

I reati di bancarotta nella giurisprudenza di merito e di legittimità

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista, revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario e direttore scientifico della rivista Accertamento e Contenzioso

Con il presente contributo si procederà ad un'analisi delle diverse fattispecie nella quali può articolarsi il reato di bancarotta, che può essere commesso dal fallito nell'ambito del fallimento, nonché delle circostanze aggravanti ed attenuanti applicabili, come delineate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, con particolare attenzione alle tematiche più discusse sull'argomento.

I reati fallimentari e le ipotesi di bancarotta in generale

Le fattispecie a rilevanza penale che possono essere ravvisate e contestate nell'ambito di un fallimento sono molteplici e possono coinvolgere sia il fallito che soggetti diversi, in particolare i professionisti legati alla gestione dell'impresa.

Il tema è, quindi, particolarmente importante per chi si trovi in uno stato di indebitamento tale da essere esposto al rischio di apertura della procedura concorsuale fallimentare, al fine di evitare comportamenti che possano fare sorgere responsabilità penali.

Tra i reati fallimentari più comuni sono sicuramente ricomprese le diverse ipotesi di bancarotta, disciplinate dal R.D. 267/1942 (c.d. Legge Fallimentare), articoli 216 e ss., che si possono suddividere, a seconda dell'intensità della gravità oggettiva e soggettiva, in bancarotta fraudolenta (articoli 216, L.F.) o bancarotta semplice (articoli 217, L.F.).

La bancarotta fraudolenta

Nella prima ipotesi, disciplinata dall'articolo 216, L.F., 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 (bancarotta patrimoniale) oppure che 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 (c.d. bancarotta fraudolenta documentale) ovvero che ha eseguito pagamenti o simulato titoli di prelazione per favorire taluno dei creditori (bancarotta preferenziale).

Nel concetto di distrazione sono state ricomprese tutte quelle condotte mediante le quali l'imprenditore faccia coscientemente uscire dal proprio patrimonio uno o più beni al fine di impedirne l'apprensione da parte degli organi del fallimento.

A titolo esemplificativo, sono state considerate dalla Corte di Cassazione condotte distrattive:

- l'erogazione di un finanziamento bancario ad una società con l'interposizione di un'altra società poi dichiarata fallita, atteso che tale negozio indiretto comporta l'effettivo, seppur temporaneo, transito nel patrimonio della fallita della somma oggetto del finanziamento (cfr. Cassazione n. 1217/2011);
- l'acquisto da parte dell'Amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali (cfr. Cassazione n. 36551/2010);
- l'erogazione di un finanziamento ad un partito politico, qualora l'imprenditore non dimostri di avere comunque agito nell'interesse della società e non nel proprio esclusivo interesse personale (cfr. Cassazione n. 13588/2010);
- in caso di bene pervenuto all'impresa a seguito di contratto di "leasing", qualsiasi manomissione del medesimo che ne impedisca l'acquisizione alla massa, così determinando la distrazione dei diritti esercitabili dal fallimento con contestuale pregiudizio per i creditori a causa dell'inadempimento delle obbligazioni assunte verso il concedente (cfr. Cassazione n. 49115/2015).

Articolo 216, L.F.: bancarotta fraudolenta

È punito con la reclusione da 3 a 10 anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che:

1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;

2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.

È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di 10 anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

La giurisprudenza di legittimità ha ribadito in diverse pronunce che la bancarotta fraudolenta per distrazione è un reato di pericolo e che, di conseguenza, per la sua sussistenza non è necessaria né la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori - che rileva esclusivamente ai fini dell'eventuale configurabilità dell'aggravante prevista dall'articolo 219, L.F. - (cfr. Cassazione n. 11633/2012), né che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato d'insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato (cfr. Cassazione n. 44933/2011), e neppure il recupero del bene distratto a seguito di azione revocatoria (cfr. Cassazione n. 39635/2010). Con riferimento all'occultamento, la Cassazione ha precisato che tale ipotesi può ricomprendere sia il comportamento del fallito che nasconde materialmente i suoi beni in modo che il curatore non possa apprenderli, sia il comportamento del fallito che, mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi beni che continuano ad appartenergli,

in modo da celare una situazione giuridica che consentirebbe di assoggettare detti beni all'azione esecutiva concorsuale (cfr. Cassazione n. 36551/2010).

Il medesimo articolo 216, L.F. prevede, inoltre, che le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione dei beni sociali sono punibili anche se sono state commesse dopo la sentenza e durante la procedura fallimentare: in tal caso si avrà la peculiare fattispecie della bancarotta *post* fallimentare.

La distrazione di beni può essere anche oggetto di presunzione, qualora sia stata accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di beni o attività nella loro esatta dimensione e, all'atto della dichiarazione di fallimento, tali beni o valori non vengano rinvenuti (cfr. Cassazione n. 35882/2010).

Nelle condotte costituenti ipotesi di bancarotta documentale, in particolare nelle ipotesi di falsificazione, rientrano sia l'alterazione dei libri e delle scritture contabili proprie dell'impresa, ma anche la formazione "ex novo" di tutti o di alcuni dei libri o delle scritture (cfr. Cassazione n. 14773/1989).

Per giurisprudenza costante, non risponde di bancarotta fraudolenta per distrazione ma di bancarotta preferenziale l'amministratore il quale si ripaghi dei propri crediti verso la società fallita giacché, attraverso tale condotta, viene a favorire sé stesso, quale creditore, alterando la "*par condicio creditorum*" (Cassazione n. 43869/2007 e n. 2273/2004).

In tema di bancarotta preferenziale, l'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale; ne consegue che tale finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile (Cassazione n. 35707/2015).

Nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale l'elemento oggettivo è rappresentato dal distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito (con conseguente depauperamento in danno dei creditori) e può realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo incidenza su di esso la natura dell'atto negoziale con cui tale distacco si compie, né la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore della curatela. Ad esempio, la Cassazione ha ritenuto condotta idonea ad integrare un fatto distrattivo

riconducibile all'area d'operatività dell'articolo 216, comma 1, n. 1, L.F., l'affitto dei beni aziendali per un canone incongruo (Cassazione n. 44891/2008).

Per la fattispecie criminosa in questione è prevista la pena della 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 dieci anni all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa sempre per 10 anni.

La bancarotta semplice

Il reato di bancarotta semplice è disciplinato dall'articolo 217, L.F. ed è caratterizzato da un'attenuata 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 3 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).

Articolo 217, L.F.: bancarotta semplice

È punito con la reclusione da 6 mesi a 2 anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:

- 1. ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;*
- 2. ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*
- 3. ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;*
- 4. ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;*
- 5. non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.*

La stessa pena si applica al fallito che, durante i 3 anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.

Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a 2 anni.

Secondo la Cassazione, la differenza tra le due ipotesi di bancarotta semplice previste all'articolo 217, comma 1, n. 2 e n. 3, L.F. (relative, rispettivamente, alla consumazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti ed al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento) risiede nel fatto che la prima fattispecie riguarda operazioni "in genere", aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore, consumato, in notevole parte, in operazioni aleatorie od economicamente scriteriate, il cui effetto conclusivo è la diminuzione della garanzia generica dei creditori, costituita proprio dal patrimonio del debitore, ai sensi dell'articolo 2740, cod. civ.; la seconda ipotesi riguarda, invece, operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti dell'ordinaria "imprudenza", che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative "coraggiose", da "extrema ratio", ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo, al fine di scongiurare il fallimento. Inoltre, mentre la seconda ipotesi, per via dell'anzidetta finalizzazione che la connota, ha carattere doloso, la prima è, invece, punibile a titolo di colpa (Cassazione n. 24231/2003). La fattispecie di bancarotta fraudolenta per dissipazione si distingue da quella di bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranei alla medesima (Cassazione n. 47040/2011).

Il discrimine tra la bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta semplice documentale è, inve-

ce, dato dalla circostanza che nella prima ipotesi la mancata tenuta delle scritture contabili obbligatorie è motivata dalla volontà di rendere impossibile o fortemente difficoltosa la ricostruzione degli affari e della movimentazione economica della società al fine di pregiudicare gli interessi dei creditori, mentre relativamente alla bancarotta semplice manca tale finalizzazione (Tribunale di Campobasso, sentenza del 23 settembre 2015).

Nel reato di bancarotta semplice per mancata tempestiva richiesta di fallimento, oggetto di punizione è l'aggravamento del dissesto dipendente dal semplice ritardo nell'instaurare la concorsualità, non essendo richiesti ulteriori comportamenti concorrenti (Tribunale di Ivrea, sentenza del 27 luglio 2015).

Le pene previste per le ipotesi di bancarotta semplice sono meno afflittive rispetto a quelle previste per la bancarotta fraudolenta: reclusione da 6 mesi a 2 anni, cui si aggiunge l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per massimo 2 anni.

La Cassazione ha evidenziato che la pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, prevista per il delitto di bancarotta fraudolenta, ha la durata fissa ed inderogabile di dieci anni, diversamente dalle pene accessorie previste per il reato di bancarotta semplice, che devono essere commisurate alla durata della pena principale, in quanto, essendo determinate solo nel massimo, sono soggette alla regola di cui all'articolo 37 c. p. (Cassazione n. 15638/2015).

L'articolo 217-bis, L.F. disciplina alcune ipotesi di esenzione dai reati di bancarotta, in particolare prevedendo che non siano considerate quali fattispecie di reato i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o del piano di risanamento di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d), L. F., ovvero di un accordo di composizione della crisi, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies ed ad altre ipotesi di pagamenti effettuati in conformità a disposizioni di legge.

La circostanze aggravanti ed attenuanti dei reati di bancarotta

L'articolo 219, L.F. prevede le circostanze aggravanti ed attenuanti specifiche configurabili anche in relazione ai reati di bancarotta; in particolare il secondo

comma della norma in commento stabilisce che le pene previste dagli articoli 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 legge fallimentare

Nel caso in cui i fatti previsti negli articoli 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.

I fatti devono essere 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 circostanza aggravante prevista dall'articolo 219, comma 2, n. 1, L.F., vi è stato per lungo tempo un contrasto tra diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità: il primo sosteneva la tesi della concezione unitaria della bancarotta, ravvisando nella pluralità di fatti tipici, commessi nell'ambito della stessa procedura concorsuale, una circostanza aggravante e considerando le diverse violazioni, in deroga alle norme sul concorso materiale di reati e sulla continuazione, come un solo reato; il secondo abbracciava la concezione pluralistica del reato, ravvisando nei diversi fatti tipici descritti dalla norma incriminatrice fattispecie di reato autonome e ontologicamente diverse, in concorso tra loro ed unificate solo *quoad poenam*.

Il contrasto giurisprudenziale è stato risolto con la sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 21039/2011, nella quale è affermato che *“La Legge Fallimentare, articolo 219, comma 2, n. 1, disciplina, nella sostanza, 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 formalmente allo strumento tecnico della circostanza aggravante. Tale scelta appare chiaramente ispirata dall'esigenza, avvertita dal legislatore, di mitigare le*

conseguenze sanzionatorie e di non pervenire a forme di repressione draconiana dei reati di bancarotta, la cui pluralità in un fallimento è evenienza fisiologica ... Conclusivamente, la L.F., articolo 219, comma 2, n. 1, altro non è che un'ipotesi di concorso di reati, icasticamente definita da una parte della dottrina come una sorta di "continuazione fallimentare", regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione".

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite ha comportato rilevanti conseguenze pratiche sul piano processuale: alla riconosciuta diversità ontologica dei singoli fatti di bancarotta consegue, infatti, 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.

La validità dei principi enunciati nella pronuncia delle Sezioni Unite sopra esaminata è stata riconosciuta dalla giurisprudenza successiva ed in particolare dalla sentenza n. 34516/2014 della Cassazione.

Conclusioni

Dall'analisi della richiamata giurisprudenza emerge come l'argomento in esame risulti di stretta attualità, rappresentando i reati di bancarotta le fattispecie tra le più contestate nell'ambito delle procedure concorsuali e dibattute nelle corti di merito e legittimità, nonostante non risultino certo di recente introduzione.

Il reato di bancarotta rimane, quindi, la fattispecie delittuosa più significativa del sistema penale fallimentare.

 **Euroconference**
Editoria



IVA IN PRATICA

Rivista a invio mensile

Direzione scientifica: Marco Peirola

SCOPRI DI PIÙ

ABBONATI ORA