

**NOTA INFORMATIVA N. 45/2021**

**BANCAROTTA E OMESSA TENUTA DELLA CONTABILITÀ CASS. PEN. N. 32577 DEL 2021**

**1. IL CASO**

L'imputato ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello territoriale che, confermando quella di primo grado, lo aveva condannato per bancarotta fraudolenta documentale.

Egli, amministratore unico di un'impresa fallita, era stato tratto a giudizio con l'accusa di aver distratto il corrispettivo della cessione delle quote di due società detenute da quella oggetto di fallimento, e per aver omesso di annotare tale operazione nella contabilità della fallita, così impedendo al Curatore di poter ricostruire compiutamente l'andamento degli affari, quantomeno in riferimento a tale iniziativa economica. In entrambi i gradi di merito, l'imputato era stato assolto dalla distrazione fallimentare, ma ritenuto responsabile per bancarotta documentale, in quanto le omissioni contabili rilevate dal Curatore avevano ostacolato la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari della fallita, in un contesto di consapevole e volontaria frammentarietà delle annotazioni, finalizzata a recare pregiudizio al soddisfacimento delle pretese creditorie.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto del difensore dell'amministratore, richiamando, nel corpo della sentenza, una *summa* dei più recenti approdi giurisprudenziali in materia di bancarotta documentale, e, in particolare, i *dicta* delle pronunce che hanno inteso tracciare il confine tra diverse forme di bancarotta nel caso in cui la contabilità rinvenuta risulti parzialmente mancante, sia in quanto non tenuta sin dal principio, sia perché non sia stata consegnata al Curatore, sia, infine, perché carente di alcune annotazioni rilevanti, come nel caso di specie. Oggetto specifico della decisione è la seguente questione: se le rilevate omissioni annotative, relative ad un'unica operazione, configurino l'elemento materiale del reato contestato e se, e in quale misura, la ricostruzione *aliunde* dei termini della cessione incida sull'offensività della condotta.

Anzitutto, la sentenza inquadra il fatto nella bancarotta fraudolenta documentale cd. *generica*, perché si risolve in una tenuta irregolare della contabilità atta a non permettere la ricostruzione degli affari, nonostante l'ambiguità del capo di imputazione, che, impropriamente, faceva pure riferimento al fine di recare pregiudizio ai creditori, elemento, questo, non richiesto per l'integrazione dell'ipotesi in questione, essendo tipico della cd. bancarotta documentale *specificata*. Venendo al cuore del problema, la Corte censura la sentenza d'appello sotto due profili:

- il primo, per non aver argomentato in ordine all'attitudine dell'unica appostazione dolosamente omessa a integrare l'evento della fattispecie
- il secondo, per non aver dato adeguato peso all'assoluzione intervenuta in relazione alla corrispondente fattispecie patrimoniale, tale da mettere in dubbio l'ipotizzata volontarietà di detta mancata appostazione, e, quindi, l'intento fraudolento.

Sotto il primo profilo, involgente l'elemento *oggettivo*, la Cassazione ha ribadito la necessità, ai fini dell'integrazione dell'art. 216 n. 2 L.F., di verificare rigorosamente l'impatto della mancata annotazione sull'attendibilità generale delle scritture, nonché sulla *particolare diligenza* spiegata dal Curatore per far fronte a tale mancanza.

In secondo luogo, sul versante *soggettivo*, la Corte ha ritenuto che la condanna per l'omissione contabile stride, in assenza di ulteriori indici di fraudolenza, con l'intervenuta assoluzione per la contestata cessione dei crediti societari, di cui al collegato capo di imputazione: in altre parole, la Corte si è chiesta

che interesse illecito avrebbe avuto l'amministratore nell'omettere di annotare un'operazione economica ritenuta come non pregiudizievole per gli interessi e il patrimonio dell'impresa.

Del resto, rileva la Cassazione, così facendo la Corte territoriale ha anche eluso la doverosa distinzione tra bancarotta fraudolenta documentale e la corrispondente fattispecie semplice, che si distinguono, oltre che per l'evento del reato, anche dall'elemento soggettivo:

- dolo generico costituito dalla consapevole tenuta irregolare delle scritture volta a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio per la prima
- dolo o, indifferentemente, colpa per la seconda.

Con la conseguenza che, nel caso di specie, i Giudici di merito avrebbero dovuto quantomeno chiedersi se l'omessa annotazione fosse preordinata a celare tale operazione o sia stata frutto di mera sciattezza o dimenticanza. La Corte chiude la parte motiva affermando, sulla base delle considerazioni svolte, il seguente principio di diritto: *"in tema di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma primo, n. 2, L.F.), è illegittima l'affermazione di responsabilità dell'amministratore che faccia derivare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, in tal caso, trattandosi per di più, nella specie, di omissione limitata ad una singola operazione, che impone di chiarire gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza por mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma secondo, L.F."*

La Corte ha conclusivamente annullato la sentenza, rinviando ad altra sezione della Corte territoriale per un nuovo giudizio che emendi le criticità rilevate. La sentenza in commento offre spunti di interesse:

- Anzitutto, nel corpo del testo richiama i più recenti orientamenti volti a distinguere le diverse forme di bancarotta documentale, operazione, questa, da sempre molto problematica a causa della loro somiglianza e ambiguità sul piano descrittivo;
- In secondo luogo, le argomentazioni spese dalla Corte evocano ulteriori riflessioni in riferimento al caso, molto frequente nella prassi giudiziaria, in cui le scritture contabili siano state tenute solo parzialmente, o in modo confusionario, o siano state consegnate solo parzialmente alla curatela. In simili ipotesi, tutte e tre le forme di bancarotta documentale si contendono il campo, dando vita a un concorso di norme.

## **2. LE DIVERSE IPOTESI DI BANCAROTTA DOCUMENTALE PREVISTE DALLA LEGGE FALLIMENTARE**

### **a) La bancarotta fraudolenta documentale specifica e generica (art. 216 co.1 n. 2 L.F.)**

Prima di addentrarsi nella rassegna dei più recenti approdi giurisprudenziali in materia di bancarotta documentale fraudolenta e semplice, è opportuno soffermarsi su un inquadramento delle diverse ipotesi di bancarotta documentale, partendo proprio dalle fattispecie fraudolente.

L'art. 216 L.F., al n. 2 del primo comma, punisce con la stessa pena prevista per la bancarotta fraudolenta patrimoniale la condotta di chi *"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"*.

L'apparente unitarietà della formulazione del reato cela due distinte fattispecie: esse risultano accomunate unicamente dall'oggetto del reato, per entrambe consistenti dai libri e dalle scritture contabili, ancorché non obbligatorie, purché utili alla ricostruzione dell'andamento aziendale, mentre differiscono sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

La prima, definita specifica, enuclea una serie di condotte materiali (sottrazione, distruzione, falsificazione, anche solo parziali) aventi a oggetto contabilità e libri aziendali, accomunate dal dolo specifico consistente nel procurare a sé o ad altro ingiusto profitto o recare pregiudizio ai creditori. Trattasi, dunque, di reato di mera condotta e a dolo specifico. La sottrazione è, tra queste, la condotta di più lata applicazione, comprendendo tanto il materiale occultamento, quanto la mancata tenuta delle stesse, anche parziale; la distruzione può concretarsi tanto nella eliminazione fisica, quanto nella mera alterazione materiale delle scritture in modo da renderle inintelligibili; la falsificazione può essere compiuta sia materialmente che ideologicamente.

Tali condotte, formalmente distinte, sono state ritenute perfettamente fungibili dalla giurisprudenza: nella prassi si ammette la formulazione di capi di imputazione indefiniti ed alternativi, essendo incerta per l'accusa la sorte dei documenti in questione, senza che si ritenga violato il diritto di difesa dell'imputato; similmente, anche in sede di accertamento, la Corte di Cassazione ritiene che non sia violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza nell'ipotesi in cui la condanna per il reato di bancarotta fraudolenta documentale sia pronunciata per omessa tenuta delle scritture contabili, piuttosto che per sottrazione o distruzione delle stesse come indicato nell'imputazione, poiché tali fattispecie si equivalgono. Sul versante soggettivo, si è detto che le condotte fraudolente devono essere orientate a recare pregiudizio ai creditori o a conseguire ingiusto profitto. Apparentemente, tali finalità sono alternative; tuttavia, parte della dottrina le interpreta sostanzialmente come una sorta di endiadi, essendo difficile ipotizzare la volontà di danneggiare i creditori senza, al contempo, voler conseguire un ingiusto profitto; tale rilievo implica che tali obiettivi debbano essere perseguiti cumulativamente.

Non mancano, tuttavia, posizioni dottrinali diverse, le quali, nell'ottica di avvicinare le due forme di bancarotta documentale specifica e generica, si discostano dalla lettera della norma per affermare che il richiamo al fine fraudolento sia effettuato in senso lato, atecnico, essendo bastevole che le condotte siano sorrette da tale finalità. Tale posizione non pare condivisibile, non soltanto perché renderebbe ancor più difficoltosa la distinzione tra le fattispecie documentali fraudolente da quella semplice, anch'essa punibile a titolo di dolo generico, ma perché è proprio il dolo specifico l'elemento di disvalore che giustifica la parificazione sanzionatoria tra bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale.

La bancarotta fraudolenta documentale generica costituisce la forma alternativa rispetto a quella sorretta dal dolo specifico, e consiste nel tenere i libri e le scritture contabili in guisa da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. Trattasi di reato d'evento a dolo generico. Secondo una felice espressione dottrinale che coglie l'essenza di detta fattispecie, il reato sanziona la tenuta della contabilità in modo così incompleto e frammentario da non consentire, in sede fallimentare, una sia pure approssimativa ricostruzione del movimento degli affari in misura tale da rendere le scritture reperite inidonee alle esigenze pratiche della procedura fallimentare nel cui ambito la contabilità adempie alla sua funzione di presidio delle ragioni creditorie, rimanendo indefinite sia le concrete modalità della condotta, sia il fine perseguito dall'agente, essendo l'offensività della fattispecie tutta incentrata sull'effetto finale dell'azione criminosa.

Da quanto sopra si rileva che la norma, più che alternativa, ha portata residuale e generale rispetto alla specifica, nel senso che mira a sanzionare tutte quelle condotte il cui risultato sia quello di ostacolare concretamente l'operato della Curatela fallimentare a prescindere dai fini concretamente perseguiti dal fallito. Da tale ultima considerazione si evidenzia la vastissima latitudine applicativa di tale fattispecie, testimoniata dalla florida produzione giurisprudenziale, alimentantesi dalla voluta indeterminazione della condotta tipica, che spazia dal mero disordine amministrativo-contabile delle scritture per arrivare alla radicale o parziale omessa tenuta delle stesse.

Ciononostante, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che il compito di distinguere la fattispecie in commento dalla gemella specifica è affidato all'evento e dall'elemento soggettivo, costituito dal dolo generico, in quanto reato a condotta libera. La struttura dell'elemento soggettivo è caratterizzata dal dolo generico, che, secondo la giurisprudenza oggi maggioritaria, è costituito dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione.

#### b) **La bancarotta documentale semplice**

L'art. 217, co.2 L.F. punisce, con pena sensibilmente minore rispetto alle omologhe fraudolente, il fallito che: *“durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta”*.

Per unanime opinione di dottrina e giurisprudenza, trattasi di fattispecie di pericolo astratto e di mera condotta, volta a sanzionare penalmente gli obblighi civilistici di corretta e puntuale tenuta dei libri e scritture contabili obbligatori in relazione alla tipologia e alla dimensione dell'impresa. Oggetto del reato sono, in via esclusiva e tassativa, i soli libri e scritture obbligatori, a prescindere dalla loro concreta utilità alla ricostruzione del patrimonio dell'impresa. A fronte di una norma che parrebbe incriminare la mera disubbidienza agli obblighi civilistici, si spiega la necessità di recuperare in sede giurisdizionale l'offensività che il dettato normativo lascia in ombra: in ossequio a tale principio, deve essere esclusa la rilevanza penale delle irregolarità minime, ossia effettivamente non idonee, a cagione della scarsa importanza pratica della trascuratezza riscontrabile, a impedire l'effettuazione della tracciabilità delle movimentazioni finanziarie e della massa patrimoniale dell'impresa.

### 3. **GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### a) **La fungibilità e la crisi delle ipotesi di bancarotta fraudolenta nelle imputazioni e nelle sentenze**

La formulazione poco limpida del dettato normativo, la scarsa visibilità del bene giuridico protetto, l'oggettiva somiglianza delle fattispecie: tutti questi difetti testuali si riflettono su una giurisprudenza che pare faticare a tracciare confini e operare distinguo tra le diverse ipotesi delittuose. Non è, dunque, casuale che un diffuso *trend* giurisprudenziale sia costituito dalla fungibilità tra le diverse forme di bancarotta documentale.

Si legga, per esempio, la seguente massima, espressione di un solido filone interpretativo: *“Ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, le condotte di mancata consegna ovvero di sottrazione, di distruzione o di omessa tenuta dall'inizio della documentazione contabile, sono tra loro equivalenti, con la conseguenza che non è necessario accertare quale di queste ipotesi si sia in concreto verificata se è comunque certa la sussistenza di una di esse ed è inoltre acquisita la prova in capo all'imprenditore dello scopo di recare pregiudizio ai creditori e di rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari”*.

Limitando l'analisi alla prima parte della summa, si nota come siano considerate del tutto equivalenti le condotte descritte all'art. 216 co.1 n. 2 L.F., siano esse costituite da mancata consegna, oppure da omessa tenuta, oppure ancora di sottrazione e distruzione. In buona sostanza, la Cassazione ci dice che non importa che fine abbiano fatto, in concreto, le scritture contabili: l'importante, ai fini dell'integrazione del reato, è che non sono dove avrebbero dovuto essere. Già a livello astratto, questa impostazione non pare corretta, in quanto, così facendo, condotte diverse vengono, di fatto, trasfuse in un'unica macro-fattispecie. Questo orientamento, che si muove a livello sostanziale, si riverbera anche

sul piano processuale. Da un lato, la Cassazione ha affermato che non è affetta da nullità un'imputazione che non identifichi compiutamente quali condotte siano state effettivamente commesse in relazione ai documenti dell'impresa fallita, o in cui le diverse ipotesi delittuose siano formulate in via alternativa. Dall'altro, che non è violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza se, a fronte dell'addebito di bancarotta documentale specifica, interviene condanna per bancarotta generica, e viceversa, oppure quando, a fronte di un'originaria imputazione di bancarotta fraudolenta documentale, intervenga condanna per la corrispondente fattispecie semplice.

Sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa, alla stregua del quale la correttezza del capo di imputazione deve essere valutata, chiunque pratici la materia ben conosce quanto sia complicato impostare una difesa nel caso in cui la contabilità rinvenuta sia soltanto incompleta, nell'incertezza di un'imputazione che non specifica se sia stata sottratta, meramente persa, o non tenuta *ab origine*. Dubbio, questo, che è l'Accusa a dover sciogliere. Leggendo la seconda parte della massima, risulta evidente un'altra, diffusissima, tendenza giurisprudenziale: quella di fondere le diverse forme di bancarotta fraudolenta documentale, per dar vita a un ibrido che nella legge fallimentare non ha cittadinanza. Si nota, infatti, che l'evento del reato costituito dall'impossibilità di ricostruire l'andamento degli affari è stato impropriamente ricondotto a oggetto del dolo specifico della bancarotta documentale specifica. In questo modo, l'evento è attratto all'interno del dolo specifico, con l'ovvia conseguenza che, per l'integrazione della fattispecie, non sarà più necessario che la condotta abbia effettivamente determinato l'impossibilità di ricostruire la ricostruzione degli affari, essendo bastevole che a tale risultato essa sia stata orientata. In tal modo, si verifica un'ulteriore anticipazione del penalmente rilevante, con il passaggio della fattispecie da reato d'evento a una nuova gemmazione strutturata su una condotta sorretta da dolo specifico. Infatti, aderendo a tale orientamento, al fine di addivenire a condanna sarà sufficiente una condotta, attiva od omissiva, di scorretta tenuta della contabilità, purché vi sia prova che sia stata finalizzata a rendere più difficoltoso lo svolgimento della procedura concorsuale, anche se il risultato criminoso prefissato non si sia realizzato, perché, per esempio, è stato comunque possibile reperire agilmente i beni che il fallito intendeva sottrarre o perché il curatore è riuscito a ricostruire facilmente le vicende dell'impresa decotta.

#### b) Il curatore-modello

Si è detto che la bancarotta documentale generica è caratterizzata da una struttura a condotta tendenzialmente libera e di evento di danno. Quest'ultimo, costituito dall'impossibilità di ricostruire il patrimonio o l'andamento degli affari è l'elemento costitutivo che distingue l'ipotesi delittuosa in parola sia dalla variante specifica, sia dalla bancarotta semplice, nei quali è assente. La centralità dell'evento nella struttura della norma è stata marcatamente sottolineata dalla dottrina maggioritaria nella bancarotta fraudolenta documentale generica il fulcro nella dinamica del reato ruota attorno alla tensione finalistica della condotta rispetto all'impossibilità della ricostruzione del patrimonio nonché alla relativa voluntas criminis, la quale necessariamente deve accompagnare il corrispondente contegno manipolativo. Nondimeno, la Cassazione propugna una lettura dell'evento del reato assai estensiva, in quanto, per la sua configurazione, il concetto di impossibilità ricostruttiva è univocamente interpretato in senso relativo e non assoluto.

Secondo l'orientamento storicamente dominante, anzitutto la difficoltà ricostruttiva può riguardare non tutti gli affari, ma soltanto alcuni di essi; in secondo luogo, il fatto che il Curatore allo scopo si avvalga di documentazione reperita *aliunde* (estratti conto bancari, dichiarazioni fiscali, ecc.) costituisce la cartina di tornasole dell'insufficienza della documentazione reperita. A fronte di tale orientamento, che, nel suo risvolto pratico, determina un significativo ampliamento del penalmente rilevante, riscontriamo alcune pronunce, allo stato isolate e risalenti, che conferiscono un qualche effetto *pro-reo* alla documentazione officiosa o in nero fornita dal fallito. Al netto di queste isolate pronunce, rimane il dato di fatto che

l'evento della frode documentale generica, nella dimensione giurisprudenziale della norma, si è trasfigurato da impossibilità a una difficoltà ricostruttiva richiedente particolare diligenza in capo alla Curatela. Con due conseguenze:

- La prima è che si assiste a un'impropria trasfigurazione dell'evento di danno in evento di pericolo, in quanto la difficoltà ricostruttiva in capo al tutore delle istanze creditorie costituisce, a ben guardare, non necessariamente implica una reale offesa al ben giuridico tutelato. In tal modo, il requisito di fattispecie ha perso il suo ruolo di evento *strictu sensu* e con marcata funzione tipizzante;
- In secondo luogo, la sussistenza dell'evento è rimessa, *case by case*, all'attitudine e alla diligenza spiegata dal Curatore, che, in quanto essere umano, può essere più o meno accorto e competente. Con l'ulteriore risultato che la sussistenza del fatto-reato oggi dipende dalle attitudini e dalle capacità di un soggetto diverso dal reo, il che pare inaccettabile. Certo, questo deficit può essere mitigato mediante la tipizzazione di un *curatore modello*, del quale, però, manca ogni standardizzazione tanto legislativa che giurisprudenziale.

Infine, un'ultima parola in ordine alla rilevanza sul piano penale di una ricostruzione che sia almeno parziale del patrimonio o dell'andamento societario: caso, questo, assai frequente nella prassi in cui la documentazione è attendibile ma lacunosa. In questi frequentissimi casi, nessuno spazio è lasciato all'impunità; tuttavia, la giurisprudenza ha aperto alla possibilità di ritenere configurabile l'attenuante del danno di speciale tenuta ex art. 219 L.F., applicabile anche alle frodi documentali, a seconda dell'impatto che abbia avuto l'ammacco contabile sulla ricostruzione dell'attivo.

#### c) **L'omessa tenuta della contabilità**

Il caso più problematico e di frequentissima applicazione pratica è quello nel quale la contabilità societaria sia stata consegnata al Curatore solo parzialmente: tanto nell'ipotesi in cui sia stata assente *ab origine*, quanto in quella, spesso contestata in via alternativa nell'imputazione, in cui la contabilità esista, ma poi sia stata sottratta, occultata o perduta. Questi casi generalmente si originano dal fatto che la curatela, all'interno della relazione ex art. 33 L.F. inviata alla Procura della Repubblica, sovente segnala che la contabilità rinvenuta risulta frammentaria o incompleta, magari perché è stata tenuta fino a una certa annualità, oppure perché lo studio contabile che la deteneva ha perso i contatti con l'amministratore. Tali mancanze contabili comportano l'impossibilità, seppur relativa, di ricostruire compiutamente l'andamento dell'impresa nel periodo corrispondente all'omissione, per cui al Curatore restano da percorrere due strade:

- incrociare i dati in suo possesso con quelli detenuti dall'Agenzia delle Entrate o dagli istituti di credito;
- arrendersi al buco contabile.

Nondimeno, la situazione descritta può essere inquadrata in *tutte* le fattispecie documentali già menzionate:

- nella bancarotta fraudolenta documentale specifica, allorché si ritenga che la contabilità sia stata sottratta od occultata proprio allo scopo di impedire al Curatore di ricostruire i vari rapporti di dare/avere, con pregiudizio dei creditori;
- nella bancarotta generica, ove l'ammacco abbia determinato l'impossibilità di ricostruire il patrimonio;

- nella bancarotta semplice, allorché si ritenga che la parziale mancanza delle scritture sia dovuta a mera disattenzione, non preordinata all'occultamento di condotte gestionali poco limpide commesse dal fallito.

Al fine di inquadrare correttamente la problematica, occorre muoversi per gradi, con l'ausilio dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.

In primis, occorre distinguere in quali delle due forme di bancarotta documentale fraudolenta si versi dal punto di vista oggettivo, avuto riguardo all'individuazione, esatta, della condotta contestata. S'è detto che la condotta consiste nella mancata tenuta della contabilità: ebbene, secondo l'orientamento dominante, tanto nel caso in cui la condotta oggetto di giudizio consiste nell'omessa tenuta ab origine, quanto in quello della mancata consegna ex post al Curatore della contabilità dapprima esistente, il fatto è da ricondursi all'ipotesi di bancarotta documentale specifica, per cui andrà accertata la finalizzazione della condotta a creare documento ai creditori. Secondo questo orientamento, dunque, questa ipotesi delittuosa ricorre sia quando siano state attuate condotte attive (di distruzione, di occultamento, di falsificazione) su scritture contabili già precedentemente formate, sia quando, durante la vita dell'impresa, la doverosa tenuta della contabilità sia stata dolosamente omessa. Il pregio di una simile interpretazione sta nel fatto che la riconduzione dell'omessa tenuta della contabilità nell'alveo delle condotte di cui alla prima parte dell'art. 216 co.1 n. 2 L.F. impone al Giudice una più penetrante verifica in ordine alla sussistenza del dolo specifico richiesto da questa fattispecie: vaglio che diviene tanto più importante quando la condotta oggetto di giudizio non sia una completa omissione, ma, come spesso accade, un'omissione riguardante solo talune annualità.

In quest'ultimo caso, infatti, è dirimente stabilire se l'omissione sia stata orientata dalla volontà di recare pregiudizio ai creditori o se derivi da mera negligenza o disinteresse. Questa interpretazione, tuttavia, sembra porsi in contrasto con quel recente orientamento giurisprudenziale, reso in riferimento alla condotta di *falsificazione* delle scritture contabili, secondo il quale *"In tema di bancarotta documentale, la condotta di falsificazione delle scritture contabili prevista dalla prima parte dell'art. 216, comma 1 n. 2, legge fall. può avere natura tanto materiale che ideologica, consistendo comunque nella manipolazione di una realtà contabile già definitivamente formata; la bancarotta generica si realizza sempre con una falsità ideologica contestuale alla tenuta della contabilità, e cioè mediante l'annotazione originaria di dati oggettivamente falsi o l'omessa annotazione di dati veri, realizzata con le ulteriori connotazioni modali descritte dalla norma incriminatrice"*. In entrambi i casi, il *discrimen* tra le due ipotesi può essere tracciato con riferimento al momento in cui la condotta delittuosa è stata realizzata:

- alla bancarotta documentale specifica possono essere ascritte quelle manipolazioni commesse sulla contabilità già esistente;
- alla gemella generica, invece, quelle commesse contestualmente agli eventi patrimonialmente rilevanti che dovevano (e non sono stati) essere annotati. Di conseguenza, a rigore, è nell'ambito della variante generica che andrebbe inquadrata l'omessa tenuta.

Chiarito il confine tra le due forme di bancarotta fraudolenta documentale sotto il profilo oggettivo, occorre ulteriormente distinguere i casi in cui l'omessa tenuta può rilevare, invece, come bancarotta semplice. Dal punto di vista oggettivo, al netto del tipo di scritture che possono essere oggetto dei rispettivi reati, l'evento del reato costituito dall'impossibilità di ricostruire il patrimonio o l'andamento degli affari non si distingue per una vera portata specializzante. L'orientamento dominante ritiene che il delitto di bancarotta fraudolenta sussista anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza.

Considerando, quindi, la sovrapposibilità della descrizione della condotta delittuosa sul piano lessicale, il difficile compito di demarcare l'operatività delle due fattispecie sembra spettare all'elemento

soggettivo. Questo orientamento, però, non conduce a risultati pienamente appaganti. Se, infatti, come più volte ribadito dalla Cassazione, la bancarotta semplice può essere integrata sia dal dolo generico che dalla colpa, mentre la frode contabile è soltanto dolosa, sussiste un'evidente area di interferenza tra le fattispecie allorché l'omissione contabile si ipotizzi commessa con dolo.

E così, in tutti i casi in cui l'agente ometta di tenere le scritture contabili obbligatorie degli ultimi tre anni in modo parziale, frammentario, o, comunque, irregolare, sì da determinare l'impossibilità di ricostruire l'andamento degli affari o il patrimonio sociale, le due norme concorrono, in quanto il fatto può essere sussunto in entrambe le previsioni incriminatrici. Nondimeno, nella maggior parte dei casi, il concorso fra norme si risolverà a favore della fattispecie fraudolenta, in quanto l'evento specializzante è integrato anche se l'ammancato contabile abbia costretto il Curatore a un'opera ricostruttiva di particolare diligenza. Salvo, dunque, che il *deficit* contabile sia manifestamente colposo, si ricadrà sempre nella fattispecie più grave, ciò in quanto l'imprenditore/amministratore accetta il rischio che la sua malagestione delle scritture contabili dell'impresa possa determinare difficoltà ricostruttive rilevanti, in caso di successivo fallimento.

#### 4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A fronte di quanto esposto sinora, possono suggerirsi alcuni spunti interpretativi e operativi, al fine di una maggiore riuscita dell'*actio finium regundorum* da ultimo esperita dalla Cassazione riguardo alle fattispecie documentali previste dalla Legge Fallimentare.

Anzitutto, è bene ribadire quanto sia importante che le due varianti di bancarotta fraudolenta documentale mantengano la loro autonomia. A ben guardare, infatti, il fatto tipico previsto dall'ipotesi specifica descrive condotte, che, di per sé, manifestano intrinsecamente una frode avente a oggetto documenti contabili già precedentemente formati, che il reo intende celare alla Curatela. In questo caso, a livello oggettivo non c'è pericolo di confusione con la bancarotta semplice: si tratta di azioni di sottrazione, distruzione, falsificazione *ex se* chiaramente orientate a danneggiare i creditori. Il dolo specifico non fa che confermare e, in un certo senso, rafforzare questa vocazione naturale. La fattispecie mira a sanzionare il comportamento del fallito o fallendo che, in funzione della procedura concorsuale, vuole nascondere le tracce contabili di precedenti operazioni fraudolente o relative a beni che sarebbero assoggettati al concorso.

Invece, la condotta descritta nella seconda variante è strettamente legata al modo e al momento in cui le scritture sono state scritte o tenute. Essendo, questo, un reato a forma libera, ritengo che sia a questa variante che vada ascritta la mancata tenuta della contabilità, comprendendo sia il fatto di non averla istituita da principio sia il fatto di aver omesso annotazioni per un certo periodo. Del resto, la giurisprudenza ha chiarito che la falsificazione della contabilità, ove avvenuta contestualmente alla sua redazione, è un fatto integrante la variante generica, ma se la falsificazione avviene successivamente siamo innanzi alla fattispecie specifica: il momento in cui si pone la condotta delittuosa sembra divenire determinante per l'individuazione della fattispecie. Dunque, l'omissione contabile originaria, a mio avviso, può essere assimilata a una modalità di tenuta della contabilità, a essa contestuale. Il momento in cui si pone la condotta contestata gioca un ruolo importante: se successivo alla redazione delle scritture, può ipotizzarsi la forma specifica, se contestuale, quella generica. A questo punto, però, è necessario un ulteriore sforzo per distinguere la fattispecie generica dall'omologa semplice, poiché dal punto di vista oggettivo risultano in larga parte sovrapponibili.

Come visto, ricorrere all'elemento soggettivo può non essere appagante: è necessario un *quid pluris*.

Ritengo dunque che anche in riferimento alla variante generica non possa prescindersi da una sorta di requisito implicito della condotta delittuosa, che risulta invece più marcato nell'*explicit* della variante a dolo specifico: la preordinazione del fatto-reato alla procedura concorsuale. Infatti, entrambe le frodi documentali necessitano di un elemento costitutivo occulto, costituito dal fatto che la condotta

delittuosa, per definirsi *davvero* fraudolenta, deve essere inevitabilmente orientata in previsione di una procedura concorsuale: ciò sia per la collocazione sistematica della norma, che la vede giustapposta alle fattispecie patrimoniali, sia perché soltanto la presenza di un elemento comune alle due ipotesi può giustificare la loro equiparazione a livello sanzionatorio.

Dal punto di vista sistematico, poi, questa interpretazione si pone in linea con la natura delle frodi documentali, nonché con il loro ruolo di reati stampella della bancarotta fraudolenta patrimoniale: la prospettiva concorsuale della condotta pare un requisito di fattispecie davvero imprescindibile.

In concreto, la preordinazione ai fini concorsuali può essere riscontrata proprio mediante la presenza, *case by case*, dei menzionati indicatori di fraudolenza, da ultimo valorizzati dalla Cassazione. E, quindi, per tornare all'esempio della sentenza, una singola omissione annotativa relativa a un'operazione sospetta potrà essere valutata diversamente a seconda della storia aziendale in cui l'operazione (e l'omissione) è posta in essere: sarà bancarotta fraudolenta documentale se in quel momento l'impresa era in un momento di crisi, sarà bancarotta semplice se, in quel momento, alcuna procedura concorsuale si affacciava all'orizzonte; in caso di mancata tenuta della contabilità, si dovrà dare rilevanza a quelle annualità in cui l'impresa già versava in un momento di crisi tendenzialmente irreversibile, mentre alcuna rilevanza potrà avere l'impossibilità di ricostruire il patrimonio e gli affari relativi agli anni precedenti.

In ultima analisi, fraudolenza fa rima con insolvenza: ciò vale tanto in termini penalistici quanto lessicali. Il richiamo implicito alla prospettiva concorsuale, però, potrebbe venire in gioco anche sul piano oggettivo, nel senso della possibile valorizzazione, in ottica di elisione della responsabilità penale, di tutte quelle condotte attive e sopravvenute al fatto-reato mediante le quali il fallito fornisca un aiuto solido alla ricostruzione del patrimonio, pur a fronte di una pregressa tenuta scorretta dei documenti dell'impresa.

26 ottobre 2021

Avv. Bruna Capparelli