

Il recupero dell'offensività nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale: una proposta di modifica normativa.

di **Dario Quaranta**

Sommario. 1. Lo stato dell'arte sulla bancarotta per distrazione: i problemi di offensività della fattispecie. – 2. L'obiettivo del progetto: una proposta di modifica normativa.

1. Lo stato dell'arte sulla bancarotta per distrazione: i problemi di offensività della fattispecie.

Il progetto si sofferma sull'imprescindibile recupero dell'offensività del reato di bancarotta, attraverso una modifica normativa che renda il delitto *de quo* maggiormente rispondente anche ai canoni di cui all'art. 27 Cost., in modo da scongiurare, altresì, qualsiasi forma di responsabilità oggettiva.

Giova premettere che il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (prefallimentare) è previsto dall'art. 216, comma 1, n. 1, Legge Fallimentare (dal 16 maggio 2022, salvo proroghe, dall'art. 322, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, da ora "Codice della Crisi"), norma che punisce severamente l'imprenditore che abbia "*distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni, ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, (abbia) esposto o riconosciuto passività inesistenti*". Per entrambe le tipologie di bancarotta (sia per la bancarotta per distrazione, sia per quella da "gonfiamento del passivo") la norma richiede che l'imprenditore sia dichiarato fallito. Sentenza dichiarativa di fallimento che viene oggi qualificata come condizione obiettiva di punibilità¹.

Ci si concentra, in questa sede, sulla sola ipotesi di bancarotta distrattiva, prevista dalla prima parte della norma commentata. Essa delinea una serie di condotte, tra loro alternative, che ben possono essere riassunte nel paradigma distrattivo. Con il termine **distrazione**, in particolare, si intende sia l'utilizzazione di un bene per scopi diversi da quelli propri dell'impresa², sia l'estromissione di un bene dal patrimonio aziendale senza adeguato corrispettivo³.

¹ Qualificazione giuridica consolidatasi a seguito della nota sentenza della Cass. Pen., Sez. V, sent. 8 febbraio 2017, n. 13910, Santoro.

² Cass. Pen., Sez. V, sent. 7 febbraio 2017, n. 33256.

³ *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. V, sent. 2 dicembre 1997, n. 1458.



Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie criminosa in discussione è costituito dalla garanzia patrimoniale vantata dalla massa dei creditori; la *ratio* di pervenire alla sua incriminazione soltanto nel caso in cui intervenga la sentenza di fallimento si giustifica per la considerazione che il pericolo di lesione alla garanzia del credito si tramuti in danno soltanto nel momento in cui venga dichiarato il fallimento; danno che, per i creditori, consiste nella diminuzione del credito stesso, in quanto i medesimi verranno pagati in "moneta fallimentare"⁴.

Data la natura giuridica di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento, è opinione ormai incontrastata che la decozione non debba essere legata alla condotta distrattiva da alcun nesso di causalità⁵; né, a cascata, che il fallimento rientri nell'oggetto del dolo, essendo il fallimento stesso estraneo alla struttura del reato di bancarotta.

Ciò premesso, la peculiarità di tale struttura normativa ha portato la giurisprudenza, in numerosi arresti, a qualificare il reato in commento come reato di mera condotta e di **pericolo presunto**⁶; in tal senso, infatti, si riteneva sufficiente una condotta di estromissione di un bene dal compendio patrimoniale aziendale, senza adeguata contropartita, commessa in qualunque momento della vita dell'impresa, per qualificare tale attività come distrazione di rilevanza penale fallimentare⁷.

Da tale interpretazione discendeva, per quanto qui di interesse, la rilevante problematica del "**regresso all'indietro**" del reato di bancarotta. Infatti, qualificando la bancarotta distrattiva come reato di mera condotta e di pericolo presunto (ove la sentenza di fallimento risulterebbe estranea a qualunque legame causale e soggettivo con la condotta), qualsiasi attività distrattiva compiuta in qualunque tempo assumeva rilevanza ai sensi dell'art. 216 L. F. Si notava, dunque, una vera e propria indifferenza temporale nei confronti del fatto tipico, con il rischio di punire gravemente condotte che si realizzavano anche quando l'impresa non versasse in condizioni di insolvenza. L'esito era una forma occulta, ma visibile, di responsabilità oggettiva⁸.

La dottrina ha nel tempo cercato di trovare una soluzione alternativa alle interpretazioni dianzi prospettate.

⁴ G. DELITALIA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Vol. II, Milano, 1976, p. 735 ss.

⁵ Tra le numerose, si veda Cass. Pen. Sez. V, sent. 5 dicembre 2014, n. 15613.

⁶ Cass. Pen., Sez. Unite, sent. 25 gennaio 1958, n., Mezzo; Cass. Pen., Sez. V, sent. 26 settembre 2011, n. 44933.

⁷ Cass. Pen., Sez. Unite, sent. 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli; Cass. Pen., Sez. V, sent. 1 marzo 2013, n. 9845.

⁸ In questi termini M. DONINI, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1-2/2021.

In particolare, una prima lettura avanzata da Nuvolone⁹ proponeva una fattispecie di bancarotta patrimoniale come reato plurioffensivo, poiché la norma sarebbe stata posta a tutela non solo degli interessi patrimoniali dei creditori, ma anche di un interesse di carattere pubblicistico: si tratterebbe, dunque, di una sorta di reato contro l'amministrazione della giustizia. In questa cornice di interessi, Nuvolone introduceva un criterio di delimitazione offensiva: a suo dire, soltanto le condotte che si collocavano in una **"zona di rischio penale"** sarebbero state compatibili con le norme penali fallimentari. In sostanza, secondo la tesi affacciata da Nuvolone, la distrazione avrebbe rilevanza ex art. 216 L. F. soltanto quando avvenga in un contesto di rischio non più consentito. Tale lettura avrebbe l'effetto di tracciare un arco temporale per non cadere in un inaccettabile regresso del fallimento all'indietro, senza limiti.

Altra lettura, avanzata da Cesare Pedrazzi¹⁰, alla luce dell'interesse strettamente patrimoniale tutelato dalla norma, richiedeva, ai fini dell'integrazione del reato, la dimostrazione dell'**offensività concreta** della condotta distrattiva per gli interessi patrimoniali dei creditori. Pedrazzi, dunque, è stato il precursore della tesi che qualifica la bancarotta come reato di pericolo concreto.

Anche in tempi recenti, circa la necessità di selezionare le condotte punibili e di recuperare il principio di offensività, si è sostenuto come la bancarotta presupponga una situazione deteriorata e di squilibrio; pertanto, fintantoché l'impresa si trovi *in bonis*, non vi sarebbero disposizioni normative che vietino un utilizzo anche irrazionale dei beni, salva la possibilità di integrare differenti fattispecie di reato. A parere della dottrina qui richiamata, *"il momento in cui la libertà di disposizione dei beni trova un limite invalicabile (...) è quello in cui il patrimonio disponibile si avvicina alla soglia minima necessaria per il soddisfacimento delle pretese creditorie o addirittura la raggiunge. In questa congiuntura, le pretese dei creditori sono presidiate dalle norme penali fallimentari, sempre che intervenga la sentenza dichiarativa di fallimento. (...) E' la specifica congiuntura aziendale che trasforma l'atto di disposizione in distrazione"*¹¹.

In giurisprudenza, un primo scacco alla lettura oggettivizzante del reato di bancarotta è stato fornito dal meccanismo della cd. **"bancarotta riparata"**: secondo la Cassazione, infatti, non sarebbe punibile la condotta fraudolenta distrattiva che risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno

⁹ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 23 ss.

¹⁰ C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 971 ss.

¹¹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Vol. IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019.

inverso, capace di reintegrare il patrimonio della fallita prima dell'apertura della procedura fallimentare¹².

In tempi recenti, poi, la giurisprudenza è giunta ad affermare, a più riprese, come la bancarotta per distrazione debba più correttamente inquadrarsi nello schema del pericolo concreto, in continuità con gli insegnamenti di Cesare Pedrazzi.

In particolare, la sentenza Palitta¹³ correttamente si è confrontata con il problematico addebito di responsabilità oggettiva qualora la bancarotta venga qualificata come reato di pericolo presunto; da qui, è giunta ad affermare come vi sia la necessità di dimostrare che il distacco dei beni sia stato concretamente idoneo a porre in pericolo la garanzia che la massa dei creditori, al momento del fallimento, è in grado di escutere.

In termini ancora più evidenti, la successiva sentenza Sgaramella¹⁴ ha ritenuto chiaramente come l'offesa nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sia configurabile secondo il paradigma del **pericolo concreto**; di più, la pronuncia richiamata ha dettato una serie di "indici di fraudolenza" dai quali è possibile ricavare anche l'elemento soggettivo proprio del reato in questione.

Nonostante l'indubbia portata innovativa delle sentenze Sgaramella e Palitta, non si può fare a meno di notare come ambedue le pronunce, pur recuperando l'offensività della bancarotta grazie al paradigma del pericolo concreto, prestino il fianco, nuovamente, al tema del regresso all'infinito del sindacato giudiziale.

In particolare, la sentenza Sgaramella, prestando ossequio¹⁵ ad un precedente di legittimità delle Sezioni Unite¹⁶, ha confermato un principio di diritto che potrebbe continuare a creare tensioni con il principio di offensività, vale a dire quello per cui "*i fatti di bancarotta possono assumere rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi, e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza*¹⁷".

¹² *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, sent. 22 ottobre 2014, n. 6408.

¹³ Cass. Pen., Sez. V, sent. 7 aprile 2017, n. 17819, Palitta.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, sent. 1 agosto 2017, n. 38396, Sgaramella.

¹⁵ Anche se la dottrina, sul punto, ha chiarito che si tratterebbe "*più di formale deferenza che di convinta adesione*": si veda S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo fallimentare?*, in *Giurisprudenza italiana*, gennaio 2018.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. Unite, sent. 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli

¹⁷ Cass. Pen., Sez. V, sent. 1 agosto 2017, n. 38396, Sgaramella.



Ciò che ha portato la giurisprudenza, anche in tempi recenti, ad ammettere che il reato *de quo* possa generarsi anche prima della “zona di rischio penale¹⁸”.

Pertanto, anche se sono stati compiuti evidenti passi in avanti rispetto a quegli orientamenti che qualificavano la bancarotta distrattiva come reato di pericolo presunto, si palesa comunque la necessità di intervenire con una modifica della disposizione più volte richiamata, al fine di segnare un limite concettuale e temporale all'intervento penale fallimentare.

Invero, ad opinione di chi scrive, è necessario introdurre all'interno della norma un criterio che selezioni le condotte punibili a titolo di bancarotta, circoscrivendole a quelle che si siano verificate quantomeno in una situazione di crisi aziendale.

Soltanto in questo modo, infatti, sarà possibile ricercare quel disvalore offensivo proprio della bancarotta patrimoniale; ed in stretta consequenzialità, punire con la severa pena prevista dall'art. 216 L.F. (dal 16 maggio 2022, dall'art. 322 del Codice della Crisi) soltanto quelle condotte che abbiano posto concretamente in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma, che, come noto, è l'interesse patrimoniale dei creditori a mantenere intatta la garanzia del credito da essi vantato.

E tale bene giuridico, a parere dello scrivente, può essere concretamente messo in pericolo soltanto quando la condotta si inserisca nella specifica congiuntura di rischio aziendale, e non già quando l'impresa sia *in bonis*.

In tale ultima ipotesi, gli eventuali distacchi patrimoniali irragionevoli potranno essere presidiati da altre fattispecie penali, quali, ad esempio, i reati di appropriazione indebita (art. 646 c.p.) e di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

2. L'obiettivo del progetto: una proposta di modifica normativa.

L'obiettivo del presente progetto, alla luce di quanto in precedenza esposto, è quello di proporre una **modifica normativa** dell'art. 216 L.F. e dell'art. 223 L. F. (dal 16 maggio 2020, salvo proroghe, artt. 322 e 329 del Codice della Crisi) in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

La ragione della modifica in commento, come dianzi sinteticamente riportato, risiede nella necessità di circoscrivere la rilevanza penale fallimentare dei fatti distrattivi, punendo a titolo di bancarotta soltanto quelle condotte che si siano verificate in uno stato di crisi aziendale; soltanto in questo modo sarà possibile assegnare al principio di offensività un ruolo pregnante all'interno della fattispecie criminosa in discorso.

La modifica in commento, peraltro, produrrebbe notevoli effetti anche sull'oggetto del dolo (che dovrebbe, a questo punto, investire anche lo stato di crisi dell'impresa) e pertanto sul necessario rispetto del principio di

¹⁸ Cass. Pen., Sez. V., sent. 19 maggio 2020, n. 15398.

colpevolezza, evitando le paventate forme occulte di responsabilità oggettiva.

Si ricorda, infine, come il **Codice della Crisi** (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, e successive modifiche), all'art. 2 (che entrerà in vigore, salvo proroghe, il 16 maggio 2022) definisca la crisi come *"lo stato di **difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore**, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate"* e di come al successivo art. 13 (che entrerà in vigore, salvo proroghe, il 31 dicembre 2023) vengano individuati, tra gli indicatori di crisi, *"gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore (...) rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso (...). A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24"*.

Si ritiene, pertanto, che la modifica normativa qui sotto proposta debba agganciare la definizione di stato di crisi (che diventerebbe, in sostanza, il presupposto della condotta tipica) a quella contenuta nel ridetto Codice.

Di seguito, la modifica normativa che si propone:

- All'articolo 216, I comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (dal 16 maggio 2022, salvo proroghe, all'art. 322, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), dopo le parole *"l'imprenditore che"*, nel n. 1, prima dalle parole *"ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato, in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori"* sono aggiunte le parole seguenti:
 - ***"In stato di crisi, come intesa ai sensi degli artt. 2, I comma, lett. a e 13 del Codice della Crisi"***.
- All'articolo 216, I comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (dal 16 maggio 2022, salvo proroghe, all'art. 322, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), nel n. 1, dopo le parole *"ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato, in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori"* sono aggiunte le parole seguenti:
 - ***"Anche prima dello stato di crisi"***.
- All'articolo 223, II comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (dal 16 maggio 2022, salvo proroghe, all'art. 329, II comma, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), dopo le parole *"Si applicano alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 (dal 16 maggio 2022, si deve intendere l'art. 322 Codice della Crisi), se"*, sono aggiunte le parole seguenti:
 - ***"Anche prima dello stato di crisi"***.



Di talché, il testo definitivo delle norme modificate si ricostruirebbe in questi termini:

Art. 216 L.F. (Art. 322 Codice della Crisi): *"E' punito con la reclusione da 3 a 10 anni, se è dichiarato fallito [Codice della Crisi: "in liquidazione giudiziale"], l'imprenditore che: 1) **In stato di crisi, come intesa ai sensi degli artt. 2, I comma, lett. a e 13 del Codice della Crisi**, ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato, in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, **anche prima dello stato di crisi**, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti"*.

Art. 223 L. F., Il comma (Art. 329, Il comma, Codice della Crisi): *"Si applicano alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 [Codice della Crisi: "dall'articolo 322, comma 1"], se, **anche prima dello stato di crisi**: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile; 2) hanno cagionato con dolo, o per effetto di operazioni dolose, il fallimento [Codice della crisi: "il dissesto"] della società."*

L'inserimento dello **stato di crisi** quale presupposto della condotta di bancarotta per distrazione, reato punito a titolo di dolo generico, avrebbe l'effetto di recuperare la necessaria offensività del reato che si commenta, restringendo l'intervento della grave sanzione penale fallimentare soltanto in relazione a condotte concretamente pericolose per la massa creditoria: tali potendo essere soltanto quelle condotte perpetrate in un momento di crisi aziendale.

Il richiamo all'art. 216 L. F. contenuto nell'art. 223, I comma, L. F. (dal 16 maggio 2022, il richiamo è all'art. 322, contenuto nell'art. 329, Codice della Crisi) consente di lasciare immutato il primo comma della bancarotta societaria.

Per ciò che riguarda la condotta di cd. "**gonfiamento del passivo**", punita nella seconda parte della norma, l'inserimento delle parole "anche prima dello stato di crisi" sono motivate dalla peculiare struttura del reato *de quo*, punito, a differenza della bancarotta per distrazione, a titolo di **dolo specifico**. Pertanto, il finalismo sotteso alla condotta di gonfiamento del passivo, tesa a pregiudicare gli interessi dei creditori, giustificherebbe l'arretramento della tutela penale fallimentare anche a momenti antecedenti lo stato di crisi dell'impresa, giacché il pericolo per il ceto creditorio risulterebbe concreto proprio a cagione della necessaria direzione finalistica insita nelle condotte di gonfiamento del passivo.

Si aggiunge che anche l'ulteriore proposta di modifica al secondo comma della norma sulla **bancarotta "impropria"** (ove si specifica che tali condotte possono essere commesse anche prima dello stato di crisi) è motivata dalle particolari caratteristiche di tale disposizione, la quale, come noto, costituisce un *aliud* rispetto alla normale struttura della bancarotta distrattiva. Le due



ipotesi ivi previste (la bancarotta da reato societario, ovvero il fallimento cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose) prevedono infatti un necessario collegamento causale e soggettivo tra la condotta che fuoriesca dal paradigma distrattivo ed il fallimento (ed anzi, si nota come il Codice della Crisi, opportunamente, parli di dissesto e non più di fallimento).

In queste peculiari ipotesi, dunque, la necessaria presenza della componente causale e soggettiva annullerebbero quei problemi di carenza di offensività, anche nel caso in cui la condotta venga commessa quando l'impresa si trovi in condizioni floride.

Si conclude precisando che il presente lavoro è volto a proporre una novella legislativa in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale; con ciò, si lascia all'interprete la possibilità di intravedere profili di convergenza sistemica con le altre fattispecie penali fallimentari, e dunque la possibilità di proporre ulteriori modifiche alle relative disposizioni (in particolare, per ciò che riguarda i reati di bancarotta fraudolenta documentale e di bancarotta semplice, patrimoniale o documentale).