
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKL**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

I REATI COMMESSI DAL FALLITO

71.

- 71.1. BANCAROTTA FRAUDOLENTA**
- 71.1.1.** Premessa: il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice
- 71.1.2.** La sentenza dichiarativa di fallimento (*rectius*, della apertura della liquidazione giudiziale): natura giuridica e ruolo all'interno della fattispecie
- 71.1.3.** Soggetto attivo
- 71.1.4.** Le diverse ipotesi di bancarotta fraudolenta
- 71.1.5.** Bancarotta fraudolenta patrimoniale
- 71.1.6.** Bancarotta fraudolenta documentale
- 71.1.7.** Bancarotta fraudolenta preferenziale
- 71.1.8.** Sanzioni accessorie
- 71.2. BANCAROTTA SEMPLICE**
- 71.2.1.** Premessa: il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Rinvio
- 71.2.2.** La sentenza dichiarativa di fallimento (*rectius*, della apertura della liquidazione giudiziale): natura giuridica e ruolo all'interno della fattispecie. Rinvio
- 71.2.3.** Soggetto attivo. Rinvio
- 71.2.4.** Le diverse ipotesi di bancarotta semplice
- 71.2.5.** Bancarotta semplice patrimoniale
- 71.2.6.** Bancarotta semplice documentale
- 71.2.7.** Sanzioni accessorie
- 71.3. ESENZIONI DAI REATI DI BANCAROTTA**
- 71.3.1.** Premessa
- 71.3.2.** Natura giuridica
- 71.3.3.** Ambito applicativo
- 71.4. RICORSO ABUSIVO AL CREDITO**
- 71.4.1.** Il bene giuridico tutelato e la natura del reato
- 71.4.2.** Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento (*rectius*, della apertura della liquidazione giudiziale)
- 71.4.3.** Soggetto attivo
- 71.4.4.** Condotta
- 71.4.5.** Elemento soggettivo
- 71.4.6.** Consumazione e tentativo
- 71.4.7.** Sanzioni accessorie
- 71.4.8.** Rapporti con altri reati
- 71.5. CIRCOSTANZE AGGRAVANTI E CIRCOSTANZA ATTENUANTE**
- 71.5.1.** Premessa
- 71.5.2.** Circostanze aggravanti
- 71.5.3.** La circostanza attenuante della speciale tenuità del danno patrimoniale
- 71.6. DENUNCIA DI CREDITORI INESISTENTI E ALTRE INOSSERVANZE DA PARTE DEL FALLITO**
- 71.6.1.** Disciplina
- 71.6.2.** Soggetti
- 71.6.3.** Oggetto materiale e condotte
- 71.6.4.** Elemento soggettivo
- 71.6.5.** Consumazione del reato
- 71.6.6.** Pena
- 71.6.7.** Circostanze aggravanti e attenuanti
- 71.6.8.** Concorso con altri reati
- 71.7. FALLIMENTO CON PROCEDIMENTO SOMMARIO**
- 71.7.1.** Disciplina
- 71.7.2.** Coordinamento con la nuova normativa
- 71.8. FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO E IN ACCOMANDITA SEMPLICE**
- 71.8.1.** Disciplina
- 71.8.2.** Soggetti
- 71.8.3.** Oggetto materiale e condotte
- 71.8.4.** Elemento soggettivo
- 71.8.5.** Consumazione del reato
- 71.8.6.** Pena
- 71.8.7.** Circostanze aggravanti e attenuanti

71.1. BANCAROTTA FRAUDOLENTA

Art. 216 I. fall. Bancarotta fraudolenta	Art. 322 c.c.i.i. Bancarotta fraudolenta
È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; 2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa (1).	1. È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che: a) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; b) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. 2. La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato in liquidazione giudiziale, che, durante la procedura, commette alcuno dei fatti preveduti dalla lettera a) del comma 1, ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. 3. È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore in liquidazione giudiziale che, prima o durante la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. 4. Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni.

71.1.1. Premessa: il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice

L'oggetto giuridico tutelato dai reati di bancarotta, secondo l'opinione prevalente nella dottrina penalistica, ha **natura patrimoniale**, dovendo individuarsi nel **diritto di garanzia** che i creditori vantano, ai sensi dell'art. 2740 c.c., sul patrimonio del debitore, ovvero negli **interessi patrimoniali dei creditori**.

La dottrina - Più in particolare, tale dottrina ritiene che l'interesse protetto non sarebbe quello facente capo al singolo creditore, bensì quello dell'intera massa dei creditori, sostanziantesi nel massimo soddisfacimento delle loro ragioni secondo il parametro della *par condicio creditorum*.

La giurisprudenza - La giurisprudenza ha accolto l'opinione prevalente nella letteratura, sicché è solita affermare come l'**interesse tutelato**, nei reati di bancarotta, sia quello **dei creditori alla conservazione della garanzia dei loro crediti** (Cass. pen., sez. V, 15/05/2014, n. 40981; Cass. pen., sez. V, 18/01/2013, n. 19304; Cass. pen., sez. V, 30/05/2012, n. 25291).

Nell'ambito dell'**orientamento maggioritario**, volto a riconoscere la natura patrimoniale del bene giuridico tutelato dai reati di bancarotta, si registra un contrasto in ordine alla corretta riconducibilità dell'interesse tutelato in capo:

- al creditore *uti singulus*,
- in capo all'intera "massa" o "collettività dei creditori".

La riconducibilità dell'interesse tutelato

Un primo indirizzo afferma che la bancarotta fraudolenta è reato che lede anche l'interesse patrimoniale alla conservazione della garanzia facente capo ai **singoli creditori**, considerati "*uti singuli*", ossia ciascuno individualmente, e non "*uti universi*" ossia come massa, da ciò facendo derivare che ciascun creditore dovrebbe considerarsi soggetto passivo del predetto reato (Cass. pen., sez. I, 19/06/1978, seguito da Cass. pen., sez. V, 18/12/2008, n. 2513 e da Cass. pen., sez. V, 03/10/2003, n. 45713).

Altro e più recente indirizzo è volto, invece, ad affermare, in maniera opposta, che il reato di bancarotta non può dirsi offensivo degli interessi di ciascun creditore "*uti singuli*", essendo l'offesa solo potenziale e talvolta esclusa in radice. È invece la **generalità dei creditori** (rappresentata dal curatore nella procedura fallimentare) a subire l'offesa del reato allorché l'imprenditore, agendo sul suo patrimonio, ponga in essere atti che compromettono la garanzia patrimoniale complessivamente a disposizione dei creditori (Cass. pen., sez. V, 11/04/2016, n. 23647).

Sicché il bene giuridico tutelato dalla norma in questione deve ravvisarsi non già nel patrimonio dei singoli creditori, bensì **nell'interesse generale dei creditori a non essere danneggiati da atti e comportamenti dell'imprenditore che, pur avendo ad oggetto il patrimonio di quest'ultimo, hanno incidenza negativa sulle loro aspettative**. Sicché, l'interesse tutelato è quello della "massa" o collettività dei creditori, considerati complessivamente e astrattamente.

Tale orientamento stima il contrapposto indirizzo non condivisibile, perché dà per presupposto ciò che dovrebbe dimostrare e crea una indebita commistione tra le posizioni della persona offesa e quella del danneggiato dal reato. Difatti, il carattere concorsuale della procedura fallimentare non esclude certamente il danno nei confronti dei singoli creditori, comportando soltanto la necessità che l'azione del singolo venga coordinata con quella collettiva. Infatti, la l. fall., art. 240, comma 2 (oggi, art. 347, comma 2, c.c.i.i.) ([➔74.2.5.](#)), prevede la possibilità (legittimazione c.d. sussidiaria) per i creditori di costituirsi parte civile nel procedimento penale per lo specifico reato di bancarotta fraudolenta, quando a tale costituzione (legittimazione principale) non abbia provveduto il curatore (ovvero il commissario giudiziale o il commissario liquidatore), nonché quando intendano far valere un titolo di azione propria personale. Tale facoltà - si osserva altresì - è concessa al creditore in quanto soggetto concretamente danneggiato dal reato, perché solo in tal caso è ammessa - per norma - la costituzione di parte civile. Il che conferma che il titolo di legittimazione è dato, per il creditore, non dalla sua qualità di persona offesa, ma di persona danneggiata.

La sentenza dichiarativa di fallimento (*rectius*, della apertura della liquidazione giudiziale): natura giuridica e ruolo all'interno della fattispecie

71.1.2.

L'inserimento, nella descrizione della norma incriminatrice, della protasi "se è dichiarato fallito" (da intendersi d'ora innanzi, "*se è dichiarato in liquidazione giudiziale*") ha dato luogo ad un vivace dibattito in ordine alla natura ed al ruolo svolto nella struttura della fattispecie dalla sentenza dichiarativa del fallimento (*rectius*, oggi, della liquidazione giudiziale). Questo dibattito, sorto, appunto, nella vigenza della legge fallimentare, ha registrato un divaricamento di posizioni tra la dottrina penalistica e la giurisprudenza di legittimità, storicamente poste su posizioni del tutto diverse, che solo in epoca relativamente recente ha trovato una *reductio ad unum*.

Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e le posizioni dottrinali

Giurisprudenza	Dottrina
La pronuncia che ha dato avvio al dibattito è Cass. pen., SS.UU., 25/01/1958, n. 2, ric. Mezzo, secondo la quale la dichiarazione di fallimento costituirebbe una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia e ciò in quanto attiene così strettamente all'integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, che fuori dal fallimento sarebbero penalmente irrilevanti. In quanto tale, secondo la ricostruzione in parola, essa esula dal necessario collegamento causale e psicologico con la condotta del soggetto agente (nello stesso senso, cfr. Cass. pen., sez. V, 07/05/2014, n. 32031, ric. Daccò). La giurisprudenza prevalente, sviluppando le affermazioni contenute nella pronuncia delle SS.UU. citata, ha assegnato alla sentenza dichiarativa il ruolo di elemento costitutivo del reato, in quanto dato fondante il disvalore penale del fatto, seppur non integrante l'evento, sicché sarebbe arbitrario pretendere un nesso eziologico tra questo e la condotta dell'imprenditore. In questo contesto, del tutto isolato è rimasto l'orientamento espresso da Cass. pen., sez. V, 06/12/2012, n. 47502, ric. Corvetta secondo cui, la sentenza dichiarativa costituirebbe evento della condotta di bancarotta, in quanto la stessa si porrebbe giocoforza in rapporto causale con la stessa e dovrebbe essere sorretta dal dolo richiesto per l'integrazione della fattispecie.	In posizione fortemente critica rispetto agli assunti giurisprudenziali - soprattutto nella parte in cui non riescono a spiegare giuridicamente l'esistenza di un elemento costitutivo del reato del tutto sganciato da causalità e colpevolezza - la dottrina penalistica è solita ricondurre la sentenza dichiarativa di fallimento alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità di cui all'art. 44 c.p. Tali ultime, non contribuendo in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, ma esprimendo solo una valutazione di opportunità in ordine all'inflizione della pena, le quali dunque rilevano solo in quanto esistenti ed a prescindere dal nesso di collegamento psicologico con il soggetto agente. All'interno di questo orientamento maggioritario, si differenziano due posizioni: 1) condizione obiettiva di punibilità intrinseca - secondo tale orientamento la sentenza dichiarativa del fallimento avrebbe non soltanto la capacità di qualificare penalmente i fatti di bancarotta, bensì anche quella di approfondire l'offesa, attualizzandola, pur negandosi il ricorso ad un criterio di tipo causale. La responsabilità del soggetto agente è prevista per il sol fatto che si sia verificata la condizione e non anche perché l'evento costitutivo della condizione che si è venuto a realizzare sia derivato dalla sua condotta. In quanto elemento interno al reato, tuttavia, lo sganciamento della stessa dall'oggetto del dolo rende difficilmente compatibile tale costruzione con il principio costituzionale di colpevolezza; 2) condizione obiettiva di punibilità estrinseca - secondo tale orientamento, la sentenza dichiarativa del fallimento cristallizzerebbe l'offensività senza nulla aggiungervi, conferendo una connotazione di definitività all'attitudine lesiva di tali fatti che si colora come danno. Essa si collocherebbe all'esterno del reato, non essendo pertanto necessario che sia oggetto del dolo del soggetto agente. Ciò in quanto, fisserebbe l'opportunità di assoggettare a pena condotte sottratte al sindacato penale fin tanto che l'impresa risulti ancora vitale, potendo assicurare ancora il soddisfacimento delle ragioni creditorie. Conseguentemente, al venir meno di tale prospettiva, verrebbero meno anche le ragioni di sottrazione al sindacato penale di condotte pregresse che, ove offensive, diventerebbero altresì punibili.

Gli ultimi approdi della Corte di Cassazione

In tale contesto interpretativo, si inserisce la sentenza **Cass. pen., sez. V, 08/05/2017, n. 13910, ric. Santoro** (successivamente confermata da Cass. pen., sez. V, 22/01/2019, n. 2899, si cui ➔71.1.5.), la quale ha operato quella che in premessa si è definita come la *reductio ad unum* del contrasto tra dottrina e giurisprudenza sul versante della qualificazione della natura giuridica della sentenza dichiarativa del fallimento.

Difatti, il collegio ha ritenuto, in adesione all'orientamento della prevalente dottrina, che la dichiarazione di fallimento costituisca, rispetto al reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, **condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità** ai sensi, dell'art. 44 c.p.

Ciò in quanto l'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza già con l'atto depauperativo dell'imprenditore, sicché l'offensività tipica dei fatti previsti dal legislatore sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento, la quale, precludendo all'imprenditore ogni margine di autonoma capacità di risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile (perché ritenuta necessaria dal legislatore) la sanzione penale.

La Suprema Corte ha altresì chiarito che ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, sicché, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti di distrazione assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata, quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. E' dunque, l'effettiva offesa alla conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima, che funge da parametro della concreta applicazione della norma incriminatrice e consente di configurare il reato in esame come di pericolo concreto. Tuttavia, la dichiarazione di fallimento pur costituendo una condizione obiettiva di punibilità, rientra tra le condizioni consistenti in accadimenti che, presupponendo una condotta già offensiva del bene protetto, non accentrando su se stesse l'intera offesa, ma, aggravandola o comunque rendendola attuale, rendono comunque opportuna la punibilità di un fatto già di per sé offensivo.

La dichiarazione di fallimento ponendosi come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, costituisce una **condizione obiettiva di punibilità**, che circoscrive l'alea di illiceità penale alle sole ipotesi nelle quali, alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segue la dichiarazione di fallimento (Cass. pen., sez. V, 02/10/2018 n. 13910).

Con riferimento alle **implicazioni di natura più prettamente processuale**, tale ricostruzione appare compatibile anche con le conclusioni raggiunte dai pregressi orientamenti giurisprudenziali:

- quanto al **dies a quo** di decorrenza del **termine prescrizionale**, esso dovrà individuarsi, conformemente a quanto stabilito dall'art. 157, comma 2, c.p., nel giorno in cui la condizione si è verificata, sicché la sentenza dichiarativa del fallimento varrà ad individuare tale momento;
- in maniera del tutto analoga, la dichiarazione di fallimento viene in rilievo anche con riguardo alla individuazione del **locus commissi delicti** necessario ai fini del radicamento della **competenza territoriale**.
- La **consumazione del reato** interviene al momento della pronuncia della **sentenza dichiarativa del fallimento** (Cass. pen., sez. V, 24/10/2025 n. 34809).

Soggetto attivo

71.1.3.

Figura dell'imprenditore - La bancarotta fraudolenta è un **reato proprio**: soggetto attivo delle diverse ipotesi (➔ 71.1.4.) incriminate dalla norma di cui all'art. 216 l. fall. (oggi art. 322 c.c.i.i.) è l'**imprenditore dichiarato fallito** (*rectius*, in liquidazione giudiziale). Alla luce della strutturazione letterale della norma e seguendo l'insegnamento giurisprudenziale (Cass. pen., SS.UU., 28/02/2008, n. 19601), l'"imprenditore" altri non è che il "soggetto dichiarato fallito", giacché nel nostro ordinamento **la dichiarazione di fallimento è inscindibilmente legata all'esercizio di una impresa**, e la norma penale, ponendo a dato strutturale della fattispecie l'esistenza di una dichiarazione di fallimento, non può che richiamarsi a quella condizione soggettiva ("imprenditore") che la dichiarazione di fallimento implica necessariamente.

In ragione di ciò, al fine di individuare compiutamente il soggetto attivo delle fattispecie ivi incriminate, sarà giocoforza avere riguardo, per un verso, alle **disposizioni civilistiche** che concorrono a delineare la figura dell'imprenditore (i.e.: artt. 2082 e 2195 c.c., alla cui lettura sia consentito rinviare) e, per altro verso, alla disposizione di cui all'**art. 1 l. fall.** Tale ultima disposizione, in particolare, ai primi due commi stabilisce che:

- sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una **attività commerciale**, esclusi gli enti pubblici;
- non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti **requisiti**:
 - a. aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

- b. aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
- c. avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Si osservi come con l'avvento del Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza **non siano mutati i presupposti** normativamente delineati al fine **della individuazione del soggetto attivo** delle fattispecie di che trattasi.

Ed invero:

- a. per un verso, la norma di cui all'art. 1 c.c.i.i. sotto la rubrica "Ambito di applicazione", **esclude dal perimetro di disciplina** del medesimo Codice l'ipotesi di crisi o insolvenza del debitore, allorché esso sia **lo Stato o un ente pubblico**;
- b. per altro verso, l'art. 121 c.c.i.i., nell'enunciare i **presupposti della liquidazione giudiziale**, precisa che "le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), e che siano in stato di insolvenza", ossia che non dimostrino il possesso dei requisiti che valgono a individuare l'**impresa minore** e che ricalcano, essenzialmente, quelli illustrati *supra* nel testo in relazione all'art. 1 l. fall.

L'impresa minore nel c.c.i.i.

Alla luce di quanto stabilito dall'art. 2, comma 1, lett. d), c.c.i.i. è minore l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

1. un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
2. ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
3. un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Onere della prova per l'imprenditore - L'art. 1 l. fall. (per come da ultimo modificato dall'art. 1, D.Lgs. 12/09/2007, n. 169), dunque, prevede, al comma 1, una regola generale, facendo seguire alla stessa la descrizione di una area di **non assoggettabilità al fallimento**, delineata dal secondo comma del medesimo articolo. Questa area è determinata dal **possesso congiunto** dei tre requisiti ivi indicati, **l'onere della cui dimostrazione grava in capo all'imprenditore** che intenda sottrarsi al fallimento, così prevedendosi una sorta di **presunzione di fallibilità**, più o meno temperata dai poteri istruttori del giudice in sede prefallimentare e **superabile solo con la prova contraria** da fornirsi da parte del debitore.

Il vaglio di Costituzionalità della presunzione di fallibilità - La Corte Costituzionale (Corte cost. 01/08/2009, n. 198), investita della questione di legittimità di questa presunzione, si è pronunciata, in parte, nel senso della inammissibilità e in altra parte, della infondatezza della questione sollevata, rispettivamente, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 3 e 76 Cost., sulla base della considerazione dell'ampio potere officioso di indagine in capo all'organo giudicante, oltre che della affermata inesigibilità di siffatto onere là dove gravante sul creditore istante ovvero sul pubblico ministero. Tuttavia, come osservato nella dottrina penalistica, detta presunzione, se ragionevole nell'ambito dell'ordinamento civile fallimentare, in ambito penalistico, nella misura in cui prevede un'**inversione dell'onere probatorio** in capo al fallito, risulta **non facilmente compatibile con il principio di non colpevolezza** di cui al capoverso dell'art. 27 Cost.

L'evoluzione normativa dei requisiti di assoggettabilità dell'imprenditore alla disciplina fallimentare - L'individuazione dei **requisiti richiesti ai fini dell'assoggettabilità dell'imprenditore alla disciplina fallimentare** si è svolta, nel tempo, attraverso diverse vicende normative, efficacemente ricostruite nel corpo motivazionale da Corte cost. 01/08/2009, n. 198. L'originario impianto normativo del 1942, infatti, prevedeva che fossero esclusi dalla applicazione delle disposizioni in materia di procedure concorsuali i **piccoli imprenditori**. Tali erano considerati gli imprenditori commerciali per i quali era stato accertato un reddito, relativamente all'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile, inferiore al minimo imponibile. Nel caso in cui non si fosse proceduto all'accertamento del reddito, era considerato piccolo imprenditore, e come tale non suscettibile di fallire, chi aveva investito nella propria impresa commerciale un capitale non superiore a lire 30.000, somma questa elevata sino a lire 900.000 dall'articolo unico della L. 20/10/1952, n. 1375.

Tale disciplina è stata, tuttavia, abbandonata col tempo in quanto, da un lato, a seguito della entrata in vigore dell'art. 82, D.P.R. 29/09/1973, n. 597, a decorrere dal 01/01/1974 l'imposta di ricchezza mobile è stata abolita, per essere sostituita da diverso tipo di imposizione, mentre, d'altro lato, la **Corte Costituzionale**, con la **sentenza n. 570/1989** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 1 l. fall. nella parte in cui ancorava il residuo criterio oggettivo di assoggettabilità al fallimento (l'importo del capitale investito nella impresa commerciale) ad un parametro finanziario che, a seguito della progressiva alterazione dei valori monetari, aveva perso l'idoneità a costituire un valido discrimine fra il piccolo imprenditore e gli altri imprenditori commerciali.

Per un lungo periodo, quindi, l'unico indice distintivo del piccolo imprenditore, come tale non suscettibile di fallire, era offerto dalla definizione che, peraltro a diverso titolo, è contenuta nell'art. 2083 c.c. Onde colmare la lacuna che si era in tal modo creata, è intervenuto, sulla scorta della delega conferita con la L. 14/05/2005, n. 80, il legislatore delegato che, pur conservando la tradizionale distinzione fra piccolo imprenditore, non assoggettabile al fallimento, e gli altri imprenditori commerciali, ha reintrodotto dei **criteri oggettivi** tramite i quali discernere l'una categoria dall'altra. Infatti, l'art. 1, **D.Lgs. 09/01/2006, n. 5** (che aveva sostituito, a decorrere dal 16/07/2006, il capoverso dell'art. 1 l. fall.), dopo aver ribadito che i piccoli imprenditori erano esclusi dalla applicazione della disciplina del fallimento e del concordato preventivo, aveva previsto che non erano piccoli imprenditori coloro che, operando in forma sia individuale sia collettiva, avevano effettuato investimenti nella azienda per un valore superiore a euro 300.000,00 ovvero avevano realizzato, nei tre anni precedenti al rilevamento o dall'inizio dell'attività, se risalente a più breve periodo, ricavi medi annui superiori a 200.000,00 euro. L'introduzione di tale discrimine fra imprenditore commerciale soggetto al fallimento e imprenditore esentato da tale procedura ha immediatamente determinato una sensibilissima contrazione del numero dei fallimenti dichiarati, imputabile, per lo più, alla incertezza normativa in ordine alla attribuzione dell'onere di provare giudizialmente la sussistenza degli elementi tramite i quali distinguere le due categorie, aggravata dalla ulteriore incertezza sulla residua sussistenza, nonché sulla loro eventuale ampiezza, di poteri officiosi di indagine in capo all'ufficio giudiziario investito del ricorso per dichiarazione di fallimento.

Al dichiarato fine di ovviare a siffatto fenomeno, è nuovamente intervenuto il legislatore delegato che, in occasione della adozione del **D.Lgs. 12/12/2007, n. 169**, ha ulteriormente modificato l'art. 1 l. fall., nei termini sopra riportati, **abbandonando** così definitivamente, ai fini della determinazione dei requisiti individuali richiesti per l'apertura del fallimento, **il richiamo alla categoria del piccolo imprenditore**. La modifica ha inciso sugli indici rilevanti ai fini dell'assoggettamento alla procedura fallimentare:

- portandoli da due a tre e qualificandoli non più, come invece nella precedente versione normativa, come requisiti, anche alternativamente, necessari per far ricadere fra i soggetti suscettibili di fallimento chi li possedesse, ma, costruendoli come **elementi negativi della legittimazione al fallimento**, prevedendo, cioè, che il loro **congiunto possesso** sia ostativo alla assoggettabilità alla procedura fallimentare;
- affermando, infine, cove già visto, che la dimostrazione del loro possesso è lasciata all'imprenditore nei cui confronti si indirizzi la richiesta di fallimento.

Ruolo del giudice fallimentare - L'accertamento della qualifica di imprenditore commerciale sottoponibile alla disciplina sul fallimento è di competenza del giudice fallimentare, al quale soltanto spetta la verifica circa la sussistenza delle condizioni soggettive previste per la fallibilità dell'imprenditore. Il giudice fallimentare, dunque, là dove ritenga superati i limiti dimensionali enucleati nel capoverso dell'art. 1 l. fall., sussistendo altresì i presupposti oggettivi, emetterà la sentenza dichiarativa del fallimento, cui il giudice penale dovrà giocoforza attenersi.

Sindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento da parte del giudice penale - Invero, la questione della sindacabilità da parte del giudice penale della sentenza dichiarativa di fallimento è stata risolta dalla Corte di legittimità con pronuncia resa a **Sezioni Unite** (Cass. pen., SS.UU., 28/02/2008, n. 19601, successivamente seguite dalle Sezioni semplici), secondo la quale **il giudice penale** investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 ss. R.D. 16/03/1942, n. 267 **non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo** dello stato di insolvenza dell'impresa **e ai presupposti soggettivi** inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore (in conseguenza di ciò, la Corte ha anche altresì affermato che le modifiche apportate all'art. 1, R.D. n. 267/1942 dal D.Lgs. 09/01/2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12/09/2007, n. 169, non esercitano influenza, ai sensi dell'art. 2 c.p., sui procedimenti penali in corso).

Da ultimo, si consideri sul tema, Cass. pen., sez. V, 17/05/2018, n. 21920, secondo la quale il **giudice penale** investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 ss., R.D. 16/03/1942, n. 267, **non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento**, quanto al presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, **anche nel caso in cui l'imputato di un reato fallimentare non sia legittimato ad opporsi alla sentenza dichiarativa del fallimento**, poiché, diversamente, si determinerebbe una impropria forma di impugnazione di una sentenza civile in sede penale.

71.1.4. Le diverse ipotesi di bancarotta fraudolenta

Criteri di distinzione - Sotto la rubrica unica di bancarotta fraudolenta, l'art. 216 l. fall. (oggi, art. 322 c.c.i.i.) incrimina distinte forme di bancarotta, tra loro differenziate non soltanto in ragione del **diverso oggetto materiale**, della condotta descritta e del **segmento temporale** nel quale essa interviene - se, cioè, antecedente ovvero successiva alla sentenza dichiarativa del fallimento -, ma anche della **diversa specificazione della comune oggettività giuridica**, già descritta nei termini sopra illustrati (➔71.1.1.).

Occorrerà, dunque, distinguere tra bancarotta fraudolenta patrimoniale pre e postfallimentare, bancarotta fraudolenta documentale pre e postfallimentare, bancarotta fraudolenta preferenziale pre e postfallimentare.

Più in particolare:

- la **bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare** (art. 216, comma 1, n. 1, l. fall., oggi art. 322, comma 1, lett. a), c.c.i.i.) (➔71.1.5.) è il fatto dell'imprenditore che, se dichiarato fallito (*recte*, in liquidazione giudiziale), abbia distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, abbia esposto o riconosciuto passività inesistenti.
Là dove tali condotte vengano poste in essere durante la procedura fallimentare (*recte*, di liquidazione giudiziale), sarà integrata l'ipotesi di **bancarotta fraudolenta patrimoniale postfallimentare** (art. 216, comma 2, l. fall., oggi art. 322, comma 2, c.c.i.i.) (➔71.1.5.).
- La **bancarotta fraudolenta documentale prefallimentare** (art. 216, comma 1, n. 2, l. fall., art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.) (➔71.1.6.) è il fatto dell'imprenditore che, se dichiarato fallito (*recte*, in liquidazione giudiziale), abbia sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li abbia tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. Là dove l'imprenditore dichiarato fallito (*recte*, in liquidazione giudiziale), durante la procedura fallimentare (oggi, di liquidazione giudiziale) abbia invece sottratto, distrutto, o falsificato i libri o le altre scritture contabili, sarà integrata l'ipotesi di **bancarotta fraudolenta documentale postfallimentare** (art. 216, comma 2, l. fall., oggi, art. 322, comma 1, c.c.i.i.) (➔71.1.6.).
- La **bancarotta fraudolenta preferenziale prefallimentare** (art. 216, comma 3, l. fall., oggi, art. 322, comma 3, c.c.i.i.) (➔71.1.7.) è il fatto dell'imprenditore che, se dichiarato fallito (*recte*, in liquidazione giudiziale), prima della procedura fallimentare (oggi, di liquidazione giudiziale), a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegua pagamenti o simili titoli di prelazione. Là dove tali condotte siano tenute durante la procedura fallimentare (leggasi oggi, di liquidazione giudiziale) sarà integrata l'ipotesi di **bancarotta fraudolenta preferenziale postfallimentare** (art. 216, comma 3, l. fall., oggi, art. 322, comma 3, c.c.i.i.) (➔71.1.7.).

Ipotesi di bancarotta fraudolenta	Riferimento normativo
Bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare	Art. 216, comma 1, n. 1), l. fall. Art. 322, comma 1, lett. a), c.c.i.i.
Bancarotta fraudolenta patrimoniale post-fallimentare	Art. 216, comma 2, l. fall. Art. 322, comma 2, c.c.i.i.
Bancarotta fraudolenta documentale prefallimentare	Art. 216, comma 1, n. 2), l. fall. Art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.
Bancarotta fraudolenta documentale post-fallimentare	Art. 216, comma 2, l. fall. Art. 322, comma 2, c.c.i.i.
Bancarotta fraudolenta preferenziale prefallimentare	Art. 216, comma 3, l. fall. Art. 322, comma 3, c.c.i.i.

Ipotesi di bancarotta fraudolenta	Riferimento normativo
Bancarotta fraudolenta preferenziale post- fallimentare	Art. 216, comma 3, l. fall. Art. 322, comma 3, c.c.i.i.

Bancarotta fraudolenta patrimoniale

71.1.5.

Oggetto materiale

I beni del fallito (recte, dell'imprenditore in liquidazione giudiziale) - L'oggetto materiale del reato in commento è individuato dalla norma di cui all'art. 216 l. fall. (oggi, art. 322 c.c.i.i.) con la locuzione "*suoi beni*", là dove l'utilizzo dell'aggettivazione possessoria sui beni è riferita all'imprenditore (sia esso individuale o collettivo).

L'indeterminatezza del parametro normativo adoperato ha dato luogo a diversi dubbi interpretativi, relativi, per un verso, alla *consistenza* dei beni che costituiscono l'oggetto materiale del delitto e, per altro verso, alla *relazione* che è necessario intercorra fra tali beni e l'imprenditore.

Esclusioni - Secondo quanto stabilito dalla norma di cui all'art. 46 l. fall. (oggi, art. 146 c.c.i.i., che ne ricalca il disposto), non sono compresi nel fallimento:

- i beni ed i diritti di natura strettamente personale;
- gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia - limiti, questi, fissati con decreto motivato del giudice delegato (oggi, alla luce del disposto di cui all'art. 146, comma 2, c.c.i.i., sentiti il curatore ed il comitato dei creditori) che deve tener conto della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia -;
- i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 170 c.c.;
- le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Il problema interpretativo che la norma pone concerne la **possibilità che l'esclusione** ivi indicata **si rifletta automaticamente sulla determinazione dell'oggetto materiale** del reato di bancarotta fraudolenta.

Dottrina

Tre sono gli orientamenti elaborati dalla dottrina (nella vigenza dell'art. 46 l. fall.).

- Secondo un primo indirizzo, non essendo conseguente l'una esclusione all'altra, occorrerà verificare in concreto, di volta in volta, se l'attività distrattiva dell'imprenditore fallito abbia avuto una incidenza negativa sullo svolgimento della procedura.
- Secondo altro opposto orientamento, poiché con la norma di cui all'art. 46 l. fall. il legislatore ha inteso sottrarre alla procedura dei beni naturalmente destinati al soddisfacimento di primarie esigenze di vita dell'individuo, non utilizzabili in quanto tali per soddisfare le ragioni creditorie, una condotta di tipo distrattivo che avesse ad oggetto tali beni non potrebbe integrare comunque una compressione dei diritti della massa, sicché essi non potrebbero costituire oggetto materiale del delitto di cui all'art. 216 l. fall.
- In posizione intermedia si pone, poi, chi ritiene che i beni enucleati dalla disposizione in parola non possano costituire oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta, salvo che il loro impiego avvenga in misura eccedente rispetto ai limiti imposti per legge. In tal caso, la sfera di applicazione delle disposizioni penali, di regola compressa dinanzi a tali beni, verrebbe a riespandersi.

Giurisprudenza

In giurisprudenza, l'interpretazione varia in ragione della natura del bene:

- se con riferimento ai **beni di natura strettamente personale** la Corte di Cassazione afferma l'**esclusione "eo ipso"** dal fallimento (oggi, dalla liquidazione giudiziale), con conseguente estraneità degli stessi rispetto all'oggetto della condotta distrattiva (Cass. pen., sez. V, 20/05/2009, n. 37432);
- per quanto concerne i **beni** sopra indicati alla **lettera b)**, precisa che la disposizione in esame introduce una limitazione, disponendo che l'**esclusione** dal fallimento (*recte*, dalla liquidazione giudiziale) per i beni ivi indicati sia **operante solo entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento dell'imprenditore dichiarato fallito** (oggi, in **liquidazione giudiziale**) **e della sua famiglia**. La lettura di tale norma dovrà essere coordinata, infatti, con quella di cui all'ultimo comma del medesimo articolo, secondo cui **i limiti che ci occupano sono fissati con decreto del giu-**

dice delegato alla luce di criteri di mera discrezionalità (il cui coefficiente è stato enfatizzato dalla modifica apportata dal D.Lgs. n. 5/2006). Sicché, soltanto il **surplus** di quanto sia stato determinato dal giudice delegato sarà **ricompreso nel fallimento** (*rectius*, nella **liquidazione giudiziale**). La particolare dinamica del meccanismo legale (esclusione di determinati beni nei limiti di quanto, con valutazione *ex post*, dovrà essere discrezionalmente stabilito dal giudice delegato), induce ad escludere qualsivoglia automatismo di acquisizione all'attivo fallimentare dei beni di cui al n. 2 del menzionato art. 46, **occorrendo la previa determinazione giudiziale di quanto necessario, nel caso di specie, per il sostentamento del fallito e della sua famiglia**. Dal che discende che il reato di bancarotta fraudolenta si concreta nella distrazione delle somme pervenute al fallito (oggi, si ribadisce, **imprenditore in liquidazione giudiziale**), **nella misura eccedente ai limiti di quanto occorra per il mantenimento suo e della sua famiglia** (così in motivazione Cass. pen., sez. V, 20/05/2009, cit.). Essendosi, altresì, precisato in altra occasione, relativa ad una ipotesi di bancarotta post fallimentare, che spetta al prudente apprezzamento del giudice penale fissare la quota dei proventi necessari al mantenimento del fallito (dell'imprenditore in liquidazione giudiziale) o della sua famiglia, che non deve essere conferita al fallimento (alla liquidazione giudiziale). I parametri ai quali il giudice deve, a tal fine, fare riferimento non sono le esigenze meramente alimentari, bensì quelle correlate ai presupposti che costituiscano incentivo all'impegno del fallito in attività produttive e reddituali che lo sottraggano dal ricorrere al sussidio alimentare (Cass. pen., sez. V, 17/03/2004, n. 38244).

Consistenza dei beni - In giurisprudenza si è precisato che nella locuzione "suoi beni" adoperata dall'art. 216 l. fall. (oggi, art. 322 c.c.i.i.) rientrano:

- i beni **suscettibili di utilizzazione e trasformazione** immediata,
- i beni **strumentali**, e
- persino quelli **futuri**, quando **non** si atteggiino come **mere aspettative**, posto che l'oggetto materiale della bancarotta è costituito da quel complesso di rapporti giuridici economicamente valutabili (cose materiali e diritti) che fanno capo all'imprenditore e rappresentano la garanzia delle ragioni della massa dei creditori e sui quali può incidere l'illecita manomissione ai danni di costoro (*ex multis*, Cass. pen., sez. V, 18/04/2013, n. 20071; Cass. pen., sez. V, 24/05/1984, n. 7359; Cass. pen., sez. V, 13/10/1967, n. 1199).

Avviamento e rapporti di lavoro - Nell'ambito dell'individuazione dell'oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta, assai controversa è risultata la possibilità di configurare l'**avviamento** e i **rapporti di lavoro** come oggetto della condotta distrattiva.

L'orientamento risalente

Secondo una risalente pronuncia (Cass. pen., sez. V, 24/05/1982, n. 8598, riguardante una vicenda relativa alla distrazione di un intero compendio aziendale, inclusi i dipendenti e la clientela della società fallita) l'avviamento, i rapporti di lavoro e la tecnologia costituirebbero beni economicamente apprezzabili e, in quanto tali, sarebbero passibili di distrazione.

L'orientamento successivo

Le sentenze successive (Cass. pen., sez. V, 08/03/2006, n. 9813; Cass. pen., sez. V, 11/12/2012, n. 3817; Cass. pen., sez. V, 19/03/2014, n. 26542) hanno, invece, escluso la configurabilità del reato nel caso in cui la condotta sia riferita all'avviamento in sé, non essendo automatico qualificare come distrazione ogni trasferimento di valore del patrimonio della società ad altra realtà produttiva, come nel caso di trasferimento della clientela della società fallita alla società o impresa con la quale il medesimo imprenditore prosegue l'attività produttiva. Ciò in quanto, per potersi configurare la distrazione è necessario il depauperamento del patrimonio della società, cosa che appare ontologicamente impossibile nel caso di un bene immateriale (come l'avviamento commerciale).

Si è, perciò, precisato che l'**impossibilità di distrazione dell'avviamento commerciale** deve essere intesa come **limitata al caso in cui, contestualmente, non siano stati oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento** e che il trasferimento della clientela della società fallita (oggi, in liquidazione giudiziale), implicando il riferimento a rapporti giuridici solo potenziali, risulterebbe contrastante con il concetto di depauperamento come condotta idonea ad incidere su rapporti contrattuali già definiti ed economicamente valutabili.

In particolare, il tema qui esaminato è stato oggetto di esaustiva trattazione da parte di Cass. pen., sez. V, 11/12/2012, n. 3817. Partendo dalla definizione di avviamento commerciale quale capacità di profitto di un'azienda e ritenendo che rappresenti un **plusvalore dell'azienda avviata**, la Cassazione ha affermato che esso non costituisce per l'imprenditore una mera aspettativa di fatto, costituendo, al

contrario, un valore dell'azienda che lo incorpora, **economicamente valutabile** e, di fatto, valutato nel momento in cui l'azienda sia oggetto di cessione o comunque cessi il suo esercizio.

Per Cass. pen., sez. V, 04/04/2017, n. 31677, sebbene non sia possibile configurare la distrazione dell'avviamento commerciale dell'azienda oggetto dell'impresa successivamente fallita se, contestualmente, non sia stata oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o quantomeno quei fattori aziendali in grado di generare l'avviamento, ciò non escluderebbe, tuttavia, la **possibilità che l'avviamento in sé possa costituire l'oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale**, sotto il profilo della **distruzione**, intesa come annullamento del valore economico di uno degli elementi del patrimonio dell'imprenditore, attraverso l'intenzionale dispersione, anche in assenza di alienazione od eterodestinazione dei beni aziendali, posto che "la mancata conservazione dell'avviamento costituisce certamente una lesione della garanzia patrimoniale, frustrando l'interesse del ceto creditorio alla potenziale realizzazione di quel plusvalore impresso dal medesimo all'azienda all'atto della liquidazione dell'attivo fallimentare".

Secondo **Cass. pen., sez. V, 26/01/2018, n. 3816**, lo **sviamento della clientela** può essere qualificato come atto di disposizione patrimoniale eventualmente rilevante ai fini della configurabilità del reato di bancarotta patrimoniale esclusivamente quando abbia ad oggetto l'**ingiustificata disposizione dei rapporti giuridici suscettibili di valutazione economica** e cioè, in definitiva, quando vengono **ceduti contratti stipulati con clienti e dipendenti**. Non è possibile invece ipotizzare la distrazione dell'aspettativa che in futuro i clienti si rivolgano all'azienda in forza dei rapporti intrattenuti in passato con la stessa.

Relazione tra bene e imprenditore - Con riferimento al profilo della relazione che è gioco-forza intercorra fra i beni e l'imprenditore fallito (*recte*, assoggettato a liquidazione giudiziale), poiché il ricorso all'aggettivo possessivo "suoi" da parte del legislatore evoca il concetto di **appartenenza** di tali beni al suo patrimonio, ci si è domandati se il bene debba essere legato a tale patrimonio da un vincolo di proprietà, ovvero se possa essere ad esso inerente in virtù di un'altra posizione soggettiva attiva, quale, ad esempio, un diritto reale minore, ovvero un diritto di credito, oppure ancora se sia sufficiente una mera situazione di fatto.

Sul punto, in **dottrina**, si ravvisano tre orientamenti:

1. un primo indirizzo, ancorandosi al mero dato letterale, ricomprende nella nozione descritta dalla locuzione normativa soltanto i beni sui quali il fallito (oggi, imprenditore assoggettato alla liquidazione giudiziale) vanta un **diritto di proprietà o altro diritto reale**;
2. un secondo indirizzo, intermedio, evidenzia come l'oggetto del reato *de quo* non possa esser limitato ai beni di cui l'imprenditore fallito (oggi, sottoposto alla liquidazione giudiziale) sia proprietario, bensì debba estendersi a tutti i **beni coperti da una tutela giuridica che**, sebbene indiretta, **possa recare vantaggio ai creditori insoddisfatti**. Tale oggetto dovrebbe, cioè, estendersi a tutti quei beni sui quali sia, comunque, possibile attivare una **procedura esecutiva**, precisandosi, altresì, che, a fini penali, i beni si identificano con tutte le componenti attive comunque configurate del patrimonio dell'imprenditore, venendo in rilievo i diritti minori (siano essi reali o personali, di godimento o di garanzia) nei limiti del loro contenuto e non potendo essere, invece, ricompresi i beni posseduti dall'imprenditore a titolo precario, stante il diritto di restituzione vantato da un terzo;
3. un terzo indirizzo, evidenziando come l'interpretazione letterale della locuzione normativa sia del tutto insoddisfacente in ragione della sua assoluta indeterminatezza e rilevando come l'individuazione dell'oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non possa che ancorarsi all'oggettività giuridica tutelata dalla fattispecie, ha affermato che l'oggetto materiale è costituito da tutti i **beni** sui quali l'imprenditore possa vantare **diritti reali di proprietà**, di **godimento** o di **garanzia**, nonché su tutti quelli **che detenga in virtù di un diritto di credito derivante da un rapporto giuridico obbligatorio** instaurato con altri.

In **giurisprudenza**, ferma la determinazione dell'oggetto materiale del reato nei termini sopra indicati, si è precisato che, con l'espressione "suoi beni", il legislatore ha inteso fare riferimento alla **sfera di disponibilità del patrimonio** dell'imprenditore dichiarato fallito (oggi, sottoposto liquidazione giudiziale) e non soltanto alla proprietà in senso tecnico-giuridico, rilevando pure come integri quella sfera di disponibilità anche il solo possesso inteso come stato di fatto (Cass. pen., sez. V, 11/03/1975, n. 130518; Cass. pen., sez. V, 14/05/1984, n. 165675; Cass. pen., sez. V, 08/10/1991, n. 188680; Cass. pen., sez. V, 16/06/1999).

L'appartenenza del bene all'imprenditore: casistica rilevante

Per i **beni detenuti dall'imprenditore in locazione finanziaria** (c.d. *leasing*), poiché essi devono essere restituiti al proprietario concedente una volta scaduto il termine concordato (salvo che tale bene non venga riscattato dal detentore - scelta, questa, che spetterà al curatore là dove il fallimento intervenga durante la vigenza del contratto), ci si è chiesti se la condotta distrattiva avente ad oggetto tali beni sia suscettibile di integrare il delitto che ci occupa.

La giurisprudenza della Corte di legittimità (con principi validi - in virtù della analogia esistente nel rapporto tra il bene e l'imprenditore fallito - anche in relazione al **contratto di sale and lease back**, nel quale il bene viene veduto dall'imprenditore ad una società finanziaria che lo cede allo stesso imprenditore in *leasing*) afferma che il reato dovrà ritenersi integrato allorché il bene detenuto in *leasing* sia stato sottratto al fallimento perché occultato, distrutto, manomesso o ceduto a titolo gratuito (*ex multis*, Cass. pen., sez. V, 17/06/2016, n. 44350; Cass. pen., sez. V, 20/04/2015, n. 20996; Cass. pen., sez. V, 20/05/2014, n. 26808, nonché, da ultimo, Cass. pen. sez. V, 19/05/2020, n. 15403, secondo la quale «integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale la sottrazione o dissipazione di un bene pervenuto alla società fallita a seguito di contratto di "leasing", anche se risolto dopo la dichiarazione di fallimento, in quanto la perdita del valore del bene, suscettibile di riscatto, e l'onere economico derivante dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione verso il concedente determina un pregiudizio per la massa fallimentare»).

Ove, invece, l'imprenditore abbia ceduto il contratto di *leasing* sarà necessario verificare se in concreto tale condotta sia stata idonea a recare pregiudizio alla massa dei creditori, alla luce della conformità a criteri di economicità. Sarà, cioè, necessario valutare in concreto la convenienza alla conservazione della titolarità del contratto di *leasing*, dovendosi ritenere integrato il reato nel caso di concreta sussistenza di tale convenienza (Cass. pen., sez. V, 03/11/2011, n. 9427).

Per i **beni acquistati dall'imprenditore con patto di riservato dominio**, che entrano a far parte del suo patrimonio soltanto con il pagamento dell'ultima rata del prezzo pattuito, l'orientamento maggioritario della Corte di legittimità afferma che, al fine di valutare se la condotta distrattiva avente ad oggetto tali beni sia suscettibile di integrare il reato che ci occupa, sarà necessario valutare in concreto se alla distrazione consegua una diminuzione economicamente apprezzabile dell'attivo della società fallita (Cass. pen., sez. V, 24/01/2006, n. 4655), avuto riguardo alla duplice circostanza secondo cui, per un verso, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento da parte dell'acquirente possessore, costui vanterà comunque un diritto di credito in relazione alle rate già corrisposte (e salvo in ogni caso il diritto del venditore ad un equo compenso per l'utilizzo del bene ed al risarcimento del danno) e, per altro verso, il curatore conserverà la facoltà di subentrare al contratto.

Sul punto, si segnala, ad ogni modo, sul punto, **Cass. pen., SS.UU., 03/07/2019, n. 28910**, secondo la quale **"integra il reato di bancarotta fraudolenta la risoluzione, nell'imminenza della dichiarazione di fallimento, di un contratto di compravendita con patto di riservato dominio, cui segua la consegna al venditore dei beni acquistati, rientrando anch'essi nel complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili facenti capo all'imprenditore.**

(Fattispecie relativa alla risoluzione del contratto di vendita in esecuzione di un accordo transattivo conseguente all'inadempimento, in cui la Corte ha precisato che, in caso di fallimento dell'acquirente con patto di riservato dominio, ai sensi dell'art. 73 l. fall., solo qualora il curatore ritenga di non subentrare nel contratto, acquisendo i beni al fallimento, il venditore può sciogliersi dal contratto, ottenendo la restituzione della cosa, corrispondendo al fallimento le rate rimosse ed insinuandosi al passivo per il credito determinato dall'utilizzo del bene)".

Muovendosi nel medesimo solco interpretativo, la Suprema Corte ha, altresì, rimarcato che possono costituire oggetto di distrazione non solo i beni di proprietà del fallito, ma anche tutte le componenti attive del suo patrimonio, ivi inclusi i diritti reali e personali di godimento, così da far rientrare nella fattispecie incriminatrice della bancarotta fraudolenta patrimoniale la condotta mercé la quale l'imprenditore-accipiens distraga i beni consegnatigli a seguito della conclusione di un **contratto estimatorio** (Cass. pen., sez. V, 30/05/2019, n. 384349).

Ancora, non può trascurarsi che in una recente pronuncia la giurisprudenza di legittimità ha lumeggiato che oggetto di distrazione, rilevante ai fini dell'integrazione del fatto tipico di bancarotta fraudolenta patrimoniale, oltre ai beni propri della società fallita, sono anche quelli che rientrino nella sua autonoma disponibilità e che costituiscano il patrimonio dei rapporti attivi facenti capo all'azienda, con l'effetto di aver ritenuto configurabile il delitto in commento a carico dell'amministratore di una società fiduciaria che aveva distratto le somme a questa affidate dai singoli clienti (Cass. pen., sez. V, 25/05/2022, n. 27410).

L'appartenenza del bene all'imprenditore: casistica rilevante

Con riferimento ai **beni provenienti da reato**, in **dottrina** si oscilla fra le posizioni:

- di chi ritiene che tali beni non possano costituire oggetto del reato che ci occupa perché, non potendo l'imprenditore dichiarato fallito vantare alcun diritto sugli stessi per mancanza di un giusto titolo, di fatto non possono ritenersi integranti il patrimonio di costui e, dunque, la massa attiva del fallimento (operandosi, altresì, una differenziazione fra i beni infungibili, per i quali tale opzione interpretativa sarebbe sempre valida e i beni fungibili - in sé o a seguito di trasformazione -, i quali, invece, non essendo più indivisibili e, dunque, confondibili con il patrimonio del fallito, costituirebbero comunque oggetto materiale della condotta);

- e la posizione di chi ritiene che sia necessario stabilire se l'atto di trasferimento costituente reato renda il trasferimento nullo o annullabile, solo in tale ultimo caso potendosi integrare il delitto, in quanto i beni costituenti oggetto di tale trasferimento, ancorché annullabile, sarebbero entrati a far parte del patrimonio dell'imprenditore.

L'orientamento pressoché consolidato della **Corte di Cassazione** afferma indistintamente la configurabilità del delitto allorché oggetto materiale della condotta siano beni di provenienza delittuosa, ritenendo che essi debbano ricomprendersi nel patrimonio del fallito: ciò, sia perché deve aversi riguardo alla consistenza oggettiva del patrimonio prescindendo dai modi della formazione di questo; sia perché i beni (mobili) provenienti da illecito costituiscono parte integrante di esso finché non siano individuati o separati da quelli dell'imprenditore e restano in esso confusi e perciò soggetti alla procedura concorsuale, aggiungendosi viepiù che si concreta solo con la sentenza irrevocabile di condanna la certezza dell'appartenenza del bene alla vittima del reato ed il conseguente obbligo di restituzione, o in mancanza, di risarcimento del danno (Cass. pen., sez. V, 31/01/1990, nonché, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 28/11/2018, n. 53399).

Le condotte incriminate

Il comma 1 dell'art. 216 (oggi, art. 322 c.c.i.i.) incrimina a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione, dissipazione totale o parziale, oltre alla condotta di esposizione o di riconoscimento di passività inesistenti (tale ultima, attuata allo scopo di recare pregiudizio ai creditori).

Distrazione - Attraverso il ricorso a tale termine il legislatore ha inteso incriminare una condotta a forma libera concretante la **estromissione di un bene dal patrimonio** dell'imprenditore senza una adeguata contropartita, ovvero - in linea con la oggettività giuridica tutelata dalla norma in commento (**➔71.1.1.**) - la **destinazione** di tale bene **ad uno scopo diverso da quello suo proprio** (i.e.; lo scopo di garanzia delle ragioni creditorie), ovvero ancora lo **sviamento** dal patrimonio dell'imprenditore, destinato alla garanzia dei creditori, **di beni in assenza di qualsivoglia corrispettivo** o, in ogni caso, in modo tale da sottrarre detto bene a tale garanzia.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, coerente con la configurazione del delitto in esame quale reato di pericolo, la **condotta di distrazione** rilevante ai sensi dell'art. 216, comma 1, n. 1, l. fall. (oggi, dell'art. 322, comma 1, lett. a), c.c.i.i.) è comprensiva di tutte le attività di **distacco o estromissione** di uno o più beni dal patrimonio dell'impresa che comportino uno **squilibrio tra attività e passività idoneo a porre in pericolo le ragioni dei creditori** (Cass. pen., sez. fer., 10/09/2003, n. 41665, là dove si è altresì affermato che tale condotta deve essere valutata nel contesto complessivo dei fattori che hanno portato l'impresa alla decozione nella prospettiva della persistenza di un pericolo concreto di lesione degli interessi dei creditori quanto meno nella forma di un aggravamento del dissesto, essendo necessario che i comportamenti posti in essere dal fallito siano idonei a recare offesa agli interessi della massa dei creditori a causa della perdita di ricchezza che gli stessi hanno determinato e della mancanza di un riequilibrio economico medio tempore).

Ancora, merita segnalare che la Corte regolatrice, in tempi più recenti, ha nuovamente sottolineato che la **nozione di "distrazione" è dinamicamente ancorata al distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito** (con conseguente depauperamento in danno dei creditori), che può realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo alcuna incidenza la natura dell'atto negoziale mediante il quale viene perfezionato tale distacco, né la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore della Curatela. Trattasi, a ben vedere, di una lettura esegetica, oramai consolidata, che attribuisce alla **nozione di distrazione**, peraltro, una **funzione residuale**, tale da ricondurre ad essa - come osserva la Corte stessa - qualsiasi fatto diverso dall'occultamento, dalla dissimulazione, dalla distruzione o dissipazione, purché determinante la fuoriuscita del bene dal patrimonio del fallito che ne impedisca l'apprensione da

parte degli organi fallimentari. Così argomentando, il Collegio ha mandato esente da censure la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale elevata nei confronti di un imprenditore, ritenuto responsabile per aver **ceduto in comodato gratuito** un'autovettura a un terzo estraneo, che l'aveva successivamente ceduta (*"In tale condotta non può non cogliersi - quale indice di fraudolenza della distrazione, ai fini dell'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico - la irriducibile estraneità di detto fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, capace di dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa"*): Cass. pen., sez. V, 23/06/2022, n. 37109.

Quanto alla **prova della condotta distrattiva**, si è affermato che il **mancato rinvenimento**, all'atto della dichiarazione di fallimento, di beni o utilità nella disponibilità della società fallita costituisce circostanza idonea a fondare la **ragionevole presunzione** della loro distrazione, **in mancanza di giustificazione**, da parte dell'imputato, **in ordine alla loro destinazione al soddisfacimento di esigenze della società o al perseguimento dei relativi fini**, senza che ciò possa implicare indebita inversione dell'onere probatorio, per cui la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti (Cass. pen., sez. V, 23/11/2015, n. 6199).

In vero, l'insegnamento giurisprudenziale in commento si fonda sulla considerazione che, nel nostro ordinamento, l'imprenditore assume una posizione di garanzia nei confronti dei creditori, confidenti nel patrimonio dell'impresa per l'adempimento delle obbligazioni sociali. Da qui, la diretta responsabilità dell'imprenditore, quale gestore di tale patrimonio, per la sua conservazione ai fini dell'integrità della garanzia, con il diretto corollario che la perdita ingiustificata del patrimonio o la elisione della sua consistenza costituisce un *vulnus* alle aspettative dei creditori e integra l'evento giuridico presidiato dalla fattispecie della bancarotta fraudolenta (Cass. pen., sez. V, 20/05/2022, n. 29850).

Sono state qualificate come condotte di distrazione dalla giurisprudenza:

- la cessione di ramo di azienda;
- l'affitto di beni aziendali a fronte della corresponsione di un canone incongruo;
- l'istituzione fittizia di beni;
- il pagamento di un credito fittizio o comunque non afferente alla gestione dell'impresa;
- la vendita preordinata e sistematica di beni aziendali sotto costo;
- la restituzione di un bene oggetto di un patto di riservato dominio;
- la cessione di un contratto di locazione finanziaria o la restituzione del bene oggetto di quel contratto;
- la stipula di un contratto di factoring;
- la prestazione di fideiussioni senza corrispettivo;
- la concessione di prestiti o finanziamenti a terzi in assenza di interessi o con interessi inferiori a quelli di mercato o in assenza di garanzie;
- la concessione di un'ipoteca in assenza di collegamento con lo scopo dell'impresa;
- la concessione di pegno, in favore di società infragruppo, effettuata dalla società fallita per un importo notevolmente superiore al proprio debito, in situazione di difficoltà finanziaria e senza vantaggi compensativi.

In questo contesto, si è evidenziato che per escludere la natura distrattiva di **un'operazione infragruppo** invocando il maturarsi di **vantaggi compensativi**, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il **saldo finale positivo** delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo. Elemento, questo, indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata.

Espressiva di questo orientamento è, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 29/04/2020, n. 13284, secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, qualora il fatto si riferisca a **rapporti fra società appartenenti al medesimo gruppo**, il reato deve ritenersi insussistente solo se i **benefici indiretti** per la società fallita si dimostrino **idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi** e siano **tali da rendere il fatto incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società**. Peraltro, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo invocando il maturarsi di vantaggi compensativi, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il **saldo finale positivo** delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo ovvero la **concreta**

e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi per la società apparentemente danneggiata dall'operazione temporaneamente svantaggiosa per essa.

Occultamento - Secondo quanto efficacemente puntualizzato dalla giurisprudenza di legittimità il verbo "occultare", adoperato dall'art. 216 l. fall. (oggi, art. 322 c.c.i.i.), secondo il suo preciso significato filologico, definisce sia il comportamento del fallito che **nasconde materialmente** i suoi beni in modo che il curatore non possa apprenderli, sia il comportamento del fallito che, **mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi beni che continuano ad appartenergli**, in modo da celare una situazione giuridica che consentirebbe di assoggettare detti beni all'azione esecutiva concorsuale (Cass. pen., sez. V, 15/11/2007, n. 46921).

Dissimulazione - Con tale termine si individua la condotta dell'imprenditore che abbia posto in essere una qualsiasi attività diretta ad **occultare l'esistenza di un bene** nell'ambito del patrimonio del debitore. Evenienza, questa, che in genere si verifica sotto forma di **negozi giuridici apparenti** che realizzano il nascondimento dei reali negozi posti in essere in danno delle ragioni creditorie. Sicché, in tanto la condotta di dissimulazione avrà una autonoma portata concettuale, in quanto la condotta di occultamento sia interpretata in senso restrittivo, comprendendo all'interno della relativa nozione il solo nascondimento materiale. Cadendo nel fuoco della incriminazione entrambe le condotte, tuttavia, la differenziazione concettuale fra le due assume scarsa rilevanza pratica.

Distruzione - Con tale termine si intende la condotta concretante la **eliminazione fisica di un determinato bene**, cui consegue l'annullamento del valore economico di quest'ultimo. Essa sarà dunque suscettibile di spiegarsi non soltanto sulla materialità del bene, ma potrà conseguire anche al compimento di negozi giuridici, dandosi rilievo all'annullamento del valore economico di uno degli elementi del patrimonio dell'imprenditore, rientrando per tale via nelle ipotesi di bancarotta per distruzione, come visto sopra, il trasferimento da una impresa ad un'altra dell'avviamento, dei materiali tecnologici, dei rapporti di lavoro e dei rapporti con la clientela.

Dissipazione - Integra la condotta di dissipazione il compimento di **spese voluttuarie effettuato per scopi del tutto estranei all'impresa**, idoneo a determinare un sensibile depauperamento del patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito. Secondo la costante giurisprudenza, si ha dissipazione in presenza di una cosciente e volontaria dispersione patrimoniale, intesa come sperpero a scopi voluttuari estranei all'impresa (così in motivazione, Cass. pen., sez. V, 18/04/2013, n. 20071). Del resto, è il carattere irrazionale e voluttuario degli esborsi a far rientrare gli stessi nel concetto di dissipazione rilevante ai fini dell'art. 216 l. fall. (oggi, art. 322 c.c.i.i.), differenziandoli da quelle spese personali o familiari eccessive e dalle operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti di cui al successivo art. 217, comma 1, nn. 1 e 2 (oggi, 323, comma 1 lett. a) e b), c.c.i.i.).

Esposizione o riconoscimento di passività inesistenti - Rammentandosi che tale condotta deve essere necessariamente assistita dal **dolo specifico di recare pregiudizio** ai creditori, si ha **esposizione** di passività inesistenti allorché l'imprenditore, poi dichiarato fallito (oggi, assoggettato a liquidazione giudiziale), denunci direttamente e unilateralmente **passività non reali**, laddove si ha **riconoscimento** di passività inesistenti allorché un **creditore rivendichi crediti fittizi** rispetto ai quali l'imprenditore poi dichiarato fallito (oggi, assoggettato a liquidazione giudiziale) presti acquiescenza, essendosi precisato in giurisprudenza che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, la condotta dovrà essere operata nell'ambito della procedura fallimentare, in maniera tale da conferire alle passività inesistenti rilevanza concorsuale (Cass. pen., sez. V, 02/03/1990, n. 2781), nell'ottica della determinazione di un pericolo concreto di riduzione della garanzia per la massa dei creditori. Integrano il delitto di bancarotta fraudolenta per esposizione o riconoscimento di passività inesistenti nella **prassi applicativa**:

- il rilascio ad un creditore fittizio di cambiali o di scritture di ricognizione;
- l'assunzione di obbligazioni simulate attraverso l'esibizione di falsi contratti o di false registrazioni;
- l'inserimento in contabilità di fatture per operazioni inesistenti;
- l'applicazione di coefficienti di ammortamento superiori a quelli fiscalmente ammessi (laddove la simulazione di un titolo di prelazione integrerà non già la fattispecie criminosa in commento, bensì la diversa ipotesi di cui all'art. 216, comma 3, l. fall., oggi art. 322, comma 3, c.c.i.i.).

Natura giuridica del reato

La questione relativa alla natura giuridica del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è strettamente connessa a quella del ruolo svolto all'interno della medesima fattispecie dalla sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, sentenza dichiarativa della apertura della liquidazione giudiziale) (➔71.1.2.).

L'orientamento tradizionale: reato di pericolo - L'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, pur ritenendo la sentenza dichiarativa del fallimento come elemento costitutivo del delitto (➔71.1.2.), ha negato la necessità di un collegamento causale tra le condotte distrattive e il dissesto della società, alla luce della considerazione secondo cui, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento (o altra dichiarazione equipollente), detti fatti assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza ed a prescindere dalla consistenza del passivo accertato (fra le tante, Cass. pen., sez. V, 12/02/2013, n. 27993; Cass. pen., sez. V, 25/10/2012, n. 7545/13; Cass. pen., sez. V, 09/10/2012, n. 232/13; Cass. pen., sez. I, 01/10/2009, n. 40172; Cass. pen., sez. V, 06/05/2008, n. 34584; Cass. pen., sez. V, 27/09/2006, n. 36088; Cass. pen., sez. V, 22/04/1998, n. 8327; Cass. pen., sez. V, 26/06/1990, n. 15850).

Il descritto orientamento, dunque, ricostruisce la fattispecie in termini di **reato di condotta e di pericolo**, che tuttavia interpreta secondo i paradigmi del **pericolo presunto, ovvero astratto**.

Militano in tal senso:

- non soltanto la **irrelevanza del tempo** nel quale i fatti distrattivi siano stati commessi (imputandosi oggettivamente all'imprenditore fatti anche molto distanti dalla dichiarazione del fallimento, posti in essere pure quando l'impresa si trovasse ancora *in bonis*),
- ma soprattutto il rilievo assegnato, ai fini della integrazione della fattispecie, alla **sola condotta distrattiva**, in disparte la verifica in concreto del pericolo arrecato all'interesse patrimoniale della massa dei creditori.

Ciò, sulla base della considerazione per la quale l'incidenza causale della condotta distrattiva sul fallimento è un aspetto irrilevante ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta, il cui evento è costituito unicamente dalla **lesione dell'interesse patrimoniale della massa creditoria** (Cass. pen., sez. V, 24/03/2010, n. 16759, Fiume), già riconducibile alla condotta di sottrazione di beni a detrimento della garanzia patrimoniale o di documentazione in pregiudizio delle possibilità di verifica contabile, e non anche dal dissesto della società, estraneo alla struttura del reato in quanto mero substrato economico dell'insolvenza (Cass. pen., sez. I, 01/10/2009, n. 40172, Simonte).

Cass. pen., sez. V, 24/09/2012, n. 47502, ric. Corvetta: reato di evento - Il consolidato orientamento sopra descritto ha incontrato una oscillazione, rimasta però del tutto isolata nel panorama giurisprudenziale della Corte di Legittimità, costituita dalla sentenza della V sezione del 24/09/2012, n. 47502, ric. Corvetta.

Questa pronuncia, pur partendo dal presupposto, comune all'orientamento tradizionale, che il fallimento è un elemento costitutivo della fattispecie tipica, trae delle conseguenze del tutto opposte a quelle affermate dall'indirizzo citato, discostandosi, cioè, dal modello del reato di pericolo e ricostruendo la fattispecie alla luce del paradigma del **reato di evento di danno**. Ciò, al dichiarato fine di salvaguardare i principi costituzionali di offensività e di colpevolezza, che la ricostruzione tradizionalmente prospettata della fattispecie in questione aveva costretto ad una indebita torsione.

In questo solco interpretativo, la pronuncia afferma dunque che, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, lo **stato di insolvenza che dà luogo al fallimento** costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di **evento** dello stesso e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, **sorretto dall'elemento soggettivo del dolo**.

Un sostegno a tale conclusione è individuato nell'**art. 223 l. fall.**, considerato quale norma di chiusura che prevede la punibilità anche di altre condotte che siano state determinanti nella causazione del fallimento, pur non rientrando nell'elenco di cui all'art. 216, ma che, attesa la presenza di aree di sovrapposibilità tra l'oggetto di quest'ultima e le altre fattispecie ivi previste, troverebbe proprio nel rapporto eziologico tra condotte punite e dissesto, il minimo comune denominatore, non trovando altrimenti spiegazione l'omogenea risposta sanzionatoria.

La affermazione della natura di reato di pericolo concreto - La giurisprudenza successiva alla sentenza Corvetta si è sin da subito discostata da essa, per un verso, ricostruendo nuovamente la fattispecie in questione come reato di pericolo (affermazione, questa, da ultimo definitivamente ribadita da Cass. pen., SS.UU., 31/03/2016, n. 22474, Passarelli) e recuperando, per altro verso e in maniera progressiva, il volto costituzionale dell'illecito, attraverso la interpretazione del paradigma di incriminazione secondo lo schema del **reato di pericolo concreto**.

Punto di partenza di questa ricostruzione è la critica rivolta al percorso argomentativo seguito dalla sentenza Corvetta del 2012.

Critica all'arresto formulato dalla sentenza Corvetta: Cass. pen., sez. V, 15/05/2014, n. 40981	
L'affermazione per la quale il fallimento dovrebbe risultare in rapporto di derivazione causale con la condotta in quanto evento del reato, è frutto di un mero paralogismo .	La premessa minore ("il fallimento costituisce evento del reato di bancarotta") è a ben vedere tautologica, non essendo offerta alcuna dimostrazione del perché la dichiarazione giudiziale di insolvenza sia da ritenere "evento" ("termine medio" del sillogismo) della bancarotta, ergo soggetto alla regola enunciata dalla premessa maggiore ("evento" del reato è conseguenza della condotta secondo il nesso eziologico ex artt. 40 e 41 c.p.), così da giungere alla conclusione per cui tra condotta di bancarotta e fallimento debba sussistere il nesso eziologico ex artt. 40 e 41 c.p. Affermando che, in quanto asserito elemento costitutivo del fatto tipico, la sentenza di dichiarativa del fallimento non può che assumere la qualifica di evento del reato, la sentenza Corvetta ricorre ad una mera petizione di principio; - secondariamente, ogni qualvolta il legislatore ha ritenuto necessaria la sussistenza di un collegamento causale tra il fallimento, il dissesto o lo stato d'insolvenza e le condotte di bancarotta (art. 217, n. 4, art. 223 , comma 2, nn. 1 e 2, e art. 224, n. 2), lo ha esplicitato, ricorrendo ad una terminologia inequivocabile e tipicamente evocativa in tal senso.
Anche l'interpretazione proposta in relazione all' art. 223 l. fall. ed ai rapporti intercorrenti tra le fattispecie in esso previste sarebbe meramente assertiva e frutto di una ingiustificata manipolazione della lettera della norma.	La ricostruzione del suo significato proposta al più consentirebbe di interpretare in chiave causale la bancarotta impropria, ma non anche quella propria, atteso che i reati previsti nel citato art. 223 , comma 2, non si applicano all'imprenditore individuale; diversamente, è proprio l'introduzione del dissesto quale evento della fattispecie di bancarotta da reato societario (art. 223 , comma 2, n. 1) operata dal D.Lgs. n. 61 del 2002, a dimostrare (...) che il legislatore, anche in tempi recenti e nella consapevolezza del diritto vivente, <i>ubi voluit dixit</i> , risultando altresì evidente che nella fattispecie di cui all'art. 216, comma 1, non è previsto alcun rapporto eziologico tra le condotte alternativamente incriminate ed il fallimento e che tale rapporto non è ricostruibile attraverso l'interpretazione, attesi gli evidenti limiti esegetici della disposizione.
"Evidenti aporie" sono riscontrabili anche con riferimento all'individuazione dell'asserito evento del reato.	Ciò in quanto, inizialmente l'evento viene identificato nella declaratoria giudiziale di fallimento, salvo poi progressivamente degradare nel "fallimento" tout court ovvero nel dissesto. Ma le scelte terminologiche effettuate non sono indifferenti, posto che i termini impiegati non sono sinonimi ed identificano, rispettivamente, il fallimento come atto di giurisdizione e sotto il profilo sostanziale.

Critica all'arresto formulato dalla sentenza Corvetta:
Cass. pen., sez. V, 15/05/2014, n. 40981

Ed in tal senso (...) il dissesto è un dato quantitativo, graduabile, suscettibile di essere cagionato sia nell'*an* che nel quantum (aggravamento), mentre il fallimento è invece un fatto formale, segnato da un provvedimento giurisdizionale, che non ammette alternativa se non tra essere e non essere. Nell'impossibilità di tracciare una linea causale credibile tra la condotta dell'agente e la sentenza di fallimento - la quale non può essere "conseguenza" dalla prima nel senso accolto dall'art. 40 c.p. - la motivazione della sentenza criticata ha progressivamente ripiegato su un diverso accadimento effettivamente collegabile alla condotta medesima, consumando così un'**ulteriore forzatura del testo della norma incriminatrice**, che invece indiscutibilmente evoca proprio la sentenza dichiarativa di fallimento (l'art. 216, infatti, stabilisce che l'imprenditore venga punito se "è dichiarato fallito"), mentre il legislatore, laddove ha voluto fare riferimento al dissesto o alle condizioni che determinano il fallimento, lo ha espressamente detto, come per l'appunto avvenuto nei già menzionati artt. 217, 223 e 224;

da ultimo, si è osservato che qualificare la dichiarazione giudiziale di insolvenza - o anche il dissesto - quale evento naturalistico delle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale va altresì incontro all'ulteriore obiezione secondo la quale siffatta conseguenza della condotta non sarebbe concepibile con riguardo alla bancarotta documentale prefallimentare.

È nel descrivere l'**oggetto del dolo** della fattispecie, che la Cassazione (Cass. pen., sez. V, 15/05/2014, n. 40981) recupera l'inquadramento del reato entro lo schema dei reati di condotta di pericolo, colorandolo con delle note di concretezza.

La Suprema Corte avvia le proprie riflessioni dalla considerazione del **tradizionale orientamento**, secondo cui la rappresentazione del fallimento o del dissesto esula dall'elemento soggettivo del reato, con la conseguente irrilevanza del fatto che nell'agente manchi la consapevolezza di poter fallire, anche perché oltretutto, siffatta convinzione si risolverebbe in errore su legge extrapenale, richiamata da quella penale (fra le tante, Cass. pen., sez. V, 20/02/2001, n. 17044), evidenziandosi, altresì, che per la sussistenza del dolo della bancarotta distrattiva non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, risultando dunque irrilevante che questo si sia o meno già manifestato al momento della consumazione della condotta illecita (Cass. pen., sez. V, 14/12/2012, n. 3229/13; Cass. pen., sez. V, 08/12/2012, n. 11633; Cass. pen., sez. V, 01/07/2002, n. 29896).

In questo preciso contesto interpretativo si è progressivamente affermata, al fine della configurabilità del dolo di bancarotta patrimoniale, la necessità della rappresentazione da parte dell'agente della **pericolosità della condotta distrattiva**. Pericolosità, quest'ultima, da intendersi come **probabilità dell'effetto depressivo** sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare, rendendosi necessaria per l'integrazione dell'elemento psicologico, dunque, la rappresentazione del **rischio di lesione degli interessi creditori** tutelati dalla norma incriminatrice.

Si è, così, affermato che l'elemento psicologico della bancarotta patrimoniale, desumibile da tutte le componenti che caratterizzano la condotta dell'imputato, consisterebbe nel dolo generico, cioè nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori e questo anche nel caso in cui l'agente, pur non perseguendo direttamente il risultato, tuttavia lo preveda e, ciò nonostante, agisca, consentendo, in tal modo, il suo realizzarsi (Cass. pen., sez. V, 06/10/1999, n. 12897; Cass. pen., sez. V, 01/07/2002, n. 29896; Cass. pen., sez. V, 30/01/2006, n. 7555).

La lettura offerta dalla Corte di Cassazione anche in relazione al versante psicologico del delitto in esame, lo consegna dunque entro lo schema del reato di condotta e di pericolo, sorretto dal dolo generico, al cui oggetto rimarrebbe estranea non solo la sentenza dichiarativa di fallimento, ma anche solo lo stato d'insolvenza o il dissesto che ne costituiscono il presupposto.

Al fine di espungere dall'ambito applicativo della norma incriminatrice fatti di cui lo stesso agente non sarebbe in grado di prevedere l'effettiva carica lesiva (come, ad esempio, nel caso di distrazioni commesse in epoca assai antecedente rispetto alla declaratoria di fallimento e nel mentre l'impresa era florida), si è fatto strada un orientamento volto a condensare i risvolti soggettivi della natura di pericolo del reato di bancarotta nel concetto di **prevedibilità del dissesto o del suo aggravamento** (Cass., sez. fer., 10/09/2013, n. 41665). Si è così evidenziato come la condotta di distrazione rilevante sia comprensiva di tutte le attività di distacco o estromissione di uno o più beni dal patrimonio dell'impresa **che comportino uno squilibrio tra attività e passività idoneo a porre in pericolo le ragioni dei creditori**. Tale condotta, in particolare, deve essere valutata **nel contesto complessivo dei fattori che hanno condotto l'impresa alla decozione nella prospettiva della persistenza di un pericolo concreto di lesione degli interessi dei creditori quanto meno nella forma di un aggravamento del dissesto**.

I comportamenti posti in essere dal fallito devono essere, pertanto, **idonei a recare offesa** agli interessi della massa dei creditori a causa della perdita di ricchezza che gli stessi hanno determinato e della mancanza di un riequilibrio economico *medio tempore*.

Conclusione, questa, suggerita dalla stessa lettera della norma, posto che i termini adoperati dal legislatore (i.e.: "distrarre", "dissipare", "occultare", "distruggere", "dissimulare" o locuzioni come "esporre passività inesistenti") appaiono impregnati di una evidente connotazione negativa, rivelando l'intenzione del legislatore di **selezionare per l'incriminazione soltanto comportamenti** che, in quanto evocativi di una anomala gestione dei beni dell'impresa, risultino **intrinsecamente idonei a mettere in pericolo l'interesse dei creditori** alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., violando il relativo dovere gravante sull'imprenditore.

È, dunque, avuto riguardo all'oggettività giuridica del delitto in discorso che occorre ricostruire il **disvalore intrinseco della fattispecie**, che non è sintonizzato sul mero inadempimento, bensì sulla **responsabilità patrimoniale del debitore**. In tale prospettiva, dunque, **il fallimento non determina in maniera autonoma l'offesa** segnandone la progressione, **ma**, per l'appunto, **la rende attuale**. Per converso l'esposizione a pericolo dell'interesse dei creditori diviene connotato di tipicità della condotta proprio in ragione della funzione che la dichiarazione di fallimento assume nella struttura della fattispecie. In altri termini il fallimento non trasforma la bancarotta in reato di danno, giacché lo stesso non costituisce oggetto di rimprovero e non consegue necessariamente alla consumazione delle condotte incriminate, le quali vengono punite per il solo fatto di aver esposto a pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, indipendentemente da quello che sarà poi l'effettivo esito della procedura concorsuale, del quale, infatti, la norma incriminatrice si disinteressa (cfr. Cass. pen., sez. V, 14/12/2012, n. 3229/13, Rossetto e altri).

La selezione dei comportamenti da considerare conformi al tipo descritto dal legislatore deve avvenire già sul piano **oggettivo**, prima ancora e non solo su quello soggettivo, attraverso la **verifica della concreta idoneità** degli stessi **a pregiudicare l'integrità della garanzia patrimoniale**; mentre sotto il profilo **soggettivo** deve costituire oggetto di rappresentazione da parte dell'agente, anche quando egli non agisca con l'obiettivo di recare pregiudizio ai creditori, finalità invero non richiesta per la sussistenza del reato di bancarotta patrimoniale quantomeno con riguardo alla fattispecie descritta nella prima parte dell'art. 216.

Sebbene ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non sia necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, **la necessità**, invece, **dell'aver cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività rende la bancarotta fraudolenta patrimoniale un reato di "pericolo concreto"**, dove **la concretezza** del pericolo **assume una sua dimensione effettiva soltanto nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento** (sez. 5, n. 47616 del 17/07/2014, Simone, Rv. 261683).

Gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza di legittimità - Nel solco della progressiva affermazione della natura di reato di pericolo concreto della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, viene in rilievo altra pronuncia della V Sezione della Cassazione del 2015 (Cass. pen., sez. V, 16/05/2015, n. 49622), la quale individua la condotta sanzionata dall'art. 216 l. fall. in quella di **depauperamento dell'impresa**, consistente nell'**averne destinato le risorse ad impieghi estranei all'attività dell'impresa medesima**. In conseguenza di ciò, si è affermato che la rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla *deminutio patrimonii* (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia ogget-

to di rappresentazione e volontà - sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verifica - da parte dell'autore.

Come specificato oltre, nella motivazione della stessa pronuncia, *la bancarotta fraudolenta patrimoniale è (...) reato di pericolo concreto, dove la concretezza del pericolo assume una sua dimensione effettiva soltanto nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento.*

Applicando tali principi ai casi concreti, va esente da pena l'imprenditore che impoverisca una società di risorse enormi, quando questa può comunque continuare a disporre di beni più rilevanti, idonee a fornire garanzia per le possibili pretese creditorie: in quel caso, a differenza dell'ipotesi dell'imprenditore che si renda responsabile di una distrazione modesta (ma a fronte di un patrimonio suscettibile di risentire significativamente), il pericolo di un pregiudizio per i creditori non avrà assunto la concretezza richiesta dal dato normativo.

In conseguenza di ciò, l'imprenditore deve considerarsi sempre tenuto ad evitare l'assunzione di condotte tali da esporre a possibile pregiudizio le ragioni dei creditori, non nel senso di doversi astenere da comportamenti che abbiano in sé margini di potenziale perdita economica, ma da quelli che comportino una diminuzione patrimoniale senza trovare giustificazione nella fisiologica gestione dell'impresa (nello stesso senso cfr., altresì, Cass. pen., sez. V, 12/01/2016, n. 26806 e Cass. pen., sez. V, 07/02/2017, n. 33256).

Le conferme alla tesi derivanti dall'orientamento giurisprudenziale elaborato in materia di bancarotta riparata - A quanto osservato al punto che precede, Cass. pen., sez. V, 07/02/2017, n. 33256 aggiunge la considerazione ulteriore secondo cui la descrizione del delitto di cui all'art. 216 l. fall. quale reato di pericolo concreto trova conferma nelle elaborazioni giurisprudenziali in tema di **bancarotta riparata**.

Anche le indicazioni della giurisprudenza di legittimità in tema di c.d. "bancarotta riparata" avvalorano la conclusione appena illustrata; vero è che in quegli interventi si è ritenuto che "non integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione il finanziamento concesso al socio e da questi restituito in epoca anteriore al fallimento, in quanto la **distrazione costitutiva** del delitto di bancarotta si ha solo quando la **diminuzione della consistenza patrimoniale comporti uno squilibrio tra attività e passività**, capace di porre concretamente in pericolo l'interesse protetto e cioè le ragioni della massa dei creditori", ma si è al contempo precisato che il momento cui fare riferimento per verificare la consumazione dell'offesa è pur sempre "quello della dichiarazione giudiziale di fallimento e non già quello in cui sia stato commesso l'atto, in ipotesi, antidoveroso" (per la affermazione secondo la quale le ipotesi giurisprudenziali di bancarotta riparata sarebbero indicative del fatto che l'offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto, cfr. altresì più di recente, Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819, nonché Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396).

Bancarotta riparata

La bancarotta c.d. riparata è una figura di elaborazione giurisprudenziale che si ritiene integrata, determinando l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, **quando la sottrazione venga annullata da una attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento**, così annullando il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno (Cass. pen., sez. V, 04/11/2014, n. 52077, ric. Lelli; nonché Cass. pen., sez. V, 26/01/2006, n. 7212; Cass. pen., sez. V, 21/09/2007, n. 39043; Cass. pen., sez. V, 22/10/2014, n. 6408; Cass. pen., sez. V, 07/07/2015, n. 50289, nonché da ultimo, Cass. pen., sez. V, 03/04/2020, n. 11297). In quanto **ristoratrice dell'integrità del patrimonio aziendale** e, correlativamente, della garanzia dei creditori alla conservazione della propria garanzia patrimoniale, tale **attività è atta a privare di concretezza l'offensività** insita nei fatti di bancarotta.

Ai fini della configurabilità della bancarotta riparata non è necessaria la restituzione del singolo bene sottratto, ma un'attività di integrale reintegrazione del patrimonio anteriore alla declaratoria di fallimento (Cass. Pen., sez. V, 02/10/2020 n. 34290). E' onere dell'amministratore, che si è reso responsabile di atti di distrazione e sul quale grava una posizione di garanzia rispetto al patrimonio sociale, provare l'esatta corrispondenza tra i versamenti compiuti e gli atti distrattivi precedentemente perpetrati (Cass. pen., sez. V, 24/11/2017 n. 57759; Cass. Pen. sez. V 24/10/2025, n. 34809).

Come meglio osservato da Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819, la casistica sottostante a tali pronunce rende evidente, come pure sottolineato da autorevole dottrina, che **la bancarotta riparata è il sintomo che la offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto e dunque attiene non alla punibilità ma alla oggettività**.

Essa inoltre aiuta a comprendere praticamente come la stessa giurisprudenza abbia finito per riconoscere che diminuzioni delle risorse societarie, nelle forme ad esempio del prelevamento dalla cassa di importi anche rilevanti - ma regolarmente contabilizzato -, di finanziamenti a terzi o a socio, cui faccia seguito, prima della dichiarazione di fallimento, un **atto patrimoniale di segno contrario, restitutorio** o anche **compensativo**, capace di annullare integralmente la lesione al patrimonio, non integrano il reato di bancarotta. Tale giurisprudenza, che pure rimane condivisibilmente ancorata alla configurazione della bancarotta pre-fallimentare come reato di pericolo, giunge, attraverso la constatazione che il pregiudizio ai creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento - che infatti è anche il momento consumativo della fattispecie -, al rilievo che il detto pericolo va valutato "in concreto", quando cioè possa affermarsi che la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività.

Gli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità - Ma è con due recenti pronunce (Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819; Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396), che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha maggiormente inciso sul versante della concretezza del pericolo richiesto ai fini della integrazione della fattispecie in esame, nella direzione del recupero del volto costituzionale dell'illecito.

Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819 - La Quinta sezione della Cassazione, partendo dalla premessa secondo la quale l'**offensività** del reato è contraddistinta dal pericolo che, ove per qualsiasi ragione si dia luogo ad una procedura concorsuale, l'esito della stessa venga condizionato da **atti distrattivi che abbiano comunque ridotto il patrimonio disponibile**, trae la conseguenza secondo cui là dove esista uno stretto rapporto cronologico tra l'atto dispositivo diminutivo del patrimonio e gli evidenti segnali o indicatori dei presupposti storici della procedura concorsuale (nella forma della crisi di impresa, o in quella della insolvenza o peggio ancora del dissesto) la ricostruzione della fattispecie normativa è particolarmente agevole in quanto è del tutto evidente la natura non solo "pericolosa" ma anche concretamente depauperativa della azione e la rimproverabilità soggettiva del suo autore (...).

Il **problema ermeneutico** può nascere, piuttosto, quando quel rapporto cronologico non vi sia e l'atto di cui si assume la conformità all'art. 216, comma 1, n. 1, l. fall. non possa correlarsi oggettivamente e soggettivamente, in modo intuitivo ed evidente, alla fase di crisi o insolvenza della impresa.

La risposta che la Cassazione offre a tale delicato problema si articola in un lungo percorso motivazionale, teso a recuperare le note di offensività e colpevolezza smarrite da quella giurisprudenza che ha interpretato la fattispecie in termini di reato di pericolo presunto.

Presupposto di tale snodo argomentativo è la critica all'orientamento che ritiene sufficiente, ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 216 l. fall., ogni distacco ingiustificato dal patrimonio dell'impresa o della società, indistintamente e in sé e che schiaccia in termini assertivi la prospettiva della ricerca della prova sul punto genetico del distacco, a prescindere dalla ricerca e dall'approfondimento della qualità del distacco stesso e dalla valutazione dell'ulteriore requisito che

per legge gli compete: quello della concreta idoneità a porre in pericolo la garanzia che la massa dei creditori, al momento del fallimento, sarà in grado di escutere.

In esito a tale ragionamento, il Giudice di legittimità conclude che:

- a. la bancarotta fraudolenta patrimoniale è un **reato di pericolo concreto** e tale pericolo (da considerarsi quale evento giuridico del reato, come di recente affermato da Cass. pen., SS.UU., 27/01/2011, n. 21039, p.m. in proc. Loy) deve essere correlato **all'idoneità della condotta ad arrecare offesa all'integrità della garanzia dei creditori**, intesi quale categoria, **nella evenienza della apertura di una procedura concorsuale**;
- b. la *valutazione* della sussistenza del concreto pericolo «deve poggiare su **criteri ex ante**» in relazione alle **caratteristiche complessive della condotta** e della **situazione finanziaria della società**, senza che sia esclusa dalla valutazione la **permanenza** o meno della stessa situazione **fino all'epoca antecedente l'atto di apertura della procedura**;
- c. ai fini della ritenuta sussistenza delle componenti oggettiva e soggettiva della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale ha valore fortemente indiziante l'aver agito nella **"zona di rischio penale"**. Ossia, l'aver agito in quella area temporale che in dottrina viene comunemente individuata come prossimità dello stato di insolvenza (cfr. P. Nuvolone, il quale collocava l'inizio della zona di rischio penale nel sorgere dell'insolvenza, ritenendo che la repressione penale interessare «quegli atti che, per loro natura e per direzione soggettiva, tendono a creare una situazione di squilibrio tale tra attivo e passivo che, in rapporto alla capacità dell'impresa e alle normali vicende commerciali, si può ritenere insuperabile»). L'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall'agente imprenditore, è destinato a orientare la "lettura" di ogni sua iniziativa di distacco dei beni nel senso dell'idoneità a creare un pericolo per l'interesse dei creditori sociali;
- d. quanto indicato al punto precedente non esclude che il reato possa rimanere integrato da **comportamenti anche antecedenti** a tale fase di crisi della vita della azienda, a condizione però che questi presentino **caratteristiche obiettive** (si pensi all'operazione fittizia, alla distruzione o alla dissipazione) che, di regola, non richiedono particolari e ulteriori accertamenti per provare l'esposizione a pericolo del patrimonio e che risultino e permangano congruenti rispetto all'evento giuridico (esposizione a pericolo degli interessi della massa) che poi si addebita all'agente;
- e. per le tipologie di bancarotta residue rispetto allo schema interpretativo tracciato, (i.e., essenzialmente gli atti di spesa non orientati su obiettivi correlati all'oggetto della impresa e cronologicamente distaccati, in modo significativo, dall'epilogo della vita della stessa) il compito dell'interprete, volto sempre a dimostrare l'idoneità lesiva di simili comportamenti rispetto agli interessi dei creditori della procedura concorsuale, è più complesso e oneroso.

Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396 - Ultimo, significativo, approdo della giurisprudenza di legittimità è segnato da Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396, attraverso la affermazione della necessaria valorizzazione della **ricerca di "indici di fraudolenza"**, al fine dell'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico richiesto per l'integrazione della fattispecie.

Secondo quanto ivi affermato, in particolare:

- a. le fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale hanno natura di reato di **pericolo concreto**, sicché, per il loro perfezionamento, è esclusa la necessità di un nesso causale tra i fatti di bancarotta ed il successivo fallimento, laddove i fatti di bancarotta possono assumere rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza;
- b. in quanto reato di pericolo concreto è comunque **necessario**, da un lato, che il fatto di bancarotta abbia determinato un **depauperamento dell'impresa** e un **effettivo pericolo per la conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa**, da valutare **nella prospettiva dell'esito concorsuale e sulla base dell'idoneità del fatto distrattivo ad incidere sulla garanzia dei creditori alla luce delle specifiche condizioni dell'impresa** e, dall'altro, che tale effettivo pericolo non sia stato **neutralizzato da una successiva attività "riparatoria" di segno contrario**, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento;
- c. fuori dall'ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, l'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ma è sufficiente la **consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che possano cagionare o cagionino danno ai creditori**. In quanto afferente a un reato di pericolo concreto,

caratterizzato dalla **"fraudolenza"** come connotato interno del fatto, il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la **rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta** distrattiva, dissipativa, etc., da intendersi come **probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare** e, dunque, la consapevole volontà del compimento di operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori;

- d. l'accertamento dell'elemento oggettivo del reato di pericolo concreto e del dolo generico deve basarsi sugli ordinari criteri, valorizzando, in particolare, la ricerca di **"indici di fraudolenza" necessari a dar corpo alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori e alla relativa proiezione soggettiva**, ossia all'accertamento, in capo all'agente, della consapevolezza e della volontà della condotta in concreto pericolosa. Indici della cui valenza dimostrativa il giudice penale - fuori dei casi di immediata evidenza dell'estraneità o, viceversa, della riconducibilità del fatto al paradigma della fraudolenza - deve dar conto con **motivazione** che renda ragione della puntuale analisi della fattispecie concreta in tutte le sue peculiarità e delle massime di esperienza utilizzate nel procedimento valutati.

Gli indici di fraudolenza - Gli indici, enucleati sulla scorta di "segnali rivelatori" posti in rilievo dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza, mutuati e sviluppati in tema di analisi di impresa e utili ad individuare l'avvenuta integrazione del reato, vengono indicati in via esemplificativa:

1. la valutazione del fatto distrattivo alla luce della **condizione patrimoniale e finanziaria dell'impresa** e della **congiuntura economica** in cui la condotta pericolosa per le ragioni della massa dei creditori è stata realizzata;
2. il **contesto** all'interno del quale l'impresa ha operato, avuto riguardo a **cointeressenze** dell'imprenditore o dell'amministratore **rispetto ad altre imprese coinvolte** nei fatti dannosi per la società fallita;
3. **la distanza** - la quale potenzialmente indizierebbe in ordine alla estraneità rispetto alla responsabilità penale - **tra fatto generatore di uno squilibrio tra attività e passività rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale**, quantomeno dal punto di vista della dimostrazione della sussistenza del dolo di distrazione.

In termini conformi si veda Cass. pen., sez. V, 20/05/2022, n. 29850, nonché, ancora più di recente, Cass. pen., sez. V, 19/04/2024, n. 16414, la quale, nel ribadire la natura di reato di pericolo concreto del delitto de quo, ha precisato, sul versante dell'**onere motivazionale** gravante in capo al giudice di merito, che la decisione debba **"dar conto della connotazione del fatto in termini di pericolo concreto e della riconoscibilità del dolo generico sulla base di una puntuale analisi della fattispecie concreta in tutte le sue peculiarità, ricercando possibili (positivi o negativi) "indici di fraudolenza" necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori, e dall'altro, alla proiezione soggettiva di tale concreta messa in pericolo"**.

I rapporti tra la natura di reato di pericolo concreto ed il ruolo assegnato alla dichiarazione di fallimento all'interno della fattispecie - Si osservi da ultimo

come, secondo la Cassazione, tale approccio ricostruttivo non muti neppure qualificando la sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, per come voluto dalla più recente giurisprudenza della stessa Corte (Cass. pen., sez. V, 08/02/2017, n. 13910) (**➔71.1.2.**). Come rilevato, infatti, dalla sentenza in esame, simile impostazione non può sterilizzare "l'esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori", non potendosi comunque "negare rilevanza all'indagine sulle implicazioni soggettive della qualificazione della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare come reato di pericolo concreto" (Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819, Palitta, cit.). Ciò in quanto gli "elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie", per i quali è necessario un collegamento soggettivo all'agente (Corte cost., sent. n. 1085/1988) devono essere individuati nei connotati, nei termini indicati, della bancarotta fraudolenta per distrazione quale reato di pericolo concreto e nella correlata configurazione dei contenuti del dolo: connotati dell'elemento oggettivo e contenuti di quello soggettivo che, con la definizione dei corrispondenti oneri motivazionali del giudice di merito, rappresentano approdi interpretativi imprescindibili ai fini della piena aderenza del 'diritto vivente' ai principi di offensività e di colpevolezza".

La natura di reato di pericolo concreto, la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità e la insensibilità alle vicende successive alla dichiarazione di fallimento - Proseguendo tale orientamento (da ultimo confermato

anche da Cass. pen., sez. V, 07/10/2020, n. 27930), **Cass. pen., sez. V, 22/01/2019, n. 2899**, nel sunteggiare gli illustrati approdi della più recente giurisprudenza di legittimità (con particolare riguardo alle affermazioni secondo cui:

- a. il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare vede la condotta perfezionarsi quando l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, laddove la dichiarazione di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità (**➔ 71.1.2.**), non collegata eziologicamente con la condotta dell'agente ed estranea al coefficiente soggettivo che anima quest'ultimo;
- b. l'agente deve solo prefigurarsi la probabile idoneità della sua condotta ad incidere negativamente sulla consistenza della garanzia patrimoniale a disposizione dei creditori, senza prevedere né volere il dissesto e men che meno il fallimento;
- c. qualora, *prima* della soglia temporale di rilevanza penale costituita dalla dichiarazione di fallimento, la depressione della garanzia patrimoniale sia stata ripianata a mezzo di un'attività integralmente ripristinatoria, la valenza penale della condotta non si concretizza, come può evincersi dalle pronunzie in tema di *bancarotta riparata*),

afferma che, coerentemente con tali principi, una volta che la sentenza dichiarativa di fallimento sia stata validamente pronunziata, il disvalore della condotta è cristallizzato e le sorti dell'autore del fatto restano insensibili alle vicende successive della procedura fallimentare.

Ciò che, del resto, troverebbe conferma in quanto statuito:

1. da altre pronunce secondo le quali sarebbero del tutto neutre, siccome intervenute dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, la chiusura della procedura per esito positivo del concordato, Cass. pen., sez. V, 15/03/2018, n. 21920; Cass. pen., sez. V, 27/01/2011, n. 7468, per mancanza di passivo, Cass. pen., sez. V, 05/10/2016, n. 52622, ovvero, ancora, la restituzione del bene distratto al curatore, Cass. pen., sez. V, 09/12/2014, n. 17084;
2. ma, soprattutto, dalle pronunce che qualificano la bancarotta fraudolenta prefallimentare come **reato di pericolo concreto**, le quali focalizzano pur sempre l'attenzione sulla **valenza depauperativa** dell'attività dell'agente **nel momento in cui viene posta in essere la condotta** (utilizzando criteri *ex ante*) e **fino alla dichiarazione di fallimento**, non affermando che l'evoluzione positiva della procedura concorsuale possa avere un'incidenza in *bonam partem* rispetto alla posizione del bancarottiere (in particolare, Cass. pen., sez. V, 14/09/2017, n. 50081). Ciò in quanto, come osservato dalla Corte, tali pronunce, postulando la necessità che il pericolo sia concreto e non astratto, hanno solo individuato un criterio selettivo nel novero delle condotte poste in essere dall'imprenditore (atto a discriminare le operazioni del tutto lecite, ancorché foriere di un pericolo minimo per la garanzia patrimoniale, ed eventualmente anche rientranti nel fisiologico rischio di impresa, da quelle dotate di una valenza depauperativa ingiustificata), **senza che il ragionamento sulla concretezza sia stato spinto fino a ritenere che la repressione penale debba recedere, una volta dichiarato il fallimento, di fronte ad evoluzioni positive della procedura fallimentare** ed aggiungendo che, d'altra parte **sarebbe la stessa connotazione del reato come di pericolo e non di danno a rendere indifferente l'evoluzione della procedura concorsuale dopo che il fallimento sia stato dichiarato**.

La valutazione del pericolo (concreto) e la cd. zona di rischio penale –L'orientamento indicato trova continuità e si consolida con la sentenza **Cass. pen., Sez. V, 29/10/2025, n. 35403**, la quale, insistendo sulla dimensione ermeneutica costituzionalmente orientata al principio di offensività, evidenzia in parte motiva come quello che ci occupa sia, appunto, un reato di pericolo concreto, «*in quanto l'atto di depauperamento, incidendo negativamente sulla consistenza del patrimonio sociale, deve essere idoneo a creare un pericolo reale per il soddisfacimento delle ragioni creditorie, che deve permanere fino al tempo che precede l'apertura della procedura fallimentare, sicché, ai fini della prova del reato, il giudice, oltre alla constatazione dell'esistenza dell'atto distrattivo, deve valutare la qualità del distacco patrimoniale che ad esso consegue, ossia il suo reale valore economico concretamente idoneo a recare danno ai creditori* (Sez. 5, n. 28941 del 14/02/2024, *Messina, Rv. 287059-01*)». In questo contesto, la pronuncia si richiama a quella dottrina che ha precisato come in tanto possa configurarsi il reato che ci occupa in quanto le condotte costitutive dello stesso siano state poste in essere in una **zona di cd. rischio penale**, traendone i conseguenti principi sul piano dell'accertamento del **pericolo**. Tale ultimo, invero, «*deve valutarsi ex ante ancorché al momento della declaratoria dello stato di insolvenza, in riferimento agli atti depauperativi compiuti nella cd. zona di rischio penale* (cfr. Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, *Fiume, Rv. 246879*, in motivazione, e Sez. 5, n. 18517 del 22/2/2018, *Lapis, Rv. 273073*) *ed alla qualità oggettiva della distrazione, sebbene realizzata in un tempo lontano dal fallimento, se particolarmente condizionante in negativo per le sorti future della società. La zona di rischio penale è quella che in*

dottrina viene comunemente individuata come “**prossimità dello stato di insolvenza**”, quando l’aprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall’agente imprenditore o figura equiparata, è destinato a orientare la “lettura” di ogni sua iniziativa di distacco dei beni - fatte salve quelle inquadrabili nelle altre ipotesi di reato pure previste dalla legge fallimentare del 1942 - nel senso della idoneità a creare un pericolo per l’interesse dei creditori sociali (così la sentenza Palitta, cit.). Laddove, «non deve confondersi l’esposizione a pericolo, sufficiente per l’integrazione del reato, con il danno alla massa dei creditori, requisito non richiesto dalla norma come essenziale e che costituisce un **post-factum**, anche perché l’assenza di danno non è essa stessa prova di mancata esposizione a pericolo, poiché tale assenza, invece, può derivare dalla complessiva attività di recupero posta in essere, dopo il fallimento, dal curatore, con individuazione di assi patrimoniali capaci di neutralizzare le esposizioni passive (cfr., in tal senso, Sez. 5, n. 17819 del 24/3/201 Palitta, Rv. 269562, in motivazione; Sez. 5, n. 13382 del 3/11/2020, Verdinì, Rv. 281031, che, entro tali coordinate di ragionamento, ha affermato, ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, l’irrelevanza, sotto il profilo dell’elemento oggettivo e soggettivo del reato, dell’assenza di un danno per i creditori)». Talché, ribadito il bisogno «di abbandonare posizioni ermeneutiche che schiacciano in termini assertivi la prospettiva della ricerca della prova del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare sul punto genetico del distacco», la pronuncia ammonisce ancora circa la necessità di «esplorare ed **approfondire i caratteri qualitativi di tale distacco patrimoniale**», ossia:

«a) **il tempo in cui esso avviene**: poiché lontano dalla fase di crisi o di insolvenza, e soprattutto quando l’impresa o la società sono in bonis, l’imprenditore può dare dinamicamente a singoli propri beni le destinazioni che ritiene utili alla conservazione del valore del patrimonio sociale nel suo complesso, senza che possa essere esasperato il concetto, pur presente nella giurisprudenza di questa Corte regolatrice, secondo cui l’atto distrattivo rileva in qualsiasi tempo sia stato commesso precedentemente al fallimento (Sez. 5, n. 316 del 27/11/1985, dep. 1986, Benedetti, Rv. 171578). La dimensione ermeneutica della zona di rischio penale segna, quindi, la crisi di tale prospettiva e sigla il passaggio definitivo alla visione costituzionalmente orientata del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare;

b) **la sua “qualità” oggettiva**, e cioè il suo valore economico reale e la sua concreta idoneità a porre in pericolo la garanzia che la massa dei creditori, al momento del fallimento, sarà in grado di escutere».

Elemento soggettivo

Il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato a **dolo generico** là dove la condotta si sostanzia:

- nella distrazione,
- nell’occultamento,
- nella dissimulazione,
- nella distruzione ovvero nella dissipazione (totale o parziale) dei beni del patrimonio dell’imprenditore dichiarato fallito.

È richiesto invece il **dolo specifico**, costituito dallo scopo di recare pregiudizio ai creditori, come anticipato, nel caso di esposizione o nel riconoscimento di passività inesistenti.

Dolo generico - Trattandosi di reato di mera condotta, esso è solitamente ravvisato dal tradizionale orientamento giurisprudenziale nella **coscienza e volontà** della condotta stessa, intesa nella sua dimensione naturalistica. Talune pronunce hanno viepiù aggiunto che, in quanto generico, esso è suscettibile di manifestarsi nelle forme del **dolo eventuale** (Cass. pen., sez. V, 06/10/1999, n. 12897, Cass. pen., sez. V, 20/08/2002, n. 29896).

Oggetto del dolo - L’individuazione dell’oggetto del dolo - dal quale rimane estranea la sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, sentenza che dichiara l’apertura della liquidazione giudiziale), attesa la natura di condizione obiettiva di punibilità di quest’ultima (➔71.1.2.) - riflette la natura giuridica del reato, sicché esso è stato diversamente declinato in ragione della sussunzione dello stesso nel paradigma del reato di pericolo (astratto o concreto) ovvero in quello del reato di evento.

Per l’indicazione dei diversi orientamenti sviluppati sul punto, pertanto, sia consentito rinviare a quanto già sopra illustrato nel paragrafo che precede. Basti qui osservare come gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità abbiano superato la affermazione di sufficienza della consapevolezza e della volontà della mera condotta, spingendosi a richiedere che l’elemento soggettivo abbracci anche il **pericolo** cagionato dalla condotta: nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, l’elemento soggettivo va colto nella consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell’impresa e di compiere atti suscettibili di arrecare danno ai creditori. Di

qui la definizione di dolo generico del reato in termini di consapevolezza e volontà di determinare, con il proprio comportamento dissipativo o distrattivo, un pericolo di danno per i creditori, non essendo sufficiente la sola consapevolezza e volontà del fatto distrattivo. Resta comunque escluso che ai fini dell'elemento psicologico del reato la volontà dell'agente debba investire lo stato di insolvenza e il dissesto economico dell'impresa ed è sufficiente la **consapevolezza** che la condotta distrattiva mette a rischio la garanzia patrimoniale apprestata a favore dei creditori (Cass. pen., sez. V, 26/10/2017, n. 25512).

Esalta la **funzione selettiva dolo** nell'ottica del pericolo concreto, riportandosi alla elaborazione precedente, Cass. pen., sez. V, 07/10/2020, n. 27930, la quale ha evidenziato che «muovendo dalla natura di reato di pericolo - concreto della bancarotta fraudolenta, è stato rimarcato come il dolo generico non richieda né la volontà di cagionare il fallimento, né la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la **consapevole volontà di conferire al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte** (Sez. U, Rv. 266804, *ibidem*; Sez. 5, n. 38396 del 23/06/2017, Sgaramella, Rv. 270763, Sez. 5, n. 13910 del 08/02/2017, Santoro, Rv. 269388), con la **rappresentazione "della pericolosità della condotta distrattiva**, da intendersi come **probabilità dell'effetto depressivo** sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la **rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori** tutelati dalla norma incriminatrice" (Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014 - dep. 2015, Geronzi ed altri, Rv. 263801)».

Prova del dolo - Per quanto concerne il versante probatorio, si è di recente affermato (Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396) che l'onere motivazionale relativo alla sussistenza del dolo generico di bancarotta fraudolenta patrimoniale è, nella sua essenza, del tutto analogo a quello che, in generale, è imposto al giudice penale nell'accertamento del dolo. Esso, per sua natura, deve far leva su **dati esteriori e obiettivi**, valutati, nella loro valenza dimostrativa, sulla base di massime di esperienza: ossia, su un *modus procedendi*, che consiste nell'inferire da circostanze esteriori significative di un atteggiamento psichico l'esistenza di una rappresentazione e di una volizione, sulla base di regole di esperienza (Cass. pen., sez. VI, 08/02/1995, n. 2800, in motivazione), del quale la motivazione deve render ragione restando saldamente ancorata, nel rispetto delle regole della logica e delle massime di comune esperienza, al nucleo fondamentale delle risultanze del complessivo quadro probatorio (Cass. pen., SS.UU., 21/06/2000, n. 16, Tammaro, in motivazione). Al richiamo ai consolidati canoni argomentativi e motivazionali in tema di accertamento del dolo, deve solo aggiungersi l'ulteriore puntualizzazione che, con riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, la base conoscitiva costituita dai dati esteriori sui quali deve incentrarsi l'indicato *modus procedendi* deve essere orientata alla ricerca dei possibili **"indici di fraudolenza"** (di cui pure si è detto *supra*, commentando Cass. pen., sez. V, 23/06/2017, n. 38396) espressivi della consapevolezza della concreta pericolosità, rispetto alle ragioni creditorie, del fatto di bancarotta, sicché l'ampiezza di tale base deve essere inevitabilmente commisurata al grado di significatività di detti indici.

Bancarotta fraudolenta patrimoniale post fallimentare

Dato temporale - Il comma 2 dell'art. 216 l. fall. (oggi, il comma 2 dell'art. 322 c.c.i.i.) estende la pena prevista dal primo alle condotte alternativamente enunciate per la descrizione del fatto tipico di bancarotta che siano commesse dall'imprenditore dichiarato fallito **durante la procedura fallimentare** (*recte*, di liquidazione giudiziale).

Ciò che differenzia la bancarotta fraudolenta patrimoniale post fallimentare da quella prefallimentare, dunque, è semplicemente il dato temporale entro il quale avviene la commissione delle condotte, ricompreso fra la data di emissione della sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, della apertura della liquidazione giudiziale) e la chiusura della procedura fallimentare (oggi, di liquidazione giudiziale) con la emissione del relativo decreto, adottato ai sensi dell'art. 119 l. fall. (oggi, art. 235 c.c.i.i.) e durante il quale l'imprenditore dichiarato fallito è privato, ex art. 42 l. fall. (oggi, ex art. 142 c.c.i.i.), del potere di amministrare e di disporre dei propri beni.

Oggetto materiale - Nel rinviare a quanto già osservato *supra* in ordine all'oggetto materiale ed alle condotte, data la medesimezza strutturale del fatto, in relazione alla specifica ipotesi qui in esame occorre precisare soltanto che il mero **silenzo** serbato dall'imprenditore dichiarato fallito (oggi, assoggettato alla liquidazione giudiziale) sull'esistenza di uno o più beni non assume rilevanza penale, salvo che il fallito sia stato invitato dal curatore, ai sensi dell'art. 87, comma 3, l. fall. (oggi, art. 195, comma 3, c.c.i.i.) a dichiarare se sussistono ulteriori attività. Là dove l'esistenza del bene taciuta dall'imprenditore fallito sia altrimenti nota al curatore sarà integrata, sussistendone tutti gli altri ele-

menti costitutivi, la meno grave ipotesi di cui all'art. 220 l. fall. (oggi, art. 327 c.c.i.i.) (➔71.6.), non essendo riscontrabile alcuna sottrazione.

Elemento soggettivo - Per quanto concerne l'elemento soggettivo, come osservato dalla Corte di legittimità (in motivazione, Cass. pen., sez. V, 24/02/2016, n. 16128; nello stesso senso, Cass. pen., sez. V, 18/10/2009, n. 44884), poiché l'incriminazione dei fatti di bancarotta post-fallimentare scaturisce dall'estensione chiarificatrice operata dalla l. fall. art. 216, comma 2, appare evidente che l'elemento soggettivo del reato può anche prescindere dalla dimostrazione della consapevolezza dell'avvenuto deposito della sentenza dichiarativa di fallimento, quando comunque sia ravvisabile il **dolo generico della bancarotta fraudolenta ordinaria**, ossia la consapevolezza che le operazioni che si compiono sul patrimonio sociale siano idonee a cagionare un danno ai creditori, senza che sia necessaria anche l'intenzione di causarlo (Cass. pen., sez. 5, n. 51715 del 05/11/2014, Rebuffo, Rv. 261739).

Casistica - Integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale *post* fallimentare la condotta di colui che dopo essere stato dichiarato fallito intraprenda una nuova attività dalla quale tragga ricavi consistenti e, comunque, eccedenti i redditi necessari per il mantenimento proprio e della propria famiglia, omettendo di conferirli a favore della procedura concorsuale in corso in violazione dell'art. 46 l. fall. (Cass. pen., sez. V, 09/03/2010, n. 16606; conf., Cass. pen., sez. V, 17/03/2004, n. 38244). Laddove il fallito dopo la dichiarazione di fallimento intraprenda una nuova attività di impresa (nella specie edilizia) acquistando materie prime ed attrezzature e pagandole con il ricavato dei lavori eseguiti, non è configurabile la distrazione di cui all'art. 216, comma 2, l. fall., se essa concerna i **ricavi reinvestiti nell'esercizio dell'impresa**, posto che la curatela fallimentare ha facoltà, ex art. 42, comma 2, l. fall., di appropriarsi dei risultati positivi della nuova attività al netto delle spese incontrate per la loro realizzazione (Cass. pen., sez. V, 01/03/2006, n. 9812).

Consumazione e tentativo

Consumazione - Al fine di individuare il momento consumativo del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, occorre distinguere fra le ipotesi di bancarotta prefallimentare e postfallimentare. Per quanto concerne tali ultime, la consumazione avviene nel tempo e nel luogo in cui vengono poste in essere le condotte tipiche.

Per quanto concerne, invece, le ipotesi di **bancarotta prefallimentare**, l'individuazione del momento consumativo segue il dibattito in ordine alla natura giuridica ed al ruolo rivestito all'interno della fattispecie dalla sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, della apertura della liquidazione giudiziale) (➔71.1.2.).

Invero:

- là dove si ritenga che quest'ultima sia elemento costitutivo del reato, costituendone l'evento, il reato si riterrà consumato nel momento e nel luogo di adozione di tale sentenza;
- là dove si ritenga, all'opposto, che essa sia condizione obiettiva di punibilità, la consumazione rimane ancorata alla condotta.

La giurisprudenza pressoché unanime sorta nel vigore della legge fallimentare fa coincidere comunque il momento consumativo del reato con la adozione della sentenza dichiarativa del fallimento.

In relazione al profilo della determinazione del **dies a quo di decorrenza del termine di prescrizione**, la rilevanza pratica di tale differenziazione, tuttavia, è pressoché nulla, posto che, alla luce di quanto stabilito dalla norma di cui all'art. 157 c.p. - che ancora tale momento al giorno della consumazione per il reato consumato, ovvero al giorno in cui la condizione si è verificata quando la legge fa dipendere la punibilità dal verificarsi di una condizione - in entrambi i casi dovrà aversi riguardo al momento della adozione della sentenza dichiarativa del fallimento.

Tentativo - Assai discussa è la configurabilità del tentativo nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Anche in tal caso, occorre operare una differenziazione fra le ipotesi di bancarotta prefallimentare e le ipotesi di bancarotta post fallimentare.

Difatti, mentre per tali ultime non vi sarebbero difficoltà nell'ammettere che il reato si possa manifestare anche nella forma tentata, per le ipotesi di bancarotta prefallimentare si registra una divergenza di vedute, che segue la questione relativa alla natura giuridica della sentenza dichiarativa del fallimento. A seconda che la sentenza si consideri costitutiva del reato, si configurano due possibilità:

- chi in dottrina qualifica tale sentenza come obiezione obiettiva di punibilità esclude che il reato possa manifestarsi nelle forme del **delitto tentato**;

- laddove, chi ritiene che detta sentenza sia elemento costitutivo del reato ne ammette la **astratta possibilità**, previa verifica in concreto della compatibilità con il paradigma di cui all'art. 56 c.p.

La qualificazione del reato in esame quale reato di pericolo, tuttavia, comporta l'esclusione di detta possibilità, altrimenti verificandosi un **arretramento della soglia di rilevanza penale** inaccettabile alla luce del parametro costituzionale di necessaria offensività, posto che si verrebbe a sottoporre a sanzione penale il "pericolo di un pericolo". La questione riveste tuttavia uno scarso rilievo pratico.

71.1.6. Bancarotta fraudolenta documentale

Bene giuridico, oggetto materiale e condotte

Il bene giuridico - Pur nell'ambito della natura patrimoniale dell'oggettività giuridica che caratterizza tutte le ipotesi di bancarotta (➔71.1.1.), la bancarotta fraudolenta documentale di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall. (oggi, art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.) tutela un **bene autonomo** rispetto a quello protetto dal n. 2 dello stesso articolo.

Difatti, in relazione all'ipotesi ora in commento, il bene giuridico tutelato è costituito dal **diritto, facente capo ai creditori, di essere correttamente informati in ordine alle condizioni economiche e finanziarie di una determinata impresa**, in guisa tale da non prestare il proprio credito ad una impresa in dissesto, ritenuta in maniera ingannevole invece sana. Ossia, dall'interesse di costoro a conoscere e ricostruire correttamente il patrimonio dell'imprenditore destinato, ex art. 2740 c.c., al soddisfacimento delle loro ragioni.

Secondo quanto puntualizzato dalla giurisprudenza, scopo dell'incriminazione è di impedire che, tenendosi la contabilità in modo da rendere impossibile o molto difficoltosa la ricostruzione della situazione patrimoniale, sia leso l'interesse dei creditori alla conoscenza del patrimonio dell'imprenditore destinato a soddisfare le loro ragioni. Di conseguenza, il reato di bancarotta fraudolenta documentale **non sussiste allorché la ricostruzione del patrimonio** e del movimento degli affari **possa essere attuata con il ricorso alla contabilità ufficiosa**, non riprodotta in quella ufficiale, **e a documenti e dati provenienti dal fallito**, sempre che non sia necessario far capo a fonti di documentazione esterna, pubbliche o private (Cass. pen., sez. V, 25/02/1977).

La **ratio** dell'incriminazione è, dunque, incentrata sull'**effettiva** e non solo formale **possibilità di conoscere i tratti della gestione d'impresa**, tenendo conto di qualsiasi strumento che avrebbe potuto consentire, qualora fosse stato regolarmente tenuto o conservato, l'esame della gestione (Cass. pen., sez. V, 23/09/2015, n. 44886).

Oggetto materiale - La norma di cui all'art. 216, comma 1, n. 2), l. fall. (oggi, art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.) individua testualmente quale oggetto materiale delle condotte incriminate a titolo di bancarotta fraudolenta documentale **"i libri o le altre scritture contabili"**.

L'oggetto materiale della bancarotta fraudolenta documentale **non coincide con quello della bancarotta semplice documentale**, atteso che l'art. 216 l. fall. - a differenza del successivo art. 217 - non lo individua nelle sole scritture obbligatorie (Cass. pen., sez. V, 20/04/2012, n. 22593; Cass. pen., sez. V, 04/07/1991, n. 8081). Ne consegue che il reato in questione può essere realizzato su **qualsiasi documento contabile** relativo alla vita dell'impresa, purché, in caso di scritture non obbligatorie, si sia verificato che **l'assenza delle stesse impedisca la ricostruzione del volume di affari o del patrimonio** dell'imprenditore fallito (Cass. pen., sez. V, 11/11/2016, n. 55065).

Tipo di scrittura contabile	Rilievo quale oggetto materiale del reato di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall.
Libro giornale (Scritture assolutamente obbligatorie) Art. 2214 c.c.	Poiché su di esso devono essere indicate quotidianamente le operazioni relative all'esercizio dell'impresa, in quanto ontologicamente indispensabile al fine della ricostruzione patrimoniale dell'imprenditore, è di per sé oggetto del reato di bancarotta documentale.
Libro degli inventari (Scritture assolutamente obbligatorie) Art. 2214 c.c.	Poiché contiene l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività dell'impresa e si chiude annualmente con il bilancio e il conto dei profitti e delle perdite, in quanto ontologicamente indispensabile al fine della ricostruzione patrimoniale dell'imprenditore, è di per sé oggetto del reato di bancarotta documentale.

Tipo di scrittura contabile	Rilievo quale oggetto materiale del reato di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall.
Originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite (Scritture assolutamente obbligatorie) Art. 2214 c.c.	La rilevanza di tali documenti e scritture quali oggetto materiale del reato di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall. deve essere vagliata in concreto, alla luce della idoneità degli stessi a ricostruire il patrimonio e i movimenti di affari dell'impresa, essendo peraltro la rilevanza di detti documenti inversamente proporzionale alla carenza ovvero alla mancanza delle scritture assolutamente obbligatorie.
Altre scritture contabili richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa (Scritture relativamente obbligatorie) Art. 2214 c.c.	La rilevanza di tali documenti e scritture quali oggetto materiale del reato di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall. deve essere vagliata in concreto, alla luce della idoneità degli stessi a ricostruire il patrimonio e i movimenti di affari dell'impresa, essendo peraltro la rilevanza di detti documenti inversamente proporzionale alla carenza ovvero alla mancanza delle scritture assolutamente obbligatorie.
Libri e scritture c.d. facoltative (ex registro IVA, registro beni ammortizzabili, scritture di magazzino, libro matricola, libro paga, libro infortuni sul lavoro)	Possono costituire oggetto materiale del reato là dove utili alla ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari dell'impresa.
Non costituiscono oggetto materiale del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in quanto documenti che vengono tenuti per finalità avulse dalla ricostruzione del patrimonio e degli affari dell'impresa, in via del tutto esemplificativa: - i libri sociali di cui all'art. 2421 c.c. (salvo il caso in cui la falsificazione degli stessi abbia incidenza immediata e diretta sulla rappresentazione contabile dei fatti di gestione; Cass. pen., sez. V, 23/11/2006, n. 182); - i reclami dei clienti alla Consob (Cass. pen., sez. V, 16/04/2009); - la dichiarazione dei redditi, di cui sia stata omessa la presentazione (Cass. pen., sez. V, 16/02/2010, n. 11279); - i fissati bollati (Cass. pen., sez. V, 16/04/2009, n. 36595). Quanto, poi, al regime tributario di contabilità semplificata, previsto per le cosiddette imprese minori, la Cass. pen., sez. V, 30/10/2014, n. 52219 ha affermato che esso non comporta l'esonero dall'obbligo di tenuta dei libri e delle scritture contabili previsto dall'art. 2214 c.c., con la conseguenza che il suo inadempimento può integrare - ove preordinato a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore - la fattispecie incriminatrice del reato di bancarotta fraudolenta documentale.	

Le condotte - La norma di cui all'art. 216, comma 1, n. 2), l. fall. (oggi, art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.), incrimina quattro condotte tra loro alternative, tre delle quali, descritte con la locuzione "*ha sottratto, distrutto o falsificato*", descrivono la c.d. **bancarotta documentale specifica**, laddove la rimanente, descritta con la locuzione "o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari", descrivono la c.d. **bancarotta documentale generica**.

a) La bancarotta documentale specifica

- **Distruzione.** Attraverso tale termine si individua quella condotta che elimini, in tutto o in parte, le scritture contabili, rendendole inservibili rispetto allo scopo cui sono preordinate. Rientra nello specchio concettuale di tale condotta ogni attività che comporti la soppressione materiale (sia essa totale o parziale) del documento, quali le attività di abrasione, di cancellatura etc.
- **Sottrazione.** Con tale termine si indica la condotta di chi occulti le scritture contabili al fine di sottrarre le stesse agli organi della procedura. Non rientra nella relativa nozione la detenzione di tali scritture in luogo diverso da quello comunicato in sede tributaria, essendo necessaria ai fini dell'integrazione di tale condotta una attività che renda ragionevolmente impossibile il ritrovamento di tali scritture da parte degli organi preposti.
- **Falsificazione.** Tale termine indica la condotta di alterazione delle scritture tale da impedire o intralciare la ricostruzione dei movimenti di affari ovvero del patrimonio dell'imprenditore fallito. In tale prospettiva, viene in rilievo non soltanto la falsità materiale, relativa alla formazione delle scritture, ma anche quella ideologica, riguardante il contenuto delle stesse, posto che anche tale forma di falsità fornisce un'infedele rappresentazione del dato contabile (Cass. pen., sez. V,

17/12/2010, n. 3115; cfr., altresì, Cass. pen., sez. V, 18/02/1992, n. 3951; Cass. pen., sez. V, 06/12/1985, n. 2663).

Casistica - Nella prassi, si è ritenuto altresì integrare la condotta in esame: la formazione *ex novo* di tutti o di alcuni dei libri e delle scritture contabili attraverso una ricostruzione *ex post* della contabilità mancante (Cass. pen., sez. V, 20/06/1989, n. 14773); la rappresentazione dell'evento economico incompleta o distorta della gestione dell'impresa o degli esiti della stessa (Cass. pen., sez. V, 17/12/2010, n. 3114).

Diversamente, non integra la condotta di falsificazione rilevante ai fini che ci occupano l'attività di manipolazione concreta l'esposizione e il riconoscimento di passività inesistenti; ipotesi, tale ultima, che rientra, invece, nel fuoco della incriminazione di cui all'art. 216, comma 1, n. 1), l. fall. (oggi, art. 322, comma 1), lett. a), c.c.i.i.) (➔71.1.5.).

b) La bancarotta documentale generica

- **La tenuta dei libri o delle altre scritture contabili in maniera tale da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.** Con espressione di chiusura rispetto alle altre ipotesi ivi contemplate e volta ad impedire che rimangano fuori dal fuoco della sanzione penale condotte in esse non facilmente sussumibili, venendosi a creare così un *vulnus* nella tutela, l'art. 216, comma 1, n. 2), l. fall. (oggi, art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.) incrimina la condotta dell'imprenditore dichiarato fallito che abbia tenuto i libri o le altre scritture contabili in maniera tale **da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio** o del movimento degli affari. Questa ipotesi di bancarotta documentale - definita "generale" proprio in ragione del carattere residuale della condotta incriminata, contrapposta, in quanto tale alle condotte di distruzione, sottrazione o falsificazione - diversamente dalla bancarotta specifica, è **reato d'evento**. Quest'ultimo si deve ravvisare, appunto, nella impossibilità della ricostruzione patrimoniale ovvero del movimento degli affari. Ai fini della integrazione del reato in commento, non è necessario che tale impossibilità sia assoluta, essendo sufficiente anche una **impossibilità relativa**.

Giurisprudenza - La Corte di legittimità ha evidenziato che sussiste il reato di bancarotta fraudolenta documentale non solo quando la ricostruzione del patrimonio si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute, ma anche quando gli **accertamenti**, da parte degli organi fallimentari, siano stati **ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza** (Cass. pen., sez. V, 22/05/2015; Cass. pen., sez. V, 19/04/2010, n. 21588; Cass. pen., sez. V, 18/05/2005, n. 24333). Peraltro, se da un lato si è affermato che il reato non sussiste allorché alle lacune ad alla confusione contabile si è potuto ovviare senza notevoli difficoltà attraverso **elementi documentali non ufficiali**, ma pur sempre interni all'azienda o provenienti dall'imprenditore dichiarato fallito (Cass. pen., sez. V, 28/11/1997), dall'altro lato si è osservato altresì che la ricostruzione *aliunde* della documentazione non esclude la bancarotta fraudolenta documentale, atteso che la necessità di acquisire presso terzi la documentazione costituisce la riprova che la tenuta dei libri e delle altre scritture contabili era tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari della società (Cass. pen., sez. V, 12/11/2014, n. 280).

Elemento soggettivo

Anche con riferimento all'elemento soggettivo del reato, alla luce della chiara formulazione letterale dell'art. 216, comma 1, n. 2), l. fall. (oggi, si ribadisce, art. 322, comma 1, lett. b), c.c.i.i.), occorre operare una differenziazione fra le due distinte fattispecie incriminate da tale norma mista alternativa. Difatti, la fattispecie di **bancarotta fraudolenta documentale specifica** (integrata dalla sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri e delle altre scritture contabili) richiede il **dolo specifico** consistente nello scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, laddove quella di **bancarotta fraudolenta documentale generale** (integrata dalla tenuta della contabilità in modo da rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari e del patrimonio della fallita) richiede il **dolo generico**, costituito dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione (Cass. pen., sez. V, 28/06/2017, n. 43966).

Dolo specifico della bancarotta documentale specifica - Sebbene la formulazione letterale della norma indichi in maniera alternativa lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero quello di recare pregiudizio ai creditori quali oggetto del dolo specifico del delitto, si registrano taluni orientamenti in dottrina volti ad affermare la necessità della sussistenza congiunta degli scopi indicati.

Sicché, nel contesto interpretativo qui in esame, mentre la finalità di recare pregiudizio ai creditori è di per sé sufficiente ad integrare il richiesto elemento psicologico, non altrettanto può dirsi con riferimento a quella dell'ingiusto profitto la quale dovrà essere **accompagnata sempre**, quantomeno, **dal dolo eventuale di recare pregiudizio** ai creditori.

Nella prassi giurisprudenziale la questione è sempre stata affrontata in maniera generica, richiedendosi il dolo specifico come normativamente declinato, senza ulteriori approfondimenti (Cass. pen., sez. III, 03/11/2004, n. 46972).

Dolo generico della bancarotta documentale generica - Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di legittimità:

- la fattispecie in esame richiede il dolo generico (Cass. pen., sez. V, 04/06/2015, n. 38447), costituito dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione (Cass. pen., sez. V, 17/12/2013, n. 5264);
- inoltre, per la sussistenza del dolo non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né che abbia agito allo scopo di recare pregiudizio ai creditori (Cass. pen., sez. V, 14/12/2012, n. 3229).

Isolata rimane una pronuncia della suprema Corte volta a richiedere, al contrario e superando il dato letterale, il dolo specifico di realizzare un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, al pari delle condotte di sottrazione, distruzione o falsificazioni di libri o scritture contabili (Cass. pen., sez. V, 07/07/2015, n. 50098).

Nel tracciare, poi, la differenza fra l'elemento psicologico necessario per l'integrazione dell'ipotesi in commento e quello necessario per l'integrazione di quella di cui al cpv. dell'art. 217 l. fall. (oggi, cpv. dell'art. 323 c.c.i.i.), è stato affermato che: la differenza tra la bancarotta fraudolenta **documentale** prevista dall'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall., e quella **semplice** prevista dall'art. 217, comma 2, stessa legge, consiste nell'elemento psicologico che:

- nel primo caso, viene individuato nel **dolo generico**, costituito dalla coscienza e volontà della irregolare tenuta delle scritture con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore;
- nel secondo caso, **dal dolo o indifferentemente dalla colpa**, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture.

Ne consegue che il dolo generico che caratterizza il reato fraudolento, dovendo consistere nella consapevolezza e volontà che la irregolare tenuta delle scritture renda impossibile la ricostruzione del patrimonio, non può corrispondere e non può essere ritenuta sovrapponibile alla pura semplice volontà di non tenere quelle stesse scritture. La differenza tra i due elementi psicologici sta nel fatto che soltanto il primo di essi, e cioè quello che caratterizza la bancarotta fraudolenta, deve risultare arricchito di componenti soggettive che afferiscano esplicitamente al tema della messa in pericolo dell'interesse dei creditori ad una **ricomposizione completa ed esaustiva delle scritture sociali** attinenti a tutte le iniziative economiche della società: un interesse che, a sua volta, viene generalmente desunto da indicatori precisi quali la consistenza del materiale documentale tenuto in violazione di legge oppure la correlazione di tale condotta con attività distrattiva che il disordine contabile appaia destinata, per l'appunto, a celare (Cass. pen., sez. V, 11/06/2014, n. 40015).

Prova del dolo - Con riferimento alla prova del dolo, in tema di bancarotta fraudolenta documentale, è illegittima (Cass. pen., sez. V, 28/06/2017, n. 43966) l'affermazione di responsabilità dell'amministratore che faccia derivare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, nell'ipotesi di omissione contenuta in limiti temporali piuttosto ristretti, è necessario chiarire la ragione e gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza por mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice di cui alla l. fall., art. 217, comma 2 (Cass. pen., sez. V, 07/06/2006, dep. 2007, n. 172, Vianello).

Da ultimo, val la pena richiamare l'attenzione su una recente pronuncia (Cass. pen., sez. V, 08/04/2022, n. 33575) in cui la Suprema Corte, aderendo all'indirizzo interpretativo testé disaminato, ne ha messo a fuoco i seguenti precipitati applicativi:

- gli elementi dai quali occorre desumere la sussistenza del dolo specifico nel delitto di bancarotta fraudolenta documentale specifica e del dolo generico nel delitto di bancarotta fraudolenta docu-

- mentale generica non possono mai ridursi e coincidere con la mera scomparsa dei libri contabili o con la tenuta degli stessi in guisa tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, che rappresentano, invece, gli eventi fenomenici alla cui ricorrenza è subordinata l'integrazione dell'elemento oggettivo del reato;
- dovendo, piuttosto, consistere il vaglio giudiziale nell'apprezzamento di "circostanze di fatto ulteriori, in grado di illuminare la ratio dei menzionati eventi alla luce della finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero di recare pregiudizio ai creditori, nel caso della bancarotta fraudolenta documentale specifica; della consapevolezza che l'irregolare tenuta della documentazione contabile è in grado di arrecare pregiudizio alle ragioni del ceto creditorio, nel caso della bancarotta fraudolenta documentale generica";
- in particolare, tra siffatte circostanze assume rilievo fondamentale la condotta del fallito prospettata nel suo concreto rapporto con le vicende inerenti alla vita economica dell'impresa.

Senonché, nel declinare tali principi al caso di specie, la Corte ha finito per privilegiare un accertamento probatorio di tipo presuntivo - che si rivela, ad avviso di chi scrive, non pienamente soddisfacente delle premesse esegetiche da cui si è preso abbrivio -, laddove ha statuito che l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta documentale generica può essere inferito dall'accertata (e concomitante) responsabilità dell'imputato per fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in forza della massima d'esperienza per cui "la irregolare tenuta delle scritture contabili è di regola funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale".

Nello stesso solco della pronuncia poc'anzi richiamata, si consideri, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 10/04/2024, n. 16414, la quale, dopo aver precisato che *"lo scopo di recare danno ai creditori impedendo la ricostruzione dei fatti gestionali può essere desunto dalla complessiva ricostruzione della vicenda e dalle circostanze del fatto che ne caratterizzano la valenza fraudolenta colorando di specificità l'elemento soggettivo, che, pertanto, può essere ricostruito sull'attitudine del dato a evidenziare la finalizzazione del comportamento omissivo all'occultamento delle vicende gestionali"* (Sez. 5, n. 10968 del 31/01/2023, Di Pietra, Rv. 284304), ha ulteriormente chiosato come la **volontarietà dell'omessa tenuta delle scritture contabili** sia *"un dato intrinsecamente insufficiente, in quanto circostanza priva di efficacia inferenziale rispetto alla sussistenza di uno specifico intento fraudolento. Ritenere che il dolo specifico possa essere logicamente inferito dalla semplice sottrazione (o dall'omessa consegna) di parte delle scritture contabili equivarrebbe a sostenere che, ogni qualvolta l'amministratore non consegna le scritture contabili al curatore, egli persegue sicuramente il fine di celare condotte distrattive e di danneggiare i creditori"*. Incedere argomentativo, quest'ultimo, che, come pure sostenuto in altra, precedente, pronuncia (Cass. pen., sez. V, 29/02/2024, n. 8921), *"confonde l'effetto della mancata consegna della contabilità con il fine perseguito dall'agente"*.

Il discrimine tra bancarotta fraudolenta documentale a dolo generico e corrispondente ipotesi a dolo specifico.

La pronuncia da ultimo richiamata nel testo, in particolare, fonda il proprio *decisum*, su una pregressa analisi dei rapporti fra le ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale a dolo generico e la corrispondente ipotesi a dolo specifico, per come ricostruita dagli orientamenti della stessa Corte di Legittimità. In questo solco, viene richiamata Cass. pen., sez. V, 18/01/2023, n. 15743, alla stregua della quale: *"La norma incriminatrice di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, legge fallimentare (...) tende, tra l'altro, anche a tutelare l'agevole svolgimento delle operazioni della curatela; sicché, nel caso in cui le scritture siano state tenute in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, la disposizione circoscrive nel perimetro della rilevanza penale ogni manipolazione documentale che impedisca o intralci una facile ricostruzione del patrimonio del fallito o del movimento dei suoi affari. Da tempo è stato chiarito come tale ultimo addebito si riferisca ad una condotta a forma libera che, in realtà, comprende ogni ipotesi di falsità, sia materiale che ideologica, posto che proprio l'agevole svolgimento delle operazioni della curatela non può che essere ostacolata non solo da falsità materiali dei documenti, ma anche - e soprattutto - da quelle ideologiche, che forniscono un'infedele rappresentazione del dato contabile"* (Sez. 5, n. 3115 del 17/12/2010, dep. 28/01/2011, Clementoni, Rv. 249267; Sez. 5, n. 3951 del 18/02/1992, De Simone, Rv. 189812). In linea con tale linea interpretativa, va ulteriormente chiarito che la parziale omissione del dovere annotativo, che riguardi uno o più libri contabili, integra la fattispecie di bancarotta documentale a dolo generico; ciò in quanto la singola, omessa annotazione, o anche l'annotazione parziale, presuppongono, in ogni caso, l'esistenza della scrittura contabile di riferimento, elemento imprescindibile per la configurazione della bancarotta a dolo generico; inoltre, tali condotte di falsificazione ideologica, che rendono lacunosa e/o incompleta la rappresentazione contenuta nella scrittura, concretano, in sostanza, altrettante falsificazioni per omissione, valutabili ai fini di una impossibilità o difficoltà nella ricostruzione delle vicende contabili e patrimoniali dell'impresa

(Sez. 5, n. 3114 del 17/12/2010, dep. 28/01/2011, Zaccaria, Rv. 249266) sotto l'aspetto fenomenico deve osservarsi che, in realtà, sia la tenuta confusa, incompleta, falsificata della contabilità, che l'omessa tenuta della stessa - totale o parziale che sia -, ovvero le condotte di sottrazione, distruzione, occultamento e falsificazione, determinano tutte, indistintamente, una impossibilità ricostruttiva dell'andamento dell'azienda e delle scelte imprenditoriali, nella misura in cui queste ultime rilevano sul piano penale. Tuttavia, nei soli casi di sottrazione, distruzione, occultamento è richiesto un elemento ulteriore, ossia il pregiudizio per i creditori (o l'ingiusto profitto che l'agente intende raggiungere, per sé o per terzi), che costituisce il fuoco dell'elemento soggettivo, integrando il dolo specifico richiesto dalla norma; le condotte di bancarotta documentale fraudolenta a dolo generico, invece, sono connotate esclusivamente da una peculiare modalità della condotta che, pur non costituendo l'evento del reato, individuano l'atteggiamento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice".

Casistica - Al fine di pervenire all'affermazione della penale responsabilità dell'amministratore formale di una società per il reato bancarotta fraudolenta documentale, sub specie di occultamento o sottrazione delle scritture contabili in frode ai creditori, è necessaria la dimostrazione della sussistenza del dolo specifico in capo allo stesso, non essendo sufficiente valorizzare unicamente il suo ruolo di prestanome "professionale" (Cass. pen. sez. V, 20/04/2020, n. 12455).

Bancarotta fraudolenta documentale post-fallimentare

Condotte incriminate - Il capoverso dell'art. 216 l. fall. (oggi, il capoverso dell'art. 322 c.c.i.i.) sottopone alla stessa pena prevista per il comma 1 l'imprenditore dichiarato fallito che durante la procedura fallimentare **sottragga, distrugga o falsifichi** i libri o le altre scritture contabili. È questa l'ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale post fallimentare, la quale si caratterizza - analogamente a quanto riscontrato in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale post-fallimentare (➔71.1.5.) per l'**arco temporale** entro il quale vengono poste in essere le condotte incriminate. Diversamente da quanto accade con riferimento alla bancarotta patrimoniale, tuttavia, il capoverso dell'art. 216 (oggi art. 322 c.c.i.i.) non estende l'incriminazione a tutte le condotte contemplate al n. 2, comma 1 (oggi, lett. b) del comma 1), limitandola soltanto alle condotte di sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri o delle altre scritture contabili.

Tale limitazione ha una ragione di ordine logico, posto che, successivamente alla sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale), l'imprenditore fallito viene esautorato non solo dell'amministrazione e della disponibilità dei beni aziendali, ma anche della tenuta dei libri e delle scritture contabili, non residuando più in capo a costui alcun dovere in ordine alla tenuta degli stessi.

Poiché la condotta incriminata non contempla l'omessa o irregolare tenuta dei libri contabili, il reato sarà integrato anche **a prescindere dalla impossibilità di ricostruire la contabilità dell'impresa**, posto che tale evento è normativamente riferito soltanto a quella e non anche alla sottrazione, distruzione o falsificazione.

Elemento soggettivo - Attesa la assenza di qualsivoglia indicazione normativa circa l'eventuale necessità di un fine ulteriore e specifico, esso dovrà ravvisarsi nel **dolo generico**, consistente nella coscienza e volontà di realizzare le condotte ivi indicate durante la procedura fallimentare. In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza più recente, secondo la quale nel reato di bancarotta fraudolenta documentale post-fallimentare, ai sensi del comma 2 dell'art. 216, R.D. 16/03/1942, n. 267, non è richiesto lo scopo di recare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, ma è **sufficiente il dolo generico** (Cass. pen., sez. V, 17/02/2004, n. 13889), sebbene un precedente risalente abbia richiesto invece il dolo specifico (Cass. pen., sez. V., 13/01/1994). La pronuncia citata per prima ha avuto comunque un seguito negli orientamenti successivi, là dove si è precisato anche che in tema di bancarotta post-fallimentare, l'elemento soggettivo del reato può anche prescindere dalla dimostrazione dell'avvenuto deposito della sentenza dichiarativa di fallimento, laddove sia comunque ravvisabile il **dolo generico della bancarotta ordinaria** (Cass. pen., sez. V, 24/02/2016, n. 16128).

Casistica - In tema di bancarotta fraudolenta documentale post-fallimentare per falsificazione, oggetto della falsificazione può essere sia il documento da annotare nella scrittura contabile dell'impresa sia l'atto formato posteriormente e finalizzato a giustificare una falsa annotazione già compiuta ed a rafforzarne la portata illecita, quale ostacolo alla ricostruzione del patrimonio (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva ricondotto al reato in esame la formazione di un contratto ideologicamente falso di vendita finalizzato a supportare una falsa fattura già preceden-

temente annotata in contabilità e relativa alla vendita di quello stesso bene) (Cass. pen., sez. V, 09/12/2014, n. 17084).

Consumazione e tentativo

Consumazione - Con riferimento all'individuazione del momento consumativo della bancarotta fraudolenta documentale, analogamente a quanto osservato in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale (➔71.1.5.), occorre distinguere tra le ipotesi di bancarotta **pre** e **post** fallimentare:

- per quanto concerne tali ultime, la consumazione avviene nel tempo e nel luogo in cui vengono poste in essere le condotte tipiche;
- per quanto concerne le prime, invece, l'individuazione del momento consumativo varia in ragione del diverso ruolo che si assume essere svolto nell'ambito della fattispecie dalla sentenza dichiarativa del fallimento (*recte*, dichiarativa della apertura della liquidazione giudiziale) come già illustrato *supra*, nel paragrafo dedicato alla consumazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale (➔71.1.5.), cui sia consentito qui fare integrale rinvio.

Tentativo - Anche con riferimento alla bancarotta fraudolenta documentale la configurabilità del tentativo è assai discussa, dovendosi differenziare le ipotesi **pre** e **post**-fallimentari:

- per tali ultime il tentativo si ritiene ammissibile, ben potendo tentare l'imprenditore fallito di sottrarre, distruggere o falsificare libri e scritture contabili;
- per la bancarotta prefallimentare la questione si pone negli stessi termini già analizzati sopra, con riferimento al tentativo di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, alla cui trattazione dunque si rinvia (➔71.1.5.).

71.1.7. Bancarotta fraudolenta preferenziale

Bene giuridico, natura giuridica del reato e condotte

Bene giuridico e ratio - La norma di cui al comma 3 dell'art. 216 l. fall. (oggi, di cui al terzo comma dell'art. 322 c.c.i.i.) incrimina la condotta dell'imprenditore dichiarato fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, allo scopo di **favorire a danno dei creditori taluno di essi**, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. Essa descrive dunque una fattispecie autonoma rispetto a quelle descritte ai due commi precedenti, dotata di una propria oggettività giuridica. È tale, in particolare, l'interesse alla **distribuzione dell'attivo fallimentare** secondo il principio della **par condicio creditorum**, salve le cause legittime di prelazione di cui all'art. 2741 c.c. e senza che alcuno sia favorito sugli altri. I criteri normativi di ripartizione dell'attivo impongono infatti, nel caso in cui l'attivo fallimentare non sia sufficiente per il soddisfacimento di tutti i creditori, di pagare per primi e una maniera integrale alcuni creditori assistiti da privilegio e via via gli altri assistiti da gradi di privilegio inferiore per giungere a soddisfare i creditori c.d. chirografari, ossia non assistiti da alcun privilegio.

In giurisprudenza si è osservato (Cass. pen., sez. V, 18/05/2005, n. 23730) che la legge fallimentare, art. 216, comma 3, punisce l'imprenditore che dispone, in funzione solutoria, dei beni in maniera che non è conforme alla posizione paritaria disposta dal legislatore (c.d. *par condicio*). All'esito dell'illecito ristoro la consistenza patrimoniale complessiva non è alterata: alla carenza della dotazione di ricchezza liquida, corrispondente al pagamento preferenziale, si riscontra la scomparsa di pari passività corrispondente. Sulla scorta di questa netta distinzione obiettiva, è possibile affermare che qualora sussista una **ragione giuridica effettiva e reale** che sorregge la pretesa del creditore, il relativo soddisfacimento (a beneficio dello stesso soggetto attivo del reato ovvero di terzi) non può mai collocarsi tra le condotte di fraudolenza patrimoniale, sanzionate dal primo comma della norma.

Condotte e natura giuridica del reato - Due sono le condotte incriminate alternativamente dalla norma in commento. Per un verso, infatti, si sanziona penalmente la condotta dell'imprenditore dichiarato fallito che, allo scopo di favorire a danno dei creditori taluno di essi, esegua pagamenti, ovvero per altro verso, simuli titoli di prelazione.

a. Pagamenti effettuati a favore di taluni dei creditori - Con il termine "pagamento" si intende qualsiasi prestazione compiuta in adempimento di una obbligazione. Sicché, rientra nella relativa nozione non soltanto quell'adempimento attuato per il tramite della corresponsione di una somma di denaro, bensì qualsivoglia prestazione che importi l'estinzione del debito, indifferente essendo oltretutto la modalità attraverso la quale tale pagamento viene effettuato.

Pagamenti suscettibili di integrare la condotta del reato	
Pagamenti traslativi	Quali, a titolo esemplificativo, i pagamenti in danaro, sia in contante che con titoli di credito diversi dalla cambiale; la dazione di beni; la <i>datio in solutum</i> , sempre purché si sia verificato l'effetto traslativo ed il bene oggetto di <i>datio</i> sia stato dunque sottratto alla garanzia dei creditori; la cessione di crediti, con riferimento alla quale il depauperamento del patrimonio dell'impresa in danno dei creditori avviene nel momento dell'incontro fra la volontà del cedente e quella del cessionario.
Pagamenti non aventi effetti traslativi	Ad esempio: la compensazione (Cass. pen., sez. V, 05/03/2014, n. 16983) allorché l'accordo sia raggiunto durante la fase di insolvenza e sia finalizzato a favorire alcuni creditori con danno per gli altri; la novazione (Cass. pen., sez. V, 14/12/1982). Sono suscettibili di integrare, altresì, la condotta del reato: il pagamento coattivo; il non resistere ad una pretesa infondata, mentre, qualora la pretesa sia non totalmente infondata, l'acquiescenza eventualmente prestata dall'imprenditore sarà suscettibile di venire in rilievo ai fini dell'incriminazione che ci occupa soltanto là dove essa sia stata posta in essere con l'intento di avvantaggiare alcuni dei creditori in danno di altri, rimanendo fuori dallo spettro dell'incriminazione l'ipotesi in cui la dette acquiescenza sia stata determinata da colpa. Non rientra, invece, tra i pagamenti suscettibili di integrare la condotta del reato che ci occupa il pagamento di un credito munito di titolo esecutivo.

Poiché il reato in commento è **reato di pericolo concreto**, il pagamento verrà in rilievo ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica soltanto là dove sia idoneo a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico tutelato dalla stessa, tale essendo - come illustrato sopra - la *par condicio creditorum*. Proprio nell'ottica dell'offesa alla *par condicio creditorum*, il pagamento deve comunque avere ad oggetto un **debito effettivo ed esistente, in carenza di tale requisito integrandosi, invece, una distrazione ovvero una esposizione o un riconoscimento di passività inesistenti**.

Sempre nell'ottica della lesione del principio di parità di trattamento dei creditori, i beni oggetto materiale della condotta dovranno necessariamente essere dei **beni dell'imprenditore poi dichiarato fallito** (oggi, sottoposto alla liquidazione giudiziale) sui quali gli altri creditori svantaggiati abbiano **diritto a soddisfarsi**. Laddove si ritiene non lesivo del principio, il pagamento effettuato nel rispetto delle legittime cause di prelazione di cui all'art. 2741 c.c. (privilegi, pegni, ipoteche), allorché il credito privilegiato venga pagato in assenza del pregiudizio per i creditori di grado prevalente o pari, poiché la massa attiva è di capienza tale da garantire il soddisfacimento di tutti costoro. Ai fini della integrazione dell'elemento oggettivo della fattispecie non ha poi rilievo la tipologia del credito oggetto di pagamento, ovvero se lo stesso sia liquido, esigibile o scaduto. Del pari, non ha rilievo il momento genetico del credito, che potrà essere anche antecedente allo stato di insolvenza, purché - come ovvio - antecedente al pagamento. Tali pagamenti dovranno avvenire in prossimità o in costanza di uno stato di insolvenza, posto che soltanto in tale momento l'imprenditore dichiarato fallito (oggi, sottoposto alla liquidazione giudiziale) potrà rappresentarsi lo scopo di favorire uno o più creditori in danno di altri, integrando così il dolo specifico normativamente richiesto. Peraltro, si osservi come lo **stato di insolvenza** costituisca l'orizzonte temporale entro il quale andranno vagliati i pagamenti eventualmente effettuati dall'imprenditore dichiarato fallito (oggi, sottoposto alla liquidazione giudiziale), alla luce del pericolo concreto alla *par condicio creditorum*: ciò in quanto potrà verificarsi che l'imprenditore, pur trovandosi in uno stato di insolvenza tale da non consentire a costui di far fronte alle proprie obbligazioni, abbia nondimeno un attivo tale, in casi di liquidazione, da soddisfare tutte le ragioni creditorie; così come potrà accadere che l'imprenditore in questione, sebbene non si trovi ancora in una situazione di insolvenza, sia però in una condizione di squilibrio finanziario tale da determinare, in caso di successivo fallimento (*recte*, liquidazione giudiziale), il pericolo concreto di non pagare tutti i creditori.

Prassi applicativa - Assai dibattute, nella prassi sorta nella vigenza della legge fallimentare, sono due questioni concernenti, l'una, il pagamento effettuato dall'amministratore per saldare i propri crediti, l'altra, il pagamento effettuato per restituire ai soci le somme da costoro versate.

Pagamento effettuato dall'amministratore per saldare i propri crediti

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, il pagamento sarebbe suscettibile di integrare la fattispecie in commento, posto che con tale condotta l'amministratore favorirebbe sé stesso nella qualità di creditore della società, svantaggiando gli altri creditori ed alterando la situazione di *par condicio* (Cass. pen., sez. V, 02/10/2013, n. 5186; Cass. pen., sez. V, 16/04/2010, n. 21570; Cass. pen., sez. V, 15/04/2011, n. 28077).

Secondo altro orientamento, *il discrimen* fra l'ipotesi di bancarotta preferenziale e quella di bancarotta patrimoniale, in simili ipotesi, sarebbe dato dalla congruità della somma rispetto al lavoro prestato dall'amministratore, affermandosi che: risponde del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e non di quello di bancarotta preferenziale, l'amministratore che, in assenza di delibera assembleare che stabilisca la misura dei suoi compensi, prelevi somme in pagamento dei crediti verso la società in dissesto, la cui congruità non sia fondata su dati ed elementi di confronto che ne consentano un'adeguata e oggettiva valutazione, quali, ad esempio, gli emolumenti riconosciuti ai precedenti amministratori o a quelli di società del medesimo settore, gli impegni orari osservati, i risultati garantiti ecc. (Cass. pen., sez. V, 23/02/2017, n. 17792). Ritiene, invece, che il pagamento effettuato dall'amministratore per saldare i propri crediti integri una ipotesi di bancarotta patrimoniale per distrazione, Cass. pen., sez. V, 03/11/2016, n. 50836, secondo cui: Integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione la condotta dell'amministratore che prelevi somme dalle casse sociali, a titolo di pagamento di competenze, ancorché su delibera del consiglio di amministrazione, in quanto la previsione di cui all'art. 2389 c.c. stabilisce che la misura del compenso degli amministratori di società di capitali, qualora non sia stabilita nello statuto, sia determinata con delibera assembleare (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione che ha ravvisato la sussistenza del reato nella percezione, da parte del presidente del consiglio di amministrazione di una società dichiarata fallita, di somme liquidate sotto forma di corrispettivi "per attività professionali" - in realtà in larga parte coincidenti con le incombenze ed i compiti propri dell'amministratore - non autorizzate dall'assemblea né dal consiglio di amministrazione, che in un verbale si era limitato a prendere atto della situazione esistente). (Conf.: Cass. pen., sez. V, 27/10/2009, n. 46959; Cass. pen., sez. V, 12/06/2014, n. 11405).

Da ultimo, la Corte regolatrice ha rimarcato che integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale la condotta dell'amministratore di una società che si appropri di somme della società a titolo di pagamento per le prestazioni lavorative svolte in favore di quest'ultima, non essendo scindibile la sua qualità di creditore da quella di amministratore (fattispecie in cui l'amministratore aveva prelevato somme ingenti e sproporzionate rispetto allo stato patrimoniale della società, pur avendo piena consapevolezza dello stato di dissesto della società): cfr. **Cass. pen., sez. fer., 13/08/2020, n. 27132**.

Restituzione ai soci delle somme da costoro versate

Secondo un **primo orientamento giurisprudenziale**, qualora il socio creditore si identifichi con lo stesso amministratore della società, la condotta di quest'ultimo, volta alla restituzione, in periodo di dissesto, di finanziamenti in precedenza concessi, integra il reato di bancarotta per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale (Cass. pen., sez. V, 06/06/2014, n. 34505; Cass. pen., sez. V, 20/05/2014, n. 41143; Cass. pen., sez. V, 30/05/2012, n. 25292; Cass. pen., sez. V, 03/07/2012, n. 42710).

Secondo altro, **opposto orientamento**, invece, integrano il reato di bancarotta preferenziale le restituzioni - effettuate in periodo di insolvenza - ai soci dei finanziamenti concessi alla società, che costituiscono crediti liquidi ed esigibili, considerato, quanto alla sussistenza del dolo, che non sussistono motivi che giustificano in termini di interesse societario la soddisfazione, prima degli altri creditori, del socio, il quale, a differenza della restante massa creditoria, non ha alcun interesse ad avanzare, in caso di inadempimento, istanza di fallimento verso la società (Cass. pen., sez. V, 07/03/2008, n. 14908; Cass. pen., sez. V, 14/02/2013, n. 13318; Cass. pen., sez. V, 03/07/2012, n. 42710).

Secondo **la dottrina**, invece, la restituzione dei versamenti operati dai soci in conto capitale integrerebbe il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, laddove la restituzione dei versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integrerebbe il reato di bancarotta fraudolenta preferenziale.

b. Simulazione dei titoli di prelazione - È tale la condotta dell'imprenditore dichiarato fallito che crei un negozio giuridico apparente tale da far dissimulare la reale causa del credito, simulando la sussistenza di un titolo ricompreso fra quelli di cui al capoverso di cui all'art. 2741 c.c. Sono cause legittime di prelazione, secondo quanto stabilito da tale norma, i privilegi, i pegni e le ipoteche.

La simulazione può essere contrattuale ovvero conseguire ad una iniziativa unilaterale del debitore, purché abbia ad oggetto comunque un credito esistente: diversamente opinando, si integrerebbe la più grave fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione o esposizione a passività inesistenti.

CASO 1 - Trasformazione del credito già chirografario in credito privilegiato da parte del funzionario di banca

Risponde a titolo di concorso del reato di bancarotta preferenziale il funzionario di banca che, dopo la concessione di un mutuo non coperto da garanzie ad imprenditore successivamente divenuto insolvente, determini la trasformazione del credito già chirografario in credito privilegiato mediante concessione di mutuo fondiario, assistito da garanzia ipotecaria, destinato a ripianare l'esposizione debitoria del conto corrente non assistito da garanzie, venendosi in tal modo ad alterare la *par condicio creditorum* (Cass. pen., sez. V, 02/03/2004, n. 16688).

Elemento soggettivo

Dolo specifico - Ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del delitto in commento, la norma di cui al comma 3 dell'art. 216 l. fall. (oggi, comma 3 dell'art. 322 c.c.i.i.) richiede la sussistenza del dolo specifico costituito dallo "scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi".

Secondo la giurisprudenza della Corte di legittimità: l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta preferenziale è costituito dal dolo specifico, che è ravvisabile ogni qualvolta l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a **favorire un creditore** con la consapevolezza, anche solo eventuale, di recare pregiudizio agli altri (Cass. pen., sez. V, 13/11/2014, n. 2286; conf. Cass. pen., sez. V, 21/11/2013, n. 673; Cass. pen., sez. V, 26/06/2009, n. 31894).

Proprio valorizzando l'elemento soggettivo nei termini fin qui prospettati, la Corte di Cassazione ha recentemente dato seguito all'indirizzo a mente del quale la **compensazione volontaria**, pur consentita in linea generale dall'art. 1252 c.c. e dall'art. 56 l. fall., può integrare il reato in disamina nei casi in cui l'accordo sia raggiunto durante la fase di insolvenza e sia finalizzato a favorire alcuni creditori con danno per gli altri: Cass. pen., sez. V, 26/04/2022, n. 26412.

Difetto dell'elemento psicologico - Posto il dolo specifico di fattispecie, non integra il reato in commento, per difetto dell'elemento psicologico, quella **condotta** che sia stata **posta in essere per finalità avulse dal recare vantaggio ad uno dei creditori in discapito degli altri**, quale ad esempio lo scopo di risanamento dell'impresa. Così, in giurisprudenza è stato affermato che non è ipotizzabile il delitto di bancarotta preferenziale, per difetto dell'elemento psicologico, nel fatto del titolare dell'azienda che provveda al pagamento di alcuni creditori al fine di eliminare istanze di fallimento, con la intenzione di migliorare la situazione dell'azienda medesima ed evitare la procedura concorsuale (Cass. pen., sez. V, 15/04/1992). Là dove si è osservato in dottrina che il grado di certezza insito nella volontà dell'imprenditore di superare la crisi economica deve essere valutato in relazione alla **situazione obiettiva dell'azienda**, che deve consentire di dare un giudizio di probabilità di salvataggio dell'azienda medesima dal fallimento (oggi, dalla liquidazione giudiziale).

Bancarotta fraudolenta preferenziale post fallimentare

La norma in commento stabilisce che l'imprenditore dichiarato fallito può porre in essere la condotta integrante il reato non soltanto **prima**, ma **anche durante la procedura fallimentare** (*recte*, di liquidazione giudiziale). In tale ultimo caso, là dove le condotte che ci occupano siano state commesse nell'arco temporale ricompreso fra l'emissione della sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, di apertura della liquidazione giudiziale) ed il decreto conclusivo della procedura, sarà integrata la bancarotta preferenziale post-fallimentare.

Concorso del creditore nel reato di bancarotta fraudolenta preferenziale

Contributo causale alla violazione della par condicio - La consolidata giurisprudenza della Corte di legittimità afferma che concorre nel reato di bancarotta preferenziale il creditore che, **consapevole dello stato di dissesto del debitore** fallendo, fornisce un **contributo causale** determinante alla **violazione della par condicio** (Cass. pen., sez. V, 20/05/2014, n. 40998; conf., Cass. pen., sez. V, 24/09/2008, n. 39417). Sicché non può integrare una ipotesi di concorso la mera accettazione del pagamento, così come non può ritenersi sussistente in capo al creditore un obbligo di rifiutare il pagamento che eventualmente venga effettuato in suo favore. Affinché si ritenga integrato il concorso nel reato in questione, sarà necessario una attività diversa ed ulteriore da parte del creditore, avente efficacia causale sulla alterazione della *par condicio*.

Pagamento in stato di insolvenza - Secondo la Cassazione, l'art. 1186 c.c. legittima il creditore ad esigere immediatamente la prestazione, anche in pendenza di termine stabilito in favore del debitore, se questi è divenuto insolvente, e pertanto lo stato d'insolvenza esistente e conosciuto al momento del pagamento di un debito non scaduto non è, di per sé, elemento idoneo a concretare una bancarotta preferenziale né un concorso nella stessa da parte del creditore favorito.

Tuttavia, l'art. 1186 c.c., non è applicabile quando lo stesso fatto - pagamento in stato d'insolvenza - assuma un diverso, opposto rilievo con la dichiarazione di fallimento del debitore in virtù di norme speciali che, come quelle relative alla revocatoria fallimentare, prevedono l'inefficacia di quei pagamenti, o come l'art. 216, comma 3, l. fall., attribuiscono loro un carattere delittuoso se qualificati dal fine di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi. In tal caso anche il creditore favorito che abbia agito con lo stesso elemento soggettivo risponde, a titolo di concorso, del delitto di bancarotta preferenziale (Cass. pen., sez. V, 17/11/1983).

La tesi prevalente in dottrina - La dottrina prevalente ritiene **non punibile** la condotta del creditore di mera riscossione del proprio credito, sulla base della considerazione che la fattispecie di cui all'art. 216, comma 3, l. fall. (oggi incriminata dall'art. 322, comma 3, c.c.i.i.) sia a concorso necessario, ma plurisoggettiva impropria; ciò a condizione che tale soggetto ponga in essere il comportamento descritto dalla disposizione, senza oltrepassarne i limiti.

Consumazione e tentativo

Consumazione - Con riferimento all'individuazione del momento consumativo della bancarotta fraudolenta preferenziale, analogamente a quanto osservato con riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale (➔71.1.5.) ed alla bancarotta fraudolenta documentale (➔71.1.6.), occorre distinguere tra le ipotesi di **bancarotta pre e post fallimentare**:

- per quanto concerne tali ultime, la consumazione avviene nel tempo e nel luogo in cui vengono poste in essere le condotte tipiche;
- per quanto concerne le prime, invece, l'individuazione del momento consumativo varia in ragione del diverso ruolo che si assume essere svolto nell'ambito della fattispecie dalla sentenza dichiarativa del fallimento (oggi, dichiarativa della apertura della liquidazione giudiziale), come già illustrato *supra*, nel paragrafo dedicato alla consumazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale (➔71.1.5.) e documentale (➔71.1.6.), cui sia consentito qui fare integrale rinvio.

Tentativo - Anche con riferimento alla bancarotta fraudolenta preferenziale la configurabilità del tentativo è assai discussa, dovendosi differenziare le ipotesi pre e post-fallimentari. Mentre per tali ultime il tentativo si ritiene ammissibile, per quanto concerne la bancarotta prefallimentare la questione si pone negli stessi termini già analizzati sopra, con riferimento al tentativo di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare e documentale, alla cui trattazione dunque si rinvia (➔71.1.5.; ➔71.1.6.).

71.1.8. Sanzioni accessorie

Si è già avuto modo di accennare (➔70.2.1.), allorché si è trattato delle innovazioni non meramente terminologiche recate dal Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza alle fattispecie penali, come una di esse sia consistita nell'adeguamento ai *dicta* della Corte Costituzionale della norma (i.e., l'art. 322, ultimo comma, c.c.i.i.) che prevede che la condanna per il delitto di bancarotta fraudolenta importi specifiche pene accessorie.

Di seguito si ripercorrerà la questione a partire dall'originaria formulazione dell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., sì da cogliere appieno la portata della nuova formulazione della nuova disposizione del Codice, che ci occupa, testualmente riportata nella tabella introduttiva del presente paragrafo.

L'automatismo delle pene accessorie decennali - Il testo originario dell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., facendo salva la applicabilità delle altre pene accessorie previste dal codice penale, stabilisce che la condanna per uno dei fatti previsti dall'articolo in commento importa **per la durata di anni dieci l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi** presso qualsiasi impresa.

Intorno all'interpretazione della norma si è registrato un **contrasto nella giurisprudenza della Corte di legittimità**.

Secondo l'**orientamento maggioritario**, la durata delle pene accessorie di cui all'art. 216 citato è fissata inderogabilmente nella misura di dieci anni, tanto emergendo dal dato testuale della disposi-

zione, essendo tale pena, in conseguenza di ciò, sottratta alla regola prevista dall'art. 37 c.p. (tra le altre, Cass. pen., sez. V, 20/09/2007, n. 39337; Cass. pen., sez. V, 18/02/2010, n. 17690; Cass. pen., sez. V, 10/11/2010, n. 269).

Si è argomentato in tal senso valorizzando anche la diversità del testo della norma in esame rispetto a quello previsto dall'art. 217 l. fall. per il reato di bancarotta semplice documentale, laddove la pena accessoria, determinata solo nel massimo, sarebbe invece soggetta al principio generale previsto dall'art. 37 c.p. (Cass. pen., sez. V, 15/03/2000, n. 4727).

Questa lettura, pur contrastata da **altro indirizzo giurisprudenziale** secondo il quale anche la pena accessoria prevista dall'art. 216 l. fall. non sarebbe sottratta alla regola di cui all'art. 37 l. fall. (essenzialmente sul rilievo che tale diversa opzione ermeneutica sarebbe necessitata da una lettura costituzionalmente orientata alla luce di Corte cost. n. 91/2008 e della richiamata sentenza n. 50/1980), risultava, per altro, assolutamente consolidata dopo l'intervento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 134/2012, essendosi in più occasioni ritenuto che la pronuncia della Consulta avrebbe "implicitamente" confermato la validità dell'interpretazione recepitata dall'indirizzo maggioritario (Cass. pen., sez. V, 30/05/2012, n. 30341; Cass. pen., sez. V, 30/01/2013, n. 11257; Cass. pen., sez. V, 20/09/2012, n. 42731; Cass. pen., sez. V, 18/10/2013, n. 51526; Cass. pen., sez. V, 18/10/2013, n. 628).

Questioni di legittimità costituzionale - Atteso il carattere fisso delle sanzioni accessorie prescritte dalla norma in commento, obbligatorie sia nell'*an* che nel *quantum*, con ordinanza del 06/07/2017, n. 52613 la Prima sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma in commento, in relazione agli artt. 3, 4, 27, 41, 117, comma 1 con riferimento agli artt. 8 e 1 prot. 1 CEDU, nella parte in cui prevede che, alla condanna per uno dei fatti previsti in tale articolo, conseguano obbligatoriamente per la durata di dieci anni le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

Si osservi che con la sentenza n. 134/2012, sopra richiamata, la Corte costituzionale aveva ritenuto la questione, già sollevata in ragione della tendenziale incompatibilità della previsione di una pena fissa con il volto costituzionale della pena, inammissibile. Ciò, tuttavia, in conseguenza dello specifico *petitum* formulato dai giudici *a quo*, i quali avrebbero domandato al Giudice delle Leggi una pronuncia additiva a contenuto non costituzionalmente obbligato.

Corte cost. 05/12/2018, n. 222 - La Corte Costituzionale, con sentenza 05/12/2018, n. 222, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma in questione nella parte in cui dispone: "la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa", anziché: "la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni".

Come rilevato dal Giudice delle Leggi, infatti, pene accessorie di durata fissa, come quelle previste dalla norma in esame, non sono compatibili con i principi di **proporzionalità** e **necessaria individuazione del trattamento sanzionatorio**. Poiché la gravità dei fatti qualificabili come bancarotta fraudolenta può essere in concreto assai diversa, un'unica ed indifferenziata durata delle pene accessorie determina risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto ai fatti di bancarotta meno gravi.

A seguito della pronuncia indicata, dunque, il giudice penale che condanni un imputato per il delitto in commento, **dovrà determinare in maniera discrezionale la durata delle pene accessorie** (fino al tetto massimo di dieci anni), che si aggiungono alla pena principale e **ferma restando la possibilità che la durata della pena accessoria sia superiore rispetto a quella della pena detentiva**.

Ciò in quanto, come osservato ancora dalla Corte Costituzionale, le pene accessorie hanno un minor grado di afflittività e svolgono una funzione, almeno in parte, differente rispetto a quella svolta dalle pene detentive, essendo finalizzate ad impedire al condannato la prosecuzione delle attività che sono state occasione di commissione del reato per cui è condanna.

Cass., SS.UU., ud. 28/02/2019, Pres. Carcano, Rel. Boni, ric. Suraci e altri - La questione inerente la determinazione della durata delle sanzioni accessorie da parte del giudice che pronunci una sentenza di condanna in relazione al delitto che ci occupa, a seguito di Corte cost. n. 222/2018, è stata affrontata *ex professo* anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, con sentenza del 28/02/2019 hanno risolto la seguente questione di diritto:

se tali pene accessorie - ora previste nella sola durata massima (*fino a dieci anni*) e non più, come nella formulazione precedente, in misura fissa (*per la durata di dieci anni*) - debbano considerarsi:

- a. **pene accessorie di durata "non predeterminata"** (cfr. SS.UU., 27/11/2014, n. 6240) e, in quanto tali, soggette alla regola generale di cui all'**art. 37 c.p.** (quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata uguale a quella della pena principale inflitta);
- b. ovvero, **pene accessorie di durata "predeterminata"** (proprio per effetto della nuova formulazione della norma ad opera della Consulta, che, come sopra accennato, suggerisce questa soluzione nell'impianto motivazionale del 2018), dunque da infliggersi a seguito di commisurazione della pena da parte del giudice, ai sensi dell'**art. 133 c.p.**

Individuazione della dosimetria della pena accessoria - Come segnalato nell'ordinanza di rimessione della Quinta Sezione penale ed ulteriormente approfondito nel corpo delle motivazioni della sentenza resa dalle Sezioni Unite (depositate il 03/07/2019), dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., con riferimento all'individuazione della dosimetria della sanzione accessoria che ci occupa, si erano delineati due distinti orientamenti:

- secondo un **primo indirizzo** (del quale sono espressione Cass. pen., sez. V, 07/12/2018, n. 1963; Cass. pen., sez. V, 07/12/2018, n. 1968), le pene accessorie previste per il reato di bancarotta fraudolenta a norma dell'art. 216, ultimo comma, l. fall., nella formulazione derivata dalla sentenza costituzionale n. 222/2018, devono essere **commisurate alla durata della pena principale**, in quanto, essendo determinate solo nel massimo, sono soggette alla disciplina dei cui all'art. 37 c.p. Il cennato orientamento perveniva a tale conclusione sulla base di **quattro argomenti**:
 - in ragione della affermata circoscrizione della *ratio decidendi* della pronuncia del Giudice delle Leggi al solo profilo della durata fissa delle pene accessorie di cui all'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., la quale non avrebbe implicato necessariamente la prospettiva interpretativa dell'inapplicabilità alle medesime pene della regola generale di cui all'art. 37 c.p.;
 - in ragione della consolidata lezione interpretativa offerta dalla stessa Corte di legittimità con riferimento alle sanzioni accessorie previste dagli artt. 217 e 218 l. fall., la quale equipara la durata di tali ultime alla durata della pena principale, assoggettandole alla regola di cui all'art. 37 c.p., da ritenersi estensibile anche alle pene accessorie che ci occupano;
 - in ragione del principio stabilito da Cass. pen., SS.UU., 27/11/2014, n. 6240 (dep. 2015), secondo cui rientrano nel novero delle pene accessorie di durata non espressamente indicata dalla legge penale quelle per le quali sia previsto un minimo ed un massimo editale, ovvero uno soltanto di tali limiti;
 - in considerazione delle possibili conseguenze pregiudizievoli in *malam partem* dell'interpretazione che, sganciando la commisurazione della pena accessoria da quella principale, potrebbe consentire il superamento della durata della prima rispetto a quella della seconda.
- Altro **indirizzo** (Cass. pen., sez. V, 20/12/2018, n. 4780; Cass. pen., sez. V, 29/01/2019, n. 5882; Cass. pen., sez. V, 18/01/2019, n. 5514; Cass. pen., sez. V, 14/12/2018, n. 6115) al contrario, ha **affermato l'argomento opposto**, ripudiando la tesi della necessaria correlazione temporale tra la pena principale e la **pena accessoria** e consegnando anche la **valutazione dosimetrica di tale ultima alla determinazione giudiziale**. A sostegno di tale orientamento, è stata posta la necessità di una lettura integrata dispositivo-motivazione della sentenza della Corte cost. n. 222/2018. In questo solco, si è osservato che la pronuncia di incostituzionalità, nel condurre la ricerca del referente normativo da utilizzare per l'integrazione della disposizione incostituzionale, ha offerto chiare indicazioni interpretative nel senso di escludere l'operatività della regola dettata dall'art. 37 c.p. in riferimento alle pene accessorie della legge fallimentare, da ciò ulteriormente derivandosi la affermazione di incompatibilità con il pronunciamento del giudice costituzionale della riconduzione della nuova formulazione dell'ultimo comma dell'art. 261 l. fall. nell'ambito applicativo dell'art. 37 c.p.

Contrasto giurisprudenziale - Così descritto il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite, osservando come non possa ignorarsi l'**autorevolezza** e la **capacità persuasiva** del suggerimento interpretativo offerto dal giudice costituzionale (...) là dove ha escluso che la previsione dell'art. 37 c.p., come letta dal diritto vivente sino al momento attuale, possa continuare ad essere riferita alle pene accessorie della legge fallimentare ed a sancire l'obbligatorio adeguamento della loro durata a quella della pena della reclusione, ritenendo di doversi aderire - pur nella consapevolezza della conobbligatorietà della conformazione ad esse - in quanto conformi ai precetti costituzionali ed avvalorata-

te dall'interpretazione letterale logico-sistematica, si sono espresse a favore del secondo orientamento illustrato.

Sicché, dopo aver confutato gli argomenti posti a supporto del primo orientamento, il Supremo Collegio ha motivato il principio - infine espresso - della necessaria commisurazione autonoma della durata della sanzione accessoria, alla luce della considerazione della **illegittimità costituzionale di qualsivoglia automatismo sanzionatorio** (principio, questo, del quale la sentenza del giudice delle leggi del 2018 costituisce soltanto l'ultimo tassello) e della **estensione** dei principi di **necessaria mobilità** ed **individualizzazione della pena** anche alle **sanzioni accessorie**, tenuto conto della *funzione* dalle stesse svolta (più marcatamente orientate ai fini di prevenzione speciale negativa).

Rispetto della finalità preventiva delle pene accessorie - Invero, la piena realizzazione soprattutto dello specifico finalismo preventivo, cui sono preordinate le pene complementari, richiede una loro **modulazione personalizzata in correlazione con il disvalore del fatto di reato** e con la **personalità del responsabile**, che non necessariamente deve riprodurre la durata della pena principale. Risultato questo conseguibile soltanto ammettendone la determinazione caso per caso ad opera del giudice nell'ambito della cornice editale disegnata dalla singola disposizione di legge sulla scorta di una **valutazione discrezionale** che si avvalga della **ricostruzione probatoria dell'episodio criminoso** e dei **parametri dell'art. 133 c.p.** e di cui è obbligatorio dare conto con **congrua motivazione**.

Determinazione in concreto del giudice - Alla luce di tali considerazioni, dunque, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover superare il precedente arresto, espresso nella sentenza n. 6240/2015 (che, oltretutto, stimano ormai deprivata del suo referente sul piano costituzionale, tenuto conto della netta opzione di disfavore per l'automatismo punitivo sotto l'aspetto dosimetrico riferito alle pene accessorie, espressa dalla sentenza Corte cost. n. 222/2018) ed affermano, infine, il principio secondo cui: «Le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fall., nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 della Corte Costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere **determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.**».

Incidente di esecuzione, profilo temporale e applicazione delle pene accessorie - Successivamente alle due pronunce della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione richiamate nel testo, si è posto nella giurisprudenza, a livello pratico, il problema della proponibilità con il rimedio dell'incidente di esecuzione della richiesta di rinnovata determinazione del profilo temporale relativo all'applicazione delle pene accessorie dell'**inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualunque impresa**, già imposta all'imputato per la durata di anni dieci all'esito del giudizio di cognizione con statuizione irrevocabile.

La questione, affrontata dalla Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione (Cass. pen., sez. I, 27/01/2020, n. 3290), è stata risolta nei seguenti termini: «è consentito anche al giudice dell'esecuzione procedere alla nuova determinazione della durata delle pene accessorie, previste dall'art. 216 ult. comma l. fall., quando siano state inflitte in misura pari a dieci anni e sia richiesto di adeguarle al nuovo testo della norma come risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, che prevede una durata variabile con il solo limite massimo insuperabile di dieci anni».

La questione merita attenzione nella parte in cui si consideri come il dubbio interpretativo sia sorto in considerazione dei noti orientamenti delle Sezioni Unite della stessa Corte espressi nella sentenza n. 6240 del 27/11/2014. Nella richiamata occasione, in particolare, le Sezioni Unite, invero:

- hanno premesso il riconoscimento che il principio di legalità della pena permea tutto l'ordinamento giuridico, dal che la necessità che la sanzione inflitta *extra o contra legem* sia eliminata attraverso i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche dal giudice dell'esecuzione che provvede dopo il passaggio in giudicato della sentenza e che "i principi elaborati in relazione alla pena principale non possono che valere anche con riguardo alle pene accessorie, non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali". Sicché hanno sostenuto che, da un lato, va esclusa la correzione in sede esecutiva dell'erronea pronuncia da parte del giudice della cognizione sulla pena accessoria, applicata in termini tali da renderla illegale, poiché l'errore di calcolo o di altra natura deve essere fatto valere con gli ordinari mezzi di impugnazione;
- dall'altro, hanno riconosciuto uno spazio d'intervento del giudice dell'esecuzione sulle pene accessorie quando non implichi valutazioni discrezionali in ordine alla loro specie e durata, secondo quanto ricavabile dall'art. 183 disp. att. c.p.p., per concludere testualmente che: "non sono consentiti, invece, interventi manipolatori del giudicato che comportino, da parte del giudice dell'esecuzione, la modifica della durata della pena accessoria, quando questa sia stata determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.".

cuzione, l'esercizio di poteri discrezionali, con il ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p., per la determinazione della durata della pena accessoria".

Orbene, le Prima Sezione della Corte di Cassazione, nel pronunciare il principio sopra esposto, ritiene che il descritto orientamento delle Sezioni Unite debba essere rivisitato.

Invero, dopo aver richiamato tutta una serie di pronunce nelle quali le stesse Sezioni Unite - seguite dalle Sezioni semplici - hanno progressivamente assegnato al Giudice dell'esecuzione un progressivo margine di intervento nella rideterminazione della pena, anche là dove essa implichi l'esercizio di una qualche discrezionalità (Cass. pen., SS.UU., 29/05/2014, n. 42858, Gatto; Cass. pen., SS.UU., 27/06/2015, n. 47766, Butera), anche facendo ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p. (Cass. pen., SS.UU., 26/02/2016, n. 33040; Cass. pen., sez. I, 08/11/2019, n. 49104, Hedfi; Cass. pen., sez. I, 20/11/2019, n. 51082, Puccinelli), la Suprema Corte osserva ancora come sia rimasta effettivamente insoluta, perché non devoluta al giudizio delle Sezioni Unite, l'ulteriore questione della possibilità di operare la nuova determinazione, che tenga conto della diversa struttura della pena non prefissata e predeterminata dal legislatore, nell'ambito dell'incidente esecutivo dopo che sulla sua durata, già stabilita in misura fissa ed invariabile di dieci anni, si sia formato il giudicato.

Tale questione viene affrontata e risolta positivamente dalla Prima Sezione in coerenza con i principi generali che già la giurisprudenza di legittimità dapprima evocata ha fornito.

«Se, infatti, si ammette pacificamente la possibilità che il giudice dell'esecuzione intervenga per rimuovere la pena principale, ove la stessa sia stata inflitta in violazione dei parametri normativamente fissati, e se il profilo dell'illegalità del trattamento punitivo quanto alla sanzione principale debba essere oggetto di costante verifica in tutto il corso del procedimento, compreso il suo segmento esecutivo, poiché non sarebbe conforme ai valori costituzionali ammettere che la potestà punitiva dello Stato si espliciti in contrasto con le previsioni di legge (Sez. U., n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, rv. 258650; Sez. U., n. 4687 del 20/12/2005, Catanzaro, rv. 232610), le medesime esigenze di salvaguardia dei diritti individuali e di adeguamento al sopravvenuto mutamento normativo o a declaratorie di incostituzionalità si pongono, quando il rapporto esecutivo non si sia già esaurito, anche in riferimento al profilo temporale delle pene accessorie, la cui applicazione e commisurazione rientra nelle facoltà conferite in via generale dall'art. 676 cod. proc. pen. al giudice dell'esecuzione. La finalità di garantire la proporzione tra previsione normativa e risposta punitiva concreta e l'allineamento tra la sanzione nel suo profilo attinente alla durata e gli estremi edittali, quando modificati per intervento del legislatore o del giudice costituzionale con la sostituzione di un criterio commisurativo ad altro - nel caso in esame da quello che prevedeva un'unica misura fissa alla possibile graduazione sino ad un tetto massimo -, deve trovare realizzazione mediante un'operazione di "riqualificazione sanzionatoria" da attuare in via postuma rispetto al giudicato già formatosi, ossia nella fase dell'esecuzione e si pone in termini speculari per la pena principale come per quella accessoria quando venga in gioco il profilo della misura e della protrazione temporale ed ancora il rapporto esecutivo sia in atto e produttivo di effetti. A fronte della formulazione ampia dell'art. 676 cod. proc. pen., che testualmente non contiene limitazioni sulle attribuzioni decisorie del giudice dell'esecuzione in materia di pene accessorie e legittima quindi qualsiasi tipo di statuizione anche di eliminazione o di modifica della pronuncia già intervenuta sul punto, non è sufficiente richiamare la previsione dell'art. 183 disp. att. cod. proc. pen. che consente di sanare l'omissione verificatasi nel giudizio di cognizione, ma a condizione che l'applicazione delle pene accessorie non richieda l'esercizio di poteri deliberativi discrezionali: la norma, infatti, prevede uno spazio d'intervento per il giudice dell'esecuzione, circoscritto ai soli casi di pena predeterminata per specie e durata, a ragione degli effetti peggiorativi del carico sanzionatorio già derivante dalla pronuncia di condanna. Non altrettanto può ritenersi quando l'adeguamento della sanzione già inflitta comporti effetti favorevoli per il condannato».

In ragione di ciò, deve dunque confermarsi l'ammissibilità della domanda di tutela avanzata, per sollecitare un intervento conformativo da parte del giudice dell'esecuzione delle pene complementari inflitte alla nuova cornice edittale per come risultante a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale.

Pene accessorie della bancarotta e patteggiamento a seguito della Riforma Cartabia.

Con D.Lgs. n. 150/2022 è stato modificato, tra l'altro, il primo comma dell'art. 444 c.p.p., tramite l'inserimento di un inedito secondo periodo, ai sensi del quale: *"L'imputato e il pubblico ministero possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata, salvo quanto previsto dal comma 3-bis, e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato"*. In conseguenza di detta modifica, è sorta, nella prassi applicativa, questione in ordine alla **possibilità che oggetto del negozio processuale**, al lume del citato *novum* normativo, **siano anche le pene accessorie che**, come quelle stabilite dalla legge fallimentare, **abbiano natura obbligatoria**, non rimettendo in via ordinaria al giudicante

alcuna scelta discrezionale sulla loro applicazione. Tale dubbio interpretativo è stato affrontato e risolto da **Cass. pen., sez. V, 29/05/2024, n. 21177**, la quale ha affermato che **rientra nel potere negoziale delle parti attualmente riconosciuto dal primo comma dell'art. 444 c.p.p. anche l'applicazione delle pene accessorie obbligatorie**.

Con la precisazione ulteriore che *“La novella non impone peraltro alle parti di estendere il patteggiamento alle pene accessorie ed alla confisca, ma attribuisce loro solo la facoltà di accordarsi in tal senso, con la conseguenza che, qualora le parti nulla abbiano previsto in proposito con il loro accordo, il giudice è tuttora tenuto ad applicare le pene accessorie obbligatorie, rimanendo conseguentemente ammissibile in tal caso il ricorso per cassazione finalizzato a censurare l'omessa applicazione delle suddette pene con la sentenza (Sez. 3, n. 4768 del 09/01/2024, Blliku, Rv. 285748). Non di meno qualora le parti si siano accordate per l'esclusione delle pene accessorie ovvero sulla loro commisurazione, qualora il giudice ritenga in tale parte l'accordo non accoglibile, dovrà rigettare il patteggiamento nella sua interezza e non potrà limitarsi a recepirlo nella parte relativa alla pena principale negoziata”*.

Per approfondire

Le ragioni della affermazione del principio sopra evocato riposano, nell'articolato motivazionale seguito dalla Corte regolatrice nella pronuncia citata, su **due argomenti esegetici**.

Il **primo, di natura letterale**, fa leva sul confronto fra la disposizione in esame e un altro dato testuale, ricavabile dal secondo periodo del primo comma dell'art. 444 c.p.p., nell'ambito del quale la facoltà di negoziare con effetto vincolante per il giudice anche sull'an e sul quantum della confisca viene espressamente perimetrata alle ipotesi di confisca facoltativa. Talché sarà evidente come la mancata espressa limitazione in senso analogo dell'accordo sulle pene accessorie riveli l'intenzione del legislatore di consentire alle parti di accordarsi di escludere anche quelle che devono essere altrimenti disposte obbligatoriamente.

Il **secondo argomento, di natura sistematica**, si impernia sul confronto con l'art. 445, comma 1, c.p.p., «il quale vieta l'applicazione delle pene accessorie in caso di patteggiamento ad una pena detentiva non superiore ai due anni e che per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità deve essere interpretato nel senso per cui il suddetto divieto riguarda anche le pene accessorie obbligatorie (Sez. 5, n. 10988 del 28/11/2019, dep. 2020, Agosta, Rv. 278882). In tal senso risulta allora evidente la simmetria della scelta legislativa, tesa a parificare, attraverso il ricorso a formule testuali identiche, l'effetto premiale nelle due forme di patteggiamento, nell'ottica dell'incentivazione del ricorso anche a quello cd “allargato”».

Ciò che, congiuntamente, induce a divisare la scelta ermeneutica infine adottata dal Supremo consesso.

BANCAROTTA SEMPLICE

71.2.

Art. 217 l. fall. Bancarotta semplice	Art. 323 c.c.i.i. Bancarotta semplice
È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;	1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale , l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: a) ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale ; d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa;

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer