

UGO PIOLETTI

*Bancarotta, fallimento e statuto dell'imprenditore**

Sommario: 1. - Premessa. Le fattispecie di bancarotta. Limiti "penalistici" del diritto di proprietà. L'autonomia delle fattispecie penali in tema di bancarotta rispetto alla disciplina non penale del fallimento; 2. - Fallimento e impresa. Il fallimento come procedura esecutiva. Funzione dichiarativa del fallimento come elemento essenziale della relativa disciplina; 3. - Bancarotte, interessi dei creditori ed interesse dell'"impresa in sé". L'autonomia degli "interessi" dell'impresa rispetto a quelli dell'imprenditore. Il "fine" dell'impresa. Il "profitto"; 4. - Il significato della condotta di bancarotta patrimoniale e la proprietà "commerciale". Il vincolo di destinazione dei beni dell'imprenditore; 5. - L'operatività delle fattispecie di bancarotta condizionata dalla disciplina extrapenale. La sentenza dichiarativa di fallimento. Bancarotta, inadempimento, danno individuale arrecato ai creditori, esito della procedura fallimentare, "bancarotta riparata".

1. Premessa. Le fattispecie di bancarotta. Limiti "penalistici" del diritto di proprietà. L'autonomia delle fattispecie penali in tema di bancarotta rispetto alla disciplina non penale del fallimento

Le norme penali che incriminano le condotte di bancarotta rappresentano uno dei casi più interessanti di interferenza fra "ordinamento" civile e penale. Una situazione "di interferenza" che dimostra che il concetto di unità dell'ordinamento giuridico non è espressione di un dogma o di un postulato aprioristico ma di una realtà del diritto positivo o, in altri termini, di una vera e propria necessità operativa.

Al di là della tendenza legislativa nel senso di affermare vieppiù, sul piano processuale, l'autonomia delle giurisdizioni, sul piano sostanziale il principio di unità dell'ordinamento costituisce una linea guida irrinunciabile per l'interpretazione delle norme di diritto materiale.

* Relazione al Convegno "Contratto e reato", Università degli Studi di Camerino – 23 e 24 Settembre 2011, con aggiunta di note.

Com'è noto Carnelutti, con espressioni divenute famose, considerava i reati fallimentari, ed in particolare i delitti di bancarotta, come “piante selvatiche”, cresciute “al di fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale”¹.

Ed in effetti più che di piante selvatiche si dovrebbe parlare di piante esotiche, perché le fattispecie di bancarotta sono state spesso considerate come misteriose nella loro ragion d'essere e ciò non solo da parte dei cultori del diritto penale, ma anche da parte di quelli del diritto civile, o fallimentare².

Non sono rare in dottrina le affermazioni secondo le quali l'autore di una bancarotta viene punito sebbene eserciti il proprio diritto di proprietà. Uno dei maggiori studiosi della materia affermava, alcuni decenni orsono, che la condotta che realizza il delitto di bancarotta “sembra costituire a prima vista un atto di esercizio del diritto di proprietà da parte del debitore” e pertanto tale atto, “lecito dal punto di vista civile, costituirebbe un illecito unicamente dal punto di vista penale”³. Ed è anche diffusa in letteratura l'opinione di chi, partendo dalla premessa che le uniche norme precettive in materia fallimentare siano quelle non penali, o comunque siano le norme civili che disciplinano le obbligazioni assunte dall'imprenditore, considera in gran parte prive di ratio giustificativa le norme in tema di bancarotta e propone di limitare l'intervento delle norme penali in materia alle sole condotte di depauperamento dell'attivo patrimoniale già previste dalle disposizioni in tema di revocatoria fallimentare⁴.

¹ CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone*, in *Riv. dir. process.*, 1956, p. 254.

² Come è stato esattamente rilevato, l'oggetto del fallimento è un oggetto spiccatamente interdisciplinare che rende, come tale, necessario ricondurre a coerenza le diverse parti del sistema. Lo stimolo nel senso di una ricostruzione sistematica dell'ordinamento penale fallimentare sarà probabilmente un effetto positivo del mancato intervento in materia penale.

³ DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1926, I, p. 437, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, p. 704 e s.

⁴ Cfr. sul punto, per tutti, D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, p. 25: “le norme penali, in ambito fallimentare, si pongono immediatamente quali strumenti di *enforcement* della disciplina civilistica di settore sicché, come è stato esattamente osservato, l'interprete si trova di fronte a un caso paradigmatico di diritto penale artificiale”. V. anche Id., op. cit., p. 32 ed ivi ulteriori riferimenti alle opinioni secondo le quali è da considerare non giustificato l'intervento penale laddove il legislatore non abbia previsto una autonoma illiceità civile. Tali opinioni vengono sostenute, sovente, con richiamo al principio dell'estrema ratio in tema di intervento penale, principio che viene inteso nel senso che il legislatore penale potrebbe intervenire, almeno in questa materia, solo per sanzionare quelle condotte già valutate – e sanzionate – come illecite dal legislatore civile.

Ed in effetti sussiste - e viene a ragione avvertita - una certa eterogeneità fra le norme in tema di bancarotta e la disciplina civile del fallimento, soprattutto se si considera quest'ultima, secondo l'opinione dominante, come una sorta di sottocategoria del procedimento civile di esecuzione, la cui unica specialità, rispetto al procedimento di esecuzione comune, o individuale, consisterebbe nell'essere quello fallimentare destinato all'imprenditore insolvente - e non al debitore "civile" insolvente - e di essere finalizzato alla tutela della *par condicio creditorum*.

Anche però se si considera la ratio del fallimento in maniera diversa - come si dirà più innanzi - le norme incriminatrici in tema di bancarotta mantengono comunque una lo-

In realtà "le norme penali in esame non sono affatto sanzionatorie di una precettistica precostituita" (PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, 1995, p. 4). Ed infatti il rapporto fra tutela penale e tutela civile (fermo restando il principio della estrema ratio, che va inteso anche come tendenza al risparmio della coercizione punitiva laddove alcuni conflitti possono essere risolti in maniera soddisfacente attraverso l'iniziativa e l'autonomia dei privati ed il ricorso a differenti sanzioni) è più complesso e non si lascia ridurre ad una situazione di dipendenza dell'una disciplina sull'altra, anche perché il rapporto fra normativa "civile" e "penale" deve tenere conto da un lato che in alcune ipotesi l'unica tutela possibile è quella penale (anche per l'impossibilità di individuare sia un danno risarcibile che un soggetto legittimato alla richiesta dello stesso; sia consentito rinviare sul punto al nostro *Teoria generale e mediazione penale*, in *Il nodo gordiano fra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Bari, 2012, p. 391 e ss.) da un altro lato che in altre ipotesi, come quella oggetto del presente studio, è proprio il legislatore "penale" che, con la posizione di un divieto assistito da pena, configura in via "originaria" una situazione giuridicamente rilevante anche in relazione agli effetti civili. In altri termini, l'"esistenza" di diritti soggettivi (o di altre situazione soggettive "civili-sticamente" protette), ed il correlativo obbligo restitutorio o risarcitorio in caso di loro lesione, non è affidata alle sole leggi "civili" (ossia di normative che prevedano direttamente la posizione di obblighi assistiti da sanzioni di tipo civile, ossia risarcitorio o restitutorio o di annullamento), ma può essere, in alcune ipotesi, effetto anche di leggi "penali" (ossia di normative che prevedano la posizione di obblighi assistiti da sanzioni punitive). Leggi civili e penali partecipano a configurare l'ordinamento che deve avere, "operativamente", una sua unitarietà e, pertanto, deve anche essere interpretato unitariamente, nel senso che l'interprete deve - sin che sia possibile, giacché il diritto positivo, in alcuni casi, impone ostacoli non superabili dall'interpretazione - interpretare le disposizioni normative, al di là delle loro collocazione "topografica" nei testi di legge, ed anche al di là della sanzione esplicitamente prevista dalla singola fattispecie, in modo da fornire alla materia oggetto di interpretazione coerenza e ragionevolezza.

Una disposizione normativa come quella contenuta nell'art. 185 c.p. ("Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili") esprime proprio la sopra accennata necessità operativa di funzionamento ed interpretazione armonica di tutto l'ordinamento, ossia di raccordo coerente con tutti i suoi settori. La situazione giuridica soggettiva tutelata la cui lesione ("che abbia cagionato un danno", art. 185, secondo comma, c.p.) obblighi alle restituzioni od al risarcimento, non è necessariamente prevista da una legge civile ma può essere anche prevista - come nelle ipotesi che qui ci interessano (dove infatti il curatore può costituirsi parte civile, ex art. 240 l. fall., nel processo penale per bancarotta nei confronti del fallito o degli amministratori di società dichiarata fallita) - da una legge penale. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'azione civile, anche in sede penale, del curatore fallimentare nei confronti dell'amministratore di società dichiarata fallita "ha un vasto ambito di tutela", nel senso che il curatore è "legittimato a far valere la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale dell'amministratore, rispettivamente, derivante dagli inadempimenti dei doveri nei confronti della società e degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" (Cass., Sez. V, n. 43102, 03.10.2007-22-11.2007, Rv. 238498, imp. Mazzotta ed altri, ed ivi citata la giurisprudenza civile di legittimità in tema di ambito di tutela dell'azione civile del curatore fallimentare).

ro autonomia rispetto alle specificità della disciplina del fallimento. Le norme in materia di bancarotta sono – per certi versi – *sovraordinate alla disciplina del fallimento* perché esse, come si chiarirà in seguito, rappresentano delle vere e proprie *norme di principio sullo statuto dell'impresa*.

2. *Fallimento e impresa. Il fallimento come procedura esecutiva. Funzione dichiarativa del fallimento come elemento essenziale della relativa disciplina*

Il fallimento non è solo una procedura esecutiva speciale, e la finalità di garantire la par condicio dei creditori non è la finalità principale di questo istituto.

Il fallimento è un istituto che presenta significativi aspetti sostanziali e, in particolare, aspetti caratterizzati da spiccate finalità pubblicistiche o, meglio, pubblicistico dichiarative.

La natura e la funzione del fallimento non è tanto legata al mero rapporto obbligatorio fra il debitore imprenditore ed i suoi creditori⁵, quanto piuttosto alla istituzione sociale “impresa” ed in particolare alla necessità di predisporre uno strumento che elimini in maniera efficace le imprese disfunzionali.

Il fallimento, in altri termini, non è semplicemente una procedura esecutiva volta al soddisfacimento di obbligazioni rimaste inadempite⁶ ma rappresenta – nel suo momento di massima patologia – il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'importanza, direi della centralità, dell'istituzione che chiamiamo impresa.

⁵ Significativamente SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 5, rileva che le sanzioni disposte contro l'imprenditore non troverebbero giustificazione *sul piano del mero rapporto individuale*. Da notare che tali sanzioni non sono solo quelle penali in senso proprio ma anche quelle – quali la pubblicità – previste dalle norme non penali della legge fallimentare.

⁶ La soddisfazione dei creditori (finalità cui è certamente dedicato il prevalente numero delle disposizioni non penali contenute nel R.D. del 16 marzo 1942, n. 267) non costituisce l'ineliminabile ragion d'essere connotata all'istituto del fallimento.

V., per es., RAGUSA MAGGIORE, *Fallimento, Presupposti del fallimento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 2: “La soddisfazione forzata dei creditori lesi dall'insolvenza dell'imprenditore appare (...), se non l'unica finalità normalmente perseguita dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali fondata sull'insolvenza, certamente la finalità principale, alla quale le altre finalità individuali (normali, probabili, possibili) vanno, se non subordinate, coordinate con maggiore o minore intensità”.

Esiste però una finalità *sempre presente in ogni fallimento*, (anche quello che si chiuda per mancanza di domande di insinuazione) di carattere non individuale, ma pubblicistico, ed è *la finalità dichiarativa*.

Ciò è tanto vero che il citato Autore precisa che “a rigore, l'esistenza del fallimento è garantita anche dalle sole strutture e funzioni caratterizzanti il procedimento di apertura sfociato nella sentenza dichiarativa (non revocata o, a fortiori, non revocabile) ed il procedimento di chiusura (prodotto dalla mancanza di insinuazioni)” (ibidem).

Il che è dire che *il nucleo essenziale ed ineliminabile del fallimento è proprio quello avente funzione dichiarativa*.

Le fattispecie di bancarotta, d'altro lato, sono proprio poste a presidio *della possibilità* dell'esistenza di quella entità – o “istituzione”, appunto – che è rappresentata dall'impresa.

Fallimento e reati fallimentari nascono, com'è noto, in un momento cruciale dell'evoluzione della società europea. Nei centri mercantili italiani all'alba del secondo millennio dopo Cristo il sistema economico si andava affrancando da quello politico ed apparivano nuove entità regolate secondo criteri non più politici ma economici. Nasceva l'impresa e con essa nasceva l'Europa mercantile il cui modello, nel giro di alcuni secoli, si sarebbe rivelato dominante nel mondo intero.

L'impresa costituiva un'entità economica, giuridica e sociale nuova, ignota, come tale, al mondo classico, in quanto autonoma dagli interessi soggettivi dell'imprenditore persona fisica e, pertanto, una vera e propria istituzione sociale.

La durezza delle prime norme in materia di fallimento e di bancarotta nelle città mercantili del tardo medioevo rappresenta “in negativo” questa “novità” costituita dall'impresa e l'importanza da essa assunta nella nuova società europea.

La moderna società europea, a questo punto - e ciò dura tutt'oggi a livello globale - inizia a definirsi sempre di più attraverso l'economia, ed i soggetti del sistema economico - i veri e propri “attori” dello stesso - diventano, da quel momento in poi, le imprese.

L'impresa diventa un'istituzione, una colonna portante della società e del suo benessere. Essa è fornita di credito e di visibilità. Si tratta di una realtà autonoma rispetto all'imprenditore, gli interessi della quale vengono difesi autonomamente dal diritto e vengono tenuti distinti da quelli soggettivi dell'imprenditore.

L'impresa non è soggetta ad una morte naturale; essa può sempre superare periodi di crisi ricorrendo al credito, un ricorso al credito che, essendo teoricamente illimitato, può trasformare l'impresa da istituzione creatrice di ricchezza in istituzione che invece tale ricchezza distrugge. Proprio per tale motivo la società si deve fornire di strumenti sicuri e di atti autoritativi attraverso i quali venga reso a tutti noto in maniera oggettiva ed indiscutibile quando taluni di tali soggetti dell'interazione sociale - le imprese, appunto - non appartengono più al traffico economico.

L'impresa "disfunzionale", ossia quella che distrugge ricchezza invece di crearla - quella "in stato di insolvenza" (art. 5 l. fall.) - deve essere eliminata dal traffico economico e giuridico ed a ciò provvede la disciplina, anche penale⁷, del fallimento.

Il fallimento ha proprio la funzione di dichiarare pubblicamente ed oggettivamente la morte dell'impresa e di regolare in maniera equa ed ordinata la "spartizione delle spoglie" della stessa.

Si tratta pertanto di una funzione – al contempo dichiarativa e costitutiva – fondamentale per l'esistenza stessa dell'impresa. La fine di quest'ultima, infatti, come si è detto, non sempre avviene naturaliter e, del resto, una cessazione *non dichiarata* di un'impresa in crisi ed insolvente farebbe permanere in maniera equivoca nel traffico economico un soggetto che costituirebbe fonte di rischio per gli altri operatori, essa sarebbe cioè un elemento di disordine ed indebolirebbe in tal modo la credibilità dell'istituzione sociale impresa.

Ecco perché, con un atto fondamentale di "polizia economica", è necessario un *intervento autoritativo* che dichiari pubblicamente la fine dell'impresa e ne amministri in maniera ordinata ed equa la spartizione delle spoglie⁸.

La rottura del banco del commerciante fallito effettuata coram populo nelle città mercantili dell'Italia comunale serviva a dichiarare con atto autoritativo, oggettivo ed indiscutibile, che quella istituzione impresa era morta, non apparteneva più al traffico economico e sociale⁹.

⁷ L'imprenditore, infatti, in certe circostanze, ha l'obbligo, penalmente sanzionato (art. 217, I comma, n. 4, l. fall.), di richiedere il proprio fallimento.

L'astensione dalla richiesta di dichiarazione di fallimento non rileva ex se ma solo quando tale omissione abbia aggravato il dissesto dell'impresa. La continuazione della gestione dell'impresa in situazione di difficoltà economica, pertanto, deve svolgersi entro i limiti dell'"ordinaria prudenza", e tale regola di buona amministrazione dell'impresa va valutata ed individuata "secondo la comune logica imprenditoriale", una logica imprenditoriale che valga a giustificare "iniziative" "ragionevolmente dotate di probabilità di successo" (Cass., Sez. V, n. 24231, 20.03.2003-04.06.2003, imp. Griffini ed altro, Rv. 225938, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3101). Sul punto sia consentito rinviare a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini, vol. VI, Torino, 2012, p. 169 e ss.

⁸ Sia consentito rinviare ancora a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit., p. 147 e ss.

⁹ In un periodo storico nel quale l'impresa era essenzialmente individuale ed il patrimonio dell'impresa stessa si identificava con il patrimonio dell'imprenditore la dichiarazione di morte dell'impresa non poteva che colpire lo stesso imprenditore con il noto marchio di infamia (ricordato in tutti gli studi storici sul fallimento; cfr. la ricostruzione delle diverse forme pubbliche di stigmatizzazione del fallimento e del fallito praticate in Italia nell'età comunale, di recente, in GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2009, p. 32 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti) che in quelle epoche caratterizzava il fallimento.

In questo senso si può dire che, agli albori dell'istituto, si verificava certamente una sorta di sovrapposizione fra una sanzione di tipo dichiarativo (o di polizia economica), quella cioè che aveva come scopo la dichiara-

In tal modo si rendeva possibile la circostanza che la sfiducia nella singola impresa decotta non si propagasse a tutto il sistema delle imprese, la fiducia nel quale, al contrario, veniva rafforzata dalla eliminazione *ope judicis*, e quindi con atto pubblico e solenne, della singola impresa insolvente.

La recente riforma fallimentare ha, come è noto, eliminato alcuni degli aspetti più gravosi e stigmatizzanti di pubblicità a carico del fallito, ma ha mantenuto, quale necessario mezzo di pubblicità, l'annotazione della sentenza dichiarativa di fallimento presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 17 l. fall.).

3. *Bancarotte, interessi dei creditori ed interesse dell'“impresa in sé”. L'autonomia degli “interessi” dell'impresa rispetto a quelli dell'imprenditore. Il “fine” dell'impresa. Il “profitto”*

Anche le fattispecie penali di bancarotta tutelano l'interesse dell'impresa in sé, un interesse *diverso* da quello del singolo imprenditore e che può anzi essere – come dimostrato dall'esistenza stessa dei delitti di bancarotta – in conflitto con l'interesse individuale del singolo imprenditore.

zione, come detto, di “morte” dell'impresa, ed una sanzione di tipo punitivo che aveva invece lo scopo di qualificare negativamente – attraverso la punizione del colpevole – condotte di sviamento del patrimonio dell'impresa.

Il noto brocardo “*decoctor ergo fraudator*” racchiude in sé proprio l'accennata ambiguità la quale non è, come tale, più accettabile in una visione più evoluta e moderna del diritto fallimentare (penale e non); un'ambiguità, del resto, della quale il moderno diritto fallimentare sta cercando a fatica di liberarsi. Testimone di questo sforzo è la giurisprudenza che sempre più si allontana da presunzioni di distrazione legate alla sola sussistenza di passività fallimentari desunte dalla sola annotazione contabile (cfr., per es., Cass., Sez. V, n. 40726, 06.11.2006-14.12.2006, imp. Abbate, Rv. 235767, secondo la quale l'accertamento della previa disponibilità da parte del fallito dei beni dell'impresa non rinvenuti da parte degli organi fallimentari “non è condizionato da alcun onere di dimostrazione in capo al fallito né da alcuna presunzione”), oppure ancora la giurisprudenza sulla c.d. “bancarotta riparata” (sulla quale v. infra). Certamente alcune “rigidità” ancora presenti nel diritto positivo possono probabilmente essere superate solo da un intervento legislativo. Ci si riferisce in particolare ai limiti edittali in tema di bancarotta al mancato coordinamento di fondo fra le norme in tema di bancarotta e quelle in tema di infedeltà patrimoniale.

Da ultimo è da segnalare che un ulteriore elemento di ambiguità che ancora grava in certe rappresentazioni della responsabilità penale per bancarotta - e che costituisce anch'esso un retaggio storico della figura che stiamo trattando - è costituito dalla circostanza che, alla nascita dell'istituto, hanno sicuramente convissuto, nella sanzione inflitta a titolo di bancarotta all'imprenditore fallito, oltre agli elementi dichiarativi e propriamente (e “modernamente”) punitivi sopra illustrati, anche elementi di responsabilità “personale” per l'inadempimento di obbligazioni “civili”, una responsabilità personale per debiti oggi superata in tutti gli ordinamenti moderni dove, attualmente, la responsabilità per l'adempimento delle obbligazioni civili ha solo natura patrimoniale (art. 2740 c.c.), ma che, come è noto, è sopravvissuta in molti ordinamenti giuridici europei fino al secolo XIX (v., sul punto, PACE, *Contrainte par corps. L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, 2004).

Le fattispecie di bancarotta concorrono infatti, insieme a tutta la disciplina del fallimento, alla tutela della istituzione impresa, alla tutela cioè della credibilità – del vero e proprio credito – e della corretta destinazione economica dell’impresa stessa e con essa della propria funzione sociale.

L’impresa risponde ad un interesse oggettivo che è quello *del proprio stesso funzionamento e durata nel tempo* e che consiste nel *produrre ricchezza* o, in altri termini *profitto*.

In questo senso la durata ed il corretto funzionamento dell’impresa tutela – o garantisce – i creditori; il che naturalmente non significa che il fine dell’impresa sia quello della soddisfazione dei creditori poiché l’impresa è una istituzione sociale e, come tale, la sua funzione non è comprensibile con la logica lineare del mezzo per lo scopo, ma deve essere intesa in senso dinamico e, per così dire, “circolare”: è la stessa durata di un’impresa produttrice di ricchezza che apporta benefici all’intero corpo sociale¹⁰.

¹⁰ Il dibattito fra i cultori del diritto civile e commerciale, ma anche, di riflesso fra quelli del diritto penale, nato dall’idea di “impresa in sé”, elaborata, come è noto, da RATHENAU, *Vom Aktienwesen*, 1917, passim, si è sovente incentrato sul quesito se l’interesse dell’impresa consistesse nel soddisfare (e tutelare) gli interessi degli azionisti, oppure quello dei creditori, oppure ancora quello dei dipendenti della stessa (cfr., per tutti, RICHERS, *Das Unternehmen an sich*, 1996, passim. In relazione alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, che nel codice penale tedesco non è sottoposta alla condizione di procedibilità della querela della persona offesa, posizioni analoghe in HOFFMANN, *Untreue und Unternehmensinteresse*, 2010, p. 17 e ss.; p. 277 e ss. che in tali interessi vede dei possibili “beni giuridici” tutelati dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale e giunge così ad escludere, per impossibilità di concretizzare lo stesso in un bene giuridico individuale, l’interesse dell’impresa dal novero dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie di infedeltà. Sul punto v. infra in relazione alla bancarotta).

La suddetta parcellizzazione, od individualizzazione, degli interessi tutelati, imposta dal meccanismo di tutela propria del diritto civile che si basa sulla iniziativa e sull’interesse di soggetti privati individualizzati, ma non imposta dal meccanismo di tutela del diritto penale che invece si basa, in via di principio, sulla iniziativa e sull’interesse pubblico, ha determinato un calo di interesse della dottrina civilistica in relazione al predetto concetto di interesse dell’impresa in sé, calo di interesse che si è trasmesso anche al settore penale, dove invece una tale “parcellizzazione” od individualizzazione degli interessi – o “beni giuridici” – tutelati, non è affatto necessaria.

La discussione sul concetto di interesse dell’impresa in sé ha così, sul piano generale, perso di vista la circostanza che l’impresa, come qualsiasi istituzione sociale, apporta benefici all’intero corpo sociale e che tali benefici sono certamente anzitutto economici ma non si limitano alla sola sfera economica. Non a caso RATHENAU, op. cit., p. 23 e ss., nell’espone il nuovo concetto di “impresa in sé”, accostava il significato e la funzione “pubblica” dell’impresa a quello di altre istituzioni sociali, non economiche (o non primariamente economiche), quali, secondo Rathenau, la Chiesa o lo stesso Stato e, si potrebbe aggiungere, i Comuni, le Corporazioni, gli Ordini religiosi.

Di una analoga tendenza alla parcellizzazione della individuazione degli interessi tutelati dalle fattispecie di bancarotta - e, in misura per certi versi parallela, da quella di infedeltà patrimoniale – soffre anche il dibattito in tema di interessi tutelati (o di “bene giuridico protetto”) dalla fattispecie di bancarotta stessa, dove si oscilla da una visione troppo individualizzante (gli interessi dei creditori) ad una troppo generale (l’economia pubblica) degli interessi tutelati, mentre la fattispecie de qua tutela, come illustrato nel testo, più propriamente la corretta destinazione del patrimonio dell’impresa e pertanto *la corretta gestione della stessa al fine della produzione di ricchezza* ed in tal modo - solo, pertanto, *mediatamente* - gli interessi dei creditori e quelli dell’economia pubblica.

Proprio la funzione sociale che caratterizza l'impresa – come istituzione destinata a produrre ricchezza “oggettiva” – esclude che l'interesse della stessa possa coincidere con l'interesse all'arricchimento personale del singolo imprenditore. L'impresa, in altri termini, *non può essere considerata come una mera estensione del diritto di proprietà dell'imprenditore*, ma è, lo si ripete, un'entità oggettiva, autonoma dall'imprenditore stesso – un'istituzione, appunto.

Del resto, che ogni impresa – al di là della esistenza o meno di una piena “personalità giuridica” – come soggetto, sia sempre in qualche misura autonoma dalla soggettività del singolo imprenditore persona fisica, è testimoniato dalla disciplina contenuta nell'art. 1330 c.c. (“Morte o incapacità dell'imprenditore”) la quale dispone che non solo l'obbligazione di origine contrattuale assunta dall'imprenditore, ma anche la fase precedente alla conclusione del contratto, quella della proposta e dell'accettazione, è *indifferente rispetto al destino soggettivo dell'imprenditore persona fisica*, sopravvive al venire meno della sua esistenza fisica o giuridica – “morte o incapacità” – e *va pertanto imputata all'impresa* anche se quest'ultima non è dotata di formale personalità giuridica, ossia di formale separazione del patrimonio dell'impresa da quello “privato” dell'imprenditore.

E che l'impresa abbia comunque sempre – tranne le “piccole” imprese¹¹ – una sua autonomia rispetto all'imprenditore persona fisica, e che pertanto *il fallimento si rivolga essenzialmente all'impresa* – dichiarandone la “morte”, o cessazione, e spartendo le spoglie della

¹¹ La qualità di impresa soggetta al fallimento è attualmente, come è noto, tipizzata all'interno di parametri quantitativi dall'art. 1 della l. fall., ultimamente novellato dall'art. 1 del d.l.s del 12 settembre 2007, n. 169. La sopra citata disposizione normativa contiene un'inversione dell'onere della prova dei requisiti di fallibilità, onere che è posto a carico dell'imprenditore. Tale inversione dell'onere probatorio, riverberandosi, attraverso la sentenza dichiarativa di fallimento, non solo sulle qualità del soggetto attivo ma anche sull'intera area applicativa delle fattispecie penali di bancarotta, stante l'insindacabilità in sede penale, sotto tale profilo, della sentenza civile dichiarativa di fallimento (“Il giudice penale, investito del giudizio relativo ai reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267, non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore”, Cass., Sez. Un., n. 19601, 28.02.2008-15.05.2008, imp. Niccoli, Rv. 239398, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592, con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*; in senso conforme, Cass., Sez. V, n. 40404, 08.05.2009-16.10.2009, imp. Melucci, Rv. 245427; precedentemente, nel senso che “la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel processo penale, per cui spetta al giudice il potere dovere di verificare autonomamente, tra l'altro, se l'imputato possa o meno essere considerato piccolo imprenditore, non soggetto come tale, al fallimento”, Cass., Sez. V, n. 43076, 18.10.2007-21.11.2007, imp. Rizzo, Rv. 237547), appare di dubbia costituzionalità (nel senso del contrasto dell'art. 1 l. fall. con l'art. 27, II comma, Cost., SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 16 e ss.). Sulla problematica relativa alla valutazione autonoma del giudice penale degli elementi rilevanti per la “fallibilità” dell'imprenditore, v., per tutti, MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 72 e ss.

stessa fra i creditori – e solo per il perseguimento degli scopi anzidetti relativi all'impresa si rivolga “contro” l'imprenditore, è ulteriormente dimostrato dalla circostanza che la legge fallimentare, all'art. 11, preveda il fallimento dell'imprenditore defunto: forse nessuna norma più di questa esprime icasticamente come la vera “fallita” sia l'impresa e non l'imprenditore, il quale, nell'ipotesi di cui all'art. 11 l. fall., non è neanche più in vita.

L'imprenditore ha l'onere di perseguire il proprio *soggettivo* profitto attraverso l'*oggettivo* profitto dell'impresa. In altri termini, l'imprenditore si può arricchire lecitamente *solo* garantendo il corretto funzionamento dell'impresa che consiste nel generare profitto oggettivo, ossia un utile non solo per l'imprenditore ma anche per tutti i soggetti con i quali l'impresa si relaziona, ossia per l'intera società.

4. Il significato della condotta di bancarotta patrimoniale e la proprietà “commerciale”. Il vincolo di destinazione dei beni dell'imprenditore

La condotta di bancarotta patrimoniale – sia essa semplice o fraudolenta, ossia colposa o dolosa – consiste nella *diminuzione dell'attivo patrimoniale dell'impresa non giustificata dalla funzione oggettiva dell'impresa stessa*.

La condotta di bancarotta, in altri termini, costituisce una lesione dell'autonomia del patrimonio dell'impresa ossia del suo vincolo di destinazione al “fine della produzione o scambio di beni e servizi” (art. 2092 c.c.).

L'imprenditore, pertanto, anche quando ha la proprietà dei beni dell'impresa, non ha sugli stessi il medesimo jus utendi ac abutendi che sui propri beni ha il proprietario “civile”, i beni dell'imprenditore sono vincolati al perseguimento della finalità del profitto oggettivo, ed il profitto soggettivo dell'imprenditore è ammesso solo nella misura in cui esso si concili con il profitto oggettivo dell'impresa¹².

¹² Il giudice penale – nel valutare le condotte di bancarotta, sia semplice che fraudolenta – deve valutare le stesse alla stregua delle “business rules”, così come lo stesso magistero punitivo deve valutare, per es. in tema di colpa medica, le condotte del sanitario alla stregua delle “regole dell'arte medica”.

Che i criteri della diligenza imprenditoriale o della correttezza economica costituiscano un limite oggettivo di tutte le fattispecie di bancarotta, anche di quella fraudolenta, è precisato da Cass., Sez. V, 28.06.1989-12.10.1989, n. 13600: “Non è responsabile del reato di bancarotta per distrazione né l'imprenditore che, pur alienando un bene, lo faccia seguendo criteri economici non scorretti ed intenda utilizzare il ricavato per estinguere i debiti contratti nella gestione dell'impresa stessa; né chi, a siffatta alienazione pervenga soltanto per poter disporre, in breve tempo, di congrui finanziamenti, necessari per superare un temporaneo stato di disse-

La violazione di tale vincolo di destinazione dei beni – indipendentemente dal danno arrecato al singolo creditore ed ancor meno dall'inadempimento – e pertanto “l'impoverimento” dell'impresa, costituisce il fondamento della responsabilità penale a titolo di bancarotta.

Le recenti pronunce giurisprudenziali in tema di “bancarotta riparata”¹³, dando rilevanza ad una sorta di resipiscenza prefallimentare¹⁴, introducono una causa di non punibilità

sto: in entrambi i casi, pur risultando mutata la destinazione del bene, gli interessi dei creditori non risultano pregiudicati”.

Più di recente la Corte di Cassazione ha utilizzato il concetto di rischio dell'operazione economica in tema di bancarotta, precisando che non tutte le operazioni rischiose vadano considerate rilevanti ai sensi dell'art. 217, I comma, n. 2, L. fall., poiché le “operazioni di grave imprudenza sono quelle caratterizzate da alto grado di rischio” (Cass., Sez. V, n. 2431, 20.03.2003-04.06.2003, imp. Griffini ed altro, Rv. 225937).

Il concetto di “Business Judgment Rule”, di origine nordamericana, non deriva da norme scritte ma è di fonte giurisprudenziale. La giurisprudenza degli USA, a sua volta, si ricollega a due “modelli” guida. Il primo è quello elaborato dall'American Law Institute, Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume I, 1994, § 4.01 (c). Tale “modello” di “Business Judgment Rule” fa riferimento alla “buona fede”, all'assenza di conflitto di interessi fra amministratore e società, alla “ragionevolezza” della “valutazione economica” ed infine “all'interesse della società”. La seconda “regola guida” è quella formulata dalla Delaware Supreme Court, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984); anche qui si fa riferimento, oltre che al dovere di informazione ed alla buona fede, all'“interesse delle società”. Entrambi i “modelli” rivelano notevoli somiglianze (se si eccettua che il criterio di ragionevolezza è indicato solo nel primo modello, nel secondo è però indicato il criterio di buona fede che non può, come tale, avere una connotazione solo psicologica ma che deve avere delle caratteristiche anche oggettive le quali, pertanto, accostano tale “clausola” al criterio di ragionevolezza) ed in particolare, significativamente, in entrambi i modelli viene indicato l'interesse della società – e non quello dei detentori del capitale sociale – come l'interesse a cui si deve ispirare la condotta di gestione dell'amministratore di società commerciale.

Il diritto societario italiano, in tema di responsabilità degli amministratori di società, fa riferimento alla “diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392 c.c.) e la giurisprudenza precisa che si tratta di un “generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione” (Cass. civ., Sez. I, n. 5718, 23.03.2004, Rv. 571391) e che coloro che sono soggetti a tale obbligo “vanno individuati anche nell'ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo ...) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate” (Cass. civ., Sez. I, n. 1925, 06.03.1999; più di recente Cass. civ., Sez. I, n. 28819, 05.12.2008). Non risulta pertanto indicato se la diligenza degli amministratori debba essere commisurata in relazione al solo perseguimento degli interessi degli azionisti, o comunque dei detentori del capitale sociale, od anche (o prevalentemente) in relazione al perseguimento degli interessi della società.

Sulla scorta dell'esperienza nordamericana, la legge sulla società per azioni tedesca (AktG), riformata sul punto nel 2005, stabilisce, al § 93, I comma, che gli amministratori devono agire, “ragionevolmente”, “per il bene della società”. Nella nuova disposizione in tema di diligenza degli amministratori di società vigente in Germania, pertanto, viene attualmente esplicitato, oltre al criterio di ragionevolezza, anche che l'interesse che deve essere perseguito in via prioritaria dagli amministratori più che quello dei detentori del capitale sociale è l'interesse oggettivo dell'impresa.

¹³ “La condotta distrattiva è penalmente irrilevante (...) se i suoi effetti negativi vengano meno (...) prima della dichiarazione di fallimento”; così già Cass., Sez. V pen., 29.11.1990, n. 15850, ud. 26.6.1990, imp. Bordoni, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828 con nota di CARRERI, *Nuova prospettazione di una vecchia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1142, con nota di DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa* ed in *Cass. pen.*, 1992, p. 1606, con nota di ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente*. Fra le altre v., successivamente, Cass.

tà (od un limite alla tipicità) che tiene conto dell'“instabilità” – o “non definitività” - della situazione dell'impresa prima della sentenza dichiarativa di fallimento ma non un elemento di danno concreto, o un profilo di offensività di natura patrimoniale individuale, tale da limitare l'operatività della fattispecie alle ipotesi di sussistenza di passività; la predetta giurisprudenza in tema di c.d. “bancarotta riparata” non muta pertanto la ratio della fattispecie trasformandola in una disposizione meramente accessoria alla disciplina civilistica in materia di inadempimento. Punito, infatti, in ogni caso, non è il mero inadempimento ma la distrazione di cespiti patrimoniali dalle finalità dell'impresa, allorché tali distrazioni non vengano “riparate” prima della sentenza dichiarativa.

La sopra indicata responsabilità a titolo di bancarotta – penale, ma anche civile - è tale da superare lo “schermo” della personalità giuridica nelle imprese gestite in forma societaria e dotate di autonomia patrimoniale. L'amministratore di fatto, colui cioè che in concreto gestisce e trae profitto dall'impresa, “l'imprenditore reale”, è chiamato infatti a rispondere (come detto, non solo penalmente ma anche civilmente), e ciò anche nelle società “anonime”, a titolo di bancarotta.

Pertanto, muovendo da un concetto unitario di proprietà, modellato su quello classico del proprietario “civile”, dotato di jus utendi ac abutendi sui suoi beni, non è possibile comprendere la ratio dei delitti di bancarotta. In realtà, evidentemente, la proprietà dell'imprenditore - la proprietà “commerciale” - con il suo vincolo di destinazione oggettivo che risponde ad interessi che, nella loro oggettività, sono diversi e distinti da quelli stret-

pen., Sez. V, n. 7212, 26.01.2006 - 27.02.2006, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2006, fasc. 3, p. 745 e ss. con nota di ZAMPANO, *Bancarotta “riparata” e principio di offensività*. Già NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, 1955, p. 43, aveva sostenuto che le condotte riparatorie delle distrazioni nella bancarotta andavano considerate come cause di non punibilità.

Sul punto si deve rilevare che la sottrazione di cespiti patrimoniali all'impresa, anche quando sia stata “riparata”, può comunque avere arrecato danno all'impresa stessa. Infatti, secondo ZAMPANO, op. cit., p. 754, “il giudice dovrà verificare che non residuino conseguenze negative indirette, come può accadere se la restituzione non sia stata sufficientemente pronta, e quindi la distrazione si sia protratta per un tempo sufficiente a comportare menomazioni patrimoniali”. V. anche in merito, PEDRAZZI, op. cit., p. 24 e ss. Secondo SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit. p. 90 e ss. la predetta giurisprudenza sulla bancarotta riparata rappresenta un primo tentativo di passaggio da una concezione della bancarotta come reato di pericolo presunto ad uno di pericolo concreto.

¹⁴ La c.d. “bancarotta riparata” sembra consistere in vere e proprie condotte riparatorie sorrette da un requisito di “volontarietà” analogo a quello previsto in tema di desistenza e di recesso e sembra pertanto che non rilevi “per se” la mera assenza di danno nei confronti dei creditori. La “riparazione”, inoltre, deve realizzarsi prima dell'intervento della sentenza dichiarativa, cosicché, per tal duplice ordine di motivi, non rileva il recupero del bene a seguito di azione revocatoria: cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 39635, 23.09.2010 - 10.11.2010, imp. Calderoni, Rv. 248658.

tamente individuali e soggettivi dell'imprenditore proprietario dei beni stessi, ha uno statuto diverso rispetto alla proprietà "civile".

La proprietà dell'imprenditore è pertanto sottoposta ad un diverso regime - o "statuto" - rispetto alla proprietà "civile". Tale diverso "statuto" della proprietà "commerciale" - i limiti ed il contenuto di questo diritto - non trova definizione nelle norme "civili", ma trova definizione e limiti *in maniera originaria* nelle norme penali sulla bancarotta, le quali assumono così una posizione di *norme di principio* che trascendono la disciplina fallimentare e che disegnano non solo lo statuto penale dell'imprenditore ma anche in maniere determinante il suo statuto proprietario.

La particolarità della disciplina della proprietà dell'imprenditore sui suoi beni, l'essere gli stessi vincolati, come si è visto, ad uno scopo, la circostanza che le più gravi distrazioni dallo scopo sono fonte di responsabilità penale, è costituita quindi proprio dalla circostanza che tali "abusi" del diritto di proprietà non trovano limiti - al di là delle ipotesi di revocatoria, che però hanno una applicazione ben meno estensiva delle norme penali - nella legislazione civile, ma solo in quella penale.

Ciò ovviamente non significa che vi sia contrasto fra disciplina civile e quella penale, ma soltanto che alcune norme ed istituti tipicamente "civili" trovano il loro limite dettato in un altro settore dell'ordinamento, nella specie in quello penale.

La contraddizione fra disciplina "civile" e quella "penale" in materia di facoltà di disposizione da parte dell'imprenditore dei propri beni è pertanto solo apparente e deriva da una visione della proprietà che, in quanto discendente dall'assoluto *jus utendi ac abutendi* della proprietà "civile", non corrisponde alla reale disciplina della proprietà "commerciale", ossia quella dell'imprenditore sui beni dell'impresa, che invece, come visto, è disciplinata in modo da garantire il vincolo dei beni stessi ai fini dell'impresa.

5. *L'operatività delle fattispecie di bancarotta condizionata dalla disciplina extrapenale. La sentenza dichiarativa di fallimento. Bancarotta, inadempimento, danno individuale arrecato ai creditori, esito della procedura fallimentare. "Bancarotta riparata".*

Mentre i limiti del diritto di proprietà dell'imprenditore sui suoi beni sono tracciati dalle norme penali che prevedono i delitti di bancarotta, l'operatività invece di queste ulti-

me a seguito della violazione del predetto vincolo di destinazione è invece condizionata dalla normativa extrapenale del fallimento, le fattispecie penali in tema di bancarotta non si applicano, infatti, in ogni caso nel momento della violazione del vincolo di destinazione, *ma solo allorché la sentenza dichiarativa di fallimento abbia sancito la morte dell'impresa.*

Qui sono le norme extrapenali a condizionare *in via originaria* l'ambito di operatività delle norme penali, nella specie, in tema di bancarotta.

Anche in questo caso è l'interesse generale e non quello individuale a dettare la disciplina: l'interesse sociale alla continuità di una impresa ancora funzionante - e quindi produttiva di ricchezza - prevale su quello (a questo punto da considerare "astratto") della punizione dell'autore di una condotta antidoverosa.

La responsabilità penale a titolo di bancarotta, proprio perché le fattispecie in oggetto presidiano il corretto funzionamento dell'impresa e la corretta destinazione del suo patrimonio, è svincolata dalla realizzazione di un danno nei confronti di un creditore, e quindi dall'inadempimento. Per giurisprudenza costante¹⁵, infatti, l'imprenditore risponde di bancarotta anche nell'ipotesi in cui il fallimento si chiuda senza passività.

Il più recente emergere nella giurisprudenza del riconoscimento dell'effetto esimente dei pagamenti reintegrativi prefallimentari - c.d. "bancarotta riparata" - piuttosto che introdurre un elemento di offensività patrimoniale nella fattispecie riconosce, come detto, la "non definitività" di alcune disposizioni patrimoniali prima dell'avverarsi della condizione

¹⁵ Cfr., fra le tante, di recente, Cass. pen., Sez. V, n. 11633, 08.02.2012 Cc., dep. 26.03.2012, imp. Lombardi Stronati, Rv. 252307: "Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione è un reato di pericolo e non è dunque necessario, per la sua sussistenza, la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori, il quale rileva esclusivamente ai fini della eventuale configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 219 legge fallimentare". "La chiusura del fallimento, sia pure per integrale soddisfazione dei creditori, non fa cessare gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e non fa venir meno il reato di bancarotta. Soltanto la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, la quale fa venir meno la condizione necessaria per la punibilità del fatto, esclude il reato" (Cass. pen., Sez. V, n. 55, 18.01.1967 - 28.02.1967, imp.: Guiscardo, Rv. 103590). Ribadisce il principio, di recente, Cass. pen., Sez. V, n. 21872, 25.03.2010 - 08.06.2010, imp. Laudiero, Rv. 247443. V. anche Cass. pen., Sez. V, n. 1336, 05.11.1986 - 06.02.1987, imp. Scudieri: "La chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza di passivo (nella specie per rinuncia dell'unico creditore insinuato) espressamente prevista dall'art. 118 n. 1 e 2 legge fallimentare non esclude la legittimità e l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento e non fa venir meno obiettivamente il reato di bancarotta (nella specie fraudolenta) sul quale incide solo la revoca del fallimento, pronunciabile ex art. 19 legge fallimentare (a seguito di opposizione), nel caso d'insussistenza dello stato di insolvenza al momento della dichiarazione di fallimento. Per le stesse ragioni, pertanto, la menzionata chiusura non esclude l'elemento subiettivo del reato, consumato, di norma, al momento della dichiarazione di fallimento".

obbiettiva di punibilità. Le condotte “riparatorie” poste in essere prima della sentenza dichiarativa hanno l'effetto, in questa prospettiva, di escludere la punibilità.

Il nucleo centrale delle fattispecie di bancarotta rimane però ancora costituito dallo sviamento – sia esso doloso o colposo – di risorse dai fini propri dell'impresa, uno sviamento od una distrazione che non siano stati reintegrati, ed è questa la novità introdotta dalla giurisprudenza in tema di c.d. “bancarotta riparata”, prima della sentenza dichiarativa di fallimento.

La circostanza che ad uno o più creditori sia stato arrecato un reale pregiudizio non costituisce un elemento della fattispecie di bancarotta che, pertanto, non è collegata ad un evento di danno economico individuale ma rimane ancora incentrata sullo sviamento di risorse dell'impresa dal loro fine proprio e, quindi, con riferimento agli interessi dei creditori, un mero reato di pericolo¹⁶.

¹⁶ L'istituto della bancarotta configura una tutela sotto condizione. L'avverarsi o meno di tale condizione (costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento) è totalmente svincolato da un giudizio di meritevolezza nei confronti della condotta del soggetto agente.

L'imprenditore può avere posto in essere operazioni distrattive (dolose o colpose), anche di notevole rilevanza, esse possono, per vari motivi, (perché, per es., il patrimonio dell'impresa è di molto superiore agli ammanchi, perché l'imprenditore beneficia di un inatteso ed ingente lascito, ecc.) non avere cagionato lo stato di insolvenza e pertanto l'imprenditore, per ragioni del tutto svincolate dal proprio “merito”, non verrà dichiarato fallito e le condotte di bancarotta non saranno punibili.

Anche in caso di soluzioni prefallimentari dello stato di crisi, come quella prevista dal nuovo istituto relativo agli “accordi di ristrutturazione dei debiti” (art. 182 bis l. fall.), nel caso in cui le eventuali condotte distrattive precedentemente poste in essere dall'imprenditore non costituiscano ostacolo all'omologazione dell'accordo e che non venga dichiarato il fallimento (che può verificarsi anche successivamente all'accordo di ristrutturazione), le predette precedenti condotte distrattive non verranno punite per il mancato avverarsi della condizione di punibilità costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento, esattamente come nell'ipotesi nella quale alle condotte distrattive non segua (magari, come esposto nell'esempio sopra illustrato, a causa di un inatteso lascito) uno stato di insolvenza e non si verifichi il fallimento. L'accordo di ristrutturazione dei debiti, così come ogni altra vicenda precedente al fallimento modificativa od estintiva dei rapporti obbligatori in capo al fallito, non incide sulla rilevanza penale delle condotte di bancarotta.

La sentenza dichiarativa di fallimento può venire meno per le situazioni più disparate, siano esse collegate alla volontà dell'imprenditore che abbia commesso precedenti condotte distrattive (come nell'ipotesi degli accordi di ristrutturazione) siano esse invece del tutto indipendenti dalla volontà stessa (come nell'ipotesi che lo stato di insolvenza venga evitato a ragione di un inatteso lascito, di una regalia, oppure di un investimento eccezionalmente redditizio). Naturalmente, come detto, nulla impedisce che l'imprenditore, venutosi successivamente a trovare in stato di insolvenza, sia dichiarato fallito e debba a questo punto rispondere dei fatti di bancarotta precedentemente commessi.

Tale situazione di tutela sotto condizione non muta l'“oggettività giuridica” - o la *ratio* - dei delitti in esame. La situazione di tutela “sotto condizione” costituisce una caratteristica tipica di tutti i delitti sottoposti ad una condizione obbiettiva di punibilità la quale, come tale, rappresenta un meccanismo selettivo delle condotte penalmente rilevanti non collegato a ragioni di “meritevolezza” riferibili al soggetto agente. La sentenza dichiarativa di fallimento, ed il fallimento stesso, non rappresentano né l'evento (né, tantomeno, l'“evento dannoso”) delle condotte di bancarotta, ma valgono solo a costituire un limite oggettivo alla loro punibilità. La

Norme *non penali* sul fallimento e norme *penali* sulle bancarotte concorrono pertanto a delineare lo statuto dell'impresa in relazione a due momenti essenziali della vita della stessa: la sua cessazione e la corretta destinazione del suo patrimonio¹⁷.

Abstract

The paper examines the interference between the criminal offense of bankruptcy and civil discipline of failure, with particular reference to the operations for businesses affected by the bankruptcy adjudication of bankruptcy and the resulting outcomes.

stessa nota e consolidata giurisprudenza che considera il fallimento come un evento del reato (sulla quale in questa sede non ci si sofferma, sia consentito sul punto rinviare a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit. p. 159 e ss.) ha sempre precisato sul punto che si tratta di un evento assolutamente sui generis in quanto totalmente svincolato sul piano causale dalle condotte di bancarotta e quindi, come tale, "non addebitabile" al fallito.

I reati di bancarotta non sono reati di danno nei confronti dei creditori perché non è necessario, per la loro punibilità, che si sia verificato un reale danno economico nei confronti di uno o più creditori. La pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento attesta e dichiara solo uno stato di insolvenza dell'impresa e, con esso, la cessazione dell'impresa stessa, uno stato di insolvenza che può anche non essere addebitabile al fallito e che non è necessariamente collegato causalmente, neanche in via "mediata" o "indiretta", alle condotte di bancarotta, e la sentenza stessa rimane una valida condizione obbiettiva di punibilità anche nell'ipotesi in cui i creditori, magari perché soddisfatti contestualmente alla pronuncia della sentenza, non si insinuino al fallimento.

¹⁷ Certamente, come da più parti rilevato, le vigenti norme penali fallimentari, e segnatamente quelle in tema di bancarotte, tutte antecedenti all'entrata in vigore della Costituzione, sono caratterizzate, sotto taluni aspetti, tra gli altri sul piano sanzionatorio, da un'asprezza che, per alcuni versi, mal si concilia col mutato spirito espresso dalle recenti riforme fallimentari che sono ispirate, oltre che alle "classiche" finalità del diritto fallimentare illustrate nel testo, anche al recupero, quando possibile, dell'attività di impresa e da una spiccata attenuazione dei caratteri stigmatizzanti della disciplina del fallimento.

L'introduzione successiva, peraltro, anche nel nostro ordinamento, dei delitti di infedeltà patrimoniale (artt. 2634 e 2635 c.c.), ispirati da una ratio per molti versi analoga a quella che ispira le previsioni di bancarotta, ma contrassegnati, come è noto, da un regime sanzionatorio e di procedibilità fortemente differente da quello che contrassegna le fattispecie di bancarotta, costituisce un elemento di discrasia nella disciplina penale relativa alla corretta destinazione del patrimonio dell'impresa che richiederà probabilmente in futuro un intervento di coordinamento ed armonizzazione del legislatore.