

Bancarotta fraudolenta e concorso di reati

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista e revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario

Con la recente sentenza n.34516 del 5 agosto 2014 la Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento delle Sezioni Unite secondo cui più fatti tipici di bancarotta, commessi nell'ambito della medesima procedura concorsuale, configurano fattispecie di reato autonome e ontologicamente diverse. Le vicende che si concludono con il fallimento di una società spesso comportano procedimenti penali a carico di amministratori, sindaci e liquidatori: si pone quindi per il giudice il problema di come configurare le eventuali diverse ipotesi di reato contestate, a carico del medesimo soggetto, in un'unica procedura. Al riguardo la giurisprudenza ha ribadito che l'art.219, co.2, n.1 L.F. prevede una speciale ipotesi di continuazione nei reati ai soli fini sanzionatori, la c.d. "continuazione fallimentare".

La giurisprudenza di legittimità è ritornata ad esprimersi in modo netto in materia di qualificazione della commissione di più fatti di bancarotta nella stessa procedura concorsuale ed applicazione dell'art.219 L.F.: in particolare la recente sentenza n.34516/14 della V sezione penale della Corte di Cassazione ha confermato la tesi della concezione pluralistica del reato di bancarotta, già accolta dalla precedente pronuncia delle Sezioni Unite n.21039/11 che aveva appianato il precedente contrasto giurisprudenziale sul punto. L'argomento risulta particolarmente attuale in quanto, a fronte del moltiplicarsi dei casi di fallimento di società nel nostro Paese, si moltiplicano altresì i procedimenti penali per episodi legati alla gestione societaria.

Il fallimento della società, infatti, può notoriamente comportare conseguenze penali a carico dei soggetti coinvolti nella gestione dell'impresa che ha portato alla crisi della stessa; il nostro ordinamento ha scelto di sanzionare penalmente alcune condotte illecite, aventi un particolare disvalore sociale, poste in essere dai soggetti cui è imputabile il dissesto societario. Il R.D. n.267/42 (c.d. Legge Fallimentare) prevede diverse tipologie di comportamenti puniti a titolo di reato; la più rilevante è la fattispecie della bancarotta che si può suddividere, a seconda dell'intensità della gravità oggettiva e soggettiva, in bancarotta fraudolenta o semplice.

La prima è disciplinata dall'art.216 L.F.; secondo la norma in commento, commette questo delitto l'imprenditore dichiarato fallito che, prima dell'intervento della sentenza di fallimento, ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni, oppure, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti (banca-rotta patrimoniale).

Se le predette condotte sono state commesse dopo la sentenza e durante la procedura fallimentare si avrà la peculiare fattispecie della bancarotta post-fallimentare.

La c.d. bancarotta fraudolenta documentale si configura quando l'imprenditore dichiarato fallito ha sottratto, distrutto o falsificato i libri e le scritture contabili allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare un danno ai creditori, ovvero ha eseguito pagamenti o simulato titoli di prelazione per favorire taluno dei creditori (banca-rotta preferenziale).

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza, l'elemento soggettivo del reato consiste nel dolo specifico, ossia nella volontà del soggetto agente di trarre profitto, per sé o per altri, dai fatti commessi con pregiudizio ai creditori; secondo altro orientamento invece il reato di bancarotta richiederebbe il solo dolo generico, ossia la volontà di compiere i diversi atti a prescindere dallo scopo, mentre il dolo specifico si avrebbe solo per i casi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti.

Con il fallito può concorrere nel reato anche un terzo, se la sua condotta si è inserita nel processo criminoso con efficacia causale sull'evento¹.

Per la fattispecie criminosa in questione la pena prevista è la reclusione da 3 a 10 anni, in caso di bancarotta patrimoniale e documentale, e la reclusione da 1 a 5 anni in caso di bancarotta preferenziale; la condanna per bancarotta fraudolenta comporta inoltre l'inabilitazione per 10 anni all'esercizio di una impre-

¹ Cfr. Cass. n.16579/10 e Cass. n.9299/09 secondo cui in tema di concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo dell'"extraneus" consiste nella volontarietà dell'apporto alla condotta dell'"intraneus", con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo necessaria la specifica conoscenza del dissesto della società.

sa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, sempre per 10 anni.

L'articolo 216 L.F. prevede una pluralità di ipotesi di reato diverse tra loro per condotta, oggetto giuridico, gravità e tempo di consumazione:

- 1. la bancarotta fraudolenta patrimoniale (co.1, n.1) comprende le ipotesi di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione, dissipazione di beni, nonché di esposizione e riconoscimento di passività inesistenti; tutela l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia offerta dall'integrità del patrimonio dell'imprenditore;*
- 2. la bancarotta fraudolenta documentale (co.1, n.2) lede l'interesse del creditore alla trasparenza della situazione patrimoniale del debitore;*
- 3. la bancarotta preferenziale (co.3) lede l'interesse del creditore alla distribuzione dell'attivo secondo i principi della par condicio creditorum;*
- 4. si avrà bancarotta pre-fallimentare o post-fallimentare a seconda che le condotte criminose siano poste in essere prima o durante la procedura concorsuale (co.1, 2 e 3).*

Il reato di bancarotta semplice previsto dall'art.217 L.F. prevede una minore intensità della gravità soggettiva ed oggettiva.

Commette il delitto di bancarotta semplice (patrimoniale) l'imprenditore, dichiarato fallito, che ha effettuato spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica, che ha consumato parte del suo patrimonio in operazioni imprudenti, che ha compiuto gravi atti per ritardare il fallimento, che ha aggravato il proprio dissesto, omettendo la richiesta di fallimento e, infine, che non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

Commette il medesimo delitto l'imprenditore, successivamente dichiarato fallito, che nei tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritte dalla legge, o li ha tenuti in maniera incompleta (documentale).

Le pene previste per le ipotesi di bancarotta semplice sono meno afflittive rispetto a quelle previste per la bancarotta fraudolenta: reclusione da sei mesi a due anni, cui si aggiunge l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per massimo due anni.

L'articolo 219 L.F. prevede le circostanze aggravanti ed attenuanti specifiche dei reati di bancarotta; in particolare il secondo comma della norma in commento stabilisce che le pene previste dagli artt.216, 217 e 218 L.F. siano aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati.

Art.219 L.F.

Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà.

Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:

- 1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati;*
- 2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale.*

Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità le pene sono ridotte fino al terzo.

Circostanza essenziale è che i fatti siano stati commessi sempre nella medesima procedura concorsuale: nel caso di distinte dichiarazioni di fallimento, le diverse condotte illecite configurano infatti un concorso di reati o, ricorrendone le condizioni, una continuazione nel reato.

Con riferimento alla natura giuridica del reato di bancarotta e della peculiare circostanza prevista dall'art.219, co.2, n.1 L.F., la giurisprudenza di legittimità ha assunto nel tempo orientamenti contrastanti: da un lato, si è sostenuta la tesi della concezione unitaria della bancarotta, che ravvisa nella pluralità di fatti tipici, commessi nell'ambito della stessa procedura concorsuale, una vera e propria circostanza aggravante e considera le diverse violazioni, in deroga alle norme sul concorso materiale di reati e sulla continuazione, come un solo reato; dall'altro, si è argomentata la concezione pluralistica del reato, che ravvisa nei diversi fatti tipici descritti dalla norma incriminatrice fattispecie di reato autonome e ontologicamente diverse, le quali concorrono tra loro e sono unificate solo *quoad poenam*.

Con la sentenza n.21039/11 le Sezioni Unite della Cassazione hanno posto fine a tale contrasto giurisprudenziale.

Nella vicenda posta all'attenzione della Suprema Corte, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Trieste aveva pronunciato sentenza di non luogo a procedere ex art.425 c.p.p. nei confronti di

un soggetto imputato del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, rilevando che l'azione penale non poteva essere proseguita per precedente giudicato secondo quanto previsto dall'art.649 c.p.p.

Il Gup aveva rilevato che il medesimo soggetto era già stato condannato per il reato di bancarotta preferenziale e semplice relativamente allo stesso fallimento, oggetto anche del secondo giudizio, ed aveva ritenuto che, dato il carattere unitario del reato di bancarotta, non sarebbe stato consentito, in presenza di un giudicato su tale illecito, l'inizio di un nuovo e differente processo per ulteriori e diversi fatti di bancarotta accertati successivamente, ostandovi il divieto del *bis in idem*.

Il Procuratore della Repubblica ha proposto ricorso per Cassazione, deducendo l'erronea applicazione dell'art.649 c.p.p. e 219 L.F. ed evidenziando, tra l'altro, che il secondo comma di quest'ultima norma, prevedendo un aumento di pena ove vengano commessi più fatti tra quelli previsti in ciascuno dei precedenti artt.216, 217, 218, perseguirebbe esclusivamente la finalità di mitigare il rigore sanzionatorio conseguente al concorso materiale di più fatti di bancarotta, che verrebbero unificati solo ai fini del calcolo della pena, rimanendo ferma, quindi, l'autonomia ontologica dei singoli fatti di bancarotta.

Secondo l'accusa, la tesi espressa dal Gup avrebbe fatto dipendere il trattamento sanzionatorio da riservare ad un soggetto - responsabile di più fatti di bancarotta - non dalla valutazione delle condotte complessivamente considerate, ma dalla tempistica, variabile e casuale, di emersione e di contestazione dei diversi fatti, con conseguenze irragionevoli come nel caso in esame, in cui l'imputato, dopo avere patteggiato la pena per i meno gravi reati di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, aveva beneficiato della declaratoria d'improcedibilità per il diverso e più grave reato di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La Quinta Sezione penale, cui era stato assegnato il giudizio, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite formulando il seguente quesito di diritto:

“se il delitto di bancarotta, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se - invece - la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati, con conseguente esclusione del divieto di bis in idem per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte”.

Nell'interessante sentenza in commento le Sezioni Unite effettuano una disamina dei diversi orientamenti in gioco, analizzando in particolare la struttura del reato di bancarotta e la relazione che intercorre tra la dichiarazione di fallimento e la molteplicità delle azioni tipiche poste in essere dal fallito.

Il primo indirizzo, sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, privilegia la concezione unitaria del reato di bancarotta, evidenziando che il legislatore, nel collocare la pluralità dei fatti nell'ambito della tecnica sanzionatoria, considererebbe le diverse violazioni come un unico reato. Tale tesi trova la sua genesi nell'antica concezione del fallimento come evento del reato, al quale si accompagnerebbero, “in secondo piano e quasi in ombra”, i fatti di bancarotta. Secondo l'orientamento opposto, sostenuto da una parte minoritaria delle sentenze di legittimità, l'art.219, co.2 L.F. prevede l'unificazione della pluralità dei fatti di bancarotta, posti in essere nell'ambito della stessa procedura concorsuale, solo *quoad poenam*, senza quindi escludere l'autonomia ontologica dei singoli episodi delittuosi. Tale unificazione, pur esplicitamente qualificata dal legislatore come aggravante, costituirebbe in realtà un'ipotesi particolare di continuazione derogativa di quella ordinaria.

A seguito di un'approfondita analisi delle singole condotte tipiche delineate dagli articoli 216, 217 e 218 L.F., i giudici di legittimità concludono affermando che i plurimi fatti di bancarotta posti in essere nell'ambito del medesimo dissesto fallimentare, se riconducibili a distinte azioni criminose, pur unificati normativamente nella previsione in commento, sono da considerare come fatti autonomi, ciascuno dei quali costituisce un autonomo illecito penale.

Alla stregua di tale interpretazione, l'art.219, co.2, n.1 L.F. disciplina un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica, fittiziamente, agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico, facendo ricorso solo formalmente allo strumento tecnico della circostanza aggravante.

Tale particolare ipotesi di concorso di reati è stata definita da parte della dottrina quale “continuazione fallimentare” e si applica, secondo le Sezioni Unite, sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, sia in caso di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt.216 e 217 L.F..

Ciò in considerazione della necessità di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, perché, diversamente opinando, si determinerebbero situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento, in contrasto con l'art.3

Costituzione: ove si ritenga, infatti, che il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fatti di bancarotta fraudolenta rientri nella sfera di operatività dell'art.81 c.p., si finirebbe col "punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta", dovendo il primo soggiacere al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art.81 c.p..

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite ha rilevanti conseguenze pratiche sul piano processuale: la diversità ontologica dei singoli fatti di bancarotta comporta che l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei detti fatti non osti alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento.

Per valutare se nel caso concreto si incorre o meno nel divieto del *bis in idem* di cui all'art.649 c.p. è necessario analizzare la nozione di "medesimo fatto" che la norma evoca: secondo la Cassazione, vi è identità del fatto quando vi è corrispondenza storico - naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso di causalità) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persone.

Tale corrispondenza non sussiste tra le varie ipotesi di bancarotta (patrimoniale, documentale, fraudolenta, semplice) che si concretizzano attraverso condotte diverse, determinano eventi diversi, hanno gradi di offensività non omologhi, sono sanzionate in modo differenziato e non sempre coincidono come tempo e luogo di consumazione.

Le Sezioni Unite, in considerazione dei principi sopra esposti, nella vicenda in esame hanno cassato la sentenza del Gup rilevando come il medesimo Giudice non avesse considerato che gli episodi di bancarotta fraudolenta per distrazione, oggetto del procedimento, erano diversi e distinti da quelli già giudicati con la precedente sentenza, sicché i primi non potevano ritenersi inquadrabili nella nozione di "medesimo fatto".

I principi di diritto ricavabili dalla sentenza delle SS.UU. n.21039/11

"Più condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento mantengono la propria autonomia ontologica e danno luogo a un concorso di reati, che vengono unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico"

"La disposizione di cui alla L.F. art.219, co.2, n.1, non integra, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta una peculiare disciplina della continuazione, in deroga a quella ordinaria di cui all'art.81 c.p., in tema di reati fallimentari"

"Deve escludersi, con riferimento a condotte di bancarotta ancora sub iudice, la preclusione dell'eventuale giudicato intervenuto su altre e distinte condotte di bancarotta relative alla stessa procedura concorsuale". La sentenza impugnata, privilegiando implicitamente la concezione unitaria del delitto di bancarotta, si pone in contrasto con gli enunciati principi di diritto e perviene alla declaratoria, ex art.649 c.p.p., di non luogo a procedere per precedente giudicato"

I principi enunciati nella pronuncia delle Sezioni Unite sono stati condivisi dalla giurisprudenza successiva ed in particolare dalla recente sentenza della Corte di Cassazione n.34516/14.

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento, la Corte d'Appello di Firenze, con sentenza del 30 aprile 2010 (quindi precedente alla pronuncia delle Sezioni Unite sopra esaminata), aveva confermato l'affermazione di responsabilità dell'amministratore di fatto di una società in relazione:

- al reato di bancarotta fraudolenta documentale, per avere, allo scopo di procurarsi ingiusto profitto e di recare pregiudizio ai creditori, distrutto o sottratto alla curatela o comunque omesso di tenere tutti i libri e le scritture contabili;
- al reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, per avere distratto tutti i beni della società fallita.

L'imputato ha proposto ricorso per Cassazione, lamentando tra l'altro l'erronea applicazione dell'art.81 c.p., rilevando che, in presenza di più fatti di bancarotta, la Corte territoriale avrebbe dovuto applicare non l'istituto della continuazione, ma la disciplina dettata dall'art.219, co.2, n.1 L.F.

Com'è noto, l'art.81 c.p. stabilisce una disciplina generale per le ipotesi di commissione di più ipotesi delittuose, prevedendo un aumento della pena più grave sino al triplo in due ipotesi distinte:

- quando con una sola azione o omissione sono violate diverse norme di legge o sono commesse più violazioni della stessa norma;
- quando con più azioni o omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso si commettono anche in tempi diversi più violazioni della stessa norma o di norme diverse.

Tale previsione, di carattere generale, si applica in mancanza di norme speciali, quale quella prevista dall'art.219, co.2, n.1 L.F. che prevede un aumento di pena sino ad un terzo ex art.64 c.p.², quando si sia in

² L'articolo 64 c.p. prevede che qualora ricorra una sola circostanza ag-

presenza di più fatti di bancarotta relativi ad un'unica procedura concorsuale.

È evidente quindi come la peculiare disciplina stabilita per i reati di bancarotta sia più favorevole rispetto a quella applicabile in caso di reati diversi.

Ed invero il Legislatore, con l'introduzione della nuova disciplina penale delle procedure concorsuali, accogliendo un'autorevole opinione dottrinale che configurava la dichiarazione di fallimento quale elemento catalizzatore e concretizzante delle varie condotte lesive di bancarotta, aveva avvertito nel contempo l'esigenza di evitare l'adozione della disciplina del concorso di reati di cui all'art.81 c.p., che avrebbe comportato l'applicazione *tout court* del cumulo materiale delle pene anche in caso di più fatti di bancarotta conseguenti ad una singola procedura concorsuale.

Con l'introduzione dell'art.219 L.F. il Legislatore ha quindi soddisfatto la necessità di avere un trattamento più severo in caso di realizzazione di più condotte criminose all'interno della medesima procedura, valorizzando comunque la circostanza che i fatti ineriscono la medesima dichiarazione di insolvenza.

Con la recente pronuncia in esame la Suprema Corte ha respinto il ricorso proposto dall'imputato con riferimento all'asserita erronea applicazione dell'art.81 c.p., benché la Corte di Appello avesse effettivamente fatto riferimento alla predetta norma generale e non alla norma speciale di cui all'art.219 L.F..

gravante, per la quale la legge non precisa quale debba essere l'aumento di pena, si applichi un aumento "fino a un terzo".

Secondo la Cassazione, tale omessa menzione non costituiva violazione di legge in quanto, in concreto, non erano stati violati i principi enunciati dalle Sezioni Unite in merito all'applicazione dell'art.219 co.2, n.1 L.F.: nel caso di specie, infatti, la pena base di anni 3 e mesi 6 di reclusione era stata implementata di soli sei mesi, con aumento ben inferiore al terzo indicato dalla norma speciale.

La Corte di Cassazione ha quindi colto l'occasione per ribadire che *"poiché in tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art.219, co.2, n.1 L.F., disposizione che pertanto si traduce, per tali reati, in una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art.81 c.p."*.

Deve dunque ritenersi principio consolidato quello della natura pluralistica del reato di bancarotta, che ravvisa nei più fatti tipici descritti dalle norme incriminatrici fattispecie di reato autonome e ontologicamente diverse che concorrono tra loro e sono unificate solo ai fini della quantificazione della pena dall'art.219, co.2 L.F.. In caso di commissione di fatti criminosi diversi all'interno del medesimo fallimento, è di conseguenza possibile subire più condanne senza che sia invocabile il principio del *ne bis in idem* di cui all'art.649 c.p.