

Capitolo I

Problemi generali della bancarotta

Sommario: 1. Brevi cenni storici. – 1.1. Premessa. – 1.2. Le origini nei Comuni Medioevali. – 1.3. L'origine della bancarotta documentale. – 1.4. Il fallimento doloso, colposo, incolpevole. – 1.5. Una lunga sopravvivenza. – 2. I rapporti tra la disciplina civilistica e quella penalistica. – 2.1. La distonia tra le due discipline. – 2.2. Le nuove soluzioni concorsuali della crisi. – 2.3. Le conseguenze delle modifiche. – 3. Il micro-sistema dei reati di bancarotta: uno sguardo d'insieme. – 3.1. L'inesistenza del dato empirico relativo al diritto penale fallimentare. – 3.2. Gli interessi in conflitto. – 3.3. Insolvenza e crisi. – 3.3.1. L'insolvenza. – 3.3.2. La crisi. – 3.4. L'imprenditore. – 3.4.1. La nozione e le sue modifiche. – 3.4.2. I problemi posti dalle modifiche. – 3.4.3. I *bias* cognitivi. – 4. Il bene giuridico protetto.

1. Brevi cenni storici.

1.1. Premessa.

Nel campo del diritto penale commerciale o dell'economia non sono molti i settori di disciplina che possono trarre sostanziale utilità da una **premessa**, anche se breve, di **carattere storico**. Gli istituti si sono affacciati, di solito, in tempi recenti e nell'ambito delle istituzioni dell'economia capitalistica, quasi sempre dopo la rivoluzione industriale. Le modifiche di maggior interesse attengono semmai ai cambiamenti dei rapporti tra Stato e mercato e alla disciplina di quest'ultimo, in uno sfondo economico sociale omogeneo, di sistema capitalistico liberale.

Un'eccezione è costituita, soprattutto per la tradizione italiana, dal campo dei reati fallimentari, per due singolarità che non hanno uguale. Anzitutto, le sue prime manifestazioni¹ risalgono assai indietro nel tempo, entro strutture economiche, sociali e di mercato **radicalmente diver-**

¹ ALFANI, in *Dig. it.*, 1890-1899, V, 98; DALLOZ, *Giurisprudenza dei fallimenti*, 1833, 1; MANZINI, *Diritto penale*, IX, 1933, 628 ss.; PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale*, 1913, vol. XIV, 409 ss.; SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, 1906.

se dalle attuali; inoltre rispetto a quelle prime, lontanissime manifestazioni le forme attuali presentano caratteri assai simili, tanto da poter cogliere un'impressionante **continuità strutturale** e di **contenuti**, nonostante i mutamenti radicali avvenuti nell'economia e nelle istituzioni.

Vi è stato, storicamente, un insolito rovesciamento di piani: il fallimento prima fu un **crimine**, poi una **procedura concorsuale**.

Il diritto romano è troppo lontano e ci dice poco². Prevedeva sanzioni schiettamente punitive nei confronti della persona, intesa in termini corporali, del debitore inadempiente e regole dei rapporti tra i creditori che sarebbero state ampiamente superate. Il debitore che non onorava i suoi impegni cadeva, con la sua persona e con ogni suo bene materiale, nel potere assoluto del creditore, indifferentemente se egli non avesse voluto pagare o non avesse potuto farlo, con o senza colpa. La garanzia costituita dalla **persona** prevaleva sulla garanzia offerta dai beni, segnando un carattere nettamente distintivo rispetto a tutta la legislazione successiva: un debitore costretto al pagamento con sanzioni severissime³, mantenute anche nelle legislazioni barbariche, nelle quali si perpetuava la punibilità del debitore insolvente. Il diritto romano conosceva assai bene il *concursum creditorum*⁴, ma le regole che disciplinavano il loro soddisfacimento sarebbero state superate e stravolte nel settore mercantile. È comunque difficile stabilire se queste procedure abbiano esercitato influenza su quelle medioevali, sia in Italia che altrove⁵.

1.2. Le origini nei Comuni Medioevali.

Solo nel diritto **medioevale**, nelle **città mercantili** durante il basso medioevo⁶ (la cui vastità spaziale e ampiezza temporale permettono solo pochi cenni) si affermò, là ove vi erano le condizioni politiche ed economiche che lo consentivano, la **procedura collettiva** che univa, sotto il **controllo del giudice**, tutti i creditori, posti sullo stesso **piano di parità**, rispetto a tutti i beni del fallito, con specifiche eccezioni (ad es. la dote). La legislazione mercantile aveva compiuto un balzo rivoluziona-

² ROCCO AL. (1917), 1 ss.

³ LONGHI (1930²), 9.

⁴ SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 1937-1943, 1 ss.

⁵ SANTARELLI (1964), 23; ID., in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 366; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, 1998³, 26 sul mutamento delle regole del concorso dei creditori; ID., *Noviss. dig.*, V, 1975, 381.

⁶ «La profonda elaborazione dell'istituto del fallimento coincide con l'epoca dei comuni e bastano pochi secoli a raggiungere la perfezione di quelle strutture fondamentali che sono sostanzialmente conservate anche nella legislazione moderna», PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 1962, 66; ROCCO AL. (1917), 187.

rio, modificando radicalmente la tradizione romanistica, sostituendo nella soddisfazione del credito il criterio della **priorità** temporale con quello della **parità**, in **proporzione** uguali per tutti⁷ (*par condicio creditorum; pari passu*). Ove la classe mercantile era egemonica, la disciplina cittadina si sviluppò in coerenza, anzitutto spossessando il debitore, e privando cioè il fallito dell'amministrazione dei beni, che servivano a soddisfare le pretese dei creditori, mentre le azioni individuali erano sospese⁸. Venezia è ricordata come la città nella quale si ebbe la legislazione sul fallimento di più antica data, nel 1244⁹.

Pressoché in tutte le legislazioni corporative e comunali era contemplata l'equivalenza tra **bancarotta** e condotta del debitore insolvente che si dava alla fuga, *fugitivus*¹⁰. La **fuga**¹¹ dalla città, equiparata talora alla mancata presentazione davanti agli organi della stessa (giudici o consoli), come appare da Statuti comunali della fine del Trecento, si trasformava da *sintomo* presuntivo dell'impossibilità di pagare nella *sostanza* economica del rapporto con i creditori, vale a dire nel **dissesto**, ed era considerata come sottrazione volontaria (dolosa) alle regole cittadine: per contrappasso¹² punita con il bando, la perdita della cittadinanza e della protezione della città¹³.

Si sarebbe sviluppata anche la disciplina della **cessione dei beni** ai creditori, spesso preceduta da un sistema di misure coercitive per indurre il debitore a rivelare la consistenza del suo patrimonio e, ove fosse conservato, per consentirne l'apprensione. Di qui l'insistita equiparazione, sul piano delle sanzioni criminali, della **scomparsa dei libri** o del loro mancato ritrovamento con l'**insolvenza** stessa, specialmente nei confronti dei debitori che fuggivano o si nascondevano: mercanti o banchieri, in prevalenza, e il nome stesso di bancarotta risentirebbe di questo presupposto materiale, di agire "al banco", nelle vie della corporazione, che nella sua materialità sarebbe stato poi pubblicamente "rotto"¹⁴, con il

⁷ SANTARELLI, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 370; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, cit., 26.

⁸ LONGHI (1930²), 4.

⁹ Statuto di Venezia del 1244, in LONGHI (1930²), 15.

¹⁰ *Mensas autem fregisse dicunt*, LONGHI (1930²), 15: «queste diminuzioni patrimoniali si chiamavano col nome di bancarotta, e fuggitivo è chiamato il fallito bancarottiere, essendo la fuga uno dei segni caratteristici e talora anche un elemento qualificativo del reato».

¹¹ SANTARELLI, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 368; richiami a statuti lombardi del 1380, in STORTI STORCHI, *Scritti sugli statuti lombardi*, 2007, 16, 221, 245.

¹² DI MARZIO (2017).

¹³ BLOCH, *La società feudale*, trad. it., 1949.

¹⁴ LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 1884, 310; SANTARELLI (1964), 47. Un richiamo ironico in RABELAIS, *Gargantua e Pantagruel*, trad. it., 1984, 35.

frequente corredo di procedure infamanti¹⁵ nei confronti del debitore, esposto allo scherno e alla pubblica esecrazione. Rottura del banco che era segno e simbolo dell'espulsione dalla corporazione.

La fuga del debitore, in particolare del commerciante, era presente in numerose legislazioni, anche ben lontane dall'Italia mercantile, per esempio in Inghilterra, ove la prima legge sarebbe stata emanata nel 1542 (34 e 35 Hen. VIII, c. 4)¹⁶. La differenza temporale, di circa tre secoli, segnala i diversi tempi nei quali la classe mercantile conquistò posizioni egemoniche.

Affiora qui un punto della **continuità** citata all'inizio. La legge **vigente** prevede che il pubblico ministero possa presentare richiesta di fallimento ed esercitare l'azione penale «quando l'insolvenza risulta ... dalla **fuga**, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore» (art. 7; art. 238).

Il fallimento ebbe ovunque, in quegli albori, una marcata e rigorosa risposta **repressiva**, lasciando tracce assai tenaci e durature in gran parte delle tradizioni giuridiche: le sue caratteristiche di fondo erano l'**esecuzione forzata** attivata dai creditori e l'intervento di un **giudice**¹⁷, lo **spossessamento** del debitore, la creazione prima e l'osservanza poi della disciplina della *par condicio creditorum*. Anche qui si colgono identità rispetto alla disciplina vigente.

All'epoca delle corporazioni il fallito era punito assai severamente, in alcuni casi con la morte¹⁸, poiché l'insolvenza era considerata un gravissimo fatto **antisociale**: era una radicale rottura delle regole fondamentali della corporazione, colpendo alla radice la **fiducia** sulla quale essa riposava. Il **mercante** non poteva godere di **credito** senza che vi fosse fiducia in lui: erano le basi economiche dell'economia di **scambio**, che sopra-

¹⁵ PORTALE, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2017, 21.

¹⁶ «The Statute of Bankrupts or An Acte againste suche persones as doo make Bankrupte», 34 & 35 Henry VIII, c. 4, approvato nel 1542. Dopo un preambolo sull'oggetto, «*debtors acting in fraud of their creditors*» si enunciava il principio del pagamento dei creditori in quote proporzionali «*a portion, rate and rate alike, according to the quantity of their debts*». Nel preambolo si richiamava l'importanza cruciale della fuga «*do suddenly flee to parts unknown or keep their houses, not minding to pay or restore to any their creditors their debts and duties ... the Lord Chancellor ... shall have power and authority ... to take ... imprisonment of their bodies or otherwise, as also with their [real and personal property however held] and to make sale of said [real and personal property however held] for true satisfaction and payment of the said creditors, that is to say; to every of the said creditors a portion, rate and rate like, according to the quantity of their debts*».

¹⁷ CARNELUTTI, *Lezioni*, V, *Processo d'esecuzione*, n. 397, 7, riportato da PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 61; ampiamente SANTARELLI (1964), 47.

¹⁸ *Statuto mercantile di Bologna*, (1509), in SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, cit., 7.

vanzavano, ove possibile, quelle di mera sussistenza, curtensi. Le corporazioni, animate da spirito d'**innovazione** e di conquista, poterono, nel basso medioevo, costituirsi e rafforzarsi nell'ambito dell'**autonomia del comune**, con la cui amministrazione s'intrecciavano rapporti stretti e ogni corporazione riconosciuta era, ad un tempo, organismo della comunità e gruppo privato di natura tecnica e commerciale¹⁹.

Le regole della corporazione erano quelle del comune e le violazioni delle prime rimasero, anche dopo il declino delle corporazioni e dell'esperienza comunale, norme fondamentali del settore che sarebbe caduto, poi, sotto la disciplina dello Stato assoluto.

1.3. L'origine della bancarotta documentale.

Lo sviluppo delle corporazioni forgiò un sistema economico che si fondava sulla straordinaria invenzione delle **lettere di cambio**, prime forme di moneta fiduciaria, la quale esigeva la preservazione e la garanzia degli snodi essenziali degli **scambi**, fondati su reciproca fiducia e affidabilità del credito concesso. L'autonomia delle corporazioni, nel momento del loro massimo sviluppo, frutto di quello spirito di libertà che aveva caratterizzato la nascita dei Comuni, esigeva il rigoroso rispetto delle regole fondamentali, alla cui violazione erano sovente preposte giurisdizioni autonome.

In questa luce si può comprendere lo straordinario risalto – a prima vista inesplicabile – che avevano i libri contabili. È vero che essi erano esposti fin dal diritto romano sui banchi di attività delle *Tabernae argentariae*,²⁰ ma il cambiamento radicale avvenne quando, nel “risveglio” del XII e XIII secolo, i cambiatori-banchieri si organizzarono in Corporazioni o Arti: la più famosa tra esse fu l'Arte del Cambio di Firenze, esistente già nel 1202. Poi prese piede l'istituto del *cambium*, un contratto consistente nel riconoscimento di un debito da estinguere in un luogo diverso da quello in cui era stato sottoscritto e in una diversa moneta²¹, ampliandosi la gamma con le lettere di pagamento, documenti privati, e le lettere di cambio.

Le difficoltà economiche dei secoli XIV e XV stimolarono il perfe-

¹⁹ Su questi temi la letteratura è sconfinata: per un primo inquadramento, v. AA.VV., *Storia economica di Cambridge*, III, ed. it. Einaudi, 1977, 265 ss.; CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, 1980, 193; JONES in AA.VV., *Storia d'Italia*, a cura di R. Romano e Vivanti, vol. 2, II, 1974, 1469; LUZZATTI, in AA.VV., *Storia dell'economia italiana*, a cura di R. Romano, I, 1990, 63; PEZZOLO, in AA.VV., *The Cambridge History of Capitalism*, Neal, Williamson eds., 2014, 267.

²⁰ DE SIMONE E., *Monete e banche attraverso i secoli*, 2011, 16.

²¹ DE SIMONE E., *Monete*, cit., 35.

zionamento delle scritture contabili, mercantili e bancarie. Si diffuse il metodo della partita doppia, risalente alle Compagnie toscane della fine del XIII secolo, destinato a diffondersi poi in altri paesi europei, specialmente grazie all'opera di Luca Pacioli con il suo trattato del 1494²². Durante il Trecento, i banchieri italiani o fiamminghi, a fronte dei depositi in oro effettuati presso di loro, cominciarono a emettere titoli rappresentativi del credito nei loro confronti, attribuendo al depositante possessore del titolo il potere di scambiare queste lettere di cambio con un altro banchiere collegato col primo da legami d'affari; oppure il potere di utilizzare direttamente le "carte" come strumenti di pagamento. La funzione tipica di queste innovazioni non poteva andare disgiunta dalla **rappresentazione cartolare**, che mostrava la **consistenza** dei beni, la loro collocazione, e gli affari in corso o conclusi.

In queste lontane origini si scorgono le radici della continuità, pressoché in tutti gli ordinamenti, della **bancarotta documentale**, che poi si verrà a caricare di altre funzioni, mai però così concrete come in quegli albori.

1.4. Il fallimento doloso, colposo, incolpevole.

Si ricorda sovente che la dottrina medievale si esprime con vero furore, considerando tutti i falliti come infami e *fraudatores*, senza alcuna distinzione circa le cause dell'insolvenza²³.

Solo nell'opera di Benvenuto Stracca²⁴, fondatore del diritto commerciale, si cominciò a distinguere tre tipi di falliti: **fraudolenti**, **colposi**, **incolpevoli**²⁵, tripartizione che ancor oggi da noi si presenta. Dunque già nel secolo XVI il reato di bancarotta era sufficientemente scolpito e iniziava la scissione tra fallimento e bancarotta, prima un tutt'uno indistricabile.

Se originariamente la responsabilità penale del fallito (ma non solo la sua) era di tipo **oggettivo**, nel corso del XV secolo, in parte per l'influenza del diritto canonico, in parte per il declino del sistema comunale e corporativo, eroso dall'avanzare della Signoria e degli Stati assoluti che

²² *Summa de Arithmetica Geometria Proportioni et Proportionalita*, 1523².

²³ BALDO «Falliti sunt infami et infamissimi ... nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator ...», Cons. V, 399, n. 3.

²⁴ *Decisiones de mercatura et tractatus varii*, 1553, III, n. 2 (trattato che raccoglie anche altri autori fino al Duecento).

²⁵ «Tria decoctorum esse genera: primum illorum qui fortunae vitio decoquunt, secundum illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes, et illud tertium suo partim fortunae vitio processerunt».

si basavano su altri gruppi di interessi, si cominciò ad affermare la distinzione tra fallimento **colpevole** e fallimento **incolpevole**: a queste due ipotesi si aggiungeva il caso del fallimento dovuto a **colpa** che aveva un chiaro significato etico. In questa partizione, si scorge l'origine antichissima dell'attuale (nostra) bancarotta **semplice**, di struttura sostanzialmente colposa, unico delitto contro il patrimonio a reclamare una pena anche se commesso solo per *vitio* e non per *fraude*²⁶.

Il catalogo delle condotte di bancarotta si venne consolidando nel XVII secolo, in coincidenza con il crollo delle corporazioni ed il sorgere dello Stato assolutista. Ne costituisce un esempio eccelso quanto contenuto nell'ordinanza di Luigi XIV, del 1673²⁷, ove si ritrovano sostanzialmente le stesse condotte che ancor oggi danno luogo a fatti tipici di bancarotta, anche nella distinzione tra bancarotta patrimoniale e documentale, da un lato, e in quella tra bancarotta fraudolenta e semplice dall'altro. Modello ripreso anche in Inghilterra con il *Bankruptcy act* del 1571²⁸, che restringeva le norme ai soli commercianti.

Anche se queste consolidazioni²⁹ appartenevano, come è stato osservato, all'*ancien régime*³⁰, desta stupore il fatto che quelle ipotesi siano giunte fino ai nostri tempi, quantomeno nell'ordinamento italiano. Tecnicamente vi giunsero attraverso la codificazione napoleonica: il codice francese del 1807 consolidò la distinzione tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, seguito poi da numerose altre legislazioni europee.

La legislazione francese, nel codice del 1807 (il libro terzo, titolo secondo, artt. 566-575), consentiva ai commercianti falliti di chiedere la conclusione di un **concordato** con una maggioranza qualificata dei creditori; questa parte del codice fu modificata nel 1838, e fu assunta come modello dal codice di commercio italiano del 1865 e poi dal **codice di commercio del 1882** (artt. 683-687). In questo, le disposizioni penali, negli artt. 855 e seguenti, davano ancora risalto alla fuga, alla latitanza o alla chiusura dei magazzini, situazioni che consentivano l'avvio dell'azione penale. La formulazione delle norme sembra segnare il superamento

²⁶ PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 74.

²⁷ Tale ordinanza aveva istituito un regolamento generale per il commercio; al riguardo v. CIPOLLA, *Storia economica*, cit., 193 ss.; v. il *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673*, 1841. Si veda in tema anche l'Ordinanza piemontese di Carlo V, in SANTARELLI (1964), 148.

²⁸ 13 Eliz I, c. 7: The Fraudulent Conveyances Act 1571 (13 Eliz 1, c. 5) in TABB-BRUBAKER, *Bankruptcy law: principles, policies and practice*, 2010, 473.

²⁹ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1976, 97 ss.

³⁰ MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel de jurisprudence*, 1807³, 1 ss.

(seppur non completo³¹) della concezione che vedeva punito il fallimento in quanto tale, a favore di quella che puniva il debitore che, fallito, avesse tenuto determinate condotte.

Era ritenuto colpevole di bancarotta semplice il commerciante che avesse cessato di fare i suoi pagamenti e si fosse trovato in uno dei casi che oggi definiremmo di bancarotta semplice o preferenziale³². La bancarotta fraudolenta era prevista dagli artt. 860 e seguenti e il primo caso era appunto quello della bancarotta **documentale**³³.

1.5. Una lunga sopravvivenza.

Ci si potrebbe domandare quali le ragioni di questa tenace sopravvivenza di istituti punitivi o penalistici che solo in anni recenti sono stati modificati in ordinamenti a noi vicini, ma non ancora nel nostro. Ovviamente un'eredità di questo genere non l'hanno avuta gli Stati Uniti, se non per il tramite, decisamente tardivo, dell'influenza della legislazione di *Common Law*.

Non può non sorprendere che la bancarotta sia rimasta sostanzialmente immutata per più di settecento anni, mentre tutto il resto attorno, nel mondo economico, cambiava.

Forse una spiegazione, o un inizio di spiegazione, può essere individuata nell'osservare che la punizione del fallimento in quanto tale, origine della bancarotta, puniva rigorosamente il venir meno alla fiducia accordata, lesione tipica degli scambi con pagamento differito. Si affaccia qui la figura del **rischio**: il fallimento è la deflagrazione – la concre-

³¹ V. l'art. 858: «chiunque esercitando abitualmente la professione di mediatore si è caduto in fallimento è colpevole di bancarotta semplice».

³² Art. 856: «è colpevole di bancarotta semplice il commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti, e si trova in uno dei casi seguenti:

1° se le sue spese personali, o quelle della sua famiglia, furono eccessive rispetto alla sua condizione economica;

2° se ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;

3° se allo scopo di ritardare il fallimento ha fatto comprare coll'intenzione, seguita dal fatto, di rivendere al disotto del valore corrente, ovvero ha fatto ricorso a prestiti, a girate di effetti od altri mezzi rovinosi di procurarsi i fondi;

4° se dopo la cessazione dei pagamenti ha pagato qualche creditore a danno della massa;

5° se non ha tenuto i libri prescritti od almeno il libro giornale».

³³ «è colpevole di bancarotta fraudolenta il commerciante fallito che ha sottratto o falsificati i suoi libri, distratto, occultato o dissimulato parte del suo attivo, il commerciante che per uno scopo diverso da quello indicato nell'art. precedente ha esposto passività insussistenti, ovvero nei libri o nelle scritture od in atti autentici o privati, ovvero nel bilancio si è fraudolentemente riconosciuto debitore di somme non dovute».

tizzazione – del rischio di controparte, come diremmo oggi, in termini finanziari. Nell'epoca più primitiva non importava se il dissesto fosse stato provocato unicamente dal comportamento del debitore; valeva la regola dell'imputazione oggettiva. Solo più tardi avrebbe assunto risalto la causa del dissesto e quindi avrebbero acquisito tipicità condotte che avessero concorso ad aumentare quel rischio fisiologico in tutte le attività economiche.

Le attività economiche sono mutate, nelle forme, nei modi, nei contenuti, ma la rischiosità dell'impresa resta invariata e in essa assume un particolare rilievo il rischio che la controparte adempia. Dalle origini medievali della *fiducia tradita*, la bancarotta è potuta giungere fino a noi come punizione dell'incremento del rischio che non è stato messo in conto, non è stato calcolato, da chi si è fidato dell'adempimento completo e puntuale. Questa struttura delle condotte non è definita per sempre in base alla sua funzionalità: occorre che s'incontri e si adegui con il mezzo tecnico di soddisfazione dei creditori che l'ordinamento ha nel tempo escogitato. Anticamente era di certo solo la liquidazione dei beni e la ripartizione tra i creditori, oggi sembra che molte legislazioni, anche vicine, propendano a fare spazio a soluzioni diverse, che tengano maggiormente in considerazione il valore dell'impresa e l'opportunità – economica e sociale – di una sua salvezza, almeno parziale.

2. I rapporti tra la disciplina civilistica e quella penalistica.

2.1. La distonia tra le due discipline.

Si è visto quanto siano antiche le origini del diritto penale fallimentare: anzi l'origine dell'istituto, pur di profilo economico, è di natura punitiva e mostra che in epoche (non poi tanto) risalenti era il fallimento *in sé* a essere oggetto di punizione.

La disciplina civilistica del fallimento ha conosciuto, da noi, uno sviluppo notevole, prima con il passaggio dal codice di commercio del 1882 al r.d. n. 267 del 1942, in sintonia con la “commercializzazione” del codice civile³⁴, ora, soprattutto negli ultimi due decenni, con le prime leggi di riforma del 2005, alle quali sono seguite numerose altre fino al 2015. Nessuna di queste leggi di riforma ha però toccato, se non di striscio, la parte penalistica, la cui riforma, sempre segnalata come “necessaria”, è rimasta allo stadio di progetti ormai dimenticati³⁵.

³⁴ ASQUINI, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 251; ASCARELLI, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 217; DI MARZIO, (2018), 79 ss.

³⁵ Nel campo delle proposte di riforma, si ricordano: Proposta di legge dell'Ordine

Ora abbiamo alle viste, sembra, la riforma finalmente “organica” del diritto della crisi d’impresa: il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di d.lg. n. 155 del 2017³⁶.

In questo crocevia di vecchi istituti e progettate riforme, chi si avvicina alle figure della bancarotta si trova disorientato già da una prima valutazione del quadro complessivo.

Vi è, infatti, un’evidente scollatura tra la parte penalistica – immutata – e quella civilistica, profondamente modificata dagli interventi di riforma degli anni duemila. Le grandi opere dei Maestri del diritto penale fallimentare³⁷ del recente passato, alle quali siamo tutti debitori, potevano fondarsi su una sostanziale omogeneità tra la disciplina civilistica e gli strumenti sanzionatori penali. L’analisi delle diverse fattispecie si svolgeva, di conseguenza, su un retroterra civilistico consolidato, ampiamente studiato, e rispetto al quale le figure penalistiche erano strumentali e di presidio.

Beninteso, la parte penalistica non era e, rimasta immutata, non è af-

dei dottori commercialisti, in *Dir. fall.*, 1971, I, 148; progetto Pajardi del 30 maggio 1983 in PAJARDI, in *Giur. comm.*, 1985, I, 154; proposta di legge Veltroni, n. 7497 del 14 dicembre 2000; proposta di legge Cola n. 2342 del 14 febbraio 2002; proposta di legge Commissione Trevisanato del 19 giugno 2003; proposta di legge Fassino, n. 5171 del 20 luglio 2004; proposta di legge Commissione Trevisanato del 27 febbraio 2004 in JORIO, FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, 2005, 253; in quello delle riforme attuate, v. proposta di legge Veltroni, n. 7497, 14 dicembre 2000; proposta di legge Cola d. 2342, 14 febbraio 2002; proposta di legge Fassino, n. 5171, 20 luglio 2004; d.l. n. 35/2005, c.d. “decreto competitività”; l. n. 80 del 2005; d.lg. n. 5 del 2006; d.l. n. 169 del 2007, c.d. “decreto correttivo”; d.l. n. 78 del 2008; l. n. 3 del 2012; d.l. n. 83 del 2012, conv. con l. n. 134 del 2012. Per una ricostruzione più approfondita dei diversi progetti di riforma si veda PERDONÒ, in MANNA (2010), 430 ss. e CONZ, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.

³⁶ E ora v. «Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155», in www.osservatorio-oci.org. Per un primo commento v. GAMBARDELLA, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018, 1. Il testo del progetto di riforma è stato pubblicato quando questo volume era già completato e pertanto non se ne è potuto tenere conto. Si ricorda che il progetto di riforma era stato preceduto dai lavori di una commissione ministeriale, presieduta dal consigliere Rordorf, progetto al centro di discussioni in dottrina (BENOCCHI, in *Giur. comm.*, 2017, CAVALLARO, *La legge delega di riforma della crisi d’impresa*, 2017, 1 ss.; DI MARZIO (2017); FABRIZIO (2017), 1 ss.; PACILEO (2017), 1 ss.; POLICARO, in *Giur. comm.*, 2017, 1038; TERRANOVA, in *Giur. comm.*, 2017, 669). Il lungo articolato da poco reso noto riprende in gran parte il lavoro della citata commissione, con però modifiche di non poco conto. La parte penalistica resta immutata, se non per alcune aggiunte marginali e aggiustamenti terminologici. L’elaborazione del progetto è avvenuta esclusivamente all’interno degli uffici ministeriali, senza alcun coinvolgimento di riflessioni esterne, che sarebbero state preziose nel momento di riformare un punto così qualificante dell’ordinamento giuridico nel suo complesso.

³⁷ ANTOLISEI (1959); NUVOLONE (1955); PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI (1995).

fatto tecnicamente pregevole, né adeguatamente collegata con il retroterra civilistico. La tecnica impiegata è infelice, spesso utilizzando la tecnica del rinvio, con vuoti incomprensibili e asprezze rigoristiche, ben lontane dai principi costituzionali. Tipicità e colpevolezza sono le più colpite. Vi era, però, una sostanziale continuità di valori alimentata da un orientamento culturale omogeneo, che aiutava, non sempre in modo facile o indiscusso, a risolvere i numerosissimi problemi interpretativi posti dai delitti di bancarotta.

Si ricordi che, nella versione originale della l. fall., gli illeciti penali assumevano come punto di riferimento pressoché esclusivo la **procedura fallimentare**, alla quale si affiancavano l'**amministrazione controllata** (*abrogata* nel 2006) e il **concordato**. Se si esclude la seconda, che aveva mostrato scarsa vitalità nel tempo, l'impianto complessivo era schiettamente e apertamente orientato alla **liquidazione** dei beni del debitore insolvente e alla sua **espulsione** dal mercato, con varie misure d'incapacitazione e di biasimo (come il registro dei falliti³⁸), secondo i moduli più antichi, non di decenni ma di secoli.

Era coerente con quell'impianto la rigorosa e dura repressione penale di condotte che svuotavano o erodevano la capacità della liquidazione di soddisfare le pretese del ceto creditorio, dei creditori assunti come *categoria* all'interno della procedura concorsuale. Si aggiunga che, mentre gli altri delitti di natura economica erano rimasti quiescenti per lungo tempo, fino a una loro riscoperta solo nell'ultimo ventennio del secolo scorso, per poi nuovamente sparire con isolate emersioni, il comparto della bancarotta aveva continuato a macinare un cospicuo quantitativo di applicazioni concrete, propiziate dalla previsione che la relazione del curatore, ai sensi dell'art. 33, era trasmessa al pubblico ministero, con la conseguenza di favorire l'avvio del procedimento penale per eventuali fatti "distrattivi" (per citare la categoria di maggior rilievo).

La ridottissima capacità selettiva offerta dall'originario art. 1³⁹, che delimitava la platea dei soggetti che "potevano fallire", comportava una elevata numerosità dei procedimenti penali per bancarotta, che, nonostante le pene elevatissime, raggiungevano prevalentemente, in termini numerici, imprenditori di modeste dimensioni. Le grandi imprese, quelle di portata strategica o d'immediato interesse politico, anche se, come si usava dire, "tecnicamente fallite" (dalla Sir alla Fiat e a Montedison, per rimanere nel recente passato), erano comunque "salvate" per le ragioni politiche più diverse, la più onorevole delle quali era la salvaguardia dei posti di lavoro.

³⁸ Abrogato con d.lg. n. 5 del 2006.

³⁹ Art. sostituito dal d.lg. n. 5 del 2006 e poi sostituito dal d.lg. n. 169 del 2007.

Era poi opinione diffusa, confortata dai dati statistici, che la procedura liquidatoria fallimentare, oltre ad avere tempi assai lunghi, generava un ben modesto ristoro dei creditori, poche unità di punti percentuali del credito insinuato. Ciò accadeva, ovviamente, nei fallimenti di imprese medio-piccole. Per le grandi imprese che avevano cespiti di rilievo, oltre a quanto già ricordato e ai salvataggi che vedevano sovente l'intervento di enti pubblici economici, si ebbe la stagione dei cosiddetti *salvataggi extra giudiziali*, di solito sotto la regia di *pool* di istituti bancari. Salvataggi che tuttavia comportavano un elevato rischio di ricadute penali, soprattutto nella forma della bancarotta preferenziale.

Il problema dell'insolvenza delle grandi aziende portò, già alla fine degli anni settanta⁴⁰ del secolo scorso, all'introduzione di procedure speciali, di «**amministrazione straordinaria**», sotto il controllo non giurisdizionale ma amministrativo-ministeriale, nelle quali la dichiarazione d'insolvenza, pur prevista (aggiungendo confusione a confusione), non vanificava le possibilità di ri-utilizzo dei cespiti aziendali, qualora fossero presenti «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali»⁴¹. Un risultato che sarebbe stato da perseguire o con un «programma di cessione dei complessi aziendali»; o con un «programma di ristrutturazione»; o con un «programma di cessione dei complessi di beni e contratti». Primi esperimenti, verrebbe da dire, per superare l'angusta prospettiva della liquidazione, preferendo a questa la conservazione del valore ancora implicito nell'impresa, pur insolvente, che meritava di essere salvaguardato anziché smembrato e alla fine distrutto. Sul piano degli interessi, a fianco di quello dei creditori, faceva la comparsa anche quello dell'impresa⁴².

Senza potersi soffermare su queste discipline speciali⁴³, esse rispondevano a una logica **antitetica** a quella puramente liquidatoria. In questo si possono cogliere i frutti, pur tardivi, di un movimento culturale più ampio, ispirato in gran parte all'esperienza statunitense e inglese. In queste, com'è noto, l'insolvenza dell'impresa non è caratterizzata da uno stigma di negatività e antisocialità, ma dal favore alla chiusura, anche negoziale, dei rapporti pendenti, senza porre ostacoli a una nuova attività imprenditoriale del debitore insolvente: *fresh start*.

Gli Stati Uniti, oltre che spinti da una netta propensione a favore del mercato e delle soluzioni più efficienti da questo elaborate, non soffri-

⁴⁰ D.l. n. 26 del 1979, conv. in l. n. 95 del 1979 (c.d. l. Prodi).

⁴¹ Art. 27 d.lg. 8 luglio 1999, n. 270 e successivi.

⁴² DI MARZIO (2017).

⁴³ BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria*, 2001, 4 ss.; DI MARZIO-MACARIO, in JORIO-SASSANI (2017), 601 ss.

vano il peso della tradizione secolare formatasi nel medioevo europeo, e la questione dell'insolvenza era affrontata con impostazione utilitaristica. La Gran Bretagna, che ancora nell'Ottocento risentiva delle impostazioni continentali, ben presto se ne liberò, anche per la diversa valutazione del rischio imprenditoriale che sorgeva dalla posizione preminente nel commercio internazionale.

2.2. Le nuove soluzioni concorsuali della crisi.

Orientamento alla fine penetrato, almeno in parte e con numerose contraddizioni interne, anche nel nostro sistema civilistico. Eliminata l'amministrazione controllata⁴⁴, hanno fatto gradatamente il loro ingresso istituti che assumono quale presupposto lo stato di «**crisi**», *oltre* a quello tradizionale di «**insolvenza**» (lasciando per il momento da parte la questione dei rapporti tra le due situazioni), orientati a non disperdere il valore ancora contenuto nell'impresa in difficoltà. In questo senso si possono ricordare le modifiche radicali al **concordato preventivo** (art. 160 ss.), arricchito con l'ammissione delle «proposte concorrenti» (art. 163) e l'eventuale disposizione di un «procedimento **competitivo**». Procedura nella quale alcuni principi fondamentali del vecchio fallimento sono apertamente posti, più che in discussione, concretamente da parte: ad esempio la **parità di condizione** dei creditori, che oggi possono essere raggruppati in classi, con pretese riconosciute come differenti.

Ancora. L'imprenditore in stato di crisi può domandare l'omologazione di un «**accordo di ristrutturazione dei debiti**», ai sensi dell'art. 182 *bis*. Iniziativa *dell'imprenditore*, sulla base di un accordo con una certa percentuale dei suoi creditori (per il 60%), che gli consente l'uscita dalla crisi, anche con una transazione dei crediti tributari e contributivi (art. 182 *ter*). Più di recente è comparso anche l'«accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», di cui all'art. 182 *septies*.

Tutte previsioni che inseriscono la soluzione o il superamento della crisi d'impresa in un programma che si potrebbe genericamente definire di ristrutturazione, di **risanamento**, fondato su una **negoziazione** del debitore in crisi con i suoi creditori e con il mercato.

Se le procedure ora sommariamente ripercorse, per richiamare solo i maggiori elementi di novità, vedono sempre la presenza del **giudice** quale garante della regolarità della procedura e incaricato di una valutazione (della cui ampiezza si discute) del piano di riassetto, il momento giurisdizionale è assente nella procedura prevista dall'art. 67, lett. *d*), ove si

⁴⁴ Eliminazione attuata con il d.lg. n. 5 del 2006.

prevede la redazione di un piano, da parte del debitore, che «appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». La previsione è collocata nell'ambito della disciplina delle azioni **revocatorie**, sottraendo a queste, per l'appunto, gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse in esecuzione del piano, come pure le operazioni attuate in esecuzione del **concordato preventivo** e dell'**accordo** omologato ai sensi dell'art. 182 *bis*.

Le procedure ora ricordate si propongono di offrire un'**alternativa** per l'uscita dalla crisi imprenditoriale, per far sì che non si disperda il valore residuo dell'impresa, poiché, come è stato osservato, «la crisi d'impresa – anche nella sua manifestazione più grave, cioè l'insolvenza – è evento sì patologico e negativo, ma non necessariamente distruttivo: un evento quindi da gestire in una chiave, da un lato, non punitiva e, dall'altro, il più possibile, appunto, conservativa, in funzione del recupero e del reinserimento nella vita economica delle strutture produttive e dello stesso imprenditore»⁴⁵. Non è, infatti, sempre vero che un'impresa insolvente è un'impresa che deve cessare ed essere espulsa dal mercato: si *deve* tentare, ove possibile, di agevolare il passaggio dal vecchio imprenditore ad altri soggetti che possono fornire il capitale di rischio⁴⁶.

Istituti frutto di un pensiero animato da razionalità economica, dalla constatazione dell'inefficienza del fallimento-liquidazione, e della polverizzazione delle ricchezze e del lavoro che hanno creato l'impresa finita male.

Detto questo, i nuovi istituti pongono un, sotterraneo ma corposo, problema generale di uguaglianza di trattamento. Le procedure alternative al fallimento, inserite con le riforme degli ultimi quindici anni, sono procedure che nella pratica sono molto complesse, richiedono la redazione di piani e programmi affidati a competenze specialistiche raffinate, non ultima quella del **professionista attestatore**, e hanno qualche probabilità di successo solo se l'impresa in crisi sia di **grandi dimensioni** e, soprattutto, se l'esposizione debitoria sia tale da **spingere i creditori** ad aderire al piano proposto. In sostanza, è il valore degli *asset* dell'impresa e la magnitudine della sua esposizione – in specie bancaria – che costituiscono la premessa e gli ingredienti indispensabili per la proposizione e la riuscita dei piani di ristrutturazione. Con una ferrea conseguenza. L'impresa **medio-piccola** è *per forza* tagliata fuori, *esclusa* nella pratica, dalla possibilità di ricorrere a procedure di questo tipo, assai costose e suscettibili di essere proposte e percorse *solo* se vi sia ancora

⁴⁵ NIGRO-VATTERMOLI (2017), 21.

⁴⁶ STANGHELLINI (2007), 177.

qualcosa da offrire al mercato o che questo è interessato a non perdere. Questo fa sì che le piccole imprese, quando cadute in crisi, siano fatalmente avviate verso il fallimento e la liquidazione che disperde e frantuma ogni valore, con una divaricazione di esiti che, se è certo comprensibile in termini di cruda efficienza e di ottimale allocazione della ricchezza e delle risorse, non lo è più sul piano della valutazione dei comportamenti tenuti dai protagonisti delle vicende che hanno condotto alla crisi.

2.3. Le conseguenze delle modifiche.

La complessiva, ma disorganica, riscrittura dell'impianto civilistico e, soprattutto, l'ingresso di questi nuovi istituti hanno modificato il volto della disciplina, erodendo principi tradizionali, come si è già accennato: la parità dei creditori, che oggi possono essere raggruppati in classi diverse; l'indisponibilità dell'insolvenza, che oggi può trovare vie d'uscita affidate all'autonomia privata; l'abbattimento della centralità del fallimento, cui si affiancano altre vie d'uscita dalla crisi; il mutamento del presupposto essenziale per l'avvio delle nuove procedure per la soddisfazione concorsuale dei creditori, non più soltanto ravvisato nell'insolvenza ma nella nozione, certamente indefinita ma sicuramente più ampia, della **crisi**.

Tutto questo è avvenuto senza che il regime penalistico della bancarotta fosse in alcun modo toccato, se non marginalmente, quasi per necessità: l'art. 217 *bis* è stato introdotto per garantire la **praticabilità** dei nuovi istituti, riparandoli, almeno in parte, dalle insidie penalistiche; l'art. 236 *bis* è puramente **strumentale**, anche se in modo discutibile, alle nuove procedure che vedono nel professionista attestatore un protagonista essenziale.

Si è creata e accresciuta una **distonia** sostanziale tra la parte civilistica e quella **penalistica**, poiché quest'ultima era stata forgiata, seppur frettolosamente (quasi un'appendice), avendo di mira esclusivamente l'istituto del **fallimento** e, da un punto di vista economico, la **liquidazione** dei beni del fallito, secondo gli antichi moduli.

Se restano **intatti** i vecchi, numerosi **problemi** posti dalla disciplina della bancarotta, essi sono **aggravati** e acuiti dal mutamento del retroterra civilistico, che è ispirato oggi a logiche, obiettivi e strumenti in parte diversi di quelli del 1942. La bancarotta resta, paradossalmente, legata a un antichissimo passato, costituendo talora un ostacolo all'attecchimento e sviluppo delle procedure alternative, che richiedono anche una nuova mentalità: è un armamentario penalistico arretrato, frequentemente costellato da imputazioni di tipo *oggettivo*, da *presunzioni* nella prova, da *severità* "esemplare" nelle sanzioni.

La situazione complessiva, squilibrata e disarmonica, non può che accentuare l'attenzione ermeneutica a evitare, per quanto possibile, le rigidità e gli automatismi dell'interpretazione corrente, che si presenta spesso come un autoreferenziale frutto del passato, di cui si erge garante la giurisprudenza.

Soprattutto occorre attenuare quell'**isolazionismo** della disciplina della bancarotta rispetto ai principi generali del diritto penale, specie a quello della personalità della responsabilità penale.

3. Il micro-sistema dei reati di bancarotta: uno sguardo d'insieme.

Prima di affrontare analiticamente l'esame dei delitti di bancarotta, ci soffermiamo su alcune considerazioni preliminari per un migliore inquadramento dei singoli problemi, alcune di natura definitoria, altre di carattere generale.

Si anticipa che l'esame dei vari problemi sarà integrato costantemente dal riferimento alle pronunce giurisprudenziali che, nel campo della bancarotta, costituiscono un apporto indispensabile, essendo la ricostruzione dei diversi istituti sovente tributaria della elaborazione giudiziale.

3.1. L'inesistenza del dato empirico relativo al diritto penale fallimentare.

La riflessione sui delitti di bancarotta, come su ogni altro settore del diritto penale, non costituisce solo un esercizio di natura concettuale, che riguarda la disciplina, scritta e quale emerge dalle pronunce giurisprudenziali. È (o dovrebbe essere) anche valutazione degli effetti di quella disciplina, della numerosità dei processi, della loro durata, dei soggetti coinvolti. In breve, la riflessione teorica non dovrebbe essere mai disgiunta dall'osservazione del dato **empirico**, che addirittura ne sarebbe la premessa in senso logico, per non ridurla a uno sterile esercizio speculativo. Per fare questo, occorrerebbe avere dati, statistiche, serie storiche, non sostituite da indagini su repertori o banche dati, che riportano solo una parte delle pronunce e pochissime di quelle di merito.

Di tutto questo non esiste **nulla** nel settore che qui interessa. Le statistiche giudiziarie, per quel che è disponibile, tacciono completamente riguardo ai reati fallimentari, accorpati nella muta categoria degli "altri reati". È un grave difetto della cultura giuridica italiana quello di avere sempre trascurato il dato empirico, solo di recente riscoperto, a diffe-

renza di quanto accade in altri paesi, come ad es. la Gran Bretagna, nei quali assume il rilievo che gli spetta, ossia quello di un banco di prova della disciplina considerata e di elemento primario per valutare la diffusione, l'entità e la punizione in concreto di un certo fenomeno d'illegalità, ossia della sua "criminalizzazione secondaria"⁴⁷. Anche se questa offre, si sa, un dato empirico **parziale**, poiché sconta l'ignoto e certo assai cospicuo numero dei casi non giunti alle agenzie di controllo: la **cifra oscura** dei reati.

Pur volendosi limitare all'applicazione giudiziale, a quello che è chiamato "il diritto vivente", chi si occupa di bancarotta non ha in mano quasi nulla. Non sa quante siano le pronunce ogni anno, come siano distribuite, quali casi riguardino, che pene siano applicate.

Si conoscono solo le sentenze pubblicate, quelle di legittimità della Corte di Cassazione – e non tutte –, pochissime di merito, che meno interessano le riviste giuridiche: manca una ricognizione generale.

Non si tratta qui di rievocare una "scienza integrata del diritto penale"⁴⁸, di cui si discusse, in Italia, negli anni settanta del secolo scorso⁴⁹: molto più modestamente, si richiama l'attenzione sulla condizione di non poter avere nemmeno la percezione *approssimativa* di quanto e come il diritto penale – della crisi d'impresa, nel nostro caso – sia applicato. Chi si accinge allo studio della bancarotta deve essere consapevole che si libra su un fenomeno sociale che gli resta sconosciuto; studia le regole e gli istituti, cerca di elaborare una sistematica, ma lo fa senza mai avere alcun riscontro pratico complessivo, rimanendo privo del dato di realtà.

3.2. Gli interessi in conflitto.

Sottostante a tutta la disciplina penale fallimentare vi è un **conflitto d'interessi** ben definito.

Da un lato si staglia chiaramente l'interesse dell'imprenditore non solo alla proprietà dei beni impiegati nell'impresa, ma al loro utilizzo secondo scelte esclusivamente proprie. Abbandonata l'idea di una funzionalizzazione dell'attività d'impresa per scopi alla stessa esterna⁵⁰, nell'attuale sistema capitalistico e di mercato vale il principio, che discende

⁴⁷ Come è noto, la criminalizzazione primaria è quella che deriva dal divieto legislativo, quella secondaria è l'applicazione da parte delle autorità amministrative e giudiziarie: per tutti v. sul tema, FORTI, *L'immane concretezza*, 2000, 50 ss.

⁴⁸ Già in VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, 1962.

⁴⁹ BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, 1966; ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, 1982; BRICOLA, in *Noviss. dig. it.*, 1973, XIX.

⁵⁰ MINERVINI, *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618.

dal diritto all'iniziativa economica privata, di rango costituzionale (art. 41 Cost.), che l'imprenditore ha facoltà di utilizzare a suo piacimento le risorse allo scopo di produrre beni o servizi, con gli unici limiti posti dall'art. 41 comma 2 Cost. Altri limiti possono sussistere quando l'imprenditore si trovi a gestire beni o capitali di altri.

All'attività imprenditoriale è intrinseco e ineliminabile, fin dai primordi, il **rischio**. Nell'impresa moderna gestita in forma societaria, ossia quando chi agisce utilizza beni che non sono suoi, la libertà imprenditoriale trova un limite, anche di rilievo giuridico, nella razionalità rispetto allo scopo. La *business judgment rule*⁵¹, elaborata negli Usa e giunta anche da noi come formula (la sostanza era già nota), considera legittimi gli atti dell'imprenditore che non siano compiuti in conflitto d'interesse, manifestamente irrazionali rispetto all'obiettivo, enormemente rischiosi per chi fornisce il capitale. Entro questi limiti l'uso delle risorse dell'impresa è da considerare normalmente lecito, è manifestazione di un diritto.

I creditori dell'imprenditore vantano invece un interesse a vedere riconosciute e soddisfatte le proprie posizioni soggettive giuridicamente fondate, le pretese – garantite dall'ordinamento – all'esecuzione della prestazione promessa, sia essa il pagamento di una somma di denaro o la fornitura di beni o servizi: tutto ciò che è oggetto di un **credito**.

Questi due interessi si **fronteggiano** nella disciplina del fallimento e nella sua appendice penalistica: un contrasto e una contrapposizione che non vanno mai dimenticati quando si tratta di decidere se un determinato comportamento è lesivo o meno degli interessi dei creditori. Come si vedrà in seguito, il territorio della bancarotta è quello in cui l'interesse al ristoro dei **creditori** prende il **sopravvento** sulla libertà riconosciuta al proprietario dei beni, perché quella libertà è bloccata dal sopraggiungere di una situazione che pone in pericolo gli interessi dei creditori.

La disciplina delle procedure concorsuali altro non fa che regolare il conflitto tra i due interessi, il cui equilibrio, storicamente variabile, costituisce anche l'oggetto della strumentazione penale.

Il richiamo al carattere “variabile” del punto di composizione tra i

⁵¹ “(...) (c) A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfills the [duty of care] if the director or officer: 1) is not interested in the subject of his business judgement; 2) is informed with respect to the subject of the business judgement to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstance; and 3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation” (cfr. American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, part VII Remedies, Cap. 1, 1994). AMATUCCI, in *Giur. comm.*, 643; 2016; ANGELICI, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 573; CORDOPATRI, in *Giur. comm.*, 2010, 129; DIONISIO, in *Giur. it.*, 2014, 2209; MOLLO, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 133; SEMEGHINI, in *Dig. comm.*, agg. 2015, 31.

due interessi ci ricorda che oltre ai due nuclei di valore citati – quello dell'imprenditore e quello dei creditori – sulla scena del tradizionale conflitto vi è anche un altro composito interesse, quello dell'impresa. Un interesse finora poco considerato, che si manifesta nelle soluzioni della crisi alternative al fallimento, nelle quali si fa spazio (a dire il vero, con fatica, almeno da noi) al valore, materiale e immateriale, contenuto nell'impresa e nei rapporti con i lavoratori.

3.3. Insolvenza e crisi.

3.3.1. L'insolvenza.

In tutta la disciplina delle procedure concorsuali e della bancarotta assume ruolo cruciale l'accertamento dello stato di «**insolvenza**», definito dall'art. 5. Non si trova nella norma una definizione in termini sostanziali: essa, anche qui secondo la tradizione, descrive gli **effetti**, menzionando «inadempimenti o [...] altri fatti esteriori», i quali dimostrino «che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

Una nozione descritta in modo tortuoso, utilizzando le manifestazioni di un fenomeno: semplice solo all'apparenza, poiché l'esperienza mostra la grande difficoltà del suo accertamento in concreto, soprattutto rispetto a imprese di notevoli dimensioni e seguendo nel tempo le evoluzioni economiche dell'ente.

Nella prosecuzione dello studio della questione, e di tutte quelle che saranno in seguito affrontate, per comodità, e per evitare ripetizioni riguardo a temi trasversali, ove possibile non si farà distinzione tra l'imprenditore **individuale** e quello **collettivo**, ossia l'impresa gestita in forma societaria.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti⁵² assegnano alla nozione

⁵² In dottrina si veda ARMELI, *Dichiarazione di insolvenza di una banca: prime applicazioni*, in *Il fallimentarista*, 2016; BRUSA, *Business plan. Guida per imprese sane, start up aziende in crisi*, 2016, 40; CAVALLI, in AMBROSINI-CAVALLO (2009), 125; DI MARZIO (2017), 21; FERRI, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 765; GALGANO, in *Contratto e impresa*, 1, 2011; PACILEO (2017), 167; PIOLETTI, in *Annali della Facoltà dell'Università di Camerino*, 1, 2012, 90; PREZIOSI, in JORIO-SASSANI (2017), 348; ROCCO AL. (1917), 7; ROMANO (2004³), 339; SANDULLI, in JORIO-FABIANI (2006), 84; SGUBBI, in *Riv. it.*, 2, 2014, 687. Per un'approfondita ricostruzione del concetto di insolvenza si veda GOMELLINI-NIGRO-TERRANOVA, in VASSALLI-LUISE-GABRIELLI 2015, 157 ss.; JORIO-SASSANI (2014), 154 ss. e più di recente JORIO (2016), 189 ss.

In giurisprudenza cfr. Gup Ravenna, 17 marzo 2005, n. 134 *Dejure* [le sentenze poi citate senza indicazioni della rivista in cui compaiono sono rintracciabili in *Dejure*]; Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2018, n. 7589; Id., sez. I, 31 maggio 2018, n. 14001; Id., sez. I, 10 luglio 2018, n. 18137; Id., sez. I, 13 luglio 2018, n. 18728; Trib. Treviso, 27 giugno

l'attributo dell'*irreversibilità*: impresa insolvente è quella incapace di adempiere per ragioni **strutturali** irreversibili. La formulazione normativa, costituita dalla scarna enumerazione di alcuni **sintomi**, implica una valutazione sulla "situazione" o sullo "stato" dell'impresa che si esprima in un giudizio di **certezza**: l'impresa **non è più** in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

L'accertamento dell'insolvenza in atto, oltre a costituire un presupposto inderogabile per la dichiarazione di fallimento (salvo il limite introdotto nell'art. 15 ult. comma⁵³), assume rilievo anche per il passato dell'impresa. Se, infatti, la dichiarazione di fallimento è assunta sulla base della situazione attuale, le indagini in seguito esperite, dal curatore o dal pubblico ministero, possono individuare una datazione ben più **risalente** dello stato d'insolvenza. Questione che ha ricadute immediate sulla bancarotta, poiché l'accertamento di uno stato d'insolvenza già presente in epoche passate, di un'impresa o società *poi* dichiarate fallite, può comportare la rilevanza di condotte precedenti alla sentenza come **fatti di bancarotta**⁵⁴. Sui limiti entro i quali è possibile questo esame del passato si tornerà.

Dal punto di vista *economico-aziendale*, la **crisi** costituisce la perdita di una o più delle condizioni di **equilibrio**, tenendo presente che le situazioni di crisi/squilibro sono connaturate alla realtà dell'impresa: è normale la temporanea perdita di condizioni di equilibrio, in seguito recuperata attraverso processi di portata più o meno ampia o profonda. L'insolvenza, invece, è descritta come l'**incapacità** dell'azienda a proseguire la propria attività per il mancato e **non più possibile ripristino** delle condizioni di equilibrio.

È diffusa l'opinione che l'emersione **anticipata** dello stato di crisi avrebbe, o potrebbe avere, benefici e consistenti effetti, individuati essenzialmente nella riduzione degli sforzi per il superamento della crisi stessa, nella diminuzione dei rischi di declino e nell'ampliamento degli spazi negoziali⁵⁵, strumentali all'obiettivo del riequilibrio.

2018, n. 83; Trib. Parma, 5 settembre 2018: «Lo stato di insolvenza sussiste quando l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente, tempestivamente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni, per essere venute meno le condizioni di liquidità e di credito nelle quali deve trovarsi un'impresa commerciale, anche se l'attivo superi eventualmente il passivo e non esistono conclamati impedimenti esteriormente apprezzabili».

⁵³ «Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria pre fallimentare è complessivamente inferiore a euro 30.000 [...]»: testo risultante delle modifiche apportate dalla d.lg. n. 5 del 2006 e poi dal d.lg. n. 169 del 2007.

⁵⁴ Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352 (Parmalat); Cass., sez. I, 3 maggio 2016, n. 51839; Cass., sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400 (Cirio).

⁵⁵ BRUGGER, in JORIO-SASSANI (2017), 2301.