



Newsletter n. 8/2021

**IL SOTTILE CONFINE TRA (LEGITTIMO) RISCHIO D'IMPRESA E
BANCAROTTA PATRIMONIALE: LA RILEVANZA DEL TEMPO DELLE
OPERAZIONI DISTRATTIVE**

Le fattispecie di bancarotta, disciplinate dal R.D. n. 267/1942 agli articoli 216, 217 e 217-*bis*, sono riconducibili alla categoria dei reati propri, trovando applicazione solamente nel caso in cui ad integrare le condotte sia stato l'imprenditore fallito. Tale configurazione, richiedendo l'intervento della sentenza di fallimento, comporta la necessità di valutare a ritroso le scelte imprenditoriali, con conseguenze estremamente rilevanti rispetto alla sussunzione dell'azione materiale all'interno delle singole fattispecie astratte.

L'esatta delimitazione della fattispecie è importante poiché spesso accade di imbattersi in contestazioni di bancarotta fraudolenta quando, in verità, si è di fronte a progetti imprenditoriali non andati a buon fine, a fronte del sostenimento di spese per somme ingenti sostenute nel corso di più anni, ancorchè l'imprenditore potesse contare su una disponibilità economica effettiva (o comunque promessa da terzi tramite accordi scritti).

Vengono, perciò, in rilievo le disposizioni della legge fallimentare agli articoli 216, comma 1, n. 1) e 217, comma 1, n. 2), concernenti rispettivamente la *bancarotta fraudolenta per dissipazione o distrazione* e la *bancarotta semplice*. In forza della natura residuale della prima, risulta di conseguenza fondamentale la delimitazione del concetto di *dissipazione*, dalla cui definizione dipendono le fattispecie sopra nominate.

Piuttosto immediata appare la distinzione con l'attività *distrattiva*, la quale può consistere alternativamente nella destinazione del bene appartenente all'impresa ad uno scopo estraneo alla stessa, concretandosi in un'azione di distacco dello stesso dalla massa patrimoniale, oppure nella fuoriuscita dello stesso dalla massa attiva senza che vi sia una corrispondente entrata. Dall'altro lato, l'approfondimento e l'elaborazione giurisprudenziale in merito alla *condotta dissipativa* ha destato rilevanti incertezze in relazione alla distinzione, piuttosto rilevante vista la diversità della risposta sanzionatoria dell'ordinamento, con il reato contemplato all'art. 217 della

STUDI
COLLEGATI
LINKED LAW
FIRMS

ARGENTINA
*Buenos Aires
Cordoba
Mendoza
Rosario
Salta*

AUSTRIA
Wien

BRAZIL
*São Paulo
Rio de Janeiro*

CHILE
Santiago de Chile

CHINA
*Beijing
Shanghai*

COLOMBIA
Bogotá

CZECH
REPUBLIC
Prague

ECUADOR
Quito

GREECE
Athens

INDIA
*Mumbai
New Delhi*

IRELAND

MÉJICO
Ciudad de Méjico

PANAMA
Ciudad de Panama

PERÙ
Lima

POLAND
Warszawa

UNITED
KINGDOM
London

SWITZERLAND
*Bern
Zurich*

UKRAINA

URUGUAY
Montevideo

VENEZUELA
Caracas



legge fallimentare (bancarotta semplice). Il confine tra dissipazione del patrimonio e consumazione di *“una notevole parte del ... patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti”* appare tutt’altro che intuitivo, tant’è che la Suprema Corte in molteplici occasioni si è soffermata sulla questione.

Il discrimine tra le due fattispecie si fonda, di fatto, sulla valutazione di due distinti aspetti: il primo di carattere oggettivo, il secondo di natura soggettiva. Quest’ultimo si concreta per l’ipotesi fraudolenta, secondo consolidata giurisprudenza, nella *“esistenza in capo all'imputato di un atteggiamento di consapevolezza di sottrarre del tutto immotivatamente risorse finanziarie alla società”*; un *quid pluris* rispetto all’imprenditore che affronti oneri non confacenti allo stato dell’impresa, agendo tuttavia con la convinzione dell’utilità degli stessi. Il profilo oggettivo presenta, al contrario, maggiori difficoltà, registrandosi in giurisprudenza il ricorso a formule se non contraddittorie quantomeno non perfettamente sovrapponibili, ma rispetto alle quali è possibile identificare la chiave di volta nella presenza o meno, indipendentemente dalla rischiosità dell’investimento, di coerenza e razionalità rispetto alle esigenze dell’impresa (vedi Cass. Pen., sent. n. 34836/2017).

La valutazione di entrambi gli aspetti, anche in relazione alla sussistenza del dolo generico (consapevolezza di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell’impresa e di compiere atti che possano cagionare danno ai creditori) deve essere compiuta dal giudice *ex ante*, ponendosi nella medesima posizione ricoperta dal fallito al momento delle condotte incriminanti, valutando perciò lo stato dell’impresa nello specifico contesto in cui si trovava *al momento delle singole operazioni asseritamente distrattive*.

La difficoltà di tale prognosi ha portato la Suprema Corte ad elaborare i c.d. *indici di fraudolenza*:

- condizione patrimoniale e finanziaria dell’impresa e della congiuntura economica durante la quale l’imprenditore ha operato
- contesto in cui l’impresa ha operato
- distanza temporale, del fatto generatore di squilibrio tra attività e passività, rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale.

Si tratta in conclusione di un sindacato di natura casistica che non può prescindere dalle particolari caratteristiche della vicenda oggetto di giudizio; circostanza che, unita alla necessità di ricostruire lo stato soggettivo dell’imprenditore al momento delle operazioni economiche, si presta a fluttuazioni interpretative. Del resto l’apprezzamento della



ragionevolezza di un investimento, il quale deve avvenire valutando anche “la capacità predittiva” dell’imprenditore rispetto all’incidenza delle sue scelte sulla tenuta del patrimonio aziendale, è compito tutt’altro che agevole, specialmente in considerazione dell’influenza che l’epilogo dell’iniziativa economica può esercitare sulla qualificazione delle condotte: prospettiva che, se portata alle estreme conseguenze, dischiude le porte a quel pericoloso paradigma che è il “diritto penale del rischio” con evidenti ricadute sul piano della certezza del diritto.

a cura di

Giovanni Moschetti e Francesco Rampado