

Reati societari

# LA NUOVA BANCAROTTA

Riformulata l'ipotesi di bancarotta da reato societario. Ora ne rispondono gli autori che hanno determinato il dissesto

di **Andrea Pellegrino\***

— L'espressione *bancarotta societaria* è entrata nel linguaggio giuridico per contrassegnare i fatti di bancarotta, fraudolenta (art. 223, co. 1, legge fallimentare) e semplice (art. 224, n. 1), commessi dagli organi di amministrazione (amministratori e liquidatori), direzione (i soli direttori generali) e controllo (i sindaci) delle società dichiarate fallite; essa designa, pertanto, una sottoclasse della "bancarotta impropria", vale a dire della bancarotta caratterizzata, quanto al soggetto attivo del reato, dal fatto di essere commessa da "persone diverse dal fallito". Peraltro, l'espressione bancarotta impropria si addice anche alle ipotesi di bancarotta fraudolenta e semplice, contemplate rispettivamente dagli artt. 223, co. 2, e 224 n. 2<sup>1</sup>.

In passato, secondo l'interpretazione dottrina e giurisprudenziale dominante<sup>2</sup>, ai fini dell'integrazione della bancarotta da reato societario, non si richiedeva la sussistenza di un nesso di causalità tra il "fatto-reato" ed il dissesto della società essendo sufficiente che il secondo intervenisse dopo la commissione del primo. Era pertanto frequente che a titolo di bancarotta da reato societario fossero incriminati fatti (in particolare, false comunicazioni sociali) risalenti nel tempo, quando la società era *in bonis*, attribuibili, se del caso, a soggetti diversi da quelli che, con successive malefatte, avevano determinato l'irreversibile crisi economica della società. Escludendo la necessità di un nesso causale tra "fatto" e dissesto, si giungeva ad affermare che il bene giuridico tutelato era quello stesso protetto dal reato societario: di fatto, la fattispecie serviva soprattutto per incriminare la falsità ideologica di una scrittura contabile al di fuori dei limiti ontologici caratterizzanti la bancarotta fraudolenta documentale, senza dover, in particolare, dimostrare la sussistenza del fine di arrecare pregiudizio ai creditori o di voler impedire la ricostru-

zione del patrimonio o del movimento degli affari della società ovvero dello scopo di profitto.

## La bancarotta: reato autonomo

Con l'art. 4 del d.lgs. 61/02 è stata riformulata la disposizione incriminatrice della bancarotta "da reato societario". Ne rispondono ora gli amministratori, i direttori generali, i sindaci<sup>3</sup> ed i liquidatori di società fallite che abbiano cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c..

La "nuova" fattispecie dà vita ad un reato autonomo rispetto ai reati societari richiamati con previsione di un evento unico (dissesto)<sup>4</sup>. E la volontà di tutelare i creditori sociali appare oggi incontrovertibile in considerazione del fatto che il disvalore della nuova fattispecie si concentra sul risultato del "fatto" integrante il reato societario<sup>5</sup>. In dottrina si è operata una suddivisione in tre classi di comportamenti, aventi caratteristiche diverse.

Una prima classe comprende la bancarotta fraudolenta, patrimoniale e documentale, di cui all'art. 216, co. 1, richiamato dall'art. 223, co. 1.

La fraudolenta diminuzione dell'attivo o il gonfiamento del passivo finalizzato ad arrecare pregiudizio ai creditori, da una parte, le condotte, anche specifiche, finalizzate a rendere o che rendono impossibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari dell'impresa, dall'altra, sono attività punite, a titolo di bancarotta fraudolenta, per il sol fatto che ad esse sia seguita la sentenza dichiarativa di fallimento. A questa prima classe di comportamenti era in tutto assimilabile la precedente figura di bancarotta impropria conseguente a reato societario. La bancarotta fraudolenta patrimoniale veniva quindi intesa come reato

\* Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano

di pericolo, sul presupposto che, nei casi di diminuzione fittizia del patrimonio, l'interesse all'integrità della garanzia patrimoniale era soltanto esposto a pericolo<sup>6</sup>.

Una seconda classe di comportamenti è rappresentata dalle condotte punite a titolo di bancarotta preferenziale dall'art. 216, co. 3, richiamato dall'art. 223, co. 3. Un reato meno grave perché lesivo della *par condicio creditorum*, caratterizzato inoltre dall'individuazione di un'area temporale di rilevanza penale del fatto. Anche la bancarotta preferenziale è stata ritenuta dalla giurisprudenza un reato di pericolo, con punibilità anche del pagamento "potenzialmente" preferenziale a condizione che poi segua il fallimento.

La terza ed ultima classe, concernente il solo imprenditore collettivo, è rappresentata dalla causazione con dolo o per effetto di operazioni dolose del fallimento della società, ed è punita dall'art. 223, co. 2, n. 2: era questa, prima della riforma, l'unica ipotesi di bancarotta che richiedesse un evento materiale rappresentato dal dissesto.

## Una riforma lungamente attesa

Mentre è rimasta immutata la forma esterna della previsione della "bancarotta impropria" di cui all'art. 223, co. 2, n. 1 (nel senso che si è confermata l'intenzione del legislatore di rinvenire una maggiore tutela degli interessi del ceto creditorio prevedendo un diverso e più grave sistema sanzionatorio per taluni illeciti penali-societari commessi nel corso della gestione di una società dichiarata fallita) è stata profondamente mutata la disposizione nel suo contenuto, essendo il legislatore intervenuto:

- a) sull'elenco dei "fatti" di illecito penale richiamati dalla disposizione, con conseguente ampliamento del ceto creditorio<sup>7</sup>;
- b) sul problema del rapporto causale intercorrente tra condotta costituente l'ipotesi di illecito societario e il fallimento della società;
- c) sulla problematica connessa alla natura della fattispecie, venendo a creare una sicura "fattispecie"

### NOTE

1 Nel gergo vi sono ulteriori definizioni di bancarotta, e precisamente:

-la *bancarotta documentale*, che si realizza quando l'imprenditore abbia distrutto, sottratto o falsificato in tutto o in parte le scritture contabili per recar danno ai creditori; questa condotta impedisce di ricostruire il reale andamento dell'impresa, con pregiudizio dei creditori che saranno nell'impossibilità di individuare o accertare eventuali passività su cui soddisfare le loro pretese;

-la *bancarotta post-fallimentare*, che si realizza quando l'imprenditore fallito sottrae, alla massa attiva destinata alla liquidazione, dei beni che gli pervengano in ragione della propria attività; si configura solo se l'entità del sottratto al patrimonio fallimentare superi ciò che è quantificato dal giudice (nella sentenza dichiarativa di fallimento) come necessario per le esigenze di mantenimento della famiglia;

-la *bancarotta preferenziale*, che si realizza quando l'imprenditore, prima o dopo la dichiarazione di insolvenza, agevoli un creditore con pregiudizio rispetto ad altri; l'atto deve rivelarsi di favore per uno e di danno per gli altri (non si verifica la fattispecie allorché il fatto sia funzionale ad altri scopi: si pensi al pagamento di un creditore effettuato dall'imprenditore con il preciso scopo di farlo desistere dal richiedere dichiarazione di fallimento nei suoi confronti).

2 Pedrazzi, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Reati fallimentari*, Bologna 1998, 135; La Monica, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati fallimentari*, Milano, 1988, 466; Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 349; Pajardi-Formaggia Terni De Gregori, *I reati fallimentari*, Milano, 1994, 164; Cass. pen. sez. V, 7 luglio 1998, Ranzini, in Cass. pen. 2001, 291; Cass. pen. sez. V, 20 febbraio 1998, Tassinari, in *Guida al dir.* 15/1998, 103; Cass.

pen. sez. V, 18 marzo 1999, p.m. in c. Galli, in Cass. pen. 2001, 1337; Cass. pen. sez. V, 20 gennaio 1987, Beltrami, in Cass. pen. 1988, 1543; Cass. pen. sez. V, 24 aprile 1987, Montefiore, in Cass. pen. 1988, 1543; Cass. pen. sez. V, 11 marzo 1986, Padovese, in Cass. pen. 1987, 1828.

3 Con riferimento ai sindaci, merita di essere evidenziata una recente sentenza della Suprema Corte (Sez. V penale, 10 novembre 2005, n. 40815) che, pur inserendosi nel solco giurisprudenziale che imputa ai sindaci la responsabilità per omesso controllo ovvero per mancato impedimento od ostacolo all'attività illecita degli amministratori superando una pregressa visione riduttiva del controllo inteso come mero riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione per riaffermare che il compito si esplicita nella verifica del riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione, pone un doveroso "distinguo" tra sindaci effettivi e sindaci supplenti, negando che questi ultimi possano essere chiamati a rispondere del reato di bancarotta. Detta conclusione si basa sul rilievo che non è il momento della nomina quello che rileva nella costruzione della posizione di garanzia, ma piuttosto il momento del disimpegno delle relative funzioni che, per i supplenti, non può essere antecedente e non può prescindere dalle cause previste per il subentro ai titolari (morte, rinuncia, decadenza): solo tali eventi comportano l'assunzione, da parte dei supplenti, dei poteri ispettivi previsti dall'art. 2403 (oggi 2403 bis) c.c. e ciò è determinante ai fini della configurazione della responsabilità penale del sindaco dal momento che questa non può affermarsi *tout court* in ragione del mancato esercizio dei doveri di controllo, ma soltanto nella misura in cui abbia avuto effettiva incidenza di contributo causale nella commissione del reato da parte degli amministratori.

4 Il termine "dissesto" non è un concetto giuridico, ma essenzialmente economico e descrive una condizione definitiva ed irreversibile di impotenza economica-finanziaria della società ad assolvere alle proprie obbligazioni; ma il concetto di dissesto non coincide nemmeno con quello di "insolvenza" posto che in tale ambito si finisce per ricomprendere anche la mera "illiquidità", situazione per la quale la società non è in grado di assolvere alle proprie obbligazioni con "mezzi normali di pagamento".

5 Bricchetti, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida al dir.* 16/2002, 84; Lanzi, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. e soc.* 10/2002, 18; Putinati, *La nuova bancarotta societaria imputazione oggettiva e soggettiva*, in *Dir. prat. e soc.* 11/2002, 12; Troyer, *La nuova fattispecie di bancarotta da reato societario*, in *Riv. dott. comm.* 2000, 773; Mangione, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda-Seminara, Padova, 2002, 609.

6 La bancarotta fraudolenta documentale "specifica" (distruzione, sottrazione e falsificazione delle scritture contabili) è un reato di pericolo che sussiste anche se l'azione non consegue lo scopo di arrecare un pregiudizio ai creditori o di procurare un ingiusto profitto; d'altro lato, la bancarotta fraudolenta documentale "generale" (tenuta delle scritture contabili in modo tale da impedire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari) è ritenuta sussistere anche se "con notevoli difficoltà" sia possibile operare *aliunde* la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

7 Trattasi di reati che incidono fondamentalmente su tre aree di alto interesse per i terzi, e precisamente: l'informativa societaria, la tutela dell'integrità del capitale sociale; la trasparenza della condotta degli amministratori che deve essere improntata al perseguimento degli interessi della società.

autonoma” di reato che assume la configurazione di reato speciale o complesso ex art. 15 c.p..

Dovendosi ormai abbandonare la visione meccanicistica che vuole la bancarotta come il “risultato” dell’atto gestorio illecito accompagnato dal fallimento e passando alla diversa concezione per la quale l’atto gestorio deve essere eziologicamente correlato con il dissesto della società, si deve giungere alla conclusione che i fatti costituenti illecito societario sono rilevanti in un ambito di bancarotta “impropria” in quanto compiuti in rapporto causale con il dissesto e, qualora questi ultimi non siano causativi di tale dissesto, non dovranno essere fatti rientrare, per via indiretta, nell’area di punibilità di cui all’art. 216.

### Le operazioni dolose

Si tratta ora di considerare il rapporto intercorrente fra il n. 1 e il n. 2 del cpv. dell’art. 223.

L’ultima parte della disposizione prevede una classica fattispecie penale di chiusura, che estende l’area della punibilità ricomprendendo quelle ipotesi di scelta gestoria della società che ne comportano il fallimento, sia come effetto direttamente previsto e voluto dal soggetto agente, sia come effetto riflesso derivante dal compimento di operazioni dolose. Nel sistema previgente si affermava che con la medesima condotta era possibile sia commettere la violazione dell’art. 216 che quella dell’art. 223<sup>8</sup>. La soluzione adottata in passato dalla giurisprudenza non può oggi ritenersi sicura per quei fatti che integrano le ipotesi di reato societario richiamate dall’art. 223 cpv. n. 1 e funzionalmente connesse con la causazione del dissesto. Invero, se con riferimento alla fattispecie “cagionare con dolo” il fallimento della società”, la condotta punibile si identifica con la “volontà di cagionare il fallimento della società”, con condotta a forma libera ed orientata ad un

evento ben specifico (preveduto e voluto), di talché, quest’ultimo - nella sua realizzazione - trascende il rilievo delle modalità con le quali il soggetto intende realizzare il fallimento e, conseguentemente, risulta possibile la contemporanea violazione di diverse fattispecie penali, certamente più complessa e articolata è la ricostruzione del possibile rapporto intercorrente tra il nuovo art. 223 cpv. n. 1 e l’art. 223 cpv. n. 2, seconda parte (“avere cagionato il fallimento per effetto delle operazioni dolose”).

La nuova formulazione della prima parte del capoverso ha comportato un’inevitabile restrizione dell’area di operatività dell’ultima parte del capoverso. Invero, l’allargamento del numero delle fattispecie richiamate ed integranti ipotesi di illecito societario in quanto relazionate con la causazione del dissesto, spinge a ritenere che la generica dizione “avere cagionato il fallimento per effetto delle operazioni dolose” non possa che riferirsi ad ipotesi fattuali diverse da quelle che già integrano i singoli reati societari<sup>10</sup>, aggiungendosi, peraltro, che l’area di operatività della parte della disposizione in esame ha subito un’ulteriore restrizione con l’introduzione del reato di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Per concludere, va evidenziato come tra il nuovo e il vecchio testo dell’art. 223 vi sia ormai unanime giudizio in ordine alla continuità normativa<sup>11</sup>, dal momento che:

- la norma preesistente e quella successiva tutelano il medesimo interesse giuridico (repressione di quelle condotte di gestione societaria che incidono negativamente sulla capacità della stessa ad assolvere alle proprie obbligazioni);
- i soggetti agenti sono rimasti immutati;
- l’elemento psicologico richiesto (dolo generico) è rimasto invariato;
- nella struttura della condotta, il fatto costituente illecito societario è rimasto inalterato rispetto alla previsione contenuta nella precedente disposizione.

### NOTE

<sup>8</sup> Cfr. Cass. sez. V, 23 febbraio 1995, in *Giust. pen.* 1995, II, 645, secondo la quale l’amministratore, sia di fatto che di diritto di società fallita, che opera sul mercato col progetto di fare acquisti di merce in frode ai fornitori, omettendo sistematicamente i pagamenti e sottraendo il ricavato alla garanzia dei creditori, pone in essere tanto il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216 n. 1), quanto quello di bancarotta fraudolenta impropria ipotizzata dall’art. 223, co. 2, n. 2.

<sup>9</sup> Si noti come vi sia sempre stato disaccordo sulla latitudine da attribuire al termine “dolo”. Per taluni il

termine è da ricondursi al concetto di cui all’art. 43 c.p. ricomprendendosi quindi tanto la violazione diretta che quella indiretta o eventuale (cfr., Trib. Torino 26 novembre 1993, in *Fisco* 1994, 669, con nota di Campolattaro), mentre per altri il termine “dolo” sarebbe da intendersi in senso stretto, comprensivo dei soli casi nei quali il “fallimento” è direttamente voluto dall’agente (in tal senso cfr., Cass. 16 dicembre 1966, in *Giust. pen.* 1967, II, 649).

<sup>10</sup> E’ francamente inaccettabile ricomporre la convivenza delle due parti della disposizione attraverso un discorso squisitamente lessicale riconducibile alla

diversità o alla identità dei termini “fallimento-insolvenza”.

<sup>11</sup> Cfr., Cass. sez. V, 21 maggio 2002, in *Foro it.* 2002, I, 401, nella quale si afferma a chiare note che la modifica legislativa non ha comportato l’abolizione generalizzata delle anteriori fattispecie criminose, ma soltanto la successione di una nuova norma incriminatrice che ha escluso la rilevanza penale di alcune ipotesi già punite come reato, bensì ha conservato tale rilevanza rispetto ad altre ed anche ampliato sotto qualche aspetto le precedenti previsioni incriminatrici.