

Alberto Alessandri

DIRITTO PENALE COMMERCIALE

Volume IV

REATI NELLE PROCEDURE CONCURSUALI

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore

Capitolo I

Problemi generali della bancarotta

Sommario: 1. Brevi cenni storici. – 1.1. Premessa. – 1.2. Le origini nei Comuni medioevali. – 1.3. Le origini della bancarotta documentale. – 1.4. Il fallimento doloso, colposo, incolpevole. – 1.5. Una lunga sopravvivenza. – 2. I rapporti tra la disciplina civilistica e quella penalistica. – 2.1. Le riforme della parte civilistica e l'immobilismo della parte penalistica. – 2.2. Le nuove soluzioni concorsuali della crisi. – 2.3. Le conseguenze delle modifiche. – 3. Il micro-sistema dei reati di bancarotta. – 3.1. L'inesistenza del dato empirico relativo al diritto penale della crisi e dell'insolvenza. – 3.2. Uno sguardo d'insieme. – 3.3. Gli interessi in conflitto. – 3.4. Insolvenza e crisi. – 3.4.1. L'insolvenza. – 3.4.2. La crisi. – 3.5. L'imprenditore. – 3.5.1. La nozione e le sue modifiche. – 3.5.2. I problemi posti dalle modifiche. – 3.5.3. I *bias* cognitivi nell'accertamento del fatto. – 4. Il bene giuridico protetto: prime considerazioni. – 5. I progetti di riforma.

1. Brevi cenni storici.

1.1. Premessa.

1.1.1. Nel campo del diritto penale commerciale o dell'economia sono davvero pochi i settori di disciplina che possono trarre sostanziale utilità da una premessa di carattere storico. In questo campo gli istituti si sono affacciati, di solito, in tempi recenti e nell'ambito delle istituzioni dell'economia capitalistica avanzata, pressoché sempre dopo la prima rivoluzione industriale. Le modifiche di maggior interesse, in tempi recenti, attengono semmai ai cambiamenti dei rapporti tra Stato e mercato e alla disciplina-regolamentazione (e in che grado) di quest'ultimo, assumendo quale sfondo il sistema economico capitalistico liberale (è poi una questione di gradi: dal *liberal* al neoliberistico, per dirlo in rozza sintesi).

Un'eccezione è costituita, soprattutto per la tradizione italiana e, in genere, dei paesi di *civil law*, dal settore dei reati fallimentari (occorre qui usare il vecchio termine): per due singolarità che non hanno uguale.

Anzitutto, a) le sue prime manifestazioni¹ risalgono assai indietro nel tempo, entro strutture economiche, sociali e di mercato ben diverse dalle attuali; *tuttavia*, b) rispetto a quelle prime, lontanissime manifestazioni, le forme attuali presentano caratteri assai simili, tanto da poter cogliere un'impressionante **continuità strutturale** e di **contenuti**, nonostante i mutamenti radicali avvenuti nell'economia, nel mercato e nelle istituzioni.

Sono due caratteristiche che stimolano una ricognizione nel tempo trascorso. La dimessa terminologia vuol segnalare che non è questa evidentemente la sede per una compiuta analisi storica, che richiederebbe una visione e un'analisi delle dinamiche economiche e sociali intervenute, delle istituzioni create e mutate e delle ideologie o legittimazioni culturali. Il massimo a cui si può qui ambire è una sorta di *genealogia* delle figure criminose per rintracciare le antiche forme, le stratificazioni e lo scorrere, con anse e ritorni, degli elementi costitutivi. Lo esige, a me pare, uno sguardo disincantato all'attuale situazione normativa dei reati nelle procedure concorsuali, pressata tra un blocco di disposizioni penali contraddittorie, irragionevoli, ben poco rispettose, nella sostanza e nell'applicazione, dei principi costituzionali (con dottrina e giurisprudenza divise quasi su ogni punto); e l'incalzare delle riforme dalla parte civilistica, che, con gli ultimi interventi del 2021-2022 ha scardinato l'impianto tradizionale, acuendo le già note difficoltà di coordinamento con l'immutata parte penalistica.

1.1.2. Si può fissare un primo punto. Storicamente si è verificato uno slittamento di piani; il fallimento dapprima fu un **crimine**, definito di *bancarotta*, in sé concluso, poi una **procedura concorsuale** nella quale prendevano vita e assumevano rilievo condotte – presunte o accertate – di frode ai creditori, commesse sui beni o sui libri.

Il diritto romano² è troppo lontano e ci dice poco. Prevedeva sanzioni schiettamente punitive nei confronti della "corporalità" del debitore inadempiente e regole dei rapporti tra i creditori nel momento del loro ristoro, che sarebbero poi state superate. Il debitore che non onorava i suoi impegni cadeva, con la sua persona e con ogni suo bene materiale, nel potere assoluto del creditore, indifferentemente se egli non avesse voluto pagare o non avesse potuto farlo, per dolo, per colpa o per sfortuna. La garanzia costituita dalla persona prevaleva sulla garanzia offer-

¹ ALFANI, in *Dig. it.*, V, 1890-1899, 98; DALLOZ, *Giurisprudenza dei fallimenti*, trad. it., Firenze, 1833, 1; PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale*, Milano, 1913, vol. XIV, 409 ss.; NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1906.

² ROCCO AL. (1917), 1 ss.

ta dai beni, segnando un carattere nettamente distintivo rispetto a tutta la legislazione successiva: un debitore costretto al pagamento con sanzioni severissime³, mantenute anche nelle legislazioni barbariche, nelle quali si perpetuava la punibilità del debitore insolvente.

L'eredità del diritto romano è però troppo raffinata per consentire di chiudere la questione in questi termini semplicistici. L'esecuzione personale – *qui non habet in aere luat in corpore* – sarebbe stata superata e dalle previsioni delle XII tavole⁴ – un codice dei contadini⁵ – si sarebbe passati a discipline⁶ di esecuzione sul *patrimonio*

Il diritto romano conosceva assai bene il *concursum creditorum*⁷ e molti altri istituti come la *bonorum venditio*, riprese anche successivamente come quella del superamento della regola *prior in tempore, potior in iure* a favore della parità di condizione dei creditori, in quote proporzionali al credito.

Vi è però un ostacolo ad un ricorso al diritto di Roma, dipanatosi per un tempo e uno spazio smisurati. Non si discute che l'esperienza romanistica abbia forgiato istituti che si possono far rientrare in *un tipo* di diritto commerciale: ma un'*impresa* che abbia qualche parentela con la modernità non è presente nell'antichità. Era la struttura sociale ed economica a impedirlo: società schiavista, senza alternative né teoriche né pratiche, di «rapina bellica»⁸ quale unico meccanismo di autoalimentazione economica. «L'economia romana e quella della modernità europea sono nella loro autentica storicità due mondi a parte, separati da un'insormontabile differenza qualitativa»⁹. Le regole che disciplinavano il diritto commerciale romano, ad ammetterlo, sarebbero state superate e travolte nell'esperienza storicamente concreta del settore mercantile¹⁰.

³ LONGHI (1930²), 9.

⁴ 453-452 a.C., tab. III, 6.

⁵ CERAMI-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 24. In precedenza – e con diverse sfumature – BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano, Dig. disc. priv., Sez. comm.*⁴, vol. IV, Torino, 1989, 320.

⁶ *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.; TITO LIVIO, *Storia di Roma dalla sua fondazione*³, trad. it., vol. VIII, Milano, 1989, 28, 79 («che fossero i beni del debitore, non il suo corpo, a rispondere del debito»).

⁷ SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, Napoli, 1937-1940.

⁸ SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Torino, 2020, 77; sulla manodopera servile quale base di ogni manifattura, *ivi*, 117.

⁹ SCHIAVONE, *op. cit.*, 165.

¹⁰ È comunque difficile stabilire se queste procedure abbiano esercitato influenza su quelle medioevali, sia in Italia che altrove: SANTARELLI (1964), 23; ID., in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 366; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998³, 26, sul mutamento delle regole del concorso dei creditori; ID., *Noviss. dig.*, V, 1975, 381.

1.2. Le origini nei Comuni medioevali.

1.2.1. Solo nel diritto medioevale, nelle città mercantili durante il basso medioevo¹¹ (la cui vastità spaziale e ampiezza temporale¹² permettono qui solo pochi cenni) si affermò, là ove vi erano le condizioni politiche ed economiche che lo consentivano, la procedura collettiva che univa, sotto il controllo del giudice, tutti i creditori, posti sullo stesso piano di parità, rispetto a tutti i beni del fallito, con specifiche eccezioni (ad es. la dote). La legislazione mercantile aveva compiuto un balzo rivoluzionario, modificando radicalmente la tradizione romanistica, sostituendo – in pratica – nella soddisfazione del credito il criterio della priorità temporale con quello della parità, in proporzione uguali per tutti¹³ (*par condicio creditorum; pari passu*). Dove la classe mercantile era egemone, seppure in una delicata spartizione dei poteri e delle ricchezze specie con la nobiltà, la disciplina cittadina si sviluppò in coerenza e celermente. Anzitutto spossessando il mercante debitore, privando cioè il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, che servivano, come massa, a soddisfare le pretese dei creditori, mentre le azioni individuali erano sospese¹⁴. Venezia è ricordata come la città nella quale si ebbe la legislazione sul fallimento di più antica data, nel 1244¹⁵.

Pressoché in tutte le legislazioni corporative e comunali era contemplata l'equivalenza tra bancarotta e condotta del debitore insolvente che si dava alla fuga, *fugitivus*¹⁶. La fuga¹⁷ dalla città, facilitata dal fitto mosaico cittadino, era equiparata talora alla mancata presentazione davanti agli organi della stessa (giudici o consoli), come appare da Statuti comunali della fine del Trecento. È un passaggio cruciale. Il fatto oggettivo di abbandonare la città, con o senza beni e libri, di non presentarsi, faceva del mercante – della *persona* del mercante – il portatore di un incancel-

¹¹ «La profonda elaborazione dell'istituto del fallimento coincide con l'epoca dei comuni e bastano pochi secoli a raggiungere la perfezione di quelle strutture fondamentali che sono sostanzialmente conservate anche nella legislazione moderna», PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, 66; ROCCO AL. (1917), 187.

¹² LE GOFF, *Un lungo medioevo*, trad. it., Bari, 2019.

¹³ SANTARELLI, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 370; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, cit., 26.

¹⁴ LONGHI (1930²), 4.

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

¹⁶ *Mensas autem fregisse dicunt*, LONGHI (1930²), 15: «queste diminuzioni patrimoniali si chiamavano col nome di bancarotta, e fuggitivo è chiamato il fallito bancarottiere, essendo la fuga uno dei segni caratteristici e talora anche un elemento qualificativo del reato».

¹⁷ SANTARELLI, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 368; richiami a statuti lombardi del 1380, in STORTI STORCHI, *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, 2007, 16, 221, 245.

labile *sintomo* presuntivo, che si snodava in due direzioni. Da un lato era equivalente alla cessazione dei pagamenti e manifestava, con presunzione assoluta, l'impossibilità di pagare. Dall'altro assorbiva la *sostanza* economica del rapporto con i creditori, vale a dire del dissesto, ed era considerata come sottrazione volontaria – quindi dolosa – alle regole cittadine: per contrappasso¹⁸ punita con il *bando*, la perdita della cittadinanza e della protezione della città¹⁹. La pena di *morte* o le pene *infamanti*²⁰ erano riservate a chi non fuggiva, ma agiva in modo presuntivamente fraudolento.

La struttura del grave illecito penale – era prematura una classificazione più stringente – era tutta oggettiva. Il fallito, ossia colui che cessava i pagamenti, era raggiunto dalla qualifica di “doloso” – con tutte le conseguenze sanzionatorie – se, appunto, fuggiva o compiva, nei dintorni temporali della *faillite* atti di frode: scomparsa dei libri, occultamento di beni ecc. Era il fallimento in quanto tale ad essere al centro dell'attenzione e l'assorbiva completamente²¹.

Non vi era alcun bisogno di precisazioni ulteriori, siamo nel tempo del *corpus delicti*, non del *Tatbestand*²². Era anche l'epoca in cui erano diffuse e giuridicamente (e socialmente) accolte le presunzioni (di colpa o di dolo o di frode) e l'indifferenza al nesso causale (sovente affidato anch'esso a presunzioni). Sono questi punti cruciali che tenacemente resisteranno per secoli, in una figura avvertita come gravissima rottura della fiducia mercantile e del patto di cittadinanza e severissimamente punita (salvo particolari “composizioni” stragiudiziali, tra debitore e creditori, favorite dal particolarismo giuridico e delle giurisdizioni), ma punteggiata da elementi, posti in snodi cruciali, refrattari al “fatto tipico”. È inutile cercare in siffatti cangianti istituti le tracce e la collocazione nella riflessione dall'Ottocento in poi, che ha cercato di inserirli ed è poi sfociata nella teoria della doppia presunzione di Alfredo Rocco, che trascende, ma retrocedendo, il fatto tipico.

Come accennato, si sarebbe sviluppata anche la disciplina della cessione dei beni ai creditori, magari preceduta da un sistema di misure coercitive per indurre il debitore a rivelare la consistenza del suo patrimonio e se e dove fosse conservato, per consentirne l'apprensione. Di

¹⁸ DI MARZIO (2017).

¹⁹ BLOCH, *La società feudale*, trad. it., Torino, 1949.

²⁰ Ma dalle forme ignominiose erano esentati ufficiali, vassalli regi, nobili soldati, avvocati e medici: PERTILE A., *Storia del diritto italiano*², vol. VI, p. II, Torino, 1902, 389.

²¹ V. FUGAZZA (2021), 13 ss.

²² V. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand, Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 157 ss.

qui l'insistita *equiparazione*, sotto l'ampio mantello della frode, sul piano dell'*inquisitio* e delle sanzioni criminali, della scomparsa dei libri o del loro mancato ritrovamento o, in un'impercettibile graduazione, della loro falsificazione con l'insolvenza stessa, specialmente nei confronti dei debitori che fuggivano o si nascondevano: mercanti o banchieri, in prevalenza, e il nome stesso di bancarotta risente di questo presupposto materiale, di agire "al banco", nelle vie della corporazione, che nella sua materialità era poi pubblicamente "rotto"²³, con il frequente corredo di procedure infamanti²⁴ nei confronti del debitore, esposto allo scherno e alla pubblica esecrazione. *Rottura del banco* che era segno e simbolo dell'espulsione dalla corporazione e dalla comunità cittadina.

Le *scritture* dei mercanti, indispensabili al loro lavoro, lavoro che la città comunale riconosceva, avevano uno statuto particolare, che non poteva non reagire nel fallimento del mercante. Erano soprattutto due, ritenuti essenziali: il "giornale" o manuale e il *liber* dell'asse, o *liber rationum*²⁵. Libri che erano la manifestazione e, al contempo, la sostanza della *fides*²⁶ che avvolgeva le relazioni cittadine e delle corporazioni, tanto che Baldo arrivava a conferire ad essi il carattere "quasi pubblico" di scrittura *quodammodo autentica*²⁷.

La fuga del debitore, in particolare del commerciante, era presente in numerose legislazioni, anche ben lontane dall'Italia mercantile, per esempio in Inghilterra, ove la prima legge era stata emanata nel 1542 (34 e 35 Hen. VIII, c. 4)²⁸. La differenza temporale, di circa tre secoli, se-

²³ LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 1884, 310; SANTARELLI (1964), 47. Un richiamo ironico in RABELAIS, *Gargantua e Pantagruel*, trad. it., Milano, 1984, 35.

²⁴ PORTALE, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 21.

²⁵ FORTUNATI, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, 1996, 54.

²⁶ DEGRASSI, *Introduzione, Tra vincoli corporativi e libertà d'azione: le corporazioni e l'organizzazione della bottega artigiana*, in *Tra economia e politica: le corporazioni nell'Europa medievale*, Pistoia, 2007, 359.

²⁷ FORTUNATI, *Scrittura e prova*, cit., 33; SAPORI, *Studi di storia economica*³, vol. I, Firenze, 1982, 35.

²⁸ «The Statute of Bankrupts or *An Acte againste suche persones as doo make Bankrupte*», 34 & 35 Henry VIII, c. 4, approvato nel 1542. Dopo un preambolo sull'oggetto, «*debtors acting in fraud of their creditors*» si enunciava il principio del pagamento dei creditori in quote proporzionali «*a portion, rate and rate alike, according to the quantity of their debts*». Nel preambolo si richiamava l'importanza cruciale della fuga «*do suddenly flee to parts unknown or keep their houses, not minding to pay or restore to any their creditors their debts and duties ... the Lord Chancellor ... shall have power and authority ... to take ... imprisonment of their bodies or otherwise, as also with their [real and*

gnala i tempi diversi nei quali la classe mercantile conquistò posizioni di potere, se non egemoniche certo rilevanti.

Affiora qui un altro punto della continuità citata all'inizio. La legge fallimentare pre-vigente (del 1942) prevedeva che il pubblico ministero potesse presentare richiesta di fallimento ed esercitare l'azione penale «quando l'insolvenza risulta ... dalla *fuga*, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore» (artt. 7 e 238 l.fall.). Oggi la situazione è diversa, richiedendosi, per l'esercizio dell'azione penale prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, o la notizia al Pubblico Ministero dell'insolvenza (art. 38) o il concorso di «gravi motivi» o «che esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere» la liquidazione giudiziale (art. 346).

1.2.2. Il fallimento ebbe ovunque, in quegli albori lontani, una marcata e rigorosa risposta **repressiva-punitiva**, che ha lasciato tracce assai tenaci e durature in gran parte delle tradizioni giuridiche, solo di recente attenuate: le sue caratteristiche di fondo erano l'**esecuzione forzata** attivata dai creditori, l'intervento di un **giudice**²⁹ (o di suoi ausiliari), lo **spossamento** del debitore, la creazione prima e l'osservanza poi della disciplina della *par condicio creditorum*. Anche qui si colgono spiccate somiglianze rispetto alla disciplina vigente, ma non si possono trascurare le radicali difformità di senso tra l'allora fallimento doloso di natura punitiva e l'attuale bancarotta. Il fallimento aveva natura penale ed era intessuto di elementi coercitivi, soprattutto il carcere e le pene infamanti, che si applicavano sulla base di presunzioni e di equiparazioni, salva la possibilità per chi deteneva il potere politico o giudiziario di “convertirlo” in procedure patrimoniali (cessione dei beni o concordato) o, radicalmente, escluderne l'applicazione³⁰.

All'epoca dei Comuni – specie nell'Italia centro settentrionale – e delle Corporazioni, quali tipiche associazioni protettive e regolatorie di

personal property however held] and to make sale of said [real and personal property however held] for true satisfaction and payment of the said creditors, that is to say; to every of the said creditors a portion, rate and rate like, according to the quantity of their debts».

²⁹ CARNELUTTI, *Lezioni*, V, *Processo d'esecuzione*, n. 397, 7, riportato da PROVINCIA-LI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 61; ampiamente SANTARELLI (1964), 47.

³⁰ SAPORI (*Stud*³, cit., 35) riporta notizie su una legge «draconiana» di Francesco I del 20 aprile 1582: a seguito della numerosità dei fallimenti, fece obbligo ai falliti di presentarsi entro tre giorni alle carceri per «giustificarsi», sotto pena di veder dichiarato doloso il loro fallimento ed essere così equiparati a “delinquenti”, con confisca dei beni e infamia perpetua per i figli, anche nascituri; si ritrovano tuttavia numerose suppliche, per iniziativa dei creditori del fallito, perché non si applicasse questa legge ai fallimenti più grandi.

artigiani e mercanti, le pene, seppur genericamente comminate o indicate per tipi, erano assai severe, in molti casi la morte³¹: l'insolvenza era considerata un gravissimo fatto (modo di agire) antisociale, nel quale si vedeva una radicale rottura delle regole fondamentali della corporazione, colpendo alla radice la fiducia sulla quale essa riposava. Il mercante non poteva godere di credito senza che vi fosse fiducia in lui: erano le basi economiche dell'economia di scambio, che sopravanzavano quelle di mera sussistenza, curtensi. Le corporazioni, animate da spirito d'innovazione e di conquista, poterono, nel basso medioevo, costituirsi e rafforzarsi nell'ambito dell'autonomia del comune, con la cui amministrazione s'intrecciavano rapporti stretti e ogni corporazione riconosciuta era, ad un tempo, organismo della comunità e gruppo privato di natura tecnica e commerciale³².

Per avere una sia pur approssimativa idea – l'unica possibile in questa sede – dello snodo tra comune medioevale e fallimento, occorre, a un di presso, ricordare la costituzione e le *constituency* del soggetto "città", «corporazione delle corporazioni»³³. La "rivoluzione delle città" è tema noto, benché non del tutto decifrato³⁴, soprattutto nelle cause economiche e sociali. Sorretto dall'espansione demografica³⁵ degli inizi del millennio e da una (parziale) innovazione agricola, lo sfaldamento, non definitivo³⁶, del sistema feudale e dei vincoli personali consentì spazi di infiltrazione, prima, di espansione, poi, delle autonomie cittadine.

1.2.3. Scalzati progressivamente i presupposti del sistema curtense, grazie anche all'aumento della produttività agricola tra la fine dell'XI e

³¹ *Statuto mercantile di Bologna*, (1509), in NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, cit., 7.

³² Su questi temi la letteratura è sconfinata: per un primo inquadramento, v. AA.VV., *Storia economica di Cambridge*, III, ed. it., Torino, 1977, 265 ss.; CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bari, 1980, 193; JONES in AA.VV., *Storia d'Italia*, a cura di ROMANO R.-VIVANTI, vol. 2, II, Torino, 1974, 1469; LUZZATTI, in AA.VV., *Storia dell'economia italiana*, a cura di ROMANO R., I, Torino, 1990, 63; PEZZOLO, in AA.VV., *The Cambridge History of Capitalism*, Cambridge (UK), 2014, 267.

³³ CIPOLLA, *Storia*, cit., 202.

³⁴ V. gli Atti del Convegno, *La crescita economica dell'Occidente medievale. Un tema storico non ancora esaurito*, Pistoia, 14-17 maggio 2015, Roma, 2017; LUZZATI, *La dinamica secolare di un "modello italiano"*, in ROMANO R. (a cura di), *Storia dell'economia italiana*, I, *Il medioevo: dal crollo al trionfo*, Torino, 1990, 27.

³⁵ Di recente per un'importante segnalazione del rilievo delle curve demografiche sull'economia moderna, GRAZIOSI, *Occidenti e modernità*, Bologna, 2023.

³⁶ ROMANO R., *Introduzione*, in ROMANO R. (a cura di), *Storia dell'economia italiana*, I, *Il medioevo: dal crollo al trionfo*, Torino, 1990, XXVIII.

il XIII secolo, il dato più appariscente³⁷ era costituito dalla “rivoluzione commerciale”, nella quale l’Italia ebbe un ruolo di primazia, per qualche tempo (XIII e prima metà del XIV secolo). L’innovativa alleanza tra vescovi del clero e, prevalentemente, medio-piccola nobiltà feudale terriera sorresse la «miscela esplosiva»³⁸ di una rivoluzione urbana generalizzata. All’interno di questa, la mutazione dei rapporti personali e la modifica di quelli economici avrebbero retto l’edificazione di una classe di mercanti borghesi, prevalentemente dediti allo scambio e all’intermediazione, anche se con qualche inserimento nella produzione, come organizzatori e apportatori di capitale, magari nelle forme dell’«opificio diffuso».

La tecnologia impiegata nella rivoluzione urbana e mercantile non era in sé innovativa, poiché riprendeva schemi, formule, mezzi che erano stati presenti nel passato (tra Oriente e Occidente). Radicalmente nuova era la razionalità “strumentale” e la consapevolezza con la quale le tecniche venivano combinate, perfezionate, diffuse e mise radici l’idea del profitto, svincolatasi silenziosamente dal divieto medievale dell’usura, che da secoli investiva ogni vantaggio, piccolo o grande, prodotto mediante il denaro. Dante, portato con Virgilio dal mostro Gerione – «sozza immagine di froda» – trova al settimo cerchio gli usurari, con al collo una «tasca», recante lo stemma della famiglia di appartenenza³⁹. Ma Dante non era un uomo della Firenze del suo tempo, essendo completamente sordo all’economico⁴⁰, anzi ripetutamente condannandolo (v. nel Canto precedente l’invettiva contro «la gente nuova e i subiti guadagni»: v. 73).

La nuova conformazione dei rapporti sociali, la nuova classe emersa, quella borghese che l’antichità romana non conosceva affatto⁴¹, i nuovi modi e rapporti di produzione, si espressero anche giuridicamente all’interno della nuova istituzione comunale e, in questa, nelle corporazioni.

È stato più volte rimarcato il fenomeno della minuziosa disciplina contenuta negli statuti delle corporazioni, per esempio quelle italiane del

³⁷ LUZZATI, *La dinamica secolare di un modello italiano*, in ROMANO R. (a cura di), *Storia dell’economia italiana*, cit., 28.

³⁸ LUZZATI, *op. cit.*, 45.

³⁹ DANTE, *La divina commedia*, canto XVII, vv. 43 ss.; l’origine della tasca, con l’emblema, risale all’uso dei cambiatori e prestatori di stare «*ad tabulam sive banchem cum tascha et libro*»: così nella nota 55, p. 196 dell’edizione (III) a cura di SAPEGNO, Firenze, 1985, 196.

⁴⁰ SAPORI, *Studi*³, cit., vol. III, 531, riprendendo una frase di SESTAN.

⁴¹ SCHIAVONE, *La storia spezzata*, cit., 95.

centro-nord. Era una rigorosa normativa dal piglio etico, che aveva ad oggetto tanto il “fare” secondo le regole (da qui la «contraffazione»), quanto l’essere rispettoso di queste nei rapporti economici. La trasgressione comportava immediatamente l’espulsione dell’associato e la sua disqualificazione pubblica, rituale. Ci rimangono vivi i ricordi di tutto ciò nel nome stesso, la “bancarotta”, come già accennato riferita alla rottura pubblica del banco⁴² del mercante quale segno della rottura della fiducia. Anche “fallimento” viene da un verbo ricco di contenuti, *fallere*, ossia tradire, ingannare, mentire, tutti termini entreranno a far parte della costellazione della frode.

Le regole della corporazione erano incluse in quelle del comune e le violazioni delle prime rimasero, anche dopo il declino delle corporazioni e dell’esperienza comunale, norme fondamentali del sottosistema che sarebbe caduto, poi, con l’avvento della disciplina dello Stato assoluto.

Ritornando quel tempo, il braccio secolare del Comune si sarebbe fatto carico della punizione – assolutamente diseguale, perché tutto il diritto era allora diseguale – dei bancarottieri. La pena infamante, la perdita dei diritti, le pene corporali, il dileggio e la gogna più l’aleggiare del carcere, discrezionalmente manovrato, lasciano echi precisi nella situazione attuale, forse del tutto superati oggi con il codice: e gli sia merito! Ma resteranno figure tenaci nell’immaginario collettivo, contro le quali lo Stato assoluto nascente tentò inutilmente di lottare⁴³, tanto che Balzac le può mettere, nel 1838, nella testa – un po’ confusa – di César Birotteau⁴⁴.

1.2.4. Quel che importa segnalare è che il medioevo, anche colto nel suo apogeo, nell’Italia comunale fino ai primi decenni del XIV secolo (una sorta di spartiacque è la peste del 1348 e, per quanto qui riguarda, i fallimenti dei banchieri fiorentini del 1342-45), ha lasciato quale sua

⁴² CHAVEAU-HELIE riportano l’opinione di MUYART DE VOGLANS (*Legisl. Crim.* 331), secondo cui il termine avrebbe origine dalla parola «banchieri» (falliti): *Teorica del codice penale*, trad. it della V ed. francese, a cura di PESSINA, Napoli, 1889, 163.

⁴³ La cerimonia infamante: a piedi nudi, in ginocchio, con la sola camicia, la corda al collo e il cartello “bancarottiere fraudolento”, tenendo in mano una torcia, è ricordata da DESURVIRE, *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, Paris, 2000, 42.

⁴⁴ «Se bancarottiere, sarebbe condannato, come in passato, alla gogna nella sala della Borsa, dove rimarrebbe per due ore, con in testa un berretto verde. I suoi beni e quelli della moglie, insieme ai suoi diritti, passerebbero ai creditori, ed egli sarebbe bandito dal regno [...] Tutti i falliti sono sospetti», BALZAC, *César Birotteau*, trad. it., Milano, 1967. Nel cap. XIV Balzac tratta la «*Storia generale dei fallimenti*» e definisce la legislazione vigente «uno degli scherzi legali più mostruosi che ci siano», 313.

eredità non una fattispecie di bancarotta bensì una figura, facilmente declinabile in termini soggettivi, di “bancarottiere doloso”. Non vi era quindi una “condotta”, un “fatto” punibile – *Tatbestand* – ma una costellazione di elementi di portata e natura diversi. La bancarotta (o il bancarottiere) rimandavano all’esistenza del fallimento, a sua volta però suscettibile di assumere fogge diverse: la cessazione dei pagamenti, la fuga, l’occultamento dei beni eccetera. La natura dolosa si rifrangeva in elementi indeterminati: ancora una volta la fuga, che per la sua clamorosità poteva giocare su due piani, la sparizione o sottrazione dei libri o la loro mancata consegna; le vendite in blocco o sottocosto in prossimità della cessazione dei pagamenti; e inoltre altri fatti dolosi, sostanzialmente di frode ai creditori, almeno tentata. Questi elementi, di fatto o di contesto, fornivano, si ripete, non il fatto ma la piattaforma sulla quale l’indeterminata e amplissima figura della bancarotta andava a collocarsi. Ne sarebbero stati i consueti accompagnatori, defluiti in posizione subalterna e tra loro surrogabili fino alle soglie prima della consolidazione e, poi, delle codificazioni moderne⁴⁵. Per fissare un altro punto: il variegato ed elastico complesso di fatti che potevano iniziare di dolosità il fallimento e quindi la bancarotta erano utilizzati esclusivamente come dati informativi dai quali in via diretta inferire, per presunzione assoluta, la qualificazione della *faillite*.

Se è vero che Benvenuto Stracca affermava ancora che «*falliti sunt infames & infamissimi* [riprendendo Baldo] *falliti sunt deceptores, & fraudatores*»⁴⁶, aveva però elaborato un elenco di condotte atte a far presumere la sussistenza della frode del fallito: la fuga, la falsificazione dei libri, la sottrazione, la distruzione, la dissimulazione dei beni, il compimento di taluni atti in un periodo prossimo al fallimento e i tentativi di procrastinare lo stato di decozione mantenendo la propria condizione di insolubilità⁴⁷.

Quindi largo impiego delle presunzioni e indeterminatezza dei “fatti” sui quali poggiare le prime elaborazioni e solo nelle mani dei giudici. Se dunque frammenti di questo meccanismo descrittivo-costitutivo, nelle inferenze o nelle basi, sono giunti ancora a noi, si tratta di *relitti* di un tempo e di una modalità di elaborazione giuridica a noi lontanissima: come si vedrà, le codificazioni del Settecento e le successive avrebbero

⁴⁵ Fondamentale al riguardo, TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

⁴⁶ BENVENUTO STRACCA, *De mercatura decisiones et tractatus varii et da rebus ad eam pertinentibus*, Sumptibus Claudij Landry, 1621, 412, consultabile in https://www.google.it/books/edition/_/AqblfbPxbiUC?hl=it&gbpv=1 (ultimo accesso maggio 2023).

⁴⁷ FUGAZZA (2021), 9.

eretto a elementi del fatto di bancarotta fraudolenta quelle *spie* indiziarie, quei sintomi, che lasciando impregiudicato il rapporto tra la bancarotta il fallimento, facevano assurgere la bancarotta alla sua natura di delitto in frode dei creditori.

Firenze sarebbe stata scossa nella prima metà del XIV secolo, segno premonitore del declino, da una serie di rovinosi, giganteschi fallimenti⁴⁸ dei banchieri più noti nella città. I prestiti dei banchieri avevano raggiunto livelli elevatissimi, con una massiccia esposizione nei confronti soprattutto di case regnanti o di sovrani in particolare, come Eduardo III d'Inghilterra. Le sconfitte o il nulla di fatto delle avventure militari di taluni sovrani europei avevano reso i banchieri fiorentini titolari di enormi crediti inesigibili: anzi, la prepotenza dei reali arrivò fino a rivolgersi contro i banchieri, con misure protettive, coercitive, con il carcere. Il favore goduto dai banchieri fiorentini a Londra e, seppur con perplessità, a Napoli e Avignone fu travolto: i primi a fallire furono gli Acciaiuoli, poi i Peruzzi⁴⁹, i Bardi, i Bonaccorsi, i Cocchi, i Da Uzzano, gli Antelessi, i Perendoli, i Castellani. Ma questi fallimenti, di entità mai viste, e con una diffusione di effetti depressivi sull'economia (per il mancato rimborso dei depositi del popolo) non ebbero esiti sanguinari e scie di infamia anche perché il fallimento dei banchieri si era intrecciato con il fallimento del Comune di Firenze che nel 1345 dichiarava di non poter restituire i debiti ai cittadini. I fallimenti furono tenuti in una situazione di moratoria cessata poi nel 1343 con l'avvento di *homines novi*, dopo la cacciata del duca d'Atene⁵⁰. Ma anche la fine della moratoria non comportò esiti punitivi disastrosi, tanto che alcune famiglie sarebbero ritornate in posizioni di potere di lì a qualche decennio. Quindi, altro tratto originario della bancarotta, in questo peraltro comune all'intero comparto penalistico del tempo, è la discrezionalità e la profonda disuguaglianza nell'applicazione. La struttura cetuale resisteva e avrebbe resistito a lungo, fino alla Rivoluzione francese.

1.3. Le origini della bancarotta documentale.

Lo sviluppo dell'economia mercantile e l'attivismo delle corporazioni forgiarono un sistema economico che si fondava sulla straordinaria innovazione – con riserva circa la sua originalità – delle *lettere di cam-*

⁴⁸ TANZINI, *La bancarotta di Firenze. Una storia di banchieri, fallimenti e finanza*, Salerno-Roma, 2018.

⁴⁹ SAPORI, *Studi*³, cit., vol. II, 653 e vol. III, 433.

⁵⁰ TANZINI, *op. cit.*, 53-60.

bio, prime rudimentali forme di moneta fiduciaria, la quale esigeva la preservazione e la garanzia degli snodi essenziali degli scambi, fondati su reciproca fiducia e affidabilità del credito concesso.

In questa luce si può comprendere lo straordinario risalto – a prima vista poco comprensibile – che avevano i libri contabili. È vero che essi erano esposti fin dal diritto romano sui banchi di attività delle *Tabernae argentariae*⁵¹, ma il cambiamento radicale avvenne quando, nel “risveglio” del XII e XIII secolo, i cambiatori-banchieri si organizzarono in Corporazioni o Arti: la più famosa tra esse fu l’Arte del Cambio di Firenze, esistente già nel 1202. Poi prese piede l’istituto del *cambium*, un contratto consistente nel riconoscimento di un debito da estinguere in un luogo diverso da quello in cui era stato sottoscritto e in una diversa moneta⁵², ampliandosi la gamma con le lettere di pagamento, documenti privati, e, ancora, le lettere di cambio.

Le difficoltà economiche dei secoli XIV e XV stimolarono il perfezionamento delle scritture contabili, mercantili e bancarie. Si diffuse il metodo della *partita doppia*, risalente alle Compagnie toscane della fine del XIII secolo, destinato a diffondersi poi in altri paesi europei, specialmente grazie alla divulgazione manualistica di fra LUCA PACIOLI⁵³ con il suo trattato del 1494⁵⁴, che organizzava la materia secondo la tecnica della “partita doppia”, illustrandone premesse, contenuti e tecniche.

Durante il Trecento, i banchieri italiani o fiamminghi, a fronte dei depositi in oro effettuati presso di loro, cominciarono a emettere titoli rappresentativi del credito nei loro confronti, attribuendo al depositante possessore del titolo il potere di scambiare queste lettere di cambio con un altro banchiere collegato col primo da legami d’affari; oppure il potere di utilizzare direttamente le “carte” come strumenti di pagamento. La funzione tipica di queste innovazioni non poteva andare disgiunta dalla **rappresentazione cartolare**, che mostrava la **consistenza** dei beni, la loro collocazione, e gli affari in corso o conclusi.

In un’epoca in cui il capitale *fisso* (beni strumentali, denaro in cassa, beni del mercante, bottega) era di solito assai *modesto*, a fronte di un capitale *circolante molto elevato* (specie per i cambiatori e banchieri) e spesso attivo in altri paesi, la rappresentazione contabile cominciò a di-

⁵¹ DE SIMONE, *Monete e banche attraverso i secoli*, Milano, 2011, 16.

⁵² DE SIMONE, *Monete*, cit., 35.

⁵³ SAPORI, *Studi*, cit., vol. III, 433, anche sul carattere non innovativo ma di grande importanza divulgativa dell’opera di Pacioli.

⁵⁴ *Summa de Arithmetica, geometria proportioni et proportionalità*, Venezia, 1494¹ e 1523².

venire fondamentale per la conoscenza del «patrimonio e del movimento degli affari» [art. 322 comma 1, lettera *b*)], al punto da costituire quasi un succedaneo del bene sottostante. La lettera di cambio non aveva valore in sé, ma esclusivamente significato finanziario; lo stesso deposito di monete in metallo prezioso presso i re assetati di denaro, a scopi prevalentemente bellici (e rapidamente evaporati), erano solo virtualmente fisici e restava il rapporto immateriale di mutuo. Di qui la vitale esigenza di una *fedele* rappresentazione contabile per avere la percezione, prima di tutto, dell'esistenza dei cespiti e della loro allocazione, in difetto della quale il patrimonio del debitore non solo era oscuro e incerto, addirittura non esisteva agli occhi dei creditori. Con la diffusione della partita doppia, propiziata dall'opera di Pacioli, la contabilità cominciava ad assumere, per la prima volta, anche la funzione di razionalità dell'attività imprenditoriale e poi, più tardi, di gestione dell'incertezza, per usare una terminologia moderna⁵⁵.

Erano dunque concretissime le ragioni per le quali le scritture erano oggetto di obblighi di fedele tenuta e, soprattutto, di presentazione imposti dalla normativa statutaria (del Comune o della corporazione). Parlare allora, e ancor oggi, di una mera strumentalità dei libri essenziali alla tutela delle ragioni dei creditori appare decisamente riduttivo. L'interesse che viene in gioco, rispetto a quello patrimoniale, ossia dell'esistenza fisica dei beni o della loro disponibilità, oggi definito in termini di «ostensibilità», in realtà si radicava, e si radica, sullo stesso identico ceppo sostanziale. È necessario che i beni esistano nel patrimonio del debitore, ma allo stesso tempo occorre sapere dove siano e di quali rapporti giuridici siano oggetto.

In queste lontane origini ed esigenze si scorgono le radici e ragioni della presenza continuativa, pressoché in tutti gli ordinamenti, della **banca-rotta documentale**, che poi si verrà a caricare di altre funzioni, mai però così densamente concrete come in quegli albori.

1.4. Il fallimento doloso, colposo, incolpevole.

1.4.1. Si ricorda sovente che la dottrina medievale si esprime, talora con vero furore, considerando tutti i falliti come infami e *fraudatores*, senza alcuna distinzione circa le cause dell'insolvenza⁵⁶. Erano i primi secoli del millennio.

⁵⁵ Il riferimento è ovviamente a KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit* (1921), trad. it. *Rischio, incertezza, profitto*, Firenze, 1960.

⁵⁶ BALDO «Falliti sunt infami et infamissimi ... nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator ...», Cons. V, 399, n. 3.

Si riporta usualmente che nell'opera di Benvenuto Stracca⁵⁷ alla fine del Cinquecento, fondatore del diritto commerciale insieme a Sigismondo Scaccia, si cominciò a distinguere tre tipi di falliti: fraudolenti, colposi, incolpevoli⁵⁸, tripartizione che è giunta a noi. Dunque, già nel secolo XVI il reato di bancarotta cominciava ad uscire dalla assoluta indeterminatezza precedente, a struttura presuntiva e sintomatica, per approdare, dapprima, in una partizione che sarebbe impreciso affermare di natura "soggettiva": la colpevolezza era categoria di poco peso. Erano pur sempre elementi o frammenti di *condotta* o di *fatti*, quindi di natura "oggettiva" ad essere individuati come idonei a far scattare le presunzioni. Non vi era, insomma, una o più condotte realizzate con dolo o con colpa, ma frammenti naturalistici dai quali arguire – in via probabilistica – la qualifica di doloso o colposo del fallimento. Bipartizione che avrebbe retto fino alla seconda metà del XVII secolo e anche oltre, ma che cominciava a scheggiare la catafratta natura dell'illecito penale, e nella quale si può intravedere l'inizio della scissione tra fallimento e bancarotta: almeno una distinzione (seppur di dubbio successo) era stata introdotta.

Se originariamente la responsabilità penale del fallito (ma non solo la sua) era di tipo rigorosamente oggettivo e non di rado per fatto altrui (come nell'estensione dell'infamia ai figli), nel corso del XV-XVI secolo, in parte per l'influenza del diritto canonico, in parte per il declino del sistema comunale e corporativo, eroso dall'avanzare della Signoria e degli Stati assoluti che si basavano su altri gruppi di interessi, si cominciò ad affermare la distinzione tra fallimento colpevole e fallimento incolpevole: a queste due ipotesi si aggiungeva il caso del fallimento dovuto a colpa, con un chiaro significato etico. In questa partizione, si scorge l'origine antichissima dell'attuale (nostra) bancarotta semplice (art. 323), di struttura prevalentemente colposa, unico importante delitto contro il patrimonio a reclamare una pena anche se commesso solo *partim fortunae vitio* e non *fraude*⁵⁹.

1.4.2. Nella seconda metà del secolo XVII si produsse, benché non ovunque, un'innovazione capitale nella descrizione della bancarotta. Il pen-

⁵⁷ *De mercatura decisiones de mercatura et tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus*, Lugduni, 1593, III, n. 2 (trattato che raccoglie anche altri autori fino al Duecento).

⁵⁸ «*Tria decoctorum esse genera: primum illorum qui fortunae vitio decoquant, secundum illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes, et illud tertium suo partim fortunae vitio processerunt*».

⁵⁹ PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 74.

siero corre immediatamente alla famosa «*Ordonnance*»⁶⁰, del 1673. «*Édit du roi [Luigi XIV] de règlement pour le commerce de négociants et marchand tanto en gros qu'en détail*», d'ispirazione colbertiana e con cospicuo contributo di Jaques Savary⁶¹ nella redazione. Si può dire che il re francese si avvicinò alla formulazione di una fattispecie in termini moderni, seppure declinandola ancora in termini soggettivi: «*Declarons banqueroutiers fraudoleaux qui auront ...*» (tit. XI, art. 10), con un avvertibile empito assolutista. L'Ordinanza non era innovativa, i materiali erano già noti: erano le vecchie “condotte” che costituivano, prima, la base presuntiva per la qualificazione del fallimento. Questo si staccava sostanzialmente dalla bancarotta, non formalmente, ne diventava un elemento tacito, che era definito dall'art. 1: il fallimento o la bancarotta si consideravano *ouverte* dal giorno in cui il debitore si era ritirato [dall'attività] o erano apposti i sigilli ai suoi beni. Si formalizzava l'obbligo della consegna, ai creditori, di una sorta di stato patrimoniale e di un elenco dei debiti; di consegna dei libri all'Autorità (art. 2 e 3); si dichiaravano nulli i trasferimenti di beni «*fait en fraude des créanciers*» (art. 4); vi era il riconoscimento dei pegni e dei privilegi.

L'attribuzione della qualità di bancarottieri fraudolenti era per coloro che «avranno distratto degli effetti, simulato creditori o dichiarato debiti in misura maggiore del vero»⁶², completando la normativa con la previsione che i negozianti e mercanti che non avranno presentato i registri e i giornali, regolarmente vidimati, «potranno essere considerati bancarottieri fraudolenti»: tutti «*seront poursuivis extraordinairement, et punis de mort*» (art. 12). Al riguardo si può osservare: la severità della pena comminata – d'altronde si era in regimi che ammettevano, e avrebbero ammesso a lungo, l'arresto per debiti⁶³; la discrezionalità nel

⁶⁰ Al riguardo v. CIPOLLA, *Storia economica*, cit., 193 ss.; v. il *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673*, 1841, l'opera di J. Savary citata alla nota successiva; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, 271; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*², Bologna, 2016, 343; FUGAZZA (2021), 30. MERLIN, *Repertorio universale*, voce *Fallimento e Bancarotta*, Venezia, 1841 ss., 604. Si veda in tema anche l'Ordinanza piemontese di Carlo V, in SANTARELLI (1964), 148.

⁶¹ Che poi sarebbe stato autore di un'opera fondamentale, anche di commento all'ordinanza: *Le parfait négociant: ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France, & des pays étrangers*, pubblicata a Parigi nel 1675. L'ordinanza venne in seguito conosciuta attraverso l'opera di Savary; v. su quest'ultimo CIPOLLA, *Tre storie extravaganti*, Bologna, 1994, 28 ss.

⁶² «Art. 10. *Déclarons Banqueroutiers frauduleux ceux qui auront diverti des effets, supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était du aux véritables créanciers*».

⁶³ Per l'Italia la vergogna sarebbe cessata solo con il 1877, ma si escludevano dall'a-

riconoscimento della fraudolenza per chi non presentasse le scritture contabili («potranno»); infine, e soprattutto, la formale emersione delle condotte di distrazione, di simulazione di crediti e di esposizione di passività in parte inesistenti. La formula è ancora imprecisa perché legata al modello linguistico tradizionale: le condotte di distrazione o di gonfiamento dell'attivo o del passivo sono pur sempre fatti da cui “presumere” la natura fraudolenta della bancarotta. Sparisce però la locuzione «fallimento doloso», accreditando l'idea che nella bancarotta fraudolenta via sia qualcosa di più e di diverso, tanto che il fallimento diviene, insieme ad un inspiegabile affiancamento alla «bancarotta» (art. 1), un requisito tacito e implicito del nuovo reato.

Si può dire che con l'Ordinanza del 1673, primo sintetico codice di commercio, inizi la storia moderna della bancarotta. Ma la figura e la normativa, pur uscite da all'ambigua, estesissima discrezionalità del passato nella ricostruzione dei vari elementi, nel loro complesso sono ancora gravate da ambiguità e da meccanismi presuntivi od oggettivi. Compaiono sì le condotte, e sono quelle ancora centrali, ma con funzione probatoria – il che, dati i tempi, non stupisce – della fraudolenza: il processo dei giudici, e quindi del Re, nella trama istituzionale di allora, si appropria della materia, rispetto alle quali le previsioni “incriminatrici” sono poco più che linee guida.

Si sarebbe poi aperta la stagione delle consolidazioni (la Leopoldina del 1786, la Teresiana del 1768) e delle (prime) codificazioni settecentesche (Codice penale⁶⁴ di Giuseppe II d'Asburgo Lorena del 1787), fino alla monumentale opera di Napoleone. Seppure in misura diseguale, il catalogo delle “condotte” (nei limiti sopra visti) di bancarotta si venne consolidando nel XVIII secolo, in coincidenza con il crollo delle corporazioni ed il sorgere dello Stato assolutista. Il modello dell'*Ordonnance* sarebbe stato anticipato in Inghilterra con il *Bankruptcy Act* del 1571⁶⁵, che restringeva le norme ai soli commercianti.

1.4.3. Anche se queste consolidazioni⁶⁶ (non così del tutto la Giuseppina) appartenevano, come è stato osservato, all'*ancien régime*⁶⁷, de-

bolizione alcune obbligazioni *ex delicto*, eccezione sparita solo con il codice civile del 1942.

⁶⁴ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*.

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

⁶⁶ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 97 ss.

⁶⁷ MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonne de jurisprudence*, Paris, 1807-1809³.

sta stupore il fatto che quelle ipotesi siano giunte fino ai nostri tempi, quantomeno nell'ordinamento italiano. Tecnicamente vi giunsero attraverso la codificazione napoleonica: il codice di commercio francese del 1807⁶⁸ consolidò la distinzione tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, seguito in questo da numerose altre legislazioni europee.

Il codice penale francese del 1810 contemplava unicamente le pene: lavori forzati a tempo per la bancarotta fraudolenta, *emprisonnement* da un mese a due anni per la semplice (art. 402). Era poi il codice di commercio, nel libro III, a tracciare un'analitica disciplina della *faillite* (artt. 440-585) che si concludeva con il titolo IV, *Des Banqueroutes* (art. 586-603), nel quale comparivano le figure della bancarotta semplice e fraudolenta, descritte indicando che se il commerciante fallito si troverà in uno o più di essi, sarà *pursuivi* come bancarottiere semplice (art. 586), e altri che (art. 593) faranno scattare la dichiarazione di bancarottiere fraudolento. Alle pene, come visto, provvedeva il codice penale.

I casi sono numerosi, divisi in due gruppi, il primo obbligatorio, il secondo facoltativo: «*Sera poursuivi ...*»; «*Pourra être poursuivi ...*», sia per la semplice che per la fraudolenta. Rinviando al testo, si ricordano i casi più significativi della semplice obbligatoria: spese eccessive per la casa; sono state consumate forti somme al gioco o in operazioni di pura sorte; se ha rivenduto merci in perdita o sottocosto (art. 586). Per la semplice facoltativa: la mancata dichiarazione alla cancelleria dell'avvenuta cessazione dei pagamenti entro tre giorni; il non essersi presentato agli agenti e ai sindaci nel termine fissato, senza legittimo impedimento; libri irregolarmente tenuti senza tuttavia che le regolarità indichino la frode, o non le avrà presentate del tutto (art. 587).

Tra le ipotesi di bancarotta fraudolenta vi sono quelle che fanno riferimento al fatto di avere simulato spese o perdite o non giustificato l'impiego di tutte le entrate; se ha *détourné* somme di denaro, debiti attivi, merci, derrate o effetti mobiliari; vendite, negozi o donazioni simulate; simulazioni di debiti passivi e collusioni con creditori fittizi, facendo scritture simulate nelle quale si costituisce debitore, senza causa né valore, per atti pubblici o scritture private autenticate; se ha nascosto i libri (art. 593). Invece facoltativamente: il fallito che non ha tenuto dei libri o se, avendoli tenuti, essi non presentano la reale situazione dell'attivo e del passivo (art. 594).

⁶⁸ Nella vasta letteratura, vedi PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi: il Code de Commerce fra tradizione e innovazione*, in ANGELICI-CARAVALE-MOSCATI-PETRONIO-SPADA (a cura di), *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal code de commerce*, Milano, 2008, 1 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*², cit., 343; ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 89.

Tutte figure, tranne quelle qui non citate e per le quali si rimanda al testo del codice, che sono giunte fino a noi, all'attuale legislazione vigente. Le differenze sono minime, talora lessicali, raramente concettuali, ma resta la curvatura schiettamente oggettiva delle figure, appesantite dalla discrezionalità in quello che chiameremo oggi l'esercizio dell'azione penale. Le condotte enumerate non smentiscono la natura sintomatica degli antichi modelli: sono fatti dai quali si ritiene la bancarotta sia semplice o fraudolenta. Non si rinviene alcun legame con il fallimento che è solo talora richiamato come una sorta di presupposto effettuale dell'illecito penale, che temporalmente lo anticipa.

La legislazione francese, nel codice del 1807 (il libro terzo, titolo secondo, artt. 566-575), consentiva ai commercianti falliti di chiedere la conclusione di un concordato con una maggioranza qualificata dei creditori; questa parte del codice fu modificata nel 1838, e fu assunta come modello per il concordato dal codice di commercio italiano del 1865 e poi dal codice di commercio del 1882 (artt. 683-687). In questo, le disposizioni penali, negli artt. 855 e seguenti, davano ancora risalto alla fuga, alla latitanza o alla chiusura dei magazzini, situazioni che consentivano l'avvio dell'azione penale. La formulazione delle norme sembra segnare il superamento (seppur non completo⁶⁹) della concezione che vedeva punito il *fallimento* in quanto tale, a favore di quella che puniva il debitore dichiarato fallito (avendo cessato i pagamenti) per effetto della sentenza «pronunciata [dal tribunale di commercio] sulla dichiarazione del fallito, o ad istanza di uno o più creditori, o d'ufficio». La specificazione delle condotte non è diretta, bensì, riprendendo moduli antichi e qui già visti, la bancarotta è attribuita quando il «commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti, e si trova in uno dei casi seguenti ...».

In questo e nell'elencazione dei "casi" il codice di commercio italiano si attiene, pressoché pedissequamente, alla traccia francese. Aggiunge qualche caso, elimina la ripartizione tra bancarotta obbligatoria e quella facoltativa, stabilisce pene modeste per la bancarotta semplice (da sei mesi a due anni: art. 861), mentre per la fraudolenta si prevede la reclusione e «nei casi più gravi [i] lavori forzati a tempo». Le disposizioni di attuazione e di coordinamento del codice penale del 1889 avrebbero equiparato ai lavori forzati a tempo «la reclusione da dieci a vent'anni» (art. 22 r.d. 1° dicembre 1889, n. 6509), una pena assai severa, più che draconiana, se tale è da definire quella attuale. I lavori forzati a tempo erano i successori della pena dei ferri: ed appunto, a ulteriore

⁶⁹ V. l'art. 858: «Chiunque esercitando abitualmente la professione di mediatore è caduto in fallimento è colpevole di bancarotta semplice».

dimostrazione della *long durée* della disciplina, si rammenta che il codice penale francese del 1791 prevedeva la pena di sei anni di ferri.

Era invece ritenuto colpevole di bancarotta semplice il commerciante che avesse cessato di fare i suoi pagamenti e si fosse trovato in uno dei casi che oggi definiremmo di bancarotta semplice o preferenziale⁷⁰. La bancarotta fraudolenta era prevista dagli artt. 860 e seguenti e il primo caso era quello della bancarotta **documentale**⁷¹.

Con il codice di commercio italiano del 1882 si può dire giungesse a conclusione il lungo percorso della bancarotta nel nostro sistema. Il r.d. 267 del 1942 (la c.d. legge fallimentare: l.fall.) avrebbe mantenuto il nucleo ormai tradizionale, anche nella collocazione al di fuori del codice penale, appunto con gli articoli da 216 a 240 della l.fall. È stata più volte rimarcata l'impostazione autoritaria e pubblicistica della legge del 1942, che non esitò ad accogliere elementi oggettivi e basi per presunzioni che venivano dal passato ma che non trovavano alcun ostacolo ad entrare nella nuova legislazione fascista. Anche se indiscutibilmente il settore economico era mutato, già rispetto alla fine del XIX secolo, non foss'altro per la partenza della pur tardiva e incompleta rivoluzione industriale⁷², la nuova disciplina irrigidì la parte civilistica, con un aumento dei poteri attribuiti al giudice delegato e collocando il debitore in posizione assolutamente marginale, pressoché di soggetto passivo, mentre per la parte penale rimasero le pene assai elevate e soprattutto fu confermata, come anticipato, la tessitura con elementi schiettamente oggettivi o il ricorso a formule indeterminate o di estrema vaghezza. Lo si vedrà più avanti: si possono fin d'ora ricordare i casi della «distrazione», delle «operazioni

⁷⁰ Art. 856: «È colpevole di bancarotta semplice il commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti, e si trova in uno dei casi seguenti:

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

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

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

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

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

⁷¹ «È colpevole di bancarotta fraudolenta il commerciante fallito che ha sottratto o falsificati i suoi libri, distratto, occultato o dissimulato parte del suo attivo, il commerciante che per uno scopo diverso da quello indicato nell'art. precedente ha esposto passività insussistenti, ovvero nei libri o nelle scritture od in atti autentici o privati, ovvero nel bilancio si è fraudolentemente riconosciuto debitore di somme non dovute».

⁷² ROMANO R., *Introduzione*, cit., XXXIII; GERSHENKRON, *Il problema storico dell'arretratezza industriale*, Torino, 1974.

dolose», l'ambiguità della collocazione del fallimento nella fattispecie di bancarotta, tanto fraudolenta quanto semplice.

1.4.4. È interessante cercare una conferma della continuità sostanziale della disciplina, e allo stesso tempo dell'ampiezza delle soluzioni interpretative che essa consentiva, andando a scorrere alcuni importanti contributi dottrinali: non una rassegna, che sarebbe inutile e comunque incompleta, ma un breve percorso attraverso opere fondamentali.

Anzitutto Francesco Carrara⁷³, razionalista e liberale. Nel suo *Programma*⁷⁴ considera la bancarotta come un «reato sociale», contro la pubblica fede, poiché colpisce la fiducia dei creditori e della collettività; la sentenza di fallimento è meramente dichiarativa della cessazione dei pagamenti e quindi accerta che il debitore è fallito, ma non ha alcun effetto nel processo penale ove il fallito «avrà sacro diritto di invitare i giudici criminali a dichiarare non solo che non consta il fallimento, ma eziandio che non consta neppure la qualità in lui di negoziante» (92). In un chiarissimo passo, il penalista lucchese anticipa, in sostanza, Nuvolone e introduce un archetipo di “zona di rischio penale”, poiché le condotte possono essere commesse da un negoziante «prossimo al fallimento» o «in procinto di fallire»: quindi si dovrebbe dire in uno “stato di insolvenza”. Il danno almeno potenziale dei creditori costituisce la «forza fisica» del malefizio, è quindi necessario, tanto che non si può punire chi ha nel suo attivo quanto basta per soddisfare i creditori. Ed infine, a proposito delle presunzioni di frode, richiamate da diversi autori per la sottrazione dei libri, l'orientamento liberale si esprime al meglio con l'affermazione che bisognerebbe «farla finita con queste presunzioni dei secoli barbari» (122). Una lettura che cerca di espungere dal diritto nazionale di bancarotta quegli elementi di grave incertezza e quegli automatismi, generati dall'incerto rapporto tra condotte e fallimento.

Per Gustavo Bonelli⁷⁵, insigne studioso tra i fallimentaristi, la dichiarazione di fallimento è almeno una condizione perché il reato sorga, ma questo non produce un danno, che invece deriva dal fallimento. I fatti di bancarotta non sono reati per se stessi ma sono circostanze indicate

⁷³ Su Carrara v. per tutti PADOVANI, *Un penalista alla scuola della ragione, Una introduzione allo studio del 'Programma' di Francesco Carrara*, Lucca, 1985; sullo specifico tema, TETI, *La bancarotta nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2011, 795.

⁷⁴ CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, parte speciale, vol. VIII, Firenze, 1908⁸, 76.

⁷⁵ BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, vol. VIII, p. III, Milano, 1907-1909, 73.

dalla legge per far sorgere la presunzione che il fallimento fu colposo o doloso: e qui c'è un aperto ritorno alle origini addirittura medievali dell'istituto, la cui eco evidentemente non era sbarrata dalle nuove ipotesi normative (84). L'anomalia delle presunzioni era apertamente avvertita, quando si presumeva la colpa o la frode: «duplice gravissima deroga ai principi generali del diritto penale», ma che si doveva accettare non essendovi principi superiori cui attenersi.

Seppure premettendo che una responsabilità penale per danno obiettivo fosse inammissibile, per Alfredo Rocco⁷⁶ ciò conosceva in materia di fallimento una serie di deroghe e il fallimento era «in sostanza» elemento costitutivo del reato, non una condizione di punibilità, dovendosi inoltre escludere che il fallimento fosse esso stesso reato. La legge procede per presunzioni e nel caso di specie vi è una doppia presunzione: la prima che alcuni fatti di imprudenza o negligenza facciano presumere una condotta imprudente o negligente dell'imprenditore; con la seconda si presume il nesso causale tra le condotte e il fallimento, ma si tratterebbe di presunzioni, e non finzioni, poiché esse si basano sull'effettiva probabilità⁷⁷.

Infine, Giacomo Delitala. Per il giurista sassarese l'evento del reato di bancarotta è il danno alle ragioni dei creditori⁷⁸, ricordando che l'evento è il risultato descritto nella fattispecie legale, «la lesione dell'interesse che la norma intende proteggere»⁷⁹. Anche per Delitala, sullo sfondo vi è l'idea di una zona di rischio penale, dal momento che affermava che «una volta sopravvenuto lo stato di squilibrio economico o di insolvenza, qualunque successivo atto di disposizione è senza dubbio illegittimo»⁸⁰. Contrario alle presunzioni di colpa o di evento, nella tesi di Rocco vi sarebbero addirittura i caratteri di una vera e propria finzione⁸¹. Il fallimento va inteso come condizione del reato e ne costituisce l'ambiente proprio. Riguardo alle antiche opinioni che il fallimento costituisse l'evento, Delitala si schiera in senso contrario ed anche se le disposizioni legislative non sono formalmente quasi affatto mutate «è mutato assai più profondamente tutto quanto il sistema [...] e il senso di queste disposizioni non può essere, oggi, quello di allora»⁸². Poco prima

⁷⁶ ROCCO AL. (1917).

⁷⁷ ROCCO AL. (1917), 126.

⁷⁸ DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm. e del dir. gen. delle obbl.*, 1926, I, 437, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 701, 712.

⁷⁹ DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 129.

⁸⁰ DELITALA, *Contributo*, cit., 712.

⁸¹ DELITALA, *Contributo*, cit., 722.

⁸² DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1933, 279, ora in *Diritto penale*, cit., 833.

ritorna un'eco dell'antica utilizzazione dello strumento penale, soprattutto del carcere, come mezzo cautelare e coercitivo dei secoli precedenti, ove si dice «la pena non serve a stimolare l'adempimento ma solo ad assicurarne la soddisfazione forzata»⁸³. Sul piano dell'elemento psicologico, nella bancarotta fraudolenta, occorre che i fatti siano commessi col proposito di far conseguire ai creditori «meno di quanto potrebbero in effetti conseguire da una liquidazione regolare»⁸⁴, ma conferma l'assenza di alcun rapporto causale tra fallimento e gli atti di bancarotta⁸⁵.

Come si può constatare da questo pur brevissimo sguardo, le letture offerte dalla dottrina, a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento, erano assai differenziate e ancor di più lo sarebbero se si allargasse il campo d'indagine ad altri contributi. Questo per segnalare che il testo (del codice di commercio del 1882) poteva offrirsi a soluzioni molto differenti e che il «clima» culturale non era affatto omogeneo, pur restando confermata la pesante bardatura «oggettiva» della disciplina che incorporava un'eredità antica e ne sentiva tutto il peso. Era come se il legislatore – ma non sarebbe cambiato molto (anzi) con la legislazione del 1942 – avesse raccolto relitti sparsi di antichi moduli punitivi e li avesse giustapposti e stratificati senza badare alle contraddizioni che si aprivano e alla coerenza del microsistema.

1.5. Una lunga sopravvivenza.

Viene spontaneo interrogarsi sulle ragioni di questa tenace sopravvivenza di istituti punitivi di tempi antichi, anche rilevando che istituti omologhi – in anni recenti – sono stati modificati in ordinamenti a noi vicini, ma non ancora nel nostro. Ovviamente un'eredità così pesante non l'ha avuta un ordinamento che è stato di riferimento per la riforma della parte civilistica della liquidazione dell'impresa insolvente, ossia quello degli Stati Uniti, che hanno filtrato l'influenza della disciplina di *Common Law* anglo-sassone, tuttavia sempre orientata in termini profondamente diversi.

In altri termini, non può non sorprendere che gli elementi costitutivi della bancarotta – non la loro composizione – siano da noi rimasti sostanzialmente immutati per più di settecento anni, mentre tutto il resto attorno, nel mondo economico e imprenditoriale, cambiava, con

⁸³ DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, ora in *Diritto penale*, cit., 871.

⁸⁴ DELITALA, *Studi*, cit., 886.

⁸⁵ DELITALA, *Studi*, cit., 838.

una vistosa accelerazione negli ultimi cinquant'anni.

Forse una spiegazione, o un inizio di spiegazione, può essere individuata nell'osservare che la punizione del fallimento in quanto tale, all'origine della bancarotta, colpiva rigorosamente il venir meno alla fiducia accordata, lesione tipica degli scambi con pagamento differito. Si affaccia qui la figura del **rischio**: il fallimento è la deflagrazione – la concretizzazione – del rischio di controparte, diremmo oggi, in termini finanziari. Nell'epoca più antica non importava se il dissesto fosse provocato unicamente dal comportamento del debitore; valeva la regola dell'imputazione oggettiva. Solo più tardi avrebbe assunto risalto la causa del dissesto e quindi avrebbero acquisito tipicità condotte che avessero concorso ad aumentare il rischio fisiologico in tutte le attività economiche, trasformato in patologico.

Le attività economiche sono mutate, nelle forme, nei modi, nei contenuti, ma la rischiosità dell'impresa, in quanto tale, è rimasta invariata e in essa assume un particolare rilievo l'eventualità che la controparte non adempia. Dalle origini medievali della *fiducia tradita*, la bancarotta è potuta giungere fino a noi come punizione oggettiva *dell'incremento del rischio* che non è stato possibile mettere in conto, ovvero non è stato calcolato, da chi si è fidato dell'adempimento completo e puntuale. Questa struttura delle condotte non è definita per sempre in base alla sua funzionalità: occorre che s'incontri e si adegui con il mezzo tecnico di soddisfazione dei creditori che l'ordinamento ha nel tempo escogitato. Anticamente era di certo solo la liquidazione dei beni e la ripartizione tra i creditori, oggi molte legislazioni, anche a noi vicine, propendono a fare spazio a soluzioni diverse, che tengono in considerazione il valore residuo dell'impresa, che non sia sbriciolato dalla liquidazione, e l'opportunità – economica e sociale – di una sua salvezza, almeno parziale (v. *infra* § 2).

Per altro verso, la bancarotta – quale *unico* reato economico medioevale, per sua natura “artificiale” – non poteva non risentire delle vicende, delle fortune e delle sfortune, della classe borghese, unica ad essere direttamente interessata alla disciplina del fallimento e del suo presidio penale, la bancarotta in termini di schietta, assorbente prevenzione generale. Ogni approssimazione è pericolosa in fenomeni di lunga durata e di natura socio-economica: ma, seppur con cautela, si può osservare che la borghesia, dopo i fasti del basso medioevo, nei quali furono gettati gli stampi della bancarotta (e prima: del fallimento liquidatorio) rivestì per lunghi secoli un ruolo minore, schiacciata dal ritorno dell'aristocrazia e poi dall'avvento degli stati assoluti, per riemergere nella seconda metà del Settecento, protagonista della prima Rivoluzione industriale, e confluire nelle rivoluzioni politiche, appunto borghesi, prima fra

tutte quella americana (di liberazione coloniale e di ispirazione illuministica, con la celebrazione dei “diritti”) e poi di quella francese⁸⁶, che avrebbe sconvolto l’orizzonte anche con l’impatto della folgorante ascesa e caduta di Napoleone. Compresa dalla Restaurazione, sarebbe riemersa con vigore nella seconda metà del XIX secolo⁸⁷. Periodi troppo brevi nella storia secolare della bancarotta per propiziare – quale unica classe sociale interessata e, da noi, fragile – una modificazione degli antichi assetti, unita alla forte e riconosciuta vischiosità dei moduli penalistici. Rimanevano al centro la liquidazione dell’impresa e la sua estromissione dal mercato quali monoliti che proiettavano staticità alla bancarotta: immutate le linee portanti della liquidazione (fallimentare), la fissità si comunicava alla bancarotta. Il codice di commercio del 1882, appunto di ispirazione borghese, avrebbe allentato le maglie verso un assetto maggiormente liberale: ma tempo sessant’anni la legislazione fascista riprese gli aspetti maggiormente dirigisti e punitivi, nel quadro dell’esasperato statalismo e autoritarismo.

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

2.1. Le riforme della parte civilistica e l’immobilismo della parte penalistica.

2.1.1. La disciplina civilistica del fallimento ha conosciuto, da noi, uno sviluppo notevole, anzi una vera e propria trasformazione soprattutto negli ultimi due decenni, con le prime leggi di riforma del 2005, alle quali sono seguite numerose altre fino al 2022. Nessuna di queste leggi di riforma ha però toccato, se non assolutamente di striscio, la parte penalistica, la cui riforma, sempre segnalata come “necessaria”, è rimasta allo stadio di progetti ormai dimenticati⁸⁸.

Si era avuta una bozza di riforma finalmente “organica” del diritto della crisi d’impresa quando il Consiglio dei Ministri aveva approvato lo schema di d.lg. n. 155 del 2017⁸⁹.

⁸⁶V. per tutti HOBSBAWM, *Le rivoluzioni borghesi. 1789-1848*, trad. it., Milano, 1963.

⁸⁷HOBSBAWM, *Il trionfo della borghesia, 1848/1875*, trad. it., Bari, 1986.

⁸⁸Per una ricostruzione dei diversi progetti di riforma – sui quali *infra* – si veda PERDONÒ, in MANNA (2010), 430 ss. e CONZ, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.

⁸⁹E ora v. «Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155», in *www.osservatorio-oci.org*. Per un primo commento v. GAMBARDELLA, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018. Si ri-