

SINOSSI

Il contenuto dell'elaborato verte sulla bancarotta fraudolenta trattando anche gli altri reati fallimentari e il crollo del gigante del latte Parmalat, il crack che ha scosso l'Europa e paragonabile solo al grande crack del colosso americano Enron.

Uno dei punti di riferimento è il prof. Ubaldo Giuliani Balestrino, al quale viene attribuita, grazie alle sue fonti, la maggior dei riferimenti normativi presenti nell'elaborato, che viene così strutturato: Nella prima parte sono argomentate le origini storiche e le prime modalità in cui venivano trattati i casi di bancarotta e i casi di reati fallimentari; ripercorrendo la materia dalla sua genesi, passando per i codici di commercio, sino alle riforme più recenti e attuali.

Nella seconda e nella terza parte viene illustrata la normativa odierna in tema di bancarotta patrimoniale e documentale, con particolare riguardo ai reati fallimentari, tra cui i reati di insolvenza e i reati post fallimentari.

L'ultima parte della tesi tratta lo scandalo di bancarotta fraudolenta del 2003 della società Italiana Parmalat, il cui fondatore, Calisto Tanzi è venuto a mancare il primo Gennaio di questo'anno. L'elaborato si chiude con un serie di riflessioni personali dove vengono illustrati alcuni problemi e le probabili soluzioni.

I. LA BANCAROTTA: EVOLUZIONI STORICHE

1. La concorsualità nel diritto romano

Storicamente, il diritto fallimentare è stato oggetto di una sempre più radicale, seppur lenta, spinta riformatrice, ad oggi la disciplina sta iniziando ad orientarsi ad un'idea più neutrale rispetto al fallimento, indirizzandosi verso la nozione di “insolvenza” attraverso la conformazione degli istituti di concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione del debito.¹

In contrapposizione, si faccia ricorso al diritto romano delle XII tavole dove il fenomeno fallimentare sfociava l'adempimento del debito al corpo dello stesso debitore (*legis actio per manus iniunctionem*) dove nelle peggiori delle ipotesi poteva essere ucciso o reso schiavo².

Il creditore poteva soddisfarsi sui beni del debitore, nei casi in cui figurassero più creditori avveniva un'equa spartizione tra gli aventi causa, la *par condicio creditorum*,³ in origine valutata come forma di rivalsa sul corpo dell'esecutato in ottemperanza al principio della parità di trattamento, ma in questo sistema faceva eccezione la *legis actio per pignoris capionem*,⁴ che solo ai titolari di crediti di diritto pubblico (come le imposte) o affini allo *jus sacrum* consentiva il pignoramento dei beni del debitore sino alla compensazione e soddisfazione economica del loro credito.⁵

¹ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1997, 12 e 22 ss

² Gaio, 4.12 e 4.21 ss.; XII Tab. 3.1-6. *Amplius* cfr. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1979, 112 ss.; A. Schiavone (a cura di), *Diritto privato romano*, Torino 2003, 94 ss

³ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna 2011, 15 ss.

⁴ P. Voci, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in Enc. dir., vol. XV, Milano 1966, 422.

⁵ Gaio 4.10, 12, 26 ss., 32.

In assenza di beni da pignorare, si procedeva con l'esecuzione corporale del debitore, ciò evidenziava il fatto che lui stesso costituiva garanzia del suo stesso debito in quanto in assenza di patrimonio il creditore poteva asservirsi del debitore. ⁶

Dal III secolo A.C. grazie alla *Lex Poetelia*, furono vietati alcuni di questi caratteri in quanto fu abolito il *Nexum*, ovvero l'asservimento di se stesso o di un membro della sua famiglia (o su chiunque avesse una potestà) a garanzia del creditore, fino all'estinzione del debito ⁷ “*pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*” ⁸ così l'esecuzione corporale viene eclissata dall'esecuzione strettamente patrimoniale, in quanto la garanzia del debito sarà legata unicamente al patrimonio personale e non sul corpo del contraente pur lasciando in vigore status o sanzioni (come la perdita dell'onore o l'infamia). ⁹

Una grande spinta riformista ci fu con la Roma imperiale e l'editto pretorio, il quale sancì una reale ed effettiva privatizzazione della proprietà che fu determinante per l'introduzione della *bonorum venditio*, ovvero il processo richiesto dai creditori al pretore per poter essere immessi nei beni del debitore insolvente “*missio in possessionem rei servandae causa*”, questo processo garantiva la custodia del patrimonio da parte di un incaricato, “*custodia et observato rerum*” ed entro un lasso di tempo il magistrato dava corso alla cessione dei beni. ¹⁰

Alla scadenza dei termini, i beni del debitore, sotto la supervisione del *magister bonorum* venivano ammessi alla vendita forzata e l'intero patrimonio veniva ceduto a chi offriva la percentuale di

⁶ S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano, vol. I*, Napoli 1937, 151.

⁷ https://it.unionpedia.org/i/Lex_Poetelia-Papiria

⁸ Livio VIII, 28, 8.

⁹ S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano, vol. I*, Napoli 1937, 151; P. Voci, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, cit., 426.

¹⁰ Azione revocatoria (diritto romano), in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino 1958, 147 ss.

soddisfazione più alta sui debiti, succedendo così a titolo universale anche all'attivo, accollandosi anche i crediti del debitore.¹¹

Si noti che la legge fallimentare odierna dispone dell'ablazione dei beni del fallito esistenti alla sentenza dichiarativa (art. 42 l.f.) e quanto abbia in comune con la *bonorum venditio* imponendo l'universalità dell'esecuzione in seguito alla mora del debitore.

In prosieguo con la *lex Iulia* del 17 a.c. , fu introdotta la *bonorum cessio*, misura che con l'autodenuncia di insolvenza e la consegna dei proprio beni ai creditori si poteva evitare l'infamia e l'esecuzione personale; ma con l'introduzione dell'*actio pauliana*, cioè “l'azione con cui il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni.”¹² Con essa abbiamo uno dei primi rimedi contro gli atti fraudolenti, quindi una delle prime concezioni di “frode”.¹³

L'*actio pauliana* (o azione revocatoria) con il diritto Giustiniano divenne il connubio dei due rimedi, la restituito in *integrum* e l'*interdictum frauditorium*, ovvero la promessa di non eseguire atti in frode al creditore ed il rimedio concesso contro al terzo acquirente, per destarlo alla restituzione di ciò che ha ricevuto dal debitore, l'azione revocatoria ha come presupposti fondamentali l'*eventus damni* e il *consilium fraudis*.¹⁴

Dal punto di vista penale l'esecuzione personale non fu mai del tutto abolita, infatti la pena principale più diffusa restò la nota d'infamia almeno fino ai tempi di Valentiniano, che introdusse la pena di morte per i reati di frode e i debitori in mala fede.

¹¹ S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano, vol. I*, Napoli 1937, 151; P. Voci, voce Esecuzione forzata (diritto romano), cit., 426.

¹² <https://www.brocardi.it/A/actio-pauliana.html>

¹³ A. Rocco, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Torino, Bocca, 1917, p. 164

¹⁴ <https://www.brocardi.it/A/actio-pauliana.html>

2. Il codice barbarico e il diritto intermedio

Con la caduta di Roma, durante l'Alto Medioevo la materia giuridica della civiltà romana in materia di fallimento e insolvenza non fu annullata dal codice barbarico, pur avendo un arresto evolutivo, generato soprattutto dal blocco delle rotte commerciali, che causò una scarsità di risorse economiche.¹⁵

Nonostante questo, durante i secoli di dominio barbarico, in materia di esecuzione del debitore insolvente furono implementati alcuni istituti di diritto germanico come l'obbligazione, ritenuta come vincolo personale accompagnato da un diritto sulle cose del debitore.¹⁶

Il creditore poteva trattenere l'oggetto, pignorandolo per un periodo stabilito, periodo entro il quale il debitore avrebbe potuto disimpegnarlo pagando il proprio debito, tale istituto, *missio in bannum*, fu ampiamente regolamentato in epoca carolingia, producendo un pubblico sequestro del patrimonio, che dopo un anno e un giorno di insolvenza si trasformava in confisca da parte dello stato, che appropriandosi del bene o patrimonio, risarciva i creditori.¹⁷

In Italia, con l'evoluzione e il fiorire delle civiltà comunali ci fu la graduale affermazione del moderno diritto commerciale e la comparsa della classe mercantile che grazie proprio alla necessità di autotutela, avvertita da quest'ultima, in quanto muovevano e gestivano sensibili somme di capitali si unirono in corporazioni, i quali statuti e consuetudini erano alla base dello *jus mercatorum*.¹⁸

¹⁵ A. Sacerdoti, voce *Fallimento*, in *Enc. giur. it.*, vol. VI, Milano 1900, 7 ss.

¹⁶ A. Rocco, op. cit., p. 180.

¹⁷ G. Pellegrino, *Lo stato di insolvenza*, Padova, CEDAM, 1980, pp. 9-11.

¹⁸ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964, 80 ss.

Dal XIII secolo iniziò a svilupparsi una disciplina che regolamentava l'istituto fallimentare, che all'occhio dell'epoca era giuridicamente concepita come un'azione scellerata più che atto sfortunato, questa concezione, giustificava il pegno da regolare da parte della classe mercantile pur di ottenere fiducia commerciale nel credito e nei mercati, fiducia che costituiva pilastro importante dell'imprenditoria dell'epoca, in quanto c'era la coscienza che anche una singola condotta frodatoria poteva avere ripercussioni su intere economie comunali o cittadine.¹⁹

Presupposto dell'istituto fallimentare dell'epoca era la qualifica di *mercator*, ovvero l'iscrizione a una Corporazione o a un'Arte, e ovviamente l'insolvenza del debitore (o fuga del debitore, in quanto al tempo "*fugitivus*" era sinonimo di insolvente), dichiarata l'insolvenza, il giudice sanciva la *missio in possessionem rei servandae causa ex primo decreto*, ovvero la custodia dei beni del debitore, e la conseguente amministrazione da parte dei creditori, infine o *datio in solutum*, con l'accertamento del passivo veniva disposta la *missio in possessionem rei servandae causa ex secundo decreto*, da parte delle istituzioni di speciali magistrature, che garantivano la natura pubblica del procedimento.

20

Nello sviluppo della materia fallimentare emerge anche la concezione di scindere l'insolvenza dai comportamenti fraudolenti e simulativi, prende luce quindi la connessione civilistica del fallimento, inteso come insolvenza, seguita dall'erosione del patrimonio dei creditori e la concezione penale legata alla frode.²¹

A Venezia, in quel periodo era presente una delle legislazioni più evolute in materia, dove furono distinti gli insolventi *fortunae vitio*, *falliti suo vitio*, e *partim suo partim fortunae vitio*. Ciò

¹⁹ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, CEDAM, 1964, p. 118.

²⁰ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento*, p. 81

²¹ U. Santarelli, *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed età moderna*, a cura di A. Legnani Annichini, N. Sarti, Bologna 2011, p.14.

comportava la scissione tra fallimento incolpevole, dove si procedeva con la *cessio bonorum* senza gravi sanzioni accessorie, escludendo anche l'infamia, in quanto il fallimento era originato da eventi improbabili, e non prevedibili che avevano determinato l'insolvenza o non riconducibili al debitore, sanzioni e conseguenze giuridiche diverse avvenivano per chi invece era legato al fallimento doloso, infatti ai bancarottieri veniva irrogata la sanzione pubblica irrevocabile, ovvero anche in caso di successiva riparazione, esse non veniva revocata, e ne seguiva la perdita di cittadinanza, decadenza del diritto di giustizia, revoca delle onorificenze ricevute, oltre al divieto di effettuare qualunque tipo di attività mercantile. Il caso più diffuso era sicuramente il terzo, considerato una via di mezzo tra i due ed è stato definito come una delle primissime radici dell'istituto del concordato preventivo, in quanto in questo caso, la sanzione pubblica era revocabile in caso di risarcimento dei creditori. Postuma e frequente all'insolvenza era la fuga dei debitori dalle città, onde evitare pene e sanzioni, in quei casi, con l'irreperibilità o la latitanza dell'insolvente, il pubblico ministero era libero di poter esercitare l'iniziativa fallimentare.²²

Le prime tracce di bancarotta documentale le abbiamo nel diritto medievale, definito dallo schema giuridico di quel periodo che prevedeva un "primordiale" obbligo delle scritture contabili e le circostanze in cui esse venivano smarrite o falsificate, rendendo difficile o impossibile l'accertamento dell'attivo o del patrimonio, venendo inequivocabilmente interpretati come frode o fallimento colpevole. Nonostante ciò con l'evolversi dei tempi e del tessuto socio-economico, andranno perse alcune caratteristiche dello *ius mercatorum*, in quanto gli sviluppi geopolitici o calamità naturali ed altri eventi imprevedibili andranno a dimostrare che tutti potevano essere soggetti al fallimento, così le condizioni di solvibilità non andranno più ad essere calibrate sulla correttezza personale, ma bensì sul possesso di beni.²³

²² A. Lattes, *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione finanziaria della Repubblica di Venezia*, Venezia 1880, 15 ss.

²³ G. Delitala, *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935, 11 ss

3. L'ordonnance de commerce e I codici di commercio

Il fenomeno fallimentare delle città Italiane fu alla base della maggior parte delle legislazioni europee, grazie soprattutto agli intensi scambi commerciali tra Venezia, Milano, Firenze e Genova che esercitavano una grandissima influenza sulla piazza commerciale di Lione, influenza che sarà recepita da Colbert come L'Ordonnance de commerce del 1673. Con essa fu proclamato il tacito "accordo" tra i mercanti, che avvertivano maggiore sicurezza con il controllo pubblico degli scambi e lo Stato che beneficiava delle ricchezze prodotte da essi. L'ordonnance de commerce mise alla luce i caratteri del diritto fallimentare moderno con l'universalità dell'esecuzione, le distinzioni dei privilegi dei creditori e i caratteri della bancarotta, il diritto commerciale così cambia natura divenendo progressivamente parte del diritto pubblico, poiché nacque la concezione che la bancarotta era considerata un danno per i creditori, ma soprattutto anche per lo Stato.²⁴

Il percorso evolutivo delle riforme iniziò con gli adeguamenti sanciti dal code Napoleon del 1807, successivamente con la legge fallimentare francese del 1838 e nel codice Albertino del 1842, quest'ultima fu considerata come la prima normativa dell'Italia unita congiuntamente ai codici di commercio del 1865 e del 1882, fino all'abolizione del carcere per i debiti con la legge del 6 dicembre 1877 n.4166.²⁵ Il code Napoleon si dimostrò radicalmente avverso al fenomeno fallimentare, anche causato da eventi avversi e imprevedibili, infatti in questo caso il fallito veniva

²⁴ F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano 2018, pp.79

²⁵ A. Asquini, voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 250 ss.

sanzionato con la privazione dei diritti politici e della libertà, ma con la possibilità di avvalersi di un concordato.²⁶

L'arresto preventivo e l'apposizione dei sigilli per la previsione dello spossessamento del fallito a garanzia dei creditori furono tra le altre novità più significative, ad imporre l'arresto fu proprio Napoleone in quanto riteneva che vi fosse, così come accade con l'omicidio, un corpo di delitto poichè il fallito reca un torto ai suoi creditori. Mentre sotto il profilo sanzionatorio, la pena di morte fu sostituita dai lavori forzati nei casi di bancarotta patrimoniale o documentale, mentre la reclusione da un mese a due anni per le ipotesi fraudolente.²⁷

Il codice Napoleonico, in Italia come in molti altri stati europei fu alla base del codice di commercio del 1882, dove viene marcata anche qui la netta distinzione tra bancarotta fraudolenta (art.860) e bancarotta semplice (art.856, 857, 858, 860). In comune concretizzavano che il soggetto attivo fosse un "commerciante" che cessava di effettuare i suoi pagamenti, in definizione: "l'impotenza d'un patrimonio al pagamento dei debiti, manifestata dal commerciante che ne è investito, mercè il suo modo di comportarsi nei rapporti commerciali." ²⁸

Venne introdotta e disciplinata la situazione di illiquidità dovuta da fattori casuali, passeggeri e che soprattutto non avessero implicato in alcun modo un dissesto patrimoniale grave del debitore, questo istituto, definito poi come moratoria. Concepito come strumento volto a fronteggiare le crisi

²⁶ Art. 455: «*Le tribunal de commerce ordonnera, en même temps, ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme. Il ne pourra, en cet état, être reçu contre le failli, d'écrou ou recommandation, en vertu d'aucun jugement du tribunal de commerce*».

Art. 466: «*Après l'apposition des scellés, le commissaire rendra compte au tribunal de l'état apparent des affaires du failli, et pourra proposer ou sa mise en liberté pure et simple, avec sauf-conduit provisoire de sa personne, ou sa mise en liberté avec sauf-conduit, en fournissant caution de se représenter, sous peine de paiement d'une somme que le tribunal arbitrera, et qui tournera le cas advenant, au profit des créanciers*».

²⁷ J. G. Locré, *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia comentario e compimento dei codici francesi*, vol. XII, Napoli 1843, pp.278.

²⁸ G. Delitala, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, pp.724.

d'impresa "reversibili", e quindi dissesti "momentanei" composti da piccoli squilibri tra attività e passività, esso si risolveva con la concessione da parte dell'autorità giudiziaria su voto unanime dei creditori, di una dilazione concessa al debitore.²⁹

Nei casi, il codice di commercio ammetteva la dichiarazione di fallimento come elemento essenziale e la bancarotta costituiva una condicio iuris per la sanzionabilità, in quanto puniva il fallimento come derivato della bancarotta, quindi preceduto da circostanze ove vi fossero azioni colpose o dolose designate dalla legge, purché non vi fosse considerato reato la sola bancarotta, ma l'insieme di azioni che hanno determinato o aggravato le condizioni, considerandolo come rapporto di causa ad effetto con il fallimento.³⁰

4. La legge fallimentare del 1942 e le riforme degli anni duemila

Nell'Italia del '39 fu selezionato il comitato ministeriale per la stesura e lo sviluppo della disciplina fallimentare che avrebbe riunito gli aggiornamenti e le riforme tra le due guerre mondiali. Tale disciplina doveva inserirsi all'interno del nuovo Codice di commercio, progetto che non fu compiuto, in quanto un anno dopo fu rivalutata e abbandonata l'idea di stesura del nuovo codice, inglobando però la legge fallimentare nel nuovo Codice civile italiano che era in fase di scrittura.³¹

Il regio decreto del 16 Marzo 1942 n. 267 (o legge fallimentare) fu redatto dai professori De Marsico, Asquini e Satta sotto la supervisione dei magistrati Russo e Miraulo. Esso introduce alcune novità, quali le nozioni di "imprenditore" e "impresa". La nuova legge fallimentare rendeva protagonista il giudice delegato e riduceva al minimo lo spazio per eventuali accordi negoziali e

²⁹ L. BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, 1886, pp. 945-950.

³⁰ M. Di Gherardo, *Il dolo nella bancarotta: Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze U.Press, 2017, pp. 30

³¹ <https://www.money.it/legge-fallimentare-testo-267-1942-aggiornato-2017>

concordatari, favorendo una dimensione meramente liquidatoria, integrando l'amministrazione controllata, intesa alla tutela di casi di crisi temporanea dell'attività d'impresa. La legislazione però non esauriva l'intera disciplina concorsuale, infatti troviamo riferimenti alla disciplina fallimentare anche nel codice civile, come in materia di recesso per giusta causa (art. 2119), per esclusione di diritto (art. 2288) e per lo scioglimento di società (art.2308).³²

Dalla sua entrata in vigore ad ora è stata oggetto di modifica in base alle evoluzioni e alle situazioni sociali ed economiche del paese, alcuni articoli sono stati perfino dichiarati illegittimi dalla corte costituzionale urgendo le modifiche della materia.

Tra le più importanti modifiche degli atti normativi menzioniamo:

- Il decreto legislativo 35/2005, convertito poi in legge 80/2005, definito come “*Decreto Competività*”

Emanato per applicare sostanziali modifiche in tema di revocatorie fallimentari, dimezzando i termini per il periodo sospetto ai fini dell'azione ed estendendo l'esonero della stessa per un certo numero di atti; integrando anche il concordato preventivo e i nuovi piani di ristrutturazione dei debiti, suddividendo i creditori in classi, e ad ogni classe spettava un trattamento differenziato, nonché l'inclusione nella procedura anche imprenditori e imprese in crisi.³³

- Il decreto legislativo 5/2006 definito come la “Riforma organica delle discipline concorsuali”

L'intento del legislatore fu quello di modificare quasi tutti gli articoli della legge fallimentare del '42 ispirandosi ai principi del “Decreto Competività”: Le modifiche integrarono alle già esistenti

³² Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Con la relazione ministeriale alla Maestà del Re Imperatore, Roma 1942, pp. 46.

³³ <https://www.money.it/legge-fallimentare-testo-267-1942-aggiornato-2017>