

Bancarotta prefallimentare e principio di offensività: la bancarotta cd. riparata.
Osservazioni a Cass., Sez. V, 7 aprile 2017, n. 17819.
di Pasquale Mandolino

Sommario

1 PREMESSA.....	2
a) LA VICENDA PROCESSUALE	2
b) IL CASO CONCRETO	2
c) RAGIONI DEL RICORSO.....	2
d) <i>QUAESTIO IURIS</i>	3
2 LA PRONUNCIA	3
a) RICOGNIZIONE DEI PRINCIPI DI DIRITTO	3
b) LA BANCAROTTA TRA VECCHIE E NUOVE FORME DI RESPONSABILITA' OGGETTIVA	5
c) PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E FATTISPECIE DI BANCAROTTA CD. RIPARATA	6
d) REATO DI PERICOLO CONCRETO E CRITERI DI ACCERTAMENTO	8
e) NATURA GIURIDICA DELLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO..	8
f) LA CD. ZONA DI RISCHIO PENALE	9
g) IMPUTABILITÀ SOGGETTIVA DEL PERICOLO CONCRETO.....	10
h) CONCLUSIONI: INFEDeltÀ PATRIMONIALE EX ART. 2634 C.C. E "CONSAPEVOLE ESPOSIZIONE A PERICOLO DELLA MASSA DEI CREDITORI"	10
3 OSSERVAZIONI FINALI.....	12

1 PREMESSA

a) LA VICENDA PROCESSUALE

Il **Giudice per le indagini preliminari** del Tribunale di Roma, all'esito di giudizio abbreviato, emetteva sentenza di **condanna** in ordine al reato di **bancarotta fraudolenta patrimoniale** a carico di un imputato, il quale, all'epoca dei fatti, rivestiva la carica di amministratore unico di società a responsabilità limitata. La **Corte d'Appello** capitolina, convalidando le valutazioni del giudice di prime cure, **confermava** la pronuncia di condanna. L'imputato quindi proponeva ricorso alla Suprema Corte, la quale, a seguito del giudizio, si determinava per **l'annullamento con rinvio** al giudice di seconda istanza.

b) IL CASO CONCRETO

L'attenzione dei giudici romani, nei tre diversi giudizi, si concentrava sulla condotta di un imputato, il quale dal 1990 al 14 marzo 2005 aveva rivestito varie cariche apicali nella compagine di una società a responsabilità limitata. Detta impresa già nel **2002** lasciava emergere uno **stato di insolvenza**, rappresentato dall'incapacità di far fronte all'indebitamento verso l'erario e verso i fornitori, per giungere, in data **8 marzo 2006**, a vedere emettere la **dichiarazione di fallimento**. Orbene, nel **2003**, l'imputato, odierno ricorrente, quale **amministratore unico** dell'impresa, effettuava la **cessione** di un **immobile**, appartenente alla società, al prezzo di 28.883,00 euro, effettivamente versati nelle casse della società e ritualmente contabilizzati. Il trasferimento avveniva **a favore dei propri suoceri, i quali poi lo conferivano in una società, costituita nel 2005 ed amministrata dalla moglie del ricorrente**. Il giudice del merito riteneva che l'alienazione al suddetto prezzo si configurasse **sottocosto**, emergendo processualmente che il valore commerciale effettivo dell'immobile ammontasse a 45.832,00 euro. La divergenza tra il costo formulato in sede documentale e contabile e quello commerciale effettivo e la destinazione endo-familiare dell'atto di cessione, inducevano il giudice del merito a ravvisare in tale operazione economica una **condotta di natura distrattiva**, che, valutata in uno alla successiva dichiarazione di fallimento, conduceva alla configurazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare *ex art. 216 L. Fall.*

c) RAGIONI DEL RICORSO

L'essenziale **ragione** che il ricorrente poneva a base della sua **istanza** alla Suprema Corte era la necessità di una **rivalutazione dell'atteggiamento psicologico** che avrebbe caratterizzato il commesso reato. Nel giudizio di merito in primo grado, infatti, l'imputato, oltre ad essere condannato nei termini suesposti, veniva altresì assolto, perché il fatto non sussisteva, da un'imputazione del tutto identica a quella descritta ed avente, però, ad oggetto merci appartenenti alla società. In altre parole, il Tribunale decideva di **condannare** l'amministratore per la **vendita sottocosto** dell'**immobile**, attribuendovi valore **distrattivo rispetto agli obiettivi della società**, *ex art. 216 comma 1 n. 1 L. Fall.*, ma, al contempo **assolveva** l'imputato per la **vendita**, anch'essa **sottocosto**, di **merci** della società, ritenendo che essa - lungi dall'integrare una ipotesi di distrazione

di ricchezza dagli obiettivi aziendali - fosse **finalizzata proprio a soddisfare uno scopo sociale**, nella misura in cui dalla cessione di tali merci a prezzi ribassati conseguiva l'afflusso di liquidità, ciò che consentiva il pagamento dei debiti verso i fornitori anteriormente alla declaratoria di fallimento.

d) QUAESTIO IURIS

Gli Ermellini con la pronuncia in esame si sono trovati ad affrontare, dunque, la delicata *quaestio iuris*, rappresentata dalla **precisa identificazione** degli **elementi soggettivo ed oggettivo** del reato di bancarotta fraudolenta realizzata attraverso una condotta di tipo distrattivo.

Più esattamente l'impegno della Suprema Corte si è concentrato *in primis* sulla necessità di riconoscere **rilevanza o meno all'effettivo intento del reo** che commetta condotte di distrazione del patrimonio aziendale. In secondo luogo si è dovuto stabilire **in quale misura** riconoscere importanza a detto elemento soggettivo. È stato necessario soprattutto verificare fin dove l'elemento meramente psicologico possa essere determinante l'**integrazione o meno del reato** in esame e **se, a partire da dove e in che misura**, invece, essa **dipenda dall'elemento oggettivo del reato**.

Ben si comprende infatti che un atto di oggettiva fuoriuscita di ricchezza dal compendio aziendale, se colorato dal concreto intento del soggetto agente di conseguire un ingiusto profitto ovvero di pregiudicare i creditori, integrerebbe una forma di distrazione penalmente rilevante. Al contrario, un atto di indubbio trasferimento di ricchezza verso l'esterno della società, corredato dallo specifico intento di ottenere liquidità in tempi brevi e, quindi, provvedere al pagamento dei debiti societari, rappresenterebbe un atto funzionale ed istituzionale dell'impresa, impedendo l'emergere del reato di bancarotta.

Al contempo, però, **non è possibile affidare al solo elemento soggettivo del reato la natura di discrimen tra il penalmente rilevante ed il penalmente irrilevante**. Occorre, perciò, arginare la rilevanza del solo elemento psichico del reato, cercando di controbilanciarlo con **paletti e limiti**, da ricercare inevitabilmente nel tessuto dell'**elemento oggettivo del reato**, nelle cui maglie tali confini vanno puntualmente identificati.

2 LA PRONUNCIA

a) RICOGNIZIONE DEI PRINCIPI DI DIRITTO

I giudici della Suprema Corte, preso atto della vicenda processuale e sostanziale sottoposta alla loro attenzione e riconosciuta rilevanza ai dubbi e alle criticità esposte dalla parte ricorrente, al fine di meglio affrontare il nodo giuridico sotteso al fatto *de quo*, tracciano il quadro dei principi di diritto esistenti in materia, per valutare *in primis* se la pronuncia di merito abbia fatto corretta applicazione degli stessi o meno.

La Corte esordisce con l'affermare che **"... integra la condotta distrattiva di cui all'art. 216 comma 1 n. 1 L. Fall. la vendita di un bene della società, in una situazione di grave crisi finanziaria della stessa, con modalità tali da comportare un ingiustificato vantaggio economico,**

anche indiretto, al patrimonio del soggetto del reato proprio o di terzi che egli ha voluto favorire, con corrispondente sbilanciamento a carico del patrimonio della società in crisi ...”. Già in apertura viene chiarito, quindi, che la condotta di distrazione, stigmatizzata dall’art. 216 comma 1 n. 1 della L. Fall., sicuramente può essere integrata dalla cessione di beni dell’impresa che avvenga in modo tale da depauperare il patrimonio sociale ed arricchire quello del soggetto alienante o di terzi, qualora sullo sfondo si appalesi una condizione di dissesto finanziario della società.

Una condotta tenuta con tali caratteristiche ed a fronte di dette condizioni, realizzerebbe appieno la offesa al **bene giuridico** del reato in discussione, che va di certo individuato nel **patrimonio**. La Corte sgombra il campo da dubbi in ordine a quale sia il vero valore alla cui protezione tendono le fattispecie incriminatrici di bancarotta e, richiamando svariate pronunce del passato, lo identifica **nell’integrità del patrimonio nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori**. Lo scopo a cui tende la norma incriminatrice è, dunque, evitare che atti di trasferimento della ricchezza aziendale verso l’esterno dell’impresa possano ridurre il patrimonio della stessa e, *quoad effectum*, ridurre la garanzia dei creditori, i quali confidano su detto patrimonio per il soddisfacimento delle proprie legittime aspettative.

I giudici di legittimità esaminano, poi, il **rapporto** intercorrente tra l’**atto dispositivo**, idoneo a diminuire la garanzia patrimoniale dei creditori, e l’emersione dei **fattori sintomatici dello stato di crisi dell’impresa**.

Essi riconoscono che la configurabilità del delitto di bancarotta è **particolarmente agevole** ove emerga uno **stretto rapporto cronologico** tra l’atto di cessione e il palesarsi di segnali di crisi dell’impresa, come l’insolvenza o addirittura il dissesto. La contestualità temporale tra il trasferimento di ricchezza aziendale e l’emergere di uno stato di difficoltà dell’impresa non lascia grandi dubbi all’interprete sulla natura distrattiva dell’atto posto in essere.

Al contrario, invece, può rivelarsi **problematica** la ravvisabilità del reato di bancarotta per distrazione ove **manchi** tale **stretto rapporto cronologico** tra i due termini. In tal caso, la fuoriuscita di ricchezza dal contesto aziendale e la condizione di sofferenza economico-finanziaria dell’impresa sarebbero correlabili, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, in modo meno intuitivo ed evidente. L’atto di cessione e lo stato di difficoltà infatti potrebbero rivelarsi, nel complesso, indipendenti l’uno dall’altra, così venendo meno una vicenda distrattiva dotata di penale rilevanza.

È di facile intuizione che, dietro queste valutazioni operate dalla Corte, si nasconde il continuo **timore** che fatti di bancarotta fraudolenta possano essere addebitati sulla base di malcelate forme di **responsabilità oggettiva**, notoriamente messa al bando, ormai in via definitiva, dall’art. 27 Cost., che consacra il principio della natura personale della responsabilità penale. È in forza di questo addentellato normativo che la Corte Costituzionale, con la famosa sentenza n. 1085 del 1998, ha affermato la necessità della sussistenza di un collegamento psichico pur minimo tra reo e condotta, che va identificato almeno nella colpa.

Con riguardo specifico al reato di bancarotta, infatti, il **rischio** è che, in presenza di condizioni di difficoltà economico-finanziarie dell’impresa e di più o meno contestuali atti di esodo di ricchezza verso destinatari extra-aziendali, l’imprenditore o altro soggetto operante in modo qualificato all’interno della compagine societaria, che abbiano disposto tali atti di cessione, siano chiamati a rispondere dell’incriminazione di **bancarotta** e tanto **per il solo fatto di rivestire la qualità di imprenditore o altro rilevante ruolo**, cioè pur in assenza di qualunque intento abusivo o anche solo di imprudenza, che combinino, sotto il profilo psichico, i fatti di cessione e la crisi aziendale.

b) LA BANCAROTTA TRA VECCHIE E NUOVE FORME DI RESPONSABILITA' OGGETTIVA

I giudici di legittimità, quindi, passano rapidamente in rassegna una serie di **principi** che nel tempo l'evoluzione pretoria ha fissato nell'ottica di una **più o meno severa espulsione di** meccanismi di **responsabilità oggettiva dalle fattispecie di bancarotta**.

Viene ribadito che, ai fini della configurazione del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione occorre la prova che l'imprenditore, con la consapevolezza di aggravare la situazione di dissesto, distacchi un bene dal proprio patrimonio, sottraendolo alla garanzia dei creditori. In particolare, il Supremo Collegio ha affermato che *“la facoltà dell'imprenditore di disporre dei suoi beni prima della dichiarazione di fallimento trova infatti un limite nella destinazione del patrimonio medesimo alla funzionalità dell'impresa ed all'adempimento delle obbligazioni contratte”*¹.

Nel definire il concetto di **distrazione** penalmente rilevante la Corte ha evidenziato trattarsi di atto mediante il quale *“... l'imprenditore faccia coscientemente uscire dal proprio patrimonio uno o più beni al fine di impedirne l'apprensione da parte degli organi del fallimento ...”*². Andando a ritroso nel tempo a cercare tra le pieghe dell'evoluzione giurisprudenziale, si è posto il problema per cui, pur essendo la bancarotta fraudolenta punita a titolo di dolo generico e non sulla base del dolo specifico, consistente nell'intento pregiudizievole verso i creditori, *“... distrazioni ed occultamenti possono verificarsi in momenti diversi ed anche remoti della vita dell'impresa ...”* e pertanto in tali casi *“... assumono rilevanza i fatti posti in essere in previsione dell'insolvenza e della probabile dichiarazione di fallimento, perché soltanto in relazione a tali fatti può sussistere la consapevolezza di sottrarre beni all'esecuzione concorsuale”*³.

Più recentemente si è configurata, *ex adverso*, una certa **inversione di tendenza giurisprudenziale** in ordine all'identificazione dei requisiti del reato di bancarotta. In particolare si è sostenuto che *“... i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza”*⁴. Guardando allo stato dell'arte nel panorama giurisprudenziale precedente, ci si imbatte nella pronuncia secondo la quale, partendo dal presupposto che la bancarotta fraudolenta è punita a titolo di dolo generico, *“... sul dolo non ha incidenza, quindi, né la finalità perseguita in via contingente dal soggetto, che è fuori della*

¹ Cass., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178.

² Cass., Sez. V, 12 dicembre 1979, n. 2674.

³ Cass., Sez. V, 25 febbraio 1977, n. 14905.

⁴ Cass., Sez. V, n. 39546/2008.

*struttura del reato, né il recupero o la possibilità di recupero del bene distaccato, attraverso specifiche azioni esperibili, in quanto la norma incriminatrice punisce ... il fatto della sottrazione. [Essa] si perfeziona al momento del distacco dei beni dal patrimonio della società, anche se il reato viene ad esistenza giuridica con la dichiarazione di fallimento e prescinde ... dalle eventuali azioni esperibili per l'acquisizione del bene. Il recupero del bene ... è un posterius, che non ha incidenza giuridica sulla fattispecie ormai perfetta ed è equiparabile alla restituzione della refurtiva operata dalla polizia*⁵. La prospettiva interpretativa da ultimo evidenziata è connotata da termini fortemente oggettivi. Essa, infatti, identifica la distrazione quale mero fatto della fuoriuscita o distacco di ricchezza dal patrimonio dell'impresa e ciò a prescindere dalla qualità, natura ed oggetto del distacco. In modo particolare questa impostazione focalizza l'attenzione dell'interprete sulla ricerca della prova in ordine al momento genetico del distacco, lasciando sullo sfondo ogni accertamento sia in ordine alla qualità od entità di tale depauperamento, sia soprattutto in ordine alla attitudine concreta del fatto distrattivo a porre in pericolo la garanzia, che la comunità dei creditori potrà escutere al tempo della declaratoria di fallimento.

c) PRINCIPIO DI OFFENSIVITA' E FATTISPECIE DI BANCAROTTA CD. RIPARATA

In senso a dir poco opposto va la pronuncia di legittimità, secondo la quale “... *l'offesa provocata dal reato non può ridursi al mero impoverimento dell'asse patrimoniale dell'impresa, ma si restringe alla diminuzione della consistenza patrimoniale idonea a danneggiare le aspettative dei creditori. Questi ultimi, quali persone offese, sono – invero – l'indispensabile referente per lo scrutinio in discorso. ... è integrativa del reato non già la sottrazione di ricchezza ... ma soltanto quella che reca danno alle pretese dei creditori.*” La Corte argomenta tale assunto, sottolineando come, *ex adverso*, l'imprenditore, quando non vive uno stato di crisi o comunque di difficoltà ovvero quando è *in bonis*, può disporre dei propri beni in modo tendenzialmente libero, dando loro destinazioni che non necessariamente contraddicano la regola aurea di cui all'art. 2740 c.c. Da una lettura *a contrario* dell'art. 217 comma 1 n. 1 della L. Fall. È, anzi, desumibile che l'imprenditore è addirittura legittimato a fare spese personali o per la famiglia di entità anche non minima, ove, chiaramente, la condizione economica glielo consenta. Addirittura l'imprenditore sarebbe autorizzato finanche a compiere operazioni economiche imprudenti, impiegando una parte contenuta del proprio patrimonio, sempre che le sue condizioni economiche siano favorevoli, perché in tal caso non vi sarebbe spazio alcuno per l'emersione della fattispecie di bancarotta semplice.

⁵ Cass., Sez. V, 17 maggio 1996, n. 9430.

È a questo punto dell'*iter* argomentativo seguito della Corte che viene introdotto ed affrontato il fenomeno della **bancarotta cd. riparata**. In particolare, viene sconfessata la tesi secondo cui il reato ex art. 216 l. fall. sarebbe integrato, sotto il profilo oggettivo, da qualsivoglia ingiustificata fuoriuscita di ricchezza dal patrimonio dell'impresa. Sostiene infatti *expressis verbis* il Supremo Consesso che "... **[non è] integrato il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui la somma sottratta dalle casse sociali, riportata da relativa annotazione contabile, sia incontrovertibilmente riversata nella sua integralità – dai soci che l'avevano prelevata – nelle casse della società prima della dichiarazione di fallimento ...**". La bancarotta cd. riparata corrisponde, dunque, al fatto di bancarotta, nel quale alla movimentazione di ricchezza avente carattere distrattivo segue una contro-movimentazione della stessa ricchezza verso il patrimonio dell'impresa, ovvero un rientro delle sostanze dell'impresa, che, ove avvenga prima della declaratoria di fallimento, vale ad escludere la configurazione stessa del reato. I giudici di legittimità proseguono evidenziando che "... **ancorché il reato di bancarotta abbia natura di reato di pericolo, per l'individuazione del relativo momento consumativo deve aversi riguardo alla dichiarazione giudiziale di fallimento e non già all'atto antidoveroso, con la conseguenza che la valutazione del pregiudizio ai creditori deve essere valutata al momento di tale dichiarazione e non a quello della storica commissione della condotta**". In altre parole la Corte fa una valutazione improntata ad estrema coerenza e logica, evidenziando come, se la consumazione del reato coincide con la declaratoria di fallimento e non già con la commissione del singolo atto distrattivo, ebbene anche la valutazione in punto di offensività del reato va collocata cronologicamente al tempo della pronuncia di fallimento piuttosto che all'epoca della fuoriuscita di ricchezza dal patrimonio della società.

Il filone pretorio appena esposto, dunque, finisce per riconoscere che la *deminutio* delle sostanze societarie, nelle varie forme, per esempio, di prelevamenti o finanziamenti a terzi o a soci, seguita da atti patrimoniali di segno contrario, restitutorio o anche compensativo, perfezionatisi prima che venga dichiarato fallimento, non integra la lesione del patrimonio societario e, *quoad effectum*, impedisce la configurazione del reato di bancarotta. Chiaramente l'impostazione in esame è sostenibile soltanto attraverso l'inquadramento del reato di bancarotta fraudolenta in termini di **fattispecie di pericolo concreto**. Infatti, tale ottica pretende che la configurabilità del reato sia subordinata sia alla prova delle lesione del bene giuridico protetto, sia alla prova che tale lesione permanga al tempo fissato *ope legis* ed identificato nel momento della pronuncia di fallimento. Il reato risulterà allora integrato soltanto laddove l'atto distrattivo abbia prodotto uno squilibrio tra attività e passività nel patrimonio sociale, idoneo ad impedire il soddisfacimento delle ragioni creditorie all'indomani della sentenza dichiarativa del fallimento.

d) REATO DI PERICOLO CONCRETO E CRITERI DI ACCERTAMENTO

I giudici della Suprema Corte puntualizzano, però, che **non deve essere confusa la “esposizione a pericolo” dei creditori, sufficiente per la configurazione del reato, con il “danno” agli stessi, che è vicenda diversa, poiché meramente eventuale e cronologicamente successiva alla prima.** Ove si cadesse in tale errore, infatti, si rischierebbe di trasformare la bancarotta fraudolenta da fattispecie di pericolo in fattispecie di danno, così ritardando eccessivamente la soglia di punibilità. L’esigenza che trapela dal discorso dei giudici di legittimità è essenzialmente, dunque, di **evitare che il reato in esame si trasformi in una fattispecie di pericolo presunto**, dove l’offensività sarebbe ridotta a mera *imago sine re*, disancorata da addentellati nella realtà empirica. Tale necessità viene avvertita fundamentalmente per impedire che nella fattispecie incriminatrice sopravvivano imbarazzanti profili di responsabilità oggettiva. Al contempo va scongiurata la prospettiva opposta, che subordinerebbe l’integrazione del reato all’emersione di un *vulnus* al ceto creditizio, ciò che renderebbe il reato di bancarotta più difficile da far emergere in termini probatori. L’idoneità dell’atto di depauperamento ad arrecare una *deminutio* alle garanzie dei creditori deve essere valutata sia in senso oggettivo che in senso soggettivo. Sotto quest’ultimo profilo è importante evidenziare che l’interprete deve utilizzare **criteri ex ante in relazione alle caratteristiche complessive dell’atto distrattivo e della situazione finanziaria della società**. La anteriorità di cui ai criteri di indagine deve essere intesa come riferita sia al tempo di commissione della condotta tipica, sia come permanenza o meno della medesima situazione al tempo di apertura della procedura fallimentare. Pertanto è possibile sostenere che è di sicuro determinante nel senso della configurazione del reato di bancarotta la circostanza che il soggetto agente avesse piena consapevolezza della situazione concreta dell’impresa e dell’incidenza dell’atto distrattivo sulle aspettative della massa dei creditori.

e) NATURA GIURIDICA DELLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO

La prospettiva fin qui illustrata, alla quale la Corte mostra di aderire, consente di fare dei passi ulteriori.

Da quanto sostenuto può *in primis* inferirsi l’**erroneità** della tesi che inquadra il **fallimento** in termini di **evento del reato**. Se così fosse, l’integrazione del reato sarebbe subordinata alla prova

del nesso di causalità tra la condotta distrattiva e la vicenda fallimentare, nonché alla prova che la stessa apertura della procedura concorsuale sia coperta dall'elemento soggettivo dell'illecito, essendo stata almeno oggetto di previsione e volontà da parte del reo.

In quest'ottica deve, in secondo luogo, ritenersi **inappropriata** anche la tesi che ricostruisce l'**elemento soggettivo** del reato di bancarotta pre-fallimentare in termini di **rappresentazione in capo all'agente della futura dichiarazione di fallimento**. In base a questa tesi tale rappresentazione psichica dovrebbe fondarsi sulla natura attuale del dissesto, nonché sulla previsione che la propria condotta di tipo distrattivo provocherà lo stesso dissesto.

f) LA CD. ZONA DI RISCHIO PENALE

La Corte con tale pronuncia intende attribuire, nel contesto della bancarotta fraudolenta, un valore fortemente indiziante al contegno dell'imprenditore che sia avvenuto nella **cd. zona di rischio penale**. Si tende, cioè, a valorizzare la circostanza che l'atto distrattivo dell'imprenditore si sia verificato in prossimità dello stato di insolvenza; in tali fattispecie, la considerazione di una condizione di emergenza economica dell'impresa dovrebbe orientare l'imprenditore verso determinate iniziative, conducendo dunque questi ad interpretare eventuali scelte di depauperamento del patrimonio sociale in termini di pericolo per la garanzia dei creditori dell'impresa.

E' chiaro, tuttavia, che sarebbe però errata anche una eccessiva valorizzazione della congiuntura su definita come cd. "zona di rischio penale", dal momento che fatti di bancarotta possono emergere **anche da contegni precedenti a tale fase della vita dell'impresa**. In questo caso, però, tali atti dovranno presentare dei connotati oggettivi univocamente rappresentativi dell'attitudine distrattiva, presentandosi gli stessi atti come coerenti rispetto all'evento giuridico, costituito dalla esposizione a pericolo dei creditori. Inoltre gli atti in questione dovranno poter rendere superflui ulteriori accertamenti volti a provare la esposizione a pericolo del patrimonio societario.

Precisano, quindi, gli Ermellini che il compito dell'interprete in materia di bancarotta si fa tanto più impegnativo quanto più gli atti di spesa compiuti dall'imprenditore eversivi rispetto agli scopi societari, si collocano in posizione cronologicamente distaccata dalla dichiarazione di fallimento, momento culminante della vita dell'impresa. Anzi, proprio a ribadire quest'ottica di valorizzazione del rapporto tra singoli atti distrattivi e declaratoria di fallimento, nella pronuncia in esame si afferma il principio per cui "[la] **dichiarazione di fallimento – momento consumativo – serve ad**

*“attualizzare la lesività correlata al comportamento”⁶ e inoltre si ribadisce la **necessità di una valutazione non statica ma dinamica dell’azione dell’imprenditore, da leggersi non nel senso di una progressione dell’offesa, ma come prospettiva nella quale deve essere valutata l’effettiva offensività della condotta.**”* Insomma la Corte mostra di valorizzare il rapporto sia logico che cronologico tra fatti distrattivi e pronuncia di fallimento, nella misura in cui dalla più o meno intensa relazione tra le due entità dipende una più o meno consistente valutazione del fatto in punto di offensività con riguardo all’interesse satisfattorio dei creditori.

g) IMPUTABILITA’ SOGGETTIVA DEL PERICOLO CONCRETO

La pronuncia si concentra, quindi, sul ruolo della **dichiarazione di fallimento** all’interno del reato di bancarotta, evidenziando come è, tutto sommato, non dirimente la sua configurazione giuridica in termini di **elemento costitutivo del reato ovvero di mera condizione obiettiva di punibilità**. Infatti, **in entrambi i casi** sarebbe comunque **imprescindibile l’indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori**. D’altronde tale impostazione ha un proprio addentellato ermeneutico già nella Relazione di accompagnamento all’entrata in vigore della legge fallimentare, secondo la quale la più o meno stretta riconducibilità delle condotte di bancarotta alla sentenza di fallimento servirebbe a *“vietare di temere che la distrazione possa essere punita quando ai creditori non abbia prodotto alcun danno”*.

h) CONCLUSIONI: INFEDelta’ PATRIMONIALE EX ART. 2634 C.C. E “CONSAPEVOLE ESPOSIZIONE A PERICOLO DELLA MASSA DEI CREDITORI”

In conclusione, la Suprema Corte ritiene che il **giudice a quo non abbia fatto corretta applicazione dei principi** sopra esposti e bacchetta la pronuncia di merito **in punto di ricostruzione dell’elemento soggettivo e dell’elemento oggettivo** del reato.

La pronuncia di secondo grado risulterebbe essenzialmente connotata da un’insuperabile contraddittorietà. Essa riconosceva il valore di atto distrattivo penalmente rilevante alla vendita sottocosto di un immobile della società disposta dall’imputato a favore dei propri familiari tre anni prima della declaratoria di fallimento. Al contempo essa assolveva l’imputato per insussistenza del fatto in relazione alla vendita sottocosto di merci aventi un valore di gran lunga superiore a quello dell’immobile, avvenuta in periodo coevo e riconosciuta in sede giudiziale come priva di effetto

⁶ Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613.

distrattivo in quanto, *ex adverso*, asseritamente giustificata dalla necessità di reperire la liquidità necessaria a pagare i debitori della società.

Ciò che ha determinato il giudice di merito a trattare diversamente i due atti di disposizione, dell'immobile e delle merci, sarebbe la destinazione endo-familiare presente nel primo dei due ed assente nel secondo, fatto che basterebbe ad integrare il carattere fraudolento dell'operazione, di conseguenza qualificabile in termini di distrazione penalmente stigmatizzabile. Ma i giudici di legittimità considerano tale ragionamento incompleto ed affatto soddisfacente, ravvisando nella vendita sottocosto dell'immobile giammai una ipotesi di bancarotta, bensì al più un'infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c.

Senonché, ai fini dell'integrazione di una bancarotta fraudolenta impropria ai sensi dell'art. 223 comma 2 n. 1 l. fall., sarebbe necessario che l'imputato, attraverso la commissione di detta infedeltà patrimoniale, abbia cagionato il dissesto della società, mentre ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta prefallimentare per distrazione ex art. 216 comma 1 n. 1 l. fall., occorrerebbe la prova che il fallimento, dichiarato tre anni dopo, fosse almeno prevedibile al momento della commissione del fatto. La Corte riconosce, d'altronde, che un'ipotesi di infedeltà patrimoniale che non integri una bancarotta per distrazione è ben possibile, dal momento che è pacifico in giurisprudenza che i due reati si relazionano in termini di specialità reciproca e tutelano beni giuridici differenti, proteggendo l'art. 216 l. fall. i creditori sociali e l'art. 2634 c.c. il patrimonio sociale.

Ritiene quindi la Corte che la configurabilità del reato di **infedeltà patrimoniale** va di certo meglio indagata con riguardo al contesto cronologico e storico ed alle implicazioni soggettive dell'agente. Diversamente, infatti, l'integrazione della **bancarotta fraudolenta patrimoniale** *“si giustifica, dato il rapporto di specialità specifica tra fattispecie, solo se l'ingiustificato distacco di una parte del valore del bene, frutto dell'atto infedele dell'amministratore, sia anche espressione, per la prossimità allo stato di insolvenza o per altra evidente causa, di una consapevole e concreta esposizione a pericolo degli interessi dei creditori”*. Gli Ermellini, cioè, circoscrivono il fatto concreto entro le maglie del meno grave illecito di infedeltà patrimoniale, evidenziando come tale reato possa configurarsi quale strumento di commissione del più grave illecito di bancarotta fraudolenta solo se il rapporto tra l'atto di fuoriuscita di ricchezza ed il fallimento, oltre ad essere significativo, sia anche coperto da prevedibilità e consapevolezza da parte dell'agente, per quel che riguarda l'elemento psicologico, e, soprattutto, per quel che attiene all'elemento oggettivo dell'illecito, se realizzi un'effettiva messa in pericolo delle ragioni creditorie.

Infine il Supremo Consesso espone la necessità che il giudice di merito, al quale rinvia il procedimento *de quo*, contestualizzi meglio la vicenda in esame alla luce delle condizioni economiche della società, anche più specificamente ricostruendo le scansioni temporali che hanno

condotto alla crisi dell'impresa. Solo un più preciso accertamento di tali aspetti, infatti, consentirebbe di valutare se la vendita sottocosto dell'immobile, come quella delle merci, integrasse o meno il rischio di una sottrazione del maggior valore del bene ad una probabile e futura procedura concorsuale, con successiva effettiva lesione dell'interesse della massa dei creditori, e ciò a fronte dell'avvenuto soddisfacimento soltanto delle ragioni di singoli creditori.

3 OSSERVAZIONI FINALI

La Corte di legittimità in questa pronuncia effettua una approfondita analisi degli elementi oggettivo e soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, circoscrivendone i confini ed i caratteri essenziali.

L'occasione per tale riflessione è fornita da una vicenda sostanziale e processuale oltremodo interessante, nella misura in cui i giudici *a quibus* hanno trattato diversamente i due diversi fatti di vendita sottocosto aventi ad oggetto, rispettivamente, alcune merci e un immobile della società, riconoscendo al primo atto funzione conforme all'oggetto sociale dell'impresa e ravvisando, invece, nel secondo natura anti-funzionale e, specificamente, distrattiva, in quanto cessione di cui beneficiavano *de facto* parenti dell'amministratore della società.

Orbene la Corte, già all'esordio del proprio ragionamento, riconosce la manifesta illogicità della decisione di merito. Infatti considera opportunamente che la pronuncia del giudice di secondo grado sembra fingere di non vedere l'analogia che intercorre tra i due tipi di vendita. I giudici di legittimità, infatti, valorizzano in particolare il dato per cui tanto la cifra introitata dalla vendita delle merci (ben 250.000,00 euro), quanto quella derivante dal trasferimento dell'immobile (circa 21.000,00 euro) vengono comunque di fatto destinate al pagamento dei debitori sociali, fatto già sufficiente a impedire una differente valutazione dei due atti di disposizione.

Dopo essersi concentrati brevemente sull'effettivo bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice di bancarotta, confermando le acquisizioni pretorie, il Supremo Collegio affronta il problema della frequente assenza, nella realtà della criminalità economica, di un rapporto cronologico immediato tra atti asseritamente distrattivi e stato di crisi dell'impresa. E' questa l'occasione per una rapida carrellata nel panorama pretorio passato, volta a dimostrare la continua tentazione del reato di bancarotta di cedere a forme di responsabilità oggettiva, che sembravano sopite, ma che in realtà riemergono ad ogni piè sospinto.

L'insegnamento che sembra potersi trarre dal ragionamento degli Ermellini è che proprio la difficoltà nella precisa identificazione del sostrato psichico della fattispecie di bancarotta

fraudolenta conduce l'interprete a far recuperare a tale fattispecie il profilo oggettivo della offensività, ciò che emerge chiaramente nella figura della bancarotta cd. riparata, vero fulcro della pronuncia in esame. Dopo aver ribadito, infatti, che il momento consumativo della bancarotta coincide con la declaratoria di fallimento, viene evidenziato che è con riguardo a tale momento che l'interprete deve valutare l'incidenza complessiva del fatto rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. In particolare ove ad una condotta distrattiva segua una condotta uguale e contraria di reintroduzione della ricchezza entro le casse della società, e ciò avvenga entro la data della dichiarazione di fallimento, ebbene non è sostenibile che il contegno dell'agente abbia effettivamente leso o anche solo messo in pericolo l'integrità delle ragioni creditorie, se non in via solo teorica, mancando la fattispecie concreta di genuina offensività. Il ragionamento della Corte conduce, quindi, alla configurazione del reato in termini di pericolo concreto, evitando sia di anticipare la soglia della punibilità al pericolo presunto (con conseguente configurazione di una forma tendenziale di responsabilità oggettiva), sia di ritardare l'intervento della scure penale al momento del danno, che richiederebbe la prova piena della lesione del bene giuridico.

Confermativo dell'**esigenza**, avvertita dai giudici romani, **di stringere la fattispecie di bancarotta entro le maglie della necessaria offensività**, è il riferimento alla cd. zona di rischio penale. Si prospetta in tal modo che le condotte di distrazione siano tanto più rilevanti quanto più risultino poste in essere in concomitanza o comunque in prossimità dello stato di crisi, ovvero in quella particolare congiuntura della vita dell'impresa nella quale un esodo di beni o denaro non può apparire come un dato fisiologico o neutro, ma piuttosto come un segnale di allarme o sospetto. Asseconda altresì la suddetta prospettiva offensivistica l'osservazione per cui i fatti distrattivi verificatisi in un momento assai antecedente rispetto alla crisi sarebbero sì penalmente rilevanti, ma solo a condizione che contengano i segni inequivocabili del reato e che, in qualche modo, anticipino concettualmente il dichiarando fallimento. Tale evento viene addirittura ribattezzato quale forma di "attualizzazione" della lesività germinata dalla originaria condotta distrattiva.

Tutta la pronuncia della Corte è, insomma, animata da una prospettiva chiara ed unitaria: evitare, nell'attribuzione di responsabilità per il reato di bancarotta, qualunque forma di automatismo. A tanto gli Ermellini pervengono attraverso una accurata e minuziosa *actio finium regundorum* volta a circoscrivere **i contorni degli elementi oggettivo e soggettivo** del reato. In ordine al primo è il principio di necessaria offensività ad illuminare il percorso ermeneutico: attraverso la valorizzazione di tale canone può infatti giungersi a sostenere la necessità della forma del **pericolo concreto** e ad impedire la configurazione di tale elemento in presenza di distrazioni prive di effetti realmente pregiudizievoli per il patrimonio del ceto creditizio, che comporterebbe la sanzione penale per un mero atto di formale disobbedienza al sistema. Con riguardo al secondo

elemento, invece, in termini consequenziali rispetto all'elemento oggettivo, si perviene alla problematica dell'imputazione psichica del pericolo concreto e quindi alla necessità di **provare, almeno in termini di rappresentazione probabilistica, la esposizione a pericolo del patrimonio dei creditori.**

La Corte, in conclusione, formula un ragionamento più che condivisibile, nella misura in cui declina la fattispecie di bancarotta alla luce dei principi del sistema. Tale *iter* argomentativo è svolto in modo equilibrato e sobrio: il Supremo Collegio riesce a mantenere il reato in esame lontano da tendenze ermeneutiche eversive dei canoni ordinamentali, che potrebbero spingere lo stesso da una parte verso la responsabilità oggettiva, e dall'altra verso un regime di eccessiva offensività, in grado di sopravvivere solo a fronte di una vera e propria *probatio diabolica*.

Il contributo della Corte, ovviamente, lungi dall'essere un'acquisizione definitiva ed immobile, rappresenta invece l'ennesimo tassello nel mosaico interpretativo che da sempre gravita intorno alla tormentata fattispecie incriminatrice di bancarotta fraudolenta. Ciò conferma la natura incessantemente magmatica del ragionamento esegetico sul punto, sempre perfettibile e sempre necessario per garantire aderenza ai canoni generali dell'ordinamento giuridico, e tanto nell'attesa di ulteriori possibili sviluppi pretori, dei quali è impossibile, allo stato, prevedere gli esiti.