

IL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE AL TEMPO DEL CODICE DELLA CRISI: UN BILANCIO PROVVISORIO¹

di Federico Consulich

(Professore associato di diritto penale, Università degli studi Genova)

SOMMARIO 1. Il sistema delle procedure concorsuali nell'ottica della responsabilità penale. – 2. Le novità del codice della crisi. – 3. La sistematica dell'intervento penalistico in ambito fallimentare. – 4. Reati di bancarotta e interessi penalmente tutelati. – 5. Danno e pericolo nella trama dei reati fallimentari. – 6. La funzione della dichiarazione di fallimento nelle fattispecie di bancarotta. – 7. Crisi, insolvenza e dissesto: quale differenza tra le nozioni fondamentali del diritto penale fallimentare. – 8. Diritto penale e soluzioni della crisi alternative alla liquidazione. – 9. Nello specifico, la prevenzione della crisi: le misure di allerta e le ricadute penali. – 10. I soggetti attivi: tra qualifiche formali e sostanziali. – 11. Gruppi di impresa e insolvenza: implicazioni penalistiche. – 12. I confini della responsabilità penale: le esenzioni dai reati di bancarotta. Natura degli artt. 217 *bis* LFall/324 Cci. – 12.1. L'ambito applicativo dell'esenzione. – 12.2. Il sindacato del giudice penale sui progetti di risoluzione della crisi. – 13. La nuova non punibilità in campo penale fallimentare. – 14. Il trattamento sanzionatorio: l'aspetto problematico delle pene accessorie. – 14.1. La disciplina delle circostanze: il danno come elemento di commisurazione in senso lato della sanzione penale. – 14.2. La pluralità di fatti di bancarotta: qualificazione giuridica della disciplina e conseguenze sanzionatorie. – 15. Una breve conclusione.

1. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ad opera del d. lgs. 12.1.2019 n. 14, è una perfetta occasione per individuare le traiettorie evolutive del diritto penale in questo ambito. La novità porta sempre ad un confronto costruttivo con il passato, soprattutto quando questo affonda le radici nei secoli, come nel caso dei reati fallimentari: essi rappresentano una vera e propria costante criminologica, una sorta di 'delitto economico naturale'.

Se nel medioevo bancarotta e fallimento hanno rappresentato due sinonimi, non solo nel linguaggio dei profani, ma anche dei tecnici del diritto, questo non implicava affatto che il fallito godesse di un benevolo giudizio sociale, anzi, si riteneva che ogni fallimento, automaticamente e senza distinzione, fosse motivo di biasimo per l'imprenditore che non aveva evitato la crisi.

Il sistema casistico che si è via via affermato, fino alla conformazione attuale dei reati fallimentari, ha dunque enucleato solo alcune ipotesi riprovevoli e meritevoli di tutela penale e ha rappresentato un avanzamento del tasso di garanzia del diritto

¹ Il presente lavoro è destinato ad AA.VV., *Diritto penale commerciale*, in corso di pubblicazione per Zanichelli. Si ringrazia la casa editrice per aver consentito alla anticipazione dello scritto sulla presente rivista.

penale commerciale.

Il tempo ha restituito all'interprete di oggi due forme idealtipiche di reati di bancarotta: da una parte *le frodi nelle scritture contabili* e, dall'altra parte, *la distrazione e l'occultamento dei beni posseduti*², poi evolutisi in quelli fino ad oggi denominati fatti di bancarotta fraudolenta, patrimoniale e documentale, di cui agli artt. 216 e 223 LFall.

Si può affermare che la bancarotta sia la degenerazione penalistica di una vicenda civilistica di inadempimento generale di un debitore verso una collettività di creditori³.

Si impone da subito una cautela di metodo: né il fallimento né la bancarotta rappresentano vicende episodiche e occasionali, ma, come compreso da sempre dai dinamici e pragmatici ordinamenti anglosassoni, sono fenomeni che rientrano nella normale evoluzione di un sistema economico. Le crisi d'impresa rappresentano una componente ineliminabile del sistema industriale, da cui non si può prescindere nell'ambito di una rappresentazione fedele della realtà economica.

La constatazione è importante anche per il penalista, che deve comprendere come le fattispecie criminose non si indirizzino solo al bancarottiere spregiudicato che si involi con la cassa, ma, ben più realisticamente e frequentemente, alla dolosa preferenza dei propri interessi di fronte a fenomeni indotti dalle grandi variabili economiche internazionali. Nella variante della bancarotta semplice si tratterà invece del colposo malgoverno dei fattori di produzione e delle dinamiche del mercato.

Quel che occorre sempre tenere presente è l'interconnessione tra diritto e congiuntura economica, poiché questa è in grado generare improvvisi e potenti mutamenti in ordine al costo del lavoro e delle materie prime, nonché della domanda di beni e servizi, con le conseguenti, necessitate, rivoluzioni tecniche in termini di innovazione, che pongono fuori gioco, in breve tempo, interi processi produttivi, soprattutto quando costruiti dall'imprenditore troppo rigidamente⁴.

Una risposta penale ragionevole e proporzionata deve distinguere quanto dipende dal fatto illecito dell'individuo da quanto discende, invece, dal feroce inseguimento tra offerta e domanda, indifferente alle vicende dei singoli.

La tirannia delle potenti correnti economiche che scorrono nel tessuto produttivo italiano (e in quello mondiale cui il primo è strettamente avvinto) deve essere sempre ben presente nella mente dell'interprete dei reati di bancarotta, onde evitare che il processo penale assuma conformazioni ritualistiche che *presuppongano* le responsabilità dell'imputato piuttosto di individuarle, solo eventualmente, *ex post*

² A. Rossi, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, Milano 2018, 19; N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova 2018, 165.

³ Sul punto, per tutti e per gli essenziali richiami bibliografici in merito agli studi volti a ricostruire l'origine e la storia del diritto penale fallimentare A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 17 ss.; Id., *Diritto penale commerciale*, IV, Torino 2019, 1 ss.; E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Bologna 2018, 1 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*, Milano 1991, 23 ss., che rilevava come riguardo alle procedure concorsuali si tendesse a non ricercare il necessario coordinamento con i principi fondamentali del diritto penale e, a livello di percezione comune, ciò ha implicato che si considerassero i reati di bancarotta come di particolare natura, quasi che non fossero illeciti penali.

⁴ C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna 1995, ora in *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 437 ss.

rispetto ad una compiuta istruttoria.

L'applicazione equilibrata della normativa penale fallimentare deve essere ispirata a due canoni.

In primis, la *proporzione-ragionevolezza*, che valorizzi i nuclei di disvalore della condotta tipica. L'imprenditore non può essere condotto a rispondere genericamente per non aver impedito la crisi di impresa, alla luce di una generalizzata posizione di protezione sul patrimonio aziendale, ma per aver *intenzionalmente diminuito la garanzia creditoria* attraverso modalità di condotta appropriate e artificiose oppure per aver *colposamente aggravato l'entità del passivo*.

Si tratta di una ricerca imposta dalla severità delle conseguenze sanzionatorie, tenuto conto che fino all'introduzione dei reati di abuso di mercato, i delitti di bancarotta erano di gran lunga i più gravi tra i reati economici.

L'imperativo è quello di ricercare condotte che meritino simili esiti punitivi: lo impone l'ispirazione costituzionale che anche il diritto penale fallimentare deve avere⁵.

In secundis, la *sistematicità*. Occorre sempre mirare ad una coerente esegesi delle norme penali rispetto alla disciplina concorsualistica. In quest'ottica è importante considerare che si sono succeduti, a partire dalla metà del primo decennio degli anni Duemila, una serie di interventi che, pur come di consueto senza un approccio sufficientemente meditato, hanno comunque riorientato il diritto fallimentare dalla visione pubblicistica che ispirava l'ordinamento nel lontano 1942 ad un approccio più negoziale della crisi di impresa.

Non è indifferente per il penalista questa evoluzione del diritto concorsuale se si vuole stendere e potenziare ogni possibile 'legamento' tra sanzione penale e tessuto civilistico della materia, onde evitare di aggravare il già evidente anacronismo delle norme incriminatrici delle varie figure di bancarotta.

Non si può negare che, benché le norme penali facciano parte di un sistema che è profondamente mutato nel corso del tempo, in chiave di liberalizzazione delle procedure, esse rimangano caratterizzate in senso tradizionale e formalmente inalterato⁶, posto che le uniche innovazioni riguardano ipotesi residuali comunque estremamente circoscritte, dalle esenzioni dai reati di bancarotta previste dall'art. 217 *bis* al delitto di falso in attestazioni e relazioni introdotto all'art. 236 *bis*, da alcune modifiche di dettaglio all'art. 236 alla 'riforma' della commisurazione delle pene accessorie, veicolata per giunta non dal legislatore, ma dalla Corte costituzionale⁷.

Le fattispecie incriminatrici, diversamente da quanto accaduto ad esempio nel campo dei reati tributari, non hanno ancora imboccato la strada della valorizzazione dell'eliminazione del danno e delle condotte reintegrative come causa di non punibilità o di minore punibilità e restano saldamente ancorate ad un approccio punitivo e ricco di astrazioni; la condotta tipizzata viene perseguita in quanto causa

⁵ Si tratta di riflessioni già presenti in C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., 1-2.

⁶ Si veda a proposito A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016, 4.

⁷ C. cost., 5.12.2018 n. 222 su cui A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.12.2018.

presunta del fallimento, essendo costruita come reato di pericolo senza possibilità di prova contraria⁸ e solo un'interpretazione correttiva, sensibile al principio di offensività e ragionevolezza, può ricondurle pienamente nell'alveo costituzionale.

L'interpretazione non può però più bastare. Dopo l'approvazione del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Cci), programmaticamente orientato ad affrontare solo gli aspetti civilistici della crisi di impresa, si impone oggi una revisione della fattispecie di bancarotta. Naturalmente ciò impone una serie di scelte di politica criminale da parte del legislatore in ordine al ruolo che si vuole attribuire alle norme incriminatrici della bancarotta. È questo un orizzonte che ancora non si mostra al penalista.

2. Il *fallimento* è ormai un termine prossimo all'esilio giuridico, dopo che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ne ha previsto la sostituzione con l'anodino concetto di *liquidazione giudiziale*⁹.

Il 'codice', dopo una prima parziale vigenza di alcune norme dal trentesimo giorno dalla pubblicazione, doveva entrare in vigore dal 15 agosto 2020, ma il d.l. 8.4.2020 n. 23 ha poi posticipato la data al 1° settembre 2021¹⁰.

Stando al disposto dell'art. 390 Cci, le procedure concorsuali apertesesi prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni continuano comunque ad essere regolate dalla legge fallimentare e, per espresso disposto del co. 3, quando, in relazione a tali procedure, saranno commessi i fatti puniti dagli artt. 216 ss. LFall, rimarranno applicabili le fattispecie incriminatrici del 1942.

Successivamente al settembre 2021, dunque, il diritto penale fallimentare entrerà in una fase di forzata 'convivenza' di due testi normativi¹¹.

Le modifiche introdotte, per quanto attiene alla responsabilità penale, non sono comunque per nulla dirompenti. Ciò discende dalla delega cui il Governo era chiamato a dare attuazione che, per quanto attiene ai profili penalistici, chiedeva solo di definire i rapporti tra *liquidazione giudiziale*, nuovo nome della procedura finora qualificata come *fallimento*, e misure penali, nell'accezione del codice antimafia (d. lgs. 6.9.2011 n. 159)¹².

⁸ Si vedano in proposito le notazioni di G. Flora, *Verso una nuova «stagione» del diritto penale fallimentare?*, in *RTrimDPenEc* 2012, 892.

⁹ Rileva che il presupposto della liquidazione giudiziale è lo stato di insolvenza e questo è definito in modo identico a quanto accadeva nella legge fallimentare, come pure i medesimi sono i requisiti soggettivi, sicché non vi è problema di discontinuità temporale delle fattispecie penali al cospetto dell'introduzione del codice della crisi. F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *DPP* 2019, 1190 s.

¹⁰ Per una completa analisi al testo del decreto legge si veda F. Mucciarelli, *La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020*, in *www.sistemapenale.it*, 11.4.2020.

¹¹ Per una serie di critiche alla carente disciplina intertemporale contenuta nel codice della crisi M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 197 ss. che evidenzia profili di possibile incostituzionalità della normativa, dal punto di vista del principio di uguaglianza/ragionevolezza, generatisi, per riflesso, in conseguenza della rimodulazione della disciplina civilistica e dell'inserimento nel tessuto normativo di norme di favore inequivocabilmente dotate di impatto sulla responsabilità penale (si pensi al disposto dell'art. 25 Cci).

¹² Per una lettura in chiave penalistica del testo, prima della sua definitiva approvazione, si vedano M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*,

L'approvazione del codice della crisi ha esaltato le molte discontinuità, per non dire aporie, tra responsabilità penale e procedure concorsuali¹³.

Oggi l'obiettivo del diritto concorsuale non è più esclusivamente la cessione degli *assets* sopravvissuti, per realizzarne il residuo valore, ma la loro conservazione per impiegarli in nuove iniziative imprenditoriali e consentire agli stessi di germogliare nuovamente in un diverso tessuto economico¹⁴.

L'attuale regolazione della crisi d'impresa ha, almeno in parte, abbandonato il paradigma liquidatorio, puntando su un modello ripristinatorio, teso alla ristrutturazione dei complessi aziendali, nell'ottica del recupero della redditività e del superamento della tensione finanziaria¹⁵.

Non più, nell'ambito civile, ripartizione giudiziale e autoritativa dei beni residui, ma progressivo ampliamento dell'autonomia privata e correlativa restrizione del controllo del giudice, che si fa eventuale.

È un'impostazione che compare anche in diversi atti sovranazionali, in particolare di origine europea, come si può riscontrare nella recente dir. 2019/1023/UE, che si pone l'obiettivo di consentire all'imprenditore di poter beneficiare di una seconda opportunità e, al contempo, di perseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione (si veda in questo senso l'art. 4.1. della direttiva)¹⁶.

La transizione dalla liquidazione alla ristrutturazione è sicuramente complessa proprio perché per il nostro ordinamento rappresenta un passaggio di profonda innovazione, tenuto peraltro conto che l'obiettivo di preservare la continuità aziendale, diretta o indiretta, si ambienta in un tessuto economico spesso stagnante, almeno in alcune zone del Paese. Il cambio di paradigma sta quindi avvenendo per successive interpolazioni a partire dagli anni Duemila ed è proseguito fino all'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza¹⁷. Quest'ultimo, dunque, rappresenta il completamento di un percorso di riforma che ha assicurato sempre maggiore spazio alle soluzioni della crisi alternative alla liquidazione¹⁸.

in www.penalecontemporaneo.it, 27.11.2018 e P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.5.2018; dopo l'entrata in vigore F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, cit., 1189; G. Minicucci, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in www.disCrimen.it, 24.4.2020.

¹³ Per una serie di critiche si vedano A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi di impresa*, in *RIDPP* 2019, 1820 e M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 191 ss.

¹⁴ G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *GCom* 2006 (III), 459; G. Flora, *Verso una nuova «stagione» del diritto penale fallimentare?*, cit., 891.

¹⁵ Rileva da ultimo F. Bellagamba, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *LP* 2020, 3 ss., come all'interno del codice della crisi convivano, in un rapporto di tensione irrisolta, l'approccio statico orientato alla liquidazione e quello dinamico volto al risanamento, con un'inevitabile riflesso in ordine all'interpretazione delle fattispecie incriminatrici ivi contenute.

¹⁶ Dir. 2019/1023/UE del 20.6.2019 (sulla ristrutturazione e l'insolvenza); reg. 2015/848/UE del 20.5.2015 relativo alle procedure di insolvenza; Raccomandazione della Commissione del 12.3.2014; F. Vella, *La prima direttiva europea su ristrutturazione e insolvenza*, in *FI* 2018 (V), 423.

¹⁷ In argomento G. Terranova, *Le procedure concorsuali*, Torino 2019, 8 ss.

¹⁸ Per una compiuta esposizione delle linee evolutive percorse dalla disciplina fallimentare P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *GCom* 2018 (I), 63 ss. e S. Cavallini, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *RSoc* 2013, 762 ss.

Nel complesso ne risulta una disciplina a due velocità: in marcata evoluzione, quello civilistico (cosa?), statico, quello penalistico, a dispetto della nuova numerazione formale delle disposizioni incriminatrici entro un nuovo testo normativo e a pochi altri interventi di cui daremo conto.

Nell'esaminare la disciplina penale si procederà a prendere come riferimento il testo delle fattispecie incriminatrici contenute nella legge fallimentare, in quanto destinate ad operare ancora per un lasso di tempo significativo, segnalando però, di volta in volta, quanto cambierà con l'entrata in vigore definitiva del Codice della crisi.

3. Bancarotta per il penalista è certamente un termine equivoco, tali e tante sono le tipologie delittuose in cui si articola. Occorre sempre posporre al termine una plurima aggettivazione, sicché, per orientarsi tra le varianti, è utile imbastire una tassonomia secondo una serie di dicotomie. Queste poi generano all'atto pratico, intersecandosi, una pluralità di combinazioni possibili.

i) La prima è quella tra bancarotta *fraudolenta* (art. 216 LFall) e bancarotta *semplice* (art. 217 LFall). La contrapposizione ha radici nell'intenzione: la fraudolenza pretende la ricerca in capo all'imputato di una volontà deliberatamente offensiva, mentre la bancarotta semplice indica una negligente e imprudente condotta gestoria, il che, salvo alcune eccezioni, colloca il reato entro un paradigma colposo.

ii) Ulteriore classificazione è quella tra bancarotta *propria* e bancarotta *impropria* (o societaria). La prima ipotesi è ormai quasi scomparsa, di fronte alla scelta ormai consueta di attivare una struttura societaria per l'esercizio di un'attività economica. Essa riguarda i reati commessi dall'imprenditore individuale (artt. 216 e 217 LFall) e dai soci illimitatamente responsabili delle società in nome collettivo e in accomandita semplice (art. 222 LFall). La bancarotta impropria, invece, si riferisce ai fatti commessi «da persone diverse dal fallito» e dunque dai titolari di posizioni qualificate all'interno dell'impresa gestita in forma societaria (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite). Questa forma, ormai la principale dal punto di vista della prassi, contempla ipotesi delittuose aggiuntive e differenti da quelle di cui all'art. 216 LFall. Al n. 1 dell'art. 223 co. 2 LFall, in particolare, il diritto penale fallimentare si 'fonde' con quello societario, poiché i reati previsti dal Codice civile divengono il primo polo di un nesso causale che culmina nel dissesto (è la cd. bancarotta da reato societario).

Al n. 2 del secondo comma dell'art. 223 compare una complessa figura criminosa, anch'essa causalmente orientata, che presenta indubbi tratti di originalità anche per la contaminazione con l'idea della preterintenzionalità (si fa qui riferimento al fallimento derivante da operazioni dolose). Vi è da precisare che, mentre il r.d. del 1942 prevede come conseguenza della condotta il *fallimento* della società, stando alla lettera del nuovo 329 Cci, l'esito causale è il *dissesto* e si tratta, come ognuno può ben comprendere, di

due termini diversi¹⁹.

Vi è poi anche una bancarotta impropria colposa, contemplata all'art. 224 LFall.

iii) Puramente cronologica è la *ratio* che fonda la terza dicotomia, tra bancarotta *prefallimentare* e bancarotta *post-fallimentare*, a seconda che le condotte punite siano commesse antecedentemente o successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento (o l'omologo provvedimento nell'ambito dell'art. 236 LFall). Come vedremo, la distinzione fonda un diverso ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, ora *condizione obiettiva di punibilità* ora *presupposto della condotta*.

iv) Autoevidente è poi la differenza tra bancarotta *patrimoniale* e *documentale*, dipendente dall'oggetto materiale della condotta tipica. Basta qui rilevare che la sofisticazione o mera distruzione dei documenti dell'imprenditore non è certo meno offensiva dell'aggressione pura e semplice al patrimonio dell'impresa. Questo perché nel diritto penale-fallimentare è sempre necessaria una leale informazione, sia in merito alla situazione patrimoniale del debitore, sia riguardo al piano globale di sistemazione delle pretese creditorie²⁰.

Resta fuori da ogni schema dicotomico la bancarotta preferenziale, il cui tipo descrive la violazione della *par condicio creditorum* e non, come tutte le altre ipotesi patrimonialmente orientate, la diminuzione *sic et simpliciter* della garanzia dovuta ai creditori.

Proprio il variegato novero di ipotesi di bancarotta, in uno con l'indeterminatezza di talune fattispecie (per tutte: le operazioni dolose di cui all'art. 223 co. 2 n. 2 LFall), rendono frequente la contestazione di questi reati nell'ambito di una procedura concorsuale²¹.

Ciò che caratterizza, dal punto di vista della tecnica di formulazione delle fattispecie, le disposizioni penali in analisi è l'adozione della tecnica legislativa di tipo casistico tanto agli artt. 216 e 217 che all'art. 223, accanto alla tecnica del rinvio tra le disposizioni stesse.

Ne deriva, sembra, un maggior tasso di determinatezza, ma si tratta di un'impressione illusoria. L'impiego, in alcuni casi, di termini dotati di un campo semantico sovrapponibile rende particolarmente complessa l'individuazione delle distinzioni concrete tra le diverse ipotesi di bancarotta con la conseguenza frequente della contestazione di una pluralità di fatti di bancarotta e dunque nell'applicazione dell'art. 219 co. 2 n. 1 LFall.

In particolare, lo sforzo casistico profuso dal legislatore del 1942 nel definire

¹⁹ Non così per R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in www.penalecontemporaneo.it, 7-8/2019, 80, secondo cui, al secondo co. dell'art. 329 Cci, il legislatore avrebbe semplicemente uniformato le due ipotesi di bancarotta societaria, utilizzando anche in quella descritta nel n. 2 la parola "dissesto" in sostituzione della parola "fallimento". Per l'A. «cagionare il fallimento» altro non significherebbe se non provocare il dissesto, il quale è destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa del fallimento.

²⁰ C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., 528.

²¹ N. Mazzacuva, E. Amati, *op. cit.*, 167.

condotte tipiche agli art. 216 e 223 co. 1 e co. 2 n. 1 LFall, viene grandemente vanificato dall'impiego della clausola generale del "compimento di operazioni dolose" che compare al co. 2 n. 2²².

4. L'individuazione dell'oggetto di tutela dei reati di bancarotta è stata nel tempo oggetto di discussione in dottrina.

Una prima corrente di pensiero, sviluppatasi tra gli studiosi del diritto commerciale, riteneva che tali delitti dovessero essere qualificati come reati contro l'economia pubblica: un'impresa che fallisce può generare, se strategica o di grandi dimensioni, una spirale di effetti negativi per l'intero sistema economico, o almeno un suo settore, stante le profonde connessioni che caratterizzano i rapporti tra imprese e tra queste e il sistema bancario, la cui esposizione creditoria verso soggetti insolventi può innescare un imprevedibile effetto a catena²³.

Una seconda opzione esegetica, che risale a Nuvolone e vede le fattispecie di bancarotta come reati contro l'amministrazione della giustizia, prende le mosse dalla constatazione che la soddisfazione dei diritti patrimoniali dei creditori avviene in forma collettiva tramite procedure giudiziarie e secondo il principio della *par condicio creditorum*. Ne deriva che ogni sovversione dell'ordinato svolgimento del procedimento di accertamento e ripartizione dell'attivo è, prima che una lesione di interessi patrimoniali di una pluralità di controparti dell'imprenditore, un'offesa immediata di un bene giuridico concepito in chiave pubblica e processuale²⁴.

Per completezza, vi è chi ha sostenuto che la pluralità di effetti dannosi generati da una bancarotta meriti una considerazione dei beni protetti in una accezione sintetica, dunque in chiave di plurioffensività: plurimi quindi sarebbero gli interessi protetti dalle norme penali in analisi; accanto ai diritti dei creditori sociali, assumerebbero rilevanza, ad esempio, le ragioni del credito e dell'economia pubblica²⁵.

Da ultima, la tesi oggi largamente prevalente, che scaturisce dalle riflessioni di

²² Di recente la Cassazione ha affermato che il delitto di bancarotta per operazioni dolose «implica la commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero di atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa e che postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato». Cass. 12.12.2019 n. 10995, in *D&G* 2020. Si tratta di principi già espressi in precedenza e applicati in tema di reiterati inadempimenti contributivi previdenziali da Cass. 25.9.2014 n. 47621, in *SOC* 2015, 893, con nota di P. Chiaraviglio, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*.

²³ Ripercorrono questo filone interpretativo N. Mazzacupa, E. Amati, *op. cit.*, 169. Nel senso che i reati di bancarotta siano delitti contro la pubblica economia in precedenza P. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, 32; Id., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *RTrimDPenEc* 1988, 519 ss. e F. Stella, *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in AA.VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Milano 1978, 138.

²⁴ Si vedano P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 25 e, prima di lui, F. Carnelutti, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *RDP* 1953, 1; più di recente C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino 2000, 14.

²⁵ A questo proposito si vedano le riflessioni di A. Rossi, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 28 s.

Pedrazzi: la classe dei reati di bancarotta dovrebbe essere ascritta alla categoria dei reati *contro il patrimonio*, naturalmente in un'accezione non meramente individualistica, ma *in una dimensione più collettiva*, trattandosi infatti di fatti commessi nei confronti di una pluralità di interessati.

Si tratta di un'ipotesi peculiare di delitto contro il patrimonio anche perché le condotte incriminate non ricadono su beni di terzi, ma su beni di proprietà dello stesso agente. Il paradosso viene però ben presto risolto se si considera che quello che viene in rilievo non è il patrimonio *dell'imprenditore in sé*, ma la proiezione funzionale dello stesso, cioè *la garanzia che esso rappresenta* per il soddisfacimento delle obbligazioni assunte durante l'esercizio dell'attività economica²⁶.

Ognuna delle ricostruzioni coglie nel segno individuando sicuramente interessi che posso essere coinvolti da una crisi economica di carattere fallimentare, ma solo l'ultima individua, a nostro parere, l'autentico bene giuridico del reato, poiché tale può essere definito solo quell'unità di valore indefettibilmente offesa dalla condotta tipica.

Chiarito che gli interessi patrimoniali sono sicuramente quelli che sempre patiscono conseguenze negative da condotte di bancarotta, occorre comprendere, *in primis*, come si atteggi l'offesa nei reati in analisi e, *in secundis*, quale rapporto intercorra tra tale lesione del bene giuridico e la sentenza che dichiara l'insolvenza e apre il via alla procedura fallimentare (o di altro tipo, secondo i modelli via via introdotti in questi ultimi anni nel nostro sistema concorsualistico).

5. Non ogni condotta appropriativa, non ogni dilapidazione del patrimonio societario o dell'impresa, né distruzione o falsificazione di documenti contabili integra una bancarotta allorché, prima o dopo tali fatti, sia stata dichiarata l'insolvenza.

L'accertamento dell'offesa assume i tratti dell'analisi eziologica ogni volta in cui la fattispecie di bancarotta preveda il fallimento (o il dissesto) come evento effettivamente connesso dal punto di vista causale alla condotta tipica. È quel che accade al co. 2 dell'art. 223 LFall e al n. 2 dell'art. 224 LFall.

In ogni altro caso la bancarotta si manifesta come reato di pericolo, sottoposto ad una condizione di punibilità²⁷.

In queste ultime ipotesi l'intervenuta dichiarazione di insolvenza non consente però di guardare senza limiti, retrospettivamente, alla storia dell'impresa.

Sempre più si ammette ormai che le condotte di bancarotta non siano punibili in ogni tempo, ma solamente se realizzate in un momento in cui la garanzia patrimoniale è divenuta effettivamente insufficiente per i creditori²⁸. In altro modo, occorre che il comportamento antidoveroso rispetto alla garanzia creditoria sia tenuto, come colto da Nuvolone, in un *periodo di rischio*: solo in questo caso, infatti, si può

²⁶ C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., 424.

²⁷ Sulla soglia dell'intervento penale e sulla struttura offensiva dei delitti di bancarotta v., da ultimo, N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 31 ss.

²⁸ C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in Id., *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 988; ora S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Padova 2019, 219; Id., *La bancarotta fraudolenta «in trasformazione, verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?»*, in *GI* 2018, 187. Sui beni protetti e sulle tecniche di tutela proprie dei reati fallimentari, v., da ultimo, N. Pisani, *op. cit.*, 9 ss.

affermare che esso sia concretamente pericoloso e meritevole di sanzione²⁹.

A ben vedere, infatti, non avrebbe senso punire una condotta che, al tempo in cui fu tenuta, era del tutto irrilevante per i creditori poiché all'epoca la garanzia patrimoniale era sufficiente e solida, se comparata ai debiti, attuali e prossimi.

Insomma, occorre rapportare la condotta alla coeva posizione finanziaria netta per verificare se quanto meno il pericolo possa dirsi realizzato per i creditori.

Fino a che la garanzia patrimoniale è adeguata, le condotte tenute dal debitore non possono rilevare come ipotesi di bancarotta, per quanto magari illecite penalmente ai sensi di altre fattispecie (si pensi ad un reato societario o tributario).

E così, al di là del caso limite della commissione di illeciti già di per sé penalmente rilevanti, una pletora di condotte non benefiche per il patrimonio aziendale continueranno a ricadere nell'ambito della discrezionalità manageriale, espressione della libertà di impresa e iniziativa economica. È certamente un costo, ma del tutto sostenibile se rapportato a quello che deriverebbe da una panpenalizzazione dell'attività imprenditoriale. È stata di questo avviso anche la giurisprudenza, secondo cui le condotte 'equivalenti' - così come descritte al co. 1 dell'art. 216 LFall (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione e dissimilazione del patrimonio; sottrazione, distruzione e falsificazione dei libri e delle altre scritture contabili) - non esprimerebbero un disvalore autonomo, bensì costituirebbero atti gestori imprenditoriali totalmente leciti, espressione della più ampia libertà d'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.): essi potrebbero assumere rilevanza penale unicamente nel contesto dell'avvenuto fallimento³⁰.

Si badi che simili osservazioni non paiono del tutto corrette perché alcune di queste condotte possiedono un intrinseco disvalore, tanto da assumere autonoma rilevanza penale anche in assenza di dichiarazione di fallimento, seppure a titolo diverso, precisamente sotto forma di reato contro il patrimonio (ad esempio come appropriazione indebita aggravata, ma anche sotto forma di truffa) o contro la fede pubblica e l'informazione societaria.

Ciò posto, il problema pratico è delimitare l'area di rischio rispetto alla bancarotta. Evidentemente è essenziale un riferimento non meramente cronologico rispetto alla insorgenza della situazione di insolvenza.

Per affermare la presenza di un *nesso di rischio* tra le condotte e le ragioni dei creditori³¹, è necessario effettuare un giudizio di prognosi postuma come per ogni altro reato di pericolo concreto. Solo riportandosi idealmente al momento della condotta è possibile verificare quale impatto abbia avuto la condotta dell'imprenditore rispetto al livello di garanzia offerto dal patrimonio aziendale.

La pericolosità della condotta sussiste ovviamente, anzi sarebbe *in re ipsa*,

²⁹ Si veda quanto sostenuto a proposito del "rischio penale" in P. Nuvolone, *op. cit.*, 28. In dottrina vi è chi nega la qualificazione della bancarotta fraudolenta come reato di pericolo, intendendola invece come un reato di danno che si perfeziona con l'insolvenza del debitore, cfr. A. Fiorella, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2019, 392 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014, 32 s.

³⁰ Così, ad es., Cass. 15.12.1988, in *CEDCass*, m. 180525.

³¹ M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus* 2011, 35 ss.

allorché tale impatto non sia stato solo potenziale, ma si sia manifestato in termini attuali sotto forma di causazione esclusiva, ma anche, come più spesso avviene, di anticipazione e/o aggravamento, rispetto all'insolvenza poi dichiarata. Al contrario, non sussiste il fatto tipico quando l'impossibilità di adempiere le obbligazioni dell'impresa derivi da fattori del tutto autonomi e dunque la valenza negativa potenziale dall'operazione in questione non solo non si sia tradotta in atto, ma sia stata, già al momento del suo avvio, neutralizzata da ulteriori condotte dell'imprenditore o dall'andamento positivo degli affari nella medesima congiuntura.

Nella più parte dei casi, alla condotta antidoverosa dell'imprenditore segue un'erosione dell'attivo, ma solo ove questo abbia implicato altresì la concreta probabilità che i creditori non potessero essere soddisfatti, è possibile concludere per la rilevanza della condotta nell'ottica penale fallimentare. Può certo essere anche particolarmente difficile, soprattutto quanto la condotta sia lontana nel tempo rispetto alla dichiarazione di insolvenza e si siano frapposti tanti eventi intermedi che abbiano annacquato e confuso l'impatto economico della condotta tipica.

D'altra parte, si tratta di un modello di ragionamento non diverso, semmai solo più generale, rispetto a quello invalso da decenni a proposito della cd. *bancarotta riparata*: essa postula la non punibilità dell'agente quando ad un preciso atto di depauperamento della garanzia patrimoniale sia seguita la copertura del danno generato, attraverso un'azione reintegratoria compiuta dal protagonista stesso della precedente spoliazione³².

A voler ben vedere, la *bancarotta riparata* pone l'accento *sul comportamento dell'agente* come fattore di neutralizzazione del pericolo generata con la prima condotta, ma in fondo non è che una *species* del più ampio *genus* di avvenimenti economici, magari del tutto estranei alla sfera di controllo dell'imprenditore, che, per fortuna di quest'ultimo, possono incidere positivamente sulle casse dell'impresa e azzerare l'impatto negativo che il precedente comportamento ha generato. È, insomma, una manifestazione del giudizio di pericolo concreto che deve essere formulato rispetto ad ogni ipotesi di *bancarotta* di cui agli artt. 216 e 223 co. 1 LFall.

L'accertamento dell'offesa dei reati di *bancarotta*, quindi, non deve essere compiuta presuntivamente ed *ex post*, alla luce dell'intervenuta insolvenza, né analizzando esclusivamente la condotta, in sé e per sé considerata, avulsa dalla dinamica economica in cui si inserisce, ma sempre tenendo presente la complessiva evoluzione del *business* caratteristico dell'impresa che potrebbe, in alternativa, aver azzerato l'impatto negativo della condotta oppure, al contrario, averlo potenziato o comunque mantenuto efficiente fino alla definitiva insolvenza³³. Sarebbe, insomma,

³² S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale*, cit., 282 ss., nonché P. Chiaraviglio, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata"*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.5.2015. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. 24.11.2017 n. 57759, in *CEDCass*, m. 271922; si esprime in termini di insussistenza del fatto in caso di *bancarotta riparata* Cass. 20.10.2015 n. 4790, in *CP* 2016, 2907; Cass. 4.1.2014 n. 52077, in *RP* 2015, 127. In dottrina, C. Pedrazzi, sub *Art. 216 LFall*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1995, 450; *contra*, U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino 2012, 40.

³³ Rileva la Cassazione che «In tema di *bancarotta fraudolenta per distrazione*, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di "indici

del tutto irragionevole ritenere pericoloso un fatto privo di ogni indice di connessione storica ed economica con il successivo fallimento³⁴.

Ove la fattispecie penale non richieda il verificarsi di un evento, dunque, possono assumere rilevanza penale solo le condotte che nel momento in cui sono state compiute hanno esposto a pericolo di incapienza il patrimonio della società o dell'impresa e tale pericolo si sia effettivamente mantenuto incombente fino alla dichiarazione di fallimento, anche se magari questa non è stata causata dalla condotta dell'amministratore, ma sia poi sopraggiunta per fattori indipendenti, magari del tutto sconnessi dalle scelte manageriali³⁵.

Il portato pratico più importante dell'interpretazione dei reati di bancarotta di cui agli artt. 216, 217 e 223 co. 1 e 224 co. 1 n. 1 LFall come illeciti di pericolo concreto è proprio la capacità selettiva dell'accertamento che tale ricostruzione veicola: essa impedisce la punizione di ogni comportamento, pur astrattamente pericoloso che, nel lasso di tempo che intercorre tra la commissione della condotta tipica e la dichiarazione di fallimento, sia stato seguito da un ravvedimento tempestivo, o altro avvenimento indipendente dall'agente, idoneo ad eliminare l'offesa per gli interessi tutelati.

In sintesi, si possono considerare come punti fermi i seguenti assunti.

(i) Essendo le fattispecie di bancarotta illeciti di pericolo concreto, salvo nei casi in cui contemplino esplicitamente un evento di danno, l'elemento oggettivo non può essere integrato dal solo distacco ingiustificato dei beni patrimoniali (e, dunque, dal mero impoverimento dell'asse patrimoniale da parte dell'imprenditore individuale o societario), ma deve risultare concretamente idoneo a creare un pericolo per la garanzia patrimoniale *nel caso in cui, per qualsiasi ragione, si aprisse una procedura concorsuale*³⁶.

(ii) La pericolosità delle condotte tipiche deve sussistere al momento

di frodolenza", rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa», Cass. 23.6.2017 n. 38396, in CP 2017, 4330, su cui si vedano i rilievi di S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione"*, cit., 183 e F. Brembati, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di frodolenza"*, in SOC 2018, 641 ss.

³⁴ Come sempre efficacemente C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., 506 s., secondo cui «agli effetti della punibilità vengono [...] in considerazione i soli fatti di bancarotta che al tempo della dichiarazione di fallimento conservino l'originaria attitudine lesiva; la cui offensività, pur se risalente, sua tuttora misurabile sullo stato di insolvenza sfociato nella pronuncia giurisdizionale» nonché 451: «né vale obiettare che, se in un passato sia pur remoto certe attività non fossero state sottratte al patrimonio, quest'ultimo offrirebbe oggi più capienza. Una volta che, *medio tempore*, si sia ricostituita una congrua garanzia, per merito dell'imprenditore o per evenienze fortunate, la precorsa offesa ha ormai esaurito la sua efficacia, né riacquista attualità a seguito di nuovi episodi di segno negativo».

³⁵ Così A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi di impresa*, cit., 1834.

³⁶ Cass. 24.3.2017 n. 17819, in CP 2017, 3951, con nota di M. Poggi D'Angelo, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*; nello stesso senso, tra le altre, Cass. 15.5.2014 n. 40981, *ivi* 2015, 1597.

in cui vengano compiute e permanere sino al momento di apertura della procedura concorsuale; la ragione della necessaria persistenza del pericolo è chiara: fino alla dichiarazione di insolvenza, che cristallizza e rende definitiva la situazione economico-patrimoniale, potrebbero sempre sopraggiungere insperate congiunture favorevoli e condotte reintegrative dello stesso imprenditore in grado di "riassorbire" la pericolosità degli atti pregressi, come insegna la decennale giurisprudenza in tema di c.d. bancarotta riparata, già accennata.

(iii) La valutazione sulla concretezza del pericolo si ferma al momento della dichiarazione del fallimento, rendendo dunque indifferenti le evoluzioni positive della procedura concorsuale dopo che la sentenza dichiarativa sia stata pronunciata³⁷.

(iv) Va da sé, che la consapevolezza in merito alla produzione di un pericolo per la garanzia creditoria come conseguenza delle proprie azioni deve sussistere in capo all'imprenditore³⁸.

(v) Lo stesso approccio deve valere rispetto alle procedure alternative alla liquidazione giudiziale, adattando l'accertamento al tipo di situazione economica che è alla loro base (non più l'insolvenza, ma la crisi) e tenendo conto che in tali procedure una parte del patrimonio del debitore non viene distribuita agli aventi diritto, ma rimane vincolata dal piano di risanamento e alla prosecuzione dell'attività di impresa e dunque del complessivo progetto di ristrutturazione³⁹.

Occorre ora qualche chiarimento in ordine alle diverse nozioni che esprimono la lesione degli interessi del ceto creditorio e che, tra legge fallimentare e codice della crisi, rischiano di creare una babele terminologica.

6. Nelle ipotesi di bancarotta prefallimentare, l'imprenditore commerciale risponde del reato solo se dichiarato fallito (o sia stata dichiarata la liquidazione giudiziale)⁴⁰.

Al di là delle varianti nominalistiche, il ruolo della dichiarazione giudiziale che accerti l'insolvenza è uno degli aspetti maggiormente dibattuti, oggetto per anni di una profonda discrasia tra dottrina e giurisprudenza: si tratta chiaramente di una questione che riguarda esclusivamente le ipotesi di bancarotta pre-fallimentare, essendo del tutto pacifica la natura di presupposto del reato che il provvedimento giurisdizionale assume nella bancarotta post-fallimentare⁴¹.

³⁷ In proposito anche R. Bricchetti, *La costruzione giurisprudenziale della bancarotta prefallimentare come reato condizionale a condotta realmente pericolosa per il bene giuridico tutelato*, in *www.disCrimen.it*, 24 settembre 2018, 16 s.

³⁸ Per una recente riflessione sull'elemento soggettivo nelle ipotesi di bancarotta M. Poggi d'Angelo, *Il dolo di pericolo nella bancarotta fraudolenta*, in *RIDPP* 2019, 2129 ss.

³⁹ G. Terranova, *op. cit.*, 8.

⁴⁰ Nel caso di concordato preventivo, come chiarito già da Cass. 5.2.1993 n. 3330, in *CEDCass*, m. 193843, il decreto di ammissione alla procedura è equiparato, agli effetti penali, alla sentenza dichiarativa di fallimento.

⁴¹ C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, *cit.*, 439.

Ulteriore precisazione: non vi è alcun dubbio che la sentenza, in talune fattispecie di bancarotta societaria (art. 223 co. 2 n. 2 e 224 LFall), rappresenti l'evento tipico e dunque debba essere, da un lato, *causato* e dall'altro lato, *voluto e rappresentato* da parte dell'autore. In questi casi *nulla quaestio*.

Per la dottrina, tendenzialmente unanime a partire dai più illustri Autori che si sono occupati della questione, la sentenza di fallimento è da ricondurre alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità di cui all'art. 44 Cp, essendo completamente estranea al piano dell'offesa penalmente rilevante⁴². Il fallimento si pone in ogni caso al di fuori del fatto di reato, trattandosi di un *quid pluris*, rispetto ad un reato già completo di tutti i suoi elementi soggettivi e oggettivi.

In giurisprudenza, si è invece assistito a una lentissima evoluzione in ordine alla qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa del fallimento nella bancarotta prefallimentare.

Solo recentemente la Cassazione ha finalmente preso atto che si tratta di una condizione obiettiva di punibilità⁴³, dopo che per oltre mezzo secolo l'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi a partire dalla sentenza delle Sezioni unite n. 2 del 1958⁴⁴, aveva assegnato al fallimento il ruolo di elemento costitutivo del reato, senza ulteriore specificazione, con tutte le contraddizioni conseguenti al contemporaneo disconoscimento della necessità di un nesso causale con le condotte tipiche e di un'imputazione soggettiva all'agente.

Sempre stando alle Sezioni Unite del 1958, la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la rilevanza penale dei reati di bancarotta, si sarebbe differenziata concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, sarebbe stata «una condizione di esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente all'integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali fuori dal

⁴² Segnalava infatti Delitala come il precetto legislativo della bancarotta non esprimesse il divieto di fallire, ma prescrivesse di non compiere uno dei fatti illeciti descritti dalla legge fallimentare, perché in caso di fallimento ne sarebbe conseguita la punizione, cfr. G. Delitala, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in *RDC* 1926, 453 ss. e Id., *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano 1976, 871; nello stesso senso C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., 444. Più di recente R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 301; sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento e sul piano dell'offesa, v., da ultimo, N. Pisani, *op. cit.*, 16 ss. In argomento si vedano, tra gli altri, M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., 2011, 35 s.; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 18 ss.; C. Cassani, *La struttura della bancarotta: dichiarazione di fallimento e altre procedure concorsuali*, in *Diritto penale dell'economia*, II, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Milano 2017, 1646 ss.

⁴³ Cass. 8.2.2017 n. 13910, in www.penalecontemporaneo.it, 24.3.2017, su cui si veda N. Reccia, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *DPenCont* 2018, 268 ss.; C. Castaldello, *Bancarotta fraudolenta, natura della dichiarazione di fallimento*, in *SI* 2017, 894; F. Mucciarelli, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*, in *SOC* 2017, 897; A. Rossi, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?*, in *GI* 2017, 1679.

⁴⁴ Si tratta della sentenza delle Sezioni Unite, 25.1.1958 n. 2, in *CEDCass*, m. 098004.

fallimento, sarebbero penalmente irrilevanti come fatti di bancarotta».

La giurisprudenza successiva si è strettamente attenuta al *dictum* delle Sezioni unite, volta a volta specificando che la dichiarazione di fallimento, pur essendo elemento costitutivo della fattispecie di bancarotta fallimentare prevista dall'art. 216 LFall, non ne rappresentava l'evento e non doveva necessariamente essere collegata da un nesso psicologico al soggetto agente⁴⁵, come pure da un nesso eziologico con la condotta⁴⁶.

A partire dal secondo decennio del nuovo millennio, si è però iniziato a percepire, anche in giurisprudenza, l'insostenibilità di una qualificazione giuridica apodittica e intimamente contraddittoria.

L'impostazione tradizionale era davvero inadeguata a giustificare, con particolare riguardo al piano della coerenza con il principio di colpevolezza, la conclusione secondo cui un elemento essenziale per la configurazione del reato fosse però indipendente dalla condotta e dall'elemento soggettivo dell'agente.

E così, l'orientamento granitico dei cinquanta anni precedenti ha avuto un primo scossone nel 2012 con la sentenza *Corvetta*⁴⁷, la quale, muovendo dalla premessa che il provvedimento che accerta lo stato di insolvenza costituisce elemento essenziale del reato, in quanto evento in senso tecnico, ha ritenuto imprescindibile che la pronuncia del Tribunale fallimentare si ponga in rapporto causale con la condotta dell'agente e sia, altresì, oggetto della volizione e rappresentazione di quest'ultimo.

Si è trattato di una vera e propria fuga in avanti, subito abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità della stessa sezione⁴⁸.

L'impostazione dalla sentenza *Corvetta* è effettivamente da rifiutare poiché il dato normativo esclude che in tutte le fattispecie di bancarotta prefallimentare il legislatore abbia preteso un nesso causale e soggettivo tra condotta e dichiarazione di fallimento. Quando questo è accaduto, la disposizione si è espressa inequivocabilmente e con formulazioni ben diverse da quelle impiegate agli artt. 216 e 217 LFall: il riferimento corre alle fattispecie di bancarotta impropria di cui agli artt. 223, co. 2 e 224 n. 2 LFall.

⁴⁵ Cass. 26.6.1990 n. 15850, in *RIDPP* 1992, 1142 ss., con nota di G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*. La sentenza ha aggiunto che il principio della responsabilità personale in materia penale non presuppone che tutti gli elementi della fattispecie siano dipendenti dall'atteggiamento psichico dell'agente.

⁴⁶ Si veda, ad es., Cass. V 27.9.2006 n. 36088, in *CP* 2007, 3876.

⁴⁷ Cass. 24.9.2012 n. 47502, in *DPP* 2013, 437 s., con nota di F. Mucciarelli, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento e in CP* 2013, 1429, con nota di G.G. Sandrelli, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*. Sulla sentenza si vedano anche F. D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *DPenCont* 2013, 356 ss. e A. Lanzi, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *IP* 2013, 117 ss.

⁴⁸ Si vedano, infatti, *ex plurimis*, Cass. 4.6.2014 n. 35093, in *CEDCass*, m. 261446; Cass. 14.12.2012 n. 3229, *ivi*, m. 253932 che affermano la superfluità della consapevolezza dell'insolvenza in capo al soggetto attivo della condotta. Si vedano, tra le sentenze che negano la necessità del nesso causale tra condotta e fallimento, Cass. 17.7.2014 n. 47616, in *CP* 2015, 3720 ss. con nota di A. Pantanella, *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*; Cass. 19.4.2014 n. 26542, in *CEDCass*, m. 260690; Cass. V 7.3.2014 n. 32352, *ivi*, m. 261942; Cass. 9.10.2012 n. 232, *ivi*, m. 254061 e Cass. V 5.12.2013 n. 11793, *ivi*, m. 260199.

Ulteriormente, una simile ricostruzione si scontra con l'assenza di disvalore in sé della dichiarazione di fallimento. Essa, infatti, rappresenta di per sé un accadimento neutro, poiché nei delitti in analisi tutto il giudizio di riprovazione del legislatore è focalizzato sulla condotta, il che fa pensare che la pronuncia giudiziale dell'insolvenza assuma i caratteri di un'evenienza puramente eventuale, che nulla aggiunge al fatto dal punto di vista dell'offesa.

Infine, è davvero arduo anche solo ipotizzare un rapporto causale tra fallimento e fatti di bancarotta documentale.

La strada di un superamento dell'orientamento tradizionale era però ormai segnata e, infatti, dopo pochi anni la Cassazione, a Sezioni Unite, ha finito per ammettere che la dichiarazione di fallimento, in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, non può che rappresentare una condizione 'estrinseca' di punibilità. La pronuncia non impiega esplicitamente siffatta etichetta, ma ritiene che la punibilità della condotta sia «subordinata alla dichiarazione di fallimento, che, ovviamente, consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva prefallimentare) e comunque esterno alla condotta stessa» (cfr. pp. 27 e s. della sentenza)⁴⁹.

Con questa presa di posizione è stato possibile superare definitivamente l'antica sentenza n. 2 del 1958, ribadita per decenni, perfino dalle Sezioni Unite della Cassazione ancora nel 2009, che inquadrava la sentenza di fallimento come elemento costitutivo del reato⁵⁰.

L'esplicita presa di posizione delle Sezioni Unite del 2016 ha avuto, dunque, il merito di chiarire concettualmente la conformazione della fattispecie penale, pur senza modificare le conclusioni pratiche a cui era giunta la costante giurisprudenza di legittimità, in particolare in ordine alla superfluità di un nesso (causale o psichico) tra la condotta dell'autore e l'insolvenza dell'impresa.

Oggi, come sempre, è sufficiente che l'agente abbia cagionato il pericolo di depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, oppure abbia reso più difficile la ricostruzione documentale dell'andamento

⁴⁹ Cass. S.U. 31.3.2016 n. 22474, in *CEDCass*, m. 266804. D'altra parte, in questo senso deponeva anche l'intenzione storica del legislatore, poiché così si era appunto espressa la Relazione del Guardasigilli al r.d. 16.3.1942 n. 267 (§ 48): la sentenza è dunque un evento incerto e obiettivo che restringe l'area del penalmente illecito, limitando la punibilità ai casi in cui alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua effettivamente l'apertura della procedura concorsuale.

⁵⁰ Cass. S.U. 26.2.2009 n. 24468, in *CP* 2010, 1619, con nota di F. Mucciarelli, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, nonché in *RIDPP* 2010, 887, con nota di G.L. Gatta, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare* e in *SOC* 2010, 603, con nota di F. D'Alessandro, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*.

Rileva la necessità di 'consolidamento' dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, Uff. Massimario (dr. Brancaccio e Napolitano), *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, I, 2017, 106 s., segnalando che benché la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ottica dell'art. 44 Cp costituisca un importante approdo della giurisprudenza di legittimità del 2017, non si tratti ancora di un orientamento ancora del tutto condiviso, posto che una pronuncia dello stesso anno, Cass. 11.5.2017 n. 45288, in *CEDCass*, m. 27114, infatti, in motivazione, ha dimostrato di preferire la qualificazione della sentenza di fallimento come elemento costitutivo improprio della fattispecie penale e non come condizione obiettiva di punibilità.

degli affari e del patrimonio, a condizione che poi, per qualsivoglia ragione, segua la dichiarazione di fallimento.

7. La disciplina penale fallimentare è intarsiata di una pluralità di concetti che ad uno sguardo poco attento potrebbero apparire sinonimi, ma che una più approfondita analisi conduce a ritenere tecnicamente alternativi tra loro. Dissesto, crisi, insolvenza, fallimento sono termini che al non addetto ai lavori evocano uno scenario comune, ma che l'operatore tecnico non può sovrapporre. Si impone dunque il raggiungimento di una definizione, se non condivisa, meno incerta, di ciascuno di essi.

Occorre subito fugare i dubbi in merito al rapporto tra *dissesto* e *insolvenza* e tra questi e il vocabolo *fallimento*.

Nella legge fallimentare il *dissesto* compare senza definizioni e sembrerebbe equiparato all'evento *fallimento* entro il contesto dell'art. 223 co. 2 LFall.

Per alcuni Autori si tratterebbe di un concetto diverso dall'*insolvenza* poiché quest'ultima riguarderebbe il rapporto tra debitore e creditore, mentre il dissesto integrerebbe una condizione di sofferenza generale dell'impresa, che si manifesta *anche* con l'*insolvenza*, ma non si esaurisce in essa⁵¹. Altri interpreti hanno distinto tra situazioni di impotenza economico-finanziaria di carattere strutturale, l'*insolvenza*, e squilibri patrimoniali, il *dissesto*⁵².

Pare però plausibile la ricostruzione della maggioranza della dottrina che individua i due termini come *sostanzialmente sinonimi* perché non distinguibili praticamente⁵³, entrambi idonei a descrivere una situazione irrimediabilmente

⁵¹ Così S. Prosdocimi, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *RTrimDPenEc* 1999, 135. Sulla stessa linea N. Selvaggi, *In tema di ricorso abusivo al credito*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 486 distingue tra squilibrio economico patrimoniale (dissesto) e incapacità di soddisfare obbligazioni nell'ottica della continuazione dell'impresa e dunque espressivo di una situazione irreversibile (insolvenza). Rileva di recente R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa*, cit., 80, che il dissesto viene di regola definito come uno squilibrio tra attività e passività, quale dato quantitativo graduabile e quindi anche "aggravabile" (come si può argomentare dall'art. 224 della LFall, riprodotto nell'art. 330 Cci). Similmente M. Gambardella, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *CP* 2018, 2319 s., per il quale dissesto e insolvenza non sarebbero tra loro sinonimi. Il dissesto in particolare dovrebbe essere considerato un concetto sostanziale, da intendere come squilibrio tra attività e passività, graduabile e precedente l'insolvenza. Per l'A., infine, il fallimento non potrebbe identificarsi con il dissesto, essendone piuttosto quest'ultimo un presupposto. Ritengono che la differenza terminologica tra dissesto e insolvenza sottenda un'effettiva distinzione semantica, in precedenza, anche G. Flora, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, cit., 899 ss.; e M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, cit., 49, secondo cui «Occorre distinguere fra l'insolvenza come evento qualitativo e il dissesto come evento quantitativo, una differenza negativa fra l'attivo e il passivo qualificata però dall'insolvenza».

⁵² Così A. Nisco, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *RTrimDPenEc* 2015, 863 s.

⁵³ A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016, 29; N.M. Masullo, *Bancarotta impropria e reati societari*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2011, 131; L. Conti, *I reati fallimentari*, Milano 1991, 289; G. Flora, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, cit., 338; P. Nuvolone, *op. cit.*, 396; C. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in Id., *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 1000; Id., *Art. 224*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna 1995, 335, ove l'illustre Autore in particolare ritiene che il dissesto rappresenti il substrato

squilibrata di un'impresa decotta e senza continuità.

Da essi è poi possibile distinguere concettualmente il *fallimento*, in ragione della natura di declaratoria giuridica dei primi due. Proprio in quanto evento storico-giuridico puntuale, esso non è suscettibile di graduazione, potendo al più, quando se ne parla in termini di evento causalmente connesso alla condotta (art. 223 co. 2 n. 2), subire una diversa collocazione temporale in termini di anticipazione o posticipazione per effetto di comportamenti illeciti degli esponenti aziendali⁵⁴.

Dopo la definitiva approvazione del d. lgs. 14/2019 è divenuta però centrale la nozione di *crisi di impresa*, sulla cui definizione nelle discipline aziendalistiche non vi è accordo. Si rileva, anzi, come lo "stato di crisi" costituisca una locuzione in sé contraddittoria, perché, lungi dal definire una condizione statica, essa è piuttosto una situazione in divenire e racchiude al suo interno situazioni sfumate e diversificate, che ben comprendono difficoltà temporanee e reversibili⁵⁵.

Ciò che importa per l'operatore è che oggi la nozione è definita all'art. 2 co. 1 lett. a Cci come uno stato di difficoltà economica e finanziaria in cui è probabile la successiva insolvenza del debitore.

Ne deriva che si tratta di una situazione logicamente e temporalmente anteriore all'insolvenza, meno grave qualitativamente in quanto è qui ancora possibile progettare un recupero della continuità aziendale e la difesa di valori materiali o immateriali dell'impresa. Essa senza dubbio si manifesta con uno squilibrio contabile⁵⁶ e viene desunta dalla «*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*».

Per individuarla, occorre quindi non limitarsi ad un'analisi del presente, ma proiettarsi nel futuro, comparando le disponibilità presenti agli obblighi assunti per il futuro nei confronti dei creditori.

La nozione è oggi giuridicamente autonoma rispetto a quella dell'insolvenza, non riducibile nemmeno entro un rapporto da genere a specie come invece avveniva nel contesto della legge fallimentare (si veda in particolare l'art. 160 co. 3 LFall) in cui la crisi appariva come un concetto categoriale.

Essendo un processo in evoluzione continua, non conosce solitamente un

economico-patrimoniale dell'insolvenza.

⁵⁴ Così C. Pedrazzi, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja Branca. Legge fallimentare*, 75, a cura di F. Galgano, Bologna 1995, ora in C. Pedrazzi, *Diritto penale*, IV, cit., 777. Parificano l'evento dissesto e l'evento fallimento G. Cocco, sub art. 223 LFall, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova 2007, 1269 ss.; Id., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *RIDPP* 2014, 80; D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *RTrimDPenEc* 2014, 69; P. Nuvolone, *op. cit.*, 375 s.

⁵⁵ F. Giunta, A. Scarcella, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, II, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino 2006, 1222. In giurisprudenza, rileva la complessità della nozione di stato di crisi anche veda Cass. S.U 26.2.2009 n. 24468, cit.

⁵⁶ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, IV, *I reati fallimentari*, Torino 2019, 22 s., rileva come la *crisi* sia considerata dalla dottrina aziendalistica una nozione ben diversa dall'insolvenza perché costituita dalla perdita di una condizione di equilibrio economico, finanziario o patrimoniale in grado di compromettere l'assetto gestionale e organizzativo dell'impresa. L'insolvenza sarebbe rappresentata invece dall'incapacità di proseguire nell'attività di impresa a causa del mancato ripristino delle condizioni di equilibrio. Infine, il dissesto sarebbe una situazione di grave passività economica e finanziaria non recuperabile con mezzi ordinari.

esordio improvviso, ma si presenta sotto forma di squilibrio progressivo tra debiti e crediti che, se non corretto, conduce dapprima alla perdita degli utili, poi alla distruzione del capitale.

Nella nuova architettura delle procedure concorsuali è proprio la crisi e non l'insolvenza ad assumere il ruolo di fulcro della nuova disciplina. È la logica conseguenza di una disciplina non più incentrata sulla liquidazione di ciò che rimane dopo il fallimento, ma che mira al rilancio dei fattori produttivi nel quadro della loro ristrutturazione. Ovvio dunque che si vogliano far scattare le procedure concorsuali alle prime avvisaglie della tensione finanziaria, prevenendo l'evoluzione in un definitivo e irrecuperabile *default*.

Oggi chi si accinge a studiare o applicare il nuovo codice della crisi deve dunque familiarizzare da subito con il binomio crisi-insolvenza, già anticipato nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi aziende in stato di insolvenza (d. lgs. 8.7.1999 n. 270)⁵⁷.

All'interno della disciplina concorsuale ordinaria (ben altro discorso si dovrebbe fare rispetto alla nozione di insolvenza fatta propria dal d. lgs. 270/1999⁵⁸), la conciliazione della nozione tradizionale d'insolvenza con il concetto di crisi, pensata nel codice del 2019 in prospettiva di risanamento aziendale, impone di concepire solo la prima come una situazione totale e definitiva, in cui è impossibile conservare il patrimonio mediante la continuità aziendale e l'unica prospettiva è lo smembramento definitivo dell'impresa.

Sono dunque nozioni economicamente e giuridicamente alternative: la crisi impone un atteggiamento prospettico nell'ottica del risanamento, l'insolvenza accertamenti statici rivolti ad un'impresa definitivamente fuoriuscita dal mercato⁵⁹.

Crisi e insolvenza rappresentano, insomma, estremi di un processo continuo, in qualche modo sono nozioni che si compenetrano, dato che non l'impresa decade dalla prima alla seconda senza soluzione di continuità. È possibile quindi ritenere che la crisi è una condizione di squilibrio connotata da residui margini di ripresa che si fa però insolvenza quando il recupero diviene impossibile e l'unica prospettiva è la liquidazione. L'insolvenza, connotandosi come situazione definitiva e statica, a ragione è l'unico presupposto della liquidazione (art. 121 Cci) mentre non lo può essere la crisi per le ragioni ora esposte.

Per il penalista la distinzione ha un'importante ricaduta.

⁵⁷ Come notato da A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1823.

⁵⁸ Si vedano a proposito le riflessioni di A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1824.

⁵⁹ Rileva di recente come il tratto essenziale della crisi è la sua fluidità, potendo evolvere sia verso la decozione che verso il ritorno *in bonis*, mentre la natura irreversibile della difficoltà dell'impresa segna i connotati della insolvenza S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale*, cit., 212 ss.; 299 ss. Per F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *RTrimDPenEc* 2009, 832; Id., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *CP* 2010, 1625 s. individua il *discrimen* tra crisi e insolvenza nella possibilità di formulare un razionale programma di risanamento, presente solo nella prima e preclusa dalla seconda. Sull'irreversibilità come caratteristica precipua dell'insolvenza A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, cit., 81; A. D'Avirro, E. De Martino, *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, Milano 2013, 136 s.; A. Nisco, *op. cit.*, 852 s.

I reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, ripresentati a breve negli artt. 322, 323, 329 e 330 Cci, hanno come presupposto necessario la dichiarazione d'insolvenza, da considerare ormai definitivamente come condizione obiettiva di punibilità⁶⁰.

Viceversa, l'unica rilevanza penalistica della crisi si registra nel contesto dell'art. 341 Cci, che si riferisce alle procedure alternative alla liquidazione giudiziale, di cui conviene ora trattare brevemente.

8. In merito alla rilevanza penale di condotte di bancarotta nel contesto di procedure alternative alla liquidazione giudiziale, la situazione è rimasta identica a quella presente nell'ambito della legge fallimentare e dunque è venata di irragionevolezza.

I primi due commi dell'art. 236 LFall, riproposti ora nell'art. 341 Cci che ne riprende pedissequamente il testo immutato (salvo l'ultimo comma), prevedono infatti una disciplina disomogenea.

Nel primo comma è punito solo l'imprenditore individuale e non i vertici delle società commerciali per alcune specifiche condotte di attribuzione o simulazione di attività inesistenti allo scopo di ottenere l'apertura di una procedura concorsuale alternativa alla liquidazione.

Nel secondo comma, le figure della bancarotta societaria (artt. 329 e 330 Cci) sono estese, nel caso di concordato preventivo, agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori dell'ente, senza alcuna menzione tra i soggetti attivi degli imprenditori individuali che pure possono ben compiere fatti di bancarotta nel contesto della procedura concordataria. Non è necessario siano dichiarate in liquidazione giudiziale, poiché il concordato preventivo è possibile per ogni imprenditore che abbia le dimensioni richieste dall'art. 121 Cci e che si trovi anche solo in stato di crisi e non ancora di insolvenza (art. 85 Cci).

La stessa disciplina del secondo co. dell'art. 341 Cci vale per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, la convenzione di moratoria, l'omologa di accordi di ristrutturazione concessa dal tribunale, anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria, ai sensi del co. 5 dell'art. 48 Cci⁶¹.

La figura della bancarotta societaria può dunque ricorrere nei casi di soluzioni alternative alla liquidazione, ma ovviamente i delitti di cui agli articoli 329 e 330 non

⁶⁰ G. Delitala, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Scritti*, II, Milano 1976, 701 e spec. 724; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 18; P. Nuvolone, *op. cit.*, 9 (l'A. la definisce condizione intrinseca); C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 1005; in giurisprudenza fin dal 1958 la Cassazione aveva ritenuto la dichiarazione di fallimento un mero elemento necessario all'esistenza del reato senza altre specificazioni, fino al riconoscimento che si tratta invece di una condizione obiettiva di punibilità ad opera di Cass. 8.2.2017 n. 13910, cit. Sull'evoluzione della giurisprudenza in ordine alla qualificazione della sentenza di fallimento M.N. Masullo, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in *RIDPP* 2017, 1151.

⁶¹ In base all'art. 48 co. 5: «il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57 co. 1, e 60 co. 1 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria».

sono applicabili fuori dagli accordi espressamente contemplati al co. 3 dell'art. 341.

Gli artt. 236 LFall/341 Cci contemplano dunque procedure che presentano una rilevante discontinuità rispetto alla liquidazione giudiziale: nel loro ambito la dichiarazione d'insolvenza non c'è (tranne per il concordato in cui può non esserci) e infatti esse assumono come proprio presupposto il semplice stato di crisi.

Si registra in tali casi un'ipotesi di bancarotta scissa dall'insolvenza, eccezionalmente ubicata in un contesto di non definitiva uscita dal mercato dell'impresa, ma anzi di rilancio della stessa su mercato.

La notazione vale senza dubbio anche per il concordato preventivo, poiché nel tempo si è trasformato da procedura che presuppone l'insolvenza e possiede natura liquidatoria in uno strumento ben diverso, basato sullo stato di crisi, autodichiarato da parte del vertice aziendale, e teso a mantenere la continuità dell'attività economica e superare lo stato di tensione finanziaria⁶².

La sottoposizione di tali procedure al controllo penale è sicuramente positiva, tenuto conto della proliferazione pratica di questi strumenti di risoluzione negoziata della crisi di impresa, ma deve sottolinearsi che una completa parificazione sanzionatoria delle condotte menzionate all'art. 236 co. 2 e 3 LFall (nonché 341 co. 2 e 3 Cci) alle ipotesi di bancarotta nell'ambito del fallimento (ora liquidazione giudiziale) è irragionevole⁶³: si tratta di situazioni fortemente diversificate dal punto di vista dell'offesa prodotta al ceto creditorio e del disvalore delle condotte dell'imprenditore/amministratore.

Non è tutto, poiché nel passaggio dall'art. 236 LFall all'art. 341 Cci la disciplina ha subito un'evoluzione che prelude ad ulteriori profili di possibile incostituzionalità.

I primi commentatori hanno rilevato una discontinuità tra il contenuto dell'art. 236 co. 3 LFall e il co. 3 dell'art. 341 Cci, con un incremento dell'area della punibilità, pur in assenza di una delega a questo proposito dal Parlamento al Governo⁶⁴.

Come detto, il terzo comma dell'art. 341, infatti, elenca le procedure ulteriori alle quali viene estesa l'applicabilità delle fattispecie di reato indicate nel secondo comma. Le figure individuate non trovano corrispondenza totale con le analoghe fattispecie

⁶² Sul punto si vedano N. Reccia, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Torino 2012, 616; analogamente, N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino 2016, 39 e, da ultimo, F. D'Alessandro, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *DPP* 2019, 1203 s.

⁶³ Per una serie di critiche a questo proposito F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, cit., 1191, 1198 ss.; F. D'Alessandro, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, cit., 1202 ss.; F. Giunta, A. Scarcella, *op. cit.*, 1222; N. Pisani, *op. cit.*, 168 ss.; F. Sgubbi, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *RTrimDPenEc* 2014, 667; A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *RIDPP* 2006, 918. Per la piena applicabilità dell'art. 236 LFall anche al caso di concordato preventivo basato sulla semplice crisi, G. Cocco, sub *art. 236 LFall*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, cit., 1316. In giurisprudenza, assimilano crisi e insolvenza ai fini dell'applicazione della fattispecie penale di cui all'art. 236 LFall Cass. 28.5.2014 n. 26444, in *CEDCass*, m. 259849; Cass. 12.3.2014 n. 15712, *ivi*, m. 260220, nella cui motivazione (§ 1.1.3. del considerato in diritto) si può leggere come tra concordato preventivo e fallimento «Il punto di contatto sta [...] nell'insolvenza, una situazione omogenea alla crisi»; per l'applicazione della norma penale in analisi anche nel caso del concordato in continuità Cass. 15.6.2018 n. 39517, in *CEDCass*, m. 273842.

⁶⁴ Si veda a proposito la puntuale analisi di F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, cit., 1198 s., nonché di F. D'Alessandro, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, cit., 1202 ss.

contemplate dalla legge fallimentare.

Non si registra un ampliamento del penalmente rilevante per quanto attiene alle *convenzioni di moratoria* (art. 62 Cci), stante l'omogeneità sostanziale con quanto previsto dalla odierna legge fallimentare e lo stesso è a dirsi per gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa 'speciale' (ex art. 61 co. 5 Cci).

Non così, invece, per gli *accordi di ristrutturazione a efficacia estesa 'generalizzata'* (art. 61 co. da 1 a 4), che, riproducendo il modello del concordato in continuità, possono essere conclusi con creditori appartenenti a qualunque tipologia (e non soltanto intermediari finanziari, come nel caso del quinto co. dell'art. 61 Cci e come prevede l'art. 236 co. 3 LFall). Ne deriva che situazioni in precedenza irriducibili alla fattispecie penale di cui all'art. 236 LFall oggi ricadono nella più ampia portata applicativa delle disposizioni civilistiche richiamate dall'art. 341.

Lo stesso accade per gli *accordi di ristrutturazione omologati ex art. 48 co. 5 Cci* in modo del tutto differente da quanto previsto dalla legge fallimentare, il codice della crisi prevede che qualunque tipo di accordo di ristrutturazione può essere omologato (a determinate condizioni) anche senza l'adesione dell'Amministrazione Finanziaria (se tale adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze stabilite dalla legge): tale forma di accordo non è prevista fra quelli richiamati dall'art. 236 co. 3 LFall.

In conclusione, deve notarsi come la rilevanza in termini di bancarotta di vicende caratterizzate dall'assenza dell'insolvenza spiega perché sia necessario, anche per il penalista, padroneggiare la nozione di crisi, che peraltro, alla luce della disciplina oggi introdotta nel Cci, induce a ulteriori considerazioni di carattere generale in merito alla distribuzione della responsabilità penale in seno alla società. Come vedremo nel paragrafo successivo, la reazione adottata dagli organi dell'ente di fronte ai segnali di un'imminente situazione di tensione economica ne può segnare il destino una volta giunti al cospetto del giudice penale.

9. Il codice della crisi, come detto, ha adottato come strategia elettiva il perseguimento, per quanto possibile, della conservazione dell'impresa e del suo recupero produttivo, lasciando la liquidazione come *extrema ratio* di gestione della crisi.

In quest'ottica è decisiva, anche ai fini penali, la prognosi tempestiva degli squilibri economici e finanziari, in ragione del pericolo che essi generano per la continuità aziendale e allo scopo di imbastire interventi di correzione del deterioramento incipiente dei fattori produttivi e delle risorse patrimoniali.

Evidentemente, la tempestività dell'azione è una variabile dipendente della diligente organizzazione dell'impresa, poiché solo attraverso una corretta strutturazione dell'ente è possibile assicurare una continua verifica. E così, fin dall'art. 3 Cci, si prescrive all'imprenditore *individuale* di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere *senza indugio* le iniziative necessarie a farvi fronte.

Per l'imprenditore *collettivo* vale, invece, l'art. 2086 Cc, il cui nuovo secondo comma impone di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione

tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi *senza indugio* per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il recupero della continuità aziendale. Le ripercussioni dell'inadempimento di tale obbligo possono essere molteplici: sul fronte penale, al di là delle ipotesi di bancarotta fraudolenta, è evidente la correlazione tra l'aggravamento del dissesto, di cui all'art. 217 co. 1 n. 4 LFall, la mancata percezione dei sintomi della crisi e la selezione errata dei rimedi da adottare per farvi fronte⁶⁵.

Come si vede è la stessa legge a correlare inscindibilmente *organizzazione diligente e prevenzione dell'insolvenza*, attraverso una pronta reazione ad una crisi che deve essere colta fin dalle sue prime manifestazioni.

La traduzione giuridica di questi imperativi di politica criminale si colloca all'art. 14 Cci, che costruisce, a corredo della consueta posizione di garanzia degli organi di controllo societari, obblighi di verifica e segnalazione. Per vero è da rilevare che i medesimi vengono attribuiti anche al revisore contabile e alla società di revisione, che garanti certo non erano fino ad oggi e che invece ora, entro i limiti definiti dall'appena citato art. 14, paiono proprio esserlo diventati, pur essendo davvero inadeguato il corredo di poteri impeditivi che dovrebbero sorreggere, se inadempiti, la responsabilità penale⁶⁶.

Tutti questi *gatekeepers* societari devono in continuo verificare se e come gli amministratori valutino, oltre all'adeguatezza degli assetti organizzativi, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione.

A fronte degli obblighi di *monitoraggio*, stanno poi correlativi obblighi di *segnalazione immediata* all'organo amministrativo di «fondati indizi della crisi» eventualmente sfuggiti al *management*.

Si arricchisce così il novero dei doveri associati alle tradizionali posizioni di garanzia, rispettivamente, di amministratori e organi di controllo societari⁶⁷. Ne consegue che, in caso di inadempimento delle pretese della legge, le conseguenze potrebbero ben essere quelle dell'omesso impedimento penalmente rilevante, al netto del necessario esame del congruo elemento soggettivo doloso e naturalmente a condizione che gli amministratori, con condotte attive, realizzino alcuna delle ipotesi di bancarotta⁶⁸.

In definitiva, la condotta omissiva degli organi di controllo può assumere

⁶⁵ Per una recente analisi, dal punto di vista civilistico, dell'impatto del nuovo secondo co. dell'art. 2086 Cc sui doveri degli organi societari R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RSoc* 2019, 929 ss., in particolare 934 ss. e A. Patti, *Crisi di impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Fall* 2018, 130 s. Sul fronte penalistico, l'impatto della nuova norma del codice civile viene invece da ultimo valutata da F. Bellagamba, *op. cit.*, 9 ss.

⁶⁶ Il punto è rilevato anche da G. Minicucci, *op. cit.*, 7. Sull'assenza di poteri impeditivi in capo ai revisori, già A. Crespi, *La pretesa posizione di garanzia del revisore contabile*, in *RSoc* 2006, 373 ss.

⁶⁷ Per F. Bellagamba, *op. cit.*, 18 si potrebbe ragionevolmente ritenere che l'amministratore non operativo che ravvisi indizi di crisi possa anche individualmente procedere alla segnalazione richiesta dal codice della crisi, al pari del collegio sindacale e dei creditori pubblici qualificati.

⁶⁸ Nello stesso A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1840. Rileva F. Bellagamba, *op. cit.*, 7, che il legislatore nel Cci abbia avviato un virtuoso processo di tipizzazione decentrata del contributo omissivo, con una più puntuale individuazione delle fonti e dei poteri di intervento dei soggetti coinvolti nei processi decisionali dell'impresa.

rilevanza penale qualora in giudizio sia provato oltre ogni ragionevole dubbio che il corretto assolvimento dei compiti di controllo sarebbe stato concretamente in grado di stimolare opportunamente l'organo amministrativo, inducendolo all'adozione di specifici provvedimenti capaci di neutralizzare il rischio di insolvenza.

Per comprendere se una crisi sia imminente, sono fondamentali gli indicatori elencati all'art. 13 Cci⁶⁹.

Salva l'integrazione ad opera del Consiglio nazionale dell'Ordine dei commercialisti ed esperti contabili, (ai sensi del co. 2), al co. 1 si indicano come fattori rilevanti per la valutazione gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, con particolare riguardo alla sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso:

- i) la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare;
- ii) l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi;
- iii) la presenza di reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

Si tratta di parametri numerici che fungono da segnali di allarme circa la situazione attuale e prospettica dell'impresa.

In presenza di una crisi incipiente, deve avviarsi la procedura di allerta interna alla società e si deve attivare un dialogo serrato tra organi di controllo e amministrazione.

Ove tale interazione interorganica non abbia luogo, la legge impone agli organi di controllo una segnalazione all'esterno della crisi, ai sensi dell'art. 14 co. 2 Cci.

È evidente che tali doveri, quando inadempiti, possono porre il soggetto obbligato nella condizione di doversi difendere da una contestazione a titolo di concorso omissivo, se si ritiene, come a noi sembra, che gli artt. 13 e 14 Cci abbiano segnato l'insorgenza di una posizione di garanzia volta all'impedimento della degenerazione della crisi verso l'epilogo dell'insolvenza⁷⁰.

10. Gli artt. 216 e 217 LFall individuano nell'imprenditore commerciale - se dichiarato fallito (in futuro: ove venga avviata la liquidazione giudiziale) - il soggetto attivo dei delitti di bancarotta.

Ai sensi dell'art. 222 LFall, i fatti di bancarotta possono essere imputati anche ai soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo o in accomandita semplice dichiarate fallite.

Infine, gli artt. 223, 224 e 227 LFall, regolando la bancarotta c.d. impropria, estendono la punibilità anche agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite, nonché all'istitutore dell'imprenditore dichiarato fallito.

Le fattispecie di bancarotta sono dunque reati propri. Lo sono non solo per le

⁶⁹ Saluta con favore la tipizzazione degli indicatori della crisi compiuta all'art. 13 Cci, in quanto essa contribuirebbe alla procedimentalizzazione della componente rappresentativa del dolo (pur rimanendo in ombra la componente volitiva), F. Bellagamba, *op. cit.*, 22.

⁷⁰ Rileva di recente come la disciplina di cui all'art. 14 rafforzi la posizione di garanzia gravante sui sindaci R. Bricchetti, *op. cit.*, 101 s.

qualifiche soggettive menzionate dalle diverse norme incriminatrici, ma anche per i connotati dimensionali che l'impresa in insolvenza deve possedere.

La legge fallimentare, all'art. 1⁷¹, esclude dall'applicazione delle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che, pur se in possesso dei restanti requisiti richiesti ai fini dell'esercizio di un'attività commerciale, possiedano *congiuntamente* i seguenti requisiti:

a) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo inferiore ad euro 300.000 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore;

b) ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo inferiore ad euro 200.000 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;

c) debiti anche non scaduti inferiori ad euro 500.000.

Alla luce dell'intervenuta introduzione del codice della crisi, tali soglie sono confluite nella definizione di *impresa minore*, ai sensi della lett. *d* del co. 1 dell'art. 2⁷², in quanto tale non sottoponibile alla procedura di liquidazione giudiziale e invece destinata alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui agli artt. 65 ss. Cci.

Quanto all'onere della prova in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti indicati, esso grava sul debitore. Si osserva che, in tal modo, si è evitato di 'premiare' quegli «imprenditori che scelgono di non difendersi in sede di istruttoria prefallimentare o che non depositano la documentazione contabile»⁷³.

Naturalmente anche qui, pur essendo le figure criminose in tema di bancarotta reati propri, non cessa l'applicabilità di istituti di parte generale volti a coinvolgere nel cono della responsabilità penale anche soggetti che abbiano contribuito al fatto pur essendo privi di qualifica, ma collaborando all'illecito con i soggetti qualificati: vale quindi la disciplina concorsuale prevista nella parte generale (artt. 110 ss.) del Codice penale.

Sono dunque necessari i consueti elementi costitutivi della responsabilità del concorrente atipico, in termini di contributo causalmente efficiente al fatto e di consapevolezza in capo all'*extraneus* della qualifica dell'autore.

Tra questi soggetti, estranei alla qualifica, ma efficienti nella collaborazione illecita, una figura ricorrente è quella del professionista, avvocato, commercialista, e così via, che metta al servizio dell'imprenditore le sue conoscenze tecniche per la commissione del reato, consentendo al soggetto qualificato di poter perpetrare falsificazioni contabili, dissimulare distrazioni, accrescere oltremisura i debiti oltre la soglia delle disponibilità economiche e così via.

Sempre lo strumento del concorso di persone consente di aggredire penalmente altri soggetti che operano attorno alla figura dell'imprenditore/amministratore

⁷¹ La disposizione, dapprima modificata dal d. lgs. 9.1.2006 n. 5 è stata successivamente modificata dal d. lgs. 13.4.2017 n. 65.

⁷² La lett. *d* dispone altresì che i parametri di identificazione dell'«impresa minore» possano essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348 Cci.

⁷³ Così R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 6.

formale.

Sono certamente concorrenti, anzi: autori principali del reato, gli amministratori di fatto che, pur privi di qualifiche formali, assumono in prima persona, in tutto o in parte, la gestione dell'impresa. Vale anche in quest'ambito l'art. 2639 Cc, che, seppure dettato in ambito societario, esprime un principio generale già in precedenza generatosi in via giurisprudenziale proprio in tema di reati fallimentari⁷⁴.

Così pure sono concorrenti, sulla base dell'omesso impedimento dell'illecito per non aver attivato i propri poteri di controllo, gli amministratori privi di delega e i sindaci e i soggetti a questi assimilati a seconda del modello di *governance* adottato nella società⁷⁵.

La posizione di garanzia dei primi si fonda sul disposto degli artt. 2381 Cc e 2392 Cc. In particolare, quest'ultima norma prevede che in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal co. 3 dell'articolo 2381, siano solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose⁷⁶.

La previsione è rinforzata dall'art. 2394 Cc in base al quale gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Per i sindaci (e assimilati), vale l'art. 2403 Cc, secondo cui il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, nonché l'art. 2407 Cc che li rende responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica⁷⁷.

11. Il diritto penale fallimentare ha dovuto per primo confrontarsi con la rilevanza dei gruppi di imprese nella prospettiva dell'allocazione della responsabilità.

La prospettiva non è però tanto quella *dell'incriminazione* di peculiari rapporti senza causa tra gli enti collegati o di forme di gestione promiscua di flussi finanziari, ma *della giustificazione* di condotte preferenziali o finanche distrattive.

⁷⁴ Lo conferma peraltro anche la giurisprudenza più recente, che proprio dell'art. 2639 Cc fa applicazione nell'ambito dei reati fallimentari, cfr. Cass. 16.3.2018 n. 32398, in *CEDCass*, m. 273821; Cass. 2.3.2011 n. 15065, *ivi*, m. 250094; Cass. 11.1.2008 n. 7203, *ivi*, m. 239040.

⁷⁵ Per un'esemplificazione dei casi concorrenti più frequenti si vedano R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 12-13.

⁷⁶ Per un'applicazione delle disposizioni civilistiche in combinato disposto con l'art. 40 cpv Cp, tra le molte Cass. 28.4.2009 n. 21581, in *CEDCass*, m. 243889. Per un particolare accento sull'elemento soggettivo richiesto in capo all'amministratore non operativo in termini, da una parte, di effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio - secondo i criteri propri del dolo eventuale - del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altra parte, della volontà di non attivarsi per scongiurare detto evento, tra le più recenti, Cass. 9.3.2018 n. 14783, in *CEDCass*, m. 272614; Cass. 19.6.2018 n. 42568, in *CEDCass*, m. 273925. Nell'ambito del concorso per colpa dell'amministratore non delegato nella bancarotta semplice Cass. 29.10.015 n. 47915, in *CEDCass*, m. 265802.

⁷⁷ Cass. 1.7.2011 n. 31163, in *CEDCass*, m. 250555; Cass. 14.1.2016 n. 18985, in *CEDCass*, m. 267009, nonché Cass. 22.3.2016 n. 14045, in *GI* 2016, 2250, con nota di P.M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*.

Lo strumento giuridico impiegato allo scopo è una previsione contenuta all'art. 2634 Cc, fattispecie che punisce l'infedeltà patrimoniale, precisamente ubicata al co. 3, ove si attribuisce valenza esimente al conseguimento di vantaggi compensativi nell'ambito delle operazioni infragruppo⁷⁸.

Precisamente, in base a tale disposizione, il danno arrecato ad una società in conseguenza di un atto infedele può essere *giusto* (termine inequivocabilmente espressivo di un giudizio normativo di liceità) se compensato da un correlativo vantaggio per la stessa società derivante dall'appartenenza al gruppo societario, a condizione che sia effettivamente conseguito o fondatamente prevedibile.

La previsione sottende un preciso tipo di giudizio prognostico, non già una valutazione diagnostica, da effettuarsi cioè *ex post*, a cose fatte, al tempo del processo penale.

Ciò che deve essere verificato non è il risultato finale concretamente verificatosi, ma quello complessivo che ci si poteva ragionevolmente attendere al momento della scelta manageriale. È dunque necessario un approccio *ex ante*, una prognosi postuma eseguita secondo le leggi di copertura (ove disponibili) e le massime di esperienza di natura tecnico-economica, formulata in base agli elementi esistenti al momento in cui l'operazione è realizzata ed il cui esito indichi non una mera probabilità, ma una quasi certezza sul futuro riequilibrio dei vantaggi tra le società collegate e il gruppo⁷⁹. Tale giudizio deve giungere alla conclusione che i benefici per la fallita fossero idonei a compensare gli effetti immediatamente negativi derivanti dall'operazione, tali da renderla incapace di incidere sulle ragioni dei creditori.

Per questa parte può certo rilevarsi che, seppure costruita in termini soggettivi (la previsione parla di un profitto non ingiusto dell'amministratore infedele), la norma configuri una scriminante, anche alla luce di una lettura sistematica con l'art. 2497 Cc, che conferma, in sede civile, la valenza positiva del vantaggio compensativo effettivamente conseguito. Si legge, infatti, nella disposizione civilistica che ogni forma di responsabilità è esclusa quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. La disposizione restringe il proprio raggio di operatività al solo fronte penalistico nel caso in cui il vantaggio sia solo oggetto di una fondata previsione: mentre l'art. 2634 co. 3 esclude la rilevanza penale della condotta, l'art. 2497 co. 1 non esclude l'obbligo di reintegrazione del danno. L'art. 2497 co. 1 Cc fa dunque residuare una responsabilità civile degli enti (non quindi direttamente del soggetto attivo del reato inteso come persona fisica) semplicemente poiché non contempla l'ipotesi del vantaggio prevedibile, ma non conseguito⁸⁰.

⁷⁸ La genesi della teorica dei vantaggi compensativi è civilistica e si deve a P. Montalenti, *Conflitto di interessi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *GCom* 1995, 710 ss.

⁷⁹ Di recente parla di prognosi postuma, ma sulla base degli elementi noti al momento dell'operazione (e non dunque a base totale) A. Rossi, *La bancarotta nei gruppi di impresa*, in *DPP* 2019, 1215. Sulla necessità di una valutazione *ex ante* A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 109 s.

⁸⁰ Questa permanenza è peraltro stata considerata come un elemento chiave per identificare nella previsione del terzo co. dell'art. 2634 Cc un limite esegetico della fattispecie (soluzione orientata alla tipicità) oppure come causa di esclusione del dolo specifico di profitto ingiusto (soluzione ordinata ancora una volta in chiave di tipicità, ma attraverso l'esclusione di un elemento soggettivo di questa). Per la prima soluzione cfr., ad esempio,

L'esimente del terzo comma dell'art. 2634 Cc rileva anche in ambito fallimentare, d'altra parte l'infedeltà patrimoniale che conduca poi al fallimento può essere non solo sussunta nell'art. 223 co. 2 n. 1, ma anche contestata in concorso con il delitto di bancarotta per distrazione⁸¹.

Lo conferma la giurisprudenza. Di recente, la Cassazione⁸² si è interrogata in merito alla rilevanza penale del contratto di c.d. *cash pooling*, che consiste nell'accentrare in capo ad un unico soggetto giuridico l'amministrazione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario. Per la Corte i pagamenti infragruppo in favore della controllante non configurano il reato di bancarotta preferenziale e possono eventualmente essere ricondotti all'operatività del contratto di "*cash pooling*" solo qualora ricorra la formalizzazione di tale contratto di conto corrente intersocietario, con puntuale regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici

C. Benussi, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, 2207; per la seconda M. Mantovani, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2010, 183, nt. 29. Nel senso che si tratti di una scriminante, F. Mucciarelli, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *GCom* 2002, I, 631 e, volendo, F. Consulich, sub art. 263 CC, in *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna 2018, 494 ss. La discrasia ora evidenziata ha dunque fatto propendere la maggior parte degli interpreti nel senso che la previsione di cui al co. 3 dell'art. 2634 non contempra una scriminante, proprio in ragione della sussistenza di un obbligo risarcitorio, ma una causa di esclusione del dolo specifico o un limite esegetico della fattispecie penale. A dire il vero, a nostro avviso, è possibile armonizzare le due previsioni alla luce di una riflessione solo un poco più articolata. Il fatto che la disposizione civile preveda la permanenza della responsabilità quando il danno non sia stato già compensato o «integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» non implica che sussista un illecito civile se l'amministratore abbia comunque agito nella ragionevole prospettiva, poi non concretizzata, di soddisfare un interesse di gruppo. La lettura sinottica delle norme, assai scoordinate tra loro anche per altri aspetti (su cui cfr. N. Mazzacupa, E. Amati, *op. cit.*, 134 s.), può ricondurre ad unità la disciplina ammettendo che non vi sia per il diritto civile danno risarcibile allorché l'amministratore agisca nei limiti dell'art. 2634 co. 3. L'esponente che operi entro una fondata logica di gruppo non viola infatti «i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società», la cui infrazione, unitamente alla lesione al patrimonio dell'ente, determina l'insorgenza di una responsabilità civile ai sensi dell'art. 2497 Cc. In altro modo, dunque, non sempre il vantaggio meramente prevedibile è privo di rilevanza per il diritto civile. L'esimente penalistica impedirebbe di qualificare il danno *contra ius* allorché, pur in assenza di vantaggio, non siano state violate norme di corretto comportamento gestionale da parte dell'amministratore. Anche per questa via non paiono, dunque, sussistere ostacoli insuperabili alla qualificazione dell'art. 2634 co. 3 come causa di giustificazione. Sul problema del dislivello di tutela rispetto alle logiche di gruppo tra la disposizione civilistica e quella penalistica si veda V. Napoleoni, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del penale dei gruppi*, in *CP* 2005, 3804, con riflessioni critiche rispetto alle ricostruzioni, soprattutto giurisprudenziali, che vorrebbero ridurre la fondata prevedibilità dei vantaggi compensativi alla pratica certezza, allineandola così al disposto dell'art. 2497.

⁸¹ In questi termini Cass. 27.9.2012 n. 43001, in *CEDCass*, m. 254553. Sulla sentenza si veda D. Falcinelli, *La fattispecie con condotta tipizzata dal soggetto. Osservando il delitto di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*, in *RTrimDPenEc* 2013, 141. Nello stesso senso, si legga Cass. 6.5.2008 n. 26083, in *CEDCass*, m. 242323.

⁸² Cass. 5.4.2018 n. 34457, in *CEDCass*, m. 273625 e anche in *SOC* 2018, 1311, con nota di C. Santoriello, *Il cash pooling davanti alla Cassazione penale: adelante ma con juicio*. Sull'applicabilità della clausola dei vantaggi compensativi sia in relazione alla bancarotta da infedeltà patrimoniale, a quella per operazioni dolose e a quella per distrazione nei gruppi societari, C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009, rispettivamente, 363, 366 e 381. Sulla natura di clausola a valenza generale della previsione di cui al terzo co. dell'art. 2634 Cc M. Masucci, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *RTrimDPenEc* 2004, 885 ss.; M. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano 2006, 152 ss.; da ultimo, dopo l'approvazione del codice della crisi, A. Rossi, *La bancarotta nei gruppi di imprese*, cit., 1219.

interni al gruppo. Siffatto negozio potrebbe così avere rilevanza esimente in quanto la gestione unitaria della situazione finanziaria del gruppo, consentendo la compensazione dei saldi attivi di conto corrente di alcune società con i saldi negativi di altre, consentirebbe di realizzare un risparmio di interessi passivi e il risultato indiretto di finanziare le società che presentano una posizione debitoria nei confronti degli istituti di credito.

Ulteriormente la giurisprudenza di legittimità ha perimetrato la nozione di “gruppo di imprese” rilevante in ambito penale, ritenendolo sussistente anche tra enti che abbiano differente natura giuridica, nella specie tra società di capitali e un’associazione senza fini di lucro⁸³. In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale sarebbe configurabile un “gruppo di imprese” e, dunque, potrebbero ben essere ipotizzati eventuali “vantaggi compensativi”, anche tra enti che abbiano differente natura giuridica (società ed associazioni senza fini di lucro), purché tra loro si instauri un rapporto di direzione nonché di coordinamento e controllo delle rispettive attività facente capo all’ente controllante. Quanto alla nozione di gruppo di imprese si afferma che ciò che rileva non è tanto la natura societaria di tutti i suoi componenti (che possono essere quindi anche degli enti non commerciali, non soggetti a procedura fallimentare in caso di decozione), quanto piuttosto la relazione economico-impresoriale tra gli enti che lo compongono e la presenza di un soggetto giuridico con funzioni di coordinamento e direzione. Il nucleo essenziale è perciò individuato nel rapporto di direzione, coordinamento e controllo delle attività di gestione, che può spettare anche a un’associazione rispetto a delle società di capitali.

Rimanendo sul piano dell’interpretazione giurisprudenziale del concetto di vantaggio compensativo esimente, e dei connessi oneri probatori per l’imputato, la Cassazione ha ritenuto che, per riscontrare dei vantaggi compensativi per le società fallite e così escludere la natura distrattiva di un’operazione intergruppo, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l’esistenza di un vantaggio per la società controllante, ma deve essere dimostrato il saldo *finale* positivo delle operazioni compiute nella logica di gruppo, che compensi il pregiudizio, a questo punto solo temporaneo, per la società depauperata e per i creditori sociali⁸⁴.

Nel tempo la giurisprudenza ha raggiunto pertanto una serie di punti fermi.

In primo luogo, l’art. 2634 co. 3 Cc, in quanto espressione del principio di offensività, è applicabile senza alcun attrito interpretativo anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari⁸⁵.

In secondo luogo, per valutare se sia distrattiva un’operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate, occorre

⁸³ Cass. 6.3.2018 n. 31997, in *CEDCass*, m. 273635.

⁸⁴ Tra le tante, si vedano Cass. 2.3.2017 n. 16206, in *CEDCass*, m. 269702 e anche in *CP* 2018, 336 ss., con nota di E. Bozheku, *L’offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragruppo*; Cass. 30.6.2016 n. 46689, in *CEDCass*, m. 268675 e anche in *GP* 2017, 163 s. con nota di I. Scordamaglia, *Mendacio bilancistico, operazioni dolose causative del fallimento, distrazione infragruppo*; Cass. 27.9.2012 n. 44963, in *CEDCass*, m. 254519. In dottrina, rileva come l’onere della prova dell’acquisito vantaggio compensativo gravi sull’interessato R. Bricchetti, *op. cit.*, 100.

⁸⁵ Cass. 5.6.2013 n. 49787, in *RTrimDPenEc* 2014, 435, con nota di D. Falcinelli, *Riflessioni in progress: la clausola dei vantaggi compensativi infragruppo e i principi di sistema dell’offensività (penale) in concreto*.

tenere conto del rapporto di gruppo, perché il reato resta escluso se, con valutazione *ex ante*, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società⁸⁶.

Oggi, l'art. 290 co. 1 Cci stabilisce che, nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo possono essere promosse dal curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, ma "*fatto salvo il disposto dell'articolo 2497, primo co., Cc*". Il curatore è tenuto, dunque, nella valutazione sulla dannosità di un'operazione infragruppo, a considerare gli eventuali vantaggi compensativi.

Ulteriormente, si è rilevata l'importanza per il penalista della previsione di cui all'art. 285 Cci, che esprime la prevalenza della logica di gruppo rispetto a quella che guarda alla singola impresa come una sorta di monade nell'ambito del cd. *piano concordatario di gruppo*. La fattispecie concorsualistica sancisce espressamente la liceità dei trasferimenti di risorse da una società all'altra nell'ambito dei piani concordatari allorché tali operazioni siano necessarie ad assicurare la continuità aziendale delle imprese e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutti gli enti del gruppo.

È evidente che, in mancanza di un vantaggio compensativo che rispetti i requisiti di cui al terzo comma dell'art. 2634 Cc, sarà ben possibile configurare la responsabilità degli amministratori della capogruppo a titolo di concorso con gli amministratori della controllata, fallita, i quali abbiano, in via immediata, compiuto l'operazione pregiudizievole⁸⁷.

12. Anche al di fuori del contesto di gruppo societario e della teorica dei vantaggi compensativi, la non punibilità può premiare il soggetto che pure abbia tenuto una condotta che assume tutti i tratti del fatto tipico di bancarotta preferenziale o semplice.

È che quel che accade al ricorrere dell'art. 217 *bis* LFall. La previsione non opera nei confronti di fattispecie diverse da quelle espressamente richiamate, ad eccezione dei soli artt. 223 e 224 LFall, in virtù e nei limiti dei rinvii che essi a loro volta operano agli artt. 216 co. 3 e 217⁸⁸.

La disposizione, con la rubrica «*Esenzione dai reati di bancarotta*», è stata introdotta nella legge fallimentare dall'art. 48 del d.l. 31.5.2010 n. 78, modificato in sede di conversione, dalla l. 30.7.2010 n. 122. Nell'ambito del codice della crisi, essa ha trovato collocazione all'art. 324 Cci.

⁸⁶ Cass. 12.1.2016 n. 30333, in *CEDCass*, m. 267883.

⁸⁷ Sul punto N. Pisani, *op. cit.*, 85. Non risulta, invece, praticabile la via del concorso omissivo degli amministratori della capogruppo in mancanza di una loro posizione di garanzia rispetto all'integrità patrimoniale delle società controllate, sul punto A. Rossi, *La bancarotta nei gruppi di imprese*, cit., 1220.

⁸⁸ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 399 e 403 s.

Si tratta di una disposizione sicuramente strategica per raccordare l'impianto originario della legge fallimentare alla *nouvelle vague* in tema di procedure concorsuali, di recente formalizzate nel nuovo codice della crisi: il trionfo delle procedure alternative al fallimento (ora liquidazione giudiziale) doveva necessariamente ripercuotersi sulla legge penale, di per sé troppo rigida nel qualificare come distrattive o preferenziali operazioni essenziali nell'ambito delle procedure di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi.

Fino all'introduzione dell'art. 217 *bis*, non esisteva alcuna norma di raccordo tra i reati di bancarotta e le recenti innovazioni delle procedure concorsuali e negoziali; ne derivava un insostenibile tasso di incertezza per gli operatori economici e gli stessi professionisti che li assistevano nell'applicazione dei nuovi strumenti civilistici di risoluzione della crisi di impresa. Le condotte tenute dal debitore nel corso dell'esecuzione dei piani di risanamento rischiavano di essere qualificate come penalmente illecite, per lo meno alla stregua delle fattispecie di bancarotta preferenziale, ex art. 216 co. 3, oppure di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto, ex art. 217 co. 4.

Per la verità, per alcuni Autori, già prima della riforma che ha introdotto l'art. 217 *bis* LFall, le operazioni oggetto della norma fallimentare non sarebbero state punibili sulla base di un'interpretazione sistematica con una norma civilistica contenuta nella stessa legge fallimentare e dedicata alle esenzioni dalle azioni revocatorie: l'art. 67 co. 3 LFall. Con tale previsione il legislatore avrebbe manifestato la piena liceità dell'operazione, a prescindere dalle potenziali lesioni della *par condicio*⁸⁹. L'esclusione della responsabilità non trovava però una ricostruzione condivisa in ordine al fondamento giuridico della non punibilità. Il difetto di anti-giuridicità nelle condotte esenti da revocatoria era sostenuto da chi riteneva integrata la scriminante del consenso dell'avente diritto⁹⁰, poiché i creditori avevano votato o approvato la proposta di ristrutturazione dei debiti e, quindi, avevano in tal sede consentito alle violazioni del principio di pari trattamento previste nel piano di risanamento. Nella medesima direzione interpretativa, si affermava che le operazioni non revocabili fossero giustificate in base all'art. 51 Cp, poiché l'art. 67 co. 3 LFall avrebbe fissato le condizioni di liceità per l'esercizio del diritto di credito e per l'adempimento dell'obbligazione⁹¹. A parere di altri, invece, l'influenza delle esenzioni

⁸⁹ La progressiva espansione delle forme di esenzione dalla revocatoria, sul piano civile, e di esclusione della responsabilità, sul piano penale, testimonia il tramonto della *par condicio creditorum* a tutto vantaggio della conservazione dei fattori produttivi nell'ottica del rilancio dell'impresa. Si vedano, nel senso che i pagamenti oggettivamente preferenziali non fossero idonei ad offendere la *par condicio creditorum* e comunque fossero privi del richiesto elemento soggettivo, F. Giunta, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, cit., 1216 s.; G.G. Sandrelli, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *CP* 2006, 1300. Nel senso che invece mancasse l'anti-giuridicità della condotta si vedano A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *RIDPP*, 2006, 129; A. Mangione, *op. cit.*, 913; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 870, parla a questo proposito di scriminante dell'esercizio del diritto, mentre Insolera si è riferito al consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 Cp, v. G. Insolera, *op. cit.*, 468.

⁹⁰ G. Insolera, *op. cit.*, 465.

⁹¹ A. Mangione, *op. cit.*, 902.

sub art. 67 LFall sulla bancarotta preferenziale non si dispiegava sul piano dell'antigiuridicità, bensì su quello della tipicità, sottraendo i negozi non revocabili dai comportamenti oggetto del fatto tipico dell'art. 216 co. 3 LFall.⁹²

Di fronte alla nuova norma di cui all'art. 217 bis LFall, in assenza, per quanto ci consta, di una presa di posizione giurisprudenziale sulla natura della previsione⁹³, la dottrina prevalente ha avanzato una spiegazione circa la natura giuridica della "esenzione da reato" coerente con le tesi da ultimo riferite: il ruolo dell'art. 217 bis LFall si apprezzerrebbe sul piano della tipicità dei reati fallimentari interessati, attraverso l'inserimento di "elementi negativi del fatto"⁹⁴.

Tale qualificazione non pare però condivisibile. Nel caso di specie, impiegando i criteri distintivi già delineati, occorre nuovamente chiedersi se l'art. 217 bis LFall esprima una contraddizione normativa che rifletta un conflitto tra interessi meritevoli di disciplina oppure proceda a un mero ritaglio, entro il perimetro di un fatto penalmente illecito, di una sottofattispecie al fine di sottrarla alla punibilità. Ora non pare dubbio che l'esimente in analisi non contribuisce semplicemente a definire il tipo criminoso, ma tutela interessi confliggenti, sancendone la preminenza su quelli

⁹² A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 466; G. Cocco, sub art. 216 L.FALL., in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, cit., 1198.

⁹³ Si veda, ad esempio, Cass. 1.12.2016 n. 51277, in www.unijuris.it, che si esprime in termini dogmaticamente neutri, riferendosi a una norma che genera un'area di irresponsabilità penale, di carattere oggettivo.

⁹⁴ Tra gli altri, F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *DPP* 2010, 1479; R. Bricchetti, F. Mucciarelli e G.G. Sandrelli, *Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, Bologna 2007, 2738; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *SOC* 2011, 205; G. Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *GP* 2011, 16; R. Bricchetti, *La "esenzione" dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217 bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?*, in *Il 'mercato della legge penale'. Nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, Padova 2011, 83. L'A. qualifica (84 s.) senza esitazioni la disposizione come una causa di delimitazione del tipo, in quanto il legislatore aumenta la portata descrittiva delle fattispecie di bancarotta semplice e preferenziale, riducendone così la portata applicativa e quindi escludendo la rilevanza penale di condotte tenute nell'ambito di piani di gestione concordata della crisi di impresa. Dopo l'intervento legislativo del 2012, in questo senso anche V. Spinosa, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 1.3.2013, 9 del documento. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 400; E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 396. Nella medesima direzione, pur nella difficoltà di confrontarsi con una disposizione colma di oscurità lessicali e sistematiche anche A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., 143 s., che comunque rileva come la previsione esprima un principio di generale non contraddizione dell'ordinamento. Nel senso che si tratti di una causa di esclusione della punibilità, invece, E. Basile, *Art. 217 bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 2013, 203 ss. Parla di una norma di interpretazione autentica che produrrebbe l'effetto che già conseguirebbe alla corretta applicazione delle disposizioni civilistiche G. Cocco, *Esenzione dai reati di bancarotta nel «nuovo» art. 217 bis della legge fallimentare*, in *LP* 2011, 5. Per una panoramica sulle soluzioni proposte dalla dottrina successivamente alle riforme avviate con il d.l. n. 30/2005, v. E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 322 s. Certamente la qualificazione della disposizione non è semplice, come rilevato ancora di recente da A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi di impresa*, cit., 1855 s., secondo cui se da una parte «In termini generali l'esclusione delle figure penali è espressione del principio di non contraddizione nell'ordinamento, non potendosi immaginare una condotta considerata come lecita o espressamente consentita e la sua contemporanea punibilità», dall'altra parte «l'eterogeneità delle situazioni considerate dal concordato preventivo all'esclusione dall'ambito delle revocatorie - che incidono solo sull'efficacia dell'atto tra le parti -, si presta forse meglio a essere letta come una limitazione delle fattispecie considerate, private d'incidenza e di applicabilità nei casi di attività consentite».

penalmente presidiati, di modo che l'incriminazione non viene solo limitata, ma 'neutralizzata' in forza di un precetto contrapposto che consente di affermare la piena liceità, anche in sede extrapenale, della condotta indicata nella norma favorevole⁹⁵. Quando ancora l'art. 217 bis LFall non era stato introdotto nella legge fallimentare, la dottrina maggioritaria aveva, come detto, già ritenuto di considerare lecite le condotte che vi sarebbero poi confluite, in quanto scriminate dalla norma civilistica in tema di esenzione dell'azione revocatoria. Se una previsione civilistica aveva già prodotto un effetto scriminante, l'intervento successivo del legislatore penale non può che avere natura 'ratificatoria', confermando la liceità delle condotte stesse, così da integrare quindi una causa di giustificazione. Il divieto penalmente sanzionato per l'imprenditore commerciale di eseguire pagamenti di favore a un creditore in danno degli altri allorché si approssimi l'insolvenza dell'impresa, ai sensi dell'art. 216 co. 3 LFall, non può in effetti convivere con il riconoscimento della piena liceità (*rectius*: doverosità) dell'adempimento di un'obbligazione tra quelle descritte all'art. 217 bis LFall.⁹⁶

Gli artt. 216 co. 3 e 217 bis LFall devono, infatti, essere sottoposti a una lettura coordinata con le disposizioni, tutte civilistiche, in tema di azione revocatoria fallimentare, prevista dall'art. 67 LFall. Benché molte ipotesi contemplate dall'art. 67 LFall non siano poi menzionate all'art. 217 bis LFall, con conseguenti problemi di coordinamento tra le due disposizioni, si può intravedere una sorta di *continuum* normativo, poiché la norma civile si riferisce ai creditori favoriti, mentre quella penale al debitore favorente⁹⁷.

⁹⁵ Nel senso che si tratti di una scriminante M.M. Scoletta, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, cit., 401 ss.; più di recente, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale*, cit., 229 ss. che congruamente con tale impostazione ritiene che l'esenzione copra anche pagamenti e operazioni non compiuti a procedura già incardinata, siano propedeutici alla realizzazione del piano di risanamento o dell'accordo (221 s.), nonché, volendo, F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino 2018, 190 ss.

⁹⁶ E.M. Ambrosetti, *Reati fallimentari*, in E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti e M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 286.

⁹⁷ Così A. Zambusi, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *IP* 2009, 536. Sull'identità dell'art. 216 co. 3 L.Fall. prima e dopo la riformulazione della norma in tema di revocatoria fallimentare anche G.G. Sandrelli, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1454. Sulla riforma della disciplina extra-penale cfr. G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.* 2006, 361; nella dottrina penalistica si vedano, tra gli altri, A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 111; R. Bricchetti, F. Mucciarelli e G.G. Sandrelli, *Riforme delle norme fallimentari con effetti indiretti sulla disciplina penale*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, cit., 2739. In questo quadro si segnala che la riforma civilistica attuata con d.l. 14.3.2005 n. 35, convertito dalla l. 14.5.2005 n. 80, oltre a restringere il c.d. periodo sospetto, cioè l'orizzonte temporale in cui è possibile procedere alla revocatoria, ha introdotto, per quel che più interessa, una serie di esenzioni rispetto a quest'ultima, che possono coinvolgere, anche se in modi non cristallini e prevedibili, lo specchio operativo della incriminazione penal-fallimentare. È vero che anche oggi per integrare il delitto non occorre che il pagamento sia stato altresì revocato, ma di fatto, a seguito della restrizione del periodo in cui è possibile revocare il pagamento (il termine ora al massimo è di un anno ai sensi dell'art. 67 co. 1 n. 2 LFall) l'area del penalmente rilevante è assai più estesa di quella civile (ovvero di ciò che è revocabile): di fatto atti penalmente illeciti, per il diritto civile, sono validi ed efficaci, quindi leciti. Le ipotesi contenute nel terzo co. dell'art. 67 LFall si rivelano assai problematiche per una accezione di antiggiuridicità generica: la norma prevede infatti sette esenzioni alla disciplina della revocatoria fallimentare. Si tratta di ipotesi che non paiono

Le esenzioni penalistiche di cui all'art. 217 bis LFall devono allora essere interpretate, per considerazioni di ragionevolezza del sistema, non come meri episodi di ritaglio certosino di frammenti di tipicità da escludere dalla pena, ma come concretizzazioni di un valore scriminante, la tutela del valore aziendale e della migliore soddisfazione dei creditori, ritenuta prevalente sull'astratta e aprioristica *par condicio creditorum* penalmente protetta. Nemmeno l'impiego dell'espressione "le disposizioni di cui all'art. 216 terzo comma e 217 non si applicano" pare significativo per escludere la natura di scriminante alla norma in analisi, tenuto conto che essa ricorre anche in altre fattispecie, da sempre qualificate cause di giustificazione, come l'art. 728 co. 2 Cp⁹⁸.

12.1. La conformazione attuale dell'art. 217 bis consegue ad un'espansione per accrescimenti successivi.

Nella prima versione, oggetto di esenzione erano le operazioni e i pagamenti esecutivi dei piani, degli accordi omologati e dei concordati preventivi. A seguito del c.d. "decreto sviluppo" del 22.6.2012, la norma interessa anche i pagamenti dei crediti pregressi e i finanziamenti autorizzati dal giudice ex art. 182 *quinquies*. Inoltre, la l. 17.12.2012 n. 221, di conversione del d.l. 18.10.2012 n.179 (c.d. "decreto sviluppo bis"), ha esteso l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 217 bis ad altre operazioni eseguite nell'ambito di procedure concordate per il superamento delle crisi d'impresa.

Il legislatore è poi nuovamente intervenuto con l'art. 2 co. 7 d.l. 5.1.2015 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.3.2015 n. 20, estendendo l'esenzione alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22 *quater*, co. 1, del d.l. 24.6.2014 n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11.8.2014 n. 116.

Tutte queste aggiunte, formulate attraverso la tecnica del rinvio ad altre disposizioni, spesso situate in altri testi normativi, hanno reso la lettura della

affatto essere fuoriuscite dal perimetro della norma penale, ma che pur sono espressamente esentate da ogni conseguenza civilistica in termini di vizi e invalidità. Sul punto, R. Bricchetti, F. Mucciarelli e G.G. Sandrelli, *Riforme delle norme fallimentari con effetti indiretti sulla disciplina penale*, cit., 2740 ss., che evidenziano come le ipotesi di cui all'art. 67 LFall, essendo state ritenute lecite dal legislatore, impedirebbero di considerare le stesse condotte anti giuridiche, quindi illecite, anche per il diritto penale. Per altri, invece, lungi dal porre un problema di anti giuridicità, la riformulazione dell'art. 67 LFall eliderebbe la tipicità penale delle condotte esentate dalla revocatoria, per l'impossibilità delle stesse di ledere il bene protetto dalla incriminazione, ovvero la *par condicio creditorum*, cfr. in questo senso, F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.* 2006, 34. Vi è stato, inoltre, chi ha ritenuto di qualificare le esenzioni dalla revocatoria una causa di esclusione del dolo specifico di favorire un creditore con danno degli altri, V. Zambusi, *op. cit.*, 551. Sul tema e sulle varie opzioni ricostruttive sul campo in merito al rapporto tra art. 67 e 217 bis LFall M.M. Scoletta, *op. cit.*, 412 ss.

⁹⁸ «Art. 728 Cp. 1. Chiunque pone taluno, col suo consenso, in stato di narcosi o d'ipnotismo, o esegue su lui un trattamento che ne sopprime la coscienza o la volontà, è punito, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, con l'arresto da uno a sei mesi o con l'ammenda da trenta euro a cinquecentosedici euro 2. Tale disposizione non si applica se il fatto è commesso, a scopo scientifico o di cura, da chi esercita una professione sanitaria». Sulla natura di scriminante speciale della norma si veda A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Milano 2008, 344, nt. 267 e già V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino 1986, 1134; nonché, più di recente, V. Napoleoni, sub art. 728 CP, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Milano 2010, 640; P. Piscitello, sub art. 728 CP, in *Codice penale commentato*, III, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2015, 1768 ss. Nel senso che si tratti di una "condizione di obiettiva inapplicabilità della sanzione", dunque di una causa di non punibilità, F. Mucciarelli, *Polizia sanitaria (contravvenzioni concernenti la)* (voce), in *DigDPen.*, IX, Torino 1995, 608.

disposizione a dir poco disagiata⁹⁹.

Occorre ora definire i «pagamenti» e «le operazioni» eseguiti in esecuzione di uno dei piani di risanamento richiamati che l'art. 217 *bis* esclude dal tipo della bancarotta.

Il *pagamento* deve intendersi riferito a ogni modalità di estinzione di un'obbligazione, mentre le *operazioni* definiscono un concetto ben più ampio, ricomprendendo ogni atto o fatto funzionale alla realizzazione di uno dei piani per la soluzione della crisi d'impresa¹⁰⁰.

La formulazione casistica adottata dal legislatore nel caso dell'art. 217 *bis* ha generato ampie disarmonie sistematiche e l'irragionevole esclusione dal novero delle operazioni esenti delle operazioni e dei pagamenti nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari di cui all'art. 182 *septies* LFall¹⁰¹.

Se l'omessa menzione di procedure alternative al fallimento non può essere corretta dall'interprete, di fronte ad una lacuna evidentemente intenzionale del legislatore, più complesso è il discorso in merito all'applicabilità dell'art. 217 *bis* ai pagamenti e alle operazioni che siano stati eseguiti non «in esecuzione» di uno dei piani, come recita il disposto normativo, ma *immediatamente prima* della loro formalizzazione: il quesito è centrale poiché essi sono essenziali per la praticabilità del piano di risanamento.

Stando al dato letterale della norma, la sorte delle operazioni antecedenti alla fase attuativa del piano sarebbe 'segnata': dovrebbero essere tuttora penalmente rilevanti, considerato che la disposizione attribuisce l'esenzione ai soli atti «in esecuzione» del progetto di risanamento.

Non si tratta di una classe di condotte residuale: vi rientrano ad esempio i cd. 'prestiti ponte' erogati da istituti bancari al fine di consentire il pratico avvio dei progetti di risanamento attestati, che garantiscono all'impresa la liquidità necessaria.

Vi è chi ha proposto di applicare la previsione quando il pagamento, avvenuto prima della conclusione dell'accordo, venga poi successivamente omologato dal giudice in quanto quest'ultimo possa verificare che sia stato concretamente eseguito in esecuzione del piano di soluzione della crisi d'impresa¹⁰².

Quest'ultima soluzione finirebbe però per attribuire al giudice il potere di liceizzare, *singulatim*, questa o quelle operazioni sulla base della sua personale comprensione della dinamica economica della vicenda, il che porrebbe problemi di razionalità e uniformità dell'assetto normativo, di per sé incompatibile con un accettabile tasso di prevedibilità della responsabilità penale.

A noi pare che possa tornare utile la riflessione prima svolta sulle possibili

⁹⁹ L'opportunità di introdurre questa disposizione era stata segnalata da tempo in dottrina al fine di raccordare le soluzioni «negoziali» delle crisi d'impresa con le disposizioni di diritto penale-fallimentare che più ne ostacolavano l'applicazione pratica: l'art. 217 LFall, ma soprattutto l'art. 216 co. 3 LFall, v. A. Nigro, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca Borsa tit. cred.* 2006, 359.

¹⁰⁰ N. Mazzacuva, E. Amati, *op. cit.*, 231; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 212; F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1476.

¹⁰¹ Si veda A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 61.

¹⁰² F. Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis L.F. prima e dopo il «decreto sviluppo»*, in *RTrimDPenEc* 2012, 800.

qualificazioni dogmatiche della disposizione.

Se si trattasse di una causa di esclusione del tipo, il dato letterale della norma offrirebbe ben poche *chances* di dare seguito alle pur ragionevoli esigenze di liceizzazione anche delle operazioni antecedenti ma funzionali all'avvio dei piani di risanamento. L'interprete realizzerebbe un'esegesi analogica non consentita rispetto ad una disposizione che sarebbe eccezionale¹⁰³.

Inquadrando la disposizione in parola come scriminante, essa può ben comunicare la propria efficacia liceizzante, già in astratto, non solo ad operazioni e pagamenti compiuti *in esecuzione del piano*, ma anche alle condotte *prodromiche*, legate al progetto di risoluzione della crisi da uno strutturale nesso di pregiudizialità-dipendenza.

Basta infatti rilevare gli atti funzionali all'esercizio di un fatto scriminato, non possono che essere altrettanto leciti.

Siffatta estensione degli effetti, compatibile con la natura di giustificazione della norma, risponderebbe proprio alla logica della non contraddizione tra disciplina penale e regolazione civilistica che è alla base dell'art. 217 *bis*¹⁰⁴ e costituirebbe un esito coerente con il progressivo favore espresso dalla disciplina concorsualistica per le soluzioni negoziali della crisi d'impresa.

Si deve dunque concordare con la dottrina secondo cui anche i pagamenti e le operazioni antecedenti all'avvio dei piani, pur non richiamati dall'art. 217 *bis*, possono ricadere nell'ambito della esenzione se coerenti con una delle procedure indirizzate alla soluzione della crisi¹⁰⁵.

Purtroppo, però, il legislatore non ha colto l'occasione per fare definitiva chiarezza quando ha redatto il codice della crisi, poiché al nuovo art. 324 Cci la disciplina oggi si limita a considerare i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione:

- a) di un concordato preventivo;
- b) di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati (art. 57 Cci);
- c) di accordi in esecuzione di un piano attestato (art. 56 Cci);
- d) del concordato minore omologato (art. 80 Cci);
- e) dei finanziamenti autorizzati nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 99 Cci);
- j) dei pagamenti autorizzati di debiti pregressi nel concordato preventivo (art. 100 Cci);
- g) dei finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o

¹⁰³ F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 213.

¹⁰⁴ Rileva Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1856, che «proprio il richiamo al principio di non contraddizione rende incongrua l'esclusione dal perimetro applicativo dell'art. 217 *bis* di altre ipotesi pur non soggette a revocatoria, alcune chiaramente strumentali alla gestione dell'impresa [art. 166 co. 3 lett. a) e f)], altre, come la lettera g), all'accesso alle procedure di regolazione della crisi».

¹⁰⁵ F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1476; N. Mazzacuva, E. Amati, *op. cit.*, 232 s.; A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., 145, che rileva come l'espressione in esecuzione debba essere intesa come in funzione del concordato o del piano, tenuto conto della ragione per cui è stata introdotta la norma e del principio di ragionevolezza.

di accordi di ristrutturazione di debiti (art. 101 Cci)¹⁰⁶.

12.2. Alla luce della trasformazione dell'assetto delle procedure concorsuali e della riallocazione delle finalità delle stesse, occorre chiedersi quale sia il ruolo del giudice penale allorché si trovi a valutare l'incidenza dei piani di ristrutturazione e risanamento sulla liceità delle operazioni compiute dall'imprenditore in crisi e che, di per sé considerate, potrebbero presentare connotazioni illecite.

In particolare, va verificato se il giudice penale possa ingerirsi nell'accertamento dell'idoneità e dell'effettiva esecuzione dei piani richiamati dall'art. 217 bis, nonché dell'effettiva sussistenza dello stato di crisi.

La dicotomia è sempre la medesima, poiché ad un mero vaglio di natura formale, che si accontenti della presenza di un'omologa già avvenuta in sede civile, si contrappone una valutazione pregnante che affronti il merito dei piani attestati.

Nella previsione di cui all'art. 217 bis confluisce una congerie di procedure alquanto diverse, anche dal punto di vista dell'autonomia disponibile per le parti private e dei poteri correlativamente spettanti all'autorità giudiziaria.

La conseguenza è l'impossibilità di una soluzione unitaria in ordine al ruolo del giudice penale; dovrà dunque farsi riferimento alla singola procedura esaminata.

Come notato di recente, si può ritenere che il sindacato penalistico sia inversamente proporzionale agli accertamenti svolti dal giudice civile: il ruolo del giudice penale potrà essere più invasivo nel caso degli accordi di cui all'art. 67 co. 3 lett. d LFall (in cui il giudice civile è assente, trattandosi di un accordo di natura esclusivamente privatistica) e decisamente contratto nel caso di concordato preventivo ex art. 160 (assimilabile, quanto al peso specifico del tribunale fallimentare, alla procedura del fallimento)¹⁰⁷.

L'unica costante è l'importanza dell'attestatore del piano nella dinamica esimente dell'art. 217 bis, posto che il professionista deve certificare ai creditori e al giudice civile, ove presente, la veridicità dei dati contenuti nel progetto di ristrutturazione del debito e la idoneità del *business plan* proposto dall'imprenditore per uscire dalla crisi.

La giustificazione (o a seconda delle ricostruzioni: l'atipicità) dei pagamenti e delle altre operazioni connesse alla realizzazione del piano dipende dunque dall'approvazione/omologazione dei piani di cui all'art. 217 bis sulla base di una

¹⁰⁶ Per A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1855 la presenza nell'area di non punibilità degli accordi in esecuzione del piano attestato consente di ritenere esentanti anche «gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse» previsti dall'art. 166 co. 3 lett. d) Cci, ossia quanto escluso dalla revocatoria speciale (e, espressamente, superando ogni dubbio, anche da quella ordinaria), salvo i casi di dolo o colpa grave. E lo stesso vale nel caso di atti, pagamenti e garanzie in «esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato».

¹⁰⁷ F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *SOC* 2011, 209; sostiene che qualora, a seguito del vaglio svolto dal giudice penale nel rispetto dei limiti sopra individuati, emerga che i piani richiamati dall'art. 217 bis siano stati conclusi sulla base di attestazioni o certificazioni false, l'imprenditore non potrà usufruire dell'esenzione dei reati di bancarotta, v. T. Guerini, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi di impresa*, in *DPenCont* 2013, 18. Per un'analisi del ruolo del giudice civile nelle diverse procedure concorsuali si veda C. Cavallini, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdictio*, in *RDP* 2019, 1004 ss.

informazione fedele e completa; viceversa la condotta dell'imprenditore acquisirà piena conformità alle fattispecie di bancarotta per aggravamento del dissesto o preferenziali, a seconda dei casi, quando il consenso prestato dai creditori e il nulla osta dell'autorità giudiziaria siano stati viziati, magari proprio da un'artificiosa predisposizione dell'attestazione, a meno che anche il professionista non sia stato tratto in inganno.

Con riferimento rispetto agli atti civilistici menzionati all'art. 217 *bis* LFall, il sindacato del giudice penale non dovrebbe spingersi a verificare che il pagamento sia stato funzionale al piano, in quanto idoneo a consentire il risanamento e ragionevolmente diretto a quello scopo. Il giudice peraltro ne ha conoscenza quando il tentativo di ristrutturazione è fallito e dunque ogni accertamento sarebbe inquinato dal ragionamento del *post hoc propter hoc*¹⁰⁸. La migliore delle opzioni è quella secondo cui si tratterebbe di una mera verifica di legalità procedimentale, in ordine al rispetto dell'*iter* dettato dalla legge per il corretto impiego dello strumento di risoluzione della crisi adottato nel caso concreto¹⁰⁹.

13. La non punibilità è oggi il terreno di elezione del legislatore penale, poiché, in un sistema giuridico oramai saturo di incriminazioni, è la scelta di non punire il modello di manifestazione del potere autoritativo dello Stato¹¹⁰. Il legislatore del codice della crisi, pur impossibilitato a ingerirsi nelle fattispecie incriminatrici, è comunque riuscito ad introdurre norme dotate di impatto penalistico, agendo sulla leva premiale per attivare condotte virtuose tese alla prevenzione dell'offesa.

In quest'ottica va letta la segnalazione che l'organo di controllo deve effettuare all'amministrazione, ed eventualmente, in seconda battuta, all'OCRI (organismo di composizione della crisi di impresa), secondo la procedura rigorosamente scandita all'art. 14 co. 2 Cci, a fronte di squilibri o indizi della crisi.

Dalla segnalazione, scritta e motivata, decorre un termine di sessanta giorni entro il quale l'organo amministrativo deve riferire «in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese».

In questa procedura, un ruolo decisivo spetta all'OCRI, che riceve le segnalazioni e gestisce la fase dell'allerta e della composizione assistita della crisi ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. *u* del Cci.

¹⁰⁸ Su tale rischio già F. Sgubbi, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2011, 68.

¹⁰⁹ In questi termini F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 856. Nello stesso senso A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., 148 s., secondo cui il giudice penale dovrebbe limitarsi a riconoscere la presenza di un piano corrispondente alla normativa civilistica, nel rispetto dell'*iter* procedimentale da quest'ultima disegnato, salvo l'ipotesi eccezionale in cui emerga davanti al giudice penale un piano di risanamento truffaldino sfuggito al precedente esame del giudice civile. In argomento, si veda anche F.C. Bevilacqua, *La bancarotta preferenziale*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, cit., 270 ss. Sulle ricadute che il codice della crisi determina in ordine all'attività del Pubblico Ministero, si veda S. De Flammis, *Il "nuovo" ruolo del P.M. tra crisi e perdita della continuità aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1.2.2019, 7 ss.

¹¹⁰ Si rimanda alle considerazioni più ampie formulate da F. Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *www.sistemapenale.it*, 19.12.2019; nonché, volendo, in F. Consulich, *Il diritto di Cesare*, in *RIDPP* 2020 (in corso di pubblicazione).

L'organismo deve obbligatoriamente essere informato dell'eventuale mancata risposta da parte degli amministratori, ma anche della risposta *inadeguata*, oppure della mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie.

Per quel che più interessa al penalista, la tempestività della segnalazione all'organismo è indispensabile per l'esenzione dalla responsabilità dell'organo di controllo.

Il fattore tempo è dunque una variabile essenziale per la distribuzione della responsabilità penale tra organi della società e per distribuire la premialità, in termini di non punibilità, a coloro che si siano diligentemente attivati nell'attività di controllo e segnalazione della crisi.

Riferendosi sia al piano penale che a quello civile, dato che la legge parla di responsabilità solidale con gli amministratori, si prevede che i membri dell'organo di controllo siano esenti da rimprovero per le conseguenze pregiudizievoli derivanti da condotte attuate dall'organo amministrativo ove abbiano proceduto alla tempestiva segnalazione interna e, qualora dovuta, al pronto interpello dell'OCRI¹¹¹.

Sempre nell'ottica di un ormai noto *carrot stick approach*, l'art. 25 co 2. Cci prevede una causa di non punibilità a beneficio dell'imprenditore, per una serie di reati espressamente indicati e per le condotte attuate prima dell'apertura della procedura, a condizione che abbia tempestivamente presentato l'istanza all'OCRI, sempre che a seguito di essa sia aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo oppure sia omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti¹¹².

Non basta però la tempestività, poiché è necessario un secondo requisito: il danno cagionato deve essere di speciale tenuità.

La causa di esclusione della punibilità replica qui una disarmonia di sistema in cui ultimamente il legislatore era già incorso, in particolare ci si riferisce al disposto dell'art. 2621 *ter* Cc rispetto alle false comunicazioni sociali¹¹³: il beneficio viene collegato ad un danno tenue, ma molte delle fattispecie penali che dovrebbero essere rese inapplicabili sono reati di pericolo, per definizione privi di effetti lesivi attuali. La bancarotta diviene reato di evento solo nelle fattispecie causalmente orientate al dissesto di cui al secondo co. dell'art. 329 Cci.

Il modello considerato dal legislatore è sicuramente l'art. 131 *bis* Cp, ma ne differisce perché qui non rileva l'entità dell'*offesa*, ma la speciale tenuità *del danno* che ne è solo un elemento e rileva sul piano *fattuale non della valutazione giuridica*¹¹⁴.

¹¹¹ La procedura ora descritta è stata tacciata di macchinosità e formalismo da A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi di impresa*, cit., 1845, che ritiene la disciplina espressione di un dirigismo che evoca il rischio di valutazioni meccaniche inadeguate «al complesso dinamismo dell'attività d'impresa e alla concitazione nei momenti di difficoltà».

¹¹² Rileva l'omogeneità della logica di fondo, al di là della diversità di inquadramento dogmatico, tra l'art. 25 co. 2 Cci e l'art. 217 *bis* L.Fall. S. Cavallini, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *DPP* 2019, 1336.

¹¹³ Su cui si veda A. Perini, sub art. 2621 *ter* CC, in *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, cit., 148 ss.

¹¹⁴ Pur esorbitando dagli scopi del presente lavoro una prospettiva dogmatica, non può non rinviarsi, in merito alla dissociazione tra *offesa* e *danno*, alle riflessioni di M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Napoli 2011, 875 ss., 901 ss.; in precedenza, le pionieristiche indicazioni di F. Antolisei, *L'offesa e il danno*, Bergamo 1930, 49 ss.

Inoltre, è assente qualsiasi rilevanza delle modalità della condotta e della non abitudine e non è previsto alcun limite di pena edittale.

Che il danno qui considerato, pur se non aggettivato nella norma, sia quello *patrimoniale* deriva dal fatto che non se ne riescono ad ipotizzare altri di natura diversa, considerato che i soggetti che dovrebbero patirne sono i creditori.

La scelta del danno come fulcro della non punibilità non è trascurabile, dal punto di vista delle conseguenze, poiché da ciò deriva la possibilità di godere del beneficio anche in casi tutt'altro che marginali, in cui l'offesa penalmente rimane grave, il disvalore della condotta assai marcato e il soggetto attivo immeritevole.

I primi commentatori hanno comunque rilevato che il futuro della disposizione è assai incerto, tenuto conto di quanto è accaduto con riferimento all'antecedente storico, l'attenuante di cui all'art. 219 co. 3 LFall: anch'essa basata sul danno, ha avuto scarsa applicazione pur essendo peraltro una semplice circostanza e dunque incidendo in modo meno dirompente sul trattamento sanzionatorio rispetto all'art. 25 co. 2 Cci¹⁵.

14. Le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale sono connotate da un particolare rigore sanzionatorio che si esprime nella previsione della pena da tre a dieci anni. Il più lieve contenuto lesivo della bancarotta preferenziale, orientato non alla diminuzione della garanzia patrimoniale, ma alla diseguale ripartizione dell'attivo residuo, giustifica da sempre la pena più mite della reclusione da uno a cinque anni¹⁶.

La bancarotta semplice, intrinsecamente fondata sul malgoverno dei fattori produttivi e delle risorse economiche dell'impresa, è punita con la reclusione da sei mesi a due anni.

Il corredo delle pene accessorie è però il profilo più interessante del trattamento sanzionatorio in questa materia.

L'ultimo co. dell'art. 216 prevede che la condanna per una delle ipotesi di bancarotta fraudolenta contemplate dalla disposizione comporti le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale, nonché l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni; durata che, secondo il tenore della norma, è sempre stata determinata in maniera fissa e inderogabile¹⁷.

In particolare, la Suprema Corte aveva precisato che dal raffronto letterale tra il co. 4 dell'art. 216 LFall e il co. 3 dell'art. 217 LFall sarebbe emersa la netta differenziazione, in termini sanzionatori, voluta dal legislatore rispettivamente per la bancarotta fraudolenta e per quella semplice. Nell'ipotesi più grave della bancarotta fraudolenta, il legislatore ha voluto che, quale che sia la pena principale, il soggetto

¹⁵ A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1846.

¹⁶ Si rileva incidentalmente come la condotta del creditore preferito non assuma rilevanza penale quando si limiti alla ricezione del pagamento preferenziale. Per aversi un concorso del creditore nel reato di cui all'art. 216 co. 3 LFall, occorre infatti, da parte di quest'ultimo soggetto, un'attività che sia causalmente efficiente rispetto al fatto del debitore, in presenza del doppio dolo di partecipazione.

¹⁷ In tal senso si esprimeva l'orientamento maggioritario della giurisprudenza: si vedano, fra le altre, Cass. 10.11.2010 n. 269, in *CEDCass*, m. 249500; Cass. 18.2.2010 n. 17690, in *CEDCass*, m. 247315.

fosse posto in condizioni di non operare nel campo imprenditoriale dove ha creato danno e "disordine"; nell'ipotesi meno grave della bancarotta semplice, l'inabilitazione e l'incapacità hanno un limite massimo molto meno elevato e la loro effettiva durata è soprattutto rimessa all'apprezzamento del giudice¹¹⁸.

Non sono mancate, tuttavia, pronunce giunte a conclusioni differenti: si legge in alcune sentenze che le pene accessorie in questo campo dovrebbero essere regolate secondo il disposto dell'articolo 37 Cp, in base al quale esse hanno uguale durata della pena principale inflitta salvo che non sia diversamente disposto¹¹⁹.

L'interprete si trovava, dunque, certamente di fronte ad una situazione foriera di incertezze e rispetto a cui si percepiva una marcata incoerenza con il principio, affermato dalla Consulta, della tendenziale illegittimità costituzionale di previsioni automatiche in materia sanzionatoria¹²⁰.

È così la Corte costituzionale, nel 2012, è stata chiamata in causa una prima volta su questo profilo. Tuttavia, pur rilevando l'opportunità di un intervento del legislatore di armonizzazione del testo legale con i principi costituzionali, in particolare con l'art. 27 Cost., ritenne la questione inammissibile in considerazione del *petitum* formulato dai remittenti che avrebbe implicato, in caso di accoglimento della questione, un'addizione normativa che, essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili, non costituiva una soluzione costituzionalmente obbligata, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore¹²¹.

L'inerzia del Parlamento ha però costretto a reiterare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo co., e 223, ultimo co., LFall.¹²². La Cassazione chiese, questa volta, l'eliminazione, *tout court*, della locuzione «per la durata di dieci anni» - per ottenere, tuttavia, l'allineamento della durata della pena accessoria a quella della pena principale.

E così, con la sentenza n. 222/2018¹²³, la Corte costituzionale ha infine dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, LFall, nella parte in cui dispone che: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa»,

¹¹⁸ Cass. 30.5.2012 n. 30341, in *GD* 2012, 61; v. anche Cass. 31.1.2013 n. 11257, in *CEDCass*, m. 254641; Cass. 18.10.2013 n. 628, in *FI* 2014, 278; Cass. 5.2.2015 n. 15638, in *CEDCass*, m. 263267.

¹¹⁹ Secondo una serie di decisioni la durata della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e all'incapacità ad esercitare uffici direttivi doveva essere determinata in misura uguale a quella della pena principale inflitta, cfr., Cass. 22.1.2010 n. 9672, in *CEDCass*, m. 246891. Così anche Cass. 31.3.2010 n. 23720, in *GD* 2010, 67, con nota di R. Bricchetti, *Al giudice il compito di prendere la decisione usando come parametro la pena principale* e Cass. 5.2.2015 n. 15638, in *CEDCass*, m. 263267.

¹²⁰ C. Cost. 14.4.1980 n. 50.

¹²¹ C. Cost., 21.5.2012 n. 134, in *GD* 2012, 62 s. Secondo talune successive sentenze della Cassazione, la pronuncia della Consulta avrebbe "implicitamente" confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la pena accessoria sarebbe stata indicata in maniera fissa e inderogabile dal legislatore (Cass. 29.7.2014 n. 35920, in *Dejure*; nello stesso senso, Cass. 15.5.2015 n. 45190, *ivi*).

¹²² Cass. 6.7.2017 n. 52613, *ivi*, su cui A. Galluccio, *Pene accessorie 'fisse' per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.1.2018.

¹²³ Su cui A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, *cit.*

anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni».

La pronuncia in questione si segnala non solo per aver profondamente modificato il sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta, ma per alcune prese di posizione in ordine al più generale tema del sindacato costituzionale di proporzionalità della pena, su cui però non è possibile qui soffermarsi¹²⁴.

Dopo la sentenza della Consulta, si è registrato un intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che ha risolto il dubbio in ordine alla commisurazione della pena accessoria, chiarendo che la stessa non dovesse automaticamente avere la stessa durata della pena principale alla luce dell'art. 37 Cp, ma da commisurare alla luce dei criteri di cui all'art. 133 Cp entro i limiti edittali fissati dalla fattispecie incriminatrice, come accade per le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa¹²⁵.

14.1. L'art. 219 LFall prevede tre circostanze aggravanti e una attenuante applicabili alle fattispecie di bancarotta fraudolenta (art. 216), semplice (art. 217) e al ricorso abusivo al credito (art. 218).

La prima delle circostanze aggravanti è ad effetto speciale (aumento della pena fino alla metà) e consiste nell'aver cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 219 co. 1). Le altre due circostanze, ad efficacia comune, sono: l'aver commesso più atti tra quelli previsti dagli articoli sopra indicati (art. 219 co. 2 n. 1) e l'aver esercitato un'impresa commerciale che, «per divieto di legge», il fallito non poteva esercitare (art. 219 co. n. 2).

La circostanza attenuante presuppone il cagionamento di un danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 219 co. 5)¹²⁶.

Sia la circostanza aggravante di cui all'art. 219 co. 1 che la circostanza attenuante prevista dal terzo co. della medesima disposizione fanno riferimento al danno patrimoniale. È pacifico sia in giurisprudenza che in dottrina che l'entità di tale danno non abbia nulla a che spartire con il complessivo passivo fallimentare, né con la differenza tra attivo e passivo, bensì sia da intendere come l'evento causalmente derivante dalla condotta di bancarotta, considerato che l'illecito è rappresentato dai comportamenti descritti nella fattispecie penale e non dal fallimento in sé¹²⁷.

Naturalmente nelle ipotesi nelle quali il dissesto sia evento del reato, il danno

¹²⁴ Si rimanda in argomento a D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2017, 48 ss.; F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, *ivi*, 61 ss.; R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2019 e volendo, a F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *GC* 2019, 1231 ss.

¹²⁵ Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28910, in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2019 con nota di S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*.

¹²⁶ Come l'aggravante, anche tale circostanza è ad effetto speciale in quanto prevede una diminuzione di pena «fino al terzo» e non sino al massimo di un terzo. Ne deriva che la pena può essere ridotta fino ai due terzi di quella stabilita per il reato commesso, come chiarito da Cass. 17.2.2005 n. 10391, in *CP* 2006, 2592 s.

¹²⁷ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 326.

da tener presente è quello *derivato dal* fallimento, pur se non consistente nel *passivo fallimentare tout court*¹²⁸.

Il più risalente orientamento della giurisprudenza ancorava la sussistenza della fattispecie circostanziale di cui all'art. 219 co. 1 LFall alla sola entità del passivo¹²⁹, l'orientamento oggi del tutto prevalente è nel senso che, mentre la bancarotta fraudolenta patrimoniale è reato di pericolo e non richiede la dimostrazione di un danno reale ai creditori, il pregiudizio per gli interessi dei creditori, ove sussistente in termini di rilevante gravità, può integrare l'aggravante in esame.

Per giurisprudenza costante, la valutazione del danno deve essere compiuta secondo parametri oggettivi guardando al valore complessivo dei beni che sono stati sottratti all'esecuzione concorsuale e non al pregiudizio sofferto da ciascun partecipante al piano di riparto dell'attivo e indipendentemente dall'importo globale del passivo¹³⁰.

La circostanza aggravante di cui all'art. 219 co. 1 è applicabile alle ipotesi di bancarotta impropria previste dagli artt. 223 e 224, benché inizialmente la Suprema Corte avesse ritenuto non estensibile la previsione alla forma societaria del reato in quanto differente sul piano strutturale e ontologica rispetto a quella propria e perché tale estensione avrebbe avuto effetti *in malam partem*¹³¹.

Tuttavia, successivamente, è stata adottata una soluzione opposta, ritenendo che le condotte sanzionate dalla LFall, art. 223 co. 1, sono oggetto di un rinvio formale a tutti i fatti di bancarotta "propria", con il relativo complessivo trattamento sanzionatorio¹³².

Per la giurisprudenza, che ha fatto ricorso ad un'interpretazione teleologica e sistematica, ma non priva di ombre dal punto di vista del rispetto del divieto di

¹²⁸ Sul punto cfr. A. Rossi, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 251; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 334.

¹²⁹ Ad esempio, si veda Cass. 21.11.1989 n. 5927, in *CEDCass*, m. 184139.

¹³⁰ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 328; tra le varie, Cass. 2.10.2009 n. 49642, in *CP* 2010, 3979. Di recente, la Corte di Cassazione ha affermato che la circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità si configurerebbe solo se ad un fatto di bancarotta di rilevante gravità, quanto al valore dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale, corrisponda un danno patrimoniale per i creditori che, complessivamente considerato, sia di entità altrettanto grave (Cass. 10.7.2017 n. 48203, in *CEDCass*, m. 271274). Per la precisione si legge nella motivazione della pronuncia (p. 43) che l'opinione ormai consolidata in giurisprudenza secondo cui la configurabilità della circostanza aggravante si baserebbe sull'entità del danno provocato dal fatto di bancarotta, indipendentemente dalla relazione con l'importo globale del passivo, merita una puntualizzazione: «essa, infatti, mette in luce come la circostanza aggravante possa essere integrata anche in presenza di un danno derivante dal fatto di bancarotta che, pur essendo, in sé considerato, di rilevante gravità, rappresenti una frazione "non rilevante" del passivo globalmente considerato. La medesima affermazione, tuttavia, non può essere intesa [...] nel senso che la circostanza aggravante sia configurabile in presenza di un fatto di bancarotta pur, in sé, di rilevante gravità quanto al valore dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale, senza, tuttavia, che il pregiudizio in capo ai creditori, complessivamente considerato sia esso stesso di rilevante gravità: un'interpretazione del genere, invero, priverebbe la circostanza di cui all'art. 219, primo comma, L.Fall. della sua connotazione di fattispecie di danno e non di pericolo. Se, dunque, per la particolare condizione patrimoniale della fallita, da un fatto di bancarotta patrimoniale di rilevante gravità non è derivato un danno - anch'esso - di rilevante gravità, la fattispecie circostanziale non può dirsi integrata».

¹³¹ Cass. 18.12.2009 n. 8829, in *GD* 2010, 81.

¹³² Cass. 22.6.2010 n. 30932, in *CP* 2011, 1550; si veda anche la pronuncia delle Sezioni Unite, 26.5.2011 n. 21039, in *CP* 2012, 831.

analogia *in malam partem*, lo stesso potrebbe dirsi in relazione alle ipotesi di bancarotta impropria di cui all'art. 223 co. 2 in quanto il richiamo effettuato in questa norma alle pene previste dall'art. 216 co. 1, determina la possibilità di equiparare ragionevolmente i due trattamenti sanzionatori; una diversa ricostruzione sottoporrebbe ad un trattamento peggiore l'imprenditore individuale rispetto all'organo del soggetto societario che ben può rendersi responsabile di fatti più gravi e rispetto a cui la sola aggravante comune di cui all'art. 61 n. 7 Cp non parrebbe proporzionata¹³³.

Per completezza, in merito alla rilevanza dell'entità nel danno patrimoniale come elemento di commisurazione in senso lato della sanzione penale, si segnala che il codice della crisi ha introdotto nel sistema una nuova circostanza attenuante speciale a effetto speciale. L'art. 25 co. 2 Cci prevede, al secondo periodo, una riduzione della pena fino alla metà in presenza di una condizione oggettiva e numerica, va a dire quando il valore dell'attivo inventariato o offerto ai debitori copra almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, congiuntamente, il danno complessivo cagionato dalle condotte illecite non superi l'importo di due milioni di euro.

La previsione di favore non richiede, dunque, una particolare meritevolezza soggettiva in capo all'agente (derivando spesso da fattori che esorbitano dalla sua sfera di controllo), né una connessione stretta con il principio di offensività, posto che, come già detto, la dimensione del danno è solo uno dei fattori che determinano l'entità dell'offesa penalmente rilevante¹³⁴.

14.2. L'art. 219 co. 2 n. 1 LFall prevede che le pene stabilite dagli artt. 216, 217 e 218 siano aumentate se il colpevole abbia commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuna disposizione.

Tale aggravante comune viene generalmente intesa come espressione della c.d. "*unitarietà del reato di bancarotta*"¹³⁵: per la sussistenza del reato sarebbe sufficiente la realizzazione di uno solo dei fatti contemplati dalla legge, ma la violazione resterebbe unica, seppure sanzionata più gravemente, anche qualora fossero realizzate più condotte tra quelle menzionate dalla legge.

È stato tuttavia osservato come, nonostante gli sforzi della letteratura, la ragione addotta a fondamento di tale unificazione risenta ancora oggi della visione tradizionale del legame tra fallimento e bancarotta: visione che, però, non rispecchia più né la realtà giuridica, né la realtà economica. Infatti, in dottrina si è rilevato che, rispetto al passato, nella realtà contemporanea l'imprenditore insolvente attua comportamenti

¹³³ Cass. 18.2.2010, n. 17690, in *Riv. dott. comm.* 2011, 195; più di recente, Cass. 6.10.2017 n. 4400, in *CEDCass*, m. 272255, ha rilevato la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 223 LFall in quanto interpretato nel senso della configurabilità rispetto ai fatti in esso previsti dell'aggravante di cui all'art. 219 co. 1 LFall rispetto ai principi di ragionevolezza desumibili dall'art. 3 Cost. e agli artt. 11, 25, e 117 Cost. (quest'ultimo in combinato disposto con l'art. 7 Cedu). Per la Corte la ricostruzione delle ragioni testuali e sistematiche, poste a sostegno dell'applicazione dell'aggravante, escluderebbe che tale interpretazione sia il risultato di una lettura analogica contrastante con i principi di legalità e tassatività delle previsioni incriminatrici e costituisca violazione dei principi di prevedibilità del contenuto precettivo delle norme penali.

¹³⁴ Analoghe considerazioni in A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1847.

¹³⁵ Così N. Mazzacuva, E. Amati, *op. cit.*, p. 267.

fortemente eterogenei¹³⁶.

Secondo questa tesi, quindi, l'art. 219 co. 2 n. 1, costituirebbe un'ipotesi di concorso di reati, autonomi e indipendenti tra loro, che il legislatore però unificherebbe agli effetti del trattamento sanzionatorio mediante lo strumento tecnico della circostanza aggravante. Ci si troverebbe qui al cospetto di un'unità fittizia, disposta dalla legge soltanto agli effetti della pena, che rappresenterebbe un modello speciale rispetto alla figura generale dell'art. 81 Cp. In particolare, dovrebbe qualificarsi come un'ipotesi *ad hoc* di reato continuato, posto che i diversi fatti di bancarotta verrebbero per lo più commessi con plurime condotte e in tempi diversi.

Sulla questione hanno avuto modo di pronunciarsi le Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali hanno precisato che la norma delinea una sorta di chimera giuridica, in quanto integrerebbe una circostanza aggravante *nella forma e nella disciplina*, ma una pluralità di reati *nella sostanza*. Nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse manterrebbero la propria autonomia ontologica: ci troverebbe dunque al cospetto di un concorso di reati, che vengono unificati ai soli fini sanzionatori in una speciale ipotesi di cumulo giuridico, pensato appositamente per la bancarotta¹³⁷. L'art. 219 co. 2 n. 1 L.Fall., pertanto, prevedendo una circostanza aggravante *nel regime*, non sarebbe estranea al giudizio di bilanciamento e infatti la giurisprudenza ritiene possibile applicare l'art. 69 Cp¹³⁸.

Tale ricostruzione implica che i singoli fatti di bancarotta, pur unitariamente considerati *quoad poenam*, conservino la propria autonomia ad ogni altro effetto giuridico, *in primis* in ordine al principio del *ne bis in idem*, che non verrebbe violato ove venissero giudicati in processi diversi e successivi. Lo stesso non accadrebbe se si trattasse di una circostanza relativa ad un unico fatto, dato che l'art. 649 Cpp considera presente la medesimezza del fatto anche quando questo sia diversamente considerato per le circostanze.

Trattandosi di una forma speciale di disciplina di concorso di reati, essa può essere applicata in sede esecutiva (ex art. 671 Cpp).

L'unificazione ai fini della pena è possibile entro il perimetro di un'unica procedura fallimentare, posto che, in caso di diversi fallimenti, sarebbe necessario fare ricorso all'istituto della continuazione¹³⁹.

La Cassazione ha ritenuto che la circostanza possa applicarsi anche nel caso di commissione di fatti previsti da articoli differenti (ad esempio bancarotta fraudolenta

¹³⁶ Sgubbi, sub art. 219 L.FALL., in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 214-215.

¹³⁷ Cass. S.U. 27.1.2011 n. 21039, cit. su cui R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 339.

¹³⁸ Recentemente la Cassazione ha ritenuto infatti «illegittima per erronea qualificazione giuridica del fatto la decisione con cui il giudice applica la pena richiesta dalle parti in relazione a più fatti di bancarotta commessi nell'ambito del medesimo fallimento unificandoli sotto il regime della continuazione, previsto dall'art. 81 Cp, invece di ritenere configurabile la circostanza aggravante prevista dall'art. 219 L.Fall., potenzialmente assoggettabile al giudizio di bilanciamento» (Cass. 12.12.2017 n. 8190, in *Dejure*). Chiaramente anche Cass. 17.9.2018 n. 48361, in *CEDCass*, m. 274182 secondo cui: «La configurazione formale della cosiddetta continuazione fallimentare, prevista dall'art. 219 co. 2 n.1 L.Fall., come circostanza aggravante, ne comporta l'assoggettabilità al giudizio di bilanciamento con le eventuali attenuanti».

¹³⁹ Si veda Cass. 17.12.2008 n. 1137, in *CEDCass*, m. 242547.

e semplice) e non solo nel caso di più fatti previsti dalla medesima previsione, ancora una volta sulla base di una considerazione di proporzione: non sarebbe, invero, ragionevole punire con maggiore severità chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice rispetto a colui che abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta¹⁴⁰.

Si deve procedere all'applicazione della disposizione in esame con prudenza, poiché alcune delle ipotesi di bancarotta contemplate negli artt. 216 e 217 sono già costruite in modo da poter comprendere condotte eventualmente plurime dal punto di vista naturalistico (ad esempio, la distruzione con più atti del corredo documentale dell'impresa, obbligatorio per legge¹⁴¹), sicché in questo caso non sarà applicabile l'aggravante dell'art. 219 co. 2 n. 1¹⁴².

Si tratta certamente di un profilo che può dare adito a letture divergenti, posto che invece la pluralità di fatti è stata ritenuta presente rispetto a più condotte distrattive compiute in un contesto di continuità temporale e aventi ad oggetto somme di denaro¹⁴³.

15. La ricognizione dello stato attuale di diritto penale fallimentare, ormai prossimo a divenire diritto penale della crisi di impresa, data la prossima *damnatio memoriae* del termine fallimento, rimanda un'impressione di incompiutezza. È ancora molta la strada da percorrere per giungere all'armonizzazione delle fattispecie incriminatrici con il contesto concorsualistico di riferimento.

La scelta di provvedere ad una riforma strutturale della disciplina extrapenale, senza un ripensamento congiunto dello spazio da attribuire alla responsabilità penale, non pare la più corretta dal punto di vista della metodologia legislativa: è facile pronosticare che si imporrà in futuro un intervento sulle figure criminose trasfuse nel codice della crisi, poiché troppo focalizzate sulla procedura liquidatoria e dunque anacronistiche rispetto ad una disciplina civile che ha dimostrato *per tabulas* di puntare sulla conservazione e il rilancio dei complessi produttivi.

Il presidio delle varieguate procedure alternative al fallimento rimane sulle spalle, oggi come domani, di un'unica norma esausta e incompleta, l'art. 236 LFall (prossimo a divenire 341 Cci). Il legislatore penale ha qui rincorso, con successive interpolazioni e aggiunte, l'evoluzione delle disposizioni civilistiche di riferimento, giungendo a tratteggiare una fattispecie insufficiente dal punto di vista del principio di tipicità, ma ancora di più sul piano degli equilibri sanzionatori. L'irragionevolezza della parificazione punitiva tra fatti commessi in procedure a volte quasi antipodiche per

¹⁴⁰ Cass. S.U. 27.1.2011 n. 21039, cit.

¹⁴¹ In questo senso Cass. 2.4.2014 n. 18148, in *Dejure*.

¹⁴² Analogamente N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., 269. In giurisprudenza si veda la recente Cass. 14.10.2019 n. 4710, in *CEDCass*, m. 278156, secondo cui: «In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, è esclusa la configurabilità della continuazione nel caso di molteplici fatti di distrazione in quanto le singole condotte di cui all'art. 216 L.Fall. possono essere realizzate con uno o più atti, senza che la loro ripetizione, nell'ambito dello stesso fallimento, dia luogo ad una pluralità di reati, trattandosi di reato a condotta eventualmente plurima per la cui realizzazione è sufficiente il compimento di uno solo dei fatti contemplati dalla legge, mentre la pluralità di essi non fa venire meno il suo carattere unitario».

¹⁴³ Cass. 16.5.2017 n. 42750, in *CEDCass*, m. 271013.

struttura non potrebbe essere più evidente.

Qualcosa è comunque cambiato. Gli equilibri tra penale e civile sono alquanto delicati e non ci si deve illudere che il nuovo codice della crisi, intervenendo sul piano concorsualistico, non abbia finito per modificare lo spettro delle responsabilità criminali. I meccanismi di gestione della crisi incipiente, i doveri gravanti sui *gatekeepers* societari e le premialità ad essi collegate giocheranno ben presto un ruolo da protagonisti in sede processuale, non appena sarà possibile ricorrere alle disposizioni del d. lgs. 14/2019.

Gli esiti dell'applicazione in giudizio di tali novità sono però, allo stato, davvero imprevedibili.

