

Cendon / Book

Collana diretta da Gianni Reynaud

DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA

03

LA BANCAROTTA IMPROPRIA

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 un'approfondita disamina, dal generale al particolare, dei principi ed istituti comuni a tutte le fattispecie delittuose di bancarotta connessa alla crisi dell'impresa commerciale esercitata in forma collettiva, comunemente definita bancarotta 'impropria', nonché di tutti gli specifici elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, peculiari di ogni singola e diversa fattispecie in cui si manifesta tale tipologia di bancarotta, rapportata ai più recenti approdi normativi e giurisprudenziali in tema di diritto societario, pregni di implicazioni in questa specifica branca del diritto penale fallimentare.

INDICE

1. Introduzione.
2. Elementi ed istituti comuni alle fattispecie di bancarotta propria.
 - 2.1. Bene giuridico protetto e natura del reato.
 - 2.2. Natura ed efficacia della declaratoria di fallimento in ambito penale: consumazione e tentativo nel reato e rapporti con l'agente e la sua condotta illecita.
 - 2.3. Trattamento sanzionatorio: pene principali ed accessorie.
 - 2.4. Il risarcimento del danno derivante dal reato
3. Questioni controverse in tema di applicabilità alla bancarotta impropria di istituti riferiti alla bancarotta propria: circostanze, esenzioni e preclusioni a benefici.
 - 3.1. Le circostanze.
 - 3.1.1. La circostanza aggravante dei più fatti di bancarotta.
 - 3.1.2. Le circostanze della rilevante gravità e speciale tenuità del danno.
 - 3.1.3. La circostanza aggravante relativa al divieto di esercizio di impresa.
 - 3.2. L'esenzione di cui all'art. 217 bis l. fall.
 - 3.3. Preclusione a esdebitazione e fondo di solidarietà per vittime di usura ed estorsione.
4. Soggetti attivi: responsabilità commissiva ed omissiva. Amministratori.
 - 4.1. Segue. Sindaci.
 - 4.2. Segue. Liquidatori e direttori generali.
 - 4.3. L'amministratore di fatto.
 - 4.4. Il prestanome.
 - 4.5. Condotta bancarottiera degli organi sociali e corruzione tra privati, alla luce della nuova legge "anticorruzione".
5. Le ipotesi fraudolente di bancarotta impropria.
 - 5.1. Bancarotta fraudolenta impropria in senso stretto.
 - 5.1.1. Ipotesi patrimoniali.
 - 5.1.1.1. Le interferenze con il delitto di appropriazione indebita.
 - 5.1.1.2. L'incasso di compensi da parte dell'amministratore: bancarotta per distrazione o bancarotta preferenziale?
 - 5.1.1.3. Rapporti con il delitto di cui all'art. 2634 c.c. e con la corrispondente ipotesi di bancarotta da reato societario.
 - 5.1.2. Ipotesi documentali.
 - 5.1.2.1 Rapporti con i reati di false comunicazioni sociali e con la corrispondente ipotesi di bancarotta da reato societario.
 - 5.2. Bancarotta fraudolenta societaria. Determinazione e aggravamento del dissesto.
 - 5.2.1. Bancarotta da reato societario.
 - 5.2.2. Causazione del fallimento dolosa e per effetto di operazioni dolose.
6. Le ipotesi semplici di bancarotta impropria: il rinvio alle fattispecie della bancarotta propria...
 - 6.1. ...e la bancarotta semplice societaria.
7. La rilevanza del pregiudizio alla singola impresa nei gruppi societari e nelle *holdings*: dalla disciplina del fenomeno in ambito societario...
 - 7.1. ...alla teoria dei "vantaggi compensativi" nel diritto penale fallimentare.

LA BANCAROTTA IMPROPRIA

■ Le fattispecie di bancarotta ‘impropria’, distinte da quelle di bancarotta ‘propria’ essenzialmente per la qualità del soggetto attivo, sono descritte mediante generale richiamo normativo alle corrispondenti fattispecie di cui agli artt. 216 e 217 l. fall., con l'aggiunta di alcune ipotesi specifiche e tassative (artt. 223, 2° co. e 224, 1° co, n. 2, l. fall.), definite da parte della dottrina ‘bancarotta societaria’, per distinguerle dalle rimanenti, qualificabili come ‘bancarotta impropria in senso stretto’: ne conseguono profonde similitudini e corrispondenze tra le due forme di bancarotta (propria ed impropria), cosicché anche la bancarotta impropria, come la propria, si presenta come reato di pericolo, che offende il bene giuridico rappresentato dalla salvaguardia della consistenza e della certa individuazione delle garanzie per i creditori fallimentari, nonché – di riflesso – dalla tutela della correttezza, efficacia e speditezza della relativa procedura concorsuale, né sostanziali differenze sono riscontrabili – tra bancarotta propria ed impropria – circa la natura ed efficacia della declaratoria di fallimento in ambito penale, l'individuazione di consumazione e tentativo, le pene principali ed accessorie, la risarcibilità del danno da reato, tenuto però doverosamente conto delle inevitabili questioni di coordinamento scaturite dai vari richiami contenuti nel testo della legge fallimentare ed in altre normative speciali ai soli artt. 216 e 217 l. fall. e non anche agli artt. 223 e 224 l. fall., nonché delle spiccate differenziazioni caratterizzanti le succitate peculiari ipotesi di ‘bancarotta societaria’, autonomamente disegnate dal legislatore quali reati d'evento, esclusivamente pre-fallimentari, con ciò che ne consegue in tema di configurabilità del tentativo, nesso causale e profilo psicologico.

APPLICAZIONI – La bancarotta ‘impropria’ è una fattispecie penale il cui ambito di operatività è andato nel tempo ampliandosi, in quanto sanziona l'illecita condotta perpetrata nello svolgimento di attività in forma societaria, ossia la parte maggiore e più significativa delle attività ormai riscontrabili al giorno d'oggi in campo economico. Ciò posto, resta comunque ferma la centrale e massima importanza dello studio anche di tutti i principi ed istituti relativi alla bancarotta ‘propria’ (ormai di minore ricorrenza pratica), onde poter comprendere a fondo operatività, ambito e portata della bancarotta qui in esame, che si presenta come un derivato della prima.

ASPETTI PROCESSUALI – Nel caso di organo sociale che distrae beni di società poi fallita, v'è astratta configurabilità, oltre che della fattispecie fallimentare, anche del delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.: in tale ipotesi, la giurisprudenza sembra attualmente orientata nel senso di risolvere l'apparente sovrapposizione normativa mediante assorbimento del meno grave reato di cui all'art. 646 c.p. nel più grave reato di cui all'art. 223 l. fall., escludendo la sussistenza del divieto di *bis in idem*, nel processo per bancarotta, in ipotesi di precedente giudicato per appropriazione indebita, in relazione alla

medesima condotta distrattiva (con successivo assorbimento del delitto d'appropriazione indebita in quello di bancarotta fraudolenta); a tale soluzione si oppone la dottrina che, pur condividendo l'inoperatività – nel caso di specie – del *ne bis in idem*, ritiene tuttavia preferibile il ricorso al principio di specialità reciproca e non esclude la possibilità di concorso tra i due reati *de quibus*. Le conseguenze pratiche della scelta tra l'una e l'altra opzione, sensibili in ipotesi di precedente giudicato per il reato di cui all'art. 646 c.p., si avvertono in modo più sonoro in ipotesi di precedente giudicato per il reato di bancarotta: infatti, nel primo caso (precedente giudicato per il reato di cui all'art. 646 c.p.), ferma restando la procedibilità del nuovo giudizio per bancarotta, al termine dello stesso – secondo l'opzione giurisprudenziale – andrà dichiarato l'assorbimento della prima pena (irrogata per il reato di appropriazione indebita) nella seconda (irrogata per il reato fallimentare), mentre – secondo l'opzione dottrinaria – andrà effettuato il cumulo giuridico delle due pene per concorso formale; invece, nel secondo caso (precedente giudicato per il reato di bancarotta), mentre l'opzione giurisprudenziale conduce alla necessaria declaratoria di improcedibilità del nuovo giudizio per appropriazione indebita, l'opzione dottrinaria avalla la procedibilità di tale nuovo giudizio, al termine del quale l'irrogata pena andrà cumulata, per concorso formale, a quella precedentemente irrogata per il reato fallimentare.

ULTIME – L'inarrestabile evoluzione della pratica commerciale ha condotto alla nascita del fenomeno, prima sociale che giuridico, del gruppo societario, il cui primo embrionale riconoscimento normativo è avvenuto con le modifiche apportate agli artt. 2634 e 2497 c.c. ad opera, rispettivamente, del d.lg. 11.4.2002, n. 61 e del d.lg. 17.1.2003, n. 6. Ciò posto, tale fenomeno ha avuto sonori riverberi anche in campo fallimentare, attraverso il concetto dei vantaggi compensativi, rilevanti in senso scriminante solo alle severe condizioni ed entro i precisi limiti e paletti tracciati sul punto dalla giurisprudenza: così, da un lato, si è disegnato un preciso quadro dei requisiti legittimanti la considerazione oggettiva del fenomeno del gruppo e, dall'altro lato, si sono delineati gli specifici caratteri di rilevanza della contropartita idonea ad escludere il concetto di distrazione.

CASISTICA

- Cass. Sez. V, 26 ottobre 2006, Zeni, CP, 2007, 4701 – L'amministratore di società che ometta di esercitare i dovuti compiti di vigilanza impostigli dalla posizione di garanzia rivestita ai sensi dell'art. 2392 c.c., così consentendo e/o agevolando di fatto la perpetrazione di fatti di bancarotta da parte di terzi, non può essere chiamato a rispondere di concorso nei predetti illeciti, ove non sia accertato che le sue riscontrate omissioni fossero preordinate a rendere possibile la commissione di reati.
- Cass. Sez. V, 28 marzo 2003, n.19806, Negro e a., CED, 224947 – Risponde del delitto di bancarotta fraudolenta 'societaria' non solo l'organo sociale che cagioni con la propria

illecita condotta il dissesto della società, ma altresì quello che aggravi una condizione di insolvenza preesistente, con la precisazione che aggravamento del dissesto non equivale *tout court* ad incremento di determinate voci del passivo, ove – nel complesso – l'entità del dissesto medesimo risulti invariata o persino ridotta: in tal caso, infatti, solo se la corrispondente diminuzione delle altre voci del passivo sia dovuta a fattori autonomi ed indipendenti sarà possibile sostenere che, avendo tali fattori migliorato la situazione, la condotta dell'agente ha cagionato, di per sé, un peggioramento.

SOMMARIO

1. Introduzione.
2. Elementi ed istituti comuni alle fattispecie di bancarotta propria.
 - 2.1. Bene giuridico protetto e natura del reato.
 - 2.2. Natura ed efficacia della declaratoria di fallimento in ambito penale: consumazione e tentativo nel reato e rapporti con l'agente e la sua condotta illecita.
 - 2.3. Trattamento sanzionatorio: pene principali ed accessorie.
 - 2.4. Il risarcimento del danno derivante dal reato
3. Questioni controverse in tema di applicabilità alla bancarotta impropria di istituti riferiti alla bancarotta propria: circostanze, esenzioni e preclusioni a benefici.
 - 3.1. Le circostanze.
 - 3.1.1. La circostanza aggravante dei più fatti di bancarotta.
 - 3.1.2. Le circostanze della rilevante gravità e speciale tenuità del danno.
 - 3.1.3. La circostanza aggravante relativa al divieto di esercizio di impresa.
 - 3.2. L'esenzione di cui all'art. 217 bis l. fall.
 - 3.3. Preclusione a esdebitazione e fondo di solidarietà per vittime di usura ed estorsione.
4. Soggetti attivi: responsabilità commissiva ed omissiva. Amministratori.
 - 4.1. Segue. Sindaci.
 - 4.2. Segue. Liquidatori e direttori generali.
 - 4.3. L'amministratore di fatto.
 - 4.4. Il prestanome.
 - 4.5. Condotta bancarottiera degli organi sociali e corruzione tra privati, alla luce della nuova legge "anticorruzione".
5. Le ipotesi fraudolente di bancarotta impropria.
 - 5.1. Bancarotta fraudolenta impropria in senso stretto.
 - 5.1.1. Ipotesi patrimoniali.
 - 5.1.1.1. Le interferenze con il delitto di appropriazione indebita.
 - 5.1.1.2. L'incasso di compensi da parte dell'amministratore: bancarotta per distrazione o bancarotta preferenziale?
 - 5.1.1.3. Rapporti con il delitto di cui all'art. 2634 c.c. e con la corrispondente ipotesi di bancarotta da reato societario.
 - 5.1.2. Ipotesi documentali.
 - 5.1.2.1 Rapporti con i reati di false comunicazioni sociali e con la corrispondente ipotesi di bancarotta da reato societario.
 - 5.2. Bancarotta fraudolenta societaria. Determinazione e aggravamento del dissesto.
 - 5.2.1. Bancarotta da reato societario.
 - 5.2.2. Causazione del fallimento dolosa e per effetto di operazioni dolose.

6. Le ipotesi semplici di bancarotta impropria: il rinvio alle fattispecie della bancarotta propria...
- 6.1. ...e la bancarotta semplice societaria.
7. La rilevanza del pregiudizio alla singola impresa nei gruppi societari e nelle *holdings*: dalla disciplina del fenomeno in ambito societario...
- 7.1. ...alla teoria dei “vantaggi compensativi” nel diritto penale fallimentare.

1. Introduzione.

Legislazione: l. fall., 216, 217, 223, 224

Bibliografia: Di Geronimo 2011

La bancarotta, nella sua forma pura (cd. ‘bancarotta propria’: artt. 216 e 217 l. fall.), 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 agiscano – a vario titolo – quali organi del distinto soggetto giuridico rappresentato da una società, esercente attività imprenditoriale e dichiarata fallita.

Orbene, le fattispecie di cosiddetta ‘bancarotta propria’ sono le uniche cui il legislatore riserva la definizione di “bancarotta” e cui, per conseguenza, unanimi dottrina e giurisprudenza hanno attribuito la qualifica di “propria”. Infatti, esse, come accennato, descrivono la condotta illecita dell’agente nella sua forma pura, ossia la condotta posta in essere sul proprio patrimonio (o su patrimonio sociale di cui egli comunque risponde illimitatamente) dal soggetto patrimonialmente responsabile in prima persona (in quanto direttamente obbligato) dei risultati dell’impresa (imprenditore).

Oggetto d’esame nel presente volume saranno invece le fattispecie derivate, cui il legislatore attribuisce la definizione di “fatti di bancarotta” (artt. 223 e 224 l. fall.), che pressoché unanimi dottrina e giurisprudenza hanno designato con il termine di “bancarotta impropria”.

La peculiarità delle suddette fattispecie, rispetto alla bancarotta propria, risiede nell’eterogeneità – riscontrabile in queste – dei soggetti coinvolti (titolare dell’impresa, ossia soggetto societario, da un lato, ed autore della condotta illecita, ossia organo sociale soggetto attivo del reato, dall’altro lato) e, quindi, nella conseguente differenziazione tra responsabilità civile per le obbligazioni assunte e responsabilità penale per le perpetrate condotte: in altre parole, la bancarotta impropria sanziona la condotta (per lo più corrispondente a quella della bancarotta propria, in quanto descritta mediante generale richiamo normativo, con l’aggiunta di alcune ipotesi specifiche e tassative) realizzata da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società (di persone o di capitali) dichiarate fallite, sul patrimonio e le scritture contabili della società medesima, pur in assenza di (ed a prescindere totalmente da) qualsivoglia loro responsabilità civile diretta o indiretta, limitata o illimitata, per le obbligazioni assunte dalla compagine sociale nei confronti di terzi.

In proposito, occorre sin da subito evidenziare che l’introduzione di peculiari condotte di bancarotta impropria (artt. 223, 2° co., e 224, 1° co., n. 2, l. fall.), specifiche, tassative e differenti da quelle di bancarotta propria generalmente richiamate, ha condotto parte della dottrina a distinguere ulteriormente, nell’ambito dei “fatti di bancarotta” (ossia nell’ambito della bancarotta diversa da quella propria), ipotesi di “bancarotta impropria in senso stretto”, da un lato, ed ipotesi di “bancarotta societaria”, dall’altro lato, attribuendo tale ultima definizione alle succitate peculiari condotte.

Segnatamente, con riferimento al modello fraudolento di cui all’art. 223 l. fall., si è ritenuto

«preferibile suddividere all'interno dell'art. 223 le diverse fattispecie previste, rispettivamente al primo e secondo comma della norma, identificando quale bancarotta fraudolenta impropria solo le condotte descritte mediante il richiamo all'art. 216, caratterizzate dalla commissione dei medesimi fatti costituenti la bancarotta propria, così dando rilievo alla diversità soggettiva dell'autore del reato, nel caso in cui la condotta sia posta in essere in ambito societario. Viceversa, le condotte previste dall'art. 223, comma 2, introducendo ipotesi di bancarotta derivanti dalla volontaria causazione del fallimento, ovvero dalla precedente commissione di reati societari, assumono una connotazione autonoma rispetto allo schema generale, risultando maggiormente corretto identificare le suddette ipotesi di reato quali ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria»
(Di Geronimo 2011, 3994).

Comunque, in questa sede, per sintesi e comodità espositiva, è stata e sarà adottata la definizione omnicomprendensiva di “bancarotta impropria” con riferimento a tutte le ipotesi di cui agli artt. 223 e 224 l. fall. nella loro interezza, salvo adottare la specificazione di “bancarotta impropria in senso stretto” allorché ci si riferirà esclusivamente alle ipotesi differenti dalla “bancarotta societaria”.

In linea generale, le ipotesi di bancarotta impropria possono essere descritte come un complesso di insiemi e sottoinsiemi, ognuno con i propri segni distintivi: nell'ambito della bancarotta impropria (artt. 223 e 224 l. fall.), che si differenzia dalla propria per quanto detto e quanto si dirà, si distinguono ipotesi fraudolente (art. 223 l. fall.) ed ipotesi semplici (art. 224 l. fall.); a loro volta, le prime si suddividono in bancarotta fraudolenta impropria in senso stretto (patrimoniale e documentale; pre-fallimentare e post-fallimentare: art. 223, 1° co., l. fall.) e bancarotta fraudolenta societaria (solo patrimoniale e solo pre-fallimentare: art. 223, 2° co., l. fall.), mentre le seconde si suddividono in bancarotta semplice impropria in senso stretto (patrimoniale e documentale; solo pre-fallimentare: art. 224, 1° co., n. 1, l. fall.) e bancarotta semplice societaria (solo patrimoniale e solo pre-fallimentare: art. 224, 1° co., n. 2, l. fall.).

Ciò precisato, ed evidenziate le suddette peculiarità, può osservarsi che, da un punto di vista d'insieme, attesa l'innegabile somiglianza di fondo tra bancarotta propria ed impropria, gran parte dei principi e delle questioni relative alla prima valgono anche per la seconda.¹ Nondimeno, vanno sin da subito evidenziate, e più avanti esaminate, le significative differenze ontologiche e strutturali – scaturite dall'eterogeneità soggettiva dianzi menzionata – esistenti fra i due istituti (bancarotta propria e bancarotta impropria): 1) poiché oggetto d'attenzione è la sola attività imprenditoriale del soggetto interessato (società), necessaria e sufficiente ai fini della sussistenza del reato è la sola declaratoria di fallimento della compagine sociale, irrilevanti rimanendo le vicende patrimoniali del soggetto agente; 2) poiché oggetto di tutela sono la consistenza e la possibilità di ricostruzione del solo patrimonio sociale, oggetto materiale del reato sono il solo patrimonio sociale e le sole scritture contabili della società, irrilevanti rimanendo le condotte perpetrate sul patrimonio personale ed eventuali contabilità dell'agente; 3) per la medesima ragione, assolutamente inconfigurabili, in forma impropria, si presentano tutte quelle ipotesi di bancarotta propria che fisiologicamente presuppongono un'aggressione del solo patrimonio personale dell'imprenditore (come, ad esempio, la fattispecie di bancarotta semplice di cui all'art. 217, 1° co., n. 1, l. fall., concernente «spese personali o per la famiglia eccessive»).

Infine, doverosa sarà l'analisi dell'applicabilità o meno, alla bancarotta impropria, di istituti, sia *in bonam* che *in malam partem*, normativamente dettati con espresso riferimento alla sola bancarotta propria, quali le previsioni in tema di circostanze, esenzioni e preclusioni a benefici.

La trattazione consentirà di verificare come la bancarotta ‘impropria’, benché disegnata dal legislatore come un derivato della bancarotta ‘propria’, con una serie di rinvii e richiami non sempre coordinati e felici, si presenti oggi – anche a seguito di significativi interventi novellatori – come una sorta di universo a se stante che, pur traendo certamente origine dalla figura madre di cui agli artt. 216 e 217 l. fall., ha poi intrapreso un percorso ed uno sviluppo del tutto autonomi ed indipendenti che ne rendono imprescindibile l'esame al fine di comprendere le peculiarità e le criticità del diritto penale fallimentare in ambito strettamente societario.

2. Elementi ed istituti comuni alle fattispecie di bancarotta propria.

Legislazione l. fall., 216, 217, 223, 224

Come anticipato, la tecnica redazionale adoperata nella previsione delle fattispecie di bancarotta impropria è quella del richiamo normativo alle corrispondenti fattispecie di bancarotta propria, con l'aggiunta di ulteriori specifiche ipotesi.

Ne consegue la piana sovrapponibilità, in relazione alle due forme di bancarotta (propria ed impropria), di gran parte degli elementi ed istituti che le accomunano.²

In particolare, salvo quanto si preciserà a breve, non si ravvisano profonde divergenze in ordine a bene giuridico protetto, natura del reato, natura ed efficacia della declaratoria di fallimento in ambito penale, consumazione e tentativo, pene principali ed accessorie, risarcibilità del danno da reato.

2.1. Bene giuridico protetto e natura del reato.

Legislazione: l. fall., 42, 43, 216, 217, 223, 224

Sotto il profilo in esame, la bancarotta impropria è perfettamente equivalente a quella propria.

Ed invero, medesimo è lo scopo delle previste sanzioni, ossia rafforzare l'efficacia e la funzionalità e garantire il funzionamento della procedura fallimentare e, in via preventiva, dissuadere i soggetti interessati dal porre in essere condotte che possano intaccare il patrimonio sociale (o la possibilità di ricostruzione dello stesso) a detrimento delle ragioni creditorie: anche la condotta di bancarotta impropria, quindi, offende sempre e comunque l'interesse dei creditori ad un pronto, equo, trasparente, efficace e soddisfacente ristoro.

Parimenti, come per la bancarotta propria, la giurisprudenza è assolutamente concorde nel ritenere che anche la bancarotta impropria sia stata voluta e disegnata dal legislatore come reato di pericolo, di tal che persegue non solo i fatti che ai creditori cagionino danno, ma anche quelli che possano cagionarlo.

2.2. Natura ed efficacia della declaratoria di fallimento in ambito penale: consumazione e tentativo nel reato e rapporti con l'agente e la sua condotta illecita.

Legislazione l. fall., 5, 2° co., 16, 2° co., 17, 18, 33, 216, 217, 223, 224, 238, 241

Presupposto oggettivo imprescindibile affinché possano acquisire rilevanza penale, quali condotte di bancarotta impropria, i vari atti dolosi o colposi posti in essere dai soggetti indicati negli artt. 223 e 224 l. fall. sul patrimonio sociale o sulle scritture contabili, è l'avvenuta dichiarazione di fallimento della società (di capitali o di persone).

Circa la natura e l'efficacia in ambito penale di siffatta declaratoria ed al ruolo dalla stessa ricoperto fra gli elementi oggettivi integranti le fattispecie di bancarotta ora in esame, vale – salve le eccezioni di cui a breve si dirà – quanto a suo luogo osservato nelle specifiche trattazioni in tema di bancarotta propria, sia per le ipotesi pre-fallimentari che per quelle post-fallimentari, con tutto ciò che ne consegue in ordine ad insindacabilità della declaratoria medesima, interferenze tra rito penale e rito fallimentare, consumazione e tentativo nel reato, nonché ai nessi oggettivi e soggettivi tra la predetta sentenza, da una parte, e l'agente e la sua condotta, dall'altra parte.

Sul punto, però, occorre effettuare alcune puntualizzazioni.

Da un lato, occorre precisare che, ferma restando la ribadita insindacabilità della declaratoria di fallimento da parte del Giudice penale, nel caso di bancarotta impropria l'accertamento circa la qualifica imprenditoriale o meno (e, quindi, circa la fallibilità o meno) del soggetto fallito non attiene alla persona fisica autrice della condotta incriminata (come nella bancarotta propria), bensì alla persona giuridica (impresa collettiva) nel cui ambito la prima ha operato: ne consegue che, nei delitti di bancarotta ora in esame, la statuizione irrevocabile ed insindacabile del Giudice civile cui il Giudice penale deve necessariamente adeguarsi concerne la fallibilità o meno dell'ente interessato, alla luce della normativa che esclude specificamente la fallibilità di società assoggettate ad altre procedure concorsuali, quali la liquidazione coatta amministrativa (art. 2 l. fall.), nonché alla luce della generale esclusione della fallibilità degli enti pubblici di cui all'art. 1 l. fall.

Pertanto, sul punto, il Giudice penale non potrà far altro che prendere atto del *dictum* del Giudice civile, anche in questioni delicate e di tutt'altro che agevole e pacifica soluzione, come ad esempio quella inerente la fallibilità o meno delle società di capitali partecipate interamente da enti locali (a cui ha dato recentemente risposta negativa la sentenza Trib. Palermo, Sez. fall., 8 gennaio 2013, n. 99) o quella inerente la fallibilità o meno delle fondazioni che svolgano attività commerciale (a cui tende a darsi risposta positiva, come, nel noto "caso San Raffaele", Trib. Milano, 28 ottobre 2011, *Fa*, 2012, 1, 78 e, in precedenza, Trib. Alba, 25 marzo 2009, *GD*, 2009, 23, 62) o, infine, quella inerente la fallibilità o meno di enti ecclesiastici che gestiscano attività socio-sanitaria in forma imprenditoriale (a cui ha dato risposta positiva Trib. Paola, 3 dicembre 2009, n. 99).

Dall'altro lato, occorre evidenziare che la bancarotta impropria – come anticipato – si contraddistingue per la previsione di peculiari e specifiche ipotesi (artt. 223, 2° co., e 224, 1° co., n. 2, l. fall.) ulteriori e distinte rispetto alle comuni fattispecie di bancarotta propria richiamate: trattasi di ipotesi tutte pre-fallimentari, classificabili come reati d'evento, il cui evento è rappresentato proprio dalla causazione o aggravamento del dissesto della società (artt. 223, 2° co., n. 1 e 224, 1° co., n. 2, l. fall.) oppure dalla causazione del fallimento della medesima (art. 223, 2° co., n. 2, l. fall.).

Il peculiare ruolo in esse rivestito dal dissesto della società e/o dal suo fallimento, ferma restando l'individuazione del momento consumativo nella declaratoria fallimentare, impone di ritenere necessaria, come si vedrà nei paragrafi specificamente a ciò dedicati, l'esistenza di un dimostrato vincolo psicologico, nonché di un imprescindibile nesso causale, tra condotta dell'agente, da una parte, ed evento di dissesto e/o fallimento, dall'altra parte.

Ed ancora, la loro natura di reati d'evento (rappresentato quest'ultimo, appunto, dal dissesto/fallimento stesso) comporta che, nonostante il loro carattere pre-fallimentare (incompatibile con la configurabilità del tentativo in relazione a tutte le altre ipotesi di bancarotta), esse potrebbero presentarsi in forma tentata, ogniquale, sul piano oggettivo, risultasse realizzata la condotta (come descritta nelle singole fattispecie) ma non verificato l'evento (dissesto/fallimento), sempre che si ammettesse la possibilità di punire taluno a titolo di bancarotta (seppur tentata) in assenza di declaratoria fallimentare. Ovviamente, sul piano soggettivo, la configurabilità del tentativo andrebbe comunque esclusa nelle ipotesi colpose (art. 224, 1° co., n. 2, l. fall.), di per sé con esso incompatibili, nonché, in concreto, relativamente alle ipotesi dolose, il tentativo non potrebbe essere ravvisato ogniquale il riscontrato dolo non fosse intenzionalmente proiettato proprio alla causazione del fallimento, attesa la nota incompatibilità tra delitto tentato e dolo eventuale.

Senonché, appare ostativa all'ipotizzata configurabilità di qualsiasi forma di tentativo la considerazione che le fattispecie in questione, come reato proprio, puniscono solo gli organi «di società dichiarate fallite», con la conseguenza che la mancanza di declaratoria fallimentare comporterebbe non solo il mancato raggiungimento della soglia della consumazione (il che, di per sé, non escluderebbe la configurabilità del tentativo), bensì comporterebbe anche – in radice – il difetto della richiesta qualità soggettiva dell'agente, con conseguente inconfigurabilità del delitto tentato per difetto – in capo all'agente medesimo – dell'imprescindibile qualifica personale richiesta dalla legge.