

# La Corte di cassazione sul pericolo nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un'altra rondine in attesa di primavera?

**ERSI BOZHEKU**

**SOMMARIO:** 1. Una piccola premessa. – 2. Pericolo presunto vs. pericolo concreto: brevi cenni in ordine ad un lungo dibattito. – 3. Cenni sugli opposti approcci della Corte di cassazione in merito al pericolo nel delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare. – 4. Gli ultimi dicta (in sintesi) del Suprema Collegio in materia di pericolo nella bancarotta fraudolenta. – 5. Alcune ulteriori considerazioni sul pericolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta prefallimentare. – 6. Qualche considerazione (flash) in merito alle possibili ricadute sull'elemento psicologico. – 7. Chiose finali.

## 1. Una piccola premessa.

Gli ultimi anni sono stati segnati da un vivace dibattito in seno alla giurisprudenza della Suprema Corte in tema di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare; si sono susseguite una serie di pronunce che, nella confusione generale, si sono sforzate di correggere il tiro sul versante ermeneutico in relazione ad alcuni punti nodali della stessa (nel tempo diventati dei veri e propri nodi gordiani), nell'ammirevole tentativo – allo stato ancora non riuscito – di superare la rigidità che tradizionalmente contraddistingue l'interpretazione (pratica) maggioritaria del delitto in questione.

In quest'ottica, basti pensare alla tanto additata – almeno fino al deposito delle motivazioni – sentenza c.d. Santoro<sup>1</sup> la quale è tornata sull'eterna disquisizione circa il ruolo

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. V., n. 13910 del 8 febbraio 2017, in CED Cass., n. 269389.

da assegnare al fallimento all'interno del delitto di bancarotta e che ha visto mettere in crisi, almeno sotto il versante nominale, il tradizionale orientamento giurisprudenziale, durato per quasi sessant'anni, che lo riteneva elemento essenziale del reato, per ritornare all'impostazione, più coerente, della sentenza dichiarativa di fallimento quale elemento obbiettivo di punibilità<sup>2</sup>.

Di notevole importanza sono, poi, le sentenze in tema di c.d. "bancarotta riparata", le quali hanno posto in evidenza come le condotte offensive in grado di generare un pericolo concreto per l'impresa devono essere analizzate nella prospettiva dell'oggettività della fattispecie e non già nell'ambito della punibilità<sup>3</sup>.

Non sono, inoltre, mancate sentenze sparse che hanno affrontato con una certa attenzione le tematiche del pericolo, del dolo dell'imprenditore, ovvero del dolo del concorrente *extraneus*<sup>4</sup>.

Sicuramente, però, la sentenza Corvetta<sup>5</sup> – peraltro immediatamente rinnegata dallo stesso Supremo Collegio – ha rappresentato il momento massimo della tensione che attraversa la tematica.

In questo breve lavoro si vuole focalizzare l'attenzione sul tema del pericolo (concreto) nella bancarotta fraudolenta, soprattutto alla luce della recente sentenza n. 17819 del 24.03.2017 (dep. il 07.04.2017), Palitta, la quale – a modesto avviso di chi scrive – ha messo un ulteriore mattone nel difficile percorso di adeguamento della disciplina *de qua* ai principi cardine del nostro sistema costituzionale, soprattutto nella parte in cui si sforza di evidenziare i criteri cui l'interprete deve attenersi nel qualificare o meno una condotta distrattiva come concretamente pericolosa e dunque foriera della necessaria offensività ai fini dell'integrazione del delitto in esame.

## 2. Pericolo presunto vs. pericolo concreto: brevi cenni in ordine ad un lungo dibattito.

La distinzione tra reati di danno e di pericolo e, all'interno di quest'ultima categoria, tra reati di pericolo presunto (o astratto) e reati di pericolo concreto (o effettivo) rappresenta un tema delicato che ancora oggi è fonte di dibattiti in dottrina e giurisprudenza<sup>6</sup>. Ap-

<sup>2</sup> Vi sarebbe molto da dire sulle argomentazioni della sentenza Santoro, soprattutto in relazione alla coerenza tra le premesse da cui si muove e le conclusioni che raggiunge; in questo scritto, però, si vuole focalizzare l'attenzione esclusivamente sulla tematica del pericolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare.

<sup>3</sup> Da ultimo v. Cass. pen., 20 ottobre 2015, n. 4790, in CED Cass., n. 266025.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. V., 23 marzo 2011, n. 16388, in CED Cass., n. 250108, con nota di E. BOZHEKU, *L'elemento soggettivo dell'extraneus concorrente in fatti di bancarotta impropria nel caso di fallimento per effetto di operazioni dolose*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2012, p. 651 ss.

<sup>5</sup> Cass. pen., 24 settembre 2012, n. 47502, in CED Cass., n. 253493.

<sup>6</sup> Sul tema si vedano V. PATALANO, *Significati e limiti nella dommatica dei reati di pericolo*, Napoli, 1979; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione di tutela. I reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Cedam, Padova, 1970; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 ss.; G. DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1731 ss.; A. GARGANI,

profondire le questioni proposte negli anni, ci porterebbe lontani e finiremo per perdere d'occhio l'obiettivo specifico che si vuole trattare in questo scritto.

È necessario, tuttavia, rilevare come lo stesso concetto di pericolo abbia subito, nel tempo, una notevole trasformazione nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, probabilmente anche a causa dell'aumentato numero di reati di pericolo previsti dal legislatore, con i quali si è evidentemente inteso anticipare la tutela del bene giuridico rispettivamente protetto e prevenirne le prevedibili aggressioni derivanti dall'incremento delle attività pericolose e dalla sempre più pressante necessità di salvaguardare settori e beni di interesse collettivo, tra i quali appunto anche l'economia.

Non vi è dubbio che il concetto di pericolo è di per sé difficilmente inquadrabile in categorie schematiche; del resto si tratta pur sempre di un'astrazione e, come tale, affidata ad una soggettiva valutazione.

Come è noto la distinzione più accreditata e preferibile è quella tra reati di pericolo presunto (o astratto) e reati di pericolo concreto (o effettivo).

Nella prima categoria, il legislatore ricomprende fattispecie nelle quali il reato si consuma e si esaurisce nella condotta. Nella meno recente elaborazione dottrinale, a lungo si è ritenuto che il pericolo andasse ad assumere il connotato di una semplice modalità della condotta illecita, nella convinzione che nulla di più sarebbe stato richiesto dal legislatore perché il reato potesse considerarsi realizzato<sup>7</sup>. Anche la giurisprudenza si è allineata per lunghi anni a tale definizione, osservando come il pericolo non sia inserito tra i requisiti detta fattispecie incriminatrice, ma venga presunto *iuris et de iure*. Pertanto, non solo non deve essere accertata la concreta esistenza dello stato di pericolo, ma neanche è ammessa prova contraria<sup>8</sup>.

In epoca più recente, sotto la spinta della dottrina penalistica<sup>9</sup> e della Corte Costituzionale<sup>10</sup>, si è assistito ad un notevole passo in avanti. Si è osservato come anche per i reati di pericolo c.d. presunto (o astratto) non è sufficiente la sola presunzione del legislatore, in conseguenza della quale sarebbe inutile ogni tipo di accertamento, perché la costruzione di una siffatta ipotesi di reato finirebbe col contrastare con alcuni principi fondamentali, costituzionalmente tutelati dal nostro ordinamento, tra cui quello di legalità, di determinatezza, di tassatività e di offensività. Si è giunti così alla conclusione che anche per questa

*Il danno qualificato dal pericolo: profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005. Nella manualistica G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, 195; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, 226; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 203; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, in *Raccolta di scritti*, Torino, 2237 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 2004, 338; S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVI, 1991, 2 ss.

<sup>7</sup> C. SALTELLI – E. ROMANO DI FALCO, *Commentario teorico-pratico del codice penale*, III ed., Torino, 1956, 520 ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, Torino, 1935, 194 ss.

<sup>8</sup> Da ultimo Cass. pen., Sez. 5, 28 ottobre 1999, n. 5215 in CED Cass. n., 215563.

<sup>9</sup> GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, M. DONINI, *Selettività e paradigmi nella teoria del reato*, in AA VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di F. Bricola*, a cura di S. Canestrari, Torino, 1997, 431 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 360 ss.

<sup>10</sup> *Ex plurimis*. v. sent. n. 265 del 2005, sent. n. 263 e sent. n. 519 del 2000, sent. n. 360 del 1995.

categoria di reati in cui basta la sola condotta per l'integrazione della fattispecie, occorre comunque che il giudice accerti l'intrinseca idoneità offensiva della stessa <sup>(11)</sup>. Non sono mancate, così, pronunce giurisprudenziali che hanno richiesto l'accertamento della concreta pericolosità della condotta anche in relazione ai reati di pericolo astratto <sup>12</sup>.

Per quanto riguarda, invece, i reati c.d. di pericolo concreto (o effettivo) la realizzazione della condotta descritta dal legislatore non esaurisce la fattispecie, perché nelle figure appartenenti a questa categoria di reati il pericolo non rimane più allo stato di semplice modalità o giudizio sulla condotta, ma assurge al rango di autonomo elemento essenziale del reato, indispensabile per la sua consumazione che, dunque, si aggiunge alla condotta. Di conseguenza, il giudice deve accertare caso per caso se il bene giuridico tutelato abbia corso o meno un effettivo rischio di compromissione <sup>13</sup>.

### 3. Cenni sugli opposti approcci della Corte di cassazione in merito al pericolo nel delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare.

Con riferimento al delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, buona parte della giurisprudenza in modo più o meno esplicito ritiene che si tratti di un delitto di pericolo presunto. Si parte dal presupposto che una condotta depauperativa costituisce *ex se* una

<sup>11</sup> M. PARODO GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. pen.*, 1999, 700 ss.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, per tutti, v. Cass. pen., Sez. III, 26 novembre 1999, n. 2733, in CED Cass. n., 215868 ove testualmente si afferma "A tale conclusione, del resto, deve giungersi anche sulla base dell'obbligo che ha il giudice di preferire per qualsiasi disposizione una interpretazione adeguatrice, dal momento che se non vi fosse la possibilità di superare la presunzione, i c.d. reati di pericolo presunto sarebbero sicuramente in contrasto con i principi costituzionali. Deve a questo proposito ricordarsi che la Corte costituzionale ha sì più volte affermato che la configurazione di fattispecie criminose strutturate con riferimento ad un evento di pericolo astratto o presunto non è incompatibile in via di principio con il dettato costituzionale, purché esse non siano irrazionali od arbitrarie (cfr. sent. n. 1 del 1971, n. 139 del 1982, n. 126 del 1983, n. 71 del 1978, n. 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995), ma ha altresì precisato che anche per i reati ascritti alla categoria di quelli formali e di pericolo presunto od astratto è sempre devoluto al sindacato del giudice penale l'accertamento in concreto dell'offensività specifica della singola condotta (sent. n. 247 del 1997). Ossia, anche qualora si tratti di un reato di pericolo presunto od astratto, è sempre necessario, per la configurabilità del reato stesso, che sussista l'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata, dal momento che ove questa sia assolutamente inadeguata a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.) (sent. n. 360 del 1995). L'offensività, infatti, deve ritenersi di norma implicita nella configurazione del reato e nella sua qualificazione di illecito da parte del legislatore (ord. n. 437 del 1989, sentt. n. 144 del 1991, n. 333 del 1991, n. 133 del 1992). Nel nostro ordinamento, quindi, vige il principio di offensività, alla cui luce – sia esso, o meno, di rango costituzionale – ogni interpretazione di norme penali va condotta. Pertanto, è compito del giudice, e non obbligo del legislatore, stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49, comma secondo, cod. pen. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno ad offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione, al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante (sent. n. 62 del 1986). Sicché, anche nei reati di pericolo presunto od astratto, la mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario che dovrà in tal caso ritenere che non si siano integrati gli estremi per la sussistenza del reato (sentt. n. 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995);

<sup>13</sup> Per un approfondimento circa la tematica del pericolo concreto v. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

indebita aggressione delle garanzie dei creditori, considerate intangibili, e pertanto, anche ove collocata in tempo sensibilmente lontano dal momento dell'insorgere della crisi finanziaria o anche nell'ipotesi in cui quest'ultima nasca per fattori del tutto scollegati rispetto alla stessa, il reato *de quo* deve considerarsi configurato<sup>14</sup>; l'idoneità pericolosa della condotta viene individuata nella natura quasi sacrale della posizione dei creditori di cui l'imprenditore è garante, sicché qualsiasi attività che riduce, seppure in minima parte le loro garanzie, viene qualificata come pericolosa.

Si censura dunque la pericolosità della condotta distrattiva (in quanto tale) per il bene giuridico tutelato senza tener conto della situazione dell'impresa al momento della sua realizzazione, con la conseguenza che qualsiasi fatto depauperativo del patrimonio – anche se di molto risalente nel tempo – viene in auge ed assume valenza lesiva al momento della dichiarazione di fallimento<sup>15</sup>.

In tale prospettiva a nulla rileva la situazione finanziaria dell'impresa al momento della condotta, così come non viene richiesto alcun nesso di natura causale o psichica tra la stessa e dissesto<sup>16</sup>. Il giudice sarebbe svincolato da qualsiasi accertamento in merito alla possibile o probabile percezione da parte dell'agente della pericolosità della condotta per le sorti aziendali al momento della sua realizzazione<sup>17</sup>.

In quest'angolo visuale, ciò che conta sarebbe il distacco del bene dal patrimonio sociale, che porterebbe in automatico al depauperamento dell'impresa in danno ai creditori; per contro, nessuna indagine viene ammessa (o anche solo presa in considerazione) in merito alla qualità del distacco stesso e alla sua effettiva capacità di porre in pericolo le garanzie che la massa sarà in grado di escutere al momento del fallimento.

Si tratta, dunque, di un giudizio che si basa su una analisi di natura valutativa della condotta per la posizione che la stessa assume in ordine al bene tutelato, tipica dei reati di pericolo astratto, laddove viceversa manca qualsiasi considerazione in ordine ai rapporti concreti tra la prima e il secondo.

<sup>14</sup> Ex plurimis Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2012, n.3229, in C.E.D. Cass., n. 253933; Cass. pen., Sez.V, 8 febbraio 2012, n. 11633, ivi, n. 252307; Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2011, n. 4493, ivi, n. 251214;

<sup>15</sup> Cass., pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36629, in CED Cass., n. 227148; Cass. pen., Sez. V, 19 marzo 1999, n. 6470, ivi, n. 213808; Cass., pen., Sez. V, 23 ottobre 1996, n. 10941, ivi, n. 206542.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546, in Il fall., 2009, 313 ss.

<sup>17</sup> La rigidità della posizione giurisprudenziale emerge in tutta evidenza nella sentenza Gennari ove si afferma che *"in materia di bancarotta fraudolenta, l'elemento soggettivo è costituito dal dolo generico e, quindi, dalla coscienza e volontà dell'azione, compiuta con la consapevolezza, insita nel concetto stesso di distrazione, del depauperamento o della possibilità del depauperamento della società in danno dei creditori. Sul dolo non ha incidenza, quindi, né la finalità perseguita in via contingente dal soggetto, che è fuori della struttura del reato, né il recupero o la possibilità di recupero del bene distaccato, attraverso specifiche azioni esperibili, in quanto la norma incriminatrice punisce, in analogia alla disciplina dei reati che offendono comunque il patrimonio, il fatto della sottrazione, nel quale si traduce, con corrispondente danno, ontologicamente, ogni ipotesi di distrazione. La sottrazione si perfeziona al momento del distacco dei beni dal patrimonio della società, anche se il reato viene ad esistenza giuridica con la dichiarazione di fallimento, e prescinde dalla validità, opponibilità e dagli effetti civili del trasferimento e dalle eventuali azioni esperibili per l'acquisizione del bene. Il recupero del bene, reale o soltanto potenziale, è un "posterius" che non ha incidenza giuridica sulla fattispecie ormai perfetta ed è equiparabile alla restituzione della refurtiva operata dalla polizia"*. Così, Cass. pen., Sez. V., 17 maggio 1996, in CED. Cass., n. 205920.

Bypassando le problematiche attinenti all'offensività, il nesso causale, l'elemento soggettivo, l'orientamento *de quo* apre una profonda voragine in termini di tenuta costituzionale dell'istituto, che – almeno in questa prospettiva – risulta apertamente confligente con l'articolo 27 Cost.

Al riguardo, illuminanti sono le osservazioni del Pedrazzi<sup>18</sup>, secondo il quale l'illegittimità delle fattispecie di bancarotta emergerebbe già avendo riguardo ad un significato minimo dell'art. 27 Cost., poiché, non essendo richiesto alcun legame causale tra condotta e fallimento, all'imprenditore potrebbe venire addossata una responsabilità per fatto non proprio<sup>19</sup>.

Non a caso, altra parte della giurisprudenza qualifica il delitto di bancarotta come reato di pericolo concreto, con evidenti ricadute sia in ordine all'elemento oggettivo che quello soggettivo.

Sotto il primo versante, assumono rilevanza solo quelle condotte di distacco e/o estromissione di uno o più beni del patrimonio dell'impresa in grado di determinare uno squilibrio economico all'interno della stessa, idoneo a porre in pericolo le regioni dei creditori<sup>20</sup>.

In alcune pronunce, ponendo l'accento sui rapporti tra offesa e bene giuridico tutelato, la cassazione giunge alla conclusione per cui non tutte le condotte ablative del patrimonio dell'impresa sono anche foriere di un pericolo concreto per le garanzie dei creditori; in particolare, si osserva come queste ultime siano soddisfatte nella misura in cui l'imprenditore conservi quella parte del patrimonio idonea a far fronte alle obbligazioni prese, mentre la restante (si fa l'esempio dei dividendi tra soci) può essere disposta dallo stesso liberamente in quanto rientrante nella sua piena disponibilità di gestione<sup>21</sup>.

In quest'ottica, il mero impoverimento dell'asse patrimoniale dell'impresa non può, *in ipso jure*, coincidere con l'offesa provocata dal reato; quest'ultima si sostanzia solo quando il depauperamento della consistenza patrimoniale è idoneo a danneggiare le aspettative dei creditori, i quali, nella loro qualità di presone offese, costituiscono l'indispensabile referente per lo scrutinio dell'effettività del pericolo generato da una condotta diminutiva del patrimonio da parte dell'imprenditore. Di conseguenza, è integrativa del reato non già la sottrazione di qualsiasi ricchezza che costituisce l'offesa del reato, ma soltanto quella che è idonea a recare danno alle loro pretese<sup>22</sup>.

Seguendo tale impostazione vien da se che, quando l'impresa è in *bonis* l'unico onere che l'imprenditore ha è quello di conservare il valore del relativo patrimonio nel suo complesso, essendo, però, libero di dare dinamicamente a singoli beni delle destinazioni che

<sup>18</sup> C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 900 ss.

<sup>19</sup> Si veda sul punto anche M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa) alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 123 ss.

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. V., 10 settembre 2013, n. 41665, in CED Cass., n. 257231 con nota di E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, n. 7-8, 2014, 2638 ss.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. V., 23 marzo 2011, n. 16388, in CED Cass., n. 250108, con nota di E. BOZHEKU, *L'elemento soggettivo dell'extraneus concorrente in fatti di bancarotta impropria nel caso di fallimento per effetto di operazioni dolose*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2012, 651 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

ben possono coesistere con il principio di responsabilità che deve guidare la sua attività<sup>23</sup>.

Di notevole interesse in punto di qualificazione del pericolo nei delitti di bancarotta sono le pronunce in tema di bancarotta c.d. riparata, ove partendo dalla constatazione per cui il pregiudizio per i creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento si giunge alla conclusione per cui il pericolo deve essere valutato in concreto in quel momento, verificando se la diminuzione della consistenza patrimoniale abbia lasciato traccia di uno squilibrio tra attività e passività<sup>24</sup>, ovvero se una condotta ripianatoria di segno simmetricamente eguale (e dunque opposto) abbia annullato i precedenti effetti pregiudizievoli<sup>25</sup>.

Si segnalano, infine, pronunce giurisprudenziali, dove si ritiene che il giudizio di pericolosità di una condotta deve essere valutato al momento della dichiarazione di fallimento; più in particolare, se, da un lato, si ritiene che nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non sia necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, al contempo viene riconosciuta l'importanza dell'accertamento in concreto delle pericolosità della condotta distrattiva che deve essere valutata al momento dell'intervento della dichiarazione di fallimento; in altre parole, solo avendo riguardo a quest'ultimo si è in grado di stabilire se l'impiego di risorse patrimoniali per interessi estranei alle attività d'impresa possa qualificarsi come effettivamente pericoloso per i creditori della stessa<sup>26</sup>.

#### 4. Gli ultimi dicta (in sintesi) del Supremo Collegio in materia di pericolo nella bancarotta fraudolenta.

Mentre con la sentenza Santoro la V<sup>a</sup> sezione del Supremo Collegio della Corte di cassazione riaccendeva il dibattito in merito alla collocazione sistematica da assegnare alla dichiarazione di fallimento all'interno del delitto di bancarotta<sup>27</sup>, alle idi di aprile 2017 la

<sup>23</sup> G. PEDRAZZI, *Sub art. 216*, in Pedrazzi - Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte di Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, Bologna - Roma, 1995, 14; A. LANZI, *La responsabilità penale nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 494 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, in CONTI, *Diritto penale commerciale*, Torino, 1991, 88 ss.

<sup>24</sup> *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212 in CED Cass., n. 233604; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006, n. 3622 in CED Cass., n. 236051; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043 in CED Cass., n. 238212; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in CED Cass., n. 249721; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2013, in CED Cass., n. 2555576; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in CED Cass., n. 261347; Cass. pen., 20 ottobre 2015, n. 4790, in CED Cass., n. 266025.

<sup>25</sup> Con riferimento alla dottrina sul punto, v. O. ZAMPANO, *Bancarotta "riparata" e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2015.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. 5, 17 luglio 2014, n. 47616, in CED Cass., n. 261683.

<sup>27</sup> Sul problema della catalogazione sistematica della dichiarazione di fallimento all'interno del delitto di bancarotta fraudolenta e le relative ricadute v. P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in *Id.*, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 291 ss.; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 896 ss.; *Id.*, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 328 ss.; M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 54 ss.; A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi*

stessa proponeva un'altra interessante pronuncia, questa volta in tema di pericolo nella struttura del delitto *de quo*.

In particolare, con la sentenza n. 17819 del 24.03.2017, Palitta, la Corte affermava il principio per cui il delitto di bancarotta fraudolenta è una fattispecie di pericolo concreto<sup>28</sup>.

Fin qui nulla di particolarmente nuovo o eclatante, posto che – come rilevato – non mancano decisioni della cassazione che giungono a simili conclusioni.

Il *novum* semmai va trovato nello sforzo – importante e dunque apprezzabile – di stabilire dei criteri commisurativi del pericolo qualificante le condotte del delitto in questione.

Ma partiamo dalla vicenda concreta sottoposta al vaglio di giudici di piazza Cavour.

Un imprenditore veniva condannato a titolo di bancarotta per distrazione per aver venduto sottocosto un immobile qualche mese prima che l'impresa fosse posta in stato liquidazione. La stessa falliva tre anni dopo.

Dopo un lungo *excursus* in ordine alle posizioni emerse in seno alla giurisprudenza di legittimità la Corte giungeva alla conclusione: a) che il bene giuridico tutelato dalla bancarotta fraudolenta è di natura patrimoniale e consistente nell'integrità del patrimonio sociale a garanzia dei creditori in vista del loro pieno soddisfacimento; b) che si tratta di un reato di pericolo concreto, ove lo stato di insolvenza rappresenta l'evento (di pericolo) per la massa dei creditori; c) che esistono tre categorie di condotta-tipo in relazione alle quali il giudice di merito deve svolgere un'attenta analisi per qualificare come pericolose atti di natura depauperativa realizzati dall'imprenditore durante la vita dell'impresa.

Con riferimento al punto c), la prima categoria che viene evidenziata e che – secondo la Corte – non porrebbe difficoltà in termini di accertamento del pericolo riguarderebbe le condotte realizzate nell'ambito della c.d. “zona di rischio penale”, la quale deve essere identificata nel momento temporale coincidente con la prossimità dello stato di insolvenza: le condotte poste in essere in prossimità o – addirittura – nell'ambito di uno stato di crisi conosciuta dall'imprenditore sarebbero, invero, sintomatiche di un pericolo per l'interesse dei creditori sociali.

Dunque, qualsiasi condotta realizzata in prossimità dello stato d'insolvenza (a prescindere se neutra ovvero carica *ex se* di potenzialità lesiva per la massa dei creditori) assumerebbe i connotati di una condotta concretamente pericolosa: qualsiasi azione, insomma,

---

*del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.; F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 gennaio 2013; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2013; F. BALATO, *Sentenza Parmalat vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2015; C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2015; F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, *ibidem*, 23 febbraio 2015 e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>28</sup> Cass. Pen., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in CED Cass., n. 269562.



posta in essere nell'ambito della c.d. "zona di rischio penale" sarebbe oggettivamente e soggettivamente indiziante di un pericolo per i creditori.

Con riferimento, invece, alle condotte antecedenti al manifestarsi della crisi d'impresa, la Corte distingue altre due categorie.

In una prima categoria vengono collocate le condotte che per loro stessa natura sono pericolose per il bene giuridico tutelato; la loro intrinseca forza lesiva le renderebbe concretamente pericolose.

Secondo la Corte, dunque, prima dell'inizio della crisi aziendale, le condotte che manifestano caratteristiche obiettivamente lesive e, in più, permanenti, almeno fino al manifestarsi dello stato di insolvenza, sarebbero, in quanto tali (e dunque senza necessità di ulteriori accertamenti), concretamente pericolose per gli interessi della massa dei creditori (si fanno al riguardo gli esempi delle operazioni fittizie, i casi di dissipazioni e/o distruzione del patrimonio ecc.: situazioni dunque persistenti fino alla manifestazione della crisi aziendale).

In una seconda categoria infine vengono collocate le condotte residue non rientranti tra quelle coincidenti con gli obiettivi d'impresa ma tuttavia prive di un intrinseco potenziale lesivo e cronologicamente distaccate dall'epilogo (insolvenza).

Per poter affermare che queste ultime possano assumere una idoneità lesiva per gli interessi dei creditori vengono dettati alcuni criteri cui l'interprete dovrebbe fare riferimento. In particolare, il giudice dovrebbe espletare un'approfondita analisi tenendo conto di alcuni parametri valutativi e, in particolare, dovrebbe analizzare: a) il contesto storico e cronologico in cui la condotta è stata realizzata; b) le cause che hanno provocato il dissesto; c) l'eventuale incidenza sul dissesto della condotta contestata tenuto conto anche della distanza cronologica rispetto al primo; c) la consapevole e concreta rischiosità dell'operazione per i creditori in capo all'imprenditore in quel dato momento storico.

Segnatamente si afferma che le condotte in esame devono essere *"necessariamente analizzate con riferimento al contesto cronologico e storico e alle implicazioni soggettive dell'agente, posto che l'affermazione della ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale si giustifica solo se l'ingiustificato distacco di una parte del valore del bene, frutto dell'atto infedele dell'amministratore, sia anche espressione, per la prossimità allo stato di insolvenza o per altra evidente causa, di una consapevole esposizione a pericolo degli interessi dei creditori"*.

Dalle tre categorie di condotta-tipo individuate dalla Corte ai fini della valutazione del pericolo, nelle prime due, sia per il contesto in cui vengono realizzate (in prossimità dello stato d'insolvenza, in relazione alla prima) sia la potenzialità intrinseca di quest'ultima (condotte palesemente depauperative del patrimonio con effetti permanenti fino all'approssimarsi dello stato di insolvenza, nella seconda) sono di una evidenza tale da facilitare molto il compito dell'interprete: quest'ultimo avrebbe sufficienti elementi, o legati al momento storico-cronologico in cui si trova l'impresa o all'evidente potenzialità lesiva della condotta che permane fino al raggiungimento dello stato di decozione, per poter stabilire la pericolosità concreta della stessa. Nella terza ipotesi invece tutti questi elementi devono essere oggetto di una approfondita e composita valutazione; ciò – come afferma la Corte

– sarebbe indispensabile per evitare di ricondurre un atto di infedeltà patrimoniale al delitto di bancarotta, il quale in verità non si configurerebbe poiché la condotta non sarebbe concretamente lesiva per gli interessi dei creditori.

## 5. Alcune ulteriori considerazioni sul pericolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta prefallimentare.

La sentenza Palitta risulta particolarmente interessante, sia per lo sforzo esegetico orientato a dimostrare che il delitto di bancarotta fraudolenta sia connotato dall'elemento del pericolo concreto, sia per il tentativo di offrire dei validi parametri valutativi cui l'interprete dovrebbe fare riferimento per poter definire una condotta come concretamente pericolosa e dunque portatrice della necessaria offensività ai fini dell'integrazione del delitto di bancarotta.

Soprattutto quest'ultimo aspetto è molto significativo e degno di attenzione nella misura in cui traccia all'interprete il percorso che dovrebbe seguire per verificare se una condotta diminutiva del patrimonio dell'impresa sia anche concretamente pericolosa per le garanzie dei creditori e dunque sia offensiva.

Stando alla Corte, i criteri di valutazione del pericolo non possono essere gli stessi in relazione a tutte le condotte, ma vanno diversificati e modulati a seconda dei casi, individuando a tal fine – come si è rilevato prima – tre categorie di condotte-tipo.

Con riferimento alle condotte realizzate in prossimità del manifestarsi dello stato di insolvenza, la valutazione per l'interprete non dovrebbe essere particolarmente gravosa, posto che lo stato economico dell'impresa è particolarmente fragile (o addirittura quasi compromessa), sicché qualsiasi condotta esorbitante dall'ambito delle attività proprie dell'imprenditore assume una carica lesiva e dunque diventa concretamente pericolosa per il bene protetto, consistente nella garanzia dei creditori ad essere soddisfatti dal patrimonio dell'imprenditore. L'offensività della condotta si ricava non già dall'analisi dei connotati della stessa ma dal contesto in cui viene realizzata; è la situazione di crisi dell'azienda a conferirle i crismi di pericolosità a prescindere dalla sua intrinseca potenzialità lesiva.

In questa prospettiva, possono ritenersi tipiche perché cariche della necessaria offensività/pericolosità anche condotte di per sé di poco rilievo, ma che in quel determinato – e deteriorato – contesto diventano lesive per le aspettative dei creditori. Per fare un esempio, anche l'appropriazione di piccole somme o spese di natura familiare di poco rilievo da parte dell'imprenditore, dovrebbero ritenersi tipiche e dunque in grado di incidere negativamente sulle sorti dell'azienda e in definitiva sulle garanzie della massa creditizia poiché realizzate nel momento di agonia (preludio dell'epilogo) dell'azienda e dunque in piena zona di rischio, per usare i termini della sentenza<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Sul punto in dottrina particolarmente interessanti sono le considerazioni di N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in ID (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 9 ss.

Diversa è invece la valutazione che deve essere fatta con riferimento a condotte manifestamente contrarie agli obiettivi dell'azienda e oggettivamente pericolose per l'assetto economico dell'impresa. Stando alla Corte non è sufficiente che quest'ultime siano intrinsecamente pericolose e dunque potenzialmente in grado di mettere a rischio gli equilibri economico-finanziari dell'azienda, ma occorre anche che il loro effetto pericoloso permanga fino all'apertura delle procedure concorsuali. Con riferimento a quest'ultima categoria, la sentenza è massimata come segue: *“Il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare è un reato di pericolo concreto, in cui l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare”*<sup>30</sup>.

L'osservazione ci sembra molto interessante e degna di attenzione, nella misura in cui ritiene che l'accertamento di tipo *ex ante* non sia sufficiente ai fini della verifica dell'idoneità offensiva della condotta<sup>31</sup>, ma occorrerebbe valutare anche se la condotta depauperativa, a prescindere dalla propria intrinseca portata lesiva, abbia determinato un effetto di squilibrio sugli assetti finanziari dell'impresa che non sia *medio tempore* rientrato<sup>32</sup> e dunque riscontrabile al momento dell'apertura della procedura fallimentare<sup>33</sup>.

In quest'ottica, la pericolosità della condotta non può essere ricavata dalla sua intrinseca carica lesiva, ma deve essere apprezzata 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.

Per fare ciò occorre espletare una diagnosi in relazione a ciò che è effettivamente accaduto, e dunque stabilire se concretamente, dato il contesto, la condotta (ad esempio distruttiva o dissipativa) abbia inciso sugli equilibri finanziari dell'impresa, creando una situazione di pericolo per la massa dei creditori; se, viceversa, si dovesse continuare a valutare la potenzialità intrinseca della condotta senza tener conto dei suoi effetti sugli equilibri economici aziendali, si condurrebbe una valutazione solo sul piano ipotetico, conferendo al delitto de quo il sapore di un reato di pericolo astratto.

Dunque, al fine di stabilire se una condotta sia o meno (concretamente) pericolosa bisogna aver riguardo agli effetti realizzati dalla condotta depauperativa e ciò non può che avvenire in un momento cronologico diverso rispetto a quello della realizzazione della stessa<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> V. massima in CED Cass., n. 269562.

<sup>31</sup> In questi termini ci eravamo espressi in uno scritto riguardante il commento di un'altra sentenza della Corte di cassazione in materia di bancarotta. Per maggiori approfondimenti v. E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2644.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Questa sembrerebbe essere anche la prospettiva accolta dalla sentenza in esame.

<sup>34</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2646.

Tale opzione ermeneutica prende ulteriore vigore dal ragionamento sviluppato dalla Suprema Corte in relazione alla sentenza *de qua* (Palitta). Dal momento che si riconosce che il delitto di bancarotta è connotato dal c.d. pericolo concreto, l'accertamento di quest'ultimo deve essere necessariamente di natura composita (o eclettica)<sup>35</sup>: il mero accertamento della pericolosità intrinseca della condotta non è sufficiente ma occorre espletare anche una diagnosi di fatto, nell'ambito di un giudizio *ex post*, per stabilire – e in questa linea di pensiero ci sembra si annoveri anche la sentenza Palitta – se la condotta depauperativa sia ancora pericolosa per l'interesse dei creditori anche al momento dell'apertura delle procedure concorsuali<sup>36</sup>.

Certo, non è semplice stabilire degli indici dai quali ricavare la persistenza o meno di un pericolo per l'impresa al momento dello stato di decozione. Né la sentenza in commento offre sufficienti spunti in merito a tale ipotesi. Si potrebbe tuttavia azzardare qualche ragionamento. Si potrebbe validamente ritenere, ad esempio, che, a fronte di condotte *ex se* pericolose per la massa dei creditori (es. distrazione di rilevanti somme di danaro), se l'imprenditore avesse riequilibrato la situazione finanziaria dell'azienda – sicché quelle condotte hanno *medio tempore* perso la loro capacità lesiva per il bene giuridico – le stesse non dovrebbero qualificarsi come distrattive.

Per stabilire ciò, si potrebbe valutare in concreto se successivamente alla condotta pericolosa l'imprenditore sia stato capace di generare ricchezza in via endogena: se – *medio tempore* – lo stesso ha, ad esempio, generato utili che sono stati riversati nelle casse dell'azienda e dunque hanno annullato l'effetto pregiudizievole delle precedenti condotte, si dovrebbe concludere che quest'ultima in relazione al contesto complessivo dell'azienda ha perso il suo connotato offensivo e dunque non è – al momento dell'apertura della procedura fallimentare, come richiede la sentenza in commento – più pericolosa in quanto non più “*idonea ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori*”<sup>37</sup>, nella misura in cui ne manca la permanenza al momento dell'apertura della procedura fallimentare. Viceversa, ove il recupero della situazione patrimoniale sia dipeso da fattori esogeni, che solo apparentemente hanno creato un miglioramento della situazione finanziaria, ma di fatto non hanno generato alcuna ripresa economica (es. la concessione di un mutuo), o, peggio ancora, alla lunga abbiano aggravato le sorti dell'impresa (es. in caso di ricorso a crediti usurari), allora il reato dovrebbe sussistere, poiché la liquidità introitata dall'impresa tramite simili strumenti finanziari ha un effetto neutro, se non peggiorativo<sup>38</sup>; in queste ipotesi solo apparentemente si annullano gli effetti dello squilibrio finanziario creato da una precedente condotta distrattiva, poiché a fronte

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> A questa tesi sembra aderire anche G. MINICUCCI, *Maccaroni stare decisis? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva*, in *questa rivista*, n. 2, 2017, 199.

<sup>37</sup> V. le considerazioni conclusive della sentenza Palitta, da cui prende spunto questo scritto.

<sup>38</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2647.

di crediti acquisiti, immediatamente si determinano debiti di pari importo (in questo caso, però, con riferimento alla posizione del terzo estraneo finanziatore, che in astratto potrebbe essere chiamato come concorrente, l'atteggiarsi dell'elemento psicologico necessita di una serie di precisazioni che si cercheranno di affrontare nelle pagine che seguono)<sup>39</sup>.

Questa soluzione ci sembra in linea con quanto affermato dalla sentenza da cui prende spunto questo lavoro, nella misura in cui, in relazione a condotte connotate da un'intrinseca potenzialità lesiva delle garanzie dei creditori, richiede – in aggiunta – che la stessa continui a spiegare i suoi effetti negativi fino al momento di apertura delle procedure concorsuali<sup>40</sup>.

Un ulteriore profilo interessante della sentenza Palitta è rappresentato dalle osservazioni attinenti ai criteri cui il giudice di merito dovrebbe attenersi nel valutare nella prospettiva di ritenere pericolose o meno condotte in sé prive di una intrinseca potenzialità lesiva – o che addirittura non sono apparentemente confliggenti con gli obiettivi dell'impresa – e consumate molto tempo prima rispetto allo stato di crisi dell'impresa. Si pensi al riguardo a comportamenti dell'imprenditore come quelli di cui si è fatto cenno in relazione alla prima categoria di condotte-tipo, ossia l'impossessamento di piccole somme, ovvero la realizzazione di piccole spese personali e/o familiari o – ancora – operazioni economiche rientranti nell'ambito delle attività d'impresa e tuttavia connotate da scelte imprenditorialmente imprudenti o *ictu oculi* poco condivisibili (ad esempio, vendite di beni sotto costo ecc.).

Come correttamente rileva la Corte, il compito dell'interprete, volto sempre a dimostrare l'idoneità lesiva di simili comportamenti rispetto ai creditori della procedura concorsuale, si fa proporzionalmente più oneroso.

Sicuramente però è la stessa Corte a mettere un punto fermo dal quale partire: la pericolosità della condotta deve essere valutata tenendo conto del momento di dichiarazione del fallimento.

La soluzione ci sembra abbastanza condivisibile; essa accoglie l'idea per cui l'effettiva offensività della condotta deve essere valutata non in modo statico ma dinamico, considerando i successivi riflessi che la stessa abbia avuto con riferimento agli equilibri economico-finanziari dell'azienda<sup>41</sup>.

In tale prospettiva, i parametri di riferimento per l'interprete al fine di stabilire la concreta pericolosità della condotta devono essere: a) il contesto storico-cronologico cui è avvenuto la condotta; b) il suo inquadramento nel contesto delle condizioni economiche della società; c) le cause della crisi e dell'insolvenza dell'azienda; d) i profili di rischio di sottrazione delle garanzie alla procedura fallimentare e dunque la lesività per

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Così anche C. MINICUCCI, *Maccaroni stare decisis? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva*, in questa rivista, n. 2, 2017, 199.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

la massa dei creditori derivanti dalla condotta, considerata la sua lontananza nel tempo dal fallimento.

A tali parametri la Corte, in verità, ne affianca un altro, ossia le implicazioni soggettive in capo all'imprenditore tenuto conto sia della condotta sia del contesto cronologico in cui la stessa viene realizzata. Secondo la Corte, infatti, anche la consapevolezza dell'esposizione a pericolo delle garanzie dei creditori deve essere vagliata sotto il profilo dell'accertamento del pericolo stesso.

Un simile criterio non convince e non è condivisibile, nella misura in cui è di matrice chiaramente soggettiva. Esso non sembra possa ritenersi valido ai fini di un'analisi orientata all'accertamento della concreta pericolosità dell'atto depauperativo, nella misura in cui la pericolosità attiene all'elemento oggettivo del delitto di bancarotta. Pertanto, essa deve essere ricavata attraverso una valutazione della condotta in sé e nel contesto in cui viene realizzata; una valutazione del fatto storico dunque che non deve essere contaminata da elementi di natura soggettiva (come ad esempio la percezione dell'imprenditore, la sua conoscenza della situazione aziendale, la consapevolezza del pericolo per le garanzie dei creditori ecc. ecc.); semmai questi ultimi potranno essere presi in considerazione ai fini dell'accertamento del dolo in capo all'imprenditore ovvero, nel caso di concorso di persone nel delitto *de quo*, in capo ai concorrenti *extranei* alla compagine sociale.

## 6. Qualche considerazione (flash) in merito alle possibili ricadute sull'elemento psicologico.

La considerazione ultima sulla consapevolezza del pericolo in capo all'imprenditore, seppure nella prospettiva – non condivisibile – dell'accertamento della pericolosità concreta della condotta, apre una finestra in merito all'altra grande problematica legata al delitto di bancarotta: l'oggetto del dolo e il relativo accertamento.

Tuttavia, non rappresentando la tematica l'oggetto principale di questo scritto, è opportuno limitarci ad alcune brevissime considerazioni.

Un dato è certo: la costruzione della fattispecie intorno al concetto di pericolo concreto, non può non avere rilevanti ricadute anche su questo tema, posto che il pericolo concreto deve essere oggetto di rappresentazione e volizione da parte dell'agente. Partendo da questo presupposto, è chiaro che entra in crisi l'orientamento per cui ai fini della configurazione dell'elemento psicologico sarebbe sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte, mentre non sarebbe necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori<sup>42</sup>. Se il carattere offensivo delle

---

<sup>42</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., SS.UU., 31 marzo 2016, n. 22474, in CED Cass., n. 266805; Cass. pen., Sez. V, 04 novembre 2014, n. 52077, in CED Cass., n. 261348.

condotte distrattive deve essere valutato tenendo conto della prossimità del dissesto – come vuole la sentenza in commento –, è chiaro che la prospettiva dello stato di insolvenza non può sfuggire dal fuoco del dolo; se l'agente agisce nella consapevolezza che la propria condotta possa portare ad un simile epilogo, agendo anche al costo di determinarlo, è chiaro che si è dinanzi ad una lesione del diritto al credito.

Perché una simile conclusione sia valida è necessario che l'imprenditore sia consapevole che la condotta depauperativa sia anche pericolosa per gli equilibri finanziari dell'impresa, tenuto conto di quella che è la complessiva situazione economica della stessa. Non è necessario che lo stesso si rappresenti lo stato di dissesto, ma tuttavia, conoscendo la situazione interna all'azienda, dovrebbe quanto meno avere coscienza del fatto che le sue azioni siano idonee a creare un possibile pericolo in questa prospettiva.

Sotto il profilo dell'accertamento, ciò può essere agevolmente riscontrato con riferimento alla condotte rientranti nella prima categoria descritta addietro, ossia quella in cui possono ricondursi le condotte realizzate in prossimità dello stato di insolvenza. In relazione a quest'ultime, la conoscenza della deteriorata situazione economica dell'impresa non può non portare a ritenere pericolosa sul versante intellettuale qualsiasi condotta depauperativa posta in essere da parte dell'imprenditore.

Con riferimento invece alle condotte intrinsecamente pericolose, la cui pericolosità deve permanere fino al momento di apertura della procedura fallimentare, l'accertamento della consapevolezza o meno dell'agente non dovrebbe appuntarsi solo con riferimento alla portata lesiva della condotta, ma dovrebbe abbracciare anche i possibili o probabili effetti che la stessa possa avere sugli assetti economico finanziari dell'impresa.

La soluzione sembra in perfetta linea con quanto fin qui sostenuto in relazione al concetto di pericolo nella struttura del delitto *de quo*: se il pericolo deve essere apprezzato sia nella sua dimensione intrinseca alla condotta, sia in *relazione* agli effetti che la stessa produce sugli assetti economici dell'impresa, è chiaro che l'agente deve rappresentarsi sia l'idoneità lesiva del proprio comportamento, sia il contesto di riferimento in cui la stessa va ad innestarsi, sia i possibili effetti che può produrre nello stesso; è dalla conoscenza della complessiva situazione economico-patrimoniale dell'impresa infatti che si può ricavare, in termini concreti, la rappresentazione o meno della pericolosità della condotta da parte dell'agente nella prospettiva del possibile insorgere del dissesto.

La situazione diventa più complessa in ordine alla terza tipologia di condotte-tipo, ossia quelle poco attinenti alle attività d'impresa, ma perpetrate molto tempo prima rispetto allo stato di insolvenza. Qui il parametro di accertamento dell'aspetto conoscitivo è molto difficile da individuare. Un criterio potrebbe essere dato dalla valutazione della condotta in rapporto alla situazione economica dell'impresa al momento in cui la condotta viene realizzata e alla prossimità del verificarsi dello stato di dissesto; più si è lontani dal momento di insorgenza della crisi, più diminuisce la consapevolezza di fattori di rischio che possano connotare la condotta dell'imprenditore.

La questione si complica, ulteriormente, in relazione a condotte imprudenti (ad esempio, operazioni finanziarie rischiose poco attinenti alle attività d'impresa ecc.) o prive di una ragionevole giustificazione dal punto di vista imprenditoriale (ad esempio, vendite

sotto costo di beni dell'azienda), poste in essere in un periodo di solidità economica dell'azienda e comunque molto prima dell'apertura della procedura fallimentare.

In questi casi, oltre a dover superare le evidenti difficoltà di individuare la consapevolezza della pericolosità in capo all'imprenditore, l'interprete dovrebbe prestare particolare attenzione, poi, anche al versante volitivo, chiedendosi, in particolare, se la volontà dell'agente fosse volta a porre in pericolo le aspettative dei creditori, ovvero a migliorarle attraverso operazioni, anche avventate, ma comunque orientate ad accrescere il patrimonio dell'azienda e dunque poste in essere in una prospettiva migliorativa per le garanzie dei creditori. E ciò lo può fare solo attraverso un'analisi dei dati di fatto per come si manifestavano all'imprenditore al momento della condotta, tenuto conto della situazione concreta in cui la stessa viene ad inserirsi e i possibili effetti che potrà determinare in quel dato contesto.

Con riferimento al terzo, concorrente *extraneus*, la questione diventa ancor più complessa, specialmente nel caso in cui questi ponga in essere una condotta che – almeno apparentemente – non sia contraria agli interessi della società (ad esempio, un terzo che acquista un immobile sotto costo oppure il terzo che eroga un finanziamento ad una società nella prospettiva che questa recuperi la propria solidità finanziaria e, dunque, permetta in definitiva al finanziatore di rientrare anche di altri crediti che vanta verso la stessa)

Se si parte dalla premessa per cui il delitto in esame è connotato dal c.d. pericolo concreto, l'orientamento tradizionale per cui il dolo *dell'extraneus* consistente nella mera volontarietà della propria condotta di apporto a quella *dell'intraneus*, con la consapevolezza che essa determini un depauperamento del patrimonio sociale ai danni della classe creditoria<sup>(43)</sup>, entra in evidente crisi.

Se la conoscenza della situazione finanziaria e soprattutto il grado di incisione della condotta sugli equilibri finanziari rappresenta un dato indispensabile per valutare la pericolosità delle condotte dell'imprenditore (soprattutto quando queste sono collocate molto lontane nel tempo), a maggior ragione essa diventa indispensabile per valutare la sussistenza o meno del dolo in capo *all'extraneus*, il quale, peraltro, ha una visuale della situazione società sicuramente più ridotta rispetto a quella *dell'intraneus*. Se *l'extraneus* non ha un'idea in merito alla situazione finanziaria dell'impresa, difficilmente può rappresentarsi le ricadute che la propria condotta possa avere sulla stessa.

Peraltro, oltre all'elemento rappresentativo, con riferimento *all'extraneus* diventa centrale l'accertamento della componente volitiva: sarebbe doveroso infatti che il giudice accertasse se il percorso volitivo che ispira la condotta di quest'ultimo sia caratterizzato da una sufficiente pericolosità per le ragioni dei creditori; e una simile valutazione si può espletare solo se ci si pone nell'angolo visuale *dell'extraneus* stesso<sup>44</sup>. Ben può succedere che costui ponga in essere condotte non di segno distrattivo ma che addirittura mirano ad

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez., V., 01 luglio 2002, n. 29896, in *C.E.D. Cass.*, n. 222388; Cass. pen., Sez. II., 15 ottobre 2008, in *C.E.D. Cass.*, n. 242408.

<sup>44</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2650 ss.



aumentare l'efficienza finanziaria della società (si pensi all'esempio di prima del finanziamento o dell'erogazione di un mutuo, nonostante l'impresa manifesti una difficile situazione economica), permettendo alla stessa di affrontare un periodo di difficoltà finanziaria. Il terzo potrebbe in astratto essere chiamato a concorrere con l'imprenditore poiché – sul piano materiale – la sua condotta ha agevolato il procrastinarsi della manifestazione della crisi<sup>45</sup>. Proprio per evitare un simile ed automatico rischio, il giudice dovrebbe prestare particolare attenzione nello scrutinio della componente volontaristica in capo al terzo; operazione, questa indispensabile, per tracciare una valida linea di distinzione tra il delitto di bancarotta fraudolenta e quello di bancarotta semplice di cui all'articolo 217, n. 4 L.Fall.

## 7. Chiose finali.

Tornando sulla sentenza da cui prende spunto questo scritto, non v'è dubbio che la stessa rappresenta un tassello importante in relazione all'analisi degli indici di pericolo in materia di bancarotta e più in generale nell'ambito della ricostruzione del delitto *de quo* quale fattispecie di pericolo concreto.

Il punto centrale è costituito da due dati: a) il bene giuridico del reato in questione è di natura patrimoniale e consiste nell'interesse dei creditori ad essere soddisfatti dal patrimonio dell'impresa che costituisce la garanzia alla loro aspettative. Pertanto, sono lesive solo le condotte che effettivamente mettono a rischio la loro soddisfazione; b) non qualsiasi condotta depauperativa del patrimonio sociale può, dunque, per ciò solo, essere ritenuta sufficiente ai fini dell'integrazione degli estremi del delitto di bancarotta, ma occorre che l'interprete accerti la sua effettiva pericolosità.

Quest'ultimo però non può essere fatto seguendo i canoni tradizionali dell'accertamento attraverso il giudizio c.d. di prognosi postuma, a base parziale o totale che sia, ma occorre che la portata offensiva dell'atto depauperativo sia valutata *ex post* in relazione alla propria incidenza sugli assetti economico-finanziari dell'azienda; una pericolosità dunque che non deve essere accertata con riferimento al momento di realizzazione della condotta e alle circostanze conosciute/conoscibili in quel momento, ma tenendo conto degli effetti rimasti al momento dell'apertura della procedura fallimentare.

Si è consapevoli che una simile impostazione possa essere tacciata come un *escamotage* volto a trasformare la fattispecie *de qua* in reato di danno; tuttavia, la tipologia di accertamento qui proposta non è tesa a dimostrare il nesso causale tra la condotta e lo stato di decozione generatrice del fallimento dell'impresa, ma solo a verificare se, in conseguenza di una determinata condotta che ha diminuito il patrimonio sociale, si è realizzata una situazione di pericolo per gli assetti finanziari dell'impresa; dunque l'accertamento non è teso alla dimostrazione di un danno per l'impresa, ma alla verifica di una situazione che

<sup>45</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2652.

possa determinarlo<sup>46</sup> e ciò può essere accertato attraverso una prognosi degli effetti della condotta; conclusione, questa, che ci sembra coerente con la premessa ideologica – accolta anche dalla cassazione nella sentenza in commento – per cui la messa in pericolo della massa dei creditori rappresenta l'evento in senso giuridico del delitto *de quo*. La conseguenza è che un giudizio di natura meramente ipotetica che si limiti alla sola valutazione della condotta, non può essere ritenuto soddisfacente; invece, a ben vedere, non si può prescindere anche da un'ulteriore verifica in termini concreti attraverso cui stabilire se la condotta abbia effettivamente generato il pericolo per i creditori; e ciò si può realizzare solo se, da una analisi *ex post*, vengono riscontrati elementi che denunciano uno squilibrio economico dell'impresa in seguito all'atto depauperativo, senza con ciò dover dimostrare anche l'effettiva incidenza sul dissesto societario.

Sicuramente, e in conclusione, rimane il fatto che, se fino a questa pronuncia le condotte depauperative del patrimonio sociale assumevano rilevanza penale al momento della dichiarazione del fallimento anche se perpetrate molto tempo addietro, con quest'ultima la prospettiva cambia radicalmente: lo stato di insolvenza e la conseguente apertura della procedura concorsuale costituiscono l'elemento cronologico (il referente) in rapporto ai quali la condotta deve essere valutata; valutazione che non deve essere orientata ad accertare la sussistenza o meno di un nesso causale tra di loro, pena la trasformazione della fattispecie in reato di danno, ma che deve essere volta stabilire se la condotta depauperativa abbia inciso sugli equilibri economico-finanziari. Se così fosse e tale situazione sia persistente anche al momento di dichiarazione di fallimento, si è dinanzi ad una condotta pericolosa; se, viceversa, dopo la realizzazione della condotta depauperativa i suoi effetti sono nel tempo annullati e la stessa non ha lasciato alcuna traccia al momento di apertura della procedura fallimentare, la sua carica lesiva è venuta meno e dunque non persiste un pericolo concreto per il bene giuridico tutelato (la massa dei creditori).

Tale considerazione rappresenta uno degli aspetti più innovativi della sentenza, dettata dall'evidente esigenza di interpretare la fattispecie in esame in coerenza con i principi costituzionali.

Non si è in grado di dire se la pronuncia in esame troverà conferma in altre decisioni del Supremo Collegio, ovvero verrà prima criticata e poi messa in oblio. Sicuramente, però, il *decisum* della Suprema Corte in relazione al pericolo all'interno della bancarotta – così come anche la rinnovata *querelle* sulla natura della dichiarazione di fallimento nella struttura della fattispecie – denuncia la palese inadeguatezza, avvertita anche da una parte dei giudici della cassazione, dell'attuale statuto penale delle imprese – fermo agli anni 40 del secolo scorso e oggetto di una rigida e poco evoluta interpretazione giurisprudenziale – all'economia e al mercato globalizzato.

Ad ogni modo, è sempre bene guardare il bicchiere mezzo pieno. Del resto, se – come

---

<sup>46</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2646.

è stato acutamente osservato da autorevole dottrina in relazione alla famigerata sentenza Corvetta<sup>47</sup> – una rondine non fa “primavera”, negli ultimi anni sembrerebbe che le rondini in materia di bancarotta siano più di una; tra queste va certamente annoverata anche la sentenza da cui prende spunto questo scritto; e ciò non può che rallegrarci, quanto meno perché ci porta a pensare che i tempi sono maturi affinché si giunga a un definitivo *revirement in subjecta materia* da parte della Suprema Corte attraverso l’adesione ad una opzione ermeneutica dello statuto penale del fallimento che sia conforme ai principi costituzionali accolti nel nostro ordinamento; insomma, vi è più di un auspicio che la “primavera” possa essere prossima anche per i delitti di bancarotta.

---

<sup>47</sup> F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, cit.

