

Introduzione.

Il presente studio ha come obiettivo quello di offrire una panoramica sugli effetti del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti anche CCII) di cui al Decreto legge n. 14 del 2019 sui reati penali fallimentari ed in particolare sul reato di bancarotta. Il CCII è il frutto di un lungo percorso di riforma del sistema fallimentare italiano, percorso certamente non ancora terminato eppure orientato, come vedremo, alla salvaguardia delle imprese. L'importante opera di riforma non è stata tuttavia tanto efficace anche in tema di reati fallimentari con la conseguenza che le norme penali in materia ricalcano sostanzialmente quelle della Legge Fallimentare del 1942.

Certo, le norme penali emigrate nel CCII presentano alcune novità e punti di raccordo con la nuova disciplina fallimentare; tuttavia si è persa l'occasione di rivedere l'intero sistema penale in materia con la conseguenza che non saranno pochi i problemi di coordinamento che dovranno affrontare gli operatori del diritto.

La materia è vasta e molto frammentata; con il presente lavoro si è cercato di analizzare alcuni degli aspetti più rilevanti.

La tesi è suddivisa in quattro capitoli: nel primo capitolo vengono fornite delle nozioni generali in tema di impresa, crisi d'impresa, reato e diritto penale dell'economia.

In particolare, dopo un breve excursus sulla vita del nostro codice penale e sul concetto di fallimento, che pongono le fondamenta per la successiva analisi dei reati fallimentari in particolare la bancarotta, si è posta l'attenzione sul bene giuridico tutelato da questi ultimi.

Nel presente elaborato, seppur riconosciuta in capo all'imprenditore la possibilità di svolgere liberamente attività imprenditoriale, è certamente emersa la necessità assoluta di rispettare i principi che regolano il mercato, favorendo e tutelando l'interesse dei soggetti coinvolti nella suddetta attività, ma anche e soprattutto lo Stato.

Nel secondo capitolo viene offerta una rapida analisi del percorso evolutivo del fallimento con uno sguardo ad alcune discipline transnazionali. Si è posto l'accento sulla concezione di "bankruptcy" anglo-americana che ha dato origine ad una influenza pregnante sul nostro ordinamento.

Particolare attenzione si è posta sulla sentenza di fallimento ed a tutti gli orientamenti giurisprudenziali susseguites; malauguratamente, il dibattito è ancora aperto principalmente per ciò che concerne l'insindacabilità della sentenza da parte del Giudice penale. Nei delitti di bancarotta, infatti, è preclusa la sindacabilità dei presupposti oggettivi di fallibilità. Infine, è stata esaminata la figura della bancarotta in generale e l'interesse tutelato da quest'ultima.

Il terzo capitolo affronta il tema delle novità della riforma fallimentare del 2005 e le ripercussioni in ambito penale. Dopo aver analizzato le lievissime novità introdotte, ci siamo soffermati sulla capacità di questa riforma di abbandonare la visione "penal-sanzionatoria" a favore di un sistema che punta alla salvaguardia delle imprese.

Dall'analisi della riforma si è dimostrato che l'introduzione dei presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento hanno comportato una diminuzione del numero dei fallimenti, con la mostruosa conseguenza di danneggiare in maggior misura la classe creditoria e il sistema economico.

Malgrado tutto, è mancato un vitale coordinamento tra il settore penale fallimentare e quello civile che ha condotto a dei vuoti di tutela e ha prodotto contraccolpi anche sulle fattispecie penali preesistenti.

Nel quarto ed ultimo capitolo l'attenzione è focalizzata sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e sulle sue ripercussioni nel diritto penale fallimentare, ossia sulla necessità di colmare quella mancanza, che nel tempo è diventata più stringente, di organizzazione tra le norme civili fallimentari e quelle del penale fallimentare.

Si è posta particolare attenzione alla disciplina della bancarotta anche in relazione alla doverosa necessità di un adeguamento. Sfortunatamente è stato osservato in maniera critica come perfino quest'ultimo tentativo di modernizzazione e riforma sia sfumato, generando così un malcontento di larga parte della dottrina per gli effetti (mancati) della riforma fallimentare sul relativo sistema penale.

CAPITOLO 1: IL DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA.

Sommario: 1.1. Definizione di impresa – 1.2. Le crisi di impresa – 1.3. Passaggio dalla nozione di commerciante a quella di imprenditore – 1.4. Il codice penale tra interesse pubblico e interesse privato – 1.5. Il Reato – 1.6. Interpretazione – 1.7. Caratteristiche della fattispecie di diritto penale dell'economia – 1.8. Caratteristiche delle offese nell'ambito del diritto penale dell'economia – 1.9. Il bene giuridico tutelato.

1.1. Definizione di impresa.

Il punto di partenza per meglio comprendere il diritto penale dell'economia è chiarificare la nozione di impresa¹, considerata il cuore pulsante del mercato².

¹Secondo la teoria neoclassica, l'impresa ha come scopo finale la massimizzazione del profitto. I principi base di questa teoria sono:

- l'imprenditore "puro" considerato l'unico soggetto che si occupa della gestione dell'attività di impresa,
- il comportamento razionale e coerente che applica l'imprenditore,
- la massimizzazione del profitto come obiettivo principale,
- la forma di mercato presa in considerazione è la concorrenza perfetta,
- "la funzione di produzione continua e derivabile".

L'imprenditore "puro" è quello che si occupa in tutta la sua totalità della gestione dell'impresa. Inoltre, nella concorrenza perfetta le imprese sono *price taker*, ossia il prezzo è fissato dal mercato. Si può, dunque, soltanto agire sulla quantità necessaria e sufficiente per massimizzare il profitto. Tuttavia, questa teoria neoclassica è soggetta a molte critiche. Poiché non spiega le numerose differenze che si trovano all'interno di uno stesso settore. CABRAL, L., (2018) - *Economia industriale*, Roma, Carocci, Manuali universitari, p. 91 e ss.

Diversamente, le teorie economiche hanno provato a "riconoscere la centralità della varietà strutturale delle imprese e quindi delle cause che possono determinarla". FERRUCCI, L., (2019) - *Modelli di corporate governance e varietà evolutiva delle imprese*, Economia, FrancoAngeli, cap. 1.1. e ss.

Si veda la teoria dell'economista PORTER M.E., (2008) - *Competitive strategy, Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, Free Press. "The key aspect of the firm's environment is the industry or

La “libertà d’impresa”³ è un principio che ritroviamo nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, meglio nota come “Carta di Nizza” del dicembre del 2000⁴, con un

industries in which it competes. Industry structure has a strong influence in determining the competitive rules of the game as well as the strategies potentially available to the firm”.

SANTORO- PASSERELLI F., (1942) - *L’impresa nel sistema del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, I parte, p. 378 e ss.

BRACCO R., (1966) - *L’impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, CEDAM, p. 549.

²Il Mercato è il “luogo, non solo fisico, ma anche figurato” che mette in relazione i compratori e i venditori, permettendo lo scambio. ECONOMIND.IT, (2018-2019) - *Definizione di mercato in economia*, <https://www.economind.it/news/definizione-di-mercato-in-economia/>, (consultato il 13.01.2020).

Più precisamente è il luogo in cui avviene l’incontro tra la domanda e l’offerta, il loro punto di intersezione è definito *equilibrio di mercato*. SLOMAN J., GARRATT D. (2018) - *Microeconomia*, Bologna, Il Mulino, quinta edizione, cap. 1, p. 266.

“In linea generale si intende per mercato l’ambiente all’interno del quale vengono scambiati beni e servizi”. FIORENTINI F., (2020) - *Le basi dell’economia: Come capire l’economia guida per principianti*, Independently published, cap. 2.1.

³ENCICLOPEDIA GIURIDICA (2020) - *L’iniziativa economica*, <http://www.enciclopedia-giuridica.com/it/d/iniziativa-economica/iniziativa-economica.htm>, (consultato il 10.11.2019).

DI AMATO A., (2011) - *Diritto Penale dell’impresa*, settima edizione, Milano, Giuffrè, p. 5.

Si veda anche sul punto LA LUMIA I., (1942) - *L’autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, p. 5 e ss.

⁴L’art. 16 della Carta di Nizza afferma che: “è riconosciuta la libertà di impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”.

v. Sentenza del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold Race, p. 491, punto 14, riguardante “una società tedesca che chiedeva l’annullamento decisione della Commissione del 21.12.1979 relativa alla regolamentazione del commercio del carbone da parte dei grossisti, decisione che, ad avviso della Nold, era discriminatoria nei suoi confronti”, in tale sentenza la Corte ha affermato che i diritti come quello del libero esercizio del commercio vanno considerati “alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela”.

FERRO A. D., *I diritti dell’uomo nella giurisprudenza della Corte di giustizia e delle Comunità europee*, p. 62 e 63.

La sentenza del 27 settembre 1979, causa 230/78 S.p.a. Eridania-Zuccherifici nazionali e S.p.a. Società italiana per l’industria degli zuccheri contro ministro per l’agricoltura e le foreste e ministro per l’industria, il commercio e l’artigianato e la S.p.A. Zuccherifici meridionali, che in merito alla quarta questione afferma che è “fondata sul presupposto che lo svolgimento dell’attività economica debba essere garantito perché rientra nel novero dei diritti fondamentali alla cui tutela si ispira anche il diritto comunitario. Questa garanzia si estenderebbe anche al diritto delle imprese di produrre i quantitativi di zucchero corrispondenti alle loro quote di base, poiché esso sarebbe inerente all’esercizio dell’attività economica. In base a tali considerazioni, il Tribunale amministrativo solleva il problema del se il potere di modificare le quote di base così come contemplato dall’ art. 2, n. 2, del regolamento n.3331/74 comprometta l’esplicazione dell’attività economica delle imprese interessate e quindi leda un loro diritto fondamentale”.

campo di applicazione ristretto e ben determinato in linea con l'art. 2 del Trattato UE: *“conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*⁵. Di contro, manca nelle varie Costituzioni d'Europa uno specifico e puntuale richiamo della *“libertà d'impresa”*⁶.

Nel codice civile italiano non esiste nemmeno una definizione apodittica⁷ dell'impresa e *“non è piaciuto a molti che il codice non abbia dato una definizione giuridica dell'impresa”*⁸.

NASCIMBENE B., (2016) - *Unione Europea: Trattati*, terza edizione, Giappichelli editore - Torino, p. 265-266.

⁵DI AMATO A., (2003) - *Diritto Penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, quarta edizione, p. 6 e ss.

⁶Nel nostro ordinamento l'unico richiamo lo troviamo all'art. 41 Cost. che recita: *“L'iniziativa economica privata è libera”*. SENATO DELLA REPUBBLICA, (2013) - *Costituzione della Repubblica Italiana*, p. 23.

“La scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile”. Inoltre, la stessa Corte Costituzionale *“non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà ‘dimidiata’, di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale”*. RUSSO M.F., (2009-2020) – *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, in Associazione Magistratura indipendente, articolo del 31 agosto 2017, <https://www.magistraturaindipendente.it/liberta-di-iniziativa-economica-e-dignita-della-persona-umana.htm>, (consultato il 16.03.2020).

Si veda anche il saggio di ZATTI F., (2013) - *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: La libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, studi in onore di ROSSANO C., volume quattro, Jovene editore, Napoli, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0339_zatti.pdf, (consultato il 01.02.2020).

⁷Apodittico: *“che è evidente di per sé e non necessita di dimostrazione”*. ZINGARELLI N., (2006) - *Lo Zingarelli minore*, Zanichelli, 51° Edizione, p. 89.

⁸ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Rivista del diritto commerciale*, Piccin Nuova Libreria, p.1: *“Il concetto economico di impresa è essenzialmente riferito all'economia di scambio, poiché solo nell'orbita dell'economia di scambio l'attività dell'imprenditore può acquistare carattere professionale”*.

VIVANTE C., (1902) - *Trattato di diritto commerciale*, volume 1, Torino, n. 63, p. 110 e ss., affermava che: *“l'impresa serve per ottenere un prodotto destinato allo scambio, a rischio dell'imprenditore”*.

ASQUINI A., (1960) - *Codice di commercio in enciclopedia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, volume VII, Milano, p. 254 e ss.

VIDARI E., (1900) - *Corso di diritto commerciale*, volume I, Milano, p. 10.

In termini giuridici, anzi, la nozione di impresa è vittima delle più disparate opinioni e a causa di queste divergenze, *a fortiori*, risentiamo della mancanza di una definizione legislativa monosemica.

Tradizionalmente, la definizione di impresa si desume dall'interpretazione dell'art. 2082 cod. civ.: "*è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*"⁹.

Pur in assenza di una precisa definizione, si può, quindi, affermare che l'impresa possiede dei "*requisiti minimi*"¹⁰ imprescindibili quali:

I. La produttività¹¹;

⁹Art. 2082 Codice civile rubricato "*Imprenditore*", in merito si veda DE ANGELIS L., (2017) - *Diritto Commerciale*, Padova, CEDAM, Volume 1, p. 2.

v. Cass., sez. V, 22.11.2005, La Rocca, in Cass. pen., 2007, 1253.

ABRIANI N., (2011) - *Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, p. 479 e ss.: "*Come è evidente, questa disposizione, fondamentale per l'intera disciplina, solo nominalmente definisce l'imprenditore: tutto il carico definitorio è, in realtà, concentrato nella definizione di attività di impresa*".

BOLAFFIO L., (1908) - *Concetto dell'atto oggettivo di commercio e del commerciante*, in Rivista del diritto commerciale, II, p. 114 e ss. in cui si afferma che l'attività di impresa è la "*combinazione di fattori della produzione*"; e BOLAFFIO L., (1922) - *Il Diritto commerciale*, p. 133 e ss.

MOSSA L., (1942) - *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I volume, il libro del lavoro. L'impresa corporativa, p. 178.

GALGANO F., (1992) - *Imprenditore*, in Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale, volume VII, Torino, p. 1 e ss.

¹⁰COTTINO G., (2018) - *Lineamenti di diritto commerciale*, Zanichelli, terza edizione, p. 3.

¹¹L'impresa: può essere definita anche come "*attività (serie di atti) finalizzata alla produzione o allo scambio di beni e servizi*". CAMPOBASSO M., (2015) - *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Torino, p. 12.

SOPRANO E., (1942) - *Il libro del lavoro nel nuovo codice civile*, UTET, Torino, p. 65 e ss.

SCIALOJA A., (1908) - *Osservazioni sull'impresa come atto obiettivo di commercio*, in Il Foro italiano, I, c. 157 e ss.

Si veda anche ARCANGELI A., (1904) - *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio. La natura commerciale delle operazioni di banca*, in Rivista del commerciale, I, p. 53.

II. La professionalità¹²;

III. L'economicità¹³;

IV. L'organizzazione.

Approfondendo singolarmente i concetti dell'art. 2082 cod. civ. emerge che:

a) <<**chi esercita**>>, viene inteso come il “soggetto di diritto”¹⁴ (la persona fisica oppure persona giuridica titolare delle situazioni giuridiche) che esercita effettivamente un'attività;

b) <<**professionalmente un'attività**>>, fa riferimento ad una attività di tipo imprenditoriale. Si parla di atti che possono essere sia giuridici¹⁵ che materiali¹⁶

PICCHIO C., (1921) - *Contributo alla determinazione del concetto d'impresa secondo l'art. 3 del cod. del Commercio*, in Rivista del diritto commerciale, I, p. 651 e ss.

CARNELUTTI F., (1942) - *Le nuove posizioni del diritto commerciale*, in Rivista del diritto commerciale, I, p. 67 e ss.

¹²TERRANOVA G., (2014) - *Imprenditori e imprese nelle procedure concorsuali*, Giappichelli editore – Torino, p.48.

¹³L'attività è svolta seguendo un “metodo economico”. È diverso dal metodo lucrativo che mira ad ottenere un profitto; il metodo economico, invece, non necessariamente aspira ad ottenere un profitto, piuttosto si occupa di pareggiare i ricavi con i costi. Quindi economicità non implica necessariamente adozione dello scopo lucrativo. MOSSA L., *Scienze e metodi del diritto commerciale*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, paragrafo. 5.

Si veda in merito anche a cura di IUDICA F., PACCOIA M., SIGNORELLI F., (2017) - *Appunti di Diritto Commerciale*, Giappichelli Editore - Torino, paragrafo 2.4: “Un secondo metodo cui ci si può focalizzare è quello lucrativo. Un metodo che viene pianificato in modo tale da conseguire a fine esercizio un'eccedenza di ricavi sui costi, ovvero un profitto. Seguire questo metodo significa anche raggiungere, nel lungo periodo, una certa autosufficienza economica necessaria per la sopravvivenza e la stabilità, dell'impresa stessa”.

¹⁴TRIMARCHI P., (2018) - *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, p. 15 e ss.

¹⁵L'atto giuridico è un atto che esiste nel mondo del diritto, ma non concretamente nella realtà. TRABUCCHI A., (1992) - *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, p. 121 e ss.

“Sono atti giuridici i fatti umani compiuti consapevolmente da persona capace cui l'ordinamento ricollega effetti giuridici. A differenza dei fatti giuridici in senso stretto rileva lo stato soggettivo degli autori dell'atto e precisamente la volontarietà e la consapevolezza del comportamento tenuto”. BOCCHINI F. E QUADRI E., (2016) - *Diritto privato*, sesta edizione, Giappichelli Editore – Torino, p. 147.

¹⁶L'atto materiale inteso come un'operazione produttiva. “Non sono rivolti a comunicare e quindi non sono dichiarazioni i cd. atti materiali, che l'uomo compie consapevolmente per realizzare un risultato utile, ad. es. l'apprensione di una cosa mobile con l'intenzione di goderla e di usarla (in altre parole l'impossessamento), o viceversa la dismissione della stessa con l'intenzione di abbandonarla (detta anche abbandono o