

I soggetti imputabili

IL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO

Il delitto previsto dall'art. 218 della legge fallimentare, sostituito dall'art. 32 della nuova legge a tutela del risparmio, costituisce ora un reato imputabile non più solamente al fallito

di **Luigi Domenico Cerqua***

——— L'art. 218 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), così come sostituito dall'art. 32 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", commina la pena della reclusione da tre mesi a tre anni agli amministratori, ai direttori generali, ai liquidatori e agli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza. La pena è aumentata fino ad un terzo (art. 64 c.p.) nel caso di società quotate in borsa, vale a dire di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni.

Il ricorso abusivo al credito è un reato fallimentare?

Come si vede, rispetto alla precedente formulazione della norma, è stata ampliata la categoria dei soggetti attivi, con l'indicazione, accanto agli imprenditori esercenti un'attività commerciale, degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori. Inoltre è stata eliminata la clausola di riserva ("salvo che il fatto costituisca un reato più grave") a favore di illeciti più gravemente puniti e la pena comminata, che originariamente consisteva nella reclusione da quindici giorni (art. 23 c.p.) a due anni, ha subito un sensibile inasprimento.

Dibattuta, prima della riforma apportata con la legge a tutela del risparmio, la questione se la punibilità del reato fosse condizionata alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale esercente un'attività com-

merciale⁴: ancorché nella norma non si facesse alcun cenno all'"imprenditore dichiarato fallito", la soluzione affermativa era preferibile sia per la collocazione del reato nel capo relativo ai "reati commessi dal fallito"; sia per l'applicabilità delle circostanze previste dall'art. 219 della legge fallimentare, che richiamano espressamente l'art. 218, e dell'art. 221 di tale legge; sia, infine, alla luce degli artt. 225 e 227 della medesima legge, che subordinano la punibilità del ricorso abusivo al credito ad opera degli amministratori, dei direttori generali e dell'istitutore al fallimento della società o dell'imprenditore².

La questione non è stata risolta dal legislatore e sembra così destinata a riproporsi, con maggiori difficoltà di soluzione a causa del mancato collegamento della norma in esame con le altre disposizioni della legge fallimentare. Ed invero, la categoria dei soggetti attivi, come si è visto, è stata ampliata sino a ricomprendervi gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, soggetti che sono privi della qualifica di "fallito". Il legislatore, così operando, non solo ha finito per rendere la nuova norma del tutto eterogenea, quanto ai soggetti attivi, rispetto alle altre disposizioni inserite nel titolo VI, capo I della legge fallimentare³, ma non si è neppure preoccupato di procedere al necessario coordinamento con l'art. 225 della legge fallimentare, ai sensi del quale si applicano le pene stabilite dall'art. 218 agli amministratori e ai direttori generali di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso il fatto ivi previsto.

La modifica legislativa tuttavia non sembra tale da rendere applicabile la norma a prescindere dall'avvenuta declaratoria di fallimento dell'imprenditore individuale esercente un'attività commerciale. Non sembrano infatti venute meno le ragioni che avevano indotto gran parte

* *Presidente della Corte di Assise di Milano*

della dottrina ad annoverare il ricorso abusivo al credito nel novero dei reati per i quali la dichiarazione di fallimento funge da condizione obiettiva di punibilità. Si è sostenuto, al riguardo, che “un argomento sistematico non secondario continua a provenire dalla formulazione dell’art. 222, l. fall. e, quindi, dalla disparità di trattamento che sussisterebbe, altrimenti, tra i soci illimitatamente responsabili (per i quali il fallimento rappresenta certamente una condizione di punibilità) ed i soggetti evocati dal novellato art. 218, l. fall.”⁴. Per non dire poi dell’altra inspiegabile disparità di trattamento che si verificherebbe nell’ambito dell’impresa individuale, in quanto il fallimento dell’instatore è punito solo in caso di fallimento (art. 227 della legge fallimentare)⁵.

L’oggetto di tutela

L’oggetto primario di tutela è costituito dal patrimonio dell’altro contraente. Inoltre, il mantenimento della fattispecie nel novero dei reati fallimentari, per le ragioni brevemente esposte, il trattamento punitivo ben più severo rispetto a quello previsto per il reato di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.), figura simile di illecito penale e dal contenuto in gran parte coincidente e, infine, la procedibilità di ufficio inducono a ritenere che la norma tuteli una più ampia cerchia di interessi dei creditori, sui quali si ripercuote l’offesa⁶. In altri termini, la norma estende “la protezione ai precedenti creditori dell’imprenditore dissestato, pregiudicati dall’ulteriore appesantimento della situazione debitoria”⁷. Sul punto si segnala una generale uniformità di orientamenti.

L’elemento oggettivo

Presupposto della condotta è una situazione in atto di dissesto o di insolvenza la quale, ignota a chi concede il

credito, costituisce l’oggetto della dissimulazione e rappresenta la modalità di esecuzione del delitto in esame. Il legislatore della riforma ha tenuto distinto il dissesto dallo stato di insolvenza: la formulazione della norma appare ridondante, in quanto non si ravvisano nella legge fallimentare (v., ad es.: gli artt. 217, comma 1, n. 4; 224, comma 1, n. 2; 232, comma 3, n. 2) elementi differenziali che permettano di costruire due nozioni distinte. Ricordiamo che, a norma dell’art. 5 della legge fallimentare, lo stato di insolvenza “si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”. Esso consiste dunque in una non transitoria impossibilità, anche se non ancora manifestata con inadempimenti o altri fatti esteriori, a soddisfare regolarmente, e con mezzi normali, le obbligazioni assunte, in conseguenza del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre è irrilevante, ai fini della sua esistenza, qualsiasi accertamento sulle cause, sulla reperibilità di rapporti estranei all’impresa, sull’entità dei crediti fatti valere nei confronti dell’imprenditore.

Va segnalato che con l’art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, è stato introdotto il nuovo requisito dello “stato di crisi” in cui deve trovarsi l’imprenditore commerciale che intenda accedere alla procedura di concordato preventivo, ex art. 160 della legge fallimentare, così come sostituito dall’art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80; e che l’art. 160, nel testo attuale, stabilisce che “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Per “dissimulazione”, che è condotta diversa dagli artifici o raggiri che caratterizzano il delitto di truffa, si deve intendere il mero nascondimento della situazione di dis-

NOTE

¹ D’accordo con la dottrina maggioritaria e più autorevole, riteniamo, in contrasto con quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che la dichiarazione di fallimento costituisca condizione obiettiva di punibilità dei reati di bancarotta e non già elemento costitutivo. In questa sede ci limitiamo a segnalare, per tutti, C. Pedrazzi, *Sub art. 216 della legge fallimentare*, in C. Pedrazzi – F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, 18 e ss.; ID., *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi – A. Alessandri, L. Foffani – C. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 1999, 105 e ss.; e, più di recente, L. Conti, *Il*

diritto penale dell’impresa. I reati fallimentari, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXV, Padova, 2001, 528 e ss.: a tali opere si rinvia per ulteriori indicazioni di dottrina e per le segnalazioni della giurisprudenza.

² C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 179. Nello stesso senso, tra gli altri, U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, 462 e ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell’urbanistica*, Milano, 2001, 176 e ss.; L. Imperato, *Ricorso abusivo al credito e reati minori*, in L. Conti, *op. cit.*, 572 e ss. In senso contrario, tra gli altri, P.

Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 418; A. Lanzi, *La tutela penale del credito*, Padova, 1979, 125.

³ A. Perini, *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in *Giur. it.*, 2006, 879.

⁴ A. Perini, *op. loc. cit.*

⁵ In senso contrario, con riferimento al nuovo testo della norma, S. Seminara, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 556 e ss.. Con ivi ulteriori indicazioni.

⁶ C. Pedrazzi, *Sub art. 216 della legge fallimentare*, cit., 193.

⁷ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 179.



Magistrato Fiorentino del '300, www.gulottavarisclex.it

sesto, senza alcuna attività ingannatoria di convincimento. Tipica condotta di dissimulazione è il silenzio su tale situazione, il quale si pone in contrasto con la buona fede che l'art. 1337 c.c. esige nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto⁸. Potrebbero inoltre essere ricondotti al concetto di "dissimulazione" anche "i comportamenti attivi diretti non a indurre in errore, ma ad occultare i segni del dissesto, impedendone la percezione"⁹; mentre potrebbero integrare gli estremi del "raggiro", rilevante ai fini della configurabilità della truffa, il silenzio serbato in determinate circostanze in seguito a precise domande della controparte e, ancor più, le risposte mendaci alle sue precise richieste. Si deve tuttavia riconoscere che non è sempre agevole la distinzione tra dissimulazione del dissesto e simulazione dello stato di solvibilità. Va osservato al riguardo che la truffa si differenzia dal reato in esame sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo, in quanto gli artifici o i raggiri non sono riconducibili al concetto di dissimulazione del dissesto; e, sotto il profilo soggettivo, perché la truffa, al contrario del ricorso abusivo al credito, richiede il dolo specifico, vale a dire lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

La condotta incriminata consiste nel "ricorso al credito", che implica la pattuizione di un distacco temporale tra prestazione e controprestazione, non essendo sufficiente la semplice assunzione di un'obbligazione¹⁰.

E' necessario il conseguimento della prestazione da parte del soggetto qualificato o, quanto meno, di una parte di essa, nel senso che per l'integrazione del reato si richiede un effettivo depauperamento patrimoniale del soggetto

passivo che, ignaro, concede il credito, mentre non appare sufficiente la mera stipulazione del contratto, indipendentemente dall'adempimento¹¹.

Secondo la dottrina, è irrilevante la qualificazione giuridica del negozio: basta che "esso racchiuda una componente creditizia"¹². E così possono venire in considerazione i prestiti e i finanziamenti in denaro, lo sconto di cambiali, gli acquisti con pagamento differito, la percezione di anticipi in vista di future prestazioni, le cauzioni versa-

te dai dipendenti, ecc.¹³.

La norma, nella sua attuale formulazione, sanziona, al pari della precedente, anche la condotta dei soggetti qualificati che "continuano a ricorrere al credito".

Quest'ultima formula legislativa, ripetuta dal legislatore, è apparsa alla dottrina pleonastica, "essendo evidente l'irrilevanza penale degli atti compiuti prima dell'intervento del dissesto e non potendo sorgere fondato dubbio sulla responsabilità del soggetto qualificato sia nel caso che egli ricorra al credito soltanto dopo il dissesto (...), sia nel caso, di certo più frequente, che egli persista in una prassi già iniziata e resa illecita dall'insorgere dell'insolvenza e della sua dissimulazione"¹⁴.

L'espressione farebbe pensare ad un comportamento ripetuto nel tempo, abituale: si deve tuttavia considerare che la pluralità dei negozi creditizi, non intaccando l'unità del reato, comporta un aggravamento della pena, dovendo trovare applicazione l'art. 219, comma 2, n. 1, della legge fallimentare, che prevede una circostanza aggravante speciale.

Va ricordato che di recente sono stati prospettati la possibile ragione e il significato della formula legislativa ("continua a ricorrere al credito") che il legislatore ha continuato ad adottare.

Si è sostenuto¹⁵ in particolare che l'espressione, in realtà, assume un significato autonomo, in quanto sia il ricorso al credito sia il dissesto possono intervenire in qualunque momento della vita dell'impresa.

Secondo tale interpretazione, la norma tiene conto in realtà di questa evenienza e sanziona non solo le condotte usuali dell'imprenditore che, versando in stato di dissesto, ricorra al credito dissimulando la propria insolvenza, ma anche le condotte dell'imprenditore che, pur

investito in un certo momento della sua attività dal dissesto, "continui" nonostante ciò a ricorrere al credito, in violazione del preciso dovere di segnalare alla controparte il proprio stato di insolvenza.

Il ricorso al credito, secondo l'innovazione apportata al comma 1 della norma in esame, può avvenire anche al di fuori dei casi di cui ai precedenti artt. 216 e 217, che prevedono, rispettivamente, i delitti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice.

Ne consegue la possibile configurabilità del concorso formale con talune delle ipotesi che danno vita a quest'ultimo reato.

Trattandosi, a nostro avviso, di reato fallimentare, esso si consuma alla data della sentenza dichiarativa.

Diversa la soluzione, ovviamente, ove si ritenga che non si tratti di reato di natura fallimentare.

E' da ritenere ammissibile il tentativo.

L'eventuale adempimento è irrilevante, contrariamente a quanto vale per il delitto di insolvenza fraudolenta, per il quale è prevista una speciale causa estintiva, consistente nell'adempimento dell'obbligazione prima della condanna.

E ciò ben si comprende ove si ponga mente al fatto che lo spontaneo adempimento dell'imprenditore in stato di dissesto "andrebbe a scapito degli altri creditori, i cui interessi, si è visto, non sono affatto estranei alla tutela"¹⁴.

L'elemento soggettivo

Il reato è punito a titolo di dolo generico, che consiste nella coscienza e volontà di far ricorso al credito con la consapevolezza del dissesto che viene dissimulato.

Il trattamento sanzionatorio e le circostanze

Delle pene principali si è già detto all'inizio.

Per quanto riguarda le pene accessorie, il comma 3 della norma in esame dispone che, salve quelle previste dagli artt. 28 ss. c.p., la condanna comporta l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni. Al delitto di ricorso abusivo al credito si applicano le circostanze speciali previste per il delitto di bancarotta (art. 219 della legge fallimentare).

Costituisce pertanto circostanza aggravante l'aver cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, che comporta un aumento di pena fino alla metà.

Il reato è inoltre aggravato se il soggetto qualificato ha commesso più fatti di ricorso abusivo al credito ovvero se ha agito nonostante il divieto per legge di esercitare un'impresa commerciale: in tali casi la pena è aumentata fino ad un terzo. Costituisce invece circostanza attenuante, che comporta la diminuzione di pena fino ad un terzo, l'aver cagionato un danno di particolare tenuità.

NOTE

⁸ La dottrina è sul punto divisa: per la rilevanza del silenzio circa lo stato di dissesto, v., ad es., R. Provinciali, *Ricorso abusivo al credito*, in *Dir. fall.*, 1952, I, 197; A. Lanzi, *op. cit.*, 122; U. Giuliani-Balestrino, *op. cit.*, 471; C. Pedrazzi, *Sub art. 218*, cit., 197 e ss.; in senso contrario, ad es., F. Antolisei, *op. cit.*, 179 e ss.; P. Nuvolone, *op. cit.*, 416. In vario senso la giurisprudenza, che talora ha ritenuto rile-

vante il semplice silenzio (ad es., Cass. 12 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 864); mentre in altre occasioni ha escluso che si richiedano atti positivi di occultamento o dichiarazioni mendaci (ad es., Cass. 13 marzo 1962, *ivi*, 1962, 843).

⁹ C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, cit., 180.

¹⁰ C. Pedrazzi, *Sub art. 218*, cit., 195.

¹¹ C. Pedrazzi, *op. ult. cit.*, 197, con *ivi* l'indicazione

della dottrina contraria.

¹² C. Pedrazzi, *op. ult. cit.*, 196.

¹³ Per il rilascio di assegni postdatati, che è sintomo eloquente di carenza di fondi, v. Cass. 3 marzo 1971, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1972, 1088.

¹⁴ Così, per tutti, F. Antolisei, *op. cit.*, 178.

¹⁵ L. Imperato, *op. cit.*, 579.

¹⁶ C. Pedrazzi, *op. loc. cit.*

GIOVENALE, (POETA LATINO, 50/65 - 140 CA.), SATIRE, XIII

> C'è chi, come prezzo del proprio misfatto, ebbe la forca, chi la corona. <