

FRUDE “CAROSELLO” E BANCAROTTA DISTRATTIVA
(Nota a commento a Cass. Pen., Sez. V, 10 maggio 2016, n. 19460)

di

Valeria Manzo

La vicenda posta all’attenzione del Supremo Consesso vede una società italiana che aliena dei beni, in regime di esenzione IVA, ad una società la cui sede legale è sita nell’Unione Europea la quale rivende gli stessi ad una società italiana (c.d. cartiera) che non ha alcuna struttura né svolge attività imprenditoriali effettive la quale rivende, a sua volta, i beni ad un costo inferiore alla società posta all’inizio del “carosello fiscale” che incassa l’IVA ma non la versa ed accumula, nel tempo un notevole debito IVA nei confronti dell’Erario.

Nei singoli passaggi dei beni, ogni intermediario fruisce di una parte del disavanzo garantito dall’evasione dell’imposta sul valore aggiunto sia sotto il profilo del risparmio di prezzo da parte dell’acquirente finale che sotto forma di distrazione delle somme incassate dal soggetto importatore.

La Cassazione, ritenendo che non sia necessario che ricorrano altri elementi di prova che giustificano uno stabile meccanismo fraudolento destinato ad operare nel tempo, chiarisce che poiché il “carosello” si fonda sull’accumulo del debito IVA da parte della società c.d. cartiera importatrice, tutti i soggetti economici coinvolti, in quanto consapevoli di agire come parte di un meccanismo volto a recuperare e ripartire i vantaggi economici derivanti dal mancato versamento dell’IVA, rispondono dei reati fallimentari derivanti da tale condotta.

1. L’IVA, il principio di territorialità e le operazioni intracomunitarie

L’introduzione dell’Imposta sul Valore Aggiunto, quale imposta sui consumi neutrale¹, nell’ordinamento tributario italiano² è avvenuta in attuazione dell’obbligo comunitario di armonizzazione delle imposte sulla cifra d’affari, previsto dalle prime due Direttive IVA³, nell’ambito del più ampio progetto di unificazione europea che prevedeva la realizzazione di un vasto mercato unico di scambio dei beni tra gli Stati Membri⁴.

Difatti, come emerge dai Considerando della prima Direttiva⁵, la sostituzione dell’IVA alle varie imposte sulla cifra d’affari e alle altre imposte di consumo vigenti nei singoli Paesi Membri, si è resa essenziale allo scopo di “*instaurare, nel quadro di un’unione economica, un mercato comune, che implichi una sana concorrenza e presenti caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno*”, facendo sì che le imposte sulla cifra d’affari “*non falsino le condizioni di concorrenza e non ostacolino la libera circolazione delle merci e dei servizi nel mercato comune*” e perseguendo una “*neutralità concorrenziale nel senso che, all’interno di ciascun Paese, sulle merci di uno stesso tipo gravi lo stesso carico fiscale*”.

¹ *Ex multis* S. BECCARIA, *Valore aggiunto (imposta sul)*, in Nov.mo Dig. It., vol. XX, Torino, 1975, p. 441 e ss.; F. TESAURO, *L’imposta sul valore aggiunto. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, Torino, 2001, p. 68 e ss.

² L’IVA è stata istituita con il D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972 (con effetto dal 1° gennaio 1973).

³ Prima direttiva 67/227/CEE del Consiglio, dell’11 aprile 1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d’affari e Seconda direttiva 67/228/CEE dell’11 aprile 1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d’affari.

⁴ Cfr. M. MIGLIAZZA, *Taxing forum per le imprese del mercato interno europeo*, in Diritto dell’Unione Europea, n. 2/2006.

⁵ Nello specifico il Primo, il Secondo e l’Ottavo Considerando della Direttiva 67/227/CEE dell’11 aprile 1967.

Il principio di territorialità svolge un ruolo di grande rilievo nella disciplina dell'imposta sul valore aggiunto⁶ dovendosi, in base ad esso, distinguere tra operazioni nazionali (o interne), intracomunitarie ed extracomunitarie a seconda che lo scambio avvenga nel territorio dello Stato, tra soggetti residenti in Stati diversi dell'Unione Europea ovvero tra un paese della Comunità ed uno extracomunitario.

Abolite le frontiere fiscali tra gli Stati dell'Unione Europea, con il D.L. 331/1993 è stato introdotto il regime IVA delle operazioni intracomunitarie in base al quale il trasferimento di merci all'interno della Comunità ha cessato di essere soggetto a controlli fiscali ed alla transazione doganale (IVA sulle importazioni).

Nello specifico, gli scambi intracomunitari vengono definiti come *“acquisizioni derivanti da atti a titolo oneroso, della proprietà di beni o di altro diritto reale di godimento sugli stessi, spediti o trasportati nel territorio dello Stato da altro Stato membro dal cedente, nella qualità di soggetto passivo d'imposta, ovvero dall'acquirente o da terzi per loro conto”*.

Affinché un'operazione possa inquadrarsi quale acquisto intracomunitario, è necessaria la soddisfazione dei seguenti presupposti: 1. le controparti devono essere entrambe soggetti passivi; 2. l'oggetto dello scambio deve prevedere il trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento; 3. lo scambio deve avvenire a titolo oneroso; 4. il bene oggetto dell'operazione dev'essere materialmente trasferito da uno Stato Membro ad un altro.

Per quanto attiene la soggettività passiva di entrambe le parti, nel caso in cui l'acquirente sia un privato o un soggetto economico che agisce in tale veste, la norma prevede l'assolvimento dell'imposta nel Paese di origine, ossia l'inserimento

⁶Cfr. L. CARPENTIERI, *Il principio di territorialità nell'imposta sul valore aggiunto*, in Riv. Dir. Trib., 2002, I, p. 3.

dell'iva in fattura da parte del cedente ed il successivo versamento della stessa da parte di quest'ultimo al proprio Stato.

Se sotto il profilo dell'oggetto non vi sono peculiarità rilevanti in quanto la definizione data all'art. 38 del D.L. 331/1993 riprende, sostanzialmente, la nozione di cessione di beni contenuta nella Sesta Direttiva, l'aspetto territoriale risulta determinante affinché l'operazione possa configurarsi come intracomunitaria, richiedendosi l'effettivo trasferimento del bene dal territorio di uno Stato Membro all'altro.

Il trasferimento fisico del bene rappresenta, pertanto, una *condicio sine qua non* per qualificare come intracomunitario lo scambio, indipendentemente dal domicilio delle parti coinvolte.

Il debitore d'imposta per gli acquisiti intracomunitari effettuati in Italia è l'acquirente-soggetto passivo il quale attribuisce alla fattura un numero progressivo valido per il registro delle fatture emesse ed un numero progressivo valido per il registro degli acquisti.

Successivamente la fattura va integrata con i seguenti dati:

- il controvalore in euro del corrispettivo e degli altri elementi che concorrono alla formazione della base imponibile;
- l'imposta relativa oppure l'eventuale titolo di esenzione, non imponibilità, di non soggezione ad imposta con la relativa norma di riferimento.

La fattura di acquisto così integrata formerà oggetto di una doppia annotazione: sul registro delle fatture emesse entro il mese di ricevimento della fattura, o anche successivamente, ma non oltre 15 giorni dal ricevimento e con riferimento al medesimo mese di ricevimento e sul registro degli acquisti entro il mese successivo

a quello di ricevimento e comunque non prima dell'annotazione sul registro delle fatture emesse.

2. La frode IVA e la c.d. frode “carosello”

La frode IVA si sostanzia, giuridicamente, nella violazione dell'articolo 1, par.2, della Direttiva 2006/112/CE che definisce il sistema di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto e ne stabilisce l'applicazione fino allo stadio ultimo della vendita al dettaglio.

È pacifica la considerazione che il sistema d'imposizione plurifase con riscossione frazionata funziona solo se viene correttamente applicato ad ogni stadio del ciclo produttivo fino al momento in cui l'ultima operazione a valle non consente la detassazione impositiva attuata dal cessionario mediante deduzione.

La frode s'inserisce in tale meccanismo bloccando la traslazione in avanti dell'imposta, tramite sia il mancato versamento dell'imposta dovuta sulle cessioni sia la vendita di beni in nero a prezzi inferiori al valore di mercato⁷.

Le fattispecie che configurano giuridicamente la frode sono rinvenibili nel D.lgs. n. 74/2000 e, specificamente, negli articoli 2 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), 3 e 4 (dichiarazione fraudolenta e infedele), 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e 10-ter (omesso versamento dell'IVA).

Rilevano, inoltre, le norme del codice penale contenute negli articoli 640 (sul reato di truffa), 640-

⁷Cfr. G. DONÀ E W. VISCARDINI, *La tutela penale e amministrativa degli operatori economici e gli interessi finanziari dell'Unione europea*, CEDAM, Padova 2000.

bis(sulla truffa aggravata in caso sia finalizzata all'ottenimento di erogazioni pubbliche sia nazionali che comunitarie), e 15 (contenente il principio di specialità, ove viene previsto che la disposizione di legge speciale prevale su quella generale disciplinante la stessa materia).

Il fenomeno della frode “carosello” venne per la prima volta scoperto in Olanda nel 1970 all'interno del regime del Benelux⁸e, in conseguenza dell'eliminazione delle frontiere fra i Paesi della Comunità nel 1993, si è successivamente diffusa nel territorio dell'Unione europea.

Essa è caratterizzata dalla presenza dei seguenti elementi tipici:

- a) emissione di fatture oggettivamente inesistenti fra società appartenenti a diversi Stati Membri;
- b) mancato versamento dell'IVA ad uno degli stadi della frode;
- c) deduzioni fittizie in capo agli altri partecipanti della frode;
- d) indebiti rimborsi IVA nel momento in cui la merce viene rivenduta in ulteriori transazioni comunitarie.

La debolezza del sistema IVA che permette il proliferare di fenomeni fraudolenti è rinvenibile nell'attuale tassazione delle operazioni intracomunitarie secondo il principio d'imposizione nel Paese di destinazione, con l'onere in capo all'acquirente di integrare la fattura dell'imposta dovuta⁹.

La manifestazione finanziaria dell'operazione in questo caso è generalmente nulla in quanto l'operatore economico compensa il debito IVA maturato con il diritto di deduzione sorto.

⁸Cfr. E.BARANI, *Le frodi fiscali in materia di iva*, 1972.

⁹Cfr. P. MERCURI, *Iva: gli abusi attuati con la cosiddetta “frode carosello”*, in *Il Fisco*, n. 26 del 2 luglio 2007.

Solo al momento della cessione dei beni sul territorio nazionale, il bene rientra nell'ordinario meccanismo di deduzione e rivalsa, tramite addebito in fattura e versamento dell'imposta sul valore aggiunto a cura del cedente.

Nel meccanismo fraudolento, generalmente, la posizione del cessionario nell'acquisto intracomunitario coincide con il *missing trader* (normalmente una società con a capo un amministratore fittizio impossidente) della frode: costui, infatti, acquistando da un fornitore comunitario in esenzione ed essendo l'operazione neutra dal punto di vista comunitario per applicazione della doppia registrazione, al momento dell'immissione dei beni sul territorio nazionale non procedere a versare all'Erario la relativa IVA.

L'indebito incameramento dell'imposta gli consente inoltre di vendere i beni sul mercato ad un prezzo nettamente inferiore; la vendita sottocosto gli garantisce la possibilità di massimizzare il numero delle cessioni effettuate prima che partano i controlli dell'amministrazione finanziaria, incamerando così quanta più imposta nel minor tempo possibile¹⁰.

Nell'ambito della frode "carosello" ben può esserci la presenza di una società c.d. filtro, perseguita lo specifico scopo di ricevere i beni sottofatturati dal *missing trader* e rivenderli ad altra società del circuito.

Tale società, sotto il profilo formale, non effettua invero alcuna irregolarità e viene inserita all'interno dello schema per celare il legame tra il *missing trader* e la società cessionaria, anch'essa consapevolmente concorrente nella frode, definita *broker*.

¹⁰Cfr. J.SWINKELS, *Carousel Fraud in the European Union*, in *International Vat Monitor*, March/April 2008 e F. BORSELLI, *Pragmatic Policies to Tackle VAT Fraud in the European Union*, in *International Vat Monitor*, September/October 2008.

Il carousel si qualifica come aperto nel momento in cui la società *broker* immette i prodotti sul territorio nazionale mentre, se effettua invece una nuova cessione intracomunitaria conseguendo il diritto al rimborso dell'IVA pagata alla società filtro, si configura un carousel fiscale chiuso.

In tali sistemi chiusi, i prodotti vengono ceduti in forma circolare fra i soggetti appartenenti alla frode, che si ripartiscono per quote stabilite l'IVA indebitamente incamerata e non versata dalle società *missing trader*, diversamente a dirsi nel meccanismo fraudolento aperto dove, oltre al riparto

dell'imposta non versata fra i soggetti coinvolti, la società *broker* consegue l'ulteriore vantaggio di acquistare i beni a prezzi inferiori ai valori di mercato e di essere più concorrenziale rispetto agli altri competitor del settore.

Nel caso in cui la frode deriva da operazioni che non hanno prodotto un'effettiva movimentazione delle merci, ci troveremo dinanzi al fenomeno di fatture oggettivamente inesistenti

Qualora, invece, l'operazione risulti effettivamente avvenuta, la frode andrà ricondotta al fenomeno delle fatture soggettivamente inesistenti.

Sotto il profilo penale saranno, dunque, configurabili i reati derivanti dalla violazione degli artt. 2 e 8 del D.lgs. n. 74/2000 rispettivamente nei confronti delle società *broker* e delle cartiere.

3. Il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione

Il meccanismo fraudolento teso a non versare l'IVA, spalmandone i vantaggi sui protagonisti dell'accordo, costituisce senza alcun dubbio una pratica che viola la

garanzia posta nell'interesse dei creditori, integrante il reato di fallimento cagionato per effetto di operazioni dolose¹¹.

Il diritto penale fallimentare, visto nel suo insieme, prevede un sistema repressivo piuttosto denso, omogeneo e di carattere prettamente emergenziale, essendo esso legato alla fase terminale dell'impresa che vede nel fallimento il suo epilogo.

Al fenomeno dell'insolvenza il legislatore penale ha, perciò, ricondotto fattispecie specifiche, tutte giustificate dall'amplificazione del rischio economico che la diffusa inottemperanza delle obbligazioni mostra rispetto al singolo fatto d'inadempimento¹².

Per reati fallimentari s'intendono tutti quei fatti compiuti dal fallito, ovvero da altri soggetti, nel periodo immediatamente antecedente o durante una procedura concorsuale, che la legge punisce, per l'appunto, come reati.

Il reato concorsuale tipico è la bancarotta la quale, come tutte le altre figure di reati fallimentari, eccezion fatta per il ricorso abusivo al credito, dipende, nella sua struttura, dalla dichiarazione d'insolvenza; pronuncia questa che consegue ad una situazione economico/finanziaria irrimediabile, a seguito della quale il debitore non viene ritenuto più in grado di assolvere regolarmente le proprie obbligazioni¹³.

¹¹Cass., Sez. V, n. 17355 del 12 marzo 2015.

¹²Cfr. S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957, p. 161 e ss.

¹³*Ex multis* F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, p. 320 e ss.; G. PELLEGRINO, *Lo stato di insolvenza*, Padova, 1980, p. 67 e ss.; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, p. 310 e ss.; G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali*, Torino, 1997, p. 221 e ss.; F. CORSI, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Il Fallimento*, 2000, p. 948 e ss.; P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, p. 82 e ss.; L. DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa e di insolvenza nella nuova legge 3270/99*, in *Il Fallimento*, 2000, p. 275 e ss.; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 47e ss.; G. SCHIAVON, *L'insolvenza nell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fallimento*, 2000, p. 946 e ss.; ID., *Insolvenza e risanamento dell'impresa nella nuova disciplina*, in *Il Fallimento*, 2000, p. 239 e ss.; U. APICE – S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di*

La bancarotta si distingue, concisamente¹⁴;

- in relazione alla dichiarazione di fallimento o di altra procedura in pre-fallimentare (se l'atto precede la dichiarazione) e post-fallimentare (se l'atto la segue);
- circa il tipo di condotta in fraudolenta [a sua volta distinta in patrimoniale (*ex art. 216, primo comma, n. 1) Legge Fallimentare*), documentale (*ex art. 216, primo comma, n. 2 Legge Fallimentare*) e preferenziale (*ex art. 216, quarto comma, Legge Fallimentare*)] e semplice (*ex art. 217 Legge Fallimentare*);
- rispetto al soggetto in propria (se artefice del reato è l'imprenditore individuale *ex artt. 216 e 222 Legge Fallimentare*) ed impropria (qualora, invece, il fatto sia commesso da un organo sociale quale amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori ovvero un institore *ex artt. 223 e 227 Legge Fallimentare*)¹⁵.

Non potendo nella presente sede trattare compiutamente dei summenzionati tipi ci limiteremo, coerentemente con la sentenza oggetto di trattazione, a discorrere del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva impropria.

Partendo dal tenore dell'articolo 216 della Legge Fallimentare: «È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che:

composizione della crisi, Torino, 2012, p. 33 e ss.; A. ROSSI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 121 e ss.

¹⁴Cass. Pen., Sez. V, n. 15850 del 26 giugno 1990 in Giust. pen., 1991, II, p. 645 e ss.; Cass. Pen., Sez. V, n. 10941 del 20 dicembre 1996, in CED 206542; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1991, p. 177 e ss.

¹⁵Cfr. A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 100; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 155 e ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1995, p. 61; Cass. Pen., Sez. V, n. 9002 del 10 agosto 2000, in Guida al Diritto, 35/2000, p. 58 e ss.; I. SCALERA, *La bancarotta fallimentare*, Milano, 2001, p. 66 e ss.; E. DE MARTINO – A. D'AVIRRO, *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà ed operazioni dolose*, Milano, 2013, p. 80 e ss.; A. FIALE, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 2015, p. 151.

1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;

2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.

È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa».

Trattasi di un reato proprio, esigendo quale presupposto una situazione determinata ovvero sia una specifica condizione personale o qualità del soggetto attivo (l'imprenditore ovvero la società) in virtù della quale il medesimo si trovi nei riguardi dell'interesse protetto nella posizione voluta dalla legge da cui scaturisce l'obbligo di astenersi da ogni azione che possa ledere l'interesse stesso; a dolo

generico, essendo necessario il compimento dell'atto con coscienza e volontà¹⁶ e di pericolo, consistendo il reato nell'aver cagionato il depauperamento dell'impresa¹⁷.

Le singole condotte di fraudolenza patrimoniale, tutte riconducibili all'intento volto a provocare una diminuzione della garanzia creditoria sottraendo, in tutto o in parte, all'esecuzione concorsuale il patrimonio del fallito, sono, dunque:

- la distruzione (intesa come annullamento fisico del bene ovvero del valore di esso derivante da un comportamento commissivo od omissivo);
- l'occultamento (quale nascondimento materiale del bene onde impedirne l'apprensione da parte degli organi della procedura concorsuale)¹⁸;
- la dissimulazione (quale nascondimento giuridico effettuato mediante atti simulati, diretti a creare un'apparenza di trasferimento ovvero di proprietà a terzi di beni che, in realtà, sono o debbono ritenersi appartenenti al patrimonio del debitore)¹⁹;
- la dissipazione (ovvero lo sperpero delle risorse patrimoniali senza alcuna utilità d'impresa ed in assenza di corrispettivo o di ragionevole corrispettivo alla luce delle finalità sociali)²⁰;
- l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti (l'esposizione si configura avuto riguardo alle dichiarazioni scritte o orali rese in sede di inventario ovvero all'enunciazione in specifiche situazioni patrimoniali (ad es. quelle di cui all'art. 14 della Legge Fallimentare) verso gli organi della procedura, mentre il riconoscimento

¹⁶Cass. Pen., Sez. V, n. 30326 del 12 luglio 2004, in Guida al Diritto, 33, p. 80 e ss.; Cass., SS. UU., n. 21039 del 27 gennaio 2011, in Guida al diritto, 2004, 12, pag. 75 e ss.

¹⁷Cfr. L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 83 e ss.; Cass. Pen., Sez. III, n. 2818 del 24 settembre 1999, in Cass. Pen., 2001, p. 1339 e ss.

¹⁸Cass., Sez. V, n. 14103 del 10 dicembre 1999, in Diritto e pratica delle società, 9/2000, p. 82 e ss.

¹⁹Cfr. U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1991, p. 329.

²⁰Cfr. C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, p. 61 e ss.

può avvenire anche con un comportamento del tutto omissivo, rimanendo silente, ad esempio, il fallito di fronte all'altrui inesistente o simulata pretesa);

- la distrazione.

Occupandoci specificamente di quest'ultima si osservi come, nella prassi applicativa, la distrazione è un concetto definito in modo residuale²¹ ricomprensivo di tutte quelle fuoriuscite patrimoniali (non necessariamente intese come fisiche estromissioni di cespiti dal patrimonio, ben potendo includersi in tale condotta anche negozi dai quali discenda l'insorgenza di obbligazioni foriere di cessioni di denaro, di beni ovvero di diritti)²² non giustificabili in termini di logica d'impresa e determinanti un impoverimento della ricchezza sociale²³.

La dottrina che si è occupata del come traslare, in termini pratici, la nozione di diversione dalla finalità d'impresa è giunta col ricomprendersi qualsivoglia forma di diversa ed ingiusta destinazione volontariamente data al patrimonio rispetto ai fini di garanzia cui esso è preposto nell'ottica d'impresa²⁴, nonché ogni forma di estromissione di cespiti finalizzata a sottrarli all'apprensione da parte degli organi concorsuali ed a diminuire la malleveria dei creditori²⁵.

Orbene, delineate le linee generali del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva, volgiamo l'attenzione al disposto di cui all'articolo 223 della Legge Fallimentare²⁶ a norma del quale: «Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo.

²¹Cass. Pen., Sez. I, n. 7136 del 25 aprile 1990, in *Il Foro Italiano*, 1990, p. 601 e ss.

²²Cass. Pen., Sez. V, n. 4739 del 14 aprile 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1784 e ss.

²³Cass. Pen., Sez. V, n. 37565 del 4 aprile 2003, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 2032 e ss.

²⁴ Cfr. V. NAPOLEONI, *Locazioni di immobili in comunione e revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 1996, p. 951 e ss.

²⁵ Cfr. L. CONTI, *op. ult. cit.*, p. 56 e ss.

²⁶Cass. Pen., Sez. V, n. 7526 del 3 agosto 1993, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1633 e ss.

Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se:

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 della società.

Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216».

La fattispecie penale appena descritta non deve intendersi quale ipotesi aggravata del reato societario, bensì quale autonomo titolo di reato inquadrato nel paradigma della bancarotta fraudolenta.

In occasione della riforma dei reati societari operata con il D.lgs. n. 61 dell'11 aprile 2002 (Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366), il legislatore ha colto l'occasione per apportare alla precedente formulazione della disposizione *de qua* un correttivo che permettesse di collegare lo stato d'insolvenza della società con il reato societario di volta in volta presupposto.

Tale connessione è stata, invero, realizzata attraverso l'espressa previsione di un nesso causale tra le condotte integrative di reati societari ed il dissesto della persona giuridica interessata.

Soggetti attivi del reato in analisi sono quei soggetti che agiscono in qualità di delegati dell'organismo, siano essi un amministratore (anche di fatto), un direttore generale, un sindaco, un liquidatore di società dichiarate fallite ovvero ammesse alla procedura di concordato preventivo, stante il richiamo operato dall'articolo 236, secondo comma, n.1 della Legge Fallimentare, ovvero ancora un institore.

A tal proposito, la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 618 dell'8 maggio 2002, testualmente afferma che allorquando l'art. 223 L.F. indica i soggetti che possono commettere un reato di bancarotta fraudolenta, in caso di fallimento di società di capitali, si riferisce «non all'aspetto formale di investitura alla “qualifica” di amministratore (o direttore generale, sindaco, ecc.) bensì alle mansioni concrete inerenti a tale qualifica, poiché la *ratio* della legge deriva dall'obbligo di lealtà e correttezza nell'espletamento di quelle mansioni, sicché sarebbe irrazionale - in relazione all'interesse tutelato – escludere da quell'obbligo chi eserciti di fatto le funzioni di amministratore».

Se la prima ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria è quella contenuta nel secondo comma n. 1 dell'art. 223 Legge Fallimentare, relativa alla categoria delle frodi ovvero delle violazioni più gravi degli obblighi incombenti sulle persone preposte all'amministrazione ed al controllo delle società, la seconda ipotesi è quella prevista dal n. 2 del comma di cui in analisi che impone:

- la consequenzialità tra il fatto costitutivo del reato societario e l'evento;
- la rappresentazione dell'evento come esito dell'illecita condotta oltre che la rappresentazione del fatto causativo del dissesto²⁷.

Il legislatore della riforma ha, dunque, conferito alla fattispecie della bancarotta fraudolenta impropria natura di reato di evento, da identificarsi, per l'appunto nel dissesto dell'impresa interessata.

²⁷Ex multis A. FIALE, *op. ult. cit.*, p. 157; R. BRICHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in Guida al Diritto 16/2002, p. 84 e ss.; A. LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in Diritto e pratica delle società, 10/2002, p. 18 e ss.; A. MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in I nuovi reati societari: diritto e processo, Padova, 2002, p. 609 e ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in Il nuovo diritto penale delle società, Milano, 2002, p. 443 e ss.; E. PUTINATI, *La nuova bancarotta “societaria”: imputazione oggettiva e soggettiva*, in Diritto e pratica delle società, 11/2002, p. 12 e ss.

Invero, l'espressa previsione del nesso causale tra reati societari e dissesto della società è stata accolta con notevole favore da buona parte dei commentatori della riforma²⁸, secondo i quali si è realizzato un notevole avvicinamento al principio di offensività.

È l'insolvenza dell'impresa sociale ad attualizzare il pregiudizio per gli interessi dei creditori ed è l'insolvenza cagionata attraverso la previa commissione di illeciti penalsocietari che assomma il disvalore della bancarotta fraudolenta fornendo una giustificazione alla severa reazione sanzionatoria.

Oltre alla sussistenza del nesso eziologico tra illecito societario ed il dissesto occorre, infatti, anche il dolo, inteso quale coscienza e volontà del fatto e dell'evento-dissesto.

All'uopo si precisa, però, come la dottrina prevalente, proponendo la tesi dell'accettazione del rischio²⁹ ritenga, oggi, bastevole il dolo eventuale affermando la sufficienza, ai fini dell'imputazione per bancarotta fraudolenta impropria, che al reo non sia sfuggita l'eventuale incidenza causale che il reato societario avrebbe avuto sulle condizioni economico-patrimoniali della società determinandone il fallimento.

²⁸Per l'esperienza penalistica i termini "fallimento" e "dissesto" sono sostanzialmente equiparati, anche se risulta più che evidente come si tratti di nozioni ontologicamente difformi, non foss'altro che per la possibilità di graduare quantitativamente il dissesto (mediante aggravamento), ipotesi non praticabile per il fallimento che si profila come un fatto formale, cristallizzato in un provvedimento giurisdizionale.

²⁹Cfr. A. MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta impropria*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 650 e ss.