

CAPITOLO I

LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO: UN ELEMENTO «EXTRA ORDINEM»

SOMMARIO: 1. Brevi cenni storici sulla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta. – 1.1. Il confronto con la disciplina degli Stati Uniti d’America e di alcuni altri ordinamenti. – 1.2. La sentenza dichiarativa di fallimento: «un elemento *extra ordinem*» ancora privo di una propria identità giuridica. – 1.3. L’imperatività della sentenza dichiarativa di fallimento nella fattispecie penale. – 1.4. Il valore giuridico della sentenza dichiarativa di fallimento. “Elemento costitutivo del reato” *vs* “condizione obiettiva di punibilità”. – 1.4.1 La posizione della giurisprudenza: a) condizione di esistenza del reato; b) elemento costitutivo del reato; c) evento del reato; d) condizione obiettiva di punibilità estrinseca: la sentenza Santoro. – 1.4.2. Le critiche della dottrina: a) condizione di esistenza del reato; b) elemento costitutivo “atipico” del reato; c) evento del reato; d) elemento qualificante l’offesa propria del reato; e) condizione obiettiva di punibilità estrinseca. – 1.4.3. La posizione della dottrina: un’interpretazione prettamente letterale della norma ma più garantista; a) condizione obiettiva di punibilità; b) condizione obiettiva di punibilità intrinseca; c) condizione obiettiva di punibilità estrinseca.

1. *Brevi cenni storici sulla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta*

«Di solito tutte le trattazioni giuridiche iniziano con una rapida scorribanda nel passato per cogliere, attraverso la storia dell’istituto di cui s’intende trattare, l’elaborazione dogmatica di esso e la struttura assunta nel corso del tempo. Talvolta l’importanza effettiva di tale indagine è relativa e l’esame retrospettivo è dovuto piuttosto a una ormai invalsa abitudine, che non alle reali esigenze di una completa e approfondita trattazione dell’argomento. Sarebbe grave errore pensarla in tal modo in ordine al delitto di bancarotta perché, forse, nessun altro istituto giuridico necessita, come questo, di una minuziosa indagine storica, per potere pervenire a un’esatta intuizione della sua attuale struttura e a una ricostruzione dogmatica che risponda allo stadio attuale degli studi penalistici»¹.

¹ M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 4.

Una visione storica della dichiarazione fallimentare² sembra dunque indispensabile per comprendere come si sia affermato nel tempo tale provvedimento e che ruolo abbia assunto ieri per poter almeno provare a immaginare a quello che potrà assolvere eventualmente domani. Occorre contestualizzare una simile indagine nell'ambito dei reati fallimentari, fattispecie di cui tale declaratoria è il perno, così da avvicinarsi a comprendere per quale motivo «lo studio della bancarotta è reso difficile ed il perché questa fattispecie viene considerata come un istituto giuridico singolarissimo in cui sembra non sia possibile applicare i principi generali e le formule che governano gli altri reati, quasi fosse un illecito di natura diversa che non possa studiarsi secondo i comuni criteri in base ai quali si discute dell'evento, del dolo, della colpa, ecc.»³. Un istituto, questo, che dal settecento sembra praticamente essere rimasto inalterato.

«Economicamente considerato, il fallimento, è un fatto patologico nello svolgimento dell'economia creditizia: esso è l'effetto dell'anormale funzionamento del credito. Lo scambio a credito funziona normalmente quando l'aspettativa del bene futuro occorrente per la controprestazione, fondata sia su beni attuali posseduti dal ricevente del credito, sia sulla sua capacità di imprenditore e di lavoratore, si dimostri reale e giustificata. Quando, invece, tale aspettativa o manchi, o non abbia alcun fondamento nella realtà oppure, esistente in principio, venga in seguito meno per cause sopravvenute, lo scambio a credito non può perfezionarsi e si produce un perturbamento che si chiama appunto fallimento»⁴.

«Nell'antico diritto, il fallimento era anche il termine generico per indicare lo stato del commerciante che aveva cessato i suoi pagamenti, la bancarotta altro non era che una modificazione del fallimento: “Il fallito, dice Savary, è colui che manca di pagare i suoi crediti in tempo debito; il bancarottiere è quello che, maliziosamente, fa perdere ai suoi creditori ciò che loro appartiene, e che fa ai medesimi cessione e abbandono dei propri beni giuridicamente”. Perloché la bancarotta era sempre un delitto; il fallimento, soltanto un oggetto di pietà, *res flebilis*»⁵.

Secondo una parte della dottrina⁶, la disciplina del fallimento inizierebbe

² Per un approfondimento storico dell'istituto si veda *ex multis* A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da VASSALLI, LUISO, GABRIELLI, Torino, 2014, 2 ss.

³ M. PUNZO, *op. cit.*, 3.

⁴ A. ROCCO, *Il Fallimento*, Napoli, 1917, 4-5.

⁵ V. DALLOZ, *Giurisprudenza dei fallimenti, delle banche rotte, e della decozione*, Firenze, 1833, 5.

⁶ M. FABIANI, *Diritto fallimentare, Un profilo organico*, Bologna, 2011, 15; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa)*, alla

con il diritto romano e più in particolare con le XII tavole che prevedevano una reazione punitiva all'inadempienza del debitore, il quale ne rispondeva con la propria persona. Tale reazione consisteva nella possibilità, per il creditore, di fare prigioniero il debitore che non pagava, entro trenta giorni, un debito accertato con sentenza e se non interveniva nessuno a pagare il suo debito entro sessanta giorni, poteva essere venduto come schiavo o condannato a morte; nell'ipotesi in cui i creditori fossero diversi, operavano una divisione dei pezzi del cadavere⁷. Questa procedura rispecchiava, in realtà, l'interpretazione dell'epoca del concetto di patrimonio collettivo; spettava pertanto al gruppo gentilizio di appartenenza garantire l'adempimento del debito⁸. Si inizia a intravedere l'importanza dell'accertamento del debito mediante un provvedimento da intendersi come atto propedeutico e preliminare a qualsiasi intervento punitivo nei confronti del debitore: la dichiarazione di fallimento.

In realtà la dottrina più attenta e ormai consolidata⁹ non è concorde con l'individuazione della nascita del fallimento all'epoca del diritto romano: «una indagine storica che non abbia fine per se stessa, deve nella indagine sulle origini del diritto concorsuale, prescindere dall'antico diritto romano, dove non solo non esistono istituti che abbiano relazione con il fallimento e i procedimenti concorsuali in genere, ma quegli istituti di cui usualmente si parla in esposizioni analoghe, quali la *manus iniecto*, la *pignoris capio* ... e la *missio in possessionem* del diritto pretorio, non costituiscono che forme di coazione sulla volontà del riluttante debitore, quindi fuori dal terreno dell'esecuzione forzata, che ne prescinde»¹⁰. Si ritiene, pertanto, che il fallimento nasca nell'epoca intermedia¹¹: «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

luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 115.

⁷ Durante l'impero romano, invece, in concomitanza con l'affermarsi della proprietà privata, venne introdotto un sistema di vendita forzata o cessione dei beni ai creditori.

Nel diritto barbarico, poi, era prevista la schiavitù per i debitori e alcune forme di pignoramento dei beni. Per un più ampio e completo approfondimento si veda M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa) alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 115 e G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi e indebitamento*, Torino, 2013, 27 ss.

⁸ Pare che la *Lex Julia honorum* del 737 a.c. sia il primo documento in cui si trovi abbozzato l'attuale disciplina fallimentare, così M. PUNZO, *op. cit.*, 5.

⁹ *Ex multis*, L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2012, 32.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, *Processo d'esecuzione*, n. 397, 7, riportato da R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, 61.

¹¹ F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989, 47.

sostanzialmente conservate anche nella legislazione moderna»¹².

Per avere, quindi, un primo “prototipo” di fallimento occorre attendere l’avvento dell’età dei comuni¹³, nel XIII secolo, quando fu previsto l’intervento di un giudice nominato proprio per disciplinare il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore insolvente¹⁴. S’individua, in particolare, la *Constitutum usus pisanae civitatis* come prima fonte effettiva della disciplina fallimentare, nella quale «è contenuta una norma *de illis qui non habent unde solvant creditoribus*»¹⁵. Nella stessa viene, infatti, disciplinata l’ipotesi del debitore che non abbia un patrimonio sufficiente a onorare i debiti con i suoi creditori e l’estensione del vincolo dell’insolvenza ai figli del debitore in qualità di eredi. In questo documento sono stati peraltro conati anche due principi tuttora vigenti: la ripartizione dei beni del creditore *per libram* e la predisposizione di un trattamento preferenziale a chi ritrovi nel patrimonio del debitore la cosa venduta «o comunque tradita, quando costui sia ancora creditore della controprestazione»¹⁶ – una sorta di anticipazione della *par condicio creditorum* –.

Nell’età comunale, la primaria manifestazione dell’elemento sintomatico del fallimento, l’insolvenza, era la fuga: «debitore fallito e debitore fuggitivo erano la stessa cosa»¹⁷. Competenti a denunciare l’insolvenza erano i creditori, anche se era possibile procedervi d’ufficio¹⁸. A sovrintendere l’esecuzione c’erano alcuni giudici speciali ed erano stati predisposti una serie di istituti diretti a ottenere l’adempimento attraverso lo stesso soggetto obbligato, in alternativa, attraverso la *datio in solutum* dei beni da parte del debitore al creditore o attraverso il giuramento di una simile *datio*. Quando questi espedienti non andavano a buon fine, era posta in essere la *datio in solutum ope iudicis* a mezzo della quale lo Stato si sostituiva al debitore, tant’è che l’esecuzione derivava da un provvedimento dell’autorità pubblica, così che, in caso di mancata osservanza, venivano applicate delle sanzioni restrittive della libertà personale o

¹² R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 66.

¹³ Al riguardo si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, Milano, 2018¹⁴, 19: «nel rifiorire delle attività commerciali che seguì la formazione dei liberi Comuni, l’intenso movimento della circolazione dei beni e la trasformazione economica fecero sentire la necessità di una più rigorosa tutela dei diritti di credito e in particolare il bisogno non soltanto di assicurare con la pena la regolare formazione del contratto contro la frode del contraente, ma anche di garantirne l’esecuzione».

¹⁴ U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell’età intermedia*, Padova, 1964, 42.

¹⁵ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 26.

¹⁶ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 28.

¹⁷ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 74.

¹⁸ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1896, 391.

pecuniarie¹⁹. Tale istituto era dunque assimilabile al pignoramento e al sequestro, anche perché prevedeva la consegna, da parte del debitore, della totalità dei suoi beni. Qualora, poi, il debitore sceglieva la fuga, vigeva nei suoi confronti una presunzione di insolvenza; «mentre nel caso del contumace ... e del confesso, la stessa presunzione ... si identificava nel loro stesso comportamento. Così che la *datio* potevasi progressivamente attuare in due fasi: con un primo provvedimento, attribuendosi allo stesso creditore-attore l'ufficio di custode dei beni ... ponevasi in essere, con l'inerzia e l'insolvenza persistenti del debitore, i presupposti del secondo provvedimento che dei beni in tal guisa acquisiti autorizzava la *venditio*»²⁰. E in realtà, fu proprio la predisposizione di simili misure che permise alla dottrina maggioritaria di propendere per il ritenere che «il fallimento ... – sorga – nel diritto statutario italico da misure di coazione dirette a influire sulla volontà del debitore»²¹. Secondo tale autore, in particolare, un simile convincimento si trarrebbe dall'apprensione dei beni del debitore con cui si apre anche oggi il fallimento che sembra riannodarsi direttamente alla dazione del patrimonio *ope judicis*.

Quanto alle sanzioni nei confronti del “dissestato”, veniva innanzitutto disposto l'arresto e poi era tradotto nel carcere comunale. Nei confronti del “fugitivo”, invece, era emesso un bando sicché chiunque era impossibilitato a prestargli assistenza, e questi poteva essere offeso impunemente²².

Nell'età mercantile si giunse a una distinzione tra debitori insolventi di buona e di cattiva fede; più in particolare fu coniato il termine *bancarotta*, intesa come insolvenza del commerciante²³ e il motivo di un simile interesse alla materia è piuttosto intuibile: la centralità della figura del mercante induceva grande timore e preoccupazione nei creditori quando questi cessava i pagamenti dovuti²⁴. Un simile comportamento, infatti, determinava il venir meno dei rapporti di fiducia, base fondante i rapporti commerciali dell'epoca.

In tale periodo, pertanto, venne elaborata la prima disciplina organica del fallimento²⁵. Nello statuto dei mercanti di Bologna fu introdotta la pena di morte, mentre i *capitula mercatorum* di Lucca prevedevano anche la tortura: «il debitore fallito è punito così severamente perché ha cagionato un danno non riparabile

¹⁹ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 67.

²⁰ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 68.

²¹ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 71.

²² Per un più ampio approfondimento si veda R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 76.

²³ M. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano, 1913, 1 ss.

²⁴ Al riguardo si veda anche C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, XVI, Milano, 1967, 220.

²⁵ Statuto di Venezia del 1244 e *Statuta et decreta Genua* del 1948.

non solo ai suoi personali creditori, ma alla credibilità dell'intero, nascente, sistema mercantile: che ha appena inventato, con la lettera di cambio, la prima moneta a corso fiduciario»²⁶. Questo rigore sanzionatorio aumentò nel XIV secolo: «*falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis creditoribus laniandi...nec excusantur ob adversam fortuna ... Sunt deceptores et fraudatores*»²⁷. «È generalmente riconosciuto che una delle caratteristiche delle norme statutarie in materia fallimentare fu la severità delle pene in esse comminate, la quale ha indotto taluni ad affermare la natura essenzialmente penale del fallimento nell'età intermedia»²⁸.

Nella seconda metà del XV secolo, però, si è assistito a un mutamento circa l'orientamento del legislatore penale, in quanto fino ad allora vigeva un sostanziale principio di responsabilità oggettiva in capo all'imprenditore che falliva, «dal quale aveva preso consistenza quello che, con espressione forse troppo sintetica, abbiamo convenuto di definire il fallimento-reato»²⁹. Il mercante fallito venne così considerato un *ribellis*: «l'antica, monolitica severità è a questo punto spezzata, proprio mentre sembra essere riconfermata e aggravata; quella che fino ad ora era stata una presunzione assoluta diventa una *presumptio juris tantum* e il fallimento non è più *ex se* un reato, poiché in tanto il reato potrà dirsi sussistente in quanto non sia provato che il dissesto derivi da infortunio e che il comportamento del *mercator* sia stato determinato da motivi diversi e migliori di quello di frodare i propri creditori»³⁰. D'altronde, il fallimento, etimologicamente considerato, proviene proprio dal verbo *fallere* che significa ingannare, ed è forse anche per questo che ha sempre lasciato aperti ampi margini di presunzione in tema di frode.

Nei secoli successivi, l'attenzione fu focalizzata sulla complicata distinzione tra fallimento colpevole e fallimento incolpevole, una difficoltà che caratterizzò anche l'età dei lumi. Tale distinzione risultava fondamentale in quanto era ancora prevista la carcerazione immediata per il debitore, così che si auspicava che questa si potesse applicare almeno nelle sole ipotesi di fallimento colpevole.

La legislazione che per la prima volta ha formalmente introdotto il termine bancarotta, con riferimento al fallimento doloso, è quella francese, che con le ordinanze di Francesco I³¹, Carlo V³², Francesco II³³, Carlo IX³⁴, En-

²⁶ Così, M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 115.

²⁷ Baldo degli Ubaldi, *Cons.*, 400, V, 3.

²⁸ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 118 che cita a sua volta LATTES, *Il diritto commerciale*, Milano, 1884, 318.

²⁹ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 147.

³⁰ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 148.

³¹ 1536.

³² 1540.

rico IV³⁵, ha anticipato quello che può essere considerato il primo codice commerciale: l'ordinanza del 1673 pubblicata sotto il regno di Luigi XIV³⁶. Questa ordinanza, che prevedeva la pena di morte per i bancarottieri, è stata particolarmente importante in quanto ha rivoluzionato la nozione e la funzione dell'insolvenza, perché, a datare da essa, «il fallimento cessava di essere l'evento del delitto di bancarotta, per cedere il posto agli eventi dei singoli fatti casisticamente elencati; la bancarotta, cioè, cessava di essere fallimento dolosamente causato per trasformarsi in un illecito penalmente punibile commesso dal fallito»³⁷.

Nei paesi che subirono particolarmente l'influenza del Codice francese, inoltre, all'inizio del XIX secolo, le legislazioni si connotarono per la distinzione tra debitore commerciante e debitore non commerciante. «In altre legislazioni, invece, la peculiarità era l'unione dei creditori nel procedimento verso il debitore senza distinzione di sorta, come nel diritto comune, e più che di fallimento si parlava di concorso. Peraltro in tali legislazioni erano state generalizzate le norme speciali che il commercio aveva fatto nascere, erigendole a regole di diritto comune per tutti i debitori insolventi»³⁸. E la Germania ne fu un esempio dove le prime disposizioni sul procedimento collettivo concorsuale furono adottate dalle città anseatiche sul modello delle città italiane con cui avevano rapporti di commercio.

In Italia, invece, fino agli inizi del XIX secolo vigevano leggi generali di diritto comune nei vari Stati, diritto comune che «fu trapiantato, come altrove, colla conquista napoleonica, il Codice del 1808, pubblicato entro quello stesso anno nei vari Stati della penisola (Piemonte, Liguria, Regno d'Italia, Regno di Napoli, Toscana, Stato pontificio)»³⁹. Il termine bancarotta fraudolenta comparve, in Italia, per la prima volta, all'inizio del XVIII secolo, in una Costituzione di Vittorio Amedeo II di Savoia. Il fallimento doloso, sinonimo di bancarotta fraudolenta, era costituito dal comportamento di quell'imprenditore commerciale che, fuggendo, non lasciava i propri libri, inventari o bilanci, o, li lasciava adulterati; più precisamente veniva punito «qualunque banchiere, mercante o negoziante che aveva lasciato il suo negozio senza lasciarvi i libri contabili, o avendoli lasciati falsi, oppure avesse occultato gli effetti del negozio in pregiudizio ai credi-

³³ 1560.

³⁴ 1569.

³⁵ 1629.

³⁶ E. CUZZERI, *Del fallimento*, in *Il codice di commercio commentato*, (a cura di) BOLAFFIO, VIVANTE Torino, 1913, 20.

³⁷ M. PUNZO, *op. cit.*, 12.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, XV.

tori»⁴⁰. Autorevole dottrina, al riguardo, sottolinea, in particolare, che: «il legislatore piemontese non si è limitato a parlare genericamente di dolo o di frode, ma ... ha provveduto a identificare con assoluta precisione e puntualità quei comportamenti esterni che integrano il reato; da ciò consegue che se è vero che anche in questo caso il fallito viene punito a motivo del proprio comportamento doloso, non per questo è necessario che sia offerta la prova diretta di quel dolo, poiché il reato è perfettamente configurato nei suoi elementi obiettivi; né spetterà al fallito ... offrire la prova liberatoria, sicché l'esistenza del reato non è di per sé presunta neanche di presunzione *juris tantum*»⁴¹. Così comparve per la prima volta il termine “bancarotta fraudolenta”, un termine già, invece, largamente usato nella legislazione francese. La sanzione prevista all'epoca era l'infamia: il condannato veniva, infatti, iscritto in un'apposita tabella.

Nel 1815, poi, in concomitanza con la fine della dominazione francese cessò anche la vigenza di quel codice. Ma nel Lombardo-Veneto, dove il Codice del 1808 continuò a vigere per le parti residue, la disciplina del fallimento fu sostituita dalle disposizioni del processo editale austriaco, rientrate nel Codice di procedura civile. Nello Stato pontificio e nel Regno delle due Sicilie fu invece promulgato un regolamento provvisorio di commercio, rispettivamente nel 1819 e nel 1821, ispirato al Codice francese. Nel 1842 fu pubblicato in Piemonte il Codice di commercio Albertino, che nel libro III recava la disciplina del fallimento, ispirato al Codice francese del 1838.

Il primo vero e proprio Codice del commercio, però, si ebbe nel 1865, ma fu ritenuto immediatamente insufficiente tant'è che nel 1869 venne nominata una Commissione incaricata di apportare delle modifiche e in tema di fallimento fu onerato di un simile compito l'on. Mancini. Tale progetto divenne definitivo solo con il Codice Zanardelli – benché un'ulteriore versione del Codice del Commercio fu pubblicata nel 1882 –. Questa riforma fu accolta con particolare entusiasmo, un entusiasmo che, però, già nel 1894 scemò e fu nominata una nuova commissione di professori e magistrati incaricati di formulare un'altra proposta in materia.

Il progetto di riforma del 1906 si componeva di 227 articoli e gli stessi membri della commissione, prevedendo i tempi lunghi di approvazione, diedero priorità al concordato preventivo, poiché risultava urgente sostituire l'allora vigente regime della moratoria. In questo nuovo disegno era previsto anche il trattamento procedurale dei piccoli fallimenti, ma nonostante ciò fu criticato severamente, al punto da generare la richiesta di una nuova riforma in materia. Incaricato di redigere un progetto fu il prof. Bolaffio che subito accolse tali esigenze

⁴⁰ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 153.

⁴¹ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 154.

e lo formulò composto di 14 articoli, ma la parte inerente il fallimento si arenò in attesa di una riformulazione generale del Codice del Commercio. Una riformulazione che alla fine avvenne e fu realizzata da una commissione nominata nel 1919 dal ministro Mortara, ma nemmeno in questo progetto riusciva a trovare posto la disciplina del fallimento: tale commissione, infatti, ritenne opportuno demandarla a una legge speciale.

In realtà, successivamente, Bonelli ne fu incaricato; il testo del progetto fu completato nel 1921 e la relazione nel 1922. In tempi successivi sono state emanate una serie di leggi, ma secondo tale Autore la disciplina del fallimento dell'epoca, per quanto *generalis*, riusciva a regolare solo un limitato numero di soggetti ed enti: quelli particolarmente importanti⁴².

Il 10 luglio del 1935 fu, infine, emanata la legge n. 995 che modificava la disciplina della revocatoria fallimentare, la concessione all'autorizzazione all'esercizio provvisorio e la vendita di attività fallimentari, la nomina del curatore, le funzioni del giudice delegato, il giudizio di verifica dei crediti, la retrodatazione della cessazione dei pagamenti e del concordato fallimentare e preventivo.

Il 16 marzo del 1942, n. 267, è entrata in vigore la legge che disciplina, ancora oggi, i reati fallimentari.

Questo brevissimo *excursus* storico rivela un filo comune che sembra unire tutta l'evoluzione della materia fallimentare e attualizzarsi fino a oggi: le palesi difficoltà di disciplinare il fallimento al punto da demandarlo a una legge speciale proprio per le sue genetiche peculiarità e il rigore sanzionatorio predisposto nei confronti dell'imprenditore fallito. «La legislazione statutaria – e non solo – in materia fallimentare è monoliticamente e senza riserve ispirata alla maggiore severità, sicché forse quello penale è uno degli aspetti più appariscenti»⁴³, ma, soprattutto i compilatori avrebbero dato largo spazio all'uso della normativa penale nel diritto fallimentare: «rilievo esterno, puramente “quantitativo” che non comporta né postula alcuna conclusione circa la “natura” del fallimento stesso»⁴⁴.

E la dichiarazione di fallimento? Essa nasce prevalentemente dall'esigenza di cristallizzare e formalizzare il debito dell'imprenditore sì da avere un “provvedimento” formale, in virtù del quale potergli infliggere una sanzione. Infatti, mentre nei comuni medievali la fuga era il rimedio che il debitore prediligeva per ovviare alle conseguenze della rottura del banco negli Stati assoluti non era contemplabile né lasciare che il debitore fuggisse, né che la rottura del banco

⁴² G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., XVI.

⁴³ U. SANTARELLI, *op. cit.*, 121.

⁴⁴ *Ibidem*.

venisse concessa all'iniziativa dei singoli creditori: «ci doveva essere un provvedimento autoritativo che accertasse i presupposti del fallimento, in modo da riaffermare l'autorità dello stato nella regolamentazione di queste delicatissime vicende»⁴⁵. Nacque così la dichiarazione di fallimento, introdotta proprio per accertare i presupposti del fallimento, in sostituzione dell'iniziativa dei creditori, ma con la medesima funzione di rappresentare «“fatti istituzionali” dotati di un'efficacia “costitutiva”, e cioè capaci di creare una situazione giuridica completamente nuova: una sorta di incapacità a disporre del debitore, alla quale si lega un vincolo di destinazione patrimoniale»⁴⁶. Una funzione accertativa che, nonostante il trascorrere del tempo, è rimasta inalterata negli anni.

La declaratoria fallimentare fu, pertanto, introdotta per assolvere alla precisa funzione di accertare giuridicamente i presupposti che in sede civile occorrono per dichiarare il fallimento. Come da una simile funzione accertativa, e di natura prettamente civilistica, si sia arrivati ad attribuirle, in sede penale, la funzione di qualificare l'offesa al bene giuridico, è uno degli aspetti che ci si auspica di tentare almeno di comprendere nel corso della presente disamina.

1.1. *Il confronto con la disciplina degli Stati Uniti d'America e di alcuni altri ordinamenti*

Prima di approfondire le problematiche legate alla dichiarazione di fallimento, si rende necessario, senza però alcuna pretesa di operare un'analisi di natura comparatistica, volgere lo sguardo alla disciplina dei reati di bancarotta e all'eventuale interpretazione che in essi è conferita a tale dichiarazione in alcuni tra i più importanti ordinamenti giuridici, anche di *common law*. Più in particolare, Stati Uniti d'America, Germania, Francia e Spagna.

Partiamo proprio dagli Stati Uniti d'America⁴⁷. Norma di riferimento⁴⁸ è il

⁴⁵ In tal senso si veda G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi e sovraindebitamento*, Torino, 2013, 28.

⁴⁶ G. TERRANOVA, *op. cit.*, 30.

⁴⁷ Per un approfondimento della materia si veda D. BAIRD, *Elements of bankruptcy (Concepts and Insights series)*, Foundation Press, 2014; S. WICKOUSKY, *Bankruptcy Crimes*, BeandBooks, Washington D.C., 2007-2008; M. J. ROE, *Bankruptcy and Corporate Reorganization. Legal and Financial Materials*, Foundation Press, New York, 2007; D. BAIRD, T.H. JACKSON, A. BARRY, *Cases, Problems and Materials*, Foundation Press, New York, 2006; W.D. WARREN, D.J. BURREL, *Bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2006.

⁴⁸ Il codice fallimentare è stato emanato nel 1978 ed è attualmente codificato al Titolo 11 dell'U.S.C.A.

Titolo 18 dell'U.S. Code *Chapter 9* e nello specifico i paragrafi da 152⁴⁹ a 157⁵⁰; molto importante è anche il *Chapter 11* U.S. Code⁵¹ in cui è disciplinata la normativa sostanziale e processuale della procedura di liquidazione fallimentare e di riorganizzazione aziendale – una valida e alternativa opportunità per il debitore di estinguere i debiti e proseguire l'attività aziendale – nonché il *Chapter 7* relativo alla liquidazione dei beni del debitore. La peculiarità del sistema americano è che esso conferisce un ruolo fondamentale all'insolvenza, prevista nel *Chapter 1*, § 101, consistente nell'eccedenza dei debiti rispetto al patrimonio, un'insolvenza: «da intendersi come *status* in cui il valore relativo alla liquidazione dei beni risulta inferiore rispetto all'ammontare dei debiti»⁵² e che si diversifica, però, dalla nostra dichiarazione di fallimento, quanto a contenuti e ruolo in seno alla fattispecie incriminatrice; nella procedura di fallimento, invece, è posta al centro la *petition* di ammissione alla procedura fallimentare.

Le caratteristiche precipue di quest'ordinamento, pertanto, così sembrano potersi sintetizzare: «l'ordinamento nord-americano non contempla mai il fallimento⁵³ ... quale conseguenza necessaria al ricorrere di un particolare stato di fatto. Conseguentemente, non incrimina il mancato accesso, da parte dell'imprenditore, alla procedura concorsuale. Così come non sindaca dal punto di vista penale, la bontà delle scelte aziendali ... e non reprime l'aggravamento del dissesto (se non quale conseguenza di uno schema fraudolento deliberato)»⁵⁴. Un commento, questo, che rende palese, fin da subito, quanto un simile approccio sia molto lontano da quello utilizzato nel nostro ordinamento. Vedremo, infatti, come il principale elemento di distinzione sia l'assenza di una dichiarazione di fallimento come elemento qualificante l'offesa e fondante la punibilità. Di particolare interesse è poi l'indipendenza del giudice penale rispetto al giudice civile quanto al giudizio di accertamento sull'insolvenza del debitore.

E allora, per comprendere appieno le peculiarità del sistema statunitense, così

⁴⁹ Il paragrafo 152, in particolare, costituisce la norma più emblematica della disciplina inerente la *bankruptcy frauds*; essa incrimina una pluralità di ipotesi che, però, operano separatamente in quanto nell'ordinamento statunitense non esiste alcuna norma che eguagli il nostro art. 219 l. fall.

⁵⁰ Per una recente panoramica dell'U.S. Code e relative modifiche si veda <http://uscode.house.gov/download.shtml>, *Office of the Law Revision Counsel United States Code*.

⁵¹ Di recente e in proposito si veda J.D. GREEN, *Averting an inside Job: A Proposal to Change How Insiders Are Defined in the Bankruptcy Code*, in 34 *Emory Bankr. Dev. J.* 279, 2017.

⁵² Cfr. *Fano v. Newport Heights Irrigation Dist.*, 114 F.2d 563, 565 (9th Cir. 1940).

⁵³ *Ex multis* tra i più recenti si veda A.J. CASEY, *Bankruptcy's Endowment Effect*, in 33 *Emory Bankr. Dev. J.* [i], 2016; J. HEARD, *Bankruptcy's Role in the Growing Dilemma of Self-Bonding in the Coal Industry*, in 34 *Emory Bankr. Dev. J.* [i], 2017.

⁵⁴ O. ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2016, 4.

come il ruolo attribuito alla dichiarazione di fallimento, non basterà fare riferimento al solo *Title 18 U.S. Code*, ma anche al *Chapter 11*, in quanto la correlazione tra queste norme potrà rendere evidente che la dichiarazione di fallimento non è un elemento strutturale comune anche ai reati fallimentari negli Stati Uniti.

Come anticipato il *Chapter 11 U.S. Code* disciplina le ipotesi in cui una società o un privato cittadino viene a trovarsi in stato di crisi; questo *status*, infatti, sintetizza e cerca di soddisfare l'interesse dell'imprenditore a tentare di proseguire la propria attività economica così come l'interesse al soddisfacimento dei creditori⁵⁵.

Tale norma consente, pertanto, all'imprenditore in stato di crisi, tra le diverse opportunità, *in primis* quella di presentare per primo un piano di ristrutturazione. «L'orientamento del titolo 11 verso la riabilitazione del debitore e l'equa distribuzione ... fra i creditori poggia quasi esclusivamente sull'onestà dei protagonisti della procedura. Quando l'onestà è assente, perseguire lo scopo della componente civilistica del sistema fallimentare diventa più costoso, più illusorio. Per proteggere il sistema civile, i reati fallimentari non si concentrano sulle perdite degli individui ... né sono sensibili a che determinati atti ... arrechino a qualcuno un danno particolare. Al contrario, le norme disciplinanti i reati fallimentari federali cercano di impedire e rimediare agli abusi del sistema fallimentare. Quindi, la maggior parte delle fattispecie non richiede che le condotte incriminate siano concretamente offensive con riguardo agli effetti generali sulla procedura di distribuzione dei beni, né che il soggetto attivo...abbia tratto alcun beneficio ... da esse, né che taluno dei creditori sia effettivamente danneggiato»⁵⁶.

Gli accertamenti del giudice civile e del giudice penale, tuttavia, soprattutto rispetto all'Italia, sembrano ben distinti al riguardo poiché è il giudice penale ad accertare e dichiarare lo stato di insolvenza. Non sussiste, infatti, l'insindacabilità del giudicato civile tant'è che, per esempio, è possibile riscontrare «come l'appartenenza del bene al concetto di *property of the estate*, in quanto considerata questione di fatto e non di diritto, è totalmente devoluta, all'interno del processo penale, alla decisione della giuria⁵⁷, ed è suscettibile di essere rimessa in discussione anche qualora sia già intervenuta una determinazione in tal senso

⁵⁵ Cfr. LEVI & MOORE, *Bankruptcy and Reorganization: A Survey of Changes*, 111, 5 U, *Chi. L. Rev.* 398, 405; DODD, *Fair and Equitable Recapitalization*, 55 *Harv. L. Rev.* 780, 781; Cravath, *Reorganization of Corporations*, in 1 *Some Legal Phases of Corporate Financing, Reorganization and Regulation*, 154; 2 DEWING, *Financial Policy of Corporations*, 1282 (4th ed. 1941). Nel caso *Brockett v. Winkle Terra Cotta Co.*, 81 F.2d 949, 953.

⁵⁶ O. ARTALE, *op. cit.*, 18.

⁵⁷ Cfr. *U.S. vs. Weinstein*, 834 F.2d 1454, 1461, 9th Circuit, 1987 «[...] questions of which assets are includable in bankruptcy estate is question for jury».

da parte della *bankruptcy court*⁵⁸»⁵⁹. Un aspetto questo davvero peculiare e che si contrappone totalmente al nostro sistema. La *ratio* di una simile diversità è da rinvenirsi in un differente presupposto di partenza: il legislatore statunitense, infatti, ritiene che l'imprenditore non "voglia" fallire, ma allo stesso tempo appresta al riguardo una tutela anticipata, costruendo così fattispecie di pericolo astratto, in cui un soggetto è punito anche senza la necessità che sia stato sottratto un bene al patrimonio dei creditori per realizzare un profitto proprio. Questo perché il bene giuridico tutelato negli Stati Uniti è il sistema fallimentare: si «cerca di coprire ogni possibile metodo attraverso il quale il fallito, o qualsiasi altra persona, possa provare ad aggirare (*defeat*) la legge fallimentare, sforzandosi di impedire un'equa distribuzione dei beni fra i creditori»⁶⁰.

Proviamo allora ad approfondire alcune condotte tipizzate per meglio comprendere la *ratio* del legislatore statunitense e il ruolo della dichiarazione di fallimento. Le *offences* punite – al paragrafo 152 U.S. Code – si distinguono in *concealment* – fattispecie di occultamento/distrazione; *false oaths, false declarations* – fattispecie di false dichiarazioni in seno alla procedura –; fattispecie documentali e fattispecie volte all'incriminazione delle condotte dei creditori⁶¹. Detta norma equivale alla nostra bancarotta fraudolenta, punita *ex art.* 216 l. fall., ma con una differenza molto rilevante dal punto di vista sanzionatorio: è prevista una pena massima di cinque anni di reclusione a fronte dei nostri dieci anni.

Tale paradigma criminoso è contestato solo se il *Prosecutor* dimostra l'atteggiamento psicologico dell'agente di aver agito in modo volontario (*voluntary*), intenzionale. Un elemento soggettivo, questo, racchiuso negli avverbi *knowingly*⁶² e *fraudulently*.

⁵⁸ Cfr. U.S. vs. Robbins, 997 F.2d 390, 393, 8th Circuit, 1993 secondo cui tale principio è dettato dal minor *standard* probatorio richiesto nel processo fallimentare rispetto a quello imposto nel processo penale «*quantum of proof necessary to sustain bankruptcy court's finding is less than that for a criminal conviction*».

⁵⁹ Così O. ARTALE, *op. cit.*, 24.

⁶⁰ Si veda L.P. KING, *Collier on Bankruptcy*, New York, 1968¹⁴, II, § 1151; in giurisprudenza, *ex pluris*, *Stageman vs. U.S.*, 425, F.2d, 984, 9th Circuit, 1970.

⁶¹ Per una simile classificazione si veda O. ARTALE, *op. cit.*, 18; per una panoramica J.F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 6, 2, 1998; M.A. TIGHE, *A guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 6, 1998, 409; T. OGIER, J.F. WILLIAMS, *Bankruptcy Crimes and Bankruptcy Practice*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 6, 2, 1998.

⁶² La traduzione italiana è "consapevolmente" e si sostanzia nell'ipotesi in cui l'imputato ha realizzato la propria condotta nella consapevolezza, nella volontà e intenzione della natura di essa e non ha agito per ignoranza, errore o per un incidente. Secondo la giurisprudenza: «La conoscenza può essere dimostrata dalla condotta dell'imputato e da tutti i fatti e le circostanze che circondano il caso», Stati Uniti contro Kisting, 159 Fed. Appx. 725, 728 (7th Cir. Ill. 2005).

Particolarmente interessante ai nostri fini è però la *Concealment of assets*, un'ipotesi che sanziona la condotta di chiunque con *knowingly* e *fraudulently*, *conceals* una qualunque proprietà appartenente all'asse fallimentare o nei confronti di ufficiali nominati dalla corte, custodi e curatori. Questa fattispecie ricomprende molte delle condotte contemplate dal nostro art. 216 l. fall., a esclusione della distrazione. Ma, come si è accennato «l'elemento rilevante nell'analisi di detta fattispecie ... non è tanto la dichiarazione di fallimento (che si concretizza nella concessione del *discharge* o nel rifiuto di esso) quanto l'avvio della procedura fallimentare tramite la sottoscrizione della *petition*. È questo il momento a partire dal quale sorgono gli obblighi dichiarativi e di consegna a carico del debitore in relazione agli *assets* da destinare all'asse fallimentare e al soddisfacimento concorsuale dei creditori. La norma, dunque, si applica alle condotte che accompagnano la sottoscrizione della *petition* ... o che la seguono»⁶³. Anche se questo particolare aspetto sembra prospettare un collegamento tra l'ambito civile e quello penale.

Emblematica ai fini di una dimostrazione dell'autonomia di giudizio civile rispetto a quello penale è il paragrafo 152 n. 7 U.S. Code, ipotesi questa in cui è tipizzata la fattispecie di *Transfer and Concealment of assets in contemplation of a bankruptcy*. Essa si sostanzia nella condotta di chiunque, in proprio, o in qualità di rappresentante di una persona fisica o una *corporation*, *knowingly* e *fraudulently*, trasferisca o occulti propri beni personali, o beni di proprietà del terzo o della *corporation* in previsione dell'avvio di una procedura fallimentare. La nozione di trasferimento è desunta dal codice fallimentare, più nello specifico dall'art. 11 U.S.C.A., e il soggetto attivo deve aver agito in previsione della propria *bankruptcy* con la finalità di aggirare la disciplina dettata dal Titolo 11 U.S. Code. Fondamentale è che il soggetto abbia agito con la consapevolezza circa la situazione di dissesto o di pre-insolvenza⁶⁴. Non solo, ma anche quando il soggetto abbia agito allo scopo di aggirare le previsioni del Titolo 11.

Tale norma si applica, peraltro, nei casi di *involuntary bankruptcy*, i quali si contraddistinguono in quanto l'istanza di fallimento è presentata dai creditori⁶⁵. La reale peculiarità è che essa è passibile di essere applicata a prescindere dall'esistenza di una procedura fallimentare e, per quel che più rileva, a prescindere dall'intervento di una sentenza dichiarativa di fallimento: «teoricamente può perfezionarsi in previsione di un, solo apparentemente inevitabile, fallimento, che il debitore riesca, successivamente rispetto alla condotta, a scongiurare»⁶⁶. Anche se al riguardo, in giuri-

⁶³ O. ARTALE, *op. cit.*, 15. Si veda anche M.A. TIGHE, *A guide to making a Criminal bankruptcy*, cit., 412.

⁶⁴ Cfr. U.S. v. Martin, 408 F.2d 949, 954.

⁶⁵ In tema si veda la pronuncia U.S. vs Ayotte, 385 F.2d 988, 1st Circuit, 1981.

⁶⁶ R.C. MCCULLOUGH, *Bankruptcy Fraud*, 2 in 3 O. ARTALE, *op. cit.*, 33.

sprudenza, si è rilevato⁶⁷ che l'esistenza di una procedura concorsuale è un elemento costitutivo del solo paragrafo 152 n. 1, ma non anche del numero 7⁶⁸.

Le condotte incriminate sono molteplici⁶⁹ e coprono un cospicuo numero di ipotesi⁷⁰. Non è tuttavia questa la sede più opportuna per analizzarle nello specifico. Nonostante ciò, questo, seppur brevissimo, *excursus* permette di cogliere nell'ordinamento statunitense innanzitutto un atteggiamento di maggiore garanzia nei confronti dello "sfortunato" imprenditore fallito, così evidenziando anche una diversa proiezione nei suoi confronti: «The principal purpose of the bankruptcy code is to grant a "fresh start" to the "honest but unfortuna-

⁶⁷ Cfr. *Burke v. Dowling*, 944 F. Supp. 1036, E.D.N.Y., 1995.

⁶⁸ Il paragrafo 153 sanziona le appropriazioni indebite realizzate da determinati soggetti attivi ai danni dell'asse fallimentare, dunque è indirizzata ai soggetti diversi dal fallito (custodi, avvocati, pubblici ufficiali nominati dalla Corte fallimentare, ecc.). La condotta tipizzata è di natura distrattiva mirante a ottenere un proprio vantaggio o la distruzione di documenti; l'oggetto è costituito, pertanto, dai beni e dai documenti rientranti nell'asse fallimentare – *estate* –.

⁶⁹ Più nello specifico, il paragrafo 154, invece, disciplina le situazioni di conflitto di interesse degli ufficiali della procedura ed è pertanto indirizzata a curatori, custodi o altri p.u. nominati dalla Corte fallimentare; e ineriscono sia l'acquisto da parte dell'*officer* di beni di proprietà dell'*estate* che il diniego quanto all'accesso alla documentazione contabile dell'*estate* formulata dalle parti. L'elemento soggettivo che connota tali casi è il dolo generico in quanto viene in questa ipotesi utilizzato il solo avverbio *knowingly*. Non è prevista alcuna pena detentiva ma la sola pena pecuniaria unitamente alla pena accessoria della rimozione dall'ufficio.

Il paragrafo 155 prevede e punisce tutti gli accordi contratti con *knowingly e fraudulently*, finalizzati a fissare le tariffe dei servizi resi da parte dei vari soggetti coinvolti nella procedura.

Il paragrafo 156, inoltre, sanziona la consapevole – *knowingly* – violazione delle norme fallimentari che disciplinano la procedura da parte di un soggetto che riveste una particolare carica professionale come ad esempio un commercialista o consulente aziendale. Tale ipotesi di reato è, infatti, prevista per quel soggetto, non avvocato, che dietro compenso prepara i documenti necessari, o connessi, alla presentazione della c.d. *petition*.

Il paragrafo 157, infine, incrimina condotte prefallimentari del titolo 18 U.S.C. poste in essere da coloro che, con lo scopo di architettare uno schema fraudolento unitamente alla precisa volontà di perpetrarlo o occultarlo, o nel tentativo di farlo, sottoscrivano una *petition* o pongano in essere false rappresentazioni, richieste inerenti una procedura concorsuale esistente o falsamente dichiarata come tale, sia prima che dopo la sottoscrizione della *petition*.

⁷⁰ Il paragrafo 152, n. 2 incrimina le false dichiarazioni rese sotto giuramento con *knowingly e fraudulently*; il numero 3, invece, le false dichiarazioni rese con *knowingly e fraudulently* nella sottoscrizione di documenti scritti relativi alla procedura fallimentare. Il paragrafo 152, n. 4 punisce, poi, la condotta del soggetto che presenta istanza di insinuazione al passivo sulla base di falsi elementi di prova del credito. L'art. 152, n. 5, infine connota di offensività il comportamento di colui che, dopo aver sottoscritto la *petition*, riceve dal debitore stesso dei beni con la finalità di alterare la distribuzione concorsuale. L'ipotesi di bancarotta documentale è poi prevista dall'art. 152, n. 8 che incrimina le condotte, precedenti o successive all'istanza di fallimento, di coloro che in presenza di una procedura concorsuale o in previsione di essa, occultino o distruggano in tutto in parte, falsifichino, qualsiasi informazione registrata e utile alla ricostruzione del patrimonio e dei movimenti finanziari del debitore.

te debtor”»⁷¹. Quanto, invece, alle fattispecie prefallimentari, di nostro più particolare interesse, esse sembrano essere previste dagli artt. 152 n. 7 e 157 U.S. Code, ipotesi, queste, in cui il filtro per la rilevanza penale non opera sul piano oggettivo bensì su quello soggettivo⁷². Le condotte tipizzate, infatti, necessitano, per la relativa punibilità, di essere poste in essere *in contemplation of bankruptcy*⁷³; occorre che venga dimostrato un peculiare legame psicologico tra la condotta del soggetto agente e la *petition*, individuabile nel binomio rappresentazione e volontà che viene a sintetizzarsi nella *voluntary bankruptcy* e rappresentazione totale sintetizzata nella *involuntary bankruptcy*. Ne consegue che, per la punibilità, occorre la *bankruptcy*, ma questa deve essere imputata soggettivamente all'agente.

Il legislatore americano tiene ben salda l'esigenza di ricondurre soggettivamente le ipotesi di bancarotta alla condotta del soggetto agente, così prediligendo una valutazione di responsabilità più garantista rispetto a quella operata nel nostro ordinamento. In effetti, una simile previsione rispecchia perfettamente quello che è l'approccio di tale legislatore riguardo a tutta la materia fallimentare; il fallito, infatti, non viene “giudicato” *a priori* come “un soggetto che vuole fallire”. In linea con una simile *ratio*, dunque, è la constatazione che sembra potersi parlare di un'assoluta autonomia di giudizio, quanto allo stato di insolvenza tra il giudice civile e il giudice penale; anzi, la valutazione finale su tale *status* e sulla relativa percezione da parte del soggetto agente sembra essere demandata in via definitiva al giudice penale.

Un *leading case*⁷⁴ potrà essere utile a comprendere meglio una simile considerazione. Nel caso di specie i soggetti attivi erano stati imputati di condotte di *bust out*, operazioni poste in essere da società create appositamente per acquisire merci a credito e poi rivenderle in contanti, ma sotto costo così da fallire proprio nel momento in cui occorreva onorare i propri debiti. In questo caso i creditori avevano presentato istanza di fallimento alla *Bankruptcy Court*, la quale l'aveva approvata in contumacia. In sede penale, però, durante il dibattimento non era stato possibile provare la conoscenza da parte dei soggetti agenti dell'istanza di fallimento, così che non era contemplabile l'integrazione della fattispecie di cui al § 152(7) per mancanza dell'elemento soggettivo. La Corte d'Appello, invece, confermava la condanna sul presupposto che «le persone devono essere intese come capaci di comprendere le naturali e ragionevoli conseguenze dei loro atti. Qualora, in una situazione di insolvenza, di sovra

⁷¹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Marrama v. Citizens Bank of Mass*, 2007, 430 F. 3d 474.

⁷² Così O. ARTALE, *op. cit.*, 50.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ U.S. v. *Ayotte*, 385 F.2d 988, 6th Circuit, 1967.

indebitamento e di evidente crisi nello svolgimento dei propri affari, taluno deliberatamente occulti i propri beni, o una parte considerevole di essi, dovrà ritenersi che tale soggetto abbia agito in previsione (*in contemplation*) delle normali conseguenze della propria condotta, ovvero l'applicazione della normativa fallimentare su istanza dei propri creditori sociali»⁷⁵. In tempi più recenti una simile indipendenza di giudizio tra il giudice fallimentare e quello penale si è consolidata⁷⁶.

Ne consegue che, non essendo elemento tipico della fattispecie, il provvedimento di accertamento dello stato di insolvenza, se nel nostro ordinamento fa da spartiacque tra una bancarotta *pre* e una bancarotta *post* fallimentare, nella disciplina in esame non ricopre alcuna funzione equiparabile a quella attribuitale dalla nostra giurisprudenza e dalla nostra dottrina. Una funzione, a quanto sembra, questa, che contraddistingue prevalentemente l'ordinamento italiano.

Gli Stati Uniti, però, costituiscono un esempio particolare perché rientrano nel sistema di *common law*, nonostante ciò è doveroso apprezzarne oltre alla *ratio* d'incriminazione e all'accertamento dello stato di insolvenza anche l'approccio maggiormente garantista sotto il profilo sanzionatorio.

Ma i sistemi di *common law* sono molto lontani dagli ordinamenti europei di *civil law*. Vediamo, pertanto, sempre senza alcuna pretesa di completezza, quali scelte normative hanno fatto in tema, rispettivamente, il legislatore tedesco, francese e spagnolo.

Partiamo dalla Germania. Al riguardo, il primo elemento degno d'interesse è la nomenclatura del paragrafo 283⁷⁷ dello *Strafgesetzbuch* il quale disciplina le ipotesi di bancarotta, ma lo fa etichettandole come “Reati di insolvenza” e già una simile scelta sembra essere un preludio all'importanza che l'insolvenza assolve anche nell'ordinamento tedesco; essa, infatti, sembra avere un ruolo centrale. La disciplina germanica, peraltro, al pari della nostra, prevede una linea di demarcazione tra condotte di bancarotta che precedono lo stato di dissesto e condotte che, cronologicamente, coincidono o seguono a esso. Il *discrimen* però non è l'intervenuta declaratoria fallimentare; la disciplina, infatti, prevede un evento di bancarotta prefallimentare da rinvenirsi alternativamente nell'eccesso di indebitamento, nell'insolvenza imminente o nell'insolvenza già in atto «che è a sua volta presupposto materiale del fatto dell'altra ipotesi delittuosa, cui poi si aggiunge, ai soli fini di potersi addivenire alla punibilità di tali fatti, una condizione obiettiva che è individuabile alternativamente, ai sensi del comma 6, nella

⁷⁵ U.S. v. Ayotte, 385 F.2d 988, 6th Circuit, 1967, §18, in O. ARTALE, *op. cit.*, 33.

⁷⁶ *Ex multis* cfr. Commonwealth di Pennsylvania v. Joseph Petrick, A.3d, 20.02.2018, WL 947167; U.S. v. Duffy, So. 3d, 10.1.2018, WL 347702, in *www.westlaw.com*.

⁷⁷ Cfr. § 283 Strafgesetzbuch in *Dejure.org*.

cessazione dei pagamenti da parte dell'autore, nell'apertura della procedura concorsuale sul suo patrimonio o nel respingimento della richiesta di apertura a causa della carenza di apertura di massa»⁷⁸.

In tale ordinamento si è giunti a operare un'interessante distinzione tra *insolvenza – Zahlungsunfähigkeit* – come incapacità di adempiere le obbligazioni scadute, *rischio di insolvenza – Drohende Zahlungsunfähigkeit* – come incapacità di adempiere le obbligazioni non ancora scadute, e *sbilancio patrimoniale – Überschuldung* – nelle persone giuridiche, inteso come eccedenza del passivo sull'attivo, stimati al loro valore reale di mercato. Più in particolare *Die Zahlungsunfähigkeit* è prevista all'art. 17 *InsO* quale inidoneità del debitore di far fronte agli obblighi di pagamento contratti: la peculiarità è che inerisce solo debiti già scaduti non riferendosi in alcun modo alla evoluzione futura del patrimonio del debitore, a nulla rilevando i meri ritardi di pagamento. Il *Drohende Zahlungsunfähigkeit*, invece, è espressamente previsto all'art. 18 *InsO*, e si sostanzia nel pericolo d'incapacità ad adempiere gli obblighi contratti con i creditori. Il debitore verserà in questo stadio, infatti, quando, prevedibilmente, non sarà in grado di adempiere ai propri debiti nel momento in cui scadranno, secondo una valutazione prognostica.

L'art. 19 *InsO*, infine, disciplina *Die Überschuldung*, uno stato che sussiste qualora le attività del debitore non coprano più le passività esistenti, a meno che non sussista un'alta probabilità di continuazione dell'impresa. Lo sbilanciamento, tuttavia, è un presupposto per l'apertura del procedimento nei soli confronti delle persone giuridiche e delle società prive di personalità giuridica nelle quali nessuno dei soci illimitatamente responsabili è persona fisica.

Questi tre presupposti sono espressione della volontà da parte del legislatore tedesco di favorire anticipatamente l'emersione della crisi in modo tale da indurre il debitore a poter mettere in atto tutti i mezzi in suo possesso utili a evitare l'insolvenza. La legge tedesca prevede, infatti, la possibilità per il debitore, o per il curatore su mandato dell'assemblea, di presentare un piano di regolazione dell'insolvenza, *Die Insolvenzplan* – art. 284 *InsO* –, che ha sostituito il concordato preventivo e il concordato fallimentare e che deve essere accettato dalla maggioranza dei creditori e omologato dal tribunale. L'esdebitazione – *Restschuldbefreiung* –, infine, è ammessa solo all'interno di una procedura già aperta e solo se si tratta di una persona fisica; si fonda, in particolare, su una dichiarazione del debitore, con cui si impegna a cedere i suoi futuri guadagni, per sei anni, a un fiduciario che sarà nominato dal giudice.

Peculiare e particolarmente garantista sembra il trattamento sanzionatorio

⁷⁸ Così G. FORNASARI, *Cenni introduttivi sulla disciplina dei reati fallimentari in Germania*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 148.

della normativa tedesca in materia di bancarotta prefallimentare dolosa – di cui al comma 1 art. 283§ – la quale prevede, infatti, la reclusione fino a cinque anni a fronte di una pena minima base di un mese: esattamente la metà rispetto ai dieci anni della nostra pena massima prevista per la medesima fattispecie prefallimentare. L'ipotesi colposa, in Italia e in Germania, è invece piuttosto simile quanto a trattamento sanzionatorio.

Il nesso causale, inoltre, sembra basarsi più su un rapporto esterno, fattuale, cronologico⁷⁹ che sulla *condicio sine qua non*: questa sembra poco attagliarsi ad accertare il legame tra condotte rischiose o antieconomiche e insolvenza⁸⁰. «Decisivo è allora in sostanza il fatto che il giudice, alla luce dei singoli casi concreti, possa vedere confermata *ex post* la generica prognosi negativa effettuata dal legislatore al momento di tipizzare determinate condotte come astrattamente pericolose; sul piano pratico, ciò comporta l'esclusione della rilevanza della condizione ai fini della punibilità allorché si dimostri che lo stesso soggetto attivo – sarebbe stato in grado di – evitare la crisi economica minacciata dall'aver tenuto una delle condotte tipiche e – sarebbe – poi divenuto insolvente per cause diverse, ovviamente a lui non imputabili»⁸¹.

Il legislatore tedesco, peraltro, ha previsto che le pene più severe siano comminate in ipotesi di perpetrazione della bancarotta dolosa, ma a tal fine basta il mero dolo e non la *fraus*, così contemplando anche l'applicazione in tali casi del dolo eventuale⁸². La peculiarità dell'ordinamento tedesco è quella di aver costruito, in seno alla disciplina prefallimentare, norme in cui la tipicità oggettiva è sempre la medesima: le differenze su quella stessa base tipica avvengono grazie all'elemento soggettivo tenuto dall'imprenditore riguardo allo stato di dissesto.

L'indirizzo tedesco è peraltro fortemente sostanzialistico; l'art. § 283 StGb punisce con la reclusione fino a cinque anni o con una multa chi, in eccesso di indebitamento o in “minacciato” stato di indebitamento o qualora si sia verificata l'insolvenza, abbia messo da parte, nascosto, distrutto, danneggiato componenti del proprio patrimonio appartenenti alla massa fallimentare in caso di apertura di una procedura di insolvenza; o abbia posto in essere transazioni speculative o contratti di stipulazione di garanzie con beni o titoli. La medesima sanzione è infine prevista qualora vengano riconosciuti diritti fittizi. Il paragrafo § 283 incrimina, altresì, colui che si astiene dal tenere scritture contabili che è legalmente obbligato a mantenere, o li modifica in modo tale da rendere difficile tenere traccia dei suoi beni. Detta ipotesi si applicherà quand'anche il soggetto agente metta da parte, mantenga segreto, distrugga o danneggi, prima della scadenza dei periodi

⁷⁹ Così K. TIEDEMANN, in *Leipziger Kommentar*, 10 Aufl, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, Vor S 283, n. 88.

⁸⁰ G. FORNASARI, *Cenni introduttivi*, cit., 152.

⁸¹ G. FORNASARI, *Cenni introduttivi*, cit., 153.

⁸² LACKNER-KUHL, *op. cit.*, Sub S 283, n. 23.

di conservazione, la panoramica delle sue risorse. È peraltro punito colui che rediga bilanci in modo tale da rendere più difficile la visione d'insieme delle proprie risorse o non riesca a redigere il bilancio delle sue attività o a fare l'inventario entro il termine prescritto, o riduca o nasconda o occulti⁸³ i suoi affari reali⁸⁴.

Sono previsti anche dei casi di particolare gravità alla lettera a) del § 283 così come alla sezione 283 (1) a (3) StGb in cui l'insolvenza è punibile con la reclusione da sei mesi a dieci anni. Un caso è per definizione grave quando l'autore del reato agisce per avidità o nella consapevolezza che molte persone rischiano di perdere i propri beni a lui affidati o rischia di metterli in difficoltà economiche⁸⁵ – (alla lettera b) del § 283, inoltre, è prevista la reclusione fino a due anni o una multa per chi si astiene dal tenere o mantenere libri di negoziazione che è legalmente obbligato a mantenere, o che li tiene o li modifica in modo tale da rendere difficile tenere traccia dei suoi beni; o chi abbia distrutto o danneggiato, prima della scadenza utile alla conservazione, quei documenti. Alla stessa pena soggiace colui che crei bilanci in modo tale da rendere più difficile la visione d'insieme delle proprie risorse o qualora non riesca a predisporre il bilancio delle sue attività o l'inventario entro il tempo prescritto. Qualora, poi, il soggetto agisca negligenzemente nei casi di cui ai numeri (1) n. 1 o 3 è punito con la reclusione fino a un anno o con una multa. Alla lettera c) del § 283, infine, il legislatore punisce, con la reclusione fino a due anni o con una multa, chiunque, nella consapevolezza della sua incapacità di pagare, garantisca sicurezza o soddisfazione a un creditore, favorendo quindi intenzionalmente o consapevolmente prima degli altri creditori.

⁸³ Sul concetto di occultamento cfr. BGH, 12 maggio 2016, 1 StR 114/16, in NZI, 2016, 749, in *beckonline*.

⁸⁴ Nell'ipotesi in cui, invece, il soggetto, nei casi di cui al paragrafo 1, non era a conoscenza del sovraindebitamento, dell'insolvenza imminente – sul concetto di insolvenza imminente e sui requisiti in presenza dei quali è possibile accertarne l'esistenza cfr. Corte di giustizia federale, 25 agosto 2016, 1 StR 290/16, in BeckRS, 2016, 17187, in *beckonline* – o effettiva a causa di negligenza o qualora, nei casi di cui al paragrafo 2, ha causato il sovraindebitamento o l'insolvenza in modo avventato, sarà punito con la reclusione fino a due anni o con una multa.

Il soggetto che, nelle circostanze previste dal paragrafo 1, n. 2, 5 o 7, è negligente e causa il sovraindebitamento o l'insolvenza incautamente sarà punito, allo stesso modo, con la reclusione fino a due anni o con una multa. Fondamentale per la punibilità è che l'agente abbia cessato di ottemperare ai propri pagamenti o che sia stata aperta una procedura di insolvenza sui suoi beni o, diversamente, che la richiesta di apertura sia stata respinta per mancanza di beni.

⁸⁵ Per un approfondimento sull'agire con avidità come ipotesi di bancarotta particolarmente seria cfr. Corte di giustizia federale, 31 maggio 2017, StR 489/16, BeckRS 2017, 113898, in FD StraFR, 2017, 303179, in *beckonline*: «Con il termine avidità di cui all'art. 283 a, 2, n. 1, del codice penale si indica chi agisce con l'intento di guadagnare ripetutamente dalla commissione del reato attraverso un aumento del profitto mirato a una misura insolita, moralmente offensiva, oltre un legittimo profitto, come l'uso di elevate quantità di denaro nei casinò, l'uso di veicoli di lusso ... Il perpetratore deve agire con particolare spregiudicatezza e quindi sopraffare gli interessi dei suoi creditori e le esigenze di un'economia adeguata».