

## Garanzie *upstream* e bancarotta fraudolenta, uno sguardo sistematico

***Il rilascio di garanzie upstream: quando rileva penalmente, secondo le differenti tesi interpretative del reato di bancarotta***

### Il caso

Nel caso preso in esame dalla sentenza in commento, una società (Beta) aveva concesso pegno sulle partecipazioni delle proprie controllate, al fine di garantire un finanziamento bancario concesso alla propria controllante (Alfa).

Al momento dell'operazione, sia Beta che Alfa si trovavano in stato di difficoltà finanziaria e l'operazione di finanziamento era stata pattuita nell'ambito di un più ampio accordo, finalizzato, secondo quanto sostenuto dagli amministratori imputati, alla ristrutturazione dei debiti del gruppo.

Tre anni dopo il compimento dell'operazione, Beta veniva dichiarata fallita ed agli amministratori veniva contestato il reato bancarotta fraudolenta in relazione al rilascio della menzionata garanzia pignorizia.

A chiusura del processo, la Suprema Corte ha confermato la condanna degli imputati.

Quanto al profilo dell'elemento oggettivo, la Corte ha ritenuto che la costituzione della garanzia *“per un importo notevolmente superiore a quello del debito gravante”* su Beta, *“integra senz'altro natura distrattiva”*, *“configurando un trasferimento di risorse tra società appartenenti allo stesso gruppo, effettuato, senza alcuna contropartita economica o vantaggi compensativi, da società che versava in difficoltà finanziarie”*.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la Suprema Corte ha inoltre disatteso il rilievo della difesa che aveva sostenuto l'assenza del dolo sulla base, *inter alia*, della distanza temporale della condotta dal fallimento, ed ha affermato che: *“il dolo non deve concernere ... il danno ai creditori sociali, bensì l'operazione economica posta in essere, che ha cagionato, o contribuito a farlo, il dissesto”*.

### Inquadramento interpretativo della fattispecie di bancarotta fraudolenta, alla luce delle differenti opinioni emerse in giurisprudenza

Il reato oggetto della sentenza in commento è quello previsto dall'art. 216, co. 1°, n. 1 del Regio Decreto del 16 marzo 1942 n. 267 (c.d. Legge fallimentare, di seguito **“L.F.”**), nella parte in cui prevede che è *“punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che: 1) ha distrutto,*

*occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ...*" (di seguito solo "**Bancarotta**", "**Reato**" o "**Fattispecie**").

Secondo un'interpretazione abbastanza pacifica, in dottrina e giurisprudenza, il bene giuridico tutelato dalla Fattispecie è la "*garanzia patrimoniale dei creditori*"<sup>1</sup>, cioè la sufficienza degli attivi dell'impresa al fine ripagare tutti i passivi, cioè tutti i debiti.

In via di estrema semplificazione, dunque, può affermarsi che la condotta di Bancarotta consista nella sottrazione di attivi alla garanzia dei creditori (c.d. distrazione), da parte dell'imprenditore (o dell'amministratore di società commerciale), col risultato di rendere la stessa insufficiente e determinando, così, il dissesto dell'impresa.

Come anticipato, nell'interpretare la Fattispecie la giurisprudenza e la dottrina si dividono, sostanzialmente, secondo due principali orientamenti, che abbiamo tratteggiato di seguito.

## La Tesi Tradizionale

Secondo una prima tesi, qui sinteticamente definita "**Tesi Tradizionale**", la Bancarotta risulterebbe punibile a prescindere, sia dalla circostanza che il bene giuridico "*garanzia dei creditori*" sia concretamente posto in pericolo dalla condotta dell'agente (attraverso un nesso di causalità), sia dalla circostanza che l'evento del dissesto ricada nel fuoco del dolo (o almeno della colpa) dell'agente.

In sostanza, al di là delle formule utilizzate, si tratterebbe, perciò, di un reato di pericolo presunto.

Al fine di meglio illustrare la Tesi Tradizionale, si consideri il seguente caso di scuola:

- L'amministratore della società X si appropria di (cioè distrae) somme della medesima società, quando la stessa è *in bonis* e senza che ciò determini una riduzione dell'attivo tale da pregiudicare la garanzia patrimoniale; per essere più chiari, l'attivo "si riduce", per effetto della distrazione, da 100 a 90 (distrazione di 10), a fronte di un passivo che rimane di 80. Il patrimonio netto resta quindi positivo e la garanzia capiente.
- Successivamente, tuttavia, la società fallisce per altre cause ed, alla data del fallimento, l'attivo è di 60 ed il passivo è lievitato a 100. Si evidenzia, quindi, un dissesto di 40.
- Non c'è alcuna connessione causale tra la distrazione sub i) e il dissesto di 40 sub ii) e, tuttavia, è innegabile che – al tempo del fallimento – la distrazione di 10 costituisce una equivalente lesione per la garanzia patrimoniale dei creditori. Infatti, se tale distrazione non fosse occorsa, il dissesto sarebbe stato inferiore (di 30 invece che di 40).
- Conseguentemente, sulla base del fatto che - seppure *solo a posteriori* - la distrazione sub i) contribuisce ad aggravare la lesione della "*garanzia dei creditori*", la giurisprudenza ha tradizionalmente ritenuto la condotta sub i) fosse punibile ai sensi dell'art. 216, co. 1°, L.F.<sup>2</sup>.

Sul fatto che si tratti di una ricostruzione interpretativa in termini di "*pericolo presunto*" paiono esserci pochi dubbi.

La condotta sub i), infatti, al momento in cui è stata realizzata, non ha leso la "*garanzia dei creditori*", tant'è che il patrimonio netto è rimasto positivo.

La sua pericolosità, dunque, viene meramente presunta (*juris et de jure*), sulla base di un evento successivo, non prevedibile al momento della condotta, ovvero la dichiarazione di fallimento.

Sostanzialmente, dunque, tale interpretazione applica la *fictio iuridica* secondo la quale tutti i fatti distrattivi, occorsi nell'arco della vita dell'impresa, debbono *considerarsi come se compiuti* alla data del fallimento.

In tale ottica, infatti, il fallimento non costituirebbe una mera condizione di punibilità del reato, ma elemento costitutivo dello stesso, capace di determinare il perfezionamento dell'offesa.

In questo senso la giurisprudenza si è espressa, in modo pressoché unanime, sin dagli anni '50 e, da ultimo, tale interpretazione è stata ancora ribadita dalle SS.UU. (Cassazione penale, sez. un., 31/03/2016, n. 22474, c.d. sentenza Passarelli), secondo cui: *“i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualsiasi momento essi siano stati commessi e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Non si richiede alcun nesso (causale o psichico) tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività. La condotta, in altre parole, si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, che, ovviamente, consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva prefallimentare) e comunque esterno alla condotta stessa ... Quanto all'elemento psicologico della bancarotta distrattiva esso consiste nel 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, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte”*<sup>3</sup>.

## Critica alla Tesi Tradizionale

La Tesi Tradizionale è stata sottoposta a serrata critica dalla dottrina e (più recentemente) anche da una parte della giurisprudenza, non solo di merito, in quanto, almeno in alcuni casi, può determinare la punibilità per Bancarotta di fatti che, al momento in cui furono compiuti, non ledevano in alcun modo il bene giuridico tutelato, cioè la *“garanzia dei creditori”*.

E' il caso del nostro esempio, in cui la lesione della garanzia si sarebbe verificata solo successivamente alla distrazione, per fatti ad essa totalmente estranei e (in *thesi*) del tutto indipendenti dalla condotta degli imputati.

Secondo i suoi critici, dunque, gli esiti interpretativi della Tesi Tradizionale si porrebbero in contrasto, sia con il principio di necessaria offensività della condotta<sup>4</sup>, sia con il principio di personalità della responsabilità penale<sup>5</sup>.

Infatti:

- Se il bene giuridico tutelato dalla norma è la garanzia dei creditori, allora non potrebbe darsi incriminazione per condotte che non abbiano alcuna capacità di ledere o mettere in pericolo tale bene (quali quella descritta nel nostro esempio sub i); pena la violazione del principio di necessaria offensività del reato.
- La lesione della garanzia dei creditori, costituendo un elemento determinante al fine di attribuire disvalore penale alla condotta, dovrebbe ricadere nel fuoco soggettivo dell'agente, ovvero, il

fallimento dovrebbe essere una eventualità quantomeno prevedibile al momento in cui la condotta veniva posta in essere; pena, altrimenti, la violazione del principio di personalità della responsabilità penale<sup>6</sup>.

Al fine di conciliare l'interpretazione della Fattispecie con i principi costituzionali di cui sopra, la giurisprudenza ha dunque elaborato una serie di interpretazioni che si discostano dalla Tesi Tradizionale.

## Le Tesi Garantiste

Un primo orientamento, alternativo alla Tesi Tradizionale, è quello espresso dalla Cass. pen., Sez. V, 24/09/2012, n. 47502, secondo cui: *“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”* (c.d. **“Sentenza Corvetta”**).

Il tentativo interpretativo del collegio è stato, dunque, quello di configurare il dissesto come evento del reato, al fine di collegarlo necessariamente, sia causalmente che sotto il profilo psicologico, alla condotta dell'agente, così superando il possibile contrasto con i principi costituzionali sopra ricordati.

Se risultano chiare le finalità garantiste di tale orientamento, tuttavia, lo stesso è stato oggetto di varie critiche, che appaiono sostanzialmente fondate.

In particolare, infatti, si tratta di un'interpretazione che risulta eccessivamente innovativa rispetto al tenore letterale della norma (che non fa alcun riferimento all'evento del dissesto) e che nega, in sostanza, la natura di *“reato di pericolo”* della Bancarotta, contribuendo a ridurre, (forse troppo) sensibilmente, la portata applicativa che tradizionalmente appartiene alla Fattispecie.

Tale interpretazione, proprio per tale ragione, è rimasta sostanzialmente isolata nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Più fecondo appare, invece, un secondo orientamento interpretativo (sostenuto, di recente, da Cass. pen., sez. V, 24/03/2017, n. 17819) che valorizza il concetto di *“area di rischio penale”*.

Tale sentenza stigmatizza l'opzione della Tesi Tradizionale per una lettura in termini di *“pericolo presunto”* della Fattispecie<sup>7</sup> e tenta un suo superamento valorizzando, al contrario, la necessità che – in ossequio ai principi costituzionali ricordati – la Fattispecie debba essere ricostruita, piuttosto, in termini di pericolo *necessariamente concreto*.

In quest'ottica, affinché si possa argomentare la concretezza del pericolo, la sentenza ritiene che sia necessario che la condotta sia stata posta in essere *in prossimità* dello stato di insolvenza, cioè in un tempo in cui, sulla base dell'esperienza comune, era ragionevole presumere che la condotta distrattiva avrebbe messo a rischio le ragioni dei creditori.

La sentenza osserva, infatti, che: *“il pericolo previsto dalla bancarotta pre-fallimentare ... non può che essere correlato alla idoneità dell'atto di depauperamento a creare un vulnus alla integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura di procedura concorsuale”* e, in questo senso, ritiene: *“fortemente indiziante – ai fini della configurazione delle componenti oggettiva e soggettiva della fattispecie ... avere agito, l'agente, nella “zona di rischio penale” ... che è quella che in dottrina viene comunemente individuata come prossimità dello stato di insolvenza, quando l'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto da un 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 del 1942 – nel senso della idoneità a creare un pericolo per l’interesse dei creditori sociali”.*

In relazione alle condotte distrattive operate in un momento anteriore alla c.d. zona di rischio penale, la sentenza in commento ritiene, perciò, che: ***“la affermazione della ipotesi di bancarotta fraudolenta si giustifica, dato il rapporto di specialità specifica tra fattispecie, 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 e concreta esposizione a pericolo dell’interesse dei creditori”.*** In mancanza di quanto precede, la condotta potrebbe, al più, ricadere nella diversa fattispecie del reato di infedeltà patrimoniale.

## **Conclusioni sulla tesi dell’ “area di rischio penale”**

Lo sforzo interpretativo compiuto dalle sentenze che hanno valorizzato il concetto di “area di rischio penale”, appare, a nostro avviso, condivisibile e corretto alla luce dei principi costituzionali, anche per l’attenzione che ha cercato di porre alla tematica, centrale, della concretezza del pericolo.

L’obiettivo di valorizzare tale concretezza, peraltro, non appare comunque completamente raggiunto.

Deve infatti riconoscersi che, in sostanza, anche la tesi c.d. dell’ “area di rischio penale” si basa su una mera *presunzione di pericolo*, in quanto ben potrebbe darsi il caso in cui, nonostante la prossimità della condotta allo stato di insolvenza, quest’ultima non sia stata in concreto idonea ad incidere la garanzia.

Ad una tale critica, tuttavia, pare possibile opporre una considerazione che intende richiamare ad un’istanza di realismo.

Va infatti considerato che, adottare una qualche forma di presunzione, sembra inevitabile nella caso della Bancarotta, poiché anche la migliore tecnica legislativa dovrebbe scontrarsi con il fatto che la lesione della “*garanzia patrimoniale*” è un fatto essenzialmente giuridico (dipendendo, tra l’altro, dall’applicazione di una serie di convenzioni contabili) la cui sussistenza può essere presunta in un tempo prossimo alla dichiarazione di fallimento, ma ben difficilmente potrà avere gli elementi di certezza e precisione temporale di un evento naturalistico.

Sembra dunque necessario accettare l’idea che, inevitabilmente, si tratterà sempre di una deduzione (*recte*, presunzione) fondata sull’ *id quod plerumque accidit* e non di una certezza fattuale.

Ciò, del resto, neppure sembrerebbe, in definitiva, incompatibile con il dettato costituzionale, posto che la medesima Consulta ha affermato che: ***“le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale”, essendo “riservata al legislatore l’individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l’una e l’altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all’id quod plerumque accidit”*** (C. Cost. n. 333/1991).

Fatta la precedente sintetica premessa ricostruttiva, verrà di seguito illustrato il caso concreto qui in esame, che si presenta interessante in quanto l’impianto motivazionale sembra aderire, sotto il profilo dell’elemento oggettivo, alla Tesi Garantista c.d. dell’ “area di rischio penale”, mentre sotto il profilo dell’elemento soggettivo si richiama (con una certa dose di incoerenza) alle argomentazioni della Tesi Tradizionale.

## Esame del caso concreto

### Sull'elemento oggettivo

Anzitutto, la pronuncia si occupa dell'elemento oggettivo del reato, che individua nella concessione di una garanzia (pegno) su beni di Beta (azioni di società di cui la stessa era proprietaria) a garanzia di un finanziamento di cui beneficiava la controllante Alfa e senza alcuna contropartita.

Sul punto la sentenza si pone in linea con l'orientamento consolidato secondo il quale il rapporto di gruppo ha natura meramente economica e non scalfisce il principio dell'autonomia patrimoniale della singola persona giuridica (*ex multis*, Cass. pen. Sez. 5, 01/07/2002 n. 29896, Cass. pen. Sez. 5, 30/06/2016 n. 46689) di talché, non è consentito alla società controllata gravare i propri beni con garanzie a favore della controllante, salvo che ricorrano specifici vantaggi compensativi (c.d. "*corporate benefits*") che siano in grado di elidere il relativo danno patrimoniale.

Per quanto riguarda questi ultimi, la sentenza precisa che l'onere della prova dei *corporate benefits* grava sull'imputato e che, ai fini di tale prova, non è sufficiente dimostrare la mera appartenenza della società al gruppo, ma è invece necessaria specifica prova della loro concreta sussistenza o, comunque, fondata prevedibilità (la relativa prognosi si dovrà basare su: "*elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza*", v. Cass. pen., sez. V, 19/01/2016, n. 32131, nello stesso senso Cass. pen. Sez. 5, 30/06/2016 n. 46689).

Nel caso di specie, emerge come la difesa degli imputati non abbia fornito elementi utili a provare i suddetti *corporate benefits*, essendosi limitata alla semplice allegazione che l'operazione era stata "*pattuita nell'ambito di un più ampio contratto di ristrutturazione dei debiti del gruppo*", senza precisare quali specifici benefici ne sarebbero derivati per Beta.

In applicazione dei principi di cui sopra, la Suprema Corte ha quindi ritenuto provata la natura distrattiva dell'operazione, ritenendo, in particolare, che la condizione di crisi in cui versavano entrambe le società escludesse qualsiasi prognosi positiva in ordine all'operazione ("*il trasferimento di risorse tra società appartenenti allo stesso gruppo ... da società che versano in gravi difficoltà a vantaggio di società in difficoltà economiche*") non può comportare alcuna "*prognosi fausta dell'operazione*".

In altri termini, si può concludere che la sentenza abbia fatto qui applicazione del concetto di "*area di rischio penale*", rilevando che l'operazione era stata compiuta in un momento nel quale, per le condizioni di difficoltà finanziaria in cui versavano le due società coinvolte, era legittimo ritenere (in realtà meglio sarebbe dire "presumere"), in base all'*id quod plerumque accidit*, che l'operazione fosse idonea a recare un concreto pericolo per la garanzia dei creditori (pericolo concreto).

### Sull'elemento soggettivo

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la difesa aveva in particolare lamentato il vizio di motivazione sul dolo, "*essendo la cessione di pegno stata deliberata il 30/04/2004, ben tre anni prima del fallimento, e sul nesso causale con il dissesto*".

Anche sul punto, la sentenza aderisce (seppure motivando sinteticamente) alla Tesi Garantista della c.d. "*area di rischio penale*", richiamando il fatto che: "*l'operazione distrattiva è stata posta in essere allorquando la situazione finanziaria della [società] era ormai sbilanciata, mediante costituzione di una garanzia reale particolarmente onerosa ...*" e, quindi, in un momento in cui risultava percepibile il pericolo concreto per la garanzia dei creditori.

Ciò si evince, in particolare, dal richiamo in motivazione a Cass. pen. n. 35093/2014, nella quale si pone chiaramente in evidenza l'adesione alla Tesi Garantista richiamata, osservando che: *"l'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all'art. 216 e art. 223, comma 1, L.F., è stato efficacemente definito, da una parte della giurisprudenza di questa Corte, come 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"*.

## Conclusioni

Alla luce di quanto precede, il caso in commento sembra potersi inquadrare nel più recente (e condivisibile) filone interpretativo che accoglie la Tesi Garantista della c.d. *"area di rischio penale"*, ispirato da una giustificata esigenza di "correggere" alcuni eccessi della Tesi Tradizionale.

A margine di quanto sopra, il caso concreto merita poi qualche ulteriore commento di natura più "operativa" e rivolto a coloro che quotidianamente operano nel *restructuring*.

La sentenza in commento, infatti, evidenzia, ancora una volta, che la prova dei vantaggi compensativi, in ambito di operazioni di ristrutturazione, risulta tipicamente una *"probatio diabolica"*, nel contesto dei procedimenti penali per Bancarotta, almeno tutte le volte in cui le operazioni da cui tali vantaggi dovrebbero derivare, siano realizzate in via esclusivamente stragiudiziale (come risulta nel caso di specie) ed al di fuori degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa previsti dalla L.F. (i.e. piani attestati, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo).

La scriminante dei vantaggi compensativi, infatti, sarà di norma invocabile solo nel caso in cui l'operazione in contestazione sia stata effettuata nell'ambito di tali strumenti, per la particolare verosimiglianza che gli stessi garantiscono rispetto alla realizzabilità dell'obiettivo perseguito del risanamento dell'impresa.

Infatti, sebbene i fatti di bancarotta per distrazione non siano scriminati per effetto del mero ricorso ad uno degli strumenti indicati (non applicandosi l'art. 217-*bis* L.F.), cionondimeno la sussistenza di documentazione proveniente da terzi (l'attestatore) ovvero dal Tribunale (il decreto di omologa) che riconoscano la strumentalità dell'operazione rispetto al piano di risanamento o di ristrutturazione consentirà, più facilmente, di far ritenere escluso l'elemento soggettivo in capo agli amministratori.

Ciò, ovviamente, fatto salvo il caso di dolo dell'attestatore (anch'esso suscettibile di sanzione penale, ai sensi dell'art. 236-*bis* L.F.) o di falsità della documentazione sottoposta al giudizio del Tribunale in sede di omologa.

Rimane dunque di fondamentale importanza, al fine di non esporre gli amministratori al rischio di concrete responsabilità penali, che l'attività di ristrutturazione del debito sia svolta nella più stretta osservanza delle regole dettate in materia dalla L.F., evitando di affidare il risanamento dell'impresa ad iniziative prive dei necessari requisiti di tutela (in particolare per i creditori) e che difficilmente potranno resistere allo scrutinio del giudice penale.

---

Per qualsiasi domanda in relazione al presente *Client Alert*, vi preghiamo di contattare uno degli autori indicati di seguito o il professionista di Latham & Watkins con il quale siete normalmente in contatto:

**[Andrea Novarese](#)**

andrea.novarese@lw.com  
+39.02.3046.2043  
Milano

**[Mario Orsenigo](#)**

mario.orsenigo@lw.com  
+39.02.3046.2045  
Milano

*Gli autori ringraziano gli Avvocati Giuseppe Iannaccone e Valentino Fracasso, dello Studio Giuseppe Iannaccone e Associati, per il contributo prestato alla redazione di questo client alert.*

**You Might Also Be Interested In**

[Count down per la legge delega relativa alla riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza](#)

[La disciplina dell'anatocismo bancario. Implicazioni nelle operazioni di finanziamento e ristrutturazione.](#)

[The Acquisition and Leveraged Finance Review – Italy](#)

[La nuova disciplina del pegno non possessorio e del patto marciano. Alcune novità in relazione alle procedure esecutive e concorsuali.](#)

This *Client Alert* is published by Latham & Watkins as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the lawyer with whom you normally consult. The invitation to contact is not a solicitation for legal work under the laws of any jurisdiction in which Latham lawyers are not authorized to practice. A complete list of Latham's *Client Alerts* can be found at [www.lw.com](http://www.lw.com). If you wish to update your contact details or customize the information you receive from Latham & Watkins, visit <https://www.sites.lwcommunicate.com/5/178/forms-english/subscribe.asp> to subscribe to the firm's global client mailings program.

**Note**

<sup>1</sup> C. Cost., ordinanza n. 268/1989, secondo cui il parametro di concreta applicazione della Fattispecie è costituito dalla lesione al bene giuridico rappresentato dalla: "conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento".

<sup>2</sup> In questo senso di vedano, *ex multis*, Cassazione penale, sez. V, 22/04/1998, n. 8327: "Tutte le ipotesi alternative di bancarotta fraudolenta previste nell'art. 216, comma 1, n. 1 R.D. 16 marzo 1942 n. 267, si realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio, che ha effetti pregiudizievoli per i creditori. Per nessuna di tali ipotesi criminose la legge richiede un nesso causale tra la condotta dell'autore ed il dissesto dell'impresa, sicché **né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto, possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta**"; conforme, fra le altre, Cassazione penale, sez. fer., 13/08/2012, n. 32779;

<sup>3</sup> Nello stesso senso, *ex multis*, si veda anche Cass. pen., sez. V, 17/05/1996 n. 9430: "Nel reato di bancarotta fraudolenta 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 ed effetti civili del trasferimento nonché 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 ed è equiparabile alla restituzione della refurtiva operata dalla polizia".

- <sup>4</sup> Sulla base dell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale, la Costituzione avrebbe accolto il c.d. "principio di offensività", secondo il quale "non c'è reato senza offesa ad un bene giuridico". Tale principio, che vincola sia il legislatore che l'interprete, fa sì che (a) "il legislatore debba: "configurare i reati come altrettante forme di offesa a un bene giuridico, nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la lesione o, almeno, l'esposizione a pericolo di un bene giuridico"; (b) "l'interprete è tenuto a ricostruire i singoli tipi di reato con l'aiuto del criterio del bene giuridico, estromettendo dal fatto di reato i comportamenti non offensivi del bene tutelato dalla norma incriminatrice". Come osservato dalla Corte costituzionale, infatti: "è precipuo dovere del giudice di merito ... apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se ... la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante" (C. Cost. 11 luglio 1991, n. 333);
- <sup>5</sup> Sulla base dell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale, la Costituzione avrebbe accolto il principio di personalità della responsabilità penale, all'art. 27, comma 1, da interpretarsi nel senso che, affinché possa aversi responsabilità penale, non solo è necessario che "tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente e siano quindi investiti del dolo o della colpa, ma anche che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso rimproverabili" (C. Cost. 13/12/1988, n. 1085; sul principio della personalità della responsabilità penale si v. anche C. Cost. 24/03/1988, n. 364: "Il principio di colpevolezza implica che la persona è penalmente responsabile solo per azioni da lei controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze parzialmente vietate e comunque mai per comportamenti realizzati nella inevitabile ignoranza del precetto").
- <sup>6</sup> Si noti che tali critiche non sembrerebbero essere state superate neppure dalla più recente sentenza Cass. pen. 13910/2017, la quale ha rivisitato la natura della sentenza di fallimento precisando che non si tratterebbe di un elemento costitutivo del reato ma, piuttosto, di una "condizione estrinseca di punibilità" la quale, conseguentemente, ben potrebbe porsi fuori da qualsiasi legame causale o psicologico con la condotta dell'agente. Tale sentenza, nel tentativo di evitare incompatibilità con i principi costituzionali di cui sopra, appare, tuttavia, sollevare i medesimi dubbi della Tesi Tradizionale (cui sostanzialmente è riconducibile) in quanto, in ogni caso, condurrebbe a ritiene punibili, per Bancarotta, anche condotte inidonee a recare qualsiasi pregiudizio alla "garanzia dei creditori", quale quella di cui al nostro esempio
- <sup>7</sup> Osserva infatti la predetta sentenza che: "reputare sufficiente – in sede di interpretazione ed applicazione della fattispecie – la constatazione in sé dell'atto distrattivo equivale ad aderire ad una ricostruzione di quella in termini di "pericolo presunto" e cioè come ipotesi criminosa che si affida ad una catena di presunzioni proprio sulla rimproverabilità della esposizione a pericolo del patrimonio, destinata a divenire reato fallimentare, però, solo con la successiva declaratoria giudiziale: con il che può rendersi plausibile, in taluni casi ... il sospetto di addebito di responsabilità oggettiva"