

La bancarotta fraudolenta nel diritto italiano e nel diritto spagnolo

di Laura Citroni (*)

Viene effettuata una comparazione del reato di bancarotta fraudolenta in Italia e in Spagna: vengono analizzate le varie tipologie di bancarotta, prendendo in considerazione anche l'orientamento giurisprudenziale.

La distinzione operata dall'art. 216 della legge fallimentare italiana, che prevede 3 distinte fattispecie di bancarotta (1), si affianca a quella esistente tra i fatti *pre* e *post* fallimentari commessi rispettivamente **prima e dopo la dichiarazione di fallimento**.

Il secondo comma dello stesso articolo dispone, a riguardo, che le pene sancite in quello antecedente debbano applicarsi all'imprenditore dichiarato fallito che, durante la procedura fallimentare, commetta uno dei fatti previsti dal comma stesso.

Le 3 ipotesi, accomunate dalla volontà di attentare le **garanzie patrimoniali**, appaiono unificate dall'intento di **sottrarre i beni alla loro funzione di garanzia** rispetto alle ragioni creditorie, pregiudicando l'ordinato esercizio delle attività commerciali.

Ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta, non è necessario che le suddette condotte si pongano in rapporto di stretta consequenzialità con la dichiarazione di fallimento, trattandosi di comportamenti che vengono considerati nell'implicita capacità di sottrarre i beni alla loro naturale destinazione di supporto economico dell'impresa.

Poiché la **dichiarazione di fallimento è un elemento costitutivo** dei reati di bancarotta (e non una condizione oggettiva di punibilità), questi **non possono configurarsi** fino a quando la sentenza che lo dichiara non sia passata in giudicato.

Una fattispecie analoga a quella italiana si rinviene nell'art. 260 del Codice penale spagnolo, dove viene punito il fallito che abbia dolosamente aggravato o causato l'insolvenza.

Tale norma definisce in generale i concetti di **insolvenza fraudolenta**, all'interno del quale si trovano le diverse figure della bancarotta, del concorso dei creditori e della sospensione dei pagamenti, tutte accomunate dall'intento doloso volto a pregiudicare i diritti dei creditori.

La norma si distingue tra **crisi economica** ed **insolvenza**, in quanto concettualmente differenti ed in grado di sussistere l'una indipendentemente dall'altra.

Non tutte le crisi economiche possono però causare insolvenza; queste possono limitare le possibilità di crescita di

Note:

(*) Studio legale Vassalli e Associati.

(1) Le fattispecie in questione sono: bancarotta patrimoniale (art. 216,1), che punisce l'imprenditore fallito, il quale abbia distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni o, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori abbia esposto o riconosciuto passività inesistenti; bancarotta documentale (art. 216,2), che punisce l'imprenditore dichiarato fallito che abbia sottratto, distrutto, falsificato, in tutto o in parte i libri o le altre scritture contabili, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, così da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari; bancarotta preferenziale (art. 216,3), che disciplina il comportamento del fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, esegua pagamenti o simili titoli di prelazione allo scopo di favorire taluno dei creditori a danno della massa.

un'impresa, causare licenziamenti o rallentare la produzione senza necessariamente, almeno in linea teorica, incidere sul corretto adempimento delle eventuali obbligazioni.

La dissimulazione consiste in qualsiasi forma di inganno diretto ad occultare la conoscenza di uno stato esistente, che si verifica normalmente sotto forma di negozio giuridico solo apparente, dietro al quale si cela un negozio reale compiuto in frode ai creditori.

Nell'art. 260 del Codice penale spagnolo viene sanzionata la **condotta del fallito** (o di chi agisce in suo nome) che causa o aggrava dolosamente una situazione di insolvenza o di crisi economica,

mentre il successivo art. 261 disciplina lo specifico comportamento del debitore che, al fine di ottenere una diversa dichiarazione del suo stato di insolvenza, presenta dati falsi relativi ai documenti contabili.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale: l'art. 216, I comma, della legge fallimentare l'art. 260 C.p.

Il reato previsto dal primo comma dell'art. 216 della legge fallimentare prende in considerazione l'atto di distrarre, occultare, dissimulare, distruggere o dissipare in tutto o in parte i propri beni, ovvero il **riconoscimento di passività inesistenti**, allo scopo di **recare pregiudizio** ai creditori (2).

Nelle prime ipotesi si ha una diminuzione solamente apparente, alla quale si perviene mediante manovre ed artifici diretti a presentare una situazione diversa da quella effettiva ed una **consistenza patrimoniale inferiore a quella reale**. Quest'obiettivo viene raggiunto attraverso atti di distrazione, occultamento, dissimulazione di beni, nonché attraverso il riconoscimento di passività inesistenti, giacché la diminuzione del patrimonio può essere simulata sia facendo scomparire alcuni cespiti, sia facendo figurare passività fittizie.

Altra conseguenza è una diminuzione reale del patrimonio che si verifica nei casi di **dissipazione** (i beni, anche se celati, continuano ad esistere ed il creditore può recuperarli per il tramite degli organi delle procedure concorsuali)

e **distruzione di beni** (essendo la diminuzione effettiva, il creditore li ha realmente persi, perché sono usciti dal patrimonio del suo debitore in maniera definitiva).

Ravvisando in entrambe un intento riprovevole, queste 2 forme vengono equiparate, nonostante nella prima ipotesi sia possibile recuperare i beni.

Una distinzione potrebbe aversi piuttosto per il differente *animus* considerando che, nel caso di una diminuzione fittizia, l'agente agisce col fine di procurarsi un **utile economico**, con lo scopo di **riservare**, per sé o per coloro che sono a lui legati, **alcuni beni** sottraendoli all'azione dei creditori; nella seconda ipotesi viene, invece, mosso da ragioni di risentimento, poiché la condotta illecita non è utile a nessun soggetto ma è solamente fonte di danno per la controparte.

La punibilità per detti atti deriva, quindi, dal semplice tentativo di sottrazione, mentre per la sua consumazione è sufficiente che l'agente abbia compiuto **raggiri o artifici** diretti a tale scopo, non essendo necessario, per la sua esistenza, un danno concreto alla massa creditoria.

Dalle disposizioni normative, si evince come la bancarotta fraudolenta in senso stretto possa ravvisarsi sia nel caso in cui il debitore cagioni il dissesto che sfocerà nel fallimento, sia nel caso in cui abbia solamente contribuito ad aggravarne uno già in atto.

Nei casi di diminuzione fittizia del patrimonio, non è in alcun modo esigibile un rapporto causale tra l'azione del debitore ed il verificarsi o l'aggravarsi del dissesto, in quanto la *ratio legis* è quella di colpire non solo gli atti con cui il soggetto sottrae alcuni beni, ma anche il **semplice tentativo di sottrazione**.

L'assenza del nesso causale tra l'azione del debitore ed il dissesto si ha anche nelle ipotesi di diminuzione effettiva del patrimonio, in cui il vincolo tra i comportamenti in esame (che, anche senza determinarlo, contribuiscono comunque ad aggravare il dissesto) ed il danno materiale, si ritiene implicito nella stessa modalità di condotta.

Si può pertanto affermare che una **diminuzione dell'attivo** (effettiva o apparente) consegue sempre alle condotte

Nota:

(2) Le menzionate ipotesi sono accomunate dalla volontà di arrecare una diminuzione, fittizia od effettiva che sia, al patrimonio del debitore, pregiudicando in tal modo la garanzia patrimoniale.

elencate nell'art. 216, I comma, legge fallimentare che presentano modalità di esecuzione fungibili, equivalenti ed alternative tra loro, tanto che non vi è utilità alcuna nel tracciare un confine preciso tra le singole ipotesi, delle quali occorre piuttosto evidenziare la comune concreta pericolosità per la massa creditoria.

Seguendo l'ordine normativo, l'analisi delle singole condotte incriminate parte dalla **distrazione** con cui si esprime sia l'estromissione di un bene dal patrimonio dell'imprenditore sia la destinazione dello stesso ad uno scopo diverso da quello dovuto (3).

Inoltre, la semplice destinazione dei beni ad altro scopo non è di per sé sufficiente a costituire reato nel caso in cui il curatore fallimentare, a conoscenza della diversa destinazione, possa in ogni modo agire per recuperarli (4).

Il recupero o la possibilità di recupero sono, infatti, influenti sulla sussistenza dell'elemento materiale, in quanto la fattispecie si perfeziona al momento del **distacco del bene dal patrimonio**, anche se il reato viene ad esistenza giuridica **solo dopo** la dichiarazione di fallimento, mentre il recupero della *res* rappresenta solo un *posterius*, equiparabile alla restituzione della refurtiva dopo la consumazione del furto (5).

La Suprema Corte ha affermato che «nel concetto di distrazione deve ritenersi compreso qualunque atto, diverso dalla dissipazione e dall'occultamento, mediante il quale l'imprenditore distacca determinati beni dal proprio patrimonio, impedendo l'apprensione dei medesimi da parte degli organi fallimentari con conseguente sottrazione allo scopo di garanzia cui erano destinati» (6), o ancora «si ha distrazione nel caso di estromissione dal patrimonio senza alcuna contropartita o senza una contropartita reperibile» (7).

L'elemento oggettivo di questo reato si concretizza perciò ogni qual volta vi sia un ingiustificato distacco di beni o di attività, con il conseguente **depauperamento patrimoniale** in danno alla massa dei creditori (8).

Il novero delle ipotesi di distrazione appare sufficientemente ampio e variegato, arrivando a comprendere il caso di un imprenditore che abbia sottratto all'esecuzione concorsuale una somma riscossa a titolo di risarcimento del danno alla persona (9), oppure quello di un contratto di locazione stipulato per finalità estranee all'azienda, in previsione del fallimento ed allo scopo di trasferire la di-

sponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto giuridico (10).

Non va dimenticato che per distrazione si può intendere anche la diminuzione del patrimonio dell'impresa attuata con **condotte delittuose** (quali, ad esempio, attività corrottive) (11).

Note:

(3) In realtà questa può essere realizzata senza estromettere alcun cespite dal proprio patrimonio, come nel caso di trasferimento all'estero di beni aziendali.

(4) In linea con tale orientamento si ricordi che secondo la suprema Corte non rientra nel concetto di distrazione il fatto dell'imprenditore che smetta di esercitare un'impresa per intraprendere una diversa attività destinando a quella nuova capitali già previsti per l'esercizio dell'altra (Cass. 20 maggio 1961, in *Giur. It.*, rep. 1961, v. Bancarotta n. 15); successivamente la medesima Corte ha affermato che non costituisce distrazione il fatto del fallito che, in seguito alla trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento, venda una porzione anche indivisa di beni immobili di sua proprietà (Cass. pen., 19 giugno 1972, in *Foro it.*, 1973, II, p. 113).

(5) Cass. pen., sez. V, 14 aprile 1999, n. 4739 (ud. del 23 marzo 1999); Cass., sez. V, 1 giugno 1999, n. 6869 (ud. del 27 gennaio 1999).

(6) Cass. pen., 3 novembre 1960, in *Giur. It. Rep.*, 1961, v. Bancarotta, n. 21

(7) Cass. pen., 18 giugno 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 79

(8) Si è anche genericamente affermato che il reato di bancarotta fraudolenta sussiste, per distrazione, nel caso in cui l'imprenditore, con la consapevolezza di aggravare il proprio dissesto, distacchi un bene dal suo patrimonio sottraendolo alla garanzia dei creditori (Cass. pen., 18 maggio 1983, in *R. pen.*, 1984, p. 88), mentre più di recente è stata sancita la configurazione di tale ipotesi criminosa ogniqualvolta la condotta dell'imputato sia diretta ad impedire che un bene del fallito venga utilizzato per il soddisfacimento dei diritti della massa dei creditori (Cass. pen., 26 giugno 1995, in *R. trim. dir. pen. eco.*, 1996, p. 675).

(9) Cass. pen., 4 luglio 1967, in *Dir fall.*, 1968, II, p. 641

(10) Un tale contratto lascia infatti l'impresa dissestata nell'impossibilità di esercitare qualsiasi attività economica e, dato che i suoi effetti si producono anche dopo il fallimento del locatore, ostacola gli organi del fallimento nella liquidazione dell'attivo, danneggiando così i creditori concorsuali: Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 1993, n. 11207 (ud. del 29 ottobre 1993), in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1994; nello stesso senso: Cass. pen., sez. V, 16 marzo 1998, n. 3302 (ud. del 28 gennaio 1998), in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1998.

(11) In questo caso si avrebbero i due interessi contrapposti, dei creditori e dell'impresa. Quest'ultimo provoca una diminuzione della garanzia degli aventi causa e viene perseguito, poiché l'aver agito per l'interesse dell'impresa non è un motivo sufficiente per escludere la colpevolezza del danno (Cass. pen., 16 febbraio 1994, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, p. 21).

La seconda condotta prevista dal punto 1 dell'art. 216, I comma, legge fallimentare è l'**occultamento materiale** di uno o più beni appartenenti al patrimonio del debitore.

Con tale espressione non si individua solamente il fatto di chi, senza separare i beni dal proprio patrimonio, li nasconde materialmente in modo da renderne impossibile l'apprensione da parte degli organi delle procedure concorsuali; la locuzione comprende, infatti, anche **negozi giuridici simulati**, facendo cioè figurare come **trasferiti a terze persone** beni che in realtà continuano a fare parte del patrimonio del fallito.

Si aggiunga che, nel periodo successivo al fallimento, la mancanza di una specifica dichiarazione del fallito sulla consistenza dei propri beni, non è di per sé ostativa della configurabilità del delitto in questione, essendo comunque sufficiente il **silenzi omissivo** dell'imprenditore che, nascondendo materialmente i beni, **conferma la sua intenzione** in modo concreto (12).

Nell'occultamento (inteso in senso ampio) possono, quindi, essere inclusi tutti quegli atti volti a celare l'esistenza di un cespite o la sua ubicazione.

La **dissimulazione** consiste, invece, in qualsiasi forma di inganno diretto ad occultare la conoscenza di uno **stato esistente**, che si verifica normalmente sotto forma di negozio giuridico solo apparente, dietro al quale si cela un negozio reale compiuto in frode ai creditori, ovvero a operazioni ben architettate che, nonostante l'apparente legalità, risultano dannose.

Ai fini della sussistenza della fattispecie, non è necessario che sia realmente conseguito il risultato cui tende l'attività diretta a diminuire fittiziamente il patrimonio, in quanto si ritiene sufficiente che la condotta sia stata tenuta con il fine di dissimulare, ovvero di **nascondere l'appartenenza o la titolarità dei beni**.

La legge fallimentare del 1942 definisce distruzione l'annullamento di un bene dal punto di vista economico (ossia la perdita del suo valore d'uso e di scambio), punendo «l'imprenditore che ha distrutto...in tutto...o in parte i suoi beni», attraverso atti di annullamento totali e parziali, siano essi frutto di comportamenti attivi (l'atto di distruggere) o di comportamenti omissivi (il semplice consentire la distruzione).

Per evitare di pregiudicare i suoi creditori, l'imprenditore ha quindi l'**obbligo giuridico** ex art. 40, comma 2, C.p. (13)

di evitare la distruzione del proprio patrimonio (14). Da ciò si evince che, qualora non impedisca che ciò avvenga, pur avendolo previsto, è come se egli stesso avesse **materialmente cagionato** tale distruzione.

Nell'ambito della nozione così intesa vanno comunque comprese anche le ipotesi di **deterioramento**, in quanto esempi di **distruzione parziale**.

La norma prosegue disciplinando l'ipotesi della dissipazione. Il significato tecnico-giuridico del termine non si discosta dal comune senso che ha nella lingua italiana, vale a dire quello di dissolvere, sciupare o sprecare, concretizzandosi appunto nella dispersione di beni effettuata per scopi voluttuari estranei all'impresa, in modo insensato e senza una ragionevole giustificazione economica.

In generale va poi detto che la dissipazione può implicare una pluralità di atti, anche se a costituirla possa bastare anche una sola azione; *conditio sine qua non* è che, da questa, derivi un rilevante pregiudizio per i creditori. In questa condotta sono, perciò, compresi casi diversi e variegati tra loro: spese voluttuarie, lussi eccessivi, dispersione del patrimonio al gioco (15), condotte di amministrazione talmente distruttive (16).

Le altre due condotte appartenenti al novero delle diminuzioni fittizie del patrimonio fanno riferimento all'**esposizione** e al **riconoscimento di passività inesistenti**.

L'esposizione da parte del debitore può effettuarsi mediante dichiarazioni, verbali o scritte, rivolte agli organi fallimentari. Il più delle volte viene attuata esibendo docu-

Note:

(12) Cass. pen., 21 ottobre 1980, in *Riv. pen.*, 1981, p. 282.

(13) Art. 40, comma 2, c.p.: Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.

(14) Come corollario di un generale dovere del debitore di comportarsi correttamente ex art. 1175 c.c.: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le buone regole della correttezza».

(15) Cass. pen., 7 marzo 1989 in *Riv. pen. eco.*, 1990, p. 212 che riconduce la dispersione del patrimonio al gioco nel novero della dissipazione.

(16) Sono da considerarsi alla stregua delle precedenti anche le spese pubblicitarie sostenute da una società al solo fine di promuovere l'immagine del proprio amministratore all'interno della stessa, allo scopo di decretarne il successo personale, come pure le spese dell'imprenditore per finanziare una società sportiva. Va invece escluso il comportamento dell'imprenditore che investa ingenti somme per pubblicità o partecipazione a fiere (Cass. pen., 14 ottobre 1987, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, p. 933).

menti falsi, attraverso false registrazioni nei libri e nelle altre scritture contabili (17), o riportando nelle scritture contabili **indicazioni false** in ordine alla consistenza della passività.

Il riconoscimento di passività inesistenti si collega ad esposizioni fatte da parte del debitore con qualsiasi mezzo, anche implicito purché idoneo allo scopo (18). Si ritiene che in tale fattispecie, l'ingannevole diminuzione possa essere prodotta anche dal concorso di individui che rivendicano crediti o altri diritti fittizi.

Queste figure, previste nella seconda parte dell'art. 216, I comma, in cui si delinea solamente un **falso ideologico**, vanno tenute distinte dalle fattispecie previste dal II comma (falsificazione totale o parziale dei libri o di altre scritture contabili) nelle quali può anche concretarsi un'esposizione di passività inesistenti.

Va, infine, precisato che mentre la prima parte della norma in esame si riferisce ad atti e fatti precedenti alla dichiarazione giudiziale di fallimento, (cosiddetti reati pre-fallimentari), la seconda estende la disciplina ai fatti commessi durante la procedura concorsuale (cosiddetti reati post-fallimentari).

Nell'**ordinamento spagnolo**, la bancarotta fraudolenta si concretizza nel comportamento di colui che, dichiarato fallito in una procedura concorsuale o in una situazione di sospensione di pagamenti, causi o aggravi una situazione d'insolvenza o di crisi economica.

La norma riprende l'art. 896 Codice del commercio, in cui si stabilisce che: «in nessun caso, né d'ufficio, né ad istanza di parte, si procederà per i reati di bancarotta fraudolenta o colpevole, senza una previa dichiarazione di fallimento fatta dal giudice». Dalla lettura si evince come nessun procedimento fallimentare possa iniziare se non posteriormente ad una valutazione del giudice in merito alla colpevolezza o alla frode, ed ai motivi addotti per procedere penalmente (19).

In realtà l'entrata in vigore del nuovo Codice penale ha mutato la situazione, affermando **un'assenza di vincolo** tra il procedimento civile e quello penale.

Questo delitto e quelli ad esso relazionati potranno essere perseguiti senza aspettare la conclusione del processo civile e senza, al medesimo tempo, pregiudicarlo. In realtà, questa potrebbe risultare come una negazione dello stesso presupposto del reato di bancarotta fraudolenta (ossia

la pronuncia della sentenza) sembrando altresì in contrasto con l'art. 896 Codice del commercio.

L'apparente contraddizione viene in realtà superata considerando il presupposto penale della sentenza di fallimento come una **mera pronuncia formale**, automatica alla richiesta di procedimento fatta al giudice.

La condotta tipica si configura in «tutte le attività che causano o aggravano dolosamente l'insolvenza», dal che balza subito agli occhi la necessità di un nesso causale tra questa ed il conseguente danno alle garanzie creditorie. Tali modalità vanno valutate in concreto, in relazione all'effettivo pregiudizio subito dai creditori e senza l'uso di presunzioni legali.

Il problema sorge in relazione al momento in cui sia possibile aggravare lo stato d'insolvenza, i comportamenti punibili, posteriori all'apertura di un procedimento fallimentare, saranno sia quegli atti di disposizione patrimoniale o generatori di obbligazioni (indicati nell'art. 259), che la presentazione di un **falso stato contabile** (ex art. 261), nel tentativo di escludere alcuni beni dalla massa, nonché qualunque dichiarazione falsa sull'esistenza di cespiti non rinvenibili nell'attivo, o qualsiasi occultamento volto ad aggravare il dissesto.

La bancarotta fraudolenta, a differenza delle altre fattispecie del capo, è l'unica ad essere un **reato di evento-risultato**, in quanto provoca **un'esecuzione concorsuale** (risultato giuridico) con i suoi relativi costi, e la materiale apprensione dei beni a vantaggio dei creditori (risultato materiale).

La condotta tenuta verrà poi considerata per graduare la pena tenendo «conto del pregiudizio arrecato ai creditori, del numero di questi e della loro condizione economica». Va poi aggiunto che, nonostante il dissesto possa essere originato da più atti, tutti questi sfociano comunque in un unico reato.

Non sussistono particolari problemi per quanto riguarda l'individuazione del soggetto attivo, il quale altri non sarà se non il debitore, investito dalla dichiarazione di fallimen-

Note:

(17) In tal caso si realizzerà anche la bancarotta fraudolenta documentale prevista dall'art. 216, comma 1, n. 2.

(18) È sufficiente, ad esempio, l'acquiescenza davanti alla rivendicazione del credito fittizio, sempre che, naturalmente, sussista il dolo richiesto dal reato.

(19) STS 5-VI-1993/1290.

to, nonché le persone che agiranno in suo nome; conseguentemente, i soggetti passivi saranno i suoi creditori.

L'elemento psicologico del reato

Il gruppo di ipotesi appena analizzato, è espressione dell'esercizio di un diritto per cui le stesse diventano manifestamente illecite nel caso in cui vadano a pregiudicare gli interessi legittimi dei creditori. La bancarotta fraudolenta

La bancarotta fraudolenta è un reato di evento-risultato, in quanto provoca un'esecuzione concorsuale (risultato giuridico) con i suoi relativi costi, e la materiale apprensione dei beni a vantaggio dei creditori (risultato materiale).

(20) sarà, quindi, concepibile solo se i fatti contemplati dalla legge siano consapevolmente voluti per un vantaggio personale del fallito, nonché posti in essere con il proposito di pregiudicare (frodare) gli

interessi dei creditori come conseguenza di una **volontà dolosa**.

Per la sussistenza del dolo è, quindi, necessario che i fatti previsti dalla legge siano commessi con l'intenzione di sottrarre, alla garanzia dei creditori, beni facenti parte del proprio patrimonio, pregiudicando così il buon esito dell'esecuzione concorsuale.

Analizzando l'elemento psicologico della bancarotta, si potrebbe affermare che esiste un elemento soggettivo caratteristico di tutte le fattispecie di bancarotta fraudolenta (il dolo) ed uno soggettivo caratteristico di tutte le fattispecie di bancarotta semplice (la colpa); il che permette di tracciare una **distinzione** tra i 2 reati anche e solo sotto il profilo soggettivo.

Problemi sorgono, invece, dalla lettura dell'art. 216, I comma, n. 1, in quanto lo «scopo di recare pregiudizio ai creditori» è richiesto solo per l'ipotesi finale della **simulazione di passività**. L'inciso, in questo caso, richiede esplicitamente il dolo specifico facendo così sembrare sufficiente nelle altre ipotesi, un mero dolo generico (21).

L'elemento soggettivo è costituito, infatti, dalla coscienza e dalla volontà dell'azione, compiuta con la consapevolezza di arrecare danno ai creditori.

Sul dolo non ha, quindi, incidenza né la finalità perseguita in via contingente dal soggetto, che è fuori dalla struttura

del reato, né il recupero o la possibilità di recupero del bene distaccato attraverso specifiche azioni, esperibili in quanto la norma incriminatrice punisce, in analogia alla disciplina dei reati contro il patrimonio, il fatto della sottrazione, nel quale si traduce, con corrispondente danno, ogni ipotesi di distrazione.

Dal momento che l'agente, perseguendo un interesse proprio o di terzi estranei all'impresa, deve avere la coscienza e la volontà di porre in essere atti incompatibili con gli interessi della stessa, conseguenze di tali atti saranno la **lesione del patrimonio aziendale**, la **diminuzione delle garanzie patrimoniali** e l'**indebolimento** della posizione dei creditori.

Nella bancarotta fraudolenta prevista dal Codice penale spagnolo, l'individuazione dell'elemento soggettivo non presenta alcun problema essendo un dolo generico individuabile «nell'agire e aggravare dolosamente» la propria situazione patrimoniale.

La bancarotta fraudolenta documentale e la falsità nelle scritture e nei documenti

Il secondo gruppo di ipotesi disciplinate dal primo comma dell'art. 216 della legge fallimentare si riferisce ai casi in cui l'imprenditore, dichiarato fallito, abbia distrutto, sottratto o falsificato, in tutto o in parte, i libri e le altre scritture contabili, o li abbia tenuti nascosti in guisa da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai suoi creditori.

La «*ratio*» della norma risponde ad un generale principio di **trasparenza nella contabilità**; trasparenza necessaria

Note:

(20) L'aggettivo «fraudolenta», connotante tali fattispecie di bancarotta, presuppone l'intenzione diretta di provocare un danno.

(21) Tale indirizzo è stato seguito da numerose pronunce della Cassazione, secondo cui il semplice dolo generico è sufficiente ad integrare i fatti previsti nella prima parte della disposizione. Dopo aver parlato di dolo specifico nella già citata sentenza del 7 gennaio 1947, la Corte statui infatti che «è sufficiente il dolo generico, cioè la volontà consapevole del fatto, essendo il dolo specifico, vale a dire lo scopo di arrecare pregiudizio ai creditori, richiesto espressamente dalla legge per le sole ipotesi in cui l'imprenditore abbia esposto ovvero riconosciuto passività inesistenti». (Così con la sentenza del 27 marzo 1950).

per il buon esito della procedura concorsuale e per il massimo soddisfacimento dei creditori.

La demarcazione tra questa fattispecie e quella prevista dal n. 1 del medesimo articolo non appare assoluta, in quanto, gli stessi libri vengono considerati alla stregua dei beni; inoltre, essendo difficile un occultamento che non si rifletta sui registri contabili, le diminuzioni fittizie delle garanzie sono di regola fatti documentali.

Si può comunque affermare che l'autonomia della bancarotta fraudolenta documentale non esclude un legame stretto con quella patrimoniale, in quanto quest'ultima permette un'**incriminazione complementare ed ausiliaria** destinata ad integrare l'altra per una più efficace tutela degli interessi dei creditori.

Il reato ha per oggetto i libri e le scritture contabili (22) in virtù della loro preminente funzione strumentale alla garanzia creditoria; mira infatti ad impedire quei comportamenti lesivi di tale interesse, rendendo impossibile o più difficoltosa, la conoscenza dell'effettivo ammontare del patrimonio.

La norma è volta a **sanzionare penalmente la violazione degli obblighi imposti** agli imprenditori nella tenuta e nella conservazione dei libri di commercio, che, al sopravvenire di uno stato di dissesto, possono causare un pregiudizio per i creditori, poiché di ostacolo nello svolgimento della procedura concorsuale. Ciò al fine di **agevolare lo svolgimento** di detta procedura abbandonando le manipolazioni delle scritture che impediscono o intralciano una facile ricostruzione del patrimonio del fallito o del movimento dei suoi affari. La procedura concorsuale, peraltro, viene ostacolata non solo dall'esistenza di falsità materiali, ma anche e soprattutto da falsità ideologiche contenute nelle scritture contabili. Ai fini dell'integrazione del reato *de quo* hanno, quindi, rilevanza sia le falsificazioni relative alla formazione delle scritture (falso materiale), sia quelle aventi ad oggetto il loro contenuto (**falso ideologico**).

Il legislatore si è qui preoccupato di preconstituire la prova dello stato patrimoniale dell'imprenditore nell'eventualità di un fallimento, proteggendo l'interesse dei creditori alla conoscenza del patrimonio destinato a soddisfare le loro ragioni (23).

Si consideri, infine, che l'irregolarità, le omissioni e le falsificazioni contabili che non riguardano i beni sufficienti a garantire i diritti degli aventi causa, offendono l'ostensibilità del patrimonio, ma non la garanzia documentale.

La norma, divisa in 2 parti, prevede, nella prima, differenti possibilità di manomissione:

■ la **sottrazione**, in cui sono comprese tutte le manovre, diverse dalla distruzione, dirette ad impedire che i libri e le altre scritture vengano acquisiti da parte degli organi fallimentari (24);

■ la **distruzione**, con cui si indicano tutti gli atti con cui si annullano, totalmente o parzialmente, le scritture in relazione ai fini probatori a cui sono destinate (si sostanzia generalmente nell'annientamento fisico mediante cancellazioni, abrasioni, del documento stesso);

■ la **falsificazione**, volta a sanzionare le manipolazioni delle scritture che impediscono o intralciano una facile ricostruzione del patrimonio del fallito o del movimento dei suoi affari, essendo rilevanti se incidono sia sulla formazione che sul contenuto di esse (25).

Nella seconda parte, è prevista la tenuta delle scritture contabili «in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del suo patrimonio o del movimento degli affari...». Si tratta di una norma di chiusura volta a comprendere tutte le eventuali ipotesi di impossibile ricostruzione patrimoniale, ed anche quelle in cui questa operazione viene semplicemente resa più difficoltosa. Il reato sussiste, infatti, anche quando la ricostruzione sia stata ugualmente realizzata per una via diversa dall'esame delle scritture contabili (26).

Note:

(22) Si richiama così implicitamente l'art 2214 C.c., che indica le scritture che l'imprenditore è obbligato a tenere.

(23) Va comunque precisato che la ricostruzione non deve necessariamente risultare impossibile, bastando «una seria difficoltà al compimento della stessa». (Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 1988 in Cass. pen. 1990, p. 329).

(24) Deve trattarsi di qualunque forma di occultamento materiale o di trasferimento che renda impossibile il ritrovamento dei documenti in esame, non essendo a tal fine sufficiente la mera detenzione in un luogo diverso da quello indicato, ad esempio, in sede tributaria.

(25) Il caso più frequente è quello della intenzionale sostituzione di una documentazione artefatta a quella originaria, in previsione del fallimento, allo scopo di nascondere le carte [Cass. pen., sez., V 3 aprile 1992, in Cass. pen., 1993, 1559, p. 940].

(26) Cass. 22 marzo 1983, in *Giur. Fall.*, 1983, p. 32. A riguardo la giurisprudenza ha chiarito che, quando sia accertato lo scopo di arrecare pregiudizio ai creditori rendendo impossibile la ricostruzione degli affari, anche l'omessa tenuta può integrare il reato (Cass. 15 luglio 1981, in *Giur. Fall.*, Annuario 198,1 p. 104). Solo in quest'ultima ipotesi si ammette, infatti, la possibilità di una condotta meramente omissiva.

L'autonomia di questa fattispecie si evince anche dall'analisi del suo elemento soggettivo che, come risulta dall'inciso della norma, richiede che il fatto sia commesso «con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori».

Per la sua configurazione è, quindi, necessario un **dolo specifico** (27), mentre per le ipotesi di irregolare tenuta della contabilità (caratterizzate dalla tenuta delle scritture in maniera tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari) è richiesto invece il **dolo intenzionale**, perché la finalità dell'agente è riferita ad un elemento costitutivo della stessa fattispecie oggettiva (l'impossibilità di ricostruire il patrimonio e gli affari dell'impresa), anziché ad un elemento ulteriore, non necessario per la consumazione del reato (28).

L'art. 261 del Codice penale spagnolo punisce colui che nel corso di un procedimento di bancarotta fraudolenta, di una procedura concorsuale, o di sospensione di pagamenti, sia a conoscenza di dati falsi relativi alle scritture contabili, con lo scopo di conseguire un'**indebita dichiarazione**.

Si tratta chiaramente di una norma *post* fallimentare in quanto il comportamento penalmente vietato deve essere tenuto nel corso della procedura fallimentare.

Il reato punisce la presentazione in giudizio di **dati falsi** relativi allo stato contabile, che avrebbero potuto essere sanzionati conformemente agli artt. 393, 396 o 461 C.p. a seconda dei casi, ma che invece vengono previsti come modalità dell'insolvenza fraudolenta in quanto mezzi necessari per cercare di ottenere una dichiarazione di bancarotta, concorso, o sospensione di pagamenti, con la quale danneggiare maggiormente i creditori che, nell'ipotesi migliore, vedranno ridotta la loro possibilità di soddisfazione.

Sebbene la falsità sia qui un mezzo per ottenere una dichiarazione di insolvenza, il **fallito** dovrà ugualmente accompagnare alla sua dichiarazione di fallimento, il bilancio generale delle sue attività, la descrizione dei valori delle sue pertinenze e di tutti i suoi debiti ed obbligazioni che lo rappresentano.

Trattandosi di un **reato speciale**, il soggetto attivo potrà essere esclusivamente il debitore, mentre i soggetti passivi saranno quei creditori pregiudicati dall'eventuale

dichiarazione di fallimento emanata sulla base di dati falsi.

Per la consumazione non è necessario che si produca effettivamente la dichiarazione civile di insolvenza essendo questo un reato di pericolo per il patrimonio, ma sarà sufficiente la presentazione di dati falsi relativi allo stato contabile; in questo atto si individua l'elemento soggettivo, ossia l'intenzione di frodare i creditori con la dichiarazione; se la finalità fosse altra, come ad esempio opporsi alla dichiarazione di insolvenza, il reato non potrebbe dirsi consumato.

Va infine precisato che la presentazione in giudizio di dati falsi ha una forza attrattiva tale da assorbire al suo interno anche la **mera falsificazione del bilancio** che, se fatto dallo stesso autore, porterà solo e comunque all'applicazione l'art. 261 del Codice penale spagnolo.

La bancarotta preferenziale: esecuzione di pagamenti e simulazione titoli di prelazione

L'art 216, III comma, disciplina l'ipotesi del fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire uno dei creditori a danno degli altri, esegua **pagamenti o simili titoli di prelazione**.

La bancarotta preferenziale, tradizionalmente designata come «favoreggiamento dei creditori», completa le norme (29), volte a reintegrare la garanzia patrimoniale del debitore compromessa dagli atti pregiudizievoli dei creditori.

La lesione si concreta nell'indebito depauperamento del patrimonio del debitore, ossia nell'atto di alterare l'ordine di soddisfazione dei creditori stabilito dalla legge (cd «*par condicio creditorum*»).

Note:

(27) Ai fini della sussistenza del dolo specifico è necessaria la consapevolezza del disordine contabile della società e, quindi, l'intenzione di impedire le conoscenze relative al patrimonio o al movimento degli affari, ma non anche l'intenzione di recare pregiudizio ai creditori, o la rappresentazione di questo pregiudizio.

(28) Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2000, n. 5905 (6 dicembre 1999).

(29) Si tratta delle norme della sezione III, del capo II della legge fallimentare: art. 65, art. 66 (che richiama art. 2901 C.c - art. 2904 C.c, Capo V, sezione II dell'azione revocatoria) e art. 67.

Le disposizioni civili determinano la **revoca dell'atto** (o lo dichiarano privo di effetti giuridici), senza prevedere conseguenze a carico dell'imprenditore fallito.

Questo reato è autonomo ed indipendente rispetto a quelli previsti dai due commi precedenti, in quanto l'interesse offeso non è quello generico di garanzia alla conservazione del patrimonio, ma è quello della par condicio creditorum in quanto vi è un'azione dell'imprenditore volta a favorire alcuni creditori a danno dei rimanenti.

La condotta illecita può concretizzarsi sia tramite il **pagamento preferenziale di crediti** che attraverso la **simulazione di titoli di prelazione**.

Nel primo caso, decisamente più comune, è compresa qualsiasi forma di «*solutio*» effettuata al fine di estinguere un precedente rapporto obbligatorio.

La norma incriminatrice non distingue tra crediti non ancora scaduti e crediti liquidi ed esigibili, benché risulti necessario che questi siano effettivi ed esistenti (30).

Il pagamento deve essere eseguito in costanza dello stato di insolvenza, in quanto solo l'imprenditore che versi in tale Stato può agire con il fine di favorire uno o più creditori a danno degli altri.

Non è rilevante il momento in cui il credito è sorto (prima o durante la situazione di dissesto) mentre è necessario che la sua estinzione comporti un'ingiustificata diminuzione patrimoniale, pregiudizievole per i creditori (31).

L'altra condotta rilevante ai fini dell'individuazione della fattispecie è quella di **simulazione di titoli di prelazione**, individuata, nel comportamento di un debitore che, in epoca anteriore o prossima alla dichiarazione di fallimento, per favorire alcuni fornitori di merce, crei **titoli di prelazione** a loro vantaggio (32).

Il reato sussiste, però, solo se la simulazione è idonea a produrre materialmente gli effetti reali voluti.

Si è detto che la norma incriminatrice tende a tutelare la par condicio creditorum dall'alterazione che potrebbe subire a causa degli aiuti del fallito ad alcuni dei suoi creditori in danno di altri.

Questi favoritismi assumono il carattere di **dolo specifico** consistente nella volontà «di recare vantaggio ad un creditore soddisfatto con l'accettazione dell'eventualità di un danno per gli altri» (33).

Di conseguenza, è possibile **escludere il dolo** nel caso di un semplice pagamento di alcuni creditori pregiudizievole

rispetto agli altri privo dello scopo di favorire quei creditori a danno di altri (34) o nel caso di un pagamento fatto per soddisfare un creditore particolarmente aggressivo o, ancora, qualora l'imprenditore sia erroneamente convinto di dover pagare o concedere la **garanzia** (35), o ancora davanti ad un pagamento fatto con l'intento di favorire alcuni ma al contempo nell'intento di allontanare la possibilità di fallimento e con la prospettiva di pagare tutti una volta superata la crisi finanziaria.

Concludendo, non va dimenticato che la determinazione esatta dell'elemento psicologico è essenziale per circoscrivere nel tempo l'incriminabilità dei fatti previsti dalla norma.

Un analogo problema legato al **favoreggiamento illecito dei creditori** è previsto dall'art. 259 del Codice penale spagnolo, prima norma dalla quale si possono desumere gli elementi caratterizzanti l'insolvenza fraudolenta nel diritto spagnolo.

Questa si colloca a cavallo tra le fattispecie di bancarotta semplice, nella sua modalità generale, ex art. 257 C.p. e nella sua modalità specifica ex art. 258 C.p., e quella di bancarotta fraudolenta dell'art. 260 C.p.

«Sarà punito con la prigione da 1 a 4 anni o la detenzione da 12 a 24 mesi, il debitore sottoposto ad un'istanza di

Note:

(30) In caso contrario, ad esempio, il pagamento darà eventualmente luogo ad ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione.

(31) Il pagamento può essere eseguito in qualunque forma, con denaro, con titoli di credito o con modi di adempimento delle obbligazioni «traslativi» come la «*datio in solutum*» effettuata al fine di estinguere un precedente rapporto, o la compensazione per la quale è comunque necessario che l'imprenditore abbia costituito fittiziamente un nuovo rapporto obbligatorio, inverso al primo (ad esempio un mutuo) in modo da creare in capo al creditore le condizioni per eccepire la compensazione.

(32) Ad esempio, stipulando fittizi atti di vendita di immobili di sua proprietà e facendosi rilasciare a titolo di corrispettivo, delle cambiali garantite da ipoteche sugli stessi, che aveva poi trasferito ai suoi creditori (Cass. pen., sez. V 9 gennaio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 229).

(33) Le cause di prelazione simulate sono, infatti, destinate ad essere fatte valere dal favorito nella procedura fallimentare per acquisire una posizione privilegiata rispetto ad altri creditori (Cass. pen., sez. V 19 aprile 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 328, e 337).

(34) Cass. pen., 8 aprile 1968, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 92

(35) In tal caso mancherebbe, infatti, la volontà di favorire un creditore in danno ad altri.

pagamento, ad un'altra procedura concorsuale, o dichiarato fallito che, senza essere autorizzato né dalla legge né dagli organi concorsuali, e fuori dai casi previsti per legge, realizzi qualsiasi atto generatore di obbligazioni, destinato al pagamento di uno o vari creditori, con titolo di prelazione, posticipando gli altri».

Si vede subito come la norma da un lato, sia molto vicina alla generale tipologia di bancarotta semplice, prevedendo infatti lo stesso trattamento sanzionatorio, mentre dall'altro si accosta alla bancarotta fraudolenta, nonostante non possa essere considerata come tale, in senso stretto. Per la giurisprudenza anteriore al nuovo Codice, se non esisteva un procedimento giudiziale, la semplice alterazione dell'ordine di preferenza dei creditori, non costituiva un reato di bancarotta semplice (36).

La nuova narrativa, invece, sanziona come reato le conseguenze implicite derivanti da tale condotta, ravvisando gli estremi della bancarotta nel momento in cui il debitore decide autonomamente chi soddisfare, dopo essere stato dichiarato fallito.

In questo modo vengono **vietati i possibili patti privati** tra il fallito ed alcuni dei creditori a meno che non siano giudizialmente autorizzati.

La condotta tipica è la stessa delle fattispecie di bancarotta specifica (art. 257, I comma, n. 2 e art. 258) e consiste nel **realizzare** atti di disposizione patrimoniale o generatori di obbligazioni (sia reali che simulate, incidenti sul patrimonio del fallito che pregiudicano la soddisfazione delle pretese dei suoi aventi causa), presentando però, allo stesso tempo, 3 fondamentali differenze.

Essa, infatti:

- può essere solo posteriore ad una dichiarazione di fallimento;
 - la peculiare finalità di pregiudicare solo alcuni tra i soggetti passivi della fattispecie;
 - può essere realizzata solo ed esclusivamente dal fallito.
- L'oggetto materiale è rappresentato dai beni di pertinenza del fallito (materiali o immateriali), compresi i diritti, ma tutti devono essere inclusi nella «massa fallimentare».

Nota:

(36) «Se il debitore paga uno dei suoi creditori legittimi, con preferenza rispetto ad altri, che non riscuotano, in quanto non dispone di sufficienti beni per pagare tutti, non si commette alcun reato, essendo libero il debitore di usare i suoi beni per la soddisfazione dei debiti che considera più appropriati» (STS12-V. 1989 in R 459/1989).