

Cendon / Book

Collana diretta da Gianni Reynaud

DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA

02

LE DIVERSE IPOTESI DI BANCAROTTA PROPRIA

Fabrizio Malagnino

L'autore

Fabrizio Malagnino è magistrato in servizio presso il Tribunale di Lecce con le funzioni di Giudice penale, sezione dibattimento, esecuzione e misure di prevenzione.

E' autore di pubblicazioni in materia di reati di gioco d'azzardo per le Edizioni Scientifiche Italiane ed in tema di profili penali della mediazione civile e commerciale per la Maggioli Editore.

Collabora con l'Università degli studi di Lecce, "Università del Salento", ove tiene seminari per la cattedra di diritto penale, fra l'altro in tema di diritto penale fallimentare, nonché con l'Università degli studi di Bari, "Aldo Moro", ove ha tenuto un corso di perfezionamento post-laurea in tema di mediazione civile e commerciale.

L'Opera

Lo scritto propone al lettore una dettagliata analisi di tutti gli specifici elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, peculiari di ogni singola fattispecie delittuosa di bancarotta connessa alla crisi dell'impresa individuale, comunemente definita bancarotta 'propria', in un percorso espositivo ed argomentativo rapportato all'attuale tendenza normativa, nel presente momento storico di difficoltà economica del Paese, di creare nuovi meccanismi di superamento delle crisi da sovraindebitamento di imprenditori e privati, finalizzati ad avvicinare l'Italia agli *standards* delle maggiori e più moderne realtà nazionali europee.

INDICE

1. Introduzione.
2. Bancarotta fraudolenta patrimoniale.
 - 2.1. Oggetto materiale: il patrimonio dell'imprenditore.
 - 2.1.1. Segue. Il problema dei beni e diritti non assoggettabili al fallimento.
 - 2.1.2. La controversa nozione di "appartenenza".
 - 2.1.3. Segue. Beni in *leasing*, patto di riservato dominio e beni di provenienza illecita.
 - 2.1.4. Il concetto di bene: avviamento e *know how*.
 - 2.2. Condotta: distruzione, occultamento, dissipazione, dissimulazione.
 - 2.2.1. Segue. Addizione di passività inesistenti.
 - 2.2.2. Segue. Distrazione.
 - 2.3. Elemento soggettivo.
 - 2.4. Consumazione e tentativo.
 - 2.5. Rapporto con altri reati.
3. Bancarotta preferenziale.
 - 3.1. Condotta.
 - 3.2. Elemento soggettivo.
 - 3.3. L'esenzione di cui all'art. 217 *bis* l. fall. Rapporti tra accordo di composizione della crisi e declaratoria di fallimento.
 - 3.3.1. Segue. Natura giuridica dell'istituto.
 - 3.3.2. Segue. Ambito di applicabilità dell'istituto: tipi di procedure...
 - 3.3.3. ...e categorie di atti.
 - 3.4. Consumazione e tentativo.
4. Bancarotta fraudolenta documentale.
 - 4.1. Oggetto materiale.
 - 4.2. Le ipotesi di mera condotta....
 - 4.2.1. ...e quella d'evento: l'impossibile ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.
 - 4.3. Elemento soggettivo: dolo specifico...
 - 4.3.1. ...e dolo intenzionale per l'ipotesi della inidonea tenuta della contabilità.
 - 4.4. Consumazione e tentativo.
 - 4.5. Rapporto con altri reati. In particolare: l'assorbimento del reato fiscale.
5. Bancarotta semplice.
 - 5.1. Bancarotta semplice patrimoniale.
 - 5.2. Bancarotta semplice documentale.
 - 5.2.1. Segue. Un reato di pericolo astratto.
 - 5.2.2. Segue. L'elemento soggettivo.

LE DIVERSE IPOTESI DI BANCAROTTA PROPRIA

■ *La bancarotta fraudolenta patrimoniale, posta a diretta tutela della garanzia fornita ai creditori dal patrimonio dell'impresa, è reato di condotta, materialmente lesiva dell'integrità del patrimonio (distrazione, distruzione, occultamento, dissimulazione o dissipazione) o, piuttosto, meramente lesiva dell'interesse alla veridica quantificazione del passivo (esposizione o riconoscimento di passività inesistenti), a dolo generico nella prima ipotesi ed a dolo specifico nella seconda, avente ad oggetto i beni dell'imprenditore, sia aziendali che personali, materiali o immateriali; la sua variante preferenziale, strutturalmente omologa, si caratterizza per la destinazione dei beni a creditori arbitrariamente selezionati dall'imprenditore anziché a terzi, in violazione della par condicio creditorum. La bancarotta fraudolenta documentale, posta a tutela indiretta della garanzia fornita ai creditori dal patrimonio dell'impresa, mediante la salvaguardia della possibilità di esatta ricostruzione dello stesso, è reato di condotta nelle ipotesi di sottrazione, distruzione o falsificazione e, per contro, reato d'evento nell'ipotesi di tenuta inidonea della contabilità, a dolo specifico nelle prime tre ipotesi ed a dolo generico nella quarta; tale condotta ha ad oggetto le scritture contabili dell'impresa, intesi come tali tutti quei documenti, anche completamente facoltativi o addirittura atipici e innominati, che l'imprenditore, per prassi commerciale, decida di tenere per proprio uso interno, purché utili alla ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari. La bancarotta semplice patrimoniale è reato di condotta o d'evento, punibile a titolo di colpa, dolo generico o dolo specifico a seconda dello specifico comportamento in considerazione, ricadente sui medesimi beni dell'imprenditore oggetto materiale della corrispondente ipotesi fraudolenta. La bancarotta semplice documentale, integrata dalla mancata, irregolare od incompleta tenuta della contabilità obbligatoria in senso civilistico è reato di mera condotta, di pericolo astratto, punibile per giurisprudenza indifferente a titolo di dolo o colpa.*

APPLICAZIONI – La più classica forma di manifestazione del delitto di bancarotta, quella che ha storicamente dato origine all'intero istituto in parola, è rappresentata dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale, integrata dalla sottrazione o distrazione di beni dalla loro naturale destinazione di garanzia per i creditori. Con il passare del tempo e l'evolvere dei rapporti economici tra consociati (e la parallela evoluzione dell'ordinamento giuridico nella classificazione e categorizzazione di tali rapporti), il concetto stesso di beni, oggetto di tale condotta, ha subito una progressiva dilatazione, sino a ricomprendere oggi sia quelli materiali che quelli immateriali, rientrando in tale nozione ogni diritto (anche di credito) ed utilità che possa contribuire alla soddisfazione dei creditori, dall'avviamento alla *know-how*, dai beni di provenienza illecita a quelli detenuti in virtù di *leasing*, *sale and lease back* o vendita con patto di riservato dominio, dalle opere dell'ingegno e diritti d'autore ai beni semplicemente posseduti in via di fatto e forieri di un qualche beneficio per il patrimonio.

ASPETTI PROCESSUALI – Tra il reato di bancarotta fraudolenta documentale e quello di cui all'art. 10, d.lg. 10.3.2000, n. 74 v'è conflitto apparente di norme, da risolversi applicando il principio dell'assorbimento: pertanto, a livello processuale, in caso di *simultaneus processus* per i due reati in questione, ne consegue la condanna per il solo reato fallimentare. Coerentemente, nel diverso caso di precedente condanna irrevocabile per il reato fallimentare, si imporrà il proscioglimento dell'imputato nel nuovo processo per il reato fiscale, con formula di improcedibilità per *ne bis in idem* sostanziale ex art. 649 c.p.p.; per contro, nel caso inverso di precedente condanna irrevocabile per il reato fiscale, occorre consentire la celebrazione del successivo processo per il reato fallimentare, salvo poi dichiarare all'esito (o in fase esecutiva) assorbita nella seconda e più grave pena quella meno grave già irrogata per il primo reato. Nell'ipotesi, infine, sia stata emessa precedente condanna non definitiva, occorre distinguere il caso di precedente condanna per il reato fallimentare, dal caso di precedente condanna per il reato fiscale: nel primo caso, il nuovo processo per il reato fiscale dovrà parimenti concludersi con declaratoria di *ne bis in idem* sostanziale, nonostante la mancanza di irrevocabilità, atteso il condivisibile orientamento giurisprudenziale che ritiene non necessario a tal fine un precedente formale giudicato; nel secondo caso, invece, il nuovo processo per il reato fallimentare potrà e dovrà proseguire e, una volta giunto all'affermazione di responsabilità anche non definitiva, comporterà l'immediata definizione per improcedibilità (in sede d'impugnazione) del processo per il reato fiscale già definito in primo grado, sempre alla luce del summenzionato orientamento giurisprudenziale che impone tale declaratoria anche in assenza di formale irrevocabilità del giudizio di riferimento; se, però, nelle more del processo per il reato fallimentare, il processo per il reato fiscale, già definito in primo grado, dovesse chiudersi con condanna definitiva, allora, una volta giunto a conclusione irrevocabile anche il processo per il reato fallimentare, il Giudice (della cognizione o dell'esecuzione) dovrà dichiarare assorbita nella maggior pena per il reato fallimentare quella minore già irrogata per il reato fiscale.

ULTIME – Il legislatore, mediante l'art. 48, comma 2° *bis*, d.l. 31.5.2010, n. 78 conv. con l. 30.7.2010, n. 122, ha introdotto nel corpo della legge fallimentare la clausola di salvezza di cui all'art. 217 *bis*, a sua volta successivamente modificato dall'art. 33, 1° co., *lett. l-bis*, d.l. 22.6.2012, n. 83, nel testo integrato dalla legge di conversione 7.8.2012, n. 134 e, successivamente, dall'art. 18, d.l. 18.10.2012, n. 179, conv. con l. 17.12.2012, n. 221, la quale clausola sancisce, sul piano oggettivo, la prevalenza dell'esigenza di soluzione della crisi d'impresa sull'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*, risolvendo così (o tentando di risolvere in via di normazione primaria) l'ardua e spinosa questione dei rapporti ed interferenze tra politica di risanamento, salvaguardia e recupero dell'impresa (anche mediante l'incentivazione di accordi ed ipotesi transattive tra parte debitrice e parti creditrici), da un lato, e, dall'altro lato, tutela dell'ordine delle priorità legittime dei creditori (significato intrinseco di ogni procedura concorsuale), potenzialmente minacciato da eventuali intese parzialmente soddisfattorie, volte essenzialmente ad evitare il collasso

piuttosto che a rispettare la rigida gerarchia delle prelazioni. Quindi, oggi, in caso di esito infausto degli esaminati tentativi di soluzione della crisi, con conseguente declaratoria di fallimento, tutti gli atti rientranti nell'alveo del compiuto sforzo di salvaguardia aziendale, pur astrattamente inquadrabili come condotte di bancarotta preferenziale (o semplice), andranno esenti da sanzione penale.

CASISTICA

- Cass. Sez. V, 25 novembre 2009, Rapisarda, *CED*, 245156 – Risponde del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale l'imprenditore che distrae propri beni ottenuti con sistemi illeciti (nella specie truffa), sia perché devono ritenersi compresi nel patrimonio imprenditoriale tutti i beni di cui l'operatore commerciale abbia la disponibilità, sia perché i beni provenienti "ex delicto", fino a quando non siano individuati e separati da quelli facenti parte del patrimonio attivo aziendale, non possono considerarsi ad esso estranei.
- Cass. Sez. V, 2 marzo 2011, Guadagnoli e a., *CED*, 250094 – Integrano oggetto materiale del delitto di bancarotta fraudolenta documentale tutte le scritture, pur non obbligatorie, che siano utili alla ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, così come tutti quei documenti, anche completamente facoltativi o addirittura atipici e innominati, che l'imprenditore, per prassi commerciale, decida di tenere per proprio uso interno, quali le schede di mastro.

SOMMARIO

1. Introduzione.
2. Bancarotta fraudolenta patrimoniale.
 - 2.1. Oggetto materiale: il patrimonio dell'imprenditore.
 - 2.1.1. Segue. Il problema dei beni e diritti non assoggettabili al fallimento.
 - 2.1.2. La controversa nozione di "appartenenza".
 - 2.1.3. Segue. Beni in *leasing*, patto di riservato dominio e beni di provenienza illecita.
 - 2.1.4. Il concetto di bene: avviamento e *know how*.
 - 2.2. Condotta: distruzione, occultamento, dissipazione, dissimulazione.
 - 2.2.1. Segue. Addizione di passività inesistenti.
 - 2.2.2. Segue. Distrazione.
 - 2.3. Elemento soggettivo.
 - 2.4. Consumazione e tentativo.
 - 2.5. Rapporto con altri reati.
3. Bancarotta preferenziale.
 - 3.1. Condotta.
 - 3.2. Elemento soggettivo.
 - 3.3. L'esenzione di cui all'art. 217 *bis* l. fall. Rapporti tra accordo di composizione della crisi e declaratoria di fallimento.

- 3.3.1. Segue. Natura giuridica dell'istituto.
- 3.3.2. Segue. Ambito di applicabilità dell'istituto: tipi di procedure...
- 3.3.3. ...e categorie di atti.
- 3.4. Consumazione e tentativo.
- 4. Bancarotta fraudolenta documentale.
 - 4.1. Oggetto materiale.
 - 4.2. Le ipotesi di mera condotta....
 - 4.2.1. ...e quella d'evento: l'impossibile ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.
 - 4.3. Elemento soggettivo: dolo specifico...
 - 4.3.1. ...e dolo intenzionale per l'ipotesi della inidonea tenuta della contabilità.
 - 4.4. Consumazione e tentativo.
 - 4.5. Rapporto con altri reati. In particolare: l'assorbimento del reato fiscale.
- 5. Bancarotta semplice.
 - 5.1. Bancarotta semplice patrimoniale.
 - 5.2. Bancarotta semplice documentale.
 - 5.2.1. Segue. Un reato di pericolo astratto.
 - 5.2.2. Segue. L'elemento soggettivo.

1. Introduzione.

Tenendo ben distinti i due diversi concetti di 'bancarotta' e 'fallimento', ed evidenziato che il primo, di matrice penalistica, rappresenta la piega patologica del secondo, di matrice civilistica¹, si può osservare che la bancarotta è configurata nel nostro sistema penale (con fulcro nel r.d. 16.3.1942, n. 267, comunemente noto come l. fall.) come delitto dalle molteplici sfaccettature, che si manifesta in più fattispecie, dalle più gravi, di natura dolosa (a loro volta tipizzate in un'ampia serie di possibili condotte alternative), alle meno gravi, di natura colposa (anch'esse estrinsecatesi in varie possibili modalità esecutive).

Nella sua forma pura (cd. 'bancarotta propria': artt. 216 e 217 l. fall.), la bancarotta consiste nella condotta illecita – in concreto o potenziale pregiudizio delle ragioni creditorie – posta in essere dal singolo imprenditore commerciale dichiarato fallito e, nella sua forma derivata (cd. 'bancarotta impropria': artt. 223 e 224 l. fall.), essa consiste nella medesima condotta pregiudizievole posta in essere, nell'ambito del fenomeno societario, da persone che agiscono – a vario titolo – quali organi del distinto soggetto giuridico rappresentato da una società, esercente attività imprenditoriale e dichiarata fallita.

Ferma restando la suindicata *summa divisio* tra il modello puro di bancarotta (al cui solo la legge fallimentare riserva formalmente, agli artt. 216 e 217, la definizione tecnica di "bancarotta") e la forma societaria derivata (che la legge fallimentare indica invece, agli artt. 223 e 224, con la locuzione "fatti di bancarotta"), le condotte di bancarotta pura (o propria) vanno suddivise in due categorie, a seconda che incidano direttamente sul patrimonio del fallito (bancarotta patrimoniale: art. 216, 1° co., n. 1, 2° co. prima parte, 3° co.; art. 217, 1° co.) o, piuttosto, sugli strumenti (scritture contabili) funzionali alla sua quantificazione (bancarotta documentale: art. 216, 1° co., n. 2, 2° co., seconda parte; art. 217, 2° co.); inoltre, in senso trasversale alla predetta differenziazione, le medesime condotte vanno distinte in bancarotta fraudolenta (ove consistano in atti di dolosa frode, sul patrimonio o sulle scritture: art. 216) e bancarotta semplice (ove consistano in comportamenti dolosi o colposi, sul patrimonio o sulle scritture, meno gravi ma comunque pregiudizievoli per i creditori: art. 217); ed ancora, sempre

trasversalmente alle predette distinzioni, la bancarotta fraudolenta, patrimoniale o documentale che sia, si distingue a sua volta in pre-fallimentare (art. 216, 1° co.) e post-fallimentare (art. 216, 2° co.), a seconda del momento di attuazione della condotta rispetto alla dichiarazione di fallimento; analoga distinzione non è possibile in relazione alla bancarotta semplice, riferita esclusivamente a fatti pregressi alla dichiarazione suddetta; infine, v'è da considerare un particolare tipo di bancarotta fraudolenta patrimoniale, comunemente definito preferenziale (art. 216, 3° co.), il quale si caratterizza per il fatto di punire atti dispositivi del patrimonio del fallito comunque indirizzati a favore di creditori (da lui arbitrariamente selezionati) e non verso destinazioni estranee ai soggetti legittimamente pretendenti (quindi, in sostanza, trattasi di una bancarotta patrimoniale *sui generis*, meno grave e come tale più lievemente sanzionata).

Le suindicate condotte, contrapposte a quelle di bancarotta impropria, sono tutte riconducibili al medesimo *genus* della bancarotta propria, all'interno del quale è possibile individuare – tra le stesse – aspetti comuni e tratti tipici. In altra sede abbiamo affrontato il tema preliminare e generale dei reciproci rapporti intercorrenti fra le diverse condotte, nonché di tutti gli elementi globalmente caratterizzanti l'omogeneo istituto in parola: bene giuridico protetto, natura del reato, ruolo della declaratoria di fallimento, soggetto attivo ed altri caratteri comuni, quali trattamento sanzionatorio, circostanze, effetti preclusivi della condanna e risarcibilità del danno da reato.² Nella presente trattazione concentreremo invece l'attenzione sulle singole fattispecie di bancarotta propria nei loro specifici caratteri distintivi, dati da oggetto materiale, condotta (ed evento), elemento soggettivo, momento consumativo e possibili ipotesi tentate, nonché sui rispettivi rapporti con altri reati.³ Come si vedrà, esse presentano ognuna innegabili peculiarità tali da giustificare ampiamente il progressivo affermarsi di concezioni plurime del delitto in parola, propense a leggere le previsioni penali *de quibus* come disposizioni a più norme, piuttosto che come norme a più fattispecie.⁴

Resta, infine, da osservare, in via introduttiva, che, nonostante la minore frequenza pratica del ricorrere di ipotesi di bancarotta 'propria' rispetto alle ipotesi di bancarotta 'impropria' (dovuta sia alla progressiva erosione del novero dei singoli imprenditori fallibili iniziata con il d.lg. 9.1.2006, n. 5 e proseguita con il d.lg. 12.9.2007, n. 169, sia all'evoluzione dei mercati e dei rapporti economici e sociali, che ha condotto al definitivo e significativo prevalere della forma societaria su quella individuale), lo studio di tutti i principi e gli istituti di base relativi alla bancarotta 'propria', nonché di tutti gli elementi peculiari di ogni sua singola fattispecie, presenta centrale e massima importanza anche per poter comprendere a fondo operatività, ambito e portata della bancarotta 'impropria', derivata e tratteggiata in maniera pressoché totale sullo stampo della prima.⁵

2. Bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Legislazione: l. fall., 216, 1° co., n. 1 e 2° co.

Bibliografia: Soana 2012

La fattispecie di reato in questione, posta a diretta tutela della garanzia fornita ai creditori dal patrimonio dell'impresa, sanziona, all'art. 216, 1° co., n. 1, l. fall., la condotta dell'imprenditore fallito che

«ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti»
(art. 216, 1° co., n. 1, l. fall.).

Essa, nella sua ipotesi base, appena descritta, riguarda le condotte perpetrate prima della dichiarazione di fallimento (bancarotta pre-fallimentare).

Accanto, v'è poi la forma simmetrica di sua manifestazione definita bancarotta post-fallimentare (art. 216, 2° co., l. fall.), che, sanzionata con la medesima pena, si caratterizza per il momento di perpetrazione delle condotte medesime, successivo alla dichiarazione di fallimento, ossia «durante la procedura fallimentare».

A parte, ve n'è infine una terza *sui generis* (bancarotta preferenziale: art. 216, 3° co., l. fall.), che merita trattazione autonoma, caratterizzandosi per la peculiarità degli atti depauperativi posti in essere, destinati a vantaggio di creditori e non di terzi, tanto che si è in dottrina sostenuto trattarsi di «un reato distinto ed autonomo rispetto alla bancarotta patrimoniale, avendo un'offensività diversa e minore» (Soana 2012, 190), così da venir sanzionato in maniera più lieve.

2.1. Oggetto materiale: il patrimonio dell'imprenditore.

Legislazione: c.c. 1523 – l. fall., 42, 46, 216, 1° co., n. 1

Bibliografia: Nuvolone 1967 – Ferrara 1974 – Conti 1991 – Pedrazzi 1995 – Bricchetti e Targetti 1998 – La Monica 1999 – Santoriello 2003 – Coletta 2005 – Antolisei 2008 – Soana 2012

Strutturato il reato in questione come ipotesi di aggressione diretta al patrimonio dell'imprenditore, l'oggetto materiale della condotta sanzionata va, dunque, individuato nei «suoi beni», secondo lo stesso tenore testuale della norma incriminatrice poc'anzi citata.

Tali beni, infatti, rappresentano nella loro integralità l'oggetto della procedura fallimentare, a mente dell'art. 42 l. fall., secondo cui «la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento», con la precisazione che «sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento».

Ne consegue il primo dato fermo sul tema (portato necessario del principio di responsabilità illimitata connesso all'esercizio d'impresa in forma individuale o mediante partecipazione in società di persone, priva come tale del filtro dell'autonomia patrimoniale perfetta), ossia che oggetto del delitto di bancarotta propria, così come oggetto della procedura fallimentare, è l'intero patrimonio dell'imprenditore come persona fisica, e non solo i beni d'impresa riconducibili al concetto di azienda.

Però, onde evitare che le vicende commerciali di un soggetto vadano ad incidere sulle sue primarie esigenze di sostentamento personale e familiare, il successivo art. 46, 1° co. della medesima legge esclude espressamente dall'assoggettabilità a procedura concorsuale i seguenti beni:

«1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale; 2) gli assegni avente carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia; 3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 170 del codice civile [...] 5) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge», con la precisazione, al co.2°, che «i limiti previsti nel primo comma, n.2), sono fissati con decreto motivato del giudice delegato, che deve tener conto della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia» (art. 46 l. fall.).

Ciò posto, e tenuto conto della funzione affidata alle esaminate previsioni incriminatrici di tutela dei creditori fallimentari e della stessa procedura fallimentare, occorre chiedersi se dalla suesposta esclusione derivi automaticamente anche l'esclusione dei beni in questione dal novero di quelli costituenti oggetto materiale del reato *de quo*.

2.1.1. Segue. Il problema dei beni e diritti non assoggettabili al fallimento.

Al quesito posto, parte della dottrina dà risposta affermativa, sostenendo la piena operatività del cennato automatismo, in virtù dell'ininfluenza della sorte dei beni predetti sulle aspettative dei creditori fallimentari (Santoriello 2003, 75).

Dall'altra parte, si ritiene, per contro, doversi verificare in concreto l'incidenza o meno della perpetrata condotta sull'efficacia e funzionalità della procedura concorsuale, poiché, per esempio, la sottrazione di beni non ricompresi nel fallimento e legalmente vincolati all'adempimento di obbligazioni personali-familiari, potrebbe comportare un incremento della massa dei creditori fallimentari mediante insinuazione in essa dei relativi creditori insoddisfatti (La Monica 1999, 276).

Analogamente, si esclude l'identità tra oggetto del reato ed oggetto della garanzia da parte della dottrina che evidenzia la possibilità che una condotta depauperatoria dei beni esclusi dal fallimento determini oneri aggiuntivi a carico degli altri beni, ai quali inevitabilmente l'imprenditore dovrebbe far ricorso per far fronte alle obbligazioni personali-familiari inadempite in virtù della procurata incapacità dei beni a ciò normativamente deputati (Antolisei 2008, 52).

Alle medesime conclusioni (esclusione di qualsivoglia automatismo) giunge chi ritiene che la perpetrata condotta di qualsiasi manovra fraudolenta sui beni in questione costituisca illecita deviazione degli stessi dalla loro specifica destinazione preconstituita per legge e, quindi, comporti fisiologicamente il venir meno della stessa ragion d'essere del regime eccezionale dettato dalle norme fallimentari (Pedrazzi 1995, 52-53).

Quanto alla giurisprudenza, essa è in generale orientata nella medesima direzione dell'esclusione di qualsivoglia automatismo, facendo da tempo leva sul concetto di utilizzo in concreto dei beni in esame, ed affermando pertanto l'inclusione nell'oggetto materiale del reato di beni esclusi dal fallimento (e, quindi, affermando la sussistenza del reato) ogniqualvolta l'imprenditore abbia utilizzato i beni *de quibus* per finalità estranee a quelle giustificatrici l'esclusione in questione (Cass. Sez. V, 4 luglio 1967, Cencini, CED, 105657).

Con specifico riferimento, però, all'ipotesi disciplinata dal n.2 della norma in esame («gli assegni avente carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia»), la più complessa fra quelle in esame, non si registra in seno alla stessa giurisprudenza uniformità di vedute.

Ed invero, posto che la distrazione delle somme in questione può avvenire sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento, riguardo alla distrazione post-fallimentare si è affermato, da un lato, che risponde del delitto di bancarotta fraudolenta l'imprenditore, dichiarato fallito, che si appropri delle erogazioni *de quibus* prima della decisione del giudice delegato di fissazione dei relativi limiti *ex* art. 46, 2° co., l. fall. (App. Brescia, 3 aprile 2000, Cadeo, GM, 2002, II, 157); il presupposto concettuale di tale asserzione è che l'art. 46, 1° co., n. 2, l. fall. ha lo scopo di sottrarre parte del patrimonio del fallito alla procedura concorsuale e non quello, inverso, di conferire alla predetta procedura beni che ne rimarrebbero altrimenti fisiologicamente estranei: ne consegue, per coerenza sistematica, l'ineroperatività di siffatta esclusione sino alla pronuncia della citata decisione del giudice delegato, che ne dà concreta attuazione (in tal senso, anche Ferrara 1974, 303).

Dall'altro lato, si è viceversa sostenuto che

«ad integrare il delitto non è però sufficiente che il fallito abbia utilizzato i proventi senza aver chiesto ed ottenuto un preventivo provvedimento dal giudice delegato circa le somme che aveva il diritto di trattenere, in quanto la materialità del fatto di bancarotta richiede la concreta sottrazione di somme superanti il limite massimo previsto dalla disciplina sul fallimento»

(Cass. Sez. V, 13 dicembre 1978, Nuzzo, CED, 141067; nello stesso senso, più di recente, Cass. Sez. V, 20 maggio 2009, Tamburini, CED, 245142).