

# Il fallimento è condizione di punibilità

La Cassazione ripensa la costruzione in termini di elemento costitutivo della bancarotta

/ Maurizio MEOLI

La quinta sezione penale della Corte di Cassazione, con l'informazione provvisoria n. 3/2017, ha reso noto un importante ripensamento del suo consolidato orientamento che vede la sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta per **distrazione prefallimentare**.

In particolare, è annunciata l'adozione della seguente soluzione: "La sentenza dichiarativa di fallimento costituisce condizione **obiettiva** di **punibilità**. Ciò, peraltro, comporta la conseguenza che il termine di prescrizione decorre, ai sensi dell'[art. 158](#) c.p. dalla data della predetta sentenza e che la competenza territoriale appartiene al giudice del luogo nel quale si è verificata tale condizione". La questione attiene, quindi, alla **natura** della dichiarazione di fallimento: elemento costitutivo del reato o condizione obiettiva di punibilità. Ciò con le conseguenti ricadute in ordine alla corretta ricostruzione della fattispecie, anche, ma non solo, con riguardo al profilo psicologico.

Occorre ricordare che, secondo la prevalente ricostruzione della dottrina, la sentenza dichiarativa di fallimento, nell'ambito della bancarotta prefallimentare, deve essere inquadrata nella categoria della condizione obiettiva di punibilità. Il fallimento, cioè, costituirebbe un limite alla repressione penale: i fatti indicati dalla legge, nonostante il loro intrinseco disvalore, vengono puniti solo quando l'imprenditore o la società amministrata fallisca. Il fallimento (estraneo al fuoco del dolo) rappresenterebbe un avvenimento che **condiziona** l'applicazione della **sanzione** penale, mentre l'esistenza di un nesso eziologico tra i fatti puniti e il dissesto, pur potendo esistere, non sarebbe richiesto dalla norma. Il fallimento, quindi, seppure dovesse essere indipendente dalle condotte perpetrate, legittimerebbe l'irrogazione della pena.

In tale contesto, peraltro, onde evitare la lesione del principio di **necessaria offensività**, si è parlato, da un lato, di condizione obiettiva di punibilità **intrinseca**, con le condotte che rilevano solo se poste in essere in fase di insolvenza, e, dall'altro, della bancarotta patrimoniale per distrazione come delitto di pericolo concreto, con necessità di un effettivo pericolo per l'interesse dei creditori al mantenimento della garanzia patrimoniale.

La giurisprudenza di legittimità, invece, alla stregua di un insegnamento delle Sezioni Unite risalente alla sentenza n. [2/1958](#), e rimasto costante nel tempo, ritiene che la dichiarazione di fallimento non costituisca una condizione obiettiva di punibilità, ma una condizione di **esistenza** del reato; si tratta, in definitiva, di un elemento costitutivo della fattispecie criminosa che, nella bancarotta prefallimentare, segna il momen-

to consumativo del reato a ogni effetto di legge senza assurgere a evento della stessa.

Da questa impostazione ha provato a distaccarsi la sentenza n. [47502/2012](#), secondo la quale lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituirebbe elemento **essenziale** del reato, in qualità di evento dello stesso, e pertanto dovrebbe porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e dovrebbe essere altresì sorretto dall'elemento soggettivo del dolo.

Ma si tratta di una decisione che è rimasta **isolata**, continuandosi poi a sostenere che la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato, ma che ciò non significa che le si possa attribuire la qualifica di evento, come se non fosse data via di uscita rispetto all'alternativa tra condizione obiettiva di punibilità ed evento del reato (Cass. nn. [47616/2014](#), [32031/2014](#), [26542/2014](#), [27993/2013](#) e [7545/2013](#)).

È, infatti, facoltà del legislatore inserire nella struttura dell'illecito penale elementi costitutivi estranei all'accennata dicotomia (Cass. nn. [36824/2016](#) e [32352/2014](#)). Tale ricostruzione, chiaramente, si riflette sull'elemento soggettivo del reato, non potendo accettarsi la soluzione (fornita sempre da Cass. n. [47502/2012](#)) secondo cui sarebbe necessario che lo stato di insolvenza sia **previsto e voluto** quale conseguenza della condotta. Il dolo della fattispecie deve essere limitato alla consapevolezza di dare ai beni del fallito una destinazione diversa da quella dovuta secondo la funzionalità dell'impresa, privando quest'ultima di risorse e garanzie per i creditori.

In questo dibattito si inserisce ora il ripensamento operato dalla quinta sezione penale della Cassazione, che opta per la ricostruzione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità (soluzione che appare anticipata da Cass. SS.UU. n. [22474/2016](#)). Occorrerà, peraltro, attendere il deposito delle motivazioni per comprendere tutti i **profili** della decisione, ivi inclusa l'adesione o meno ai correttivi proposti in dottrina per evitare che tale ricostruzione possa trascinare con sé dubbi di lesioni al principio di necessaria offensività.

Al riguardo si ricorda che la Suprema Corte tende a ricostruire la bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di **pericolo concreto**, in cui la concretezza del pericolo assume una sua dimensione effettiva solo quando interviene la dichiarazione di fallimento (Cass. n. [36816/2016](#)); ricostruzione che fa emergere il motivo per cui resta esente da pena il soggetto che impoverisca la società di risorse anche enormi, ma lasciando la stessa con la disponibilità di mezzi ben più rilevanti, idonei a fornire adeguata garanzia rispetto alle possibili pretese dei creditori (Cass. n. [47616/2014](#)).