

Le questioni dibattimentali nei processi di bancarotta¹

di Fabio Di Vizio*

SOMMARIO

Introduzione [2]

CAPITOLO I L'APPORTO INFORMATIVO E CONOSCITIVO DEL CURATORE E GLI ATTI DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE: TRA REGOLE DI ACQUISIZIONE E CRITERI DI VALUTAZIONE.

§.1. La prova documentale: relazioni, inventari e verbali delle audizioni [3].

§.2. Tipologie, contenuti e tempi delle relazioni del curatore fallimentari: tra presente e futuro prossimo [5].

§.3. L'efficacia probatoria delle relazioni ex art. 33 l. fallimentare a seconda del diverso contesto processuale [10]. — 3.1. Prova civile [10]. — 3.2. Prova penale [12].

§.4. Regole di utilizzazione e valutazione degli apporti dichiarativi raccolti dal curatore ed acquisiti al fascicolo processuale quali documenti [14]. — 4.1. Le dichiarazioni verbalizzate dal curatore e rese ex art. 49 l. fall. dal fallito o dal gestore dell'impresa societaria fallita [14]. — 4.2. Le dichiarazioni testimoniali del curatore su quanto riferitogli dal coimputato: richiesta di esame della difesa, volontarietà dell'assenza ed interferenza con il divieto ex art. 526, comma 1 bis, c.p.p. [17].— 4.3. La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del curatore su quanto riferitogli [22].

§.5. L'acquisizione della sentenza di fallimento e degli atti della procedura prefallimentare e fallimentare [23].

CAPITOLO II NE BIS IN IDEM E PROCESSI DI BANCAROTTA.

Premesse [27].

§. 1. Reati fallimentari e reati tributari [31]. — 1.1. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta per distrazione e la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte ex art. 11 d.lgs. n. 74/2000 [31]. — 1.2. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta documentale e la fattispecie tributaria dell'occultamento e della distruzione di documenti fiscali ex art. 10 d.lgs. n. 74/2000 [35]. — 1.3. Il concorso tra la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74/2000) e i reati fallimentari della causazione del fallimento mediante operazioni dolose, della bancarotta fraudolenta patrimoniale e della bancarotta documentale [37]. — 1.4. Il concorso tra il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti e la bancarotta fraudolenta patrimoniale [39]. — 1.5. Il concorso tra i reati di omesso versamento (artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater d.lgs. n. 74/2000) e il reato di causazione del fallimento mediante operazioni dolose [39]. — 1.6. Il concorso tra i reati dichiarativi tributari pertinenti ricavi non dichiarati e la bancarotta fraudolenta patrimoniale [41].

§. 2. Reati fallimentari e reati patrimoniali [42]. — 2. 1. Bancarotta distrattiva dei proventi delittuosi e truffa [42]. — 2.2. Bancarotta distrattiva ed appropriazione indebita [43]. — 2.3. Bancarotta impropria ed insolvenza fraudolenta [46].

§. 3. Rapporti tra reati fallimentari e con il reato di autoriciclaggio: cenni [47]. — 3.1. Plurime condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale riferite allo stesso fallimento [47]. — 3.2. Il concorso materiale tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e bancarotta impropria per operazione dolosa [47]. — 3.3. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e l'autoriciclaggio [48].

§. 4. Brevi considerazione sulle contestazioni suppletive nei processi di bancarotta [50].

Conclusioni personali [52]

¹ E' il testo della relazione tenuta al seminario "IL PUBBLICO MINISTERO E LE PROTEZIONI DEL MERCATO, Sfide organizzative per gli uffici in vista dell'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", Sessione Pubblici Ministeri e Giudici Penali, Quinta sessione "La BANCAROTTA NEL DIBATTIMENTO", San Servolo - Venezia 25 maggio 2019. *In memoria di Walter Mapelli.*

* Sostituto Procuratore della Repubblica Presso il Tribunale di Firenze e Componente della Formazione Territoriale della Scuola Superiore della Magistratura per il Distretto della Corte di Appello di Firenze.

Introduzione.

I processi di bancarotta incidono in termini assai significativi sul complessivo impegno dibattimentale dei Tribunali italiani. Il diritto penale della crisi, sotto questo profilo, si pone in controtendenza rispetto all'endemica rarità giudiziaria degli altri reati "economici". Appare particolarmente utile, dunque, riflettere sulle questioni dibattimentali che più ricorrentemente si profilano nei giudizi dedicati ai reati fallimentari. Nessuna pretesa di completezza, si intende, ma un confronto aperto su alcune delle questioni più problematiche e frequentemente discusse nelle aule di giustizia e nelle camere di consiglio.

Centrale, anzitutto, risulta il tema della corretta acquisizione degli apporti conoscitivi del curatore e dei soggetti dallo stesso interpellati. Se abbastanza sedimentate sono le ragioni per cui la relazione ex art. 33 l.fall. è considerato alla stregua di un documento, ricognitivo anche di accertamenti irripetibili, frequenti discussioni sorgono in relazione alle dichiarazioni in essa trasfuse, o ad essa allegate, rese al curatore (o al giudice delegato) dal gestore dell'impresa; ciò, in particolare, allorché, interpellato dal curatore o dal giudice delegato, il gestore effettivo dell'impresa si trova già raggiunto da indizi di reità o già formalmente indagato o imputato. Non meno rilevanti, poi, sono le questioni collegate alla valutazione delle dichiarazioni dibattimentali del curatore ed all'acquisizione delle relazioni ex art. 33 l. fall. per la parte in cui vi si trasfondano dichiarazioni accusatorie del coimputato non comparso in dibattimento o di terzi indifferenti. In proposito, in prospettiva probatoria il significato della sentenza dichiarativa del fallimento, come le condizioni di acquisizione degli atti del fascicolo prefallimentare e fallimentare, non possono dirsi temi incontrovertibili.

Occorre aver chiare le condizioni per la legittimità dell'acquisizione al fascicolo del dibattimento e ulteriormente rimarcare che le prime non risolvono i criteri di valutazioni degli elementi di prova acquisiti né la legittimità della loro utilizzazione ai fini del riconoscimento della responsabilità penale. Di questi aspetti le parti, prima che il giudice, devono essere ben consapevoli per impostare con avvedutezza e per tempo le rispettive strategie processuali.

Altre questioni si pongono alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali, anzitutto su stimolo della Corte di Strasburgo rispetto alle garanzie del *ne bis in idem*, variamente declinate a secondo delle prospettive considerate: quella sostanziale—sanzionatoria, più aperta ad ammettere spazi per duplicazioni sanzionatorie a fronte dello stesso fatto storico e della verifica di esso in un unico contesto processuale, secondo l'apprezzamento del legislatore ed i parametri dell'esegesi giurisprudenziale; quella processuale, più rigorosa nel negare aree di praticabilità di successivi processi finalizzati all'irrogazione di sanzioni penali dopo l'intervento di un giudicato per l'*idem factum*, riconosciuto dall'identità della condotta, del nesso di causalità e dall'evento naturalistico. Così, nel contesto di un simultaneo processo la prospettiva sanzionatoria è governata da un criterio formale (la specialità in astratto tra fattispecie), soccombente in quella processuale, dove la soluzione è retta da criteri di sostanzialismo più sviluppato.

In tali condizioni, dunque, le scelte delle parti processuali, specie dell'organo dell'accusa, nel procedere ad una trattazione simultanea o nell'impostare e protrarne una separata per reati in concorso formale tra loro, si rivelano decisive per la celebrazione del processo ulteriore ex art. 649 c.p.; come quella di astenersi dalla contestazione suppletiva ex art. 517 c.p.p., in parte disincentivata dalla previsione della continuazione fallimentare tra specifici reati fallimentari (ex art. 219, comma 2, n. 1, l. fall.).

CAPITOLO I

L'APPORTO INFORMATIVO E CONOSCITIVO DEL CURATORE E GLI ATTI DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE: TRA REGOLE DI ACQUISIZIONE E CRITERI DI VALUTAZIONE

§. 1. La prova documentale: relazioni, inventari e verbali delle audizioni.

Consolidata è l'opinione giurisprudenziale che riconduce le **relazioni, i rapporti informativi** ex art. 33 l. fall. e **gli inventari del curatore** alla categoria del documento ex art. 234 c.p.p.. Nessuno di tali atti, infatti, ha origine nel procedimento penale, non essendo prioritariamente finalizzato ad esso. Le relazioni informative, infatti, sono dirette al giudice delegato² e non al pubblico ministero.

La loro valenza probatoria è ricollegata alle **operazioni sociali compiute** dal curatore. La giurisprudenza di legittimità estende la portata documentale anche alle **dichiarazioni raccolte e verbalizzate dal curatore**, quale parte integrante degli accertamenti eseguiti dallo stesso, nell'esercizio dei poteri di pubblico ufficiale, in funzione della verifica delle cause del dissesto³. Secondo l'insegnamento della Cassazione, infatti, le relazioni e gli inventari redatti dal curatore fallimentare sono sicuramente prove documentali ammissibili. E lo sono **in ogni caso**. Dunque, non solo quando provvisti di attitudine **ricognitiva di un'organizzazione aziendale e di una realtà contabile**, poiché anche gli **accertamenti documentali** e le **dichiarazioni ricevute** dal curatore costituiscono prove rilevanti nel processo penale, al fine di **ricostruire le vicende amministrative** della società⁴. E' ritenuto corretto, quindi, l'inserimento della relazione diretta al giudice delegato nel **fascicolo processuale**, in quanto il principio di separazione delle fasi non si applica agli accertamenti aventi funzione probatoria, preesistenti rispetto all'inizio del procedimento o che appartengono al contesto del fatto da accertare⁵.

² Così Corte Cost. (ud. 20/04/1995) 27-04-1995, n. 136. La Consulta riconosce che la relazione del curatore «*non ha origine nel processo penale e non è finalizzata ad esso, diretta, come risulta, al giudice delegato e non al pubblico ministero; cosicché, anche se può contenere indicazioni utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, non costituisce di per sé una notizia di reato e, dunque, non può essere disciplinata come tale. Del resto, secondo il giudice penale di legittimità il diritto alla prova non deve essere compresso creando ipotesi di inutilizzabilità che non trovano sicuro ancoraggio nella norma processuale e non può ignorarsi che nella relazione del curatore possono confluire anche accertamenti analoghi agli atti irripetibili della polizia giudiziaria o del pubblico ministero che se la relazione non potesse essere acquisita non avrebbero modo di essere utilizzati a fini probatori*». Cass. Pen. 7.3.2012, n. 24114, ritiene che «*Non soltanto la scelta del rito speciale legittima la valorizzazione della prova testimoniale e documentale proveniente dal curatore, ma – anche per il procedimento svolto nelle forme ordinarie – è utilizzabile, quale prova a carico dell'imputato, la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle dichiarazioni accusatorie a lui rese da coimputati o trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi dell'art. 33 l. fall. Si tratta di un indirizzo ermeneutico costante del giudice di legittimità (cfr. da ultimo Cass. pen., sez. V, 18.1.2011), fondato anche sulla considerazione che la relazione del curatore fallimentare diretta al giudice delegato (secondo la previgente normativa, mentre il vigente art. 33, comma 5, della novata legge fall., prevede espressamente la successiva trasmissione al pubblico ministero) non costituisce di per sé notizia di reato, ma documento utilizzabile in giudizio, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., quale atto che non ha origine nel processo penale e non è ad esso finalizzato. L'assenza di ogni incombenza poliziesca in capo al curatore preclude la possibilità di leggere nelle sue dichiarazioni o nella relazione ex art. 33 l. fall., la sostanza di un rapporto su notizie di reato*».

³ Cass. Pen., Sez. 5, n. 15128/2011.

⁴ Cass. Pen., Sez. 5, n. 41429 dell'11.7.2016, dep. 3.10.2016; Id., n. 27898 del 28.4.2016, dep. 6.7.2016; Id., 3.3.2015 n. 32388, Rv. 264255; Id., 9.6.2004, n. 39001, Rv. 229330; Cass. Pen., sez. F, 26.7.2013, n. 49132, Rv. 257650; Id., n. 20090/2015. Per commenti sul tema cfr., volendo, DI VIZIO, *La confessione al curatore è documento autosufficiente per il giudice penale*, in *Quotidiano Giuridico*, 14/10/2016; DI VIZIO, *Le "pericolose confessioni" dell'amministratore di fatto al Giudice delegato*, in *Quotidiano Giuridico*, 21/7/2016.

⁵ Secondo tale impostazione, la Corte di Cassazione considera utilizzabile quale prova a carico dell'imputato la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle **dichiarazioni accusatorie rese da un coimputato** non comparso in dibattimento e trasfuse dallo stesso curatore nella **relazione redatta ai sensi dell'art. 33 legge fall.**

In particolare, possono essere veicolati attraverso lo scritto del curatore i **contributi di conoscenza forniti dalle persone che lo stesso ha avuto modo di ascoltare** e le cui parole ha **verbalizzato**. Ai sensi dell'**art. 49, comma 2, l. fall.**, l'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento devono presentarsi personalmente per rendere **informazioni o chiarimenti** ai fini della gestione della procedura, al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori. Inoltre, ai sensi dell'**art. 87, comma 3, l. fall.**, prima di chiudere l'inventario, il curatore invita il fallito o, se si tratta di società, gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistano altre attività da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite dall'articolo 220 l. fall. in caso di falsa o omessa dichiarazione.

Ancora di recente la Corte regolatrice ha confermato l'ampiezza dell'utilizzabilità probatoria delle **dichiarazioni rese dai gestori sociali** (successivamente divenuti imputati) **agli organi fallimentari**, con riferimento a quelle **raccolte e documentate dal Giudice delegato**, essendo ad esse riconnesso la **medesima funzione informativa di ricostruire le vicende amministrative della società fallita**⁶. In base all'art. 49, comma 2, legge fall., hanno identica natura le informazioni che questi soggetti devono rendere, essendo indifferente l'organo che le raccoglie. Per corroborare tali conclusioni, la Corte regolatrice ha disatteso in più occasioni e per più tipologie di dichiaranti le prospettate violazioni degli artt. 62 e 63 c.p.p.⁷.

L'acquisizione documentale al fascicolo processuale **non significa attribuzione di fede privilegiata agli accertamenti svolti dal curatore**, né dispensa dalla valutazione dell'attendibilità del contenuto dell'apporto informativo del curatore. L'acquisizione secondo lo schema della prova documentale, infatti, non risolve la questione delle regole di valutazione da applicare agli elementi di prova costituiti dagli apporti documentati dal curatore, alla luce anche dell'insegnamento della Corte Costituzionale⁸.

(cfr. Cass. Pen., Sez. 5, 18.1.2011, n. 15218, Rv. 249959; Id., 6.10.2014, n. 4164, rv. 262172), anche ove espresse con atto scritto quale una **missiva** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 32388 del 03/03/2015, dep. 23/07/2015, Rv. 264255).

⁶ Cass. Pen., Sez. 5, n. 27898 del 28.4.2016, dep. 6.7.2016.

⁷ Infatti, la Corte considera non pertinente il richiamo al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato, operante «solo con riferimento alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento penale». Secondo la Consulta, del resto, «il **divieto stabilito dall'art. 62 cod. proc. pen.** col prevedere che "le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza", non è affatto assoluto ed illimitato», rilevando «**solo con riferimento a dichiarazioni rese "nel procedimento"** e non genericamente "in pendenza del procedimento", e pertanto, ai fini dell'applicabilità della norma, mentre il discrimine temporale della iscrizione della notizia di reato - o del nome della persona cui il reato è attribuito - nel registro di cui all'art. 335 cod.proc.pen. non assume di per sé alcun rilievo, occorre pur sempre accertare (ed è questo che essenzialmente rileva) che le dichiarazioni su cui dovrebbe vertere la testimonianza "de auditu" siano state rese (anche spontaneamente) in occasione del compimento di ciò che debba comunque qualificarsi come un (qualsiasi) atto del procedimento» (C.Cost., sent. n. 237/1993). In particolare, **è da escludere che le dichiarazioni destinate al curatore possano considerarsi rese nel corso del procedimento penale**, «non potendo certo sostenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una notizia criminis» (C.Cost., sent. n. 69/1984). Inconferente, inoltre, l'addotta violazione dell'articolo 63 c.p.p. per le dichiarazioni rese al giudice delegato, atteso che, come evidenziato in una precedente pronuncia della **Consulta** (C.Cost., n. 136/1995), il riferimento all'autorità giudiziaria, contenuto nell'art. 63 c.p.p. «è preordinato al solo fine di ricomprendere nella nozione di genere non soltanto il giudice penale, ma anche il pubblico ministero. Mentre non può in essa essere ricondotto il giudice civile, il quale, pure ove in sede di interrogatorio formale vengano ammessi dalla parte fatti costituenti reato, non può certo fare ricorso al regime previsto dalla norma ora denunciata, essendo, semmai, tenuto, ai sensi dell'art. 331, quarto comma, del codice di procedura penale - come, del resto, in ogni altra ipotesi in cui risulti un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile di ufficio - a redigere ed a trasmettere senza ritardo la denuncia al pubblico ministero».

⁸ La Corte Costituzionale, pur condividendo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (favorevole ad ammettere la deposizione del curatore relativamente a fatti appresi dal fallito, escludendo preclusioni rispetto ai fatti appresi nell'esercizio delle sue funzioni) ha sempre ritenuto imprescindibile, «ove si tratti di deposizione de relato, **l'osservanza delle prescrizioni concernenti la testimonianza indiretta**». Nell'equilibrio tra le esigenze di accertamento e di salvaguardia delle garanzie individuali, infatti, per la Consulta, il rispetto delle regole di

L'acquisizione al fascicolo dibattimentale delle relazioni del curatore, oltre che per la loro natura documentale, è giustificata altresì in considerazione degli **accertamenti irripetibili** (analoghi a quelli della polizia giudiziaria) che comunemente vi confluiscono⁹.

§. 2. Tipologie, contenuti e tempi delle relazioni del curatore fallimentari: tra presente e futuro prossimo.

Le **relazioni ex art. 33 l. fall.** rappresentano il principale strumento attraverso il quale il curatore veicola flussi informativi completi, a loro volta condizione di effettività della conoscenza da parte del pubblico ministero delle vicende dell'impresa e della situazione aziendale. Dopo la comunicazione per estratto a cura della cancelleria della sentenza dichiarativa del fallimento, il pubblico ministero riceve informazioni sullo svolgimento della procedura proprio a seguito della trasmissione, da parte della cancelleria, della **copia del testo integrale della relazione del curatore** (art. 33, comma 4, l. fall.).

Le relazioni formate dal curatore si distinguono per **tipologia**.

Fondamentale, anzitutto, è la relazione **particolareggiata**, ex art. 33, comma 1, l. fall., depositata entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, Inoltre, è prevista una relazione **sommatoria**, che può essere chiesta dal giudice delegato ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. fall. prima del ricordato termine. Normalmente sarà l'esame del fascicolo prefallimentare ad ingenerare l'urgenza di ricevere valutazioni in merito all'adozione di iniziative giudiziali a rischio di prescrizione o di decadenza¹⁰. L'art. 33, comma 4, l. fall. prevede, ancora, che, dopo la presentazione della relazione particolareggiata, per esigenze di continuità informativa, ogni sei mesi il curatore rediga un **rapporto riepilogativo** delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal **conto della sua gestione**.

Esiste un **contenuto necessario** della **relazione particolareggiata**, delineato dall'**art. 33, comma 1, cit.**¹¹ In via schematica, essa deve illustrare: (i) le *cause* e le circostanze del fallimento; (ii) la *diligenza* spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa; (iii) la *responsabilità* del fallito o di altri; (iv) quanto può *interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale*. Appare, dunque, subito evidente l'importanza informativa di tale relazione per gli organi della procedura ma anche per il pubblico ministero.

L'illustrazione delle cause e delle circostanze del fallimento, al pari della diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa e delle eventuali responsabilità del fallito o di altri soggetti (art. 33, comma 1, l. fall.), degli **atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare** (art. 33, comma 2, l. fall.) nonché dei **«fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società»** (art. 33, comma 3, l. fall.)¹², interessano il giudice delegato¹³ come il pubblico ministero. Quest'ultimo, infatti, ne

verifica dell'attendibilità dell'apporto dichiarativo del co-indagato e di utilizzabilità del teste *de relato* va assicurato, anche ammettendo l'acquisizione quale prova documentale delle relazioni dei curatori o dei verbali delle audizioni degli amministratori dinanzi al Giudice delegato.

⁹ C. Cost. n. 136/1995, cit..

¹⁰ SANTANGELI, *PM e fallimento, relazione al corso "Poteri e compiti del P.M. in materia civile e fallimentare"*, Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 4 ottobre 2016; cfr. *PM e fallimento*, Dir. Fall., 2017, 1,1.

¹¹ L'art. 33, comma 1, l. fall. non richiede più indicazioni sul tenore di vita privata del fallito e della sua famiglia.

¹² Osserva SANTANGELI, *op. cit.*: «Tale indicazione è richiesta, tra l'altro, anche al fine valutare se sussistono i presupposti per l'avvio o meno di azioni di responsabilità previste a carico di amministratori, componenti degli organi di controllo, direttori generali, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata, dagli artt. 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis, 2407 e 2476 c.c. e di ingiunzioni di pagamento ex artt. 146 e 150 l.f. Il curatore, qualora l'impresa fallita sia una società, è tenuto altresì a fornire informazioni nella relazione circa le condotte dei soggetti estranei della società,

ricava sovente le prime informazioni utili per approfondire specifiche responsabilità penali, specie fallimentari. Il curatore, senza essere organo di polizia giudiziaria, è considerato il «*direttore di gara (starter) dell'indagine*»¹⁴. Si pensi, alle informazioni collegate alla tenuta delle scritture contabili, per ricostruire l'attività svolta dall'imprenditore, alla consistenza dell'attivo ed alle operazioni effettuate dal fallito¹⁵.

A completamento delle specifiche tematiche indicate nel tessuto normativo, inoltre, la relazione deve contenere «**quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale**». Espressione con valenza residuale, «*sicché il curatore deve inserire nella relazione non solo i fatti e le condotte che assumono rilievo in sede penale, in quanto integrano un illecito, ma anche tutti i fatti e i comportamenti di "interesse penalistico", cioè quelle vicende che pur non costituendo un reato possono tuttavia rappresentare elementi utili per lo svolgimento di indagini da parte della polizia giudiziaria*»¹⁶. Tale obbligo **integra** i doveri di denuncia di fatti costituenti reati procedibili di ufficio dal curatore appresi nell'esercizio delle pubbliche funzioni *ex art. 30 legge fallimentare* e risulta assimilabile al dovere del commissario giudiziale di «*comunica[re] senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni*» (art. 165, comma 5, l. fall.). Si ritiene, in proposito, che il deposito della relazione al pubblico ministero sia equipollente alla presentazione della denuncia *ex art. 331 c.p.*¹⁷.

Quanto ai **tempi**, l'articolo 33 comma 1, l. fall., indica in sessanta giorni dalla dichiarazione del fallimento il termine per la redazione e presentazione della **relazione particolareggiata** al giudice delegato, lasso di tempo non necessariamente congruo nel caso delle procedure concorsuali più complicate; inconveniente mitigato dalla natura non perentoria del termine, dalla prassi di richiedere proroghe¹⁸ e comunque dalla possibilità di motivare le ragioni del ritardo. Si tratta di adempimento rilevante, ad ogni modo, in quanto suscettibile, in caso di ritardo ingiustificato, di dar causa alla revoca dall'incarico, ai sensi dell'art. 37 della l. fallimentare.

ovvero di tutti quei soggetti, non necessariamente amministratori di fatto, che si sono comunque resi responsabili di danni nei confronti della società».

¹³ Riprendendo l'elencazione di SANTANGELI, *op. cit.*, si rammenta il rilascio o il diniego delle autorizzazioni relative all'**esercizio provvisorio** dell'impresa *ex art. 104 l. fall.*, l'**affitto dell'azienda o di rami dell'azienda** del fallito *ex art. 104 bis, c. 1, l. fall.*, la **nomina di professionisti** cui affidare le incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo e alla liquidazione di beni prima dell'approvazione del programma di liquidazione *ex art. 104 ter, comma 3 e 6, l. fall.*, l'**esercizio di azioni di responsabilità ex art. 146, comma 2, l. fall.**, e l'**ingiunzione dei versamenti dovuti da parte dei soci a responsabilità limitata** *ex art. 150 l. fallimentare*.

¹⁴ In tal senso SANTANGELO, *Il ruolo del pubblico ministero nelle procedure concorsuali*, in *Orientamenti*, anno XVII, dicembre 2008. L'Autore segnala l'importanza della collaborazione di tale organo, annotando: «*. l'esperienza giudiziaria attesta che, in assenza di segnalazioni provenienti dal curatore di comportamenti di verosimile rilievo penale, il P.M. "sta al palo", non avendo, il più delle volte, la materialmente possibilità di individuarli di persona. Non a caso gli studiosi della materia osservano che, nel quotidiano giudiziario, senza la relazione del curatore, illustrativa di illeciti penali, quasi nessun procedimento sorgerebbe per autonomo sviluppo delle indagini della P.G. o del P.M.*».

¹⁵ Sugli aspetti contabili della relazione cfr. FERRETTI, *L'attività di relazione del curatore*, in APICE (diretto e coordinato), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, 2010, 261 e 264 ss.

¹⁶ CARBONARA, *sub art. 33 l.f.*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare.*, 734.

¹⁷ Sulla equipollenza tra denuncia di reato e relazioni in seno alle procedure concorsuali cfr., volendo, DI VIZIO, *La relazione ex art. 172 l.fall. quale equipollente della denuncia e della notizia di reato*, in *Quotidiano Giuridico*, 5.4.2016.

¹⁸ CARBONARA, *Sub art. 33 l.f. cit.*, 738, nota 23, rileva che in applicazione analogica dell'art. 154 c.p.c. la proroga non può essere concessa per un periodo superiore a sessanta giorni; per ABETE, *Sub art. 33, cit.*, 411, in presenza di gravi motivi, il giudice delegato con provvedimento motivato può prorogare ulteriormente il termine; *contra* PAJARDI – PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, secondo cui è preferibile ricorrere alle relazioni di aggiornamento.

Come si anticipava, l'art. 33, comma 4, l. fall. prevede che il curatore rediga ogni sei mesi un **rapporto riepilogativo** dell'attività svolta, con indicazione di «**tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione**», accompagnato dal conto della sua gestione. Chiara la funzione del documento: offrire un'integrazione ed un aggiornamento informativo in ordine all'evoluzione della procedura concorsuale, a beneficio del giudice delegato e del comitato dei creditori, per favorirne le funzioni di vigilanza. A livello normativo non è prevista la comunicazione del rapporto riepilogativo al pubblico ministero; nondimeno eventuali informazioni di interesse penalistico possono esser riservatamente rappresentate dal curatore nel contesto di dirette e separate forme di interlocuzione con l'organo inquirente.

A conferma del rilievo penalistico delle informazioni contenute nelle relazioni del curatore, inoltre, può rammentarsi la disciplina sulla loro parziale **segretazione**. Il giudice delegato ordina il deposito della relazione particolareggiata in cancelleria, disponendo la segretazione delle **parti** relative alla **responsabilità penale del fallito e di terzi** ed alle **azioni** che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di **provvedimenti cautelari**, nonché alle **circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito**¹⁹ (art. 33, comma 4, legge fall.). Si tratta di **elencazione tassativa**²⁰, non estendibile a parti e tematiche diverse. In merito alle *responsabilità penali del fallito e di soggetti terzi*, la segretazione è necessitata dal fatto che le informazioni fornite dal curatore con la relazione non beneficerebbero "naturalmente" del segreto istruttorio previsto dall'art. 329 c.p.p., operante solo per gli atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero²¹. La segretazione delle *azioni che il curatore intende proporre*, invece, risponde all'esigenza di salvaguardare l'efficacia del provvedimento cautelare ad esse funzionale. In concreto, questo comporterà la redazione di una **relazione integrale** e di una **relazione "omissata"**, la sola inserita nel fascicolo della procedura fallimentare, predisposto, anche con modalità informatica, dalla cancelleria immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza di fallimento. In esso devono essere contenuti tutti gli atti, i provvedimenti ed i ricorsi attinenti al procedimento, opportunamente suddivisi in sezioni, esclusi proprio quelli che, per ragioni di riservatezza, debbono essere custoditi separatamente. Corrisponde a **diritto del comitato dei creditori e di ogni suo componente** prendere visione di qualunque atto o documento contenuto nel fascicolo, mentre **gli altri creditori ed i terzi** hanno diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti per i quali

¹⁹ VERNA, *La relazione del curatore fallimentare*, in Dir. Fall., 2009/5, 703, nota «che il legislatore, mentre ha tolto dalla relazione del curatore ogni riferimento al tenore della vita privata del fallito e della sua famiglia, ha mantenuto la previsione della punibilità della bancarotta semplice, reato in cui incorre il fallito allorché "ha fatto spese personali o per la sua famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica" (art. 217, c. 1, n. 1, l.f.). Ne consegue che il curatore ha l'obbligo di riferire sull'argomento allorché esso rivesta una dimensione che possa interessare l'indagine penale».

²⁰ Cfr. CARBONARA, *Sub art. 33, cit.*, 739.

²¹ La disposizione, avendo riguardo agli **atti d'indagine del pubblico ministero** (per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ex artt. 326, 358 ss. c.p.p.) e della **polizia giudiziaria** (per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale ex artt. 55, comma 1, 347-357 c.p.p.), sembra in effetti escludere dal segreto: - gli atti non diretti alla ricerca e assicurazione di elementi di prova ovvero volti alla ricerca della **notitia criminis** (cfr. Cass. Pen., Sez. 6, n. 5843 del 21/04/1998 Ud., dep. 15/05/1998, Rv. 210655 che in particolare ha escluso il segreto per le attività volte alla ricerca della "notitia criminis" e quelle ad esse connesse, a seguito di una denuncia anonima, poiché le attività di indagine ex art. 329 c.p.p. presuppongono una notizia di reato sufficientemente definita e tendono alla raccolta degli elementi necessari per le valutazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; con la conseguenza che, relativamente a tali attività, gli ufficiali di polizia giudiziaria non sono sottoposti all'obbligo del segreto ai sensi dell'art. 329 c.p.p., che si riferisce al compimento di atti di indagine, ma sono tenuti al segreto, come qualsiasi impiegato dello Stato, ai sensi dell'art. 15 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, come sostituito dall'art. 28 della l. 7 agosto 1990, n. 241); - le notizie apprese e direttamente da una persona che abbia assistito o sia a conoscenza di un "fatto", sebbene su tali circostanze abbia già riferito all'autorità giudiziaria (Cass. Pen., Sez. 1, n. 10135 del 11/07/1994 Ud., dep. 24/09/1994, Rv. 203759); - i documenti di origine extraprocessuale acquisiti ad un procedimento, non compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (Cass. Pen., Sez. 1, n. 13494/ del 9.3.2011 dep. 4.4.2011, Rv. 249856).

sussiste un loro specifico ed attuale interesse, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore. Analogo diritto spetta al fallito, con la rilevante eccezione della relazione del curatore e degli atti eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato (art. 90, legge fall.).

Secondo il dato normativo **non risultano segretabili le relazioni riepilogative**. La circostanza può spiegarsi ritenendo che, come di esse non è prevista la comunicazione al pubblico ministero, parimenti, in caso di indicazioni di possibile rilievo penale, le stesse potrebbero essere anticipate con notizie dirette e separate al pubblico ministero, precedute, per il possibile interesse per il corso della procedura, da informazioni “riservate” al giudice delegato.

Tale assetto sarà **limitatamente modificato con l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza**, a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 14/2019. Qualche cenno di maggior dettaglio può essere interessante anticiparlo

Intenso è il canale informativo tra il curatore ed il pubblico ministero, alla luce della previsione per cui le relazioni formate ai sensi dell'art. 130, commi 1, 4 e 5, CCI sono trasmesse in copia integrale entro cinque giorni dal deposito all'organo inquirente (art. 130, comma 7, CCI). Si tratta di disciplina in sostanziale linea di continuità con l'art. 33 della L. fall., che detta obblighi informativi del curatore, da adempiersi in determinate fasi della procedura e periodici.

Il giudice delegato dispone la segretezza delle parti relative alla responsabilità penale del debitore e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del debitore (art. 130, comma 8, CCI).

In particolare, il curatore, entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, infatti, è tenuto a presentare al giudice delegato un'informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società (art. 130, comma 1, CCI). Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito di cui all'art. 49, comma 3, lettera c) CCI (relativo ai bilanci e alle scritture contabili e fiscali obbligatorie, in formato digitale nei casi in cui la documentazione è tenuta a norma dell'articolo 2215-bis del codice civile, nonché all'elenco dei creditori, se già non eseguito a norma dell'articolo 39), il curatore informa senza indugio il pubblico ministero.

Il termine è assai più ridotto di quello di 60 giorni attualmente previsto per la prima relazione ex art. 33 L. fall.; non può escludersi che tale brevità precluderà ai curatori la possibilità di offrire già nella relazione ex art. 130, comma 1, CCI indicazioni approfondite di interesse penale, differendole a quella, invero assai successiva, prevista per il deposito della relazione particolareggiata (sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo ex art. 130, comma 4, CCI). Viene richiesto, per converso, un immediato e particolare approfondimento in presenza di rilevate carenze di documentazione; il curatore, oltre ad accedere alle banche dati delle pubbliche amministrazioni, dovrà reperire la documentazione idonea a ricostruire la situazione economica e finanziaria dell'impresa acquisendo, con l'autorizzazione del giudice, tutti i dati, le informazioni e la documentazione indicati dalla norma.

A seguire, entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, il curatore presenta al giudice delegato una relazione particolareggiata in ordine al tempo e alle cause. Altrettanto intenso è il canale informativo tra il curatore ed il pubblico ministero, alla luce della previsione per cui le relazioni formate ai sensi dell'art. 130, commi 1, 4 e 5, CCI

sono trasmesse in copia integrale entro cinque giorni dal deposito all'organo inquirente (art. 130, comma 7, CCI). Si tratta di disciplina in sostanziale linea di continuità con l'art. 33 della L. fall., che detta obblighi informativi del curatore, da adempiersi in determinate fasi della procedura e periodici.

Il giudice delegato dispone la segretezza delle parti relative alla responsabilità penale del debitore e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del debitore (art. 130, comma 8, CCI).

In particolare, il curatore, entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, infatti, è tenuto a presentare al giudice delegato un'informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società (art. 130, comma 1, CCI). Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito di cui all'art. 49, comma 3, lettera c) CCI (relativo ai bilanci e alle scritture contabili e fiscali obbligatorie, in formato digitale nei casi in cui la documentazione è tenuta a norma dell'articolo 2215-bis del codice civile, nonché all'elenco dei creditori, se già non eseguito a norma dell'articolo 39), il curatore informa senza indugio il pubblico ministero.

Il termine è assai più ridotto di quello di 60 giorni attualmente previsto per la prima relazione ex art. 33 L. fall.; non può escludersi che tale brevità precluderà ai curatori la possibilità di offrire già nella relazione ex art. 130, comma 1, CCI indicazioni approfondite di interesse penale, differendole a quella, invero assai successiva, prevista per il deposito della relazione particolareggiata (sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo ex art. 130, comma 4, CCI). Viene richiesto, per converso, un immediato e particolare approfondimento in presenza di rilevate carenze di documentazione; il curatore, oltre ad accedere alle banche dati delle pubbliche amministrazioni, dovrà reperire la documentazione idonea a ricostruire la situazione economica e finanziaria dell'impresa acquisendo, con l'autorizzazione del giudice, tutti i dati, le informazioni e la documentazione indicati dalla norma.

A seguire, entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, il curatore presenta al giudice delegato una relazione particolareggiata in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 130, comma 4, CCI).

Se il debitore insolvente è una società o altro ente, la relazione espone i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società. Se la società o l'ente fa parte di un gruppo, il curatore deve altresì riferire sulla natura dei rapporti con le altre società o enti e allegare le informazioni raccolte sulle rispettive responsabilità, avuto riguardo agli effetti dei rapporti economici e contrattuali con le altre imprese del gruppo (art. 130, comma 5, CCI) con le altre imprese del gruppo (art. 130, comma 5, CCI).

Il curatore, inoltre, **entro quattro mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e, successivamente, ogni sei mesi, presenta al giudice delegato un rapporto riepilogativo delle attività svolte** e delle informazioni raccolte dopo le precedenti relazioni, accompagnato dal **conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale della procedura relativi agli stessi periodi**. Copia del rapporto e dei documenti allegati è trasmessa al comitato dei creditori. Nel termine di quindici giorni, il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Nei successivi

quindici giorni copia del rapporto, assieme alle eventuali osservazioni, omesse le parti segretate, è trasmessa per mezzo della posta elettronica certificata al debitore, ai creditori e ai titolari di diritti sui beni (art. 130, comma 9, CCI). Nonostante il rapporto riepilogativo in analisi non rientri tra le relazioni trasmesse in copia integrale entro cinque giorni dal deposito all'organo inquirente (art. 130, comma 7, CCI), assai verosimilmente sarà quest'ultimo a richiederne la trasmissione, salvo che la non ne sia operato l'invio ex art. 92, comma 5, CCI.

Tornando al quadro normativo vigente, infine, i rapporti del pubblico ministero con il curatore, pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, possono seguire **direzioni biunivoche**. Oltre che **denunce** ex art. 331 c.p.p., pur antecedenti al deposito delle relazioni ex art. 33 legge fall., il curatore può anche avanzare **istanze** per lo svolgimento di indagini o **sollecitare l'inoltro di richieste** funzionali all'emissione di mezzi di ricerca della prova (es. perquisizioni) e di provvedimenti cautelari, a fronte di fattispecie di reato che pregiudicano la curatela, in termini alternativi alla richiesta al giudice civile di provvedimenti d'urgenza, sequestri giudiziari o conservativi. Ammissibili sono anche ritenute istanze volte ad ottenere in copia i verbali di atti conoscibili, in quanto soggetti a deposito, ovvero, previa **autorizzazione ex art. 116 c.p.p.**, in corrispondenza di un interesse meritevole di tutela, in genere consustanziale allo svolgimento della funzione del curatore, restando *«impregiudicato il potere del magistrato penale di motivatamente negare l'accesso agli atti, a tutela di contingenti e preminenti interessi istruttori o investigativi»*²².

L'obiettivo dell'efficace e reciproca collaborazione tra il procedimento penale e la procedura fallimentare, pur nelle varieguate forme che essa può assumere, *«è nella natura delle cose nei reati fallimentari o a sfondo fallimentare»*²³. Al riguardo, è stato osservato²⁴ che *«da una parte, ..., di solito il P.M. "attende", soprattutto dal curatore, le informazioni utili a configurare una notizia criminis e ipotesi investigative: la comunicazione della sentenza di fallimento (a. 17 L. fall.) viene annoverata tra gli atti non costituenti notizia di reato ed iscritta a mod. 45, con l'instaurazione di un procedimento che, a rigore, non ammette indagini né archiviazione a cura del giudice delle indagini preliminari (il controllo del giudice ha ad oggetto notizie di reato). Dall'altra, non di rado, accade che il curatore (e l'intero ufficio fallimentare) ha nel magistrato della procura "un valido alleato" (ad esempio: per il recupero di beni nei casi di distrazione ovvero per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, più rapida ed efficace che nella sede naturale)»*.

§.3. L'efficacia probatoria delle relazioni ex art. 33 l. fallimentare a seconda del diverso contesto processuale.

Il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è un **pubblico ufficiale** (art. 30 l. fall.); la considerazione di tale qualità è assolutamente minimale per apprezzare nel giudizio penale l'efficacia probatoria dell'apporto informativo scaturente dalla sue *relazioni* ex art. 33 l. fall. ed, in generale, dal suo **contributo conoscitivo**. Diverso è il regime probatorio del processo penale rispetto a quello civile.

— 3.1. Prova civile.

In **prospettiva civilistica**, la migliore giurisprudenza ritiene che *«l'efficacia probatoria del contenuto della relazione redatta dal curatore fallimentare va diversamente valutata a seconda della natura delle risultanze da essa emergenti»*. A tal riguardo, *«mentre, infatti, la relazione, in quanto formata da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, fa piena*

²² Così SANTANGELO, *op. cit.*, p. 39.

²³ PACILEO, *Il pubblico ministero nel processo civile*, Cass. pen., fasc.10, 2006

²⁴ SANTANGELO, *op. cit.*

prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o essere avvenuti in sua presenza, il contenuto delle dichiarazioni rese dai terzi rimane liberamente valutabile in ordine alla sua veridicità. In ordine a tale secondo genere di risultanze, peraltro, ove la "ratio decidendi" si fondi su quelle parti della relazione del curatore in cui viene recepito ciò che allo stesso è stato riferito, eludendosi, in tal modo, il ricorso ad una prova testimoniale, con i limiti e la responsabilizzazione che essa comporta, si sostituisce una fonte di prova atipica alla utilizzazione di un mezzo di prova tipico, violandosi i precetti di diritto che governano l'assunzione delle prove. Né può ritenersi che, in tali ipotesi, la prova abbia carattere presuntivo, ove si consideri l'esigenza, per la validità di tal genere di prova, che essa abbia a fondamento fatti noti, in quanto provati o tali da non richiedere di essere provati per la loro notorietà o per l'assenza di contestazione»²⁵.

Come si evince dalla motivazione della sentenza in esame, dunque, la relazione, in quanto formata da pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni (artt. 30 e 33 l.fall.), fa piena prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o essere avvenuti in sua presenza, ivi comprese le **dichiarazioni dei terzi** relativamente e limitatamente alla loro **realità effettuale**; tale rilevanza probatoria non assiste, invece, contro le contestazioni opponibili dai controinteressati, il contenuto delle dichiarazioni dei terzi nella loro **intrinseca veridicità**, liberamente valutabile in ordine alla effettiva rispondenza di quanto dichiarato (e dal curatore soltanto recepito e riferito) alla verità storica dei fatti. Inoltre, in prospettiva civilistica sono probatoriamente irrilevanti le affermazioni e le considerazioni valutative del curatore in quanto frutto di apprezzamenti personali dei fatti.

Anche la dottrina ricava dalla qualifica di pubblico ufficiale del curatore la natura di **documenti pubblici** degli atti dal medesimo formati, discutendone l'**efficacia probatoria ex art. 2700 c.c.**. In particolare, in merito alla relazione al giudice ed ai rapporti riepilogativi di cui all'art. 33 l. fall. è prevalente l'opinione che condivide l'approdo giurisprudenziale per cui gli atti o i fatti che il curatore affermi nella relazione essere stati da lui compiuti²⁶ oppure avvenuti in sua presenza (ivi comprese le dichiarazioni di terzi) hanno efficacia di **prova legale** in merito alla provenienza ed **all'estrinseco**²⁷ dei fatti attestati²⁸. Con la conseguenza

²⁵ Cass. Civ., Sez. 1, n. 8704 del 02/09/1998, Rv. 518553 – 01. Cevoloni ed altri contro Bonfante ed altri.

²⁶ Tribunale di Milano, 18.1.2011, ritiene che faccia piena prova fino a querela di falso l'affermazione nella relazione ex art. 33 legge fall. del fatto materiale del mancato reperimento della cassa tra i beni aziendali rinvenuti.

²⁷ SANTANGELI, *op. cit.*, osserva: «Una **efficacia probatoria così forte**, naturalmente, va riservata all'**estrinseco**; così, si deve ricorrere alla querela di falso per contestare il fatto storico, ad esempio che il curatore abbia fatto quanto afferma di avere commesso (nella sua qualità e nelle funzioni di pubblico ufficiale) o che una dichiarazione (del fallito o di terzi) sia stata effettivamente resa davanti al curatore, e negli esatti termini in cui dal curatore è riportata. Ma rimane fermo anche in queste ipotesi che il cd "**intrinseco**", la verità o no, ad esempio, di quanto affermato dal fallito nelle dichiarazioni al curatore, andrà dal giudice delegato o dal giudice della controversia liberamente valutato con i consueti canoni di cui all'art. 116 c.p.c. E che dunque nessun particolare valore va attribuito alle affermazioni del curatore che nella relazione riferisce di fatti non da lui compiuti, ma che egli logicamente ricostruisce come accaduti; o di cui eventualmente conosce solo con testimonianze "de relato". O che possono diversamente essere conosciuti dal giudice della controversia attraverso la produzione di una idonea documentazione». L'autore osserva ancora: «Anche laddove le dichiarazioni che il curatore nella relazione riporta provenissero dal soggetto parte formale della controversia, nei cui confronti il curatore poi agisce o resiste in giudizio, le affermazioni precedentemente rese al curatore manterranno il carattere di prova liberamente valutabile ex art. 116 l.f. Va fatto **salvo tuttavia, il caso in cui alle stesse possa attribuirsi il valore di confessione stragiudiziale ex art. 2735 c.c.**; la dichiarazione del terzo avrà allora anzi addirittura il valore di prova legale non solo sulla esistenza della dichiarazione resa dalla parte al curatore, ma anche sulla verità dei fatti affermati nella dichiarazione (senza che si possa dunque più contestare che le affermazioni effettivamente fatte siano però non rispondenti al vero), per le dichiarazioni della verità di fatti sfavorevoli al confidente fatta con animus confitendi al curatore, se nella controversia civile in cui si fa valere la dichiarazione confessoria quest'organo possa essere tecnicamente qualificato come controparte, potendo altrimenti essere liberamente apprezzata dal giudice sempre ex art. 2735 c.c. (laddove invece la confessione sarebbe liberamente apprezzabile dal giudice se il curatore non possa qualificarsi parte nel giudizio civile)».

che le corrispondenti affermazioni del curatore possono essere contestate solo tramite **querela di falso**.

— 3.2. Prova penale.

La natura civilistica di atto pubblico fidefaciente (sia pure per determinati contenuti) della relazione del curatore fallimentare²⁹ semplifica ma non risolve i termini della efficacia probatoria penale, sotto il profilo dell'attendibilità, la cui verifica resta affidata al giudice penale rispetto ai fatti ed alle valutazioni in essa contenute.

Infatti, diverso è il regime probatorio del processo penale rispetto a quello civile, come accreditato dall'art. 193 c.p.p. che esclude in radice l'utilizzabilità delle regole probatorie del codice civile ("*nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti da leggi civili, eccettuati quelli che riguardano stato di famiglia e di cittadinanza*"). A tale disposizione, infatti, corrispondono limitate ipotesi di pregiudizialità di altri processi nel processo penale: le questioni pregiudiziali di cui all'art. 3 c.p.p., con conseguente sospensione del processo, sono limitate a quelle di stato di famiglia e cittadinanza e non vi è alcuna previsione di questioni pregiudiziali di falsità di atti la cui trattazione consenta la sospensione del processo penale. Risulta, inoltre, significativo l'art. 241 c.p.p. — che, in tema di "documenti falsi", lascia chiaramente intendere come l'accertamento di falsità di atti cui consegue la trasmissione al pubblico ministero spetti al giudice che procede — nonché l'art. 537 c.p.p., che prevede che il giudice che pronuncia condanna dia le disposizioni correttive rispetto agli atti falsi.

Nel processo penale, dunque, nessuna fede privilegiata rivestono gli atti formati da pubblici ufficiali, poiché tale connotato e la necessità di un giudizio civile autonomo per accertarne la falsità riguardano soltanto la prova civile (oltre che quella amministrativa e tributaria)³⁰. Piuttosto, nel processo penale gli atti in questione sono assistiti da una **ragionevole presunzione (pur sempre semplice) di credibilità**, integrando un criterio logico di valutazione della prova, superabile a fronte di elementi di contrasto. In altre parole, nel processo penale il giudice valuta liberamente gli elementi indiziari e di prova, ivi compresi quelli della difesa, alla luce delle contestazioni di quest'ultima³¹. In seno al giudizio penale,

²⁸ Sull'efficacia *probatoria* della relazione predisposta dal curatore, cfr. CARBONARA, sub art. 33 l.f., *op. cit.*, 742; ritiene, invece, che la relazione del curatore non abbia efficacia probatoria, CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in COTTINO (a cura di), Trattato di dir. comm., 280.

²⁹ Natura riconosciuta anche al libro giornale della procedura fallimentare (Cass. Pen. Sez. 5, 16/01/2015, n. 15951, rv. 263265) destinato a riportare le registrazioni delle singole operazioni effettuate nel corso della gestione tratte dalla documentazione ad esse inerente.

³⁰ Secondo la giurisprudenza consolidata «*il nuovo codice di procedura non contempla l'istituto dell'incidente di falso che disciplinava l'impugnazione di un atto o di un documento del processo denunciato di falsità, né riproduce l'art. 158 del codice abrogato, che attribuiva al processo verbale il valore di atto pubblico di fede privilegiata, sicché esso costituiva attestazione incontrovertibile rispetto ai fatti che il pubblico ufficiale aveva dichiarato di aver compiuto o essere avvenuti in sua presenza, finché non fosse stato invalidato mediante lo speciale meccanismo processuale incidentale previsto dagli artt. 215 e 218 c.p.p. 1930. In virtù della nuova disciplina ogni questione da cui dipende la definizione del processo dev'essere risolta dal giudice, secondo lo schema normativo delle questioni pregiudiziali. Pertanto, le contestazioni circa l'attendibilità dei processi verbali e delle altre forme consimili di documentazione vanno risolte nello ambito del processo principale, alla stregua di ogni altra questione, sia pure con i limiti di cui all'art. 2 c.p.p., comma 2» (così, Cass. Pen., Sez. 5, n. 123 del 10/01/1994, Capuzzi, Rv. 197729). Negli stessi termini Cass. Pen., Sez. 5, n. 610 del 22/02/1993, Rv. 1950140; Id., n. 3215 del 22/05/1998, Tonini, Rv. 2113050; Cass. Pen., Sez. 2, n. 12622 del 19/10/1999, Fazio, Rv. 2144110.*

³¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. 6, n. 1361/2019. Per la Corte di Cassazione del valore di fede privilegiata di un atto del processo proveniente da un pubblico ufficiale che può formare atti "fidefacienti" si può discutere sia sotto il profilo del valore di atti "del" processo (un verbale di udienza, una relata di notifica, un'attestazione di deposito della sentenza etc.) sia di atti acquisiti a fini di prova, in fase di indagine o dibattimento. In entrambi i casi, non si può parlare di prova sino a querela di falso in quanto questo è un istituto del codice civile che riguarda la prova civile. Il codice vigente, per rendere più spedito il processo, ha previsto che le questioni relative alla veridicità di atti processuali siano risolte nel corso del procedimento, senza necessità di attivare una specifica procedura. Vi è giurisprudenza che sostiene che gli atti "del" processo avente fede privilegiata possano essere smentiti solo a seguito di proposizione di

infatti, non è prevista alcuna "pregiudiziale civile" che imponga la sospensione del processo penale. Molteplici argomenti³² sostengono la conclusione che l'attendibilità di un atto "del" processo vada decisa dallo stesso giudice procedente, senza alcuna specifica procedura, sulla scorta di una seria offerta di prova della parte interessata. Inoltre, è regola pacifica che la "fede privilegiata" non riguarda le **valutazioni** dell'atto pubblico di cui all'art. 2700 cod. civ., al fine di prova della res iudicanda. In tale ambito, difatti, rileva la regola della libera valutazione delle prove ai fini dell'accertamento della responsabilità penale.

Se l'**attendibilità** di quanto riferito dal curatore o compendiatore nelle sue relazioni rientra nel libero governo valutativo del giudice procedente, chiamato a stimare la serietà della prova ai fini della responsabilità penale, è indubbio che tale giudizio risulta fortemente inciso dalla **completezza** delle verifiche svolte e dalla **correttezza delle basi conoscitive e valutative** del curatore.

Quella tra il curatore e il pubblico ministero, come visto, si rivela una **relazione informativa preziosa**, interpretata in forme e direzioni assai variegata. I contenuti e le forme di definizione di tale relazione, in tal senso, sono governati dagli artt. 30, 31, 33, 49, 87 della legge fallimentare ma ricevono forti integrazioni da dati di prassi.

Non mancano, infatti, esperienze in cui il curatore manifesta una certa ritrosia ad approfondire tematiche di interesse penale quantunque coerenti con il suo dovere di amministrare il patrimonio fallimentare e di compiere le altre operazioni della procedura, sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, ivi comprese la redazione di esaurienti relazioni ex art. 33 l. fallimentare. E' il caso del curatore che non riconosce altro scopo istituzionale che quello di ricostruire un attivo da liquidare e che, al mancato rinvenimento di esso, si ritrae dal porre in essere ulteriori verifiche rispetto ad evidenze dichiarative e documentali (ivi comprese le consultabili registrazioni bancarie) che possano costituire la traccia del suo dissolvimento e di specifiche responsabilità personali. Questo modo di interpretare le funzioni (si potrebbe dire del curatore che rivendica "**di non essere un poliziotto**"), conduce sovente il curatore a trasformarsi in sede dibattimentale in teste "recalcitrante" (se non ostile) e comunque attenua seriamente l'attendibilità delle ricostruzioni ove assunte a base delle verifiche e delle contestazioni del pubblico ministero. In parte, tale contegno contraddice il dovere di provvedere alla diligente amministrazione del patrimonio fallimentare. Essa non può dirsi limitata all'attività diretta alla conservazione dei beni

querela di falso. Che il riferimento sia alla "querela di falso" di cui all'art. 2700 cod. civ. e artt. 221 c.p.c. e ss., però, appare certo solo nella decisione Sez. 3, n. 7865 del 12/01/2016, Vecchi, Rv. 266279 e sostenuta in modo meno netto nella decisione Sez. 4, n. 26419 del 20/04/2007 - dep. 09/07/2007, Samlali e altro, Rv. 2370470. Nelle sentenze Sez. 3, n. 44687 del 07/10/2004, Delle Coste, Rv. 2303150 e Sez. 2, n. 13748 del 10/03/2009, Scintu, Rv. 244056, invece, si afferma la necessità, per smentire la veridicità degli atti in questione, della presentazione di "querela" (per il reato) di falso; si afferma, quindi, che sia necessario l'accertamento del reato di cui all'art. 479 c.p. con la conseguente dichiarazione di falsità dell'atto. Anche a fronte della terminologia utilizzata, non si sostiene la necessità di ricorrere alla specifica procedura del cod. proc. civ. Altre decisioni, invece, affermano la necessità di "querela di falso" - quasi tutte in relazione ad attività di notifica dell'ufficiale giudiziario o dell'ufficiale postale - per smentire la veridicità di atti del processo ma non fanno un chiaro riferimento al peculiare procedimento civile, bensì sembrano richiedere una specifica attività della parte interessata per provare il falso, ma nella stessa sede penale (Sez. 5, n. 348 del 03/02/1994, Bellomo ed altri, Rv. 197152; Sez. 3, n. 7785 del 09/07/1996, Rizzo, Rv. 206056; Sez. 3, n. 9975 del 28/01/2003, Adamo, Rv. 223819; Sez. 1, n. 20993 del 01/04/2004, Ivone, Rv. 228196; Sez. 6, n. 26066 del 26/04/2004, Cecchetelli, Rv. 229460; Sez. 6, n. 47164 del 05/11/2013, Kandji, Rv. 257267; Sez. 6, n. 46749 del 20/11/2013, Calcagnile, Rv. 257456; Sez. 4, n. 6363 del 06/12/2016, Oukhita e altro, Rv. 269102).

³² Tra essi sono annoverabili: — la mancata previsione nel codice del 1989 dell' "incidente di falso", sub-procedimento che comunque si svolgeva nell'ambito dello stesso processo penale; — la testuale non riferibilità della disciplina del cod. proc. civ. agli atti del processo penale; — l'incompatibilità delle diverse procedure, non essendo prevista la lunga sospensione del processo penale in attesa della decisione definitiva nel procedimento civile di querela di falso. Anche le decisioni che richiamano espressamente il procedimento civile di accertamento della falsità non affrontano il tema della modalità di sospensione del processo penale, disciplinate dall'art. 3 c.p.p. in riferimento ad altre "questioni pregiudiziali".

rinvenuti nell'ambito dell'impresa fallita, estendendosi anche all'attività diretta al conseguimento di ulteriore ricchezza da destinare al soddisfacimento dei creditori; si consideri, in tal senso, la promozione di tutte le azioni giudiziali rivolte a reintegrare o accrescere il patrimonio del soggetto fallito, come quelle revocatorie, le azioni di responsabilità, il recupero dei crediti e l'eventuale estensione del fallimento ad altri soggetti.

Del pari, impropria è la pretesa di affidare “a tutto tondo” l'indagine penale al curatore, surrettiziamente (ed impropriamente) trasformato in organo di polizia giudiziaria, richiesto — a volte tramite veloce spunta di caselle su questionari seriali — non solo di ricostruire l'attivo ed il passivo fallimentare o di precisare la regolarità della tenuta della contabilità ma anche, per meglio definire le responsabilità penali personali, di procedere all'audizione, senza garanzie difensive, da persone già attinte da indizi di reità e talvolta già indagate. E' il caso, questo, parimenti problematico, del curatore che assuma il ruolo dissimulato di “**ufficiale di polizia giudiziaria**”; situazione che finisce per porre non secondari problemi alla tenuta della giurisprudenza, generalmente ben disposta a conservare l'apporto informativo dei terzi acquisito dal curatore nell'espletamento dei suoi compiti, ivi compresi quelli ex artt. 49 e 87, comma 3, l. fallimentare.

L'equilibrio tra tali differenti modalità di interpretare il ruolo del curatore deve essere individuato nella richiesta al curatore di un **contributo informativo e conoscitivo proprio di un teste, qualificato** essenzialmente per privilegio di prossimità con il dato aziendale e di rappresentazione, a parte per ragioni istituzionali (ovvero di corretto assolvimento dei suoi compiti) delle vicende storiche dell'impresa e della sua situazione aziendale, sotto il profilo economico, finanziario e patrimoniale e sotto il profilo della rappresentazione contabile. Se di qualificata credibilità vuol parlarsi, dunque, essa non può che scaturire ed essere accreditata dalla profondità delle verifiche svolte, anche per la sua qualità di pubblico ufficiale, con i connessi doveri rafforzati sul fronte comunicativo con l'autorità giudiziaria penale.

§.4. Regole di utilizzazione e valutazione degli apporti dichiarativi raccolti dal curatore ed acquisiti al fascicolo processuale quali documenti.

— 4.1. Le dichiarazioni verbalizzate dal curatore e rese ex art. 49 l. fall. dal fallito o dal gestore dell'impresa societaria fallita.

Quanto all'utilizzabilità delle dichiarazioni auto-indizianti rese ex art. 49 l. fall. dal fallito, o dal gestore dell'impresa societaria fallita, **ancora non indagato** e verbalizzate dal curatore è opinione consolidata l'**inapplicabilità** delle previsioni dell'**art. 63 c.p.p.** (garanzie in materia di dichiarazioni indizianti³³).

Tale inapplicabilità alle ricordate dichiarazioni auto-indizianti rese al curatore riposa, anzitutto, sulla considerazione che la nozione di **autorità giudiziaria**, da esse richiamata testualmente, comprende **solo il giudice penale e il pubblico ministero, non il giudice civile**. Quest'ultimo, al ricorrere delle condizioni di legge, è tenuto alla presentazione di una

³³ Secondo l'art. 63, comma 1, c.p.p. «*se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese*». Ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.p. «*Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate*».

denuncia ex art. 331 c.p.p. ma non a sospendere l'acquisizione di un atto dell'istruzione probatoria per esigenze del processo penale³⁴.

Inoltre, le garanzie ex art. 63 c.p.p. non operano nel caso di **dichiarazioni scritte o in altra forma documentate** trasmesse all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria.

Inoltre, quelle in esame sono **dichiarazioni rese fuori del procedimento penale**³⁵. Alle predette dichiarazioni auto-indizianti rese ex art. 49 l. fall. dal fallito o dal gestore dell'impresa societaria fallita, dunque, è **inapplicabile l'art. 62 c.p.p.**³⁶. Secondo la riflessione giurisprudenziale, infatti, l'espressione "nel corso del procedimento penale" equivale ad "**in occasione di un atto del procedimento**" e non in pendenza³⁷. La procedura fallimentare, sotto questo profilo, è non preordinata alla verifica di una *notitia criminis*³⁸ e non vi è spazio per fondare un' inutilizzabilità priva di ancoraggi giuridici in norme processuali³⁹.

Nella sentenza n. 136/1995 la Corte costituzionale accennava ad una distinzione tra la condizione di utilizzabilità nel processo penale delle dichiarazioni rese dal **fallito che abbia assunto già la veste di indagato**, senza esplicitarne chiaramente le conclusioni.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto a più riprese **inapplicabile l'art. 63, comma 2, c.p.p.** alle dichiarazioni del fallito rese al curatore⁴⁰. La ragione fondamentale è che l'attività del curatore è estranea alle attività ispettive e di vigilanza previste dall'**art. 220 disp. att.c.p.p.**⁴¹. In base a tale previsione, *«quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice»*.

L'impossibilità di ricondurre i poteri del curatore a quelli ispettivi e di vigilanza propri di un'autorità amministrativa provvista della potestà di irrogare sanzioni punitive all'esito di una procedura di accertamento delle irregolarità, inducono a ritenere la tematica in esame insensibile alle soluzioni della problematica esaminata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 117/2019⁴². Anche secondo la Corte EDU il diritto a non cooperare alla propria

³⁴ C.Cost. n. 136/1995, cit.

³⁵ Cass. Pen., Sez. 5, n. 32388/2015; Id., 6.10.2014, n. 4164, rv. 262172; Id., 18.1.2011, n. 15218, rv. 249959.

³⁶ In base a tale disposizione *«le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza»*.

³⁷ C.Cost. n. 237/1993 in Cass. Pen., 993, 2245.

³⁸ C.Cost. n. 136/1995.

³⁹ C.Cost. n. 136/1995.

⁴⁰ Cass. Pen, Sez. 5, n. 12338 del 30/11/2017 Ud. (dep. 16/03/2018) Rv. 272664 – 01.

⁴¹ Cass. Pen, Sez. 5, n. 12338 del 30/11/2017 Ud. (dep. 16/03/2018) Rv. 272664 – 01; Cass. n. 13285 del 2013 Rv. 255062 - 01; Cass., 46422/13, Cass., n. 3885/14; Cass. n. 36593 del 2008 Rv. 242020 - 01; Cass., n. 46795 del 2004 Rv. 230520 - 01; Cass., n. 41134 del 2001 Rv. 220257 - 01.

⁴² Con l'ordinanza n. 117/19 la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, le seguenti questioni pregiudiziali: a) se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"; b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva". La Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione, formulata dalla Corte di cassazione, se l'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 sia costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della

incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprende il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei

Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate». La questione è stata proposta in riferimento a una pluralità di parametri, taluni dei quali di matrice nazionale (il diritto di difesa e il principio della parità tra le parti nel processo, di cui rispettivamente agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione), altri di matrice internazionale ed europea (il diritto a un processo equo, di cui agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), questi ultimi pure suscettibili di determinare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. Tutte le norme della Costituzione, della CEDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della CDFUE invocate dalla Corte di cassazione sono apparse alla Consulta convergenti nel riconoscimento (esplicito, nel caso dell'art. 14 del Patto internazionale; implicito, in tutti gli altri casi) del diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Secondo la Corte di Cassazione, tale "diritto al silenzio" non potrebbe non estendersi anche ai *procedimenti di carattere formalmente amministrativo, ma funzionali all'irrogazione di sanzioni di carattere sostanzialmente "punitivo"*, come quello previsto dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 (Abuso di informazioni privilegiate). Il dubbio di legittimità costituzionale prospettato si risolveva essenzialmente nell'interrogativo se sia costituzionalmente legittimo sanzionare, ai sensi dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell'ambito di un'audizione disposta dalla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza. Per contro, il "diritto al silenzio", fondato sulle norme costituzionali, europee e internazionali invocate, non pare alla Consulta possa di per sé legittimare il rifiuto del soggetto di presentarsi all'audizione disposta dalla CONSOB, né il suo indebito ritardo nel presentarsi alla stessa audizione, purché sia garantito il suo diritto a non rispondere alle domande che gli vengano rivolte durante l'audizione stessa. La novellata formulazione dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 si limita a esplicitare che l'illecito può essere commesso non solo da chi non ottempera nei termini alle richieste delle autorità ovvero ne ritarda l'esercizio delle funzioni, ma anche – più in generale – da chi non coopera con le autorità medesime al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza. Anche sulla base della nuova disposizione, tuttavia, nessuna facoltà di non rispondere è prevista per colui che sia già stato individuato dalla CONSOB come il possibile autore di un illecito, *il cui accertamento rientri entro le competenze dell'autorità stessa*. I dubbi sollevati dalla Corte di cassazione sono apparsi alla Consulta confortati anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU. Nonostante l'assenza di un riconoscimento esplicito del diritto in questione nel testo della Convenzione (a differenza di quanto accade nell'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici), la Corte di Strasburgo ha in plurime occasioni affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» (Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, Funke contro Francia, paragrafo 44) si colloca al cuore della nozione di "equo processo" proclamata dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU (ex multis, Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, Chambaz contro Svizzera, paragrafo 52). Tale diritto è, infatti, finalizzato a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione (sentenza 8 febbraio 1996, John Murray contro Regno Unito, paragrafo 45). Nella valutazione della Corte EDU, inoltre, il diritto in questione è strettamente connesso alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU (sentenze 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness contro Irlanda, paragrafo 40; 17 dicembre 1996, Saunders contro Regno Unito, paragrafo 68). Il diritto in esame è stato, d'altra parte, più volte ritenuto violato in relazione a soggetti sanzionati dall'ordinamento nazionale per non avere fornito risposte ad autorità amministrative nell'ambito di procedimenti di accertamento di violazioni di natura amministrativa (Corte EDU, 4 ottobre 2005, Shannon contro Regno Unito, paragrafi 38-41; sentenza 5 aprile 2012, Chambaz contro Svizzera, paragrafi 50-58). In particolare, è stata riscontrata la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa a illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo l'indagine, ed era stato punito per questa sua condotta con sanzioni pecuniarie (Corte EDU, sentenza 3 maggio 2001, J. B. contro Svizzera, paragrafi 63-71). In quest'ultimo caso, decisiva è stata la considerazione della natura "punitiva", secondo i criteri Engel, delle sanzioni applicabili dall'autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell'indagine. Secondo l'apprezzamento della Corte, tale natura "punitiva" chiamava infatti in causa l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale, compresa quella del "diritto al silenzio" da parte di chi sia incolpato di avere commesso un illecito. Pare pertanto che, anche secondo la Corte EDU, il diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprenda il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei propri confronti, a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza.

propri confronti, a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza. Ebbene, con espressione di sintesi, potrebbe dirsi che la procedura fallimentare non è funzionale all'accertamento delle violazioni dei doveri di collaborazione del fallito, sebbene confidi sul leale adempimento di essi. In ogni caso, non è certo il curatore l'autorità che irroga sanzioni per il difetto di collaborazione, situazione che eventualmente origina responsabilità penali ex art. 220 l.fall. e che, più che invertire l'onere della prova, integrare le condizioni indiziarie della dimostrazione di condotte di possibile rilievo penal—fallimentare. Così, in punto di *onere della prova della destinazione dei beni non rinvenuti in sede di inventario*, la giurisprudenza di legittimità ha maturato saldi approdi. In proposito, infatti: (i) «*in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento della previa disponibilità da parte dell'imputato dei beni non rinvenuti in seno all'impresa non può fondarsi sulla presunzione di attendibilità dei libri e delle scritture contabili dell'impresa prevista dall'art. 2710 cod. civ., dovendo invece le risultanze desumibili da questi atti essere valutate - soprattutto quando la loro corrispondenza al vero sia negata dall'imprenditore - nella loro intrinseca attendibilità, anche alla luce della documentazione reperita e delle prove concretamente esperibili, al fine di accertare la loro corrispondenza al reale andamento degli affari e delle dinamiche aziendali*»⁴³; (ii) è vero, però, che «*la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere **desunta** dalla mancata dimostrazione, da parte dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti*»⁴⁴ e «*tale esigenza si riallaccia **l'obbligo, sanzionato, dalla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili durante la gestione della società. In difetto della suddetta prova è da presumere, specie in assenza di una qualsiasi registrazione contabile, che i beni stessi siano stati oggetto di dolosa distrazione***»⁴⁵.

In punto di **regole di valutazione**, è consolidato l'orientamento per cui se rese al curatore le dichiarazioni dal gestore/amministratore dell'impresa fallita equivalgono a **confessioni**. A base di tale approdo vi è il riconoscimento di un dovere di collaborazione penalmente presidiato in via autonoma; oltre a non venire in rilievo le garanzie processuali ex artt. 62, comma 2, 220 disp. att. c.p.p. e 63 c.p.p., tali dichiarazioni “documentali” non patiscono gli aggravii ex art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.; non sono cioè necessari riscontri esterni, essendo ricondotte allo statuto della prova documentale⁴⁶. Analogamente viene ritenuto nel caso di dichiarazioni acquisite dal GD ex art. 49, comma 2, l.f. per acclarare le vicende amministrative⁴⁷.

— 4.2. Le dichiarazioni testimoniali del curatore su quanto riferitogli dal coimputato: richiesta di esame della difesa, volontarietà dell'assenza ed interferenza con il divieto ex art. 526, comma 1 bis c.p.p.

⁴³ Cass. Pen., Sez. 5, n. 52219 del 30/10/2014 Ud., dep. 16/12/2014, Rv. 262197; Id., n. 40726 del 06/11/2006 Ud., dep. 14/12/2006, Rv. 235767.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. 5, n. 11095 del 13/02/2014 Ud., dep. 07/03/2014, Rv. 262740. Come ha ricordato la Cassazione con la sentenza n. 11095 cit. vi sono due ragioni che persuadono ad escludere che quella in esame identifichi un'autentica inversione dell'onere della prova: (i) *l'imprenditore è posto dal nostro ordinamento in una posizione di garanzia nei confronti dei creditori*, i quali ripongono la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'impresa sul patrimonio di quest'ultima; da essa deriva la diretta responsabilità del gestore di questa ricchezza per la sua conservazione in ragione dell'integrità della garanzia mentre la perdita ingiustificata del patrimonio o l'elisione della sua consistenza danneggia le aspettative della massa creditoria, integrando l'evento giuridico sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta; (ii) *l'art. 87, comma 3, L.fall.* assegna al fallito obbligo di verità circa la destinazione dei beni di impresa al momento dell'interpello formulato dal curatore al riguardo, con espresso richiamo alla sanzione penale.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. 5 n. 178 del 26/02/1991 Cc., dep. 24/04/1991, Rv. 186949.

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. 5, n. 41429/16.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. 5, 28/04/2016, n. 27898.

La riflessione giuridica si è sovente focalizzata sull'ammissibilità e sull'utilizzabilità di una testimonianza indiretta del curatore sulle dichiarazioni accusatorie rese dal coimputato non comparso in dibattimento e trasfuse nella relazione ex art. 33 l.fall.

In tale evenienza la giurisprudenza di legittimità riconosce l'utilizzabilità della testimonianza indiretta del curatore⁴⁸, escludendo⁴⁹ la violazione dell'art. 513, comma 1, c.p.p.⁵⁰. La stessa valutazione è proponibile anche in relazione all'ipotesi di una dichiarazione *de relato* riferita ad una lettera trasmessa al curatore nella quale venga rivelata l'altrui qualità di amministratore di fatto⁵¹.

Tale insegnamento non vanifica la considerazione di distinti profili di inutilizzabilità delle dichiarazioni *de relato* del curatore rispetto alle informazioni rese da co-indagato, ove venga riconosciuto che quest'ultimo si è sottratto volontariamente all'esame richiesto dell'indagato e del suo difensore. Se l'**art. 526, comma 1**, c.p.p. statuisce che «*il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento*», in base al successivo comma 1-bis, «*la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore*»⁵². Molto dipende, dunque, dal contegno processuale dell'imputato o del suo difensore.

Non ricorre la violazione dell'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. nell'**evenienza in cui né l'imputato né il suo difensore abbia chiesto l'esame di colui che ha reso dichiarazioni al curatore**. Tale **inerzia** (o **rinuncia** all'esame dibattimentale) preclude, infatti, di ritenere che il dichiarante diretto si sia sottratto volontariamente all'esame dell'imputato o del suo difensore. Il diritto al contraddittorio, infatti, non ha carattere assoluto, ma è disponibile dal privato titolare, potendo l'imputato scegliere liberamente le prove da introdurre e da escutere nel processo⁵³.

Altra deroga al principio ex art. 526, comma 1 bis, c.p.p. riposa sul **consenso espresso**. Infatti, gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ed acquisiti, sull'**accordo** delle parti, al fascicolo per il dibattimento, possono essere legittimamente utilizzati ai fini della decisione, non ostandovi i divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p., salvo che si tratti di atti affetti da inutilizzabilità "patologica" (ovvero acquisiti *contra legem*).

Il divieto ex art. 526, comma 1 bis, c.p.p. di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, dunque, opera a condizione che al dichiarante possa essere mosso il **rimprovero per una simile condotta**: non si applica al caso in cui il soggetto non sia stato chiamato a deporre in giudizio⁵⁴, o laddove l'imputato (o il suo difensore) non abbia mai chiesto di esaminare il dichiarante, o vi abbia rinunciato.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. 5, n. 15128/11.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. 5 25/09/2013, n. 46422, rv. 257584.

⁵⁰ In base a tale norma l'utilizzo dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari conseguente alla richiesta di lettura di esse, ove l'imputato sia assente ovvero rifiuti di sottoporsi all'esame non sarebbe ammesso nei confronti degli altri imputati senza il loro consenso salvo che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 500, co.4, c.p.p.

⁵¹ Cass. pen. Sez. 5, (ud. 03/03/2015) 23-07-2015, n. 32388.

⁵² In dottrina è stato ritenuto sufficiente che il dichiarante si sia sottoposto all'esame del solo imputato o del solo difensore perché la sua dichiarazione possa formare prova di responsabilità; il divieto non opera nel caso in cui l'accusatore abbia risposto al difensore, ma rifiuti di rispondere all'imputato, o viceversa; la sottrazione all'esame, inoltre, è retta dall'avverbio "**sempre**": se anche in una sola occasione il dichiarante si sia sottoposto all'esame, dell'imputato o del suo difensore, il rifiuto di sottoporsi nuovamente all'esame, sulle medesime circostanze di fatto, **non rende operante** il divieto in analisi.

⁵³ Cass. Pen., Sez. V, 09/12/2014, n. 3885 (rv. 262230); nello stesso senso, Id., n. 24781/17; Id., n. 1796/18.

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. 2, n. 26819/2008.

Inoltre, il principio ex art. 526, comma 1 bis, c.p.p. non può dirsi operante (con la precisazione che si svolgerà connessa all'insegnamento della Corte Edu) in caso di recupero al dibattimento, mediante lettura, delle dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari di cui è divenuta **oggettivamente impossibile la ripetizione** del contraddittorio dibattimentale (artt. 512 e 512-bis c.p.p., 111, comma 5, Cost.) **senza** che detta situazione sia ricollegabile alla **volontà di non presentarsi in dibattimento**. A tal proposito, **l'irreperibilità del dichiarante** di per sé (anche quando volontaria) non determina **automaticamente** l'inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni, ma è un dato neutro che assume valenza ai fini dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p. solo se connotata dalla volontà di sottrarsi all'esame o, più correttamente, dalla volontarietà dell'assenza determinata da libera scelta (non necessariamente dalla volontà di sottrarsi al contraddittorio⁵⁵); volontà desumibile da prova diretta o da presunzione collegata all'avvenuta citazione per il dibattimento⁵⁶.

Ove, invece, **l'imputato o il suo difensore abbia chiesto l'esame dibattimentale del coimputato** le cui dichiarazioni (o il cui apporto in forma scritta) siano state riferite *de relato* dal curatore, l'apporto dichiarativo (o lo scritto) precedente non è utilizzabile ove non si sia proceduto all'esame se il primo dichiarante si **sottrae volontariamente all'esame**.

Secondo la Corte EDU lo stesso risultato s'impone alla stregua dell'**art. 6, par. 1 e 3, lett. d), CEDU**⁵⁷ ma con contenuto di maggior limitazione alla possibilità delle dichiarazioni predibattimentali di fondare affermazioni di responsabilità penale.

In particolare, l'accusato deve avere un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico ed interrogare l'autore al momento della deposizione o successivamente (§48, sentenza 20.4.06 Carta c. Italia); l'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali del coimputato che poi si valga della facoltà di non rispondere non può privare l'imputato del diritto di esaminare o fare esaminare in contraddittorio qualsiasi elemento di prova sostanziale a carico (§ 51 sentenza 20.4.06 Carta c. Italia). Secondo l'interpretazione della Corte EDU, la dichiarazione resa dal teste nella fase delle indagini preliminari, per costituire prova compatibile con il diritto al contraddittorio, deve ordinariamente essere seguita da una occasione in cui l'imputato possa contestarla e interrogare il suo autore; **se manca tale possibilità** - come potrebbe avvenire anche quando l'atto contenente la dichiarazione predibattimentale venga acquisito ex art. 512 e 512 bis c.p.p. (meccanismi che presuppongono solo l'imprevedibile irripetibilità o l'assoluta impossibilità di procedere all'esame dibattimentale dopo la citazione⁵⁸), **tale dichiarazione non può costituire fonte unica o preponderante della prova della responsabilità**, perché ne deriverebbe un processo non equo⁵⁹. Lo stesso principio opera anche quando il confronto è divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute⁶⁰, ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. 3, n. 3068/2017.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. 6, n. 39985/2008.

⁵⁷ Art. 6, comma 1, CEDU: «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, omissis 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: omissis (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; omissis*».

⁵⁸ Nel caso di dichiarante residente all'estero, le S.U. hanno precisato che ai fini dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, ex art 512-bis c.p.p. delle dichiarazioni del residente all'estero, è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso - secondo le modalità previste dall'**art. 727 c.p.p.** per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria - verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni; occorre, inoltre, che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia **assoluta ed oggettiva**: occorre che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 (Cass. S.U., n. 27918/2010).

⁵⁹ Martelli c. Italia, sent. 12 aprile 2007; Kolcakuc c. Italia, sent. 8 febbraio 2007; Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito, sent. 15 dicembre 2011.

⁶⁰ Ferrantelli e Santangelo c. Italia, sent. 7 agosto 1996; Craxi c. Italia, sent. 5 dicembre 2002.

giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati⁶¹ o di imputati di reato connesso⁶².

La **Corte di Cassazione**⁶³, anche sulla scorta dell'insegnamento della Corte Edu, ha enucleato l'esistenza di un diritto ad essere giudicato sulla base di prove controllabili e verificabili nel contraddittorio processuale attraverso la potenziale partecipazione all'esame ed al controesame di tutte le parti processuali. Inoltre, l'affermazione della colpevolezza deve seguire la regola di diritto positivo dell'art. 526, comma 1 bis c.p.p.⁶⁴. Tale norma ribadisce, a livello codicistico, il diritto al contraddittorio, costituzionalizzato nell'**art. 111 Cost.:** all'imputato ed al suo difensore deve essere consentito l'esame diretto delle persone che rendono dichiarazioni a carico (art. 111, comma 2, Cost.); quando si tratti di prove dichiarative, il giudice non può fondare la penale responsabilità dell'imputato sulle dichiarazioni rese da soggetto che si sia **sempre liberamente sottratto all'esame** dell'imputato stesso o del suo difensore (art. 111, comma 3, Cost.).

E' bene chiarire che per le Sezioni Unite l'**acquisizione** come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non è di per sé in contrasto con l'art. 6 CEDU, ma la loro utilizzazione probatoria è limitata: l'imputato non può essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse. In altre parole, se l'ammissibilità di una prova testimoniale unilateralmente assunta dall'accusa può anche risultare conforme al dettato dell'art. 6 cit., affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme, una **condanna non deve fondarsi** esclusivamente o **in maniera determinante** su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito⁶⁵. L'art.6 della Cedu, dunque, fonda una **regola di diritto** che prescrive **un criterio di valutazione della prova nel processo penale:** quella per cui una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare, né nella fase istruttoria, né durante il dibattimento.

Senza arrivare ad esigere la prova della specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, è sufficiente la **volontarietà dell'assenza** del dichiarante, determinata da scelta libera in quanto non coartata. Si pensi al caso in cui l'accusatore, informato della citazione come testimone, si sia astenuto dal comparire in assenza di cause impeditive esterne⁶⁶. Dunque,

⁶¹ Carta c. Italia, sent. 20 aprile 2006.

⁶² Luca c. Italia, sent. 27 febbraio 2001.

⁶³ Cass. Pen., Sez. 5, 08/02/2017, n. 13060, rv. 270596.

⁶⁴ Nello stesso senso Cass. Pen., Sez. 5, 08/03/2017, n. 24781; Id., n. 51735/18.

⁶⁵ Cass., Sez. U. n. 27918 del 25/11/2010, dep. nel 2011, rv. 250198. Nell'occasione le Sezioni Unite penali hanno prospettato la capacità delle norme CEDU di costituire direttamente parametro immediatamente vincolante per il giudice comune. In tale prospettiva, proprio affrontando il tema della rilevanza delle dichiarazioni rese da un testimone fuori dal dibattimento ha riconosciuto che l'art. 6 CEDU integra *«una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto - recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nell'art. 2 della legge 4 agosto 1955 n. 848»*. Tale disposizione, *«essendo stata recepita con un atto avente forza di legge, ha anch'essa, quanto meno, forza e valore di legge»*. Tale affermazione non è finalizzata a contestare la capacità della medesima disposizione di farsi *anche sotto altri profili* parametro di costituzionalità ossia da norma interposta, ai sensi dell'art. 117 primo comma Cost. L'art. 6 CEDU, dunque, secondo le Sezioni Unite, non è norma principio, generica ed aspecifica e dunque insuscettibile di automatica ed immediata applicazione da parte del giudice, ma disposizione *«specifica e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU», «sicché non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità da parte del giudice italiano»*.

⁶⁶ Cass. S.U., n. 27918/2011.

⁶⁶ Cass. S.U., n. 27918/2011; Cass. Pen., Sez. 2, n. 1945/2014: *«ai fini dell'operatività del divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base, unicamente o in misura determinante, di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore (art. 526, comma primo bis, cod. proc. pen.), non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente - in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) - la volontarietà della assenza del teste, determinata da una qualsiasi libera scelta, non inficiata da elementi esterni»*. Fattispecie in materia di estorsione,

l'utilizzazione delle dichiarazioni è preclusa se si accerti che la mancata comparizione al dibattimento è dipesa da una libera scelta⁶⁷, cioè, detto altrimenti, che «*il soggetto, avendone comunque avuto conoscenza, non si è presentato all'esame in dibattimento o in rogatoria, quali che siano i motivi della mancata presentazione, purché ovviamente riconducibili ad una sua libera scelta, e cioè ad una scelta non coartata da elementi esterni*»⁶⁸. In tale prospettiva, occorre pur sempre che il soggetto abbia **contezza della prevista comparizione**, senza la quale non potrebbe parlarsi di libera scelta. In caso di **irreperibilità** del teste, non raggiunto da alcuna citazione, deve escludersi la configurabilità di una libera scelta.

La Corte di Cassazione ha mutuato dalla giurisprudenza della convenzione europea l'esegesi del **canone probatorio** utilizzabile a fronte di dichiarazioni non acquisite in contraddittorio: le stesse **non possono essere da sole poste a fondamento della condanna**⁶⁹, essendo necessario inquadrarle in un più ampio mosaico, rispetto al quale le stesse **non** assumano un **rilievo esclusivo e determinante**⁷⁰. Come è agevole rilevare, si tratta di criterio omogeneo all'orientamento al riguardo espresso dalla Corte di Strasburgo in riferimento all'art. 6 C.E.D.U.⁷¹ Per giurisprudenza costante della Corte Edu⁷², infatti, l'assenza di contraddittorio è incompatibile con la Convenzione solo nell'ipotesi in cui le dichiarazioni della persona alla quale l'imputato o il difensore non hanno potuto porre domande costituiscano la base esclusiva della condanna o contribuiscono in maniera determinante ad essa.

In definitiva, l'**art. 526**, comma 1-*bis*, c.p.p.⁷³ **impedisce** al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero di cui all'art. 512 c.p.p.⁷⁴: (a) soltanto ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato⁷⁵; (b) soltanto se il

nella quale la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna dell'imputato, fondata in via del tutto prevalente sulle dichiarazioni della persona offesa, non potuta esaminare in dibattimento per la sua irreperibilità.

⁶⁷ Cass. Sez. 1, n. 46010 del 23/10/2014, D'Agostino, rv. 261265.

⁶⁸ Così in motivazione Cass. Sez. U. n. 27918/2011.

⁶⁹ Cass. Sez. U. n. 27918/2011.

⁷⁰ Cass. Pen. Sez. 6, 15/11/2017, n. 57243, rv. 271713: «*L'acquisizione al fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen., delle dichiarazioni testimoniali rese in sede di indagini preliminari, è consentita a condizione che il teste abbia avuto effettiva contezza della citazione e la sua assenza sia frutto di una libera scelta di sottrarsi all'esame*». Fattispecie nella quale la Corte ritenuto correttamente *acquisite* le dichiarazioni rese dal teste risultato irreperibile in dibattimento.

⁷¹ Cfr. fra le altre Corte E.D.U. 18/5/2010, Ogaristi contro Italia; Corte E.D.U. 19/10/2006, Majadallah contro Italia; Corte E.D.U. 13/10/2005, Bracci contro Italia; cfr. sentenze della Grande Camera, 15/11/2011, Khawaja e Tahery contro Regno Unito e 15/12/2015, Schatschaschwili contro Germania, con le quali l'analisi è stata allargata ai contrappesi che con riguardo ad una prova determinante acquisita al di fuori del contraddittorio possono aver bilanciato la restrizione subita dalla difesa a causa dell'utilizzazione di quella prova, e si è segnalata inoltre, da un lato, la correlazione tra l'entità dei contrappesi e il concreto peso della prova acquisita e, dall'altro, la rilevanza dell'imprevedibilità del mancato esame al processo. Su tali temi anche Cass. Sez. 5, n. 13522 del 18/1/2017, S., rv. 269397)

⁷² Tra molte, cfr. sent. 13.10.2005, Bracci v. Italia; sent. 20 aprile 2006, Carta v. Italia; sent. 19 ottobre 2006 Majdallah v. Italia; sent. 8 febbraio 2007 Kollcaku v. Italia.

⁷³ La disposizione è stata introdotta dalla L. n. 63 del 2001 quale traduzione codicistica (con aggiustamenti esclusivamente formali) del precetto recato dalla seconda parte dell'art. 111 Cost., comma 4, come novellato a seguito della Legge Costituzionale n. 2 del 1999, la quale a sua volta si proponeva di rendere espliciti a livello costituzionale i principi del giusto processo enunciati dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. 1, n. 20254/2010 ; Cass. 43899/18. Ai sensi dell'art. 512 c.p.p., l'imprevedibile e sopravvenuta impossibilità della ripetizione della prova orale rende le precedenti dichiarazioni del testimone leggibili in dibattimento e quindi acquisibili nel fascicolo dibattimentale a mente dell'art. 515 c.p.p. La irripetibilità, che costituisce il cardine del meccanismo di recupero al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in sede d'indagini disciplinato da detta disposizione, attiene al procedimento di assunzione della prova, ovvero alla "ripetizione dell'assunzione dell'atto dichiarativo" (C. cost. n. 375 del 2001), che deve risultare dal punto di vista fenomenico (e perciò oggettivamente, dal punto di vista processuale) irrealizzabile, non quindi al contenuto della prova e cioè al risultato del procedimento acquisitivo (alle dichiarazioni, rese o non rese). L'oggettiva (fenomenica)

dichiarante si sia sottratto all'esame per libera scelta⁷⁶; (c) soltanto **nelle situazioni in cui detta prova costituisca il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza**⁷⁷. L'acquisizione al fascicolo processuale, dunque, non basta a rendere senz'altro e senza limiti utilizzabili per la decisione le dichiarazioni acquisite unilateralmente dall'accusa; la norma che disciplina l'utilizzabilità ai fini della decisione delle prove è l'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., che impedisce al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero dell'art. 512 c.p.p. alle tre condizioni ricordate.

— 4.3. La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del curatore su quanto riferitogli.

Le **dichiarazioni predibattimentali ricevute dal curatore e rese da co-indagato o co-imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso o collegato**, devono essere **valutate ex art. 192, comma 3, c.p.p.** unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. Tale principio è stato affermato dalla Cassazione nel caso di dichiarazioni di coindagati, non sentiti in giudizio, riportate nella relazione del curatore (a sua volta non escusso perché deceduto)⁷⁸. Altrimenti, si legittimerebbe un diverso trattamento rispetto alla stesse dichiarazioni acquisite dal giudice. Occorre mantenere nitida, in proposito, la distinzione tra l'acquisizione della relazione e la valutazione del suo contenuto⁷⁹.

imprevedibile e sopravvenuta impossibilità di dar corso al procedimento probatorio (all'assunzione) comporta ex sé l'acquisizione mediante lettura dell'atto al fascicolo del dibattimento in base al disposto degli artt. 515 e 512 c.p.p..

⁷⁵ E' condizione esplicita che concerne l'ambito e il verso della decisione in relazione alla quale opera la regola di inutilizzabilità: solo ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato.

⁷⁶ E' condizione parimenti esplicita che riguarda l'atteggiamento soggettivo del dichiarante: la ragione che ha reso impossibile la ripetizione dell'esame, che deve risiedere in una scelta libera di sottrarsi al contraddittorio e comunque all'esame.

⁷⁷ Si tratta di condizione che discende inequivocabilmente dall'origine storica e dalla ragione sistematica della previsione ed è implicita nell'enunciato linguistico, che parla di "colpevolezza" "provata" "sulla base" e che deve essere interpretato nel senso che il divieto opera solo nelle situazioni in cui la prova costituisce il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza.

⁷⁸ Cass. Pen. Sez. 5, 17/04/2015, n. 20090, rv. 263819: «*Le dichiarazioni assunte dal curatore fallimentare e trasfuse nella relazione redatta ai sensi dell'art. 33 l. fall., se rese da un indagato o da un imputato di reato connesso o collegato nel medesimo procedimento o in separato procedimento, devono essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, ai sensi dell'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen.*». Fattispecie in cui la Corte ha annullato la sentenza di condanna dell'imputato fondata sulle dichiarazioni riportate nella relazione dal curatore fallimentare, non escusso in dibattimento a causa del suo decesso, ed a questi rese da soggetti coindagati, anch'essi non sentiti in giudizio.

⁷⁹ Nello stesso senso Cass. Pen., Sez. 5, ud. 25/11/2016, 09-05-2017, n. 22254 in virtù della quale è stato ribadito che le dichiarazioni assunte dal curatore fallimentare e trasfuse nella relazione redatta ai sensi della L. Fall., art. 33, se rese da un indagato o da un coimputato devono essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., comma 3, (Sez. 5, n. 20090 del 17/04/2015. Anche Cass. pen. Sez. 5, Sent., (ud. 08/02/2017) 17-03-2017, n. 13060 si incentra sulla verifica in contraddittorio delle dichiarazioni e sui criteri di valutazione delle stesse, quando provengano da un coimputato o da un imputato di reato connesso o collegato, alla luce delle regole dettate dall'art. 192 c.p.p., comma 3, (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 20090 del 17/04/2015, Fiorentino, Rv. 26381901). Viene confermata, anzitutto, l'utilizzabilità, quale prova a carico dell'imputato, anche della testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle dichiarazioni accusatorie rese da un coimputato non comparso al dibattimento e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi della L. Fall., art. 33. Qualora l'imputato o il suo difensore non abbiano chiesto l'esame del predetto coimputato, non vi è violazione dell'art. 526 c.p.p., in quanto, in tal caso il dichiarante non si è per libera scelta volontariamente sottratto all'esame. La regola dettata dall'art. 526 c.p.p., preordinata ad assicurare la piena esplicazione del principio del contraddittorio, non ha carattere assoluto, ma è rimessa alla discrezionalità della parte, la quale può scegliere liberamente le prove da introdurre e da escutere nel processo, con la conseguenza che non può dolersi della mancata assunzione o escussione di prove non richieste (Sez. 5, n. 3885 del 09/12/2014 - dep. 27/01/2015, Tusa, Rv. 26223001). Per contro le dichiarazioni rese — oralmente o tramite uno scritto — da un coimputato non comparso al dibattimento e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi della L. Fall., art. 33, ove ne sia richiesto dalla difesa o dall'imputato l'esame dibattimentale, possono essere utilizzate, ai fini della decisione, solo a

Dibattuto è se per le dichiarazioni *de relato* del curatore debbano essere osservate le prescrizioni concernenti la testimonianza indiretta. In tal senso, sembrerebbe deporre l'insegnamento della Corte Costituzione⁸⁰. La giurisprudenza della Cassazione⁸¹ è orientata ad escluderlo ove le dichiarazioni siano di terzi "indifferenti"⁸². Le dichiarazioni al curatore dei terzi non indagati (ad es. dipendenti e fornitori), infatti, vengono formalmente acquisite al fascicolo per il dibattimento unitamente alla relazione: ove non inseriti nelle liste testimoniali, sono utilizzabili indipendentemente dal meccanismo previsto dall'art. 195 c.p.p.

§. 5. L'acquisizione della sentenza di fallimento e degli atti della procedura prefallimentare e fallimentare.

Il significato della sentenza di fallimento nella struttura dei reati di bancarotta prefallimentare⁸³ è tematica anch'essa sovente rinverdata dalle discussioni dibattimentali. Le difese, in particolare, approfondiscono la questione per addurre, specie per le forme patrimoniali fraudolente, la necessità della *relazione causale tra la condotta ed il dissesto* e della sua ricomprensione nell'oggetto dell'*elemento soggettivo tipico*. Tali situazioni, del resto, si presentano ricorrentemente in presenza di condotte tenute molto tempo prima del fallimento.

condizione che la difesa abbia avuto la possibilità di esaminare il coimputato, nell'esercizio del fondamentale diritto di contribuire, nel contraddittorio, alla formazione della prova. Tale soluzione è ritenuta coerente con gli approdi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, con la decisione del 20/04/2006, Carta c. Italia, ha chiarito che: a) in generale, i paragrafi 1 e 3, lett. d) dell'art. 6 della Convenzione impongono di concedere all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente (p. 48); b) l'esistenza di norme che consentono di utilizzare, per la decisione sulla fondatezza dell'accusa, le dichiarazioni pronunciate prima del dibattimento dai coimputati che si sono avvalsi della facoltà di non rispondere non può privare l'imputato del diritto di esaminare o di fare esaminare in contraddittorio qualsiasi elemento di prova sostanziale a carico (p. 51).

⁸⁰ Cfr. sentenza n. 136/1995.

⁸¹ Cass. Pen., Sez. 5, 09-12-2014, n. 3885 (rv. 262230). In motivazione: «*In base alla costante giurisprudenza di questa Corte, sono utilizzabili, come prova a carico dell'imputato, le dichiarazioni rese al curatore fallimentare e da questi trasfuse a dibattimento attraverso una propria relazione o l'escussione nel contraddittorio. Tanto vale sia per l'imputato che per i testi, giacché le dichiarazioni rese dal fallito al curatore non sono soggette alla disciplina di cui all'art. 63 c.p.p., comma 2, - in quanto il curatore non appartiene alle categorie indicate da detta norma e la sua attività non può considerarsi ispettiva o di vigilanza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 220 disp. coord. c.p.p. (Cass., n. 15218 del 18/1/2011) - e quelle rese dai terzi al curatore non sono soggette al divieto di testimonianza indiretta, ai sensi dell'art. 195 c.p.p. (in quanto il curatore non è né agente né ufficiale di polizia giudiziaria). Coerentemente, è stato affermato che è utilizzabile, quale prova a carico dell'imputato, anche la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle dichiarazioni accusatorie a lui rese da un coimputato non comparso al dibattimento, e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi dell'art. 33 della legge fallimentare (Cass., n. 15218 del 18/1/2011), trattandosi di conclusione conforme al principio sotteso alle disposizioni sopra richiamate (secondo cui sono vietate solo le prove espressamente dichiarate tali dalla legge)*».

⁸² In quest'ultimo senso anche Cass. Pen. Sez. 5, ud. 25/10/2017, dep. 16-01-2018, n. 1796 che esclude l'operatività dell'art. 195 c.p.p. rilevando che il curatore non è né un ufficiale o agente di polizia giudiziaria ed osserva: «*In linea con tale ermeneusi è stato, quindi, affermato che è utilizzabile, quale prova a carico dell'imputato, anche la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle dichiarazioni accusatorie a lui rese da un coimputato non comparso al dibattimento e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi del R.D. n. 267 del 1942, art. 33 (Sez. 5, n. 32388 del 03/03/2015, Setti, Rv. 264255; Sez. 5, n. 4164 del 06/10/2014; Cardilli, Rv. 262172; Sez. 5, n. 15218 del 18/01/2011, Rv. 249959). Si è, tuttavia, affermato che tale principio soffre una sola eccezione: che l'imputato o il suo difensore abbiano chiesto l'esame del coimputato e questi vi si sia per libera scelta sottratto, sussistendo in tal caso la violazione dell'art. 526 c.p.p. (Sez. 5, n. 13060 del 08/02/2017, Meluzio, Rv. 270596)*». Dall'esclusione dell'assoggettabilità alla procedura prevista per le dichiarazioni *de relato*, nel caso di dichiarazioni dei testi al curatore inserite nella relazione, consegue che le stesse divengono dati di fatto riferiti agli accertamenti del curatore.

⁸³ Per un quadro delle tesi in campo, volendo, cfr. DI VIZIO, Bancarotte prefallimentari e dichiarazione di fallimento, *La sentenza di fallimento segna la trasformazione del pericolo da latente in concreto*, in *Quotidiano giuridico*, 4.8.2017.

Nel diritto vivente è generalizzato il contrasto della tesi della sentenza Corvetta⁸⁴, secondo la quale per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sarebbe necessaria la sussistenza di un nesso causale, coperto dal dolo, fra gli atti di distrazione e la dichiarazione di fallimento. Tale pronuncia ha rappresentato un *momento di discontinuità* rispetto all'insegnamento tradizionale della Corte di Cassazione, formatosi già con la sentenza n. 2 del 1958 delle Sezioni Unite. Secondo quest'ultima, in particolare, la dichiarazione di fallimento *non* costituisce 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 momento consumativo ad ogni effetto di legge, *senza assumere il significato di evento*. Con la sentenza n. 13910/2017, aderendo all'opinione prevalente in dottrina, i giudici di legittimità hanno riconosciuto nella dichiarazione di fallimento, limitatamente alle bancarotte pre-fallimentari, una condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, ai sensi dell'art. 44 codice penale. Pur sempre un evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, che restringe l'area del penalmente illecito, riservando la sanzione penale solo ai casi in cui tale dichiarazione segua alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori. Anche per questa via risulta irrilevante l'accertamento del nesso eziologico e psicologico tra le condotte distrattive poste in essere e la successiva situazione di insolvenza che ha determinato la pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento; quest'ultima, infatti, non rappresenta elemento costitutivo del reato di bancarotta pre-fallimentare, né l'insolvenza costituisce l'evento della distrazione.

Sempre dalle Sezioni Unite⁸⁵ proviene l'insegnamento secondo cui, nella struttura dei reati di bancarotta, la *dichiarazione di fallimento* assume rilevanza per la sua natura di *provvedimento giurisdizionale*, in quanto tale *insindacabile in sede penale*. In particolare, *l'elemento costitutivo della fattispecie criminosa* non risiede nei presupposti di fatto (fra cui lo stato d'insolvenza) accertati dal giudice fallimentare, ma nella *pronuncia di una sentenza* rispetto alla quale non è ipotizzabile un'efficienza causale facente capo all'imprenditore. Alle Sezioni unite era devoluta la questione se i fatti di bancarotta commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e del successivo d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (che hanno modificato i requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile a fallimento) dovessero continuare ad essere previsti come reato, anche se in base alla nuova normativa l'imprenditore non poteva più essere dichiarato fallito. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che i *nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall.* non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta) ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché *non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale*. Il giudice penale, come non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento sulla base della normativa all'epoca vigente, non può escluderne gli effetti sulla base di una normativa sopravvenuta⁸⁶.

⁸⁴ Cass. Pen., Sez. 5, n. 47502 del 24/09/2012, Rv. 253493.

⁸⁵ Cass., Sez. U, n. 19601 del 28/02/2008, Niccoli, Rv. 239398.

⁸⁶ In merito alla insindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento ai fini della punibilità per fatti di bancarotta, le Sezioni Unite hanno attribuito decisivo rilievo al significato della dichiarazione di fallimento nella struttura dei reati di bancarotta, osservando: «*nella struttura delle fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 216 e s. della l. fall., il presupposto formale perché possano essere prese in considerazione, ai fini della responsabilità penale, le condotte specificamente contemplate dalle norme non richiama le condizioni di fatto richieste per il fallimento (o l'ammissione alle altre procedure concorsuali) di un'impresa, consistendo invece nella esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento*». In altri termini, «*nella struttura dei reati di bancarotta "la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di **provvedimento giurisdizionale**", e non per i fatti con essa accertati. Sicché, in quanto atto della giurisdizione richiamato dalla fattispecie penale, la sentenza dichiarativa di fallimento è insindacabile in sede penale; né la disciplina delle questioni pregiudiziali prevista dal codice di rito agli artt. 2 e 3 "vale a spostare le premesse di diritto sostanziale", perché i presupposti di fatto accertati nella sentenza richiamata dalla fattispecie penale non sono una "questione pregiudiziale" della quale possa ritenersi investito il giudice penale, dato che essi sono stati appunto accertati da detta sentenza, "la quale vincola il giudice penale (purché esistente e non revocata) come elemento della fattispecie criminosa, e non quale decisione di una questione pregiudiziale" implicata*

In termini processuali, poste queste premesse, è prevalente il convincimento della legittimità della acquisizione della sentenza dichiarativa di fallimento al fascicolo del dibattimento secondo il disposto dell' art. 431, lettera a) c.p.p. , quale *atto relativo alla procedibilità dell'azione penale*. Altra opinione la giustifica, invece, per il disposto dell'art. 431, lettera h), c.p.p. quale cosa pertinente al reato. Va rimarcata la necessità di una **produzione integrale** della sentenza dichiarativa del fallimento, non per mero estratto (ex art. 17 l. fall.), forma di trasmissione ormai superata con l'entrata a regime del processo telematico. Dalla sentenza, del resto, possono trarsi dati rilevanti: si pensi all'entità del passivo e dell'attivo, alle ragioni dell'istanza di fallimento, agli accertamenti svolti per stabilire l'insolvenza.

Alla categoria dei documenti ex art. 234 c.p.p. è riconducibile il ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il documenti allegati (es. verbali di pignoramento).

Per gli atti formati fuori del processo penale e confluiti nel fascicolo prefallimentare e in quello fallimentare appare convenientemente invocabile la categoria del documento, rilevando a fini probatori in quanto idonei a provare i fatti che rappresentano. La riconduzione alla categoria dei documenti ne consente la produzione anche oltre il termine ex art. 493 c.p.p.⁸⁷.

Per gli **atti dell'istruttoria prefallimentare** la disciplina dell'acquisizione al fascicolo processuale penale è fissata dall'art. 238, comma 2, c.p.p., riferito ai verbali di prove assunte in un giudizio definito con sentenza che ha acquistato l'autorità di cosa giudicata (in senso formale). In tal caso, peraltro, si dà luogo all'acquisizione dei verbali di *dichiarazioni* contro l'imputato se il suo difensore ha partecipato l'assunzione della prova o nei suoi confronti fa stato la sentenza civile (art. 238, comma 2-bis, c.p.p., con riferimento alla cosa giudicata in senso sostanziale ex art. 2909 c.c.).

In ogni caso (dunque pur fuori dalle condizioni previste dai commi 1 e 1 bis dell'art. 238). è ammessa l'acquisizione della *documentazione di atti* originariamente *non ripetibili*, ovvero, se

dalla fattispecie». Disattendo la giurisprudenza di legittimità che, a seguito della modifica apportata dagli artt. 2 e 3 c.p.p. alla disciplina delle questioni pregiudiziali, assumeva che la sentenza dichiarativa di fallimento non ha efficacia di giudicato nel processo penale e lo status di "imprenditore" (fallibile), in quanto richiamato dalle fattispecie di bancarotta, andava accertato autonomamente dal giudice penale, le Sezioni Unite hanno osservato: «A ben leggere gli artt. 216 e 217 l. fall., appare chiaro che in essi il termine "imprenditore" non rileva di per sé ma solo in quanto individua il soggetto "dichiarato fallito": esso compone cioè un'endiadi che ha lo stesso valore connotativo del più breve riferimento al "fallito" contenuto nell'art. 220 l. fall., del tutto analogo alla espressione "società dichiarate fallite" usata negli artt. 223 e 224 l. fall. per il caso dei "reati commessi da persone diverse dal fallito"; e nessun indizio logico-giuridico può desumersi da dette fattispecie acché possa a ragione ritenersi che al giudice penale sia demandato il compito di accertare in capo all'imputato la veste di "imprenditore" ovvero, per la ipotesi di bancarotta impropria, di sindacare la veste societaria assunta dalla fallita. omissis L"imprenditore" evocato dalle fattispecie in questione altri non è, dunque, che il "soggetto dichiarato fallito", giacché nel nostro ordinamento la dichiarazione di fallimento è inscindibilmente legata all'esercizio di una impresa, e la norma penale, ponendo a dato strutturale della fattispecie l'esistenza di una dichiarazione di fallimento, non può che richiamarsi a quella condizione soggettiva ("imprenditore") che la dichiarazione di fallimento implica necessariamente. Le modifiche apportate dal vigente codice alla materia delle questioni pregiudiziali al processo penale non hanno, a ben vedere, una incidenza determinante sulla questione qui esaminata. Lo status di fallito non rappresenta, infatti, una "questione pregiudiziale" da cui dipende la decisione sui reati di bancarotta, perché questo status è diretto effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, che, come osservato, non è sindacabile dal giudice penale».

⁸⁷ C. Cost. n. 284/1994. Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 23004 del 09/03/2017 Ud., dep. 11/05/2017, Russo, Rv. 270218 – 01: «La preclusione alle richieste probatorie delle parti, conseguente al mancato rispetto del termine fissato nel primo comma dell'art. 468 cod. proc. pen., non riguarda le richieste di acquisizione di prove documentali, che possono dunque essere avanzate anche in un momento successivo a quello fissato dalla disposizione suddetta; ne consegue che deve escludersi che l'art. 493 cod. proc. pen., il quale disciplina l'esposizione introduttiva e le richieste di prova avanzate dalle parti, preveda una preclusione alla esibizione di documenti, ed all'ammissione di essi da parte del giudice, in un momento successivo a quello fissato dalla norma suddetta, essendo tale preclusione esplicitamente limitata alle prove che devono essere indicate nelle liste di cui all'art. 468 cod. proc. pen.». In motivazione la S.C. ha precisato che in caso di esibizione di documenti successiva all'esposizione introduttiva, tuttavia, deve essere garantito alle altre parti il diritto di esaminarli, secondo quanto prescrive l'art. 495, comma terzo, cod. proc. pen.

l'irripetibilità è impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti ed anche imprevedibili (art. 238, comma 3 c.p.).

Fuori di questi casi, i verbali delle dichiarazioni sono utilizzabili nei confronti dell'imputato che vi consenta; altrimenti, per le contestazioni ex artt. 500 e 503 c.p.p. (art. 238, comma 4, c.p.p.), assicurando il diritto all'esame delle persone le cui dichiarazioni siano state acquisite ex art. 238, comma 2, 2 bis, 4, c.p.p. (art. 238, comma 5, c.p.p.)

CAPITOLO II

NE BIS IN IDEM E PROCESSI DI BANCAROTTA

Premesse.

Uno **stesso fatto** può costituire oggetto dell'interesse di **più norme incriminatrici**. Occorre verificare se la **convergenza normativa** sia apparente o reale (situazione che conduce a configurare la situazione del concorso formale ex art. 81, comma 1, c.p.); in quest'ultimo caso, poi, occorre ulteriormente chiarire se la possibile **uplicazione sanzionatoria** sia costituzionalmente compatibile, anche ove l'accertamento si realizzi nello **stesso contesto processuale**; ovvero, ove l'accertamento del medesimo fatto avvenga in **diversi giudizi** se il **secondo sia precluso** in ragione dell'accertamento definitivo nel primo contesto procedimentale ovvero se **alcuni raccordi** ne possono legittimare una celebrazione cronologicamente sfalsata tra **diversi procedimenti**.

Con l'affermarsi dell'impostazione sostanzialistica nella identificazione della "**materia penale**"⁸⁸, il **dialogo tra le Corti** su questi temi si è fatto via via più serrato nella ricerca dei confini entro i quali edificare le garanzie individuali del divieto di ne bis in idem tenendo conto delle esigenze del sistema punitivo. In tale contesto, mai fermo ed in continua elaborazione, autentica è la difficoltà di tracciare una **nozione sostanziale** distinta da una **nozione processuale del principio del ne bis in idem**: fatto, sanzione penale, giudizio si rivelano quali vasi capaci di contenuti di volta in volta diversi e di invadere le diverse prospettive d'analisi, confondendone gli esiti. Si pensi, per mera esemplificazione, al mutamento del piano introdotto dalla Grande Camera della Corte Edu, con la sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia⁸⁹.

L'esperienza di plurime norme incriminatrici convergenti sullo stesso fatto storico è frequente nei **processi di bancarotta**, nei quali ricorrentemente si discute, come risulterà più chiaro in appresso, dell'apparenza o della realtà del concorso tra diverse norme sanzionatrici, anche non fallimentari.

In prospettiva **storico—empirica**, il fatto è l'accadimento naturalistico—materiale, frutto di un'addizione di elementi selezionati, pur sempre, secondo criteri normativi. In particolare, il fatto identifica *l'azione o l'omissione, l'oggetto fisico* su cui cade il gesto, sino al

⁸⁸ Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi. Ai fini della qualificazione della materia penale, la qualificazione giuridica dell'illecito operata dal diritto interno costituisce criterio solo formale e relativo: maggiore valenza significativa è rivestita dalla natura sostanziale della violazione e dal grado di severità della sanzione.

⁸⁹ La sentenza ha introdotto «una nuova chiave di valutazione per la verifica della sussistenza di una violazione del divieto di doppio giudizio nell'ordinamento interno di uno Stato membro, nel caso in cui ad una sanzione amministrativa definitiva si affianchi un procedimento penale per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona: i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere... qualora si ritenga tra loro una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta». Come ricordano RINALDI e GAITO (*Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in Archivio penale 2017, n. 1) «la Corte EDU sembra aver individuato una terza via - tutta sbilanciata su valutazioni di ordine processuale e procedimentale - per dirimere la questione sulla violazione del principio di ne bis in idem. In proposito, la Corte EDU ha individuato alcuni parametri di riferimento concreto per valutare la sussistenza del nesso temporale e del nesso sostanziale: sotto il primo aspetto, nulla osterebbe sia alla conduzione parallela sia a quella non coeva dei due procedimenti sullo stesso fatto purché, però, il soggetto sottoposto al doppio binario sanzionatorio non patisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale; sotto il secondo aspetto, invece, i giudici europei individuano una serie di indicatori sintomatici della connessione richiesta per evitare il bis in idem. Si ha riguardo alla diversa finalità dei procedimenti; alla prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell'autore della condotta; alla conduzione "integrata" dei procedimenti, così da evitare, "per quanto possibile", la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; alla considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione inflitta nel primo, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena».

conseguente *evento naturalistico* (quale modificazione della realtà indotta dal comportamento e limite estremo della nozione). Il fatto già giudicato nei suoi elementi materiali resta lo stesso anche se diversamente qualificato per il titolo, il grado e per le circostanze (arg. ex art. 649 c.p.p.). Non assumono rilievo, neppure, la diversità della soggettività attiva, dell'elemento soggettivo, della natura del reato, del bene giuridico e dell'evento giuridico. In sintesi, secondo la giurisprudenza di legittimità⁹⁰, l'*identità* del "fatto" sussiste quando vi è *corrispondenza storico-naturalistica* nella configurazione del reato, considerato in tutti gli elementi costitutivi (*condotta, evento, nesso causale*) e con riguardo alle medesime *circostanze di tempo, di luogo e di persona*.

L'identità del fatto rileva prioritariamente a *fini processuali* e per i limiti previsti dall'art. 649 c.p.p.. L'intervento di una pronuncia definitiva per uno specifico fatto storico, infatti, impone di riconoscere, secondo canoni sostanzialistici, l'impraticabilità della celebrazione di un ulteriore processo, tenendo conto del limite ex art. 649 c.p.p.. Limite esteso anche all'ipotesi di reati in concorso formale a seguito della pronuncia della Consulta n. 200/2016⁹¹, sulla scorta dell'evoluzione stimolata dalle Corti europee rispetto ai parametri normativi dell'art. 4 del

⁹⁰ Così Cass. Sez. Un., 28/06/2005, n. 34655, P.G. in proc. Donati e altri, rv. 231800, in Arch. Nuova Proc. Pen., 2006, 5, 551. Le Sezioni Unite hanno anche statuito che «*Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talchè nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal P.M., ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente*». Valorizzando tale pronuncia La Corte costituzionale ha potuto sostenere che «*il diritto vivente, con una lettura conforme all'attuale stadio di sviluppo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, impone di valutare, con un approccio storico-naturalistico, la identità della condotta e dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto a causa della primæ*». Nella stessa giurisprudenza di legittimità appare minoritario l'orientamento per cui ai fini in esame dovrebbe considerarsi non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche a quella giuridica, tenendo conto delle implicazioni penalistiche dell'accadimento (Cass. Pen., Sez. 2, n. 19712 del 06/02/2015, Alota e altri, Rv. 26354301; Id., n. 18376 del 21/03/2013, P.G. in proc. Cuffaro, Rv. 25583701; Cass. Pen., Sez. 5, n. 16703 del 11/12/2008, Palanza e altri).

⁹¹ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 200 del 31/5/2016, ha statuito l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. Nella ricordata prospettiva, la Consulta ha escluso che l'art. 4 del protocollo n. 7 CEDU abbia un contenuto più ampio di quello dell'art. 649 cod. penale. La giurisprudenza della Corte EDU porta solo ad affermare che, per i giudici di Strasburgo, la medesimezza del fatto va apprezzata alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio, col ripudio di ogni riferimento alla mera qualificazione giuridica della fattispecie. Non v'è nessuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa, secondo il giudizio della Corte EDU, "**all'azione o all'omissione**, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, **l'evento naturalistico** che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente". Sono costituzionalmente corretti gli approdi della giurisprudenza di legittimità, per la quale l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico—naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (*condotta, evento, nesso causale*) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (Sez. U, n. 34655 del 28/6/2005, P.G. in proc. Donati, Rv 231799). Tanto a condizione che, nell'applicazione pratica, tutti gli elementi del reato siano assunti nella loro dimensione empirica, sicché anche l'evento non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente. In tal modo, è assicurato il massimo dispiegarsi della funzione di garanzia sottesa all'art. 649 cod. proc. pen., senza compromissione di altri principi di rilievo costituzionale, e si evita che la valutazione comparativa - cui è chiamato il giudice investito del secondo giudizio - sia influenzata dalle sempre opinabili considerazioni sulla natura dell'interesse tutelato dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sul ruolo che ha un medesimo elemento all'interno delle fattispecie, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i singoli reati.

Protocollo n. 7 alla CEDU e dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁹².

Sotto il **profilo sostanziale**, le duplicazioni sanzionatorie, nel caso di concentrazione in *simultaneus processus*, non sono vietate, essendo rimesse alla concreta e discrezionale opzione del legislatore storico, con il limite (di origine convenzionale e costituzionale) di non trasmodare in assetti punitivi irragionevoli, arbitrari e sproporzionati. L'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto sarebbe sussumibile potrebbe non esaurire, per intero, il contenuto di disvalore del fatto, sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo. Occorre tener conto delle ragionevoli opzioni statuali di politica criminale volte a ricollegare ad un'unica azione ovvero omissione differenti disposizioni penali, corrispondenti a disvalori autonomi, seppur "calmierati" dal criterio posto dall'art. 81 c.p.. Si può ben dire, in positivo, che esiste uno **spazio legittimo del bis in idem sanzionatorio**. Non è impedito, cioè, il *simultaneus processus* per reati diversi commessi con il medesimo fatto, bensì una seconda iniziativa penale laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo. Le **opzioni regolamentari**, in tal senso, possono spaziare dal **concorso apparente** al **concorso (reale) formale** di norme.

Con buona abitudine, molte di tali questioni si pongono, in sede di questioni preliminari e nel corso delle discussioni dibattimentali dei processi dedicati ai reati bancarotta. Ad essi, infatti, si accostano, per naturale prossimità, i reati tributari e quelli patrimoniali. Ma non solo. Il tema che viene usualmente proposto attiene all'assorbimento ovvero della consunzione della singola fattispecie penale extra—fallimentare in quelle di bancarotta, normalmente cronologicamente posteriore e più severamente punita dell'altra.

Volendo introdurre ancora qualche minima considerazione di inquadramento, nella lettura consolidata della Corte di Cassazione, nel contesto del *simultaneus processus*, ove il legislatore non regoli espressamente la convergenza di sanzioni penali sull'*idem factum*, il criterio generale euristico è quello della **specialità** ex artt. 15, 84, 61, 62, comma 1, 68, 581, comma 2, c.p., **intesa in astratto ovvero in senso logico-formale**. I criteri della sussidiarietà e della consunzione, ricorrentemente propugnati dalla dottrina, vengono tuttora ritenuti dalla giurisprudenza in contrasto con il principio di legalità⁹³.

⁹² Per la Corte Edu l'identità del fatto deve essere valutata in relazione al concreto oggetto delle imputazioni, senza confrontare gli elementi delle fattispecie astratte di reato. Nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, la Corte ha rimarcato che il principio del "ne bis in idem" impone una valutazione ancorata ai fatti e non alla qualificazione giuridica degli stessi, troppo restrittiva in vista della tutela dei diritti della persona. Si è affermato, quindi, che la nozione di "condotta" si traduce nell'insieme delle circostanze fattuali concrete, collocate nel tempo e nello spazio, la cui esistenza deve essere dimostrata ai fini della condanna. Negli stessi termini si era già espressa la sentenza della Corte Edu Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, In particolare, sulla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, la Corte Edu aveva affermato che la medesimezza del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio. Tali principi non sono stati messi in discussione dalla sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, con la quale la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha impresso un nuovo sviluppo alla materia del divieto "convenzionale" di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto (cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 43 del 24 gennaio 2018).

⁹³ Come ricordano le Sezioni Unite n. 41588/2017 (in Dir. Pen. e Processo, 2017, 11, 1415) «la giurisprudenza delle Sezioni Unite risulta consolidata nel rilevare che l'unico criterio idoneo a dirimere i casi di concorso apparente di norme è da rinvenirsi nel principio di specialità ex art. 15 cod. pen. (Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865; Sez. U, n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv. 235962; Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302, ove si osserva che i diversi criteri della sussidiarietà e della sussunzione sono da ritenersi tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità). È il principio di specialità, pertanto, che assurge a criterio euristico di riferimento. Il principio di specialità definito dall'art. 15 cod. pen. consente alla legge speciale di derogare a quella generale, nel caso in cui le diverse disposizioni penali regolino la "stessa materia». Deve definirsi norma speciale quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più

Si tratta di svolgere un **confronto tra idem legali**, procedendo ad una comparazione strutturale tra norme incriminatrici e fattispecie penali, nella configurazione astratta degli elementi costitutivi. In tal senso, l'identità del fatto storico è la premessa che attiva questo confronto strutturale, ma mai la soluzione di esso. Per l'applicazione del principio di specialità, infatti, anche l'identità della materia⁹⁴, premessa di operatività dello stesso, è parametrata alla fattispecie astratta (ovvero al fatto tipico), mentre l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice assume rilievo non dirimente.

L'identità del fatto storico, però, torna **determinante ai fini del *ne bis in idem* processuale** (art. 649 c.p.p.), tematica che presuppone si sia proceduto alla celebrazione di separati processi per reati in concorso formale. In tale evenienza è l'identità del fatto storico a porsi quale limite alla celebrazione di qualsiasi ulteriore processo rispetto ad altro reato in concorso formale con quello per cui è intervenuta pronuncia irrevocabile (Corte Cost. n. 200/16⁹⁵).

Di questa diversa modulazione dell'estensione del fatto, a seconda che si proceda o meno in un *simultaneus processus*, **si deve essere particolarmente avveduti**; deve esserlo, in

requisiti propri e caratteristici, in funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, cit.). In tale ambito ricostruttivo, si è chiarito che il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dall'art. 15 cod. pen, risulta integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato. L'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per "**stessa materia**" deve intendersi la **stessa fattispecie astratta**, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità (Sez. U, n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, cit.).

⁹⁴ L'identità di materia ricorre nei seguenti casi: **specialità unilaterale per specificazione** (ricomprensione); **specialità reciproca per specificazione** (artt. 581 e 572 c.p.); **specialità unilaterale per aggiunta** (art. 605 e 630 c.p.); per contro, va **esclusa nel caso di specialità reciproca bilaterale per aggiunta** (violenza sessuale ed incesto) ove ciascuna delle fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo, come nel rapporto tra violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso, rapporto di parentela o affinità nel secondo (Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722).

⁹⁵ Come ha ricordato la Corte Costituzionale con la sentenza n. 200/2016, sino a quella pronuncia, allo stato attuale del diritto vivente il rinnovato esercizio dell'azione penale era consentito, in presenza di un concorso formale di reati, anche quando il fatto sul piano storico naturalistico era il medesimo sul piano empirico, in quanto costituiva oggetto di una convergenza reale tra distinte norme incriminatrici, tale da generare una pluralità di illeciti penali. La Corte delle leggi ha anche premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene (sia pure secondo il criterio di favore indicato dall'art. 81 cod. pen.). Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico. Siamo, infatti, nell'ambito di un istituto del diritto penale sostanziale che evoca mutevoli scelte di politica incriminatrice, proprie del legislatore, e in quanto tali soggette al controllo della Corte costituzionale solo qualora trasmodino in un assetto sanzionatorio manifestamente irragionevole, arbitrario o sproporzionato (*ex plurimis*, sentenze n. 56 del 2016 e n. 185 del 2015). Né queste opzioni in sé violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo. In linea astratta pertanto la circostanza che i reati concorrano formalmente non sembrerebbe interferire con l'area coperta dal portato normativo dell'art. 649 c.p.p.. Quest'ultima dovrebbe, al contrario, essere determinata esclusivamente dalla formazione di un giudicato sul medesimo fatto, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione.

particolare, il pubblico ministero che si orienti ad organizzare una trattazione processuale separata dei reati riferiti alla stessa vicenda fattuale-empirica.

E' di sicuro interesse, dunque, esaminare le più frequenti convergenze di norme incriminatrici rispetto a concrete fattispecie per individuare le soluzioni elaborate dalla riflessione giuridica in punto di apparenza o di realtà del concorso di norme, anche ulteriori rispetto a quelle fallimentari. Si dovrà riconoscere, in proposito, che, in alcuni casi, la Corte di legittimità non tiene del tutto fede alle premesse che pure esplicita, risolvendo la comparazione strutturale sulla base di elementi (il bene giuridico) che pure, dichiaratamente, ritiene di scarsa rilevanza.

§. 1. Reati fallimentari e reati tributari.

— 1.1. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta per distrazione e la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte ex art. 11 d.lgs. n. 74/2000.

Secondo quanto illustrato dalla relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 74/2000, l'innesto della clausola di salvezza («*salvo che il fatto costituisca reato più grave*»), in apertura della descrizione dell'illecito penale di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, doveva riferirsi, soprattutto, al fatto riconducibile, altresì, al paradigma punitivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale.

A fronte di tale indicazione, la Corte di Cassazione aveva assunto posizioni contrastanti **sull'ammissibilità del concorso formale tra le due fattispecie penali** in relazione ad un **medesimo fatto storico**.

In una prima occasione⁹⁶, infatti, l'aveva **esclusa**, preferendo una nozione di **specialità in concreto** che si richiamava ai criteri di giustizia sostanziale e di assorbimento nel reato fallimentare del completo disvalore del fatto. In particolare, la Corte di legittimità aveva osservato che la fattispecie di sottrazione fraudolenta integrava una condotta che ben poteva inserirsi in una complessiva strategia distrattiva, intesa consapevolmente a danneggiare colui che sui beni sottratti aveva titolo per soddisfarsi; da ciò derivava che ove tale condotta era finalizzata al fallimento, ovvero posta in essere in vista di esso, o da questo seguita, la distrazione operata in danno del fisco non assumeva connotazione autonoma ma era riconducibile al paradigma punitivo dell'art. 216 l. fall., le cui condotte di distrazione, occultamento, distruzione, dissipazione erano comprensive delle condotte di simulazione o integranti atti fraudolenti di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000, imponendo l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. In virtù di tale principio restava integrato il solo reato di bancarotta fraudolenta, quale più grave reato.

La stessa Corte di legittimità⁹⁷, rapidamente, aveva contraddetto tale approdo negando il completo assorbimento della sottrazione fraudolenta nel reato di bancarotta fraudolenta; il principio di specialità, poi, era inoperante per difetto di identità della materia regolata. Nessuno spazio era riconosciuto alla disciplina del reato complesso ex art. 84 c.p.⁹⁸, marcando numerose diversità strutturali tra le fattispecie penali astratte: la *soggettività attiva* del delitto tributario (ritenuto comune o comunque a soggettività molto più ampia)⁹⁹, la sua natura di

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. 5, n. 42156/2011.

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. 5, n. 1843/2012.

⁹⁸ La quale presuppone una verifica di continenza in astratto, avuto riguardo, cioè, alla fattispecie incriminatrice, e non al fatto storico commesso dall'imputato (Cass. Pen., n. 3528 del 27/09/1982, Rv. 158589).

⁹⁹ La bancarotta è sicuramente un reato proprio (che ammette il concorso "esterno"), mentre il reato tributario è riferito a qualsiasi contribuente che abbia un debito d'imposta verso l'erario, categoria ancora più ampia, non limitata all'imprenditore.

reato istantaneo di pericolo¹⁰⁰, non riparabile con il pagamento, posto a presidio di interessi diversi¹⁰¹, entro il microcosmo dei reati tributari¹⁰², con *condotte* connotate di necessità da idoneità (*ex ante*) a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva¹⁰³. Il fatto che in concreto i medesimi fatti storici contestati agli imputati integrino entrambi i reati non era che mera eventualità che non consentiva l'operatività dell'art. 84 c.p., ma legittimava l'applicazione delle *norme sul concorso*.

Con la nuova **formulazione dell'art. 11 d.lgs. n 74/2000** operata dall'art. 29, comma 4, d.l. n. 78/2010, conv. con mod. nella legge n. 122/2010, è stata eliminata la clausola di riserva ma la tematica è restata d'interesse. Ciò in ragione degli "approdi" della giurisprudenza di legittimità in tema di criteri euristici per risolvere di casi di **concorso apparente di norme**, nonché della Corte Costituzionale, sotto lo stimolo della Corte Edu in relazione al **principio del ne bis in idem**, per quanto di rilievo per le ipotesi di concorso formale.

Quanto al primo profilo, la Corte di Cassazione ha stabilizzato l'insegnamento per cui la nozione di «**stessa materia**» — premessa di applicazione del principio di **specialità ex art. 15 c.p.** — equivale a **stessa fattispecie astratta** (ovvero allo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato) e richiede di verificare, nel caso di convergenza di norme incriminatrici astrattamente configurate, l'esistenza di un rapporto di **continenza tra le fattispecie astratte**, procedendo al confronto strutturale tra esse mediante la comparazione dei rispettivi elementi costitutivi. In questo senso, il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici — criterio affatto secondario, come visto, nell'esperienza pregressa della Corte per risolvere il tema del concorso tra le fattispecie penali in diretta analisi — perde immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del **principio della specialità in astratto**¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Con conseguente insensibilità al successivo soddisfacimento della pretesa tributaria dello Stato (Cass. Pen., Sez. 3, n. 40481/2010), all'opposto la bancarotta che richiede l'effettiva verifica del fatto distrattivo, che reca pregiudizio ai creditori, l'evento del reato coincidendo con la lesione dell'interesse patrimoniale della massa (Cass. Pen., Sez. 5, n. 16579/2010). Considerazioni, invero, parzialmente superate dall'evoluzioni della riforma tributaria del d.lgs. n. 158/2015.

¹⁰¹ Vengono richiamate, a tal proposito, le pronunce alla cui stregua vi è concorso quando le norme incriminatrici tutelano beni giuridici diversi (Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 14707 del 14/11/2007, Rv. 239659, nonché Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 30120 del 18/05/2011). Mentre il reato tributario tutela l'interesse erariale al buon esito della procedura di riscossione (bene giuridico tutelato anche attraverso il sequestro per equivalente, che non assiste invece la bancarotta), la bancarotta fraudolenta tutela l'interesse della generalità dei creditori all'**integrità dei mezzi di garanzia** (Cass. Pen. Sez. 5, 06 ottobre 1999, n. 12897).

¹⁰² A tal proposito la Corte ha richiamato il principio per cui ogni condotta fraudolenta diretta alla evasione fiscale esaurisce il proprio **disvalore penale all'interno del quadro delineato dalla normativa speciale**, salvo che dalla condotta derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale (cosa che non accade nel caso della bancarotta); Cass. Sez. U, Sentenza n. 1235 del 28/10/2010, Rv. 248865. In definitiva, il D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 tutela l'interesse erariale al buon esito della procedura di riscossione (trattasi di un interesse tanto rilevante che il bene giuridico è tutelato anche attraverso il sequestro per equivalente, che non assiste invece la bancarotta), mentre nel reato di bancarotta fraudolenta il bene tutelato è l'interesse della generalità dei creditori all'**integrità dei mezzi di garanzia** (Cassazione penale, sez. 5, 06 ottobre 1999, n. 12897).

¹⁰³ Per la bancarotta, invece, non basta un'astratta idoneità ma è sufficiente che vi sia un pregiudizio per uno qualsiasi dei creditori. «*Ciò significa che può aversi bancarotta fraudolenta senza che sia integrata la frode fiscale, laddove l'atto distrattivo non pregiudichi il pagamento, in sede concorsuale, dei crediti privilegiati dall'erario, ma rechi pregiudizio ai creditori chirografari o con diritti di prelazione di grado inferiore*». Ciò significa che **può aversi bancarotta fraudolenta senza che sia integrata la frode fiscale**, laddove l'atto distrattivo non pregiudichi il pagamento, in sede concorsuale, dei crediti privilegiati dall'erario, ma rechi pregiudizio ai creditori chirografari o con diritti di prelazione di grado inferiore.

¹⁰⁴ Rispetto a tale posizione, è nota la posizione di **dissenso prevalente in dottrina**, propensa, per ragioni di giustizia sostanziale, ad ampliare la gamma di criteri utilizzabili per risolvere i soventi dilemmi in materia di concorso di norme. Come osserva MARRA (*Le Sezioni unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme*, in Giurisprudenza penale Web, 2017): «*È infatti diffusa, in dottrina, l'opinione secondo cui il criterio della specialità in astratto non sarebbe sufficiente ad assicurare che un soggetto non venga ingiustamente punito due volte. Si è giunti così all'elaborazione del principio dell'assorbimento, o del ne bis in idem sostanziale. A mente di tale principio, quando un soggetto commette più fatti di reato, tutti autonomamente*

In questa seconda fase, la dottrina sembra essersi consolidata nell'ammettere il concorso dei reati, laddove una stessa condotta integri la bancarotta distrattiva e il reato tributario in esame¹⁰⁵. Parimenti è a dirsi per la giurisprudenza, che non ha mancato di confrontarsi con la precedente formulazione della fattispecie.

Con una prima pronuncia¹⁰⁶ i giudici di legittimità si sono confrontati con un'evenienza peculiare: in corrispondenza della contestazione del reato tributario di sottrazione fraudolenta, al medesimo imputato era ascritto anche quello fallimentare in distinto e pendente processo penale. La Corte, nell'affermare che nel caso in esame non ricorreva ipotesi di concorso apparente di norme, bensì la diversa ipotesi del concorso formale di reati ovvero della continuazione tra distinti illeciti penali, ha ritenuto pacifico che le norme incriminatrici erano entrambi speciali, delineandosi ipotesi di c.d. **specialità bilaterale** rispetto alla quale **quella tributaria** era la norma "**specialissima**".

I giudici di legittimità hanno disconosciuto che le norme incriminatrici regolino la "**stessa materia**", distinguendosi per gli **interessi presidiati** (quella fiscale essendo preposta a sanzionare condotte che pregiudichino l'interesse fiscale al buon esito della riscossione coattiva, quella fallimentare l'interesse del ceto creditorio di massa al soddisfacimento dei propri singoli diritti), per la **diversità strutturale** delle fattispecie astratte, posta la diversa **natura giuridica** (di pericolo, quella fiscale, di danno, quella fallimentare) ed il diverso **elemento soggettivo** (dolo specifico la prima, dolo generico la seconda)¹⁰⁷; difettando, inoltre, le condizioni per applicare l'art. 84, c.p., data la diversità della trama lessicale del due enunciati normativi (natura del reato, elemento soggettivo e diversa soggettività attiva)¹⁰⁸.

Occorre segnalare che in questa stessa occasione la Cassazione non ha mancato di tornare a richiamarsi al **diverso bene giuridico protetto**, mostrando di considerarlo il vero elemento che rende la norma penale tributaria «*per così dire "specialissima" ed impedisce il suo assorbimento in quella fallimentare quale "meno speciale" sia sul piano oggettivo sia sul piano soggettivo*»¹⁰⁹.

*punibili in base a diverse norme incriminatrici che risultano, secondo l'id quod plerumque accidit, come dei normali ante facta o post facta rispetto a uno dei fatti commessi, si verserebbe in un'ipotesi di concorso apparente di norme; una soltanto sarebbe dunque la norma applicabile a quei fatti, ossia quella che prevede una sanzione più grave. Il criterio del ne bis in idem sostanziale si fonda sull'assunto per cui il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accompagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici. Di conseguenza, la sanzione prevista per il reato più grave ingloberebbe in sé anche il disvalore penale degli altri reati. Ne deriva che punire il soggetto tanto per la violazione più grave, quanto per gli altri fatti di reato comporterebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle sanzioni, contro lo stesso volere del legislatore. Un altro principio elaborato dalla dottrina è quello di **sussidiarietà**, secondo il quale vi sarebbe concorso apparente di norme quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano una progressione criminosa rispetto a un dato bene giuridico, in termini di gravità di danno inferto al medesimo. La sanzione prevista dal legislatore per il fatto di reato che realizza la massima lesione al bene tutelato, per l'impostazione in esame, conterrebbe in sé il disvalore espresso dagli altri fatti di reato. Da qui la necessità di punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto».*

¹⁰⁵ In senso contrario è sostenuto l'eliminazione della clausola di riserva non sarebbe dirimente alla luce dei criteri formali e valoriali relativi al rapporto tra reati, dovendosi riconoscere un concorso apparente di norme, in cui il delitto fallimentare assorbe quello tributario (GROTTO, *Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?*, in Cass. Pen., 2106).

¹⁰⁶ Cass. Pen., Sez. 3, n. 3539/2016.

¹⁰⁷ Elementi rilevanti per identificare la "stessa materia" (cfr. Cass. SU, n. 1235 del 28/10/2010, Giordano).

¹⁰⁸ Più ristretta in quello di bancarotta fraudolenta — l'imprenditore dichiarato fallito ovvero per estensione soggettiva normativa gli organi amministrativi delle imprese societarie ed Enti assimilati — più ampia in quello fiscale, astrattamente riferibile ad ogni contribuente, ancorché non imprenditore o normativamente assimilato.

¹⁰⁹ Tale considerazione induce peraltro a richiamare e ad uniformarsi alla condivisibile, consolidata giurisprudenza di legittimità secondo la quale «*In presenza della clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato", la maggiore o minore gravità dei reati concorrenti presuppone che entrambi siano posti a tutela dello stesso bene*

Con una seconda pronuncia¹¹⁰ la Corte è pervenuta allo stesso risultato, individuando un **rapporto di specialità reciproca tra le fattispecie incriminatrici**, senza riferire però alcun significato dirimente ai diversi beni giuridici¹¹¹(che, in teoria, potrebbero essere anche omogenei) né al loro contingente convergere sul medesimo avvenimento concreto; decisiva, infatti, è solo la verifica dell'esistenza tra di esse di un **rapporto di specialità in astratto**.

Secondo la Cassazione va escluso che il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte rimanga assorbito nel delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, sia svolgendo un confronto strutturale tra le fattispecie, sia considerando che, stando all'id *quod plerumque accidit*, la sottrazione al pagamento delle imposte può essere il momento di una complessa strategia distrattiva, volta consapevolmente a danneggiare chi sui beni sottratti avrebbe titolo per soddisfarsi (cfr. Sez. 5, n. 42156 del 29 settembre 2011, Borsano, Rv. 251698). Proprio il carattere "eventuale" che contrassegna tale situazione è indicativo del fatto che un simile indirizzo ricorre in realtà al criterio della c.d. specialità in concreto, **facendo dipendere dalla convergenza delle due norme sul medesimo fatto storico l'instaurarsi di un nesso di specialità tra esse**. In ogni caso, dalla comparazione strutturale delle fattispecie emerge, invece, una chiara diversità nella **soggettività** dell'illecito fallimentare rispetto a quello tributario (dal primo possono infatti essere raggiunti soltanto gli imprenditori falliti, dal secondo invece tutti i contribuenti) e una altrettanto chiara diversità dell'**elemento psicologico** nell'uno e nell'altro reato (il dolo è infatti generico nella bancarotta fraudolenta per distrazione, specifico nella sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte). Elementi che dimostrano il porsi le due norme in **rapporto di specialità reciproca** tra loro: speciale è infatti tanto l'oggetto del dolo della norma tributaria rispetto a quella fallimentare, quanto lo spettro dei destinatari di quest'ultima rispetto alla prima (in senso conforme, Sez. 3, n. 3538/2016 del 20 novembre 2015, Cepparo, e Sez. 5, n. 1843 del 10 novembre 2011, Mazzieri).

Come si diceva, però, il contingente convergere delle fattispecie incriminatrici in analisi sul medesimo avvenimento concreto (*idem factum* storico), suscettibili di risolversi in un'evenienza di **concorso formale**, non è fatto insolito, né insignificante in altra prospettiva processuale. Tale evenienza **preclude la praticabilità**, al di fuori di un simultaneo processo, **di un diverso e separato processo per il diverso reato in concorso formale**, tenuto conto dell'insegnamento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 200/2016¹¹².

giuridico» (in questo senso da ultimo, Cass. Pen., Sez. 2, n. 25363 del 15/05/2015, Belleri, Rv. 265045; nello stesso senso Cass. n. 36365/2013 e n. 6250/2004).

¹¹⁰ Cass pen., Sez. 5, 35591/2017.

¹¹¹ Nel decidere tra concorso apparente di norme o concorso formale (o materiale) di reati ha ribadito il consolidato orientamento che esclude che possano operare o criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 c.p., il quale è unicamente incentrato sulla **comparazione della struttura astratta** delle fattispecie al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra norme effettuata dal legislatore (*ex multis* e più di recente Sez. Un., n. 20664 del 23 febbraio 2017, Stalla ed altri, Rv. 269668). Ne discende non solo l'estromissione dei criteri valoriali della sussidiarietà e della consunzione da quelli legittimamente impiegabili nella valutazione in considerazione, in quanto intrinsecamente ambigui e fondati su considerazioni arbitrarie che finirebbero per assegnare al giudice una discrezionalità esorbitante e contraria al principio di legalità (*ex multis* Sez. Un., n. 47164 del 20 dicembre 2005, Marino, Rv. 232302-4), ma anche del criterio della c.d. specialità in concreto, che ammette il concorso apparente di norme laddove queste concorrano a sanzionare il medesimo fatto o gruppo di fatti storici (e ciò per l'assorbente considerazione per la quale non ha senso far dipendere da un fatto concreto l'instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra due norme: la specialità o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto - cfr. in motivazione Sez. Un. n. 1963 del 21 gennaio 2011, Di Lorenzo). **Non rileva quindi né la omogeneità dei beni giuridici** tutelati dalle diverse fattispecie incriminatrici, **né il loro contingente convergere sul medesimo avvenimento concreto**. È invece decisivo che sussista tra di esse un rapporto di specialità in astratto, tale per cui, dal loro confronto strutturale, emerga che l'una contiene gli stessi elementi dell'altra ad eccezione di alcuni, presenti in una soltanto e perciò detti "specializzanti".

¹¹² La Corte Costituzionale, come si ricordava in apertura, ha sottolineato che l'**identità del "fatto"** rilevante ai fini dell'art. 649 c.p., secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655), rileva «quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi

Per effetto della anzidetta pronuncia di illegittimità costituzionale, l'autorità giudiziaria è ora tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione; a tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi i quali la **natura del reato, il bene giuridico tutelato e l'evento in senso giuridico**. Sulla base della triade **condotta-nesso causale-evento naturalistico**, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica ovvero che il fatto già giudicato era nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze.

Con riferimento alle fattispecie penali in analisi — innocuizzati i profili strutturali della diversità della soggettività attiva e dell'elemento soggettivo — dopo il passaggio in giudicato della pronuncia che definisca il primo reato, non sembrano profilarsi molte possibilità alla celebrazione del processo dell'ulteriore reato in concorso formale, ove quest'ultimo sia autentico (possibile nel caso di bancarotta per distrazione, più problematica nelle altre conformazioni dei reati fallimentari) .

—1.2. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta documentale e la fattispecie tributaria dell'occultamento e della distruzione di documenti fiscali ex art. 10 d.lgs. n. 74/2000.

Non si individuano **aree di interferenza** nel caso in cui a fronte del reato fiscale previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 74/2000 la bancarotta documentale sia realizzata in virtù dell'**omessa tenuta dei libri contabili**¹¹³. Infatti, la condotta sanzionata dall'art. 10 cit. «è indubitatamente solo quella, espressamente contemplata dalla norma, di occultamento o distruzione delle scritture contabili obbligatorie e non anche quella della loro mancata tenuta, espressamente sanzionata in via meramente amministrativa dall' art. 9 del d. lgs. n. 471 del 1997, sicché va ribadito quanto sul punto già affermato da Sez. 3, n. 38224 del 07/10/2010, P.M. in proc. Di Venti, Rv. 248571 secondo cui la fattispecie criminosa dell'art. 10 cit. presuppone appunto l'istituzione della documentazione contabile»¹¹⁴.

Parimenti, l'area di sovrapposizione è assai limitata nel caso di **bancarotta documentale cd. generica** (art. 216, comma 1, n. 2, seconda parte, R.D. n. 267/42) realizzata nella forma della tenuta dei libri o delle scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. La fattispecie fallimentare è integrata in presenza di inattendibilità fraudolentemente provocata di scritture effettivamente esistenti, anche per omesso aggiornamento, condotta provvista di necessarie connotazioni modali¹¹⁵.

L'area di **interferenza** con il reato tributario è estesa, invece, per la **bancarotta documentale cd. specifica** nelle forme della sottrazione o della distruzione dei libri e delle scritture contabili. Prevalente è l'opinione che assume l'esistenza di un rapporto di specialità reciproca tra i delitti in esame. Le figure di reato si distinguono per la specificità del **soggetto**

costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008)»; senza che oltre alla **dimensione storico-naturalistica** del fatto possa aggiungersi quella giuridica, celando un criterio di giudizio legato all'idem legale. È in questi termini che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale, con affermazione sicura a favore dell'**idem factum**, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di **condotta, nesso di causalità ed evento naturalistico** (che non rileva in termini giuridici, ma **quale modificazione della realtà materiale** conseguente all'azione o all'omissione dell'agente).

¹¹³ Cass. Pen., Sez. 5, n. 11279 del 16/02/2010 Ud., dep. 24/03/2010, Acciuolo, Rv. 246370.

¹¹⁴ Cass. Pen., Sez. 3, n. 38375 del 09/07/2015 Ud., dep. 22/09/2015, Lazzeri, Rv. 264761.

¹¹⁵ Cass. Pen., Sez. 5, n. 36823 del 22.6.2016 Ud., dep. 05/09/2016; Id., n. 11115 del 22/01/2015 Cc., dep. 16/03/2015.

erariale e per l'**oggetto materiale**, quanto al delitto tributario, mentre la condizione di un imprenditore dichiarato fallito e le aspettative dei suoi creditori nel riparto dell'attivo caratterizzano l'ipotesi penale fallimentare. Minoritaria l'opinione che il reato tributario sia assorbito da quello fallimentare¹¹⁶.

Come detto, per la Corte di Cassazione¹¹⁷ assume valenza dirimente la diversità dell'**oggetto materiale**.

Nel caso della **bancarotta fraudolenta documentale**, l'oggetto materiale può essere rappresentato da qualsiasi documento contabile, relativo alla vita dell'impresa, dal quale sia possibile conoscere i tratti della sua gestione. Oltre ai documenti indicati nell' art. 2214 c.c. (ovvero i libri obbligatori previsti dal primo comma, quali il libro giornale e il libro degli inventari, ovvero le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa, da tenere in modo ordinato assieme alle lettere, alle fatture e ai telegrammi sia spediti che ricevuti, secondo la previsione del secondo comma), rilevano *anche le scritture facoltative* e tutti i documenti che possono giovare, in mancanza o ad integrazione della contabilità legale, alla ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, con esclusione delle sole scritture del tutto inidonee a tal fine. Integra il delitto in esame anche la dolosa dispersione di semplici brogliacci, quaderni o note aziendali¹¹⁸, ovvero il mancato rinvenimento dei partitari¹¹⁹. Non costituiscono oggetto materiale del delitto di bancarotta fraudolenta documentale i libri sociali specificamente disciplinati dall' art. 2421 cod. civ., che rappresentano fatti relativi all'organizzazione interna dell'impresa e non il possibile tramite della ricostruzione del movimento degli affari, salvo che la loro falsificazione incida direttamente ed immediatamente sulla rappresentazione contabile *dei fatti di gestione*¹²⁰. Ne deriva che la falsificazione del verbale del consiglio di amministrazione (previsto dall'art. 2421, comma 1, n. 4, c.c. concernente i libri sociali) non integra il reato fallimentare in esame, salvo il caso di incidenza diretta sull'alterazione del quadro contabile. Parimenti è escluso che il *bilancio* sia una scrittura contabile, costituendo, piuttosto, la rappresentazione delle risultanze delle scritture contabili (in particolare la situazione patrimoniale e finanziaria della società oltre al risultato economico), considerando, inoltre, che la sua acquisizione presso l'organo deputato a riceverne il deposito non costituisce attività di particolare difficoltà tale da determinare l'esistenza del reato di bancarotta fraudolenta documentale¹²¹. L' art. 2214 c.c., infatti, non lo menziona le scritture previste dal secondo comma e l'art. 2217 c.c., nel prevedere che il bilancio si pone a chiusura dell'inventario, come il conto dei profitti e delle perdite, lo distingue da esso.

Per il **delitto tributario** ex art. 10 d.lgs. n. 74/2000 l'oggetto materiale è rappresentato dalle «*scritture contabili o i documenti di cui è obbligatoria la conservazione, in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume d'affari*». Tenuto conto della ratio della norma (garantire l'esatto adempimento delle obbligazioni tributarie), la norma rimanda implicitamente a quelle **scritture contabili e a quei documenti che**, alla stregua di altre norme, **devono essere obbligatoriamente conservate in quanto provviste di rilievo sotto il profilo fiscale**¹²².

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. 6, 02/04/2001, n. 13116. Subito dopo il varo dell'art. 10 d.lgs. n. 74/2000, la condotta prevista dal delitto tributario doveva ritenersi assorbita in quella di bancarotta fraudolenta documentale, la punibilità del primo essendo subordinata all'ipotesi che il fatto non costituisse più grave reato.

¹¹⁷ Cfr. Cass. Pen., n. 18927/2017.

¹¹⁸ Cass. Pen., Sez. 5, n. 7165 del 29/01/1977 Ud., dep. 03/06/1977, Rv. 136073.

¹¹⁹ Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 22593 del 20/04/2012 Ud., dep. 11/06/2012, Rv. 252973.

¹²⁰ Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 182 del 23/11/2006 Ud., dep. 09/01/2007, Rv. 236045.

¹²¹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 25438/2012; Id., 4 ottobre 2016, n. 47683; Id., 17 marzo 2017, n. 13072.

¹²² Come ricorda la Corte di Cassazione (Sez. 3, n. 36624 del 18/07/2012 Cc., dep. 21/09/2012, Rv. 253364) «è per tale ragione, dunque, che ai fini della individuazione di tali documenti debba guardarsi al **d.P.R. 29 settembre 1973, n.**

La Corte di Cassazione¹²³, inoltre, rimarca come l'impossibilità di ricostruire l'ammontare dei redditi o il volume degli affari, intesa come impossibilità di accertare il risultato economico di quelle (sole) operazioni connesse alla documentazione (obbligatoria, di rilievo fiscale) occultata o distrutta, non esaurisca l'*evento lesivo degli interessi dei creditori* tipizzato in seno alla fattispecie penale fallimentare in esame, quest'ultimo potendosi rivelare in rapporto all'intero corredo documentale, ivi comprese le scritture meramente facoltative. Inoltre, nell'ipotesi della bancarotta fraudolenta documentale cd. specifica, il *dolo* è connotato dalla «*specifica volontà di procurare a sé o ad altro ingiusto profitto o, alternativamente di recare pregiudizio ai creditori, finalità non presente nella fattispecie fiscale*».

—1.3. Il concorso tra la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74/2000) e i reati fallimentari della causazione del fallimento mediante operazioni dolose, della bancarotta fraudolenta patrimoniale e della bancarotta documentale documentale.

La giurisprudenza di legittimità ritiene configurabile il concorso tra il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ex art. 2 d.lgs. n. 74/2000 e quello di bancarotta impropria mediante **operazioni dolose** previsto dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall. Il principio è stata affermato, in particolare, in relazione a fattispecie in cui l'evasione dell'imposta aveva determinato l'insorgenza di consistenti debiti a carico della società amministrata, dovuti a sanzioni, interessi ed oneri accessori, oltre all'IVA, con conseguente incapacità della predetta società di fare fronte alle proprie obbligazioni e conseguente fallimento della stessa¹²⁴.

600 recante, infatti, "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi" e, in particolare, all'art. 22 dello stesso, ove si specifica, al comma secondo, che «le scritture contabili obbligatorie ai sensi del presente decreto, di altre leggi tributarie, del codice civile o di leggi speciali devono essere conservate fino a quando non siano definiti gli accertamenti relativi al corrispondente periodo d'imposta anche oltre il termine stabilito dall'art. 2220 del codice civile o da altre leggi tributarie, salvo il disposto dell'articolo 2457 del detto codice...» e, al comma terzo, che «fino allo stesso termine di cui al precedente comma devono essere conservati ordinatamente, per ciascun affare, gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute e le copie delle lettere e dei telegrammi spediti e delle fatture emesse». Inoltre, «quanto alle scritture contabili obbligatorie, il comma secondo rimanda [...], a propria volta, tra le altre disposizioni normative, al codice civile; ne deriva, dunque, che, in forza dell'art. 2214 c.c., da intendersi, per quanto appena detto, richiamato 3 dal comma 2 dell'art. 22 del D.p.r. n. 600 del 1973, tra le scritture contabili obbligatorie devono ritenersi rientrare, oltre che, a norma del comma 1, «il libro giornale e il libro degli inventari», anche, a norma del comma 2, «le altre scritture che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa».

¹²³ Sentenza n. 18927/17.

¹²⁴ Cass. Pen., Sez. 5, n. 43976 del 14/07/2017 Ud., dep. 22/09/2017, Rv. 271612 – 01. Ha osservato la Cassazione che, poiché il diritto penale prende in considerazione comportamenti umani, se ed in quanto produttivi di conseguenze giuridiche, la "stessa materia", di cui all'art. 15 cit., non può essere data che da condotte umane produttive di un determinato evento (inteso in senso naturalistico o giuridico), sanzionate dal diritto (non solo penale). Per aversi "stessa materia" occorre che la condotta sia unica e che non abbia determinato più di un evento. Il principio di specialità (e gli analoghi principi di sussidiarietà e di consunzione, pure elaborati dalla dottrina al medesimo fine) è diretto ad evitare, infatti, che un soggetto sia punito più volte per lo stesso fatto sulla base di norme diverse, quando già una di esse è sufficiente ad esprimere il disvalore del fatto illecito (principio del *ne bis in idem* sostanziale). Per quanto sopra, allorché l'attività posta in essere dagli imputati si sia concretizzata nella evasione dell'imposta ma ha avuto come conseguenza l'insorgenza di consistenti debiti a carico della società amministrata per sanzioni, interessi ed oneri accessori (oltre che per l'IVA), da cui è derivata l'incapacità, per la società, di far fronte alle proprie obbligazioni e il fallimento. L'attività si connota di illiceità, quindi, in due direzioni: verso il Fisco - a cui sono stati sottratti i proventi cui aveva diritto - e verso i creditori sociali, esposti alle conseguenze di un fallimento annunciato. Gli eventi determinati dalla condotta degli imputati sono pertanto due (l'evasione dell'imposta e il fallimento), sicché già per questo è da escludere che ricorra, nella specie, una ipotesi di concorso apparente di norme. Dubbia è peraltro che ricorra una medesima azione (che lascerebbe comunque aperta la strada del concorso formale), venendo in rilievo pluralità di azioni di diversa natura, poste in essere in tempi e contesti diversi: l'indicazione, nelle dichiarazioni presentate periodicamente ai fini IVA, di elementi passivi fittizi (reato istantaneo e formale: art. 2 d.lgs. 74/2000); la causazione del dissesto, attuata mediante una serie combinata di

Il reato tributario in analisi può porsi in rapporto di concorso reale con i reati di **bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale**.

Secondo la Suprema Corte¹²⁵ la diminuzione illecita del patrimonio del debitore può avvenire non solo attraverso la sottrazione di attività, ma anche "gonfiando" le passività, in modo da assottigliare la quota di garanzia disponibile per i creditori, condotta che si verifica tutte le volte in cui, in relazione allo stato patrimoniale del soggetto fallito, si fanno apparire debiti od obblighi che, in realtà, non esistono, trattandosi di operazioni mediante le quali viene sottratta o distratta la quota di patrimonio corrispondente al debito fittizio¹²⁶, con conseguente pregiudizio del ceto creditorio alla veridica indicazione del passivo¹²⁷. E' il caso dell'esposizione di passività inesistenti, realizzata attraverso l'inserimento nelle scritture contabili di fatture false passive, riguardanti prestazioni in realtà mai ricevute dalla società fallita, essendo inesistenti i soggetti che nelle suddette fatture apparivano come fornitori, che consente di configurare il delitto di cui alla **L. Fall., art. 216, comma 1, n. 1)**. Tale reato risulta consumato con la registrazione di inesistenti costi sostenuti dalla società fallita, destinata a dissimulare la destinazione illecita data ad attività già sottratte¹²⁸, senza che sia necessario dimostrare, ai fini dell'integrazione degli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa, la destinazione effettiva di tali attività.

Inoltre è configurabile il **delitto di bancarotta fraudolenta documentale** di cui alla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 2). Il bene giuridico protetto da tale fattispecie penale non è circoscritto alla mera informazione sulle vicende patrimoniali e contabili dell'impresa, concernendo, piuttosto, una conoscenza di tali vicende, documentata e giuridicamente utile, in relazione all'interesse dei creditori ad apprendere nei loro termini reali le vicende e la consistenza del patrimonio della società destinato a soddisfare le loro ragioni (c.d. ostensibilità della situazione patrimoniale del debitore)¹²⁹. Bene giuridico vulnerato in caso di assoluta inattendibilità dei dati di bilancio e delle poste della contabilità con impedimento della ricostruzione facile e completa del patrimonio ed il movimento di affari della società. Il reato di bancarotta fraudolenta documentale sussiste peraltro non solo quando la ricostruzione del patrimonio si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute, ma anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza¹³⁰. Premesso, inoltre, che l'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale può essere realizzata anche a mezzo di false registrazioni nei libri e nelle scritture contabili¹³¹, tale reato può concorrere con quello di bancarotta fraudolenta documentale¹³², così come, stante la differenza dei beni giuridici protetti, è possibile configurare il concorso formale tra i reati in materia fallimentare ed il reato fiscale¹³³.

azioni, avviata con la costituzione delle società cartiere e proseguita con l'interposizione delle stesse negli acquisti, con la fatturazione a carico della società interposta, con la vendita dei veicoli alle società commerciali e, da ultimo, con le false dichiarazioni fiscali (condotte all'origine del fallimento). Il reato di cui all'art. 2 cit. non esaurisce, pertanto, il disvalore penale della condotta, che è possibile apprezzare (e sanzionare) nella sua totalità solo facendo (altresì) applicazione delle norme sulla bancarotta impropria; il che porta ad escludere che ricorra, nella specie, una ipotesi di concorso apparente di norme.

¹²⁵ Cass. 12427/14.

¹²⁶ Cass. Pen., Sez. 5, 20.4.2007, n. 29336, rv. 237255.

¹²⁷ Cass., Sez. un., 27.1.2011, n. 21039, rv. 249669.

¹²⁸ Cass. Pen., sez. 5, n. 29336, rv. 237255.

¹²⁹ Ex plurimis, Cass. Pen., sez. 5, 18/05/2005, n. 24333, rv.232212; Cass., sez. un., 27/01/2011, n. 21039, rv. 249669

¹³⁰ Ex plurimis, Cass. Pen., Sez. 5, 19/04/2010, n. 21588, rv. 247965; Cass., sez. V, 18/05/2005, n. 24333, rv.232212.

¹³¹ Cass. Pen., Sez. 5, 26/10/2004, n. 45431, rv. 230353.

¹³² Cass. Pen., Sez. 5, 20.4.2007, n. 29336, rv. 237255)

¹³³ Cass. Pen., Sez. 5, 26/10/2004, n. 45431, rv. 230353; Id., 25.11.1998, n. 1842, rv. 212352; Id., 1/7/1993, n. 7177.

— 1.4. Il concorso tra il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti e la bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Secondo la Corte di Cassazione¹³⁴ il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è integrato dalla condotta della sovrapproduzione con restituzione all'utilizzatore di parte del prezzo pagato. Infatti, anche il temporaneo ingresso nel patrimonio della fallita di beni che, in forza di un patto illecito, vengano restituiti al dante causa, determina un incremento dello stesso che espande le garanzie dei creditori; la restituzione costituisce atto ingiustificato idoneo ad integrare la condotta di distrazione. Per contro, non può sussistere distrazione laddove alla fatturazione per operazioni inesistenti non segua l'effettivo pagamento da parte dell'utilizzatore delle fatture che preclude la successiva restituzione delle somme ricevute.

—1.5. Il concorso tra i reati di omesso versamento (artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater d.lgs. n. 74/2000) e il reato di causazione del fallimento mediante operazioni dolose.

Le argomentazioni anticipate al punto che precede sono riproponibili in maniera pertinenti a conforto della configurabilità del concorso reale tra il reato di bancarotta impropria mediante operazioni dolose previsto dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall. e i reati tributari di omesso versamento (art. 10 bis, 10 ter e 10 quater d.lgs. n. 74/2000) .

Procedendo con il raffronto strutturale delle fattispecie e appuntandosi sui profili differenziali, è agevole notare che le operazioni dolose rilevanti ai fini della fattispecie penale fallimentare **non integrano necessariamente fatti di reato**¹³⁵; esse, infatti, *«attengono alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa»*. Inoltre, esse *«postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato*¹³⁶. In proposito, *«la valutazione degli abusi di gestione o dell'infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo concretizzanti tali operazioni non può essere assunta in via generale ed astratta, ma dipende dal rilievo dei peculiari doveri statutari, dalla tipologia dell'organismo societario e dalla situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie»*¹³⁷.

Sempre in punto di elemento materiale, inoltre, è richiesto che le operazioni dolose dalle quali derivi il fallimento di una società comportino un **depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa**, non semplicemente una diminuzione dell'attivo *stricto sensu*, da intendere in senso algebrico¹³⁸.

La fattispecie ex art. 223, comma 2, n. 2, L.F. trova applicazione anche quando la condotta **abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente**, con una nozione di

¹³⁴ Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 51248/2014.

¹³⁵ Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 6992 del 08/04/1988 Ud., dep. 16/06/1988, Rv. 178604.

¹³⁶ Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 47621 del 25/09/2014 Ud., dep. 18/11/2014, Rv. 261684; Id. n. 17408 del 12/12/2013 Ud., dep. 18/04/2014, Rv. 259998; Id., n. 17690 del 18/02/2010, Rv. 247316.

¹³⁷ Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, Rv 247313.

¹³⁸ E' il caso di una serie di operazioni che non comportino una immediata diminuzione del patrimonio di una società, per essere il bene ceduto ad un congruo prezzo di mercato, ma ne derivino in ogni caso l'aggravamento di un dissesto già in atto e l'indefettibile fallimento. Ovvero, di una società che venda a prezzo di mercato un bene immobile costituente l'unico ramo d'azienda di una società e che, pur se seguita dall'effettivo conseguimento del corrispettivo, aveva tuttavia privato l'impresa della possibilità di svolgere l'attività per cui era stata costituita (così Sez. 5, Sentenza n. 40998 del 20/05/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 262189).

aggravamento da intendersi «globalmente e non già con riferimento a singole situazioni debitorie»¹³⁹, ovvero con riferimento alla **situazione effettivamente concretizzatasi al momento della formale apertura della procedura concorsuale**¹⁴⁰. Infatti, ai fini della configurabilità del reato in esame, «non interrompono il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento, costituito dal fallimento della società, né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente del dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 cod. pen., né il fatto che l'operazione dolosa in questione abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto, poiché la **nozione di fallimento, collegata al fatto storico della sentenza che lo dichiara**, è ben distinta da quella di dissesto, la quale ha natura economica ed implica un fenomeno in sé reversibile»¹⁴¹.

In merito all'**elemento soggettivo**, secondo gli approdi più recenti¹⁴² il **fallimento determinato da operazioni dolose**, si sostanzia in un'eccezionale ipotesi di **fattispecie a sfondo preterintenzionale**. In tal senso, è necessaria la **consapevolezza e volontà dell'amministratore della complessa azione arrecante pregiudizio patrimoniale, nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i propri doveri a fronte degli interessi della società**¹⁴³, nonché l'**astratta prevedibilità dell'evento di dissesto quale effetto dell'azione antidoverosa**. Per contro, **non sono necessarie la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare**¹⁴⁴. In tema di

¹³⁹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 19806 del 28/03/2003, Negro, Rv 224947.

¹⁴⁰ Di recente, la Cassazione (sent. n. 15613/2015) ha ribadito il consolidato orientamento secondo il quale il reato in questione sussiste anche nell'ipotesi in cui la **condotta abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 19806 del 28 marzo 2003, Negro ed altri, Rv. 224947; Id., n. 17690 del 18 febbraio 2010, Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a. e altri, Rv. 247316; Id., n. 8413/14 del 16 ottobre 2013, Besurga, Rv. 259051; Id., n. 17021 del 11 gennaio 2013, Garuti e altro, Rv. 255090). Ha notato la Corte: «La L. Fall., art. 223 al pari dell'art. 216, già contiene il riferimento testuale alla dichiarazione giudiziale di fallimento, in assenza della quale i fatti incriminati dal medesimo articolo in entrambi i suoi commi non assumono rilevanza penale ai sensi del R.D. n. 267 del 1942, talché la duplicazione del riferimento al fallimento in senso formale non avrebbe senso alcuno». Del resto, «non è possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento (o altro provvedimento equipollente). E' dunque ovvio che con la formula impegnata nella disposizione di cui si tratta il legislatore ha voluto fare riferimento al **fallimento in senso sostanziale e cioè alla situazione obiettiva di dissesto nella quale la società si viene a trovare per effetto delle operazioni poste in essere dal suo ceto gestorio**. In tal senso la situazione che viene in conto è il **dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale**, rimanendo dunque irrilevante che al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti già fosse in atto una situazione di dissesto sulla quale la medesima condotta incide solo aggravandola».

¹⁴¹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 8413 del 16/10/2013, Rv 259051; Id., n. 8413 del 16/10/2013 Ud., dep. 21/02/2014, Rv. 259051; Id. n. 40998 del 20/05/2014 Ud., dep. 02/10/2014, Rv. 262189. Analizzando in parallelo le previsioni di cui dell'art. 223, comma 2, nn. 1 e 2, L.Fall., la Corte di Cassazione rimarca che la **prima ipotesi** conferisce rilievo a **condotte che abbiano cagionato, ovvero concorso a cagionare il dissesto della società**, mentre **nella seconda non si ha riguardo al dissesto bensì al fallimento**. Quest'ultima nozione giuridica, da ricollegare al **fatto storico di una pronuncia che lo abbia dichiarato**, «deve perciò ben distinguersi dal dissesto, nozione economica da intendersi in senso dinamico e dunque misurabile perché suscettibile di aggravamenti o miglioramenti nel corso del tempo: ne deriva **che eventuali operazioni dolose che abbiano aggravato un dissesto già esistente, ma senza le quali il fallimento non si sarebbe prodotto (qualora le difficoltà in cui la società versava fossero state ancora reversibili), ben possono assumere rilievo penale**».

¹⁴² Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 38728 del 03/04/2014 Ud., dep. 23/09/2014, Rv. 262207.

¹⁴³ Cass. Pen., Sez. 5, n. 17690 del 18.2.2010, rv. 247315.

¹⁴⁴ Fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto correttamente affermata la **responsabilità, ex art. 223, comma secondo, n. 2., l. fall.**, nei confronti dell'amministratore che aveva realizzato le seguenti operazioni: - **accensione di un ingente mutuo, al fine dichiarato del consolidamento di posizione debitoria nei confronti di due istituti di credito, che, singolarmente, prestavano onerose fideiussioni bancarie a garanzia dello stesso finanziamento**; - **il pagamento delle sole due prime rate del piano di ammortamento, nonostante la società avesse liquidità per farvi fronte**; - **la custodia, assolutamente imprudente ed irragionevole, di tali liquidità non già in banca, bensì nella cassaforte della sede sociale ed il successivo furto delle stesse ad opera di ignoti**. Tali condotte venivano ritenute integrare la nozione di **operazioni dolose**, caratterizzate da **abusività degli elementari doveri inerenti alla qualità di amministratore**. Inoltre, è stato ritenuto che tali **dolose condotte avevano causato il dissesto della società**, le cui condizioni economiche, peraltro, erano tutt'altro che floride, avendo presentato, nelle ultime annualità, bilanci sempre in perdita. In piena coerenza con quanto in precedenza affermato, in ordine all'irrilevanza delle illiceità delle dette condotte sotto il

bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto della società, poiché il fallimento non deve necessariamente e intenzionalmente essere voluto quale conseguenza della condotta, non sussiste contrasto logico tra compimento di operazioni dolose (come l'emissione di fatture per operazioni inesistenti e le false comunicazioni sociali), per effetto delle quali sia stato cagionato il fallimento, e interesse alla società poi fallita, stante la diversità concettuale tra l'elemento psicologico delle predette operazioni e il rapporto causale con il fallimento. Può coesistere, infatti, la mera consapevolezza di quest'ultimo quale possibile esito (anche) della propria condotta, e quindi l'assunzione del relativo rischio, con un soggettivo interesse ad esiti meno infausti¹⁴⁵.

In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione di operazione dolosa data al protratto, esteso e sistematico inadempimento delle obbligazioni contributive, che, *aumentando ingiustificatamente l'esposizione nei confronti degli enti previdenziali*, anche in ragione dell'inevitabile carico sanzionatorio, rende, proprio per l'ampiezza del fenomeno e la sua sistematicità, *prevedibile il conseguente dissesto della società*. L'idoneità della condotta a ledere interessi ulteriori non elide la sussumibilità della prima nella fattispecie in analisi, quante volte essa comunque si traduca un *abuso gestionale* o in una *infedeltà alla quale si accompagni l'indebita diminuzione dell'asse attivo e la prevedibilità del dissesto*. Né il carattere omissivo della condotta impedisce la configurabilità oggettiva del reato fallimentare in analisi¹⁴⁶.

Riconoscendo il rilievo penale quale operazione dolosa ex art. 223, comma 2 n. 2, l. fall. dell'inadempimento sistematico delle obbligazioni fiscali e previdenziali frutto di una consapevole ed abusiva scelta gestionale degli amministratori attuata fin dall'inizio dell'attività societaria e protratta fino al fallimento, cui consegua un'esposizione debitoria estesa, da ultimo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24752/2018, ha dissolto anche il miope mito del beneficio societario da autofinanziamento per indebito risparmio fiscale che sovente si affaccia sul proscenio penalistico. Restare sistematicamente inottemperante ad un consistente debito fiscale e contributivo immaginando che ciò corrisponda solo a beneficio dell'impresa quale forma di autofinanziamento, infatti, descrive gli effetti di breve periodo e la ragione pratica del comportamento, ma non incrina il fondamento degli effetti nefasti di medio periodo, connessi all'indebita diminuzione dell'asse attivo ed alla prevedibilità del dissesto fallimentare per l'aumento ingiustificato dell'esposizione nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali, anche in ragione dell'inevitabile ulteriore carico sanzionatorio.

— 1.6. Il concorso tra i reati dichiarativi tributari pertinenti ricavi non dichiarati e la bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Come ha notato la Corte di Cassazione¹⁴⁷, la manomissione del capitale attuata mediante l'illegale **distribuzione di somme di denaro corrispondenti a utili "in nero"**, ancorché essi rappresentino il profitto effettivo della gestione, integra la bancarotta fraudolenta patrimoniale: sebbene l'utile non costituisca di per sé l'oggetto materiale della condotta di distrazione fraudolenta, essendo di spettanza dei soci e non della società, quando la sua assegnazione avvenga **senza la prededuzione dell'onere tributario** e della conseguente penalità tributaria (che sorge al momento della erogazione della ricchezza), si riscontra **manomissione della ricchezza sociale** poiché la distribuzione eccede quanto di

profilo civilistico, è stato correttamente ritenuto irrilevante l'esito positivo del giudizio civile di responsabilità a carico dell'odierno ricorrente, posto che la prospettiva penalistica risponde a logiche diverse.

¹⁴⁵ Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 3942 del 13/12/2007 Ud., dep. 24/01/2008, Rv. 238367.

¹⁴⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 3506 del 23/02/1995, Barducco, Rv. 201057; Id., n. 29586 del 15/05/2014 Ud., dep. 07/07/2014, Rv. 260492; Id., n. 12426 del 29/11/2013 Ud., dep. 17/03/2014, Rv. 259997.

¹⁴⁷ Cass. Pen., Sez. 5, n. 14522 del 14/11/2016 Ud. (dep. 24/03/2017) Rv. 269593 – 01.

pertinenza dei soci¹⁴⁸. Non può dirsi, dunque, che la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale non sarebbe integrabile in caso di mera sottrazione di "utili", poiché la condotta non avrebbe riguarderebbe "beni": infatti, i ricavi della società rappresentano anch'essi "beni" sociali, costituendo le risorse finanziarie che rendono possibile, al pari dei "beni" strumentali, l'attività della società. Dalla ripartizione di utili dichiarati resta nettamente distinta la percezione di ricavi 'in nero', non dichiarati, distratti dal patrimonio sociale per fini esclusivamente personali.

§. 2. Reati fallimentari e reati patrimoniali.

—2. 1. Bancarotta distrattiva dei proventi delittuosi e truffa.

In merito ai rapporti tra il reato di truffa e la bancarotta distrattiva prefallimentare relativa ad utilità conseguite attraverso l'artificiosa prospettazione delle condizioni, patrimoniali e finanziarie, della società beneficiata è stata riconosciuta l'esistenza di un concorso reale tra le fattispecie penali escludendo una relazione di continenza tra fattispecie. In particolare, in tema di reati fallimentari, è stato ritenuto che il delitto di truffa avente ad oggetto il conseguimento di finanziamenti bancari mediante falsificazione dei bilanci e di altra documentazione relativa alla situazione economico-patrimoniale di una società **non assorbe** la condotta di bancarotta successivamente realizzata dal medesimo imputato attraverso la sottrazione al ceto creditorio delle somme derivanti dall'anzidetta condotta illecita, trattandosi di fatti illeciti naturalisticamente differenziati¹⁴⁹.

La giurisprudenza di legittimità ammette, in maniera consolidata, che possano essere oggetto di distrazione anche i beni acquisiti a seguito di attività criminale¹⁵⁰. La provenienza illecita dei beni, infatti, non esclude il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale: per "beni" del fallito ex art. 216 I. fall. si intendono tutti quelli che fanno parte della sfera di disponibilità del patrimonio, indipendentemente dalla proprietà e dal modo di acquisto; pertanto, anche i beni ottenuti con sistemi illeciti quali la **truffa**¹⁵¹.

Divergenti, anche sul piano strutturale, sono le **condotte** materiali in punto di *iter* criminoso e ciò permette il concorso dei due reati: l'impresa criminale finalizzata alla realizzazione di truffe si esaurisce con l'acquisizione dei beni al patrimonio dell'impresa decotta, la distrazione degli stessi beni, suscettibile di integrare la bancarotta fraudolenta patrimoniale, è successiva e si ricollega ad una nuova ed autonoma azione¹⁵². Le condotte di distrazione rispetto alla presupposta fase acquisitiva dei proventi illeciti si pongono su di un

¹⁴⁸ Cass. Pen., Sez. 5, n. 17692 del 18/02/2009, Ferrari, Rv. 243612.

¹⁴⁹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 13399 del 08/02/2019 Cc. (dep. 27/03/2019) Rv. 275094 – 01.

¹⁵⁰ Cass. Pen., Sez. 5, n. n. 8373 del 27/09/2013 - dep. 21/02/2014, Mancinelli, Rv. 259041; Id., n. 23318 del 17/03/2004, Sparta, Rv. 228863. Siffatti principi sono stati, recentemente riaffermati della Cassazione, che ha ribadito come il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non è escluso dal fatto che i beni distratti siano pervenuti alla società, poi dichiarata fallita, con sistemi illeciti (nella specie mediante truffe), atteso che il patrimonio di una società deve ritenersi costituito anche dal prodotto di attività illecite realizzate dagli amministratori in nome e per conto della medesima, ed altresì che i beni provenienti da reato, fino a quando non siano individuati e separati dagli altri facenti parte di un determinato patrimonio, non possono considerarsi ad esso estranei (Sez. 5, n.53399 del 30/05/2018, R., Rv. 274146, N. 23318 del 2004, N. 23318 del 2004, N. 8373 del 2014, N. 8373 del 2014, N. 7814 del 1999, N. 7814 del 1999, N. 44159 del 2008, N. 44159 del 2008, N. 45332 del 2009, N. 45332 del 2009, N. 22872 del 2003, N. 22872 del 2003).

¹⁵¹ L'*iter* criminoso di quest'ultima si esaurisce con l'acquisizione dei beni al patrimonio dell'imprenditore decotto, mentre la sottrazione bancarottiera degli stessi beni a quest'ultimo è successiva e si ricollega ad una nuova ed autonoma azione, con la conseguenza che i due reati **possono concorrere**» (Cass. Pen., Sez. 5, n. 45332 del 09/10/2009, Rapisarda, Rv. 245156; Id., n. 44159 del 20/11/2008, Bausone ed altri, Rv. 241692; Id., n. 42635 del 04/10/2004, Collodo e altri, Rv. 229908; Id. n. 12068 del 08/10/1991, Geraci, Rv. 188680.

¹⁵² Cass. Pen., Sez. 5, n. 8373 del 2013, Mancinelli, Rv. 259041, cit.

piano cronologicamente distinto e progressivo nonché logicamente consequenziale, precludendo l'unitaria riconduzione delle fattispecie all'*idem factum*. Nel caso di contestata distrazione, ai sensi degli artt. 223, 216 comma 1 n.1 e n.2 l.fall., di ingenti somme di denaro, erogate alle società fallite mediante induzione in errore degli istituti di credito che avevano disposto finanziamenti all'esito di istruttorie viziate dalla falsa prospettazione e documentazione della situazione economico-patrimoniale delle società beneficiarie, utilizzate per drenare liquidità e stornarla, anche attraverso società estere, era chiara l'esistenza di due fasi: nella prima, interveniva l'erogazione di finanziamenti bancari indotti dalla falsa documentazione della situazione delle società riferibili all'indagato o dalla utilizzazione di documenti mendaci, acquisti mediante **accreditamento nelle casse sociali**; siffatte risorse, sottoposte ipso iure al vincolo di destinazione di cui all'art. 2740 cod. civ. nel momento stesso in cui accreditate sui conti sociali, erano state **successivamente prelevate e destinate a fini extrasociali**, in violazione della garanzia patrimoniale generica. Si trattava, dunque, di **condotte non solo ontologicamente distinte, l'evento dell'una** (conseguimento di ingiusto profitto con danno delle banche erogatrici tratte in errore) costituendo il **prius logico e temporalmente antecedente della posteriore consumazione dell'altra**, ma che esprimevano, nel loro complesso, **l'intenzionalità del fallimento**. Infatti, l'utilizzazione di schermi societari finalizzati a conseguire ingiuste utilità, apparentemente in favore delle medesime imprese ed invece, successivamente, deviate onde consentire un'illecita locupletazione personale esprimeva *ex se* **l'orientamento della condotta al dissesto, inevitabile** e coerente (e pertanto voluto) rispetto al mero **abuso degli enti economici interposti**¹⁵³.

—2.2. Bancarotta distrattiva ed appropriazione indebita.

Sviluppando la valutazione comparativa delle fattispecie coinvolte nella verifica, in concreto, dell'*idem factum*, la Corte di Cassazione¹⁵⁴, di recente, ha ritenuto, in termini innovativi che, alla luce dei principi sovranazionali recepiti dalla Consulta, il giudizio irrevocabile per il delitto di appropriazione indebita di beni aziendali impedisca, in ragione del divieto di "*bis in idem*", di giudicare l'imputato per il delitto di bancarotta per distrazione in relazione agli stessi beni. La dichiarazione di fallimento, che distingue il secondo reato dal primo, non è elemento idoneo a differenziare il fatto illecito naturalisticamente inteso¹⁵⁵. Dirimente per legittimare tale posizione è stata la considerazione (non incontroversa nella giurisprudenza della Cassazione) della dichiarazione di fallimento quale mera condizione obiettiva di punibilità e non elemento idoneo a differenziare il fatto illecito naturalisticamente inteso. Non assumerebbe alcun significato il fatto che la dichiarazione di fallimento attualizzi l'offesa al bene giuridico protetto (garanzia patrimoniale per i creditori), profilo inidoneo

¹⁵³ La **dichiarazione di fallimento** delle società beneficiarie aveva non solo reso punibile una condotta, compiuta in violazione dei doveri dell'imprenditore che, in assenza della predetta dichiarazione, avrebbe costituito *post factum* rispetto all'apprensione dell'ingiusto profitto e, come tale, sarebbe rimasta assorbita nell'evento del reato di cui all'art. 640 cod. pen., ma era **rientrata nello spettro delle conseguenze previste e volute**. Rilevando, in concreto, uno specifico ed ulteriore evento fallimentare; con la dichiarazione di fallimento, infatti, si era attualizzato il pericolo che l'inadempimento degli obblighi che, su diversi piani, incombono sull'imprenditore, è inteso a scongiurare, sottraendo alla garanzia dei creditori tutti, compreso l'Erario ed i dipendenti, i beni sociali. Diversa la condotta: nella truffa consistente nell'induzione in errore determinante l'atto dispositivo, nella bancarotta per distrazione, nel prelievo per fini extrasociali; diverso il danno del reato di truffa (l'entità dell'indebita prestazione erogata) rispetto al pregiudizio aggiuntivo della condotta distrattiva per il creditore (conformazione del credito secondo la partecipazione al riparto, secondo le regole della concorsualità), oltre al nocimento dell'affidabilità dei terzi. Tra i diversi fatti, contestualmente valutati nella presente fase cautelare, poteva sussistere un vincolo rilevante ex art. 81 cpv. cod. pen., in presenza di reati distinti, che trovavano una riconduzione unitaria solo in una previa ideazione strumentale e teleologicamente orientata.

¹⁵⁴ Cass. Pen., n.25651 del 15/02/2018, Pessotto, Rv. 273468.

¹⁵⁵ Cass. Pen. Sez. 5, n.25651 del 15/02/2018, Pessotto, Rv. 273468.

all'identificazione del fatto storico. La dichiarazione in discorso, infatti, non è conseguenza naturalistica dell'azione del fallito e non occorre all'identificazione del fatto¹⁵⁶.

La bancarotta fraudolenta è sì un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., ed i suoi elementi normativi descrittivi sono diversi e più ampi rispetto a quelli descrittivi dell'appropriazione, giacché nella prima assume rilevanza la pronuncia di fallimento, che manca all'altra figura di reato¹⁵⁷; tuttavia, anche ammessa la ricorrenza di un'ipotesi di concorso formale di reati¹⁵⁸, la possibilità di procedere per la bancarotta dopo la formazione del giudicato sull'appropriazione - dopo la sentenza n. 200/2016 della Corte Costituzionale sopra richiamata - era condizionata alla possibilità di riconoscere, nella bancarotta, un **fatto diverso** rispetto all'appropriazione, sulla base degli elementi identitari del reato, tradizionalmente compendiate nella **triade condotta, nesso causale, evento**. Si è ritenuto, infatti, che *"la problematica posta dall'impatto del ne bis in idem sul concorso reale di norme va risolta alla stregua dei criteri enunciati... secondo cui un nuovo giudizio è consentito solo se il fatto che si vuole punire sia, naturalisticamente inteso, diverso, e non già perché con la medesima condotta sono state violate più norme penali e offeso più interessi giuridici. Il che impedisce di far riferimento all'istituto del concorso reale di norme per dirimere la problematica posta dal sopravvenire del fallimento alla pronuncia di appropriazione"*.

Alla luce di tale impostazione, è stata sottoposta a "prova di resistenza" anche la più recente giurisprudenza di legittimità, in quanto *«essa fa leva sul fatto che appropriazione indebita e bancarotta per distrazione sono strutturalmente diverse, perché la bancarotta ha, in più, l'elemento specializzante della dichiarazione di fallimento, che "attualizza" l'offesa insita nell'appropriazione. Occorre considerare, però, che il diritto penale punisce i fatti dipendenti dall'azione o dall'omissione dell'agente; perciò, anche se nel "fatto" vanno ricompresi - secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite - le conseguenze della condotta (l'evento) e il nesso che le lega alla condotta, deve trattarsi pur sempre di elementi dipendenti dall'agire del soggetto, perché possano essergli addebitati. La dichiarazione di fallimento è, invece, per generale opinione, indipendente dalla volontà dell'agente, perché consegue all'iniziativa dei creditori o del Pubblico Ministero ed è legata alle valutazioni del Tribunale fallimentare, sicché non può essere annoverata tra gli elementi che concorrono alla identificazione del "fatto", nella accezione assunta dal giudice delle leggi e che qui rileva"*. E' stata, in proposito, richiamata la recente giurisprudenza della Cassazione¹⁵⁹, che, sviluppando consequenzialmente le premesse poste da S.U., n. 22474 del 27/9/2016, Passarelli, ha ritenuto che nella bancarotta la condotta si perfeziona con la distrazione, ma la punibilità è subordinata alla dichiarazione di fallimento; per giungere a concludere che *«se l'agente è già stato giudicato con carattere di definitività per il delitto di cui all'art. 646 cod. pen., nel caso di condanna egli sarà assoggettato alla sanzione penale stabilita dal giudice; nel caso di assoluzione, non si vede come la medesima condotta potrebbe essere contraddittoriamente valutata penalmente rilevante"*. Di talché, *"depurata... di questo elemento (id est, la dichiarazione di fallimento), la bancarotta per distrazione non si differenzia in nulla dall'appropriazione indebita (quando, beninteso, abbiano lo stesso oggetto), sicché non presenta la diversità necessaria a superare il divieto del bis in idem. La profonda diversità della bancarotta per distrazione, rispetto all'appropriazione indebita, sta, in realtà, nell'offesa che essa reca all'interesse dei creditori, per*

¹⁵⁶ La Corte di Cassazione, nel caso di specie, ha riconosciuto che non era contestata alcuna relazione causale tra la distrazione e l'evento dissesto/insolvenza della società. Per vero, non ha chiarito cosa sarebbe avvenuto se lo fosse stato, atteso che il dissesto non è un evento tipizzato in seno alla fattispecie penale della bancarotta distrattiva.

¹⁵⁷ Cass. Pen., Sez. 5, n. 37298 del 9/7/2010, Lombardo, Rv 248640; Id., n. 4404 del 18/11/2008, Rv 241887; Id., n. 37567 del 4/4/2003, Rv 228297.

¹⁵⁸ Esclusa da Cass. n. 37298/2010.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n.13910 del 9/2/2017, rv 269388 e 269389; Id. n. 4400 del 6/10/2017, Cragnotti.

la diminuzione della garanzia patrimoniale che è ad essa collegata; ma si tratta di una diversità che, stando al dictum della Corte Costituzionale, non rileva ai fini della identificazione del "fatto", perché attiene - insieme all'oggetto giuridico, alla natura dell'evento, ecc. - ad elementi della fattispecie che, per la loro opinabilità, non devono concorrere a segnare l'ambito della garanzia costituzionale e convenzionale del ne bis in idem»¹⁶⁰.

Si tratta di un **mutamento interpretativo consistente**. Infatti, in punto di incidenza del giudicato per pregresse condotte appropriative sugli stessi beni, integrative della distrazione rilevante per la bancarotta, una volta dichiarato il fallimento, l'impostazione tradizionale escludeva preclusioni rispetto al secondo giudizio, assumendo che la bancarotta inglobava la appropriazione indebita; la figura del reato complesso, o della progressione criminosa, induceva ad enucleare un fatto diverso anche in senso naturalistico. Così, l'irrevocabilità della decisione sull'imputazione di appropriazione indebita di determinati beni non veniva ritenuta produttiva di alcun effetto preclusivo in ordine al giudizio sull'imputazione di bancarotta per distrazione degli stessi beni. Le due fattispecie erano considerate strutturalmente diverse, *integrando, se consumate contestualmente, un reato complesso con assorbimento* del delitto d'appropriazione indebita in *quello di bancarotta fraudolenta, e, se realizzate in tempi diversi, un reato progressivo*, con conseguente applicazione, nel caso di specie, dell'art. 170 cod.pen.¹⁶¹.

Se l'elemento che strutturalmente differenzia il secondo reato dal primo, ossia **l'intervenuta declaratoria di fallimento**, non integra un evento del reato di bancarotta, è vero altresì che lo stesso **qualifica la fattispecie nella sua specifica offensività**, modificandola da quella limitata al patrimonio sociale, propria del reato di appropriazione indebita, alla lesività della garanzia che il patrimonio dell'imprenditore, secondo la previsione dell'art. 2740 cod. civ., offre ai creditori¹⁶², messa in pericolo dalla destinazione di componenti del patrimonio a finalità diverse da quelle inerenti all'attività imprenditoriale¹⁶³; lesività concretamente attualizzata con l'effettiva apertura della procedura concorsuale¹⁶⁴.

Muovendo da questa diversa ricostruzione, ad esempio, è stata riconosciuta¹⁶⁵ praticabile **una modifica dell'imputazione ex art. 516 c.p.p per fatto diverso**¹⁶⁶ (e non nuovo¹⁶⁷ ex art. 518 c.p.), in **sede di discussione del PM**, con il rispetto delle garanzie ex art. 519 c.p.p.¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Scartate situazioni da cui dedurre che la bancarotta rappresentava, in concreto, un fatto diverso dal reato per cui vi era stata pronuncia passata in giudicato, la Corte ha escluso che l'imputato potesse essere nuovamente sottoposto a procedimento penale, **esplorando anche il tema dei limiti del giudicato parziale in riferimento al reato complesso**, negando, anche sotto tale profilo, che ci si trovasse al cospetto di fatti diversi, in quanto *«l'unica condotta che ha dato origine ad entrambi i procedimenti era stata, prima dell'avvio del procedimento per il reato fallimentare, oggetto di accertamento in sede penale, con esito liberatorio per l'imputato, sicché su di esso si era formato il giudicato»*.

¹⁶¹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 4404 del 18/11/2008, Ricci e altri, Rv. 241887; Id., n. 37567 del 04/04/2003, Sivieri.

¹⁶² Cass. Pen., Sez. 5, n. 36629 del 05/06/2003, Longo, Rv. 227148.

¹⁶³ Cass. Pen., Sez. 5, n. 16759 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879.

¹⁶⁴ Cass. Pen., Sez. 5, n. 1354 del 07/05/2014, Daccò.

¹⁶⁵ Cass. 2295/2015,

¹⁶⁶ La nozione di fatto "diverso" andava intesa in senso materiale e naturalistico, con riferimento non solo al fatto storico che, pur integrando una diversa imputazione, resti invariato, ma anche al fatto che abbia connotati materiali parzialmente difforni da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio.

¹⁶⁷ La locuzione "fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio", di cui all'art. 518, c.p.p. concerne un accadimento del tutto difforme ed autonomo, per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento, rispetto a quello originariamente contestato (cfr. Cass; Pen., Sez. 2, n. 18868 del 10/02/2012, Osmenaj, Rv. 252822; Cass. Pen., Sez. 5, n. 10310 del 16/25/08/1998, Capano, Rv. 211477; Cass. Pen. Sez. 1, n. 9958 del 27/10/1997, Carelli ed altri).

¹⁶⁸ E' stata ritenuta legittima la contestazione in dibattimento da parte del Pubblico Ministero del reato di bancarotta fraudolenta, descrivendo nelle condotte della nuova imputazione gli assorbiti elementi costitutivi dei reati di appropriazione indebita (ascritti agli imputati originariamente con il decreto dispositivo del giudizio) ed indicando la nuova data di commissione del reato in quella corrispondente alla sentenza dichiarativa del fallimento. Il diverso fatto contestato non si collocava in rapporto di ontologica eterogeneità o incompatibilità con le originarie

La Corte di Cassazione ha ritenuto, in quelle occasioni, che i reati di appropriazione indebita e bancarotta patrimoniale, pur essendo *fattispecie tra loro strutturalmente diverse*, contengono *elementi costitutivi che danno luogo ad un reato complesso ex art. 84 cod. pen.*. Gli stessi fatti riconducibili nel reato di appropriazione indebita possono essere contestati, dopo la declaratoria di fallimento, come bancarotta¹⁶⁹. La decisione irrevocabile di estinzione per *prescrizione del delitto d'appropriazione indebita* imputato all'amministratore di una società non precluderebbe, dopo l'intervento della dichiarazione di fallimento della società, l'esercizio dell'azione penale nei confronti del predetto gestore per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione dei medesimi beni.

— 2.3. Bancarotta impropria ed insolvenza fraudolenta.

Il delitto di bancarotta impropria ex art. 223, comma 2, n. 2, l. fall. può **concorrere** con quello di insolvenza fraudolenta ex art. 641 c.p. qualora la condotta di acquisizione di obbligazioni con il proposito di non adempierle si collochi storicamente solo come antefatto di una serie di più complesse operazioni fraudolente finalizzate a causare (od aggravare) il dissesto della società fallita¹⁷⁰.

E' stato negato, in tal senso, l'assorbimento del reato di insolvenza fraudolenta in quello di bancarotta impropria, argomentato adducendo che la condotta rilevante ai sensi dell'art. 641 c.p. era "parte integrante del reato di bancarotta". Invero i fatti contestati quali fattispecie di cui all'art. 641 cod. pen., non erano gli stessi dell'imputazione di bancarotta. Il nucleo centrale delle condotte del delitto di insolvenza fraudolenta era costituito dall'acquisto di materiale da due società fornitrici con il proposito di non pagare, mentre quello del delitto di bancarotta impropria era costituito da una serie di operazioni fraudolente, sostanziatesi in un complesso meccanismo, nell'ambito del quale l'assunzione di obbligazioni non adempiute si collocava solo come antefatto. Non vi era "identità" delle condotte, potendo esse concorrere ed essere avvinte dal vincolo della continuazione ex art. 81 cod. penale. Secondo la Corte **l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione**

imputazioni, così da potersi configurare l'ipotesi di cui all'art. 518 c.p.p.; si era in presenza solo di una *modifica delle imputazioni ex art. 516 c.p.p.*, giacché le emergenze dibattimentali e la sopravvenuta dichiarazione di fallimento avevano reso necessaria una puntualizzazione della ricostruzione degli elementi essenziali del reato complesso di bancarotta patrimoniale, con i correlati suoi riferimenti spazio-temporali. Non costituiva contestazione di un fatto "nuovo" bensì di un fatto "diverso" - per il quale è ammessa la modifica dell'imputazione a norma dell'art. 516 c.p.p. - l'estensione della imputazione originaria di appropriazione indebita nella fattispecie di bancarotta fraudolenta, giacché quest'ultima si sostanzia in un reato complesso, nel quale sono assorbiti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 646 cod. penale. Quanto più specificamente al momento in cui debba essere fatta la modifica e quindi la contestazione del fatto diverso, l'art. 516 nulla dice di preciso, ma la logica processuale impone che si proceda a contestazione non appena le emergenze della istruzione dibattimentale lo impongano. Il termine finale non può essere che quello della chiusura della discussione dibattimentale non potendosi, nel silenzio del legislatore, individuare un termine nella chiusura della istruzione dibattimentale. In effetti la interruzione della discussione è fatto eccezionale ma previsto dal legislatore, il quale all'art. 523 comma 6 la consente quando vi sia la assoluta necessità di assumere nuove prove. Proprio da tali nuove prove, assunte "nel corso della istruzione dibattimentale" potrebbe derivare la necessità di contestare il fatto diverso ed il Pubblico Ministero sarebbe senza dubbio legittimato a farlo. In altri termini, dal coordinamento degli artt. 516 e 523 discende il termine finale per procedere a modifiche delle imputazioni, che non può essere quello della chiusura della istruzione dibattimentale ma quello del dibattimento (Sez. 4, n. 8959 del 28/05/1993, Festini ed altro, Rv. 195420). Peraltro, mentre non vi è alcuna ragione per anticipare detto termine, dal momento che la procedura dettata dall'art. 519 comunque garantisce pienamente i diritti delle parti, vi sono evidenti ragioni di economia processuale che militano a favore della interpretazione sopra rappresentata.

¹⁶⁹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 48743 del 29/10/2014, Flecchia, Rv. 261301; Id., n. 37298 del 09/07/2010, Lombardo e altro, Rv. 248640.

¹⁷⁰ Cass. Pen., Sez. 5, n. 18089 del 29/01/2018 Ud., dep. 24/04/2018, Rv. 273051 – 01

del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona¹⁷¹.

§. 3. Rapporti tra reati fallimentari e con il reato di autoriciclaggio: cenni.

— 3.1. Plurime condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale riferite allo stesso fallimento.

La previsione dell'art. 219, comma 2, n. 1 l. fall. ha indotto ad approfondimenti circa il profilo strutturale dei reati di bancarotta. Nei casi di plurimi fatti di bancarotta ex artt. 216, 217 e 218 l. fall., verificatisi nel contesto del medesimo fallimento, opera la continuazione fallimentare: tali reati e, strutturalmente autonomi ed indipendenti, vengono fittiziamente unificati agli effetti del regime sanzionatorio in deroga alla disciplina del cumulo giuridico. La continuazione fallimentare, infatti, funziona come un'aggravante, bilanciabile¹⁷².

In proposito, le Sezioni Unite¹⁷³ hanno aderito alla **teoria pluralista della bancarotta**, contrapposta alla ricostruzione della stessa quale reato unitario. Ad essere punito, infatti, non è il fallimento (contesto unificante) ma i singoli fatti di bancarotta, per i quali gli artt. 216 e 217 l. fall., descrivono reati contraddistinti da distinta autonomia ontologica e giuridica¹⁷⁴. La tesi dell'unitarietà, del resto, appare connotarsi per da seri inconvenienti pratici e per effetti intuitivamente iniqui: la condanna definitiva per una piccola preferenziale (ma lo stesso potrebbe dirsi in caso di assoluzione) impedirebbe la punizione per imponenti condotte distrattive tardivamente scoperte.

Dalla ricostruzione preferita, le Sezioni Unite hanno tratto rilevanti conseguenze sui doveri delle parti processuali e del giudice, alcune di sicuro rilievo ai fini del tema d'interesse.

Le conseguenze possono essere così schematizzabili: — *la contestazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto; - ogni singolo fatto deve essere oggetto di accertamento in sede di istruttoria dibattimentale; - ogni singolo fatto deve essere oggetto di un autonomo capo della decisione anche i fini dell'effetto devolutivo in sede di eventuale impugnazione; — per ogni diverso e autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione; - **la diversità ontologica dei singoli fatti, unificati fittiziamente dall'art. 219, comma 2, n. 1, L. fall., si riflette sul giudicato (nel senso che l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei detti fatti non è di ostacolo alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento) e sull'applicabilità della peculiare disciplina dell'art. 219, comma 2, n. 1, L. fall. (sostitutiva di quella di cui all'art. 81 cod. pen.) in sede esecutiva ai sensi dell' art. 671 c.p.p., nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi a un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione quoad poenam dei detti reati.***

— 3.2. Il concorso materiale tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e bancarotta impropria per operazione dolosa.

¹⁷¹ SU, n. 34655 del 28/06/2005, P.G. in proc. Donati ed altro, Rv. 23179901.

¹⁷² Cass. Pen, Sez. 5, ud. 16/09/2015, dep. 13-01-2016, n. 1106.

¹⁷³ Cass., SU, n. 21039/2011, P.M. in proc. Loy.

¹⁷⁴ Non mancano, invero, anche norme penali fallimentari a *più fattispecie alternative o fungibili* in senso formale; si pensi alla distrazione, alla dissimulazione e all'occultamento delle stesso bene in un contesto unitario. Per esse il reato mantiene struttura unitaria. Altre previsioni comprendono *molteplicità di fatti/atti in un'unica azione* (si pensi alle operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento).

La Corte di Cassazione ha ribadito, ancora di recente¹⁷⁵, i propri tradizionali approdi interpretativi in merito al rapporto tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e quella impropria da operazioni dolose, chiarendo gli spazi di possibile **concorso materiale** (non giuridico) tra i ricordati delitti.

I giudici di legittimità riconnettono **ambiti diversi** alla bancarotta fraudolenta patrimoniale ed a quella impropria da operazioni dolose¹⁷⁶. La prima postula il compimento di atti di distrazione o di dissipazione di beni societari tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; la seconda, invece, attiene a condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività, ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da **escludere il concorso formale** è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta ex art. 216 L. Fall. si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali - concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società - siano stati causa del fallimento¹⁷⁷. Tra le due fattispecie non vi è dunque alcuna interferenza, avendo le stesse ad oggetto condotte distinte¹⁷⁸.

3.3. Il concorso tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e l'autoriciclaggio.

Sole di recente i rapporti tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e l'autoriciclaggio sono venuti alla considerazione della Corte di Cassazione¹⁷⁹. In particolare sono vagliate le condizioni per configurare il reato di autoriciclaggio in relazione ad un'ipotesi di bancarotta fraudolenta distrattiva. Il caso riguardava un indagato cui si addebitava di aver ricevuto, attraverso due società, somme di denaro, fuoriuscite dalla società in concordato preventivo, successivamente impiegate nelle proprie attività commerciali. La difesa lamentava che la condotta di autoriciclaggio si risolveva in quella della bancarotta e difettava di un'attività dissimulativa ulteriore, configurandosi la causa di non punibilità di cui all'art. 648—ter.1, comma 4, c.p.

La Corte ha accolto la censura ed escluso la ricorrenza della gravità indiziaria del delitto di autoriciclaggio. In proposito ha ricordato che *«la norma sull'autoriciclaggio punisce soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica precipua di essere idonee ad «ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa»*¹⁸⁰. Si tratta di fattispecie di pericolo concreto: il Giudice penale deve valutare l'idoneità specifica della condotta posta in essere dall'agente ad impedire l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni. Poste tali premesse, i giudici di legittimità si sono domandati se possa essere sufficiente, a ritenere tale connotazione della condotta, che il denaro proveniente dalla società in concordato confluisca in realtà imprenditoriali caratterizzate da normale operatività (e che, quindi il denaro potesse essere fisiologicamente riutilizzato); ovvero se, invece, è necessario che la condotta specifica si connoti per un *quid pluris* eloquente di una particolare idoneità dissimulativa rispetto all'origine del denaro. Il Collegio ha ritenuto corretta tale seconda soluzione, affermando il seguente principio di diritto: *«In tema di autoriciclaggio di somme oggetto di distrazione fallimentare, la condotta sanzionata ex art. 648-ter 1 cod. pen. non può*

¹⁷⁵ Cass. Pen., Sez. 5, n. 24752/2018, De Mattia Rv. 273337 - 01.

¹⁷⁶ Cass. Pen., Sez. 5, n. 15613/2015, Geronzi.

¹⁷⁷ *Ex multis* Cass. Pen., Sez. 5, n. 24051/2014, Lorenzini e altro, Rv. 260142.

¹⁷⁸ Cass. Pen., n. 24752/2018, citata.

¹⁷⁹ Cass. Pen., Sez. 2, n. 8851/2019, Petricca.

¹⁸⁰ Cass. Pen. Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Babuleac e altro, Rv. 267459 – 01.

consistere nel mero trasferimento di dette somme a favore di imprese operative, ma occorre un quid pluris che denoti l'attitudine dissimulativa della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene».

La Corte di Cassazione non solo ha ritenuto necessario l'impiego in attività imprenditoriali ma anche una concreta idoneità dissimulativa della condotta; carattere non presente nella mera ricezione della somma proveniente da reato¹⁸¹. D'altro canto, ha osservato la S.C., ritenere punibile come autoriciclaggio il mero trasferimento delle somme distratte verso imprese (sul solo presupposto della fisiologica destinazione delle medesime all'operatività aziendale di queste ultime), *«finirebbe per sanzionare penalmente due volte la stessa condotta quando le somme sottratte alla garanzia patrimoniale dei creditori sociali siano dirette verso imprenditori, generando, rispetto a tale situazione specifica, un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la norma sulla bancarotta e quella ex art. 648ter.1 cod. pen.»*. La condotta di autoriciclaggio, dunque, necessita da un **segmento ulteriore rispetto alla condotta del reato presupposto**. Argomento ripreso anche da altro precedente ritenuto in termini¹⁸².

La soluzione dei giudici di legittimità appare persuasiva rispetto alla peculiare conformazione dell'operazione di autoriciclaggio venuta al suo vaglio. Forse, si sarebbe potuto dire, più nettamente, che in quanto l'autoriciclaggio presuppone l'intervento su un oggetto materiale di provenienza delittuosa non vi è spazio per configurarlo quando non segua la consumazione del reato presupposto.

Per contro, al ricorrere delle altre condizioni, deve ammettersi la configurabilità del **concorso formale tra il reato ex art. 648—ter.1. c.p. e la bancarotta fraudolenta patrimoniale** (specie quella per distrazione, dissipazione e occultamento) naturalmente allorché la provenienza delittuosa del bene (distratto, o dissipato e occultato) scaturisca da reati precedenti al reato fallimentare e su quali anche quest'ultimo si trovi ad operare. Depongono, in tal senso, la diversità dei presupposti della condotta (necessaria provenienza delittuosa del reato ex art. 648—ter.1. c.p.) della condotta (contraddistinte da modalità decettiva, non richiesta nel reato fallimentare) e della soggettività attività (più vasta quella dell'autoriciclaggio), oltre che i diversi beni giuridici; complessivamente non sembra si possa individuare, a livello di comparazione astratta, un rapporto di continenza dell'una nell'altra fattispecie penale. Si richiama in proposito la giurisprudenza di legittimità che ammette la configurabilità dei reati fallimentari anche rispetto ai beni acquisiti a seguito di attività criminale (Capitolo II, par. 2.2). Carattere irrinunciabile del condotta del reato ex art. 648

¹⁸¹ Nello stesso senso cfr. Cass. Pen., Sez. 2, n. 16908/19 ha chiarito che *«il legislatore raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono post factum non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la re-immissione nel circuito economico finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate, appunto, ad ottenere un concreto effetto dissimulativo che costituisce quel quid pluris che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile), da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile). La norma punisce quindi soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica specifica di essere idonee ad "ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Come già affermato da questa corte il legislatore richiede pertanto che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulativa, sia cioè idonea a fare ritenere che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto effettuare un impiego di qualsiasi tipo ma sempre finalizzato ad occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto (Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Rv. 267459)»*. Occorre rilevare che la Suprema Corte non ha ancora stabilizzato il proprio insegnamento (cfr. *infra* Cass. n. 13795/2019).

¹⁸² Cass. Pen., Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970 - 01, secondo cui *«il prodotto, il profitto o il prezzo dell'autoriciclaggio non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, consistendo invece nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative»*.

ter.1 c.p. è la concreta idoneità dissimulatoria rispetto all'origine delittuosa del provento¹⁸³; connotato che esclude di per sé l'esenzione da responsabilità penale, a sua volta ricollegata solo e soltanto al caso di utilizzi o godimento dei beni provento del delitto presupposto in modo diretto e senza compimento su di essi di alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

§. 4. Brevi considerazioni sulle contestazioni suppletive nei processi di bancarotta.

Il quadro di considerazioni che precede pone in rilievo come il pubblico ministero debba attentamente vagliare la ricorrenza delle condizioni per elevare contestazioni suppletive per reati in concorso formale con quelli oggetto dell'originaria contestazione dibattimentale; a pena di successiva improcedibilità ex art. 649 c.p.p. dell'azione penale. D'altro canto, la contestazione suppletiva risulta determinante per il recupero dei riti premiali¹⁸⁴.

Rispetto ai reati fallimentari ex artt. 216, 217 e 218, 223, 224 e 225 l. fall.¹⁸⁵, in effetti, il regime della continuazione fallimentare ex art. 219, comma 2, n.1, l. fall. deprime l'interesse all'adeguamento dell'editto di accusa, non potenziando particolarmente le prospettive di incremento sanzionatorie, né risultando decisivo per l'esito del bilanciamento con eventuali attenuanti. Per contro, la valutazione ha maggiori prospettive di tradursi sul versante della dosimetria della pena nel caso di reati extra—fallimentari in concorso formale con le fattispecie penal—fallimentari. L'impostazione sostanzialistica consolidatasi in tema di *ne bis in idem* ingenera la possibilità di una preclusione processuale ex art. 649 c.p.p. alla celebrazione in un processo separato al momento dell'intervento del passaggio in giudicato della sentenza che ha definito il primo.

¹⁸³ Con alcune pronunce (Cass. Pen., Sez. 2, 13795/2019; Id., 30399 del 2018) è stato statuito che «*la clausola di non punibilità prevista nel comma quarto dell'art. 648 ter1 cod. pen. a norma della quale "Fuori dei casi di cui ai commi precedenti [...]" va intesa ed interpretata nel senso fatto palese dal significato proprio delle suddette parole, e cioè che la fattispecie ivi prevista non si applica alle condotte descritte nei commi precedenti*». Secondo la Corte di Cassazione «*di conseguenza, l'agente può andare esente da responsabilità penale solo e soltanto se utilizzi o goda dei beni provento del delitto presupposto in modo diretto e senza che compia su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Infatti il comma quarto in esame dispone la non punibilità delle sole condotte "per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale". In modo immediato si coglie la differenza rispetto alla condotta del primo comma, che sanziona, invece, l'impiego, la sostituzione o il trasferimento dei proventi illeciti nelle quattro ampie categorie di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative, laddove connotati da concreta idoneità di camuffamento; forme di reimmissione della provvista nel circuito economico legale che, ovviamente, debbono anche essere necessariamente corredate dal corrispondente elemento psicologico. Invece, il comma quarto, a differenza del primo comma, prevede la "destinazione" alla "mera utilizzazione o al godimento personale", situazione differente, anche sotto il profilo del corrispondente elemento soggettivo*».

¹⁸⁴ In punto di recupero dei riti premiali a seguito delle modifiche dell'imputazione e contestazioni suppletiva in sede dibattimentale, si rammenta l'estensione progressiva realizzata dalla Consulta in tema di oblazione (nel caso di contestazione suppletiva fisiologica di reato oblabile, in base alla sentenza n. 530/1995), di patteggiamento (nel caso di contestazione suppletiva patologica di aggravante, in base alla sentenza 184/14; nel caso di contestazione suppletiva fisiologica di reato concorrente, in base alla sentenza 82/19), di abbreviato (in caso di contestazione suppletiva patologica e fisiologica di reato concorrente in base alla sentenza 333/09 ed alla sentenza 237/12; in caso di contestazione suppletiva fisiologica di aggravante in base alla sentenza 139/15) ed di messa alla prova (in caso di contestazione suppletiva fisiologica in base alla sentenza 141/18).

¹⁸⁵ Cass., Sez. U, n. 21039 del 27/01/2011 Cc., (dep. 26/05/2011) P.M. in proc. Loy, Rv. 249666 ha riconosciuto che la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si applica anche alle ipotesi di bancarotta impropria. vale a dire ai fatti di reato previsti negli artt. 216, 217, 218 allorché siano commessi da persone diverse dal fallito (artt. 223, 224, 225 legge fall.). In aderenza al consolidato orientamento della Suprema Corte, il richiamo contenuto nelle norme incriminatrici della bancarotta impropria allo stesso trattamento sanzionatorio previsto per le corrispondenti ipotesi ordinarie non legittima margini di dubbio sull'applicabilità del relativo regime nella sua interezza, ivi compresa l'aggravante sui generis di cui si discute.

Occorre rimarcare, in proposito, che l'espressione "reato concorrente", inserita nella rubrica dell'art. 517 c.p.p., impone all'organo dell'accusa di ampliare il tema dell'imputazione anche «*qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato connesso a norma dell'art. 12, 1° co., lett. b*», ossia, tra l'altro, anche nei caso di fatto attribuibile all'imputato e da quest'ultimo commesso con la medesima azione od omissione descritta nell'addebito.

Secondo la giurisprudenza di legittimità nel caso di contestazione suppletiva di reato connesso, le prove acquisite precedentemente nel corso dell'istruzione dibattimentale sono legittimamente utilizzabili anche ai fini della decisione relativa ai fatti oggetto della nuova contestazione¹⁸⁶. La contestazione può avvenire anche nella fase di avvio dell'istruzione dibattimentale (subito dopo l'apertura del dibattimento) sulla base della riconsiderazione di elementi già acquisiti nella fase delle indagini preliminari (cd. contestazioni suppletive patologiche). D'altro canto, il termine ultimo è rappresentato dalla chiusura del dibattimento, ammettendosi anche l'interruzione della discussione, fermi i termini a difesa; con diritto alla prova nella stessa estensione stabilita per gli atti preliminari al dibattimento (diversi dunque dai parametri ex art. 507 c.p.p.), diritto della persona alla sospensione del dibattimento per potersi costituire parte civile per la nuova udienza.

¹⁸⁶ Cass. Pen., Sez. 6, n. 39235 del 25/10/2011 Ud. (dep. 28/10/2011), Cortese, Rv. 251062 – 01.

Conclusioni personali.

A coloro che hanno completato la lettura delle righe che precedono è necessario risparmiare riepiloghi. Sento il dovere, però, di consegnare a questa ultima pagina un attestato, semplice, di affetto e di riconoscenza. Per un magistrato, Walter Mapelli, che, con l'esempio, è stato maestro di tanti. Ad uno studioso che ci ha dato passione nel lavorare in queste materie, ad un collega che ha sperimentato, davvero, la complessità che comporta svolgervi le assai difficili funzioni di pubblico ministero. C'è una sua ultima immagine che mi è stata regalata da una comune amica. Vi è rappresentato un uomo che si recava a svolgere il suo delicato e prezioso lavoro in sella ad un velocipede. E' forse il segno del valore dell'uomo al quale è stato dedicato questo seminario.

Un magistrato che ha sempre continuato a credere nel proprio lavoro ed a svolgerlo con onore e straordinaria bravura, sino all'ultimo giorno.