

## Parte Prima

---

### Il regime processuale della bancarotta

## Capitolo I

### *Bancarotta, declaratoria e giudicato fallimentare*

SOMMARIO: 1. Gli interessi lesi dalla bancarotta. – 2. Impossibilità di considerare la declaratoria influente sulla lesione del bene tutelato. – 3. Sul tentativo di basare la concezione tradizionale della bancarotta sull'art. 219, II co., n. 1, l. fall.: critica. – 4. Conferma dedotta dalla sanzione per la ricettazione pre-fallimentare. – 5. La concezione pubblicistica del bene leso dalla bancarotta: critica. – 6. Sul pregiudizio per la pubblica economia. – 7. La posizione del Nuvolone: critica. – 8. Il problema dell'antigiuridicità della bancarotta. – 9. Sull'obbligo di contestare la lesione della garanzia creditoria. – 10. *Segue*: conferma della concezione patrimoniale deducibile dall'art. 2629 c.c. nel testo riformato. – 11. Sull'esigenza che venga accertata in sede penale la qualità d'imprenditore. – 12. Conferma dedotta dall'art. 238 l. fall. – 13. La declaratoria fallimentare come condizione di perseguibilità nei casi di cui all'art. 238, II co. l. fall. – 14. La declaratoria nei casi regolati dall'art. 238, I co., l. fall. – 15. Sull'aspetto pluralistico delle condizioni di punibilità: influenza sulla competenza territoriale della bancarotta pre-fallimentare. – 16. L'influenza della declaratoria sulla prescrizione. – 17. La revoca del fallimento non consuma l'azione penale: corollari. – 18. Il favoreggiamento della bancarotta pre-fallimentare è punibile: conseguenze. – 19. La rilevanza penalistica della declaratoria: suoi limiti e loro significato in caso di «estensione del fallimento». – 20. Condizioni e fatti aggravanti. – 21. Il fallimento non influisce sulla consumazione della bancarotta: conseguenze in caso di amnistia e d'indulto. – 22. La punibilità dei fatti di bancarotta riparati prima del fallimento. – 23. Il fallimento come presupposto della bancarotta post-fallimentare: critica. – 24. La tesi secondo cui la declaratoria lederebbe gli interessi tutelati rispetto ai fatti perduranti o «*in itinere*». – 25. Il pregiudizio nascente dal fallimento e il danno derivante dalla bancarotta: differenze. – 26. La tesi della sospensione alla luce dei principi costituzionali. – 27. Sull'impossibilità che il giudicato fallimentare faccia stato rispetto ai correi del fallito. – 28. La rilevanza penale del giudicato fallimentare: il problema. – 29. Il giudicato fallimentare quale condizione per l'applicabilità della pena. – 30. I corollari della nostra opinione. – 31. *Segue*: conferme. – 32. Vantaggi della soluzione accolta. – 33. Il significato sistematico dell'art. 241 l. fall. – 34. Sull'esdebitazione.

#### 1. *Gli interessi lesi dalla bancarotta*

La bancarotta è il delitto dell'imprenditore che danneggia i beni a lui affidati dai creditori. Tale danneggiamento può avvenire in forme diverse.

L'imprenditore può distrarre (a favore proprio o di altri) quei beni che dovevano rimanere a garanzia dei debiti contratti dall'imprenditore nei confronti dei creditori.

La bancarotta può anche consistere nella distruzione o nella dissipazione della garanzia patrimoniale o nella simulazione di passività inesistenti.

Alla bancarotta patrimoniale (che ha per oggetto i beni dei creditori che l'imprenditore deve loro restituire) la legge equipara la bancarotta documentale. La bancarotta documentale è l'illecito dell'imprenditore il quale tiene i libri e le altre scritture contabili in modo da rendere impossibile o difficile la ricostruzione della storia della garanzia patrimoniale. I creditori hanno diritto di sapere «dove sono andati a finire» i loro denari e sono danneggiati pure quando viene lesa il loro interesse alla conoscenza delle vicende riguardanti il loro patrimonio.

Ciò importa che la bancarotta offenda gli interessi dei creditori, che sono interessi patrimoniali, e – quindi – rinunziabili<sup>1</sup>.

Nel patrimonio rientrano i diritti reali, e perciò anche il possesso, i diritti di credito anche condizionati, i diritti non pacifici per cui è pendente o sta per sorgere una controversia (per cui è ipotizzabile una transazione), le aspettative basate su atti giuridici (ad es. atti idonei a conseguire finanziamenti o erogazione pubbliche), i diritti di opzione, le ipoteche, i pegni, i sequestri attivi, i beni in *leasing* e i dati informatici.

Persino le particolarità del bene che ne aumentano il valore (ad es. una servitù) come pure le facoltà aventi valore economico come una facoltà di riscatto o un'eccezione processuale, fanno parte del patrimonio. Pertanto, anche i trasferimenti di rapporto di lavoro, di clientela, di una testata, di un'utilizzazione di canale televisivo<sup>2</sup>.

Pertanto, il patrimonio – almeno ai fini della bancarotta – comprende beni su cui l'imprenditore non ha diritto di proprietà, ma che fanno parte della garanzia creditoria.

Viceversa, non fanno parte del patrimonio i beni soltanto detenuti dall'imprenditore o su cui l'imprenditore ha soltanto delle aspettative.

L'art. 240 l. fall. richiede – per il creditore che intende costituirsi parte civile nel processo per bancarotta – o la mancanza della costituzione di par-

---

<sup>1</sup> Nega che il consenso dei creditori possa scriminare la bancarotta Pedrazzi (in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare, artt. 216-227*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995, p. 6) perché i creditori sono una massa. Ma se tutti i creditori dessero il consenso a un fatto di bancarotta (ad es. un'operazione di pura sorte), *quid juris?* Se i creditori sono stati debitamente informati, il consenso – a nostro parere – opera. E sarebbe assurdo ritenere i creditori consenzienti complici della bancarotta commessa a loro danno. La bancarotta preferenziale tutela – sul terreno penale – il diritto dei creditori di essere soddisfatti su un piede di parità sui beni del debitore (salvo le cause legittime di prelazione). Tale diritto è espressamente riconosciuto dall'art. 2741 c.c. ed è – come tutti i diritti patrimoniali – rinunziabile.

<sup>2</sup> Conforme, tra i molti, Pedrazzi, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 46 e *passim*.

te civile del curatore o l'esistenza di «un titolo di azione propria personale».

Perciò, anche se si dovesse – in linea generale – accettare il principio che qualunque danno derivante da reato legittimerebbe il soggetto danneggiato a richiedere il risarcimento (anche il soggetto non passivo del reato, come la fidanzata o l'innamorata dell'ucciso), esso non sarebbe applicabile alla bancarotta.

Il motivo di ciò è evidente.

L'imputato di bancarotta è – di regola – un fallito.

Pertanto, è molto difficile che riesca a risarcire il curatore e i creditori che hanno un titolo di azione propria personale. Se si potessero costituire parte civile pure tutti i danneggiati della bancarotta, ai creditori dell'imprenditore non resterebbe (nella gran maggioranza dei casi) più nulla.

Inoltre, la distrazione a favore di un terzo è punita con la pena altissima prevista per la bancarotta fraudolenta.

Invece, è punito con la sanzione molto minore prevista per la bancarotta preferenziale l'imprenditore il quale esegue *a favore dei creditori* pagamenti di favore o simula titoli di prelazione.

Infatti, vi è nella legge un terzo illecito penale, (oltre alla bancarotta fraudolenta e a quella semplice) che costituisce la terza forma della bancarotta: la bancarotta preferenziale, detta anche favoreggiamento dei creditori. La bancarotta preferenziale consiste in pagamenti a favore di certi creditori con danno di altri o nella simulazione di titoli di prelazione.

La legge penale riconosce – con l'incriminazione di detta ipotesi – che i creditori hanno diritto di essere trattati secondo la *par condicio*: che – cioè – l'imprenditore deve lasciare ripartire al curatore l'attivo fallimentare senza compiere favori ingiusti.

Sarebbe assurdo che per il fatto di bancarotta preferenziale il creditore danneggiato potesse costituirsi parte civile soltanto per il delitto minore di bancarotta preferenziale e che invece il terzo – considerando distrazione il vantaggio del creditore favorito – potesse affermare di avere subito una bancarotta fraudolenta per distrazione. In altri termini: se il terzo fosse parte lesa di ogni bancarotta, la bancarotta preferenziale sarebbe bancarotta per distrazione ai danni del terzo e la bancarotta fraudolenta per distrazione concorrerebbe sempre con la bancarotta preferenziale. Vi sarebbe – infatti – una somma attribuita al creditore che non ne ha diritto, talvolta con pregiudizi del terzo.

Per di più, come ha notato giustamente il Pedrazzi<sup>3</sup>, l'offesa alla pubblica economia è indiretta: avviene *tramite* l'offesa all'interesse del creditore al soddisfacimento del credito.

---

<sup>3</sup> PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 8 sostiene che pure il capitale sociale della società può essere oggetto di tutela penale: si veda pure NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. I, Milano, 1991, p. 38 ss.

Inoltre, l'offesa che subisce il terzo, il quale vede diminuire il credito (si dice «il cattivo debitore ammazza il credito») o gli ordinativi o le prospettive di lavoro cos'è? È il danno alla pubblica economia o all'ordinato esercizio del commercio o all'amministrazione della giustizia (se si seguisse l'opinione del Nuvolone sul bene giuridico offeso dalla bancarotta).

Se questa fosse la lesione della bancarotta, ogni terzo danneggiato sarebbe legittimato a costituirsi parte civile.

Ad esempio: quando fallì il Banco Ambrosiano (8 agosto 1982) la Borsa italiana scese molto. Ma non perciò i proprietari di azioni diverse da quelle del Banco Ambrosiano (le cui quotazioni, peraltro, erano scese) divennero parti lese della bancarotta.

In altri termini: tutte le tesi secondo cui l'interesse della bancarotta sarebbe pubblicistico, non sarebbe cioè l'interesse patrimoniale dei creditori, implicano la conseguenza che i terzi danneggiati potrebbero costituirsi parte civile nel processo per bancarotta fraudolenta: a questa conclusione – non seguita dalla giurisprudenza – non giungono nemmeno gli autori (come Pagliaro e Nuvolone) secondo cui il bene giuridico offeso dalla bancarotta non sarebbe l'interesse patrimoniale dei creditori.

Del patrimonio dei creditori non fanno parte i valori affettivi: l'imprenditore deve restituire ai propri creditori soltanto il valore economico delle cose ricevute. Ciò conferma che l'oggetto materiale della bancarotta va determinato in relazione ai doveri dell'imprenditore, aventi carattere economico.

Ma vi è di più. La legge Prodi, in particolare con il suo sviluppo nel d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 ha dimostrato che per salvare le grandi imprese in crisi – occorre talvolta sacrificare gli interessi dei creditori; tale sacrificio è provato dall'art. 20 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

In virtù di questa norma, le spese per l'amministrazione straordinaria sono soddisfatte in prededuzione, ossia con diminuzione dell'attivo da ripartire tra i creditori. Ciò dimostra che l'interesse alla tutela della pubblica economia è in conflitto con gli interessi dei creditori.

E ciò smentisce la tesi secondo cui la bancarotta sarebbe reato plurioffensivo.

La tesi secondo cui la lesione della garanzia è l'evento naturalistico della bancarotta è nettamente prevalente in giurisprudenza<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Tra le ultime in tal senso, Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2010 (24 marzo 2010), n. 16579: «ogni atto distrattivo assume rilievo ai sensi dell'art. 216 l. fall. in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo, il quale non costituisce l'evento del reato che, invece, coincide con la lesione dell'interesse patrimoniale della massa, posto che se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori ciò non significa che essa non possa ricavarci da diversi fattori, quali la natura fittizia o l'entità dell'operazione che incide negativamente sul patrimonio della società»; Cass. pen., Sez. V, 22

La lesione della garanzia creditoria è il fatto che separa l'attività lecita dell'imprenditore dalla bancarotta.

L'imprenditore può vendere e sostituire i beni costituenti la garanzia patrimoniale purché queste decisioni non danneggino i creditori.

Pertanto, la lesione della garanzia creditoria segna il confine tra la sfera dell'attività lecita e la bancarotta.

Perciò, l'antigiuridicità della condotta punita a titolo di bancarotta dipende dalla lesione della garanzia.

Da queste premesse di carattere generale sorge la concezione che potremmo chiamare «privatistica» della bancarotta: in contrapposizione a quelle che potremmo chiamare «pubblicistiche» secondo cui la bancarotta offenderebbe la pubblica economia, l'ordinato esercizio del commercio o l'amministrazione della giustizia.

---

settembre 2009 (16 aprile 2009), n. 36595: «*integra la distrazione, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 216 l. fall. (bancarotta fraudolenta patrimoniale), la condotta di colui che, in qualità di presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato di una società finanziaria successivamente fallita, costituisca in pegno titoli di Stato, poiché il pegno, in caso di mancato pagamento della somma data in prestito nella quantità, nei tempi e nei modi pattuiti, può essere escusso dal creditore, con perdita del patrimonio societario che costituisce la garanzia per i creditori*». Il principio per cui l'evento della bancarotta è la lesione della garanzia dei creditori è stato sancito a chiare lettere anche dalle Sezioni Unite penali della Cassazione nella sentenza 12 giugno 2009 (26 febbraio 2009), n. 24468, nella quale, in motivazione, si legge: «*la bancarotta tutela l'integrità del patrimonio nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori mentre l'appropriazione indebita (tutela) l'inviolabilità del diritto di proprietà e quindi l'integrità del patrimonio in sé considerato*». Da ciò dovrebbe trarsi il logico corollario che la bancarotta sussiste allorché si verifichi un pregiudizio della garanzia patrimoniale generica dei creditori (art. 2740 c.c.) mentre non sussiste quando, sia pure in presenza di una diminuzione patrimoniale, tale garanzia non sia stata lesa. In Cass. pen., Sez. V, 23 settembre 2009 (12 maggio 2009), n. 37107 si legge: «*ogni operazione contabile passiva inserita in un conto corrente influisce, direttamente ed immediatamente, sul saldo di esso: sicché, ove questo sia attivo, ne deriva una corrispondente perdita di disponibilità patrimoniale (cioè una riduzione del credito verso l'alto correntista); mentre nel caso opposto ne deriva un aggravamento della posizione debitoria. In entrambi i casi l'operazione contabile dà luogo a un depauperamento che, nella prospettiva del successivo fallimento (o provvedimento equivalente), integra quella distrazione che costituisce l'elemento oggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Per le stesse ragioni non si può negare che le operazioni contabili di cui sopra, alterando i rapporti di credito e debito, abbiano influito sul bilancio della società*». Come acutamente osservato, «*punto di partenza delle ragioni che giustificano l'approdo interpretativo scelto dalla Corte di Cassazione deve essere rintracciato nel dato normativo rappresentato dall'art. 2740 c.c., secondo cui il patrimonio del debitore è, in primis, destinato a soddisfare le ragioni dei creditori, tanto più il patrimonio di un debitore che si trova in stato di insolvenza, con sicura impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e con presumibile incapienza del patrimonio. Il dato normativo dovrebbe rappresentare il punto di partenza argomentativo sul quale innestare una seconda considerazione: se un atto determina la fuoriuscita di un bene dal patrimonio, ma contemporaneamente una corrispondente entrata economicamente equivalente, la distrazione certamente non sussisterà, in quanto il reato in commento ha natura patrimoniale e non di mera condotta*» (F. CERQUA, «I pagamenti virtuali»: brevi riflessioni su una modalità distrattiva, in *Fallimento*, 2010, 4, p. 455). Sullo stesso tema, anche PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, p. 1020 ss.

La bancarotta s'impenna sulla lesione degli interessi dei creditori: lesione della garanzia patrimoniale, lesione del diritto dei creditori a conoscere le vicende della loro garanzia, lesione del diritto dei creditori alla *par condicio creditorum*: le conferme di ciò sono numerose.

Tra tutte, senza pretesa alcuna di esclusività, a noi una sembra particolarmente significativa: la bancarotta preferenziale, ossia il pagamento a favore di un creditore a danno di altri, oppure la simulazione – a favore di un creditore – di titoli di prelazione.

Senza dubbio, l'amministrazione della Giustizia non è offesa se il creditore Tizio è pagato meno del creditore Caio e Tizio subisce un ingiusto danno.

Inoltre, non è lesa la pubblica economia; l'interesse alla *par condicio* è interesse del singolo creditore, che vi può rinunciare.

Avremo occasione di sostenere la disponibilità dell'interesse offeso dalla bancarotta preferenziale più oltre, in questo volume, quando analizzeremo questa particolare fattispecie.

Orbene, se i creditori sono tutelati penalmente nel loro interesse a che non avvengano disuguaglianze nella ripartizione dell'attivo fallimentare (a volte molto scarso), chiaro è il corollario: vi è pure un interesse dei creditori alla conservazione e alla documentazione della garanzia patrimoniale che sono interessi senza dubbio maggiori di quello all'esatta ripartizione dell'attivo in caso di fallimento.

Il creditore leso dalla bancarotta preferenziale riceve meno di quel che gli è dovuto. Peraltro, di regola, il creditore danneggiato dalla bancarotta preferenziale qualcosa riceve.

Viceversa, la bancarotta patrimoniale e quella documentale possono spogliare integralmente i creditori dei beni da loro affidati all'imprenditore.

Pertanto, posto che la bancarotta preferenziale offende un interesse patrimoniale minore dei creditori, non è pensabile che gli interessi patrimoniali maggiori dei creditori non abbiano tutela penale.

E quest'argomento da solo dimostra che tutte le ipotesi di bancarotta hanno natura patrimoniale e offendono i creditori.

Secondo la concezione patrimoniale della bancarotta è un fatto normativo (quale il pregiudizio agli interessi dei creditori) che determina il confine tra attività lecita dell'imprenditore e bancarotta: pertanto, la concezione patrimoniale della bancarotta può essere chiamata anche concezione normativa del delitto in esame.

Ma vi è un altro argomento che – da solo – dimostra la validità della concezione patrimoniale della bancarotta: è previsto (*ex art. 219 l. fall.*) un aumento di pena per il danno patrimoniale di particolare gravità e una diminuzione di pena per il danno patrimoniale di particolare tenuità.

Orbene, se il danno dovesse essere quello che subiscono l'economia pub-

blica, l'ordinato esercizio del commercio, l'amministrazione della giustizia vi sarebbero due gravissimi inconvenienti:

a) il danno sarebbe sempre di particolare tenuità, con la riduzione della pena fino a un terzo, posto che quasi nessuna bancarotta offende gravemente la pubblica economia;

b) il danno patrimoniale di particolare gravità non sussisterebbe mai (o pressoché mai).

Viceversa, se il danno patrimoniale viene valutato in relazione alla massa dei creditori pregiudicati si evita di giungere a un'*interpretatio abrogans* delle norme relative a due importanti circostanze.

Va accolta – a nostro parere – la dottrina che definisce la bancarotta il delitto che lede l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia e (per il caso che tale garanzia non si riesca a conservare) all'interesse dei creditori a conoscere le vicende dei beni da loro affidati all'imprenditore nonché l'interesse dei creditori a una giusta ripartizione dell'attivo in caso di fallimento.

Da detta teoria – infatti – sgorga serie d'imperativi comprensibili per il singolo imprenditore.

La legge dice all'imprenditore: tu puoi sostituire i beni che ti sono stati affidati dai creditori e cambiare la tua attività (ad es., l'odierna compagnia petrolifera Shell fu – all'origine – un'impresa che portava in Olanda le conchiglie delle Indie olandesi e la conchiglia è tuttora simbolo della Shell).

Ma tu devi conservare beni sufficienti a far fronte alle tue obbligazioni.

Per il caso tu non riesca a far fronte alle tue obbligazioni, dovrai dimostrare – tramite i libri e le scritture contabili – la storia della tua impresa. I tuoi creditori, in caso d'inadempimento, avranno diritto di conoscere le cause del loro danno.

Perciò, l'interesse dei creditori a conoscere le vicende che li riguardano può avere natura patrimoniale. Le carte dell'imprenditore permettono le azioni revocatorie, le denunce per ricettazioni fallimentari, le azioni di danno, le azioni surrogatorie in caso di colpevole inerzia dell'imprenditore, i sequestri conservativi e via dicendo.

Ma, soprattutto, le scritture dell'imprenditore permettono ai creditori danneggiati di sapere quali siano gli eventuali fatti colpevoli dell'imprenditore. E – comunque – vi è un interesse morale dei creditori a conoscere le cause dell'inadempimento da parte dell'imprenditore.

Sapere che il danno fu dovuto a cause incolpevoli (ad esempio furti, ecc.) diminuisce il danno morale o addirittura lo esclude nei confronti dell'imprenditore.

La tesi qui propugnata permette anche d'identificare l'interesse offeso dalla bancarotta preferenziale.

Infatti, ad avviso di una parte della dottrina, la bancarotta preferenziale mal si concilierebbe con la concezione patrimoniale della bancarotta.

Affermando viceversa che è tutelato il diritto di ogni creditore che il debitore faccia quanto in sua facoltà per non diminuire la garanzia, diviene evidente che pure il favorire un creditore a danno di altri determina una lesione della quota di parte dei beni costituenti la garanzia del singolo avente diritto.

Anzi, proprio in tema di bancarotta preferenziale si ha una notevole conferma della tesi qui sostenuta.

Come nota l'Antolisei, il pagamento non costituisce reato se viene pagato un creditore privilegiato allorché vi è capienza per il soddisfacimento di tutti i creditori privilegiati dello stesso grado<sup>5</sup>.

Orbene, di qui segue una conseguenza importante: il precetto «non danneggiare la garanzia creditoria» non esclude che – con i beni non necessari alla conservazione della garanzia creditoria – l'imprenditore faccia le spese che preferisce<sup>6</sup>.

Egli può compiere anche spese straordinarie o notevoli: ad es., per il suo matrimonio. Difatti, nessun imprenditore è mai stato – almeno a nostra conoscenza – condannato per spese nuziali eccessive.

L'imprenditore può anche compiere esborsi irragionevoli, ad es. per perdite al gioco. Anche una donazione senza corrispettivo alcuno è lecita se non intacca la garanzia spettante ai creditori.

Purché i creditori siano garantiti, ogni fatto del genere è lecito. Non sono invece legittimi – e ciò *ab initio*, molto prima del fallimento – quegli esborsi che intaccano la garanzia creditoria.

Questa posizione di pensiero permette di evitare diversi errori, che sono spesso affiorati nell'elaborazione della bancarotta.

Così la tesi secondo cui i fatti di bancarotta sarebbero di per sé leciti, ma diverrebbero illeciti con il fallimento<sup>7</sup>.

È evidente che un fatto è illecito o antiggiuridico quando si pone in contrasto con il precetto posto dal legislatore.

Perciò la bancarotta è un fatto antiggiuridico non perché seguita da fallimento ma perché è – al momento della condotta – colpevole e contrastante con la legge.

D'altronde l'idea dell'illiceità che sorgerebbe retroattivamente è in frontale contrasto con la funzione imperativistica del diritto e con il divieto di applicazione retroattiva della legge penale.

---

<sup>5</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari*, a cura di GROSSO e ROSSI VANNINI, XII ed., Milano, 2008, p. 145.

<sup>6</sup> In tal senso, particolarmente, SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, *passim*.

<sup>7</sup> In tal senso, tra i molti, PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 14.

Difatti, tra i casi di bancarotta semplice patrimoniale vi è quello delle spese eccessive (art. 217, n. 1, l. fall.).

E il carattere eccessivo delle spese deve essere giudicato al momento del fatto e può essere avvertito soltanto dall'imprenditore al momento in cui compie le spese.

E il fatto che la legge incrimini soltanto le spese eccessive dimostra che le spese non eccessive – da parte dell'imprenditore – sono lecite.

Dunque, deve esistere – al momento della realizzazione della condotta – un criterio per distinguere le spese eccessive dalle altre<sup>8</sup>.

E questo criterio non può essere stabilito sulla base di un fallimento di là da venire.

L'imprenditore non soltanto deve rendersi conto che diminuisce il proprio patrimonio: deve pure poter avvertire d'intaccare i beni che spettano ai suoi creditori.

E siccome la fattispecie delle spese eccessive si pone come alternative alla bancarotta fraudolenta per dissipazione, anche la dissipazione andrà valutata e ritenuta (o esclusa) facendo riferimento al momento della condotta.

Se la legge penale impone all'imprenditore di distinguere tra gli atti di disposizione leciti e illeciti, occorre riconoscere che legge rinvia a un criterio che permette una scelta.

Tale concetto non può essere vago.

E la concezione privatistica patrimoniale della bancarotta è l'unica che fornisce all'imprenditore un criterio pratico e chiaro.

Essa dice all'imprenditore: consulta i tuoi conti e controlla se – dopo la tale tua decisione – i tuoi creditori resterebbero garantiti.

Se sì, puoi prendere la tale tua decisione; se no, te ne devi astenere.

Tutte – o quasi – le incertezze e le anomalie di quella che lo Scalera ha chiamato la teoria generale della bancarotta derivano dal fatto di avere dimenticato che la norma incriminatrice è un precetto rivolto al suddito, precetto sorretto dalla minaccia della pena: il fallimento non fa parte della norma incriminatrice: riguarda le conseguenze dell'illecito penale, ma non il reato in sé.

Per stabilire se la qualità d'imprenditore debba essere investita dal dolo occorre premettere qual è l'orientamento prevalente in dottrina a proposito dei rapporti fra dolo e qualità personale del soggetto attivo nel reato proprio<sup>9</sup>.

Pur fra incertezze e contrasti innegabili, la dottrina italiana tende ad accogliere la bipartizione – di origine germanica – fra *Handlungsmerkmal* e *Tatbestandsmerkmal*. Si definisce *Handlungsmerkmal* quella particolare qua-

---

<sup>8</sup> Riconosce che i valori in base ai quali ritenere la distrazione sono quelli sussistenti al momento della condotta, PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 58.

<sup>9</sup> Sul punto, PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 43.

lità personale del soggetto attivo che influisce sulla lesione del bene giuridico protetto.

Viceversa, è *Tatbestandsmerkmal* quella qualità personale che non influisce affatto sulla lesione dell'interesse protetto. Ad es.: nel furto militare la qualità del soggetto attivo non incide sull'offesa che costituisce il reato. Se il soggetto attivo non fosse un militare, il furto sussisterebbe lo stesso e sarebbe punito, sia pure con una pena diversa.

Infatti, chiunque può commettere furto.

Non è inconcepibile un sistema che reprima il furto come reato comune ed attribuisca alla qualità di militare del soggetto attivo il ruolo di circostanza aggravante.

Perciò, la qualità di militare del soggetto attivo è soltanto un elemento della fattispecie, un *Tatbestandsmerkmal*. Viceversa, non è concepibile la bancarotta documentale per chi non è imprenditore e non ha quindi libri contabili da tenere. Perciò la qualità d'imprenditore è – nella bancarotta documentale – un *Handlungsmerkmal*. Esistono insomma qualità personali del soggetto attivo che sono idealmente sostituibili con una circostanza del reato da cui non dipende l'esistenza dell'illecito: vi sono però altri reati che non sono concepibili senza la particolare qualità del soggetto attivo. Chi – ad esempio – non sa di essere soldato, non può essere in dolo di diserzione: chi non sa di essere avvocato, non può essere in dolo d'infedele patrocinio. Si ammette generalmente che l'errore di fatto sulle qualifiche personali indispensabili perché sussista l'offesa al bene protetto scrimini ancorché discenda da errore di diritto. Perciò, l'errore di chi non si ritiene più sindaco per avere inviate dimissioni non ancora accettate o di chi non sa di essere imprenditore perché – per errore sulla legge extra-penale – non crede di avere ancora acquisita l'azienda, è rilevante<sup>10</sup>. Orbene, i reati societari sono tutti reati cui la qualità del soggetto attivo deve definirsi *Handlungsmerkmal* ed è indispensabile per l'integrazione dell'illecito e per sussistenza del dolo.

Analogamente, la nozione dei libri e documenti contabili che debbono essere tenuti a causa delle dimensioni e dell'attività dell'impresa è inconoscibile per chi non sa di essere imprenditore. In tal caso, l'errore sulla qualifica di imprenditore importa un errore sul significato della propria condotta: la qualità soggettiva d'imprenditore è non soltanto un elemento del fatto (*Tatbestandsmerkmal*), ma anche un coefficiente della condotta (*Handlungsmerkmal*). Anche per questa strada, è giocoforza riconoscere la rilevanza dell'errore sulla qualità d'imprenditore: stante il carattere unitario della bancarotta, se si attribuisce rilievo all'errore sulla qualità d'imprenditore per

---

<sup>10</sup> Per tale distinzione, con ampi riferimenti dottrinali, per tutti, PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 340 ss.

la bancarotta documentale, alla stessa conclusione occorre giungere per la bancarotta patrimoniale.

Ma pure per ciò che attiene alla bancarotta patrimoniale è positivamente e autonomamente dimostrabile l'influenza della qualità d'imprenditore sul disvalore della condotta.

Va a questo proposito notato quali sono le differenze fra l'obbligazione civile e quella commerciale.

L'obbligazione civile suscita diffidenza, in quanto crea una presunzione – se si vuole vincibile – di cattiva amministrazione. Il buon padre di famiglia non fa debiti. Ha da parte una sua riserva economica che dovrebbe – sperabilmente – tutelarla dalle sventure e porlo in grado di autofinanziarsi quando l'esistenza gli offre certe opportunità.

Chi ricorre al credito suscita diffidenza: ed è logico chiedergli il motivo per cui si trova nella necessità di chiedere un prestito.

È perfettamente naturale che chi richiede un prestito ne spieghi le ragioni a colui cui si rivolge e da cui spera di ottenere un finanziamento. Di regola spontaneamente, chi chiede credito rivela i motivi per cui è costretto a quel passo sempre umiliante e tale da suscitare dubbi e perplessità.

Nulla del genere può dirsi per l'imprenditore.

È naturale che l'imprenditore commerciale ricorra al credito ed è naturale che le ragioni per cui chiede un prestito rimangano riservate. Inoltre, l'imprenditore è un tecnico della propria professione.

Ecco perché l'atto di fiducia che compie il creditore nell'obbligazione commerciale verso il debitore imprenditore è maggiore dell'atto di fiducia compiuto dal debitore nell'obbligazione civile.

In un certo senso, la bancarotta assorbe sempre l'aggravante della minorata difesa del privato: e ciò è tra i motivi della maggior gravità della bancarotta rispetto agli altri reati patrimoniali, quali la truffa e l'appropriazione indebita.

Se questo è vero, la qualità d'imprenditore influenza fin dal suo sorgere il disvalore della condotta, nonché i rapporti fra il reo e la parte lesa; la stessa valutazione del carattere fraudolento della condotta dipende dalla qualità d'imprenditore del soggetto attivo.

Ma se la qualità d'imprenditore, influenza la lesione degli interessi tutelati, deve essere investita dal dolo.

E vi è di più. È prevista un'autonoma aggravante all'art. 219, I co., n. 2, l. fall. per chi esercita illecitamente l'attività d'imprenditore commerciale.

Se così è, diviene evidente che la qualità d'imprenditore influenza la gravità del fatto. Ciò che rende più grave l'illecito verso i creditori, non è soltanto il fatto naturalistico dell'attività commerciale, ma anche il suo disvalore normativo.

Se fosse penalmente rilevante soltanto l'attività commerciale in sé e per sé, il fatto che l'attività commerciale sia illecita o lecita non influenzerebbe la pena della bancarotta.

Invece, che taluno si giovi della fiducia dei creditori perché imprenditore nonostante il divieto dell'esercizio di un'attività commerciale *aggrava* il disvalore del fatto di bancarotta. Il che comprova – a nostro convincimento – la rilevanza che sul piano dei valori ha l'esercizio dell'attività commerciale.

Ma se così notevole è la differenza fra il debitore comune e il debitore – imprenditore è assurdo ed iniquo che non sia richiesta la consapevolezza di essere imprenditore. Se la qualità d'imprenditore sta alla scaturigine della responsabilità penale, è evidente che la qualità d'imprenditore è *Handlungsmerkmal* e non *Tabestandsmerkmal*.

Dal distacco dalla definizione imperativistica della bancarotta deriva il fatto che la dottrina tradizionale non spiega come mai – in caso di revoca del fallimento – l'assoluzione del bancarottiere per vizio formale della declaratoria non faccia sorgere il giudicato e il divieto del *ne bis in idem*.

Analogamente, la dottrina che attribuisce un ruolo sostanziale alla declaratoria non riesce a spiegare come mai – *ex art. 238 l. fall.* – si proceda penalmente (almeno in certi casi) prima della pronuncia del fallimento.

Così pure, risulta ingiustificabile che la declaratoria sia al di fuori della colpevolezza.

Per di più, non risulta logico il rilievo che il danno dovrebbe essere valutato al momento del fallimento e non al momento del fatto, sempre secondo la dottrina tradizionale.

Inoltre, la dottrina prevalente non riesce a conciliare il suo orientamento con la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza operato dalla sentenza della Corte cost. n. 364/1988, secondo cui tutti gli elementi significativi della fattispecie devono essere oggetto di rimprovero.

E poi non si giustifica come mai – in caso di pluralità di fallimenti, nell'ipotesi di c.d. estensione di fallimento – la stessa amnistia e lo stesso indulto verrebbero applicati a taluni concorrenti e non ad altri.

Neppure sarebbe comprensibile perché la bancarotta pre-fallimentare sarebbe riparabile fino al fallimento e tutti gli altri reati – compresa la bancarotta post-fallimentare – no.

Né manco si potrebbe spiegare perché sarebbe in dolo l'imprenditore che commette una bancarotta post-fallimentare ignorando di essere fallito.

Sono avvenute vere e proprie aberrazioni giurisprudenziali quando è stato sostenuto (addirittura dalle Sezioni Unite della Cassazione) che l'abolizione dell'amministrazione controllata sarebbe una norma penale più favorevole al reo – e quindi retroattiva – e che la qualità d'imprenditore non sarebbe tra gli elementi costitutivi della bancarotta.