelle diverse fattispecie di bancarotta, risulterebbe approccio errato in quanto non si comprenderebbe bene quale sia poi la reale funzione della sentenza di fallimento nella bancarotta documentale.

La pronuncia in commento individua in realtà in una duplice ragione il motivo per cui risulterebbe fallace la tesi sostenuta in Corvetta, da un lato rilevando che la protasi “se dichiarato fallito” si riferisce ad entrambe le figure di bancarotta che, ancorché diverse, si vedono ancorate alla medesima espressione, talché sarebbe difficile ricollegare un diverso significato alla medesima espressione; dall'altro, che la sentenza Corvetta non avrebbe neppure esplicitato tale (oscura) diversa funzione nella bancarotta documentale, ragion per cui - si conclude - vi sarebbe una falla significativa nel ragionamento svolto nella citata pronuncia.

Ma in realtà questa argomentazione non è del tutto pregnante per i seguenti rilievi.

È senz'altro, anzitutto, condivisibile l'assunto secondo cui nella bancarotta documentale non sarebbe immaginabile un nesso di causalità tra le condotte che

⁵¹ V. anche *infra*, par. 8.

⁵² L. PALMERINI, *Dissesto, Insolvenza e nesso di causalità con le condotte di bancarotta*, Relazione tenuta all'incontro sulla bancarotta della Formazione Decentrata della Corte di Appello di Roma, 28 novembre 2013, inedito.

⁵³ Il punto 7.3 della motivazione della sentenza Parmalat.

incidono sull'assetto documentale dell'impresa e il fallimento, inteso come tracollo economico della impresa.

In verità questo potrebbe accadere in riferimento, ad esempio, alle condotte di falsificazione delle scritture contabili, quando la falsificazione appunto, celando la cattiva salute della impresa, consenta a questa di conseguire nuovi finanziamenti e in tal modo di posticipare il tracollo in momenti successivi e perciò più gravemente. Se dunque, sul piano empirico, un simile legame potrebbe immaginarsi, tuttavia lo stesso sarebbe davvero più complicato per le altre condotte tipiche della bancarotta documentale, come ad esempio la sottrazione delle scritture dove pare, già sul piano astratto, che nessun legame possa esservi con il substrato economico dell'evento fallimentare. La ipotesi documentale resta quella più spinosa per la ricostruzione adombrata dalla giurisprudenza avversata dalla pronuncia in commento, e tuttavia a ben guardare anche tale apparente impaccio argomentativo sembra sfumare alla luce di una lettura più attenta alla struttura della bancarotta documentale, oltre che della fenomenologia ad essa sottesa.

Se si pone mente alla formulazione del n. 2 del comma 1 dell'art. 216 L.F., ci si avvede che il vero polo, potrebbe dirsi finale, della condotta bancarottiera avente ad oggetto la documentazione aziendale è rappresentato dalla 'possibilità di ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari'. È probabilmente questo e non il fallimento, inteso come tracollo della impresa, a designare la conseguenza che necessariamente deve discendere dalla condotta documentale.

In altri termini, può allora sostenersi che nella 'documentale' l'evento di riferimento sia la possibilità di ricostruire il patrimonio, e qui il significato della protasi "se fallito" si spiega semplicemente con la esigenza che la impossibilità di ricostruire il patrimonio, quale effetto (materiale) della condotta 'documentale', debba permanere fino alla dichiarazione di fallimento, proprio perché se tale impossibilità venisse meno in base a una condotta successiva che escluda la "non ricostruibilità del patrimonio", permettendo di addivenire a una ricostruzione dello stesso, la punibilità verrebbe necessariamente meno.

Le condotte che incidono sui "documenti dell'impresa" vanno lette in questa prospettiva, comunque in relazione al patrimonio, più precisamente alla sua ricostruibilità, senza il quale non avrebbe senso la punizione, anche in considerazione del fatto che la protezione del patrimonio riflette il bene presidiato dalle fattispecie in analisi. Quindi, anche qui non sembra inverosimile immaginare un evento naturalistico che si ponga in relazione eziologica con la condotta avente ad oggetto i documenti, solo che in questa fattispecie - quella documentale - non è richiesto un collegamento tra la condotta documentale e il dissesto (come nella patrimoniale, dove la condotta incide in via immediata sul patrimonio), ma tra la condotta e la impossibilità di ricostruire il patrimonio nei termini esposti. Non può ritenersi di ostacolo rispetto a questa lettura l'idea che la non ricostruibilità del patrimonio assurgerebbe ad evento solo nella tenuta dei libri e delle scritture "in guisa tale" (cioè nella cosiddetta ipotesi generica di bancarotta documentale), e non per le condotte sottrattive, distruttive, falsificatorie etc. (che individuano la ipotesi specifica), perché ciò significherebbe portare alla incriminazione condotte anche del tutto inoffensive come quelle che, pur avendo ad

oggetto la documentazione prescritta dalla legge (art. 2214 c.c.), siano del tutto marginali e ininfluenti, tali che giammai potrebbero incidere sulla ricostruibilità del patrimonio.

Certo, non è possibile nascondere che con un simile argomentare viene meno il fascino di una lettura unitaria del fenomeno 'bancarotta' di cui all'art. 216 L.F., ma pazienza. Si tratta del resto di fenomeni affatto diversi sul piano fenomenologico ed empirico, al punto che una *reductio ad unum* si risolverebbe in una artificiosa opera di travestimento e risulterebbe distonica con la realtà, sicché meglio distinguere ciò che fenomenologicamente appare diverso.

8. Le repliche alle “conseguenze assurde” immaginate dalla sentenza Corvetta.

L'ultimo argomento investe, come anticipato, il tema delle conseguenze paradossali o assurde che ciascuna delle pronunzie ricollega alla opzione antagonista.

La sentenza Corvetta aveva messo in luce, quale conseguenza paradossale del rifiuto di un approccio causale, la ingiusta soggezione a pena di chi, pur avendo sottratto somme modeste all'impresa, avesse comunque subito il fallimento dell'azienda dovuta a cause non imputabili, mentre sarebbe stato esonerato da responsabilità l'imprenditore che nonostante avesse sottratto risorse consistenti, disponendo di un patrimonio solido, avrebbe scongiurato l'infausto esito fallimentare.

Nel contempo, la sentenza Parmalat evidenziava, quale conseguenza ancora più paradossale derivante da un'accettazione del paradigma causale, il fatto che in tal modo avrebbe evitato la sanzione l'imprenditore che, all'indomani di una circostanza destabilizzante per l'azienda, idonea ad assurgere a causa del fallimento, avesse drenato consistenti risorse aziendali, contegno questo non stigmatizzabile, in primo luogo perché non qualificabile come causa del fallimento; in secondo perché, pur configurando un aggravamento del dissesto, sarebbe difettata la tipicità rientrando l'aggravamento tra le condotte tipiche della bancarotta semplice e non fraudolenta⁵⁴.

Su tale aspetto, senza volere indugiare sulla efficacia dell'argomento, ancorché le conseguenze pratiche che discendono da una determinata interpretazione meritino di essere tenute in debito conto, anche in considerazione dell'importanza degli interessi che sottendono la tematica in questione, è sufficiente osservare come il discorso relativo all'aggravamento del dissesto valorizzato nella pronunzia Parmalat non sembra impostato in modo corretto.

⁵⁴ F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, p. 16, cit., evidenzia inoltre l'incapacità della lettura causale di risolvere la problematica “aleatorietà della punizione” che discenderebbe dal costituire il fallimento solo uno degli epiloghi (e neanche il più frequente) delle crisi di impresa, all'indomani della ampliata gamma delle cosiddette soluzioni concordate della crisi di impresa, il cui impiego – dipendente principalmente dalle scelte del ceto creditorio – esporrebbe l'imprenditore all'alea del fallimento e quindi della punizione. A ben guardare, l'aleatorietà della punizione costituisce senz'altro il frutto di una legislazione contrassegnata ormai da (neppure tanto) velata irrazionalità, non certo di una lettura causale della bancarotta che, anzi, si propone proprio di temperare la cennata aleatorietà.

Ricollegando qui il ragionamento alle precedenti considerazioni inerenti la praticabilità del paradigma causale, va osservato che a ben guardare il problema del contegno dell'imprenditore che si situa a valle rispetto a un dissesto già in corso, lungi dal risolversi in un indebito e non necessitato esonero dalla responsabilità per quest'ultimo, debba affrontarsi appunto con l'impiego delle regole che presiedono al meccanismo causale.

Il campo economico nel quale affonda le sue radici il fallimento di un'azienda non appare in realtà molto dissimile da altri campi nei quali talvolta molteplici fattori si intersecano nella produzione di un determinato effetto giuridicamente rilevante. Il riferimento immediato è all'attività medica, nella quale il prodursi di un determinato effetto lesivo per il paziente può discendere tanto dall'attività sanitaria quanto da preesistenti stati patologici determinatisi in via autonoma anche per ragioni indipendenti dall'azione umana. Ma il discorso può agevolmente allargarsi ad altri settori di attività, giacché è difficile, nel contesto attuale, riscontrare l'esistenza di un effetto, dal quale dipenda il determinarsi di ulteriori effetti giuridici, che sia legato a un unico fattore causale determinante.

In sostanza, sembra abbastanza chiaro che il tracollo di un'azienda, impiegando volutamente una espressione più generale, possa ricondursi a diversi e molteplici fattori scatenanti. Come anticipato, allora, non può sostenersi la neutralità di una condotta imprenditoriale sottrattiva di risorse aziendali qualora la crisi fosse già in piedi, perché una simile soluzione non sarebbe in linea con il paradigma causale, alla stregua del quale non cessa di essere causa una condotta che si associa ad una causa preesistente determinando un aggravamento del dissesto già in atto. In tal senso, può dirsi subito che la condotta che si innesta su un dissesto prodottosi per altre ragioni non può dirsi di per sé non causale rispetto alla crisi dell'azienda. Occorre valutare il caso specifico e accertare l'incidenza della condotta in senso lato sottrattiva rispetto a un preesistente stato di crisi, e accertare se ne abbia prodotto un aggravamento, intendendo per aggravamento solo quello significativo, cioè quello idoneo a conferire al dissesto già presente una fisionomia qualitativamente diversa rispetto a quella precedente. In questo senso allora può ritornarsi al discorso dell'evento dissesto *hic et nunc* verificatosi, atteso che il dissesto aggravato dalla condotta spoliativa dell'imprenditore, purché significativa, integra un dissesto qualitativamente diverso. In questa prospettiva, solo la scienza economica potrà condurre ad accertare se quella determinata condotta abbia avuto una forza tale da condurre a una crisi qualitativamente e quantitativamente diversa da quella in ipotesi già in essere. Se all'esito della verifica dovesse emergere che la condotta incriminata risulti insignificante rispetto alla consistenza della crisi già in atto, allora non potrà dirsi configurato neppure un aggravamento penalmente apprezzabile e nessun dissesto qualitativamente diverso si sarà prodotto, con il conseguente risultato negativo della diagnosi causale. In questo senso può dunque parlarsi di aggravamento, nel senso cioè di concepire la condotta spoliativa dell'imprenditore alla stregua di una vera e propria causa addizionale del dissesto rilevante, "causa non mentalmente eliminabile senza che

l'evento nella sua conformazione concreta (*per tempo ed entità*⁵⁵) venga meno⁵⁶”.

Del resto, il fatto che la condotta di aggravamento sia tipica ai sensi dell'art. 217, comma 1 n. 4), come evidenzia la sentenza Parmalat, non comporta alcuna falla nel ragionamento sin qui effettuato. La tipicità, ai sensi della bancarotta semplice, dell'aggravamento risulta legata a specifiche modalità di condotta che si concretano nel non aver richiesto la dichiarazione del proprio fallimento o nell'aver tenuto un contegno gravemente colposo.

Si tratta, all'evidenza, di modalità colpose di aggravamento del dissesto, sicché ove le stesse fossero assistite dal dolo, risulterebbero tipiche ai sensi della più grave bancarotta fraudolenta. È evidente infatti che se condotte oggettivamente contrassegnate da modalità evocanti un profilo psicologico colposo, rilevano ai sensi della previsione di cui all'art. 217 L.F., quelle dolose, di contro, confluiranno nell'alveo dell'art. 216 L.F.

9. Osservazioni in tema di elemento psicologico.

Le precedenti considerazioni relative alla necessità di un nesso di causalità tra le condotte di “distrazione” e il fallimento, inteso come tracollo dell'impresa prodromico alla sentenza di fallimento, impongono ora di trarre le naturali conseguenze in relazione al nesso psicologico tra l'autore di tali condotte e l'indicato evento.

La configurazione delle figure di bancarotta quali reati di evento impone l'accertamento della esistenza del dolo in capo all'autore della distrazione rispetto all'evento economicamente infausto per l'azienda. Contrariamente all'impostazione tradizionale della giurisprudenza⁵⁷, non è possibile sottrarsi a un tale epilogo interpretativo, sicché l'esistenza di un collegamento psicologico dell'autore con l'evento appare ineludibile. Chiarita la necessità, giuridica ancor prima che logica, attesa la proposta conformazione in termini causali della bancarotta e in ragione del portato dell'art. 43 c.p., e premesso che appare ineludibile che l'imprenditore si rappresenti la crisi dell'impresa, è necessario ora verificare – sul versante della volontà – quale forma di dolo appaia concretizzabile e consona rispetto a tali fattispecie.

A tal proposito, non si può anzitutto nascondere come l'ambito dei reati fallimentari appaia scarsamente conciliabile con la forma più grave di dolo, cioè il dolo intenzionale. Non soltanto, infatti, la prassi fornisce all'uopo pochi esempi di condotte distrattive intenzionalmente preordinate a produrre la insanabile crisi della azienda⁵⁸, ma pretendere una tale forma 'intensa' di dolo risulterebbe troppo restrittivo e comporterebbe un allentamento della tutela del bene giuridico.

Al contrario, il terreno delle figure in oggetto appare più consono alla figura del dolo eventuale, laddove le condotte distrattive, più che tese a produrre direttamente il tracollo dell'organismo economico, sono per lo più realizzate “al costo di” provocare

⁵⁵ Corsivo nostro.

⁵⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 2006, p. 206.

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327; Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850.

⁵⁸ Circostanza questa che determinerebbe peraltro il soccorrere nella bancarotta societaria di cui al novellato art. 223, comma 2, L.F.

un tale sfortunato effetto. Il campo è quello delle “attività lecite di base”⁵⁹, nelle quali si assiste empiricamente a condotte di distacco di risorse aziendali che perseguono lo scopo di conseguire utilità economiche e non appaiono – se non in casi limite – direttamente protese a generare l'annientamento dell'impresa. Tuttavia, allo scopo di portare il ragionamento alle più coerenti conseguenze, è necessario accertare, che quanto meno in termini di dolo eventuale, l'autore delle condotte distrattive abbia agito, appunto, anche “al costo di” determinare con la sua condotta la crisi dell'azienda, anticamera della sentenza di fallimento. In tal prospettiva, la ricerca del profilo psicologico da un lato consente di armonizzare le figure in discorso con il principio di colpevolezza, dall'altro non determina alcun rischio di svuotamento della tutela del bene giuridico. La proposta valorizzazione del dolo eventuale, figura di nesso psicologico sicuramente più confacente alle dinamiche che fanno da sfondo alle condotte di bancarotta e a quelle imprenditoriali più in generale, appare oggi ancor più opportuna, stante il notevole affinamento della riflessione, anche giurisprudenziale, sul dolo in generale, e sul dolo eventuale in particolare⁶⁰. L'attuale preferibile configurazione del dolo eventuale, senz'altro più calibrata sul piano della volizione, intesa quale scelta consapevole del soggetto verso il fine vietato dalla norma, appare particolarmente appropriata in relazione alle figure di bancarotta, dove si assiste a registri di comportamento ricorrenti, caratterizzati da distrazioni di patrimonio aziendale realizzate, come si anticipava, non al fine di, ma “al costo di” determinare il tracollo dell'azienda. In questi casi, ci si trova al cospetto di scelte – compiute da chi dirige l'organismo economico – di vantaggio economico “per sé” e contro il patrimonio aziendale. Lo schema di comportamento ricorrente è quello in cui il responsabile dell'impresa, consapevole di una crisi in atto o incipiente, sottrae risorse dalla destinazione aziendale, e se ne appropria, lasciando l'azienda al proprio destino. L'autore, per lo più, non agisce per far fallire, ma anche al costo di far fallire, con una scelta consapevole di favorire “se stesso” a discapito dell'azienda. Si comprende agevolmente che in tali casi, che costituiscono probabilmente ciò che accade sovente nella prassi, l'agente elabora una sorta di ‘calcolo di convenienza’, nel senso che tra le due alternative, perdere tutto o conservare quanto meno per sé la parte ancora recuperabile dei beni, sceglie la seconda opzione, quella penalmente rilevante, e lo fa sulla scorta di un calcolo potrebbe dirsi “economico”, a proprio vantaggio e in danno all'azienda.

Un tale schema deliberativo, per l'autore delle condotte distrattive, si adatta perfettamente ai contorni del dolo eventuale, così come tratteggiati dalla più recente giurisprudenza⁶¹ e caratterizzati dalla presenza di un coefficiente psichico effettivo, di cui è necessario accertare la sussistenza ai fini del rimprovero penale. L'imprenditore, individuale o societario, deve, in definitiva, rispondere per avere cagionato il dissesto e per averlo fatto con dolo, nei sensi esposti, e cioè per aver agito con condotte “distrattive” anche al costo di condurre l'azienda al tracollo economico.

⁵⁹ Così le definisce Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, sul noto caso ThyssenKrupp.

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, cit.

⁶¹ Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, cit.

Tale impostazione soggettiva non deve generare sgomento in ordine al tema della prova⁶². Sul punto andranno applicati i comuni schemi di accertamento del dolo. In tale prospettiva, risulteranno senz'altro significativi i seguenti peculiari indici rivelatori: la prossimità temporale delle condotte rispetto al fallimento; l'entità della distrazione rispetto alla dimensione dell'azienda; la compresenza di altri perspicui elementi quali ad esempio il dissolvimento totale di tutto l'organismo aziendale. In relazione a quest'ultimo indice, non può non sottacersi – e di ciò vi è una sicura eco nella prassi applicativa – che l'assenza di qualunque elemento, la totale sparizione di qualsiasi segmento aziendale (materiale e documentale), appare un indice pregnante della volontà dell'imprenditore di fare 'piazza pulita' dell'azienda e di provocarne il decesso economico, preludio della pronunzia di fallimento.

Del pari, la prossimità al fallimento è un indice pregnante che testimonia non solo la conoscenza della crisi aziendale, ma che gli atti di spoliazione o di distacco aziendale siano posti in essere anche a costo, appunto, di cagionare il declino dell'azienda. Così come l'entità della distrazione, la quale, oltre a rilevare come aggravante ai sensi dell'art. 219 L.F. – solo però quando si tratti di rilevante gravità della distrazione e non di una gravità non altrimenti qualificata –, può apparire sintomatica di una scelta consapevole dell'autore della distrazione per il proprio patrimonio e contro quello dell'azienda, della quale se ne accetta così la alta probabilità di crisi esiziale.

La necessaria presenza dell'elemento psicologico doloso rispetto al dissesto, evento delle fattispecie di bancarotta, non deve far insorgere inoltre il timore di presunte lacune che discenderebbero dalla necessaria difficile ricerca del dolo rispetto all'evento. Non va dimenticato che si verte in tema di bancarotta fraudolenta, laddove la componente di "fraudolenza", che il legislatore evoca in maniera appropriata nella denominazione dell'illecito, riflette il requisito ontologico di tali figure. Se di *fraus* deve parlarsi, quest'ultima si armonizza a perfezione con l'esposto schema soggettivo e con la necessaria presenza, quale elemento costitutivo indefettibile, del dolo rispetto al fallimento. D'altronde, l'esigenza di una tutela completa del bene protetto deriva anche da un appropriato impiego della bancarotta semplice che dovrebbe soccorrere nei casi minori, rappresentando il presidio di tutela – più adeguata sul versante sanzionatorio – per la sanzione di contegni anche colposi⁶³ non caratterizzati dall'univoco atteggiamento psicologico che sottende alle ipotesi di fraudolenza. Il sistema, ove inteso nei termini corretti, non presenta falle significative, mentre ove si continui ad intenderlo nei termini attuali, e cioè in assenza dei tratti indispensabili delle fattispecie penali, appare fortemente distonico rispetto ai principi generali.

⁶² F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, cit., p. 19, il quale, nel qualificare il fallimento alla stregua di condizione obiettiva di punibilità (con superfluità di indagini sull'elemento soggettivo), paventa probabili aggravii probatori discendenti dalla necessità che il dolo lambisca l'evento del reato.

⁶³ Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2009 (dep. 5 ottobre 2009), n. 38598 rv. 244823; Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 1999, n. 10364, Rv. 215031; Cass. Pen., Sez. I, 31 maggio 2001, n. 27048.

10. Considerazioni conclusive.

Quello dei reati fallimentari è un settore della legislazione penale che da tempi ormai lontani presenta serie criticità che non si esauriscono nel tema affrontato nelle precedenti note. La considerazione della esistenza di un severo apparato sanzionatorio che si ricollega alle ipotesi connotate da fraudolenza, assieme a un'attenta ricognizione del bene giuridico protetto, rappresentano i binari ideali per un percorso di rilettura dell'impianto normativo attualmente in vigore. Da un lato infatti l'interprete, con i limiti che il rispetto del dettato legislativo impone, deve tenere in debito conto l'importanza degli interessi presidiati da tali fattispecie, oltre che la insidiosità che disinvolve condotte di spoliazione possono comportare per il corretto funzionamento anche del sistema economico; dall'altro non vanno trascurati i discutibili profili di specialità che ammantano il *corpus* normativo dei reati fallimentari, uno su tutti la estrema severità delle sanzioni comminate e i meccanismi talora sbrigativi che presiedono all'accertamento delle responsabilità in sede processuale, oltre a tutta una congerie di peculiarità⁶⁴ – di dubbia compatibilità con i principi di un diritto penale costituzionalmente orientato – che caratterizzano queste figure.

In tal senso allora, predicare, come aveva tentato di fare la pronunzia Corvetta, una lettura *de iure condito* della attuale normativa alla luce delle regole e dei principi anche costituzionali che caratterizzano il nostro sistema, appare un percorso non più evitabile in attesa di un auspicabile intervento organico del legislatore penale.

⁶⁴ M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, cit.