

Il concetto di "crisi" e la riforma del diritto penale fallimentare

The concept of "crisis" and the reform of bankruptcy crimes

Andrea Pantanella

Assegnista di ricerca in diritto penale presso Sapienza Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione: una materia indeterminata – 2. L'importanza della bancarotta da concordato preventivo – 3. Il paradigma sanzionatorio e il piano della lesività. – 3.1. Linee di fondo dell'analisi. – 3.2. Unitarietà e coerenza dell'ordinamento: l'istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta. – 3.2.1. La *ratio* dell'istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta. – 3.2.2. Il piano della lesività della bancarotta da concordato preventivo: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza.

ABSTRACT

Il contributo si pone l'obiettivo di affrontare la difficile situazione, in cui si trova il diritto penale fallimentare. In particolare, viene utilizzato, come angolo di visuale, il reato di bancarotta da concordato preventivo, del quale vengono analizzate le indeterminatezze e la lesività. La conclusione dell'articolo porta a considerare ormai rotto il tradizionale binomio tra insolvenza e bancarotta.

The paper aims to address the difficult situation in which the bankruptcy criminal law finds itself. In particular, as a point of view, the crime of bankruptcy from composition with creditors is used, of which the indeterminacies and the harmfulness are analysed. The conclusion of the article leads us to consider the traditional combination between insolvency and bankruptcy crimes now broken.

1. Introduzione: una materia indeterminata

“Quando gli adulti nominavano qualche oggetto e, proferendo quella voce, facevano un gesto verso qualcosa, li osservavo e ritenevo che la cosa si chiamasse con il nome che proferivano quando volevano indicarla”. Così, nelle *Confessioni*, Agostino ricorda il modo in cui apprese di quali cose le parole fossero segni. Successivamente, sulla base di queste riflessioni, col lavoro di Frege, Russel o Wittgenstein, tra gli altri, nasce l'odierna filosofia del linguaggio.

Il problema del linguaggio della disposizione, del suo significato, della sua determinatezza o indeterminatezza affligge il mondo giuridico, specie quello penalistico, il quale, come noto, è ancorato al principio di legalità e ai suoi sotto-

principi o corollari¹. Ebbene, il diritto penale fallimentare non ne è esente². Anzi. La difficoltà di comprendere il suo linguaggio rappresenta proprio uno dei principali problemi che da tempo lo tormentano³. Come noto, infatti, il diritto fallimentare, o meglio il diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza, appare scomposto in due “faglie” separate: da un lato, si rinviene il versante civilistico, disciplina da anni in fermento ed in continua evoluzione; dall’altro, si rinviene, invece, il versante penalistico, il quale, al contrario, è rimasto per lo più immobile e sordo ai venti di cambiamento. Pertanto, rimanendo nel campo della scienza geofisica, il rischio collaterale che sembrerebbe profilarsi potrebbe essere quello di un “terremoto”, inteso nel senso di una situazione di elevata incertezza e vasta confusione all’interno del sistema della crisi di impresa.

¹ Con riferimento alla determinatezza e precisione delle norme, si veda, *ex multis*, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979, p. 53 ss., dove il concetto di determinatezza della norma penale viene messo in relazione al principio di certezza del diritto, in via strumentale rispetto alla libertà personale degli individui; *ID.*, *Legge penale*, in *Digesto. Discipline penalistiche*, Utet, 1993, p. 355; con riferimento, invece, al linguaggio del diritto, si veda U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, 1985; con riferimento alla vaghezza delle norme e al concetto di lacuna, si veda C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, 1990, p. 403 ss. Per uno sguardo comparato, si veda, tra gli altri, con riferimento all’ordinamento anglosassone, BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, 1996; con riferimento all’ordinamento francese, AMSELEK, édit., *Théorie des Actes de langage, Ethique et Droit*, 1986 (Contributions de J. Bouveresse, F. Recanatì, J. Jayez, F. Jacques, P. Ricoeur, P. Amselek, C. Grzegorzcyk, N. Mac Cormick, Z. Bankowski, M. van de Kerchove, G. Cornu), in *Droit et société*, n. 4, 1986, p. 468-469.

² Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, p. 1111 ss., il quale definisce “L’enigma della bancarotta” tale delicata, quanto irta d’asperità, disciplina. E prosegue affermando che “con Giacomo Delitala, la dottrina della bancarotta volta pagina: le costruzioni presuntive, che tramandavano la contaminazione plurisecolare di fallimento e reato, vengono definitivamente archiviate; l’indocile provincia viene saldata al dominio penalistico”. G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, ristampato in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, 1976, vol. II, p. 723, il quale asserisce che “contro queste dottrine, noi invece assumiamo che il reato di bancarotta non è affatto figura abnorme e ripugnante alle teorie generali della nostra scienza”.

³ In ottica comparata, con riferimento al diritto penale dell’economia, si veda, REIMANN-ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Per quanto riguarda l’ordinamento francese, invece, DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit des affaires*, Editions Dalloz, 2000; P. LARGUIER- CONTE, *Droit penal des affaires*, Armand Colin, 2004; VERON- BEASSONIE, *Droit penal des affaires*, Editions Dalloz, 2019. Per quanto riguarda l’ordinamento tedesco, si veda KUDLICH- OGLAKCIOGLI, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2020; TIEDRMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017. Per quanto riguarda l’ordinamento spagnolo, si veda BAJO- BACIGALUPO, *Derecho penal economico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010; BIDASOLO- MARTIN, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020; MARTINEZ- PEREZ, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2022; TIEDMANN, *Derecho penal economico*, 2010.

Sotto questo profilo, in via di estrema sintesi, il diritto civil-fallimentare ha decisamente cambiato rotta, sospinto anche da venti d'ispirazione straniera, con particolare riferimento agli ordinamenti anglosassoni: il sistema è ormai impostato per affrontare la crisi di impresa, in modo da recuperarla e conservarla e non giungere alla sua liquidazione; per questo lo strumento concorsuale principe non è più considerato il fallimento, bensì il nuovo concordato preventivo (oltre alle nuove operazioni caratterizzate dalla medesima finalità).

Per secoli, il diritto fallimentare (inclusi i profili attinenti alla sanzione penale) è ruotato attorno all'istituto del fallimento, ossia ad uno strumento di natura spiccatamente liquidatoria ed espropriativa. Fin dal medioevo, lo *ius mercatorum* – ovvero il diritto creato dagli stessi “mercanti” per regolare i rapporti commerciali – poneva al centro del sistema il concetto dell'insolvenza, che veniva considerata un gravissimo danno per la società e che doveva essere repressa in maniera risoluta; in questo contesto, venne messa a punto la procedura di fallimento⁴.

Un sistema in tal guisa congegnato ha resistito per secoli, fino a che, con le profonde crisi dei tempi moderni, si è cambiata completamente prospettiva. La nuova disciplina è, invero, improntata a ricomporre la situazione di difficoltà economico-finanziaria della azienda, attraverso interventi di c.d. ristrutturazione.

Dall'altra parte, il diritto penal-fallimentare è stato oggetto di limitati e parziali interventi che non hanno sortito alcun effetto, con il deludente risultato di ottenere una disciplina totalmente disomogenea e sconnessa: l'attenzione rimane del tutto concentrata sul reato di bancarotta e sul tradizionale istituto del fallimento, lasciando ben poco spazio alle soluzioni concordate della crisi di impresa. Proprio nel tentativo di adeguarsi a siffatta nuova realtà, il legislatore penale, disattendendo tuttavia tali propositi, è intervenuto con la c.d. mini-riforma fallimentare (legge del 6 agosto 2015 n. 132, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83), riformulando gli artt. 217-bis (precedentemente introdotto per mezzo del d. l. 31 maggio 2010, n. 78), 236 e 236-bis l. fall. Si tenga presente, come noto, che il sistema della crisi di impresa ha subito un nuovo grande intervento riformatore, per mezzo del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il nuovo Codice della crisi d'impresa. Tuttavia, anche in questo caso, a fronte di una considerevole mole di mutamenti e innovazioni – anche epocali, come l'eliminazione del termine “fallimento” o l'introduzione di un vero e proprio Codice che disciplina l'intera materia –, l'ambito penale sembra essere stato trascurato. In effetti, la legge delega ha imposto dei mutamenti unicamente nel “campo commercial-civilistico”, concedendo al “campo penalistico” solamente i necessari adattamenti, facendo

⁴ Sul punto, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001.

salva “la continuità delle fattispecie incriminatrici”. Anche se chiaramente le modifiche, pur se in via riflessa, proprio in virtù della stretta connessione delle discipline, vi sono state e non di poco conto⁵. La materia, quindi, vive una situazione di forte incertezza, a questa si aggiungono le difficoltà derivanti dalle recenti modifiche apportate tanto al testo della legge fallimentare (si pensi al d.l. n. 118 del 2021, conv. nella l. n. 147 del 2021), quanto al testo del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (si pensi al d. lgs n. 83 del 2022)⁶. Ma i problemi non si fermano qui. Ulteriore questione, inoltre, è rappresentata dalla valutazione se, in linea generale, il diritto penale fallimentare (e quindi il diritto penale della crisi d’impresa) non sia stato costruito in funzione sanzionatoria rispetto agli obblighi specifici imposti al debitore dalla disciplina privatistica: e, quindi, se le condotte penalmente rilevanti siano state descritte in piena autonomia rispetto alle procedure concorsuali. Ricorda, tuttavia, il Pedrazzi che “di matrice civilistica è la soggezione del patrimonio del debitore che sta a fondamento della tutela del diritto di credito; nessuna dipendenza, invece, sul piano della fattispecie: la tutela va per la sua strada, affiancandosi a quella civile e non sovrapponendosi ad essa”⁷.

In questo senso, è innegabile che i reati della crisi d’impresa e dell’insolvenza, in virtù del loro stretto collegamento con le discipline privatistiche affini, presentino forti difficoltà di comprensione. Ciò è evidente, se si riflette come il fatto tipico sia spesso ricavato attraverso fonti extra-penali.

⁵ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. Pen.*, 2019, cit., p. 488 ss.; si veda anche R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, f-8/2019, p. 75 ss.; oppure P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in *diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, p. 91 ss.

⁵ Con riferimento alla nuova disciplina del concordato preventivo a seguito dell’introduzione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, si veda, *ex multis*, R. BROGI, *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 845 ss.; oppure M. ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d’impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 855 ss.; o ancora P. F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 864 ss.

⁶ Sul tema, si veda A. MAMGIONE, *Il D. Lgs. n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza: riflessioni penalistiche*, in *Leg. Pen.*, 09/04/2023.

⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *AA.VV., Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, p. 1115. Sul tema del diritto penale sanzionatorio, si veda T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, p. 37 ss., secondo cui si assiste ad una tendenza ad inserire sempre più spesso fattispecie penali in leggi speciali; il che implicherebbe “un ruolo meramente sanzionatorio” che la norma penale assumerebbe nei confronti della disciplina extrapenale. In tal modo, il reato verrebbe ad essere configurato secondo i caratteri della “disobbedienza” e in contrasto con la funzione della protezione dei beni giuridici; con gravi conseguenze, come la caduta del livello di tassatività della previsione legale e la spinta verso un eccesso di penalizzazione irragionevole e indiscriminato.

Invero, la specificità, da cui invero promanano le difficoltà interpretative del diritto penale della crisi d'impresa (o, precedentemente, diritto penale fallimentare) risiede proprio nel fatto che nel nostro ordinamento il giudice penale, nonostante l'introduzione del codice della crisi di impresa, rimane vincolato – nel sanzionare i reati di bancarotta – ad un provvedimento del competente tribunale civile (la sentenza di fallimento o di liquidazione giudiziale per i reati di bancarotta tradizionali e il decreto di omologazione del concordato preventivo per la bancarotta c.d. da concordato preventivo). Il giudice penale, dunque, non può che prenderne atto: è il giudice civile che accerta i presupposti delle procedure concorsuali cui viene assoggettata la società; in questo caso, il giudice penale non può né intervenire in caso di sua inerzia, né rivalutare nel merito la decisione del giudice civile. Peraltro, proprio al fine di adeguare le due discipline, recentemente, è stata istituita una Commissione ministeriale, la “Commissione Bricchetti”, che ha lavorato sulla parte penalistica e di cui aspettiamo gli sviluppi⁸.

Al momento, in ogni caso, occorre indicare che l'art. 390 CCI, che detta la disciplina transitoria del codice della crisi d'impresa, afferma che tutti i ricorsi o le proposte relative alle procedure concorsuali già depositati, quelli in pendenza o anche quelli ormai aperti prima dell'entrata in vigore del codice (15 luglio 2022) continuano ad essere definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare, ivi comprese le disposizioni penali. Pertanto, si è venuto a creare un doppio binario: per le procedure non ancora definite al 15 luglio 2022, continuerà ad applicarsi la legge fallimentare; per le procedure sorte successivamente al 15 luglio 2022, si applicheranno le disposizioni del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

2. L'importanza della bancarotta da concordato preventivo

Il quadro che ne esce si pone quale un groviglio difficile da sciogliere, ma che vale la pena risolvere, alla luce dell'importanza delle procedure di ricomposizione della crisi che nel nostro ordinamento stanno assumendo una rilevanza centrale. All'interno di tale situazione, il concetto di crisi viene in rilievo, in particolar modo, facendo riferimento alla figura della bancarotta c.d. concordataria, disciplinata all'art. 236 co. 2 l. fall. e all'art. 341 , co. 2 CCI⁹.

⁸ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021. In generale sulle proposte avanzate dalla Commissione Bricchetti, si veda F. MUCCIARELLI, *Proposta di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *www.sistema penale.it*, 07/07/2022; *Id.*, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1001; M. SCHIAVO, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *Leg. Pen.*, 20/03/2023.

⁹ In merito all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 961 ss.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penali*, cit., p. 279 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, E. AMBROSETTI - E. MEZZETTI-

Si tratta, infatti, di uno dei pochissimi casi in cui il legislatore ha preso in considerazione procedure diverse dal tradizionale fallimento. Originariamente, si faceva riferimento alle procedure del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata, quest'ultima successivamente abrogata. Inoltre, come si avrà modo di illustrare, la disposizione in parola potrebbe rappresentare il vero punto di rottura della tradizionale disciplina penale-fallimentare. Ed infatti, a seguito della introduzione del nuovo concordato preventivo – realizzata mediante una serie di interventi riformatori succedutesi nel tempo, a partire da quello del 2005 che ha mutato la situazione di equilibrio originaria introducendo il concetto di “stato di crisi” come presupposto della procedura del concordato preventivo, posto che precedentemente sia il fallimento sia lo stesso concordato preventivo si poggiavano entrambi sullo “stato di insolvenza” –, la disciplina della c.d. bancarotta da concordato preventivo risulta ai limiti della ragionevolezza costituzionale, laddove il presupposto fattuale dello stato di crisi, sulla base delle ultime modifiche avute con l'introduzione del codice della crisi di impresa, appare ormai reso definitivamente autonomo rispetto al presupposto (diverso ed ulteriore) dello stato di insolvenza.

L'art. 236 l. fall., come si diceva, ha subito consistenti modifiche nel tempo, anche prima dell'introduzione del codice della crisi d'impresa, modifiche avvenute tanto per sottrazione, che per aggiunta. Quanto alle prime, segnatamente, si allude alla scomparsa della procedura dell'amministrazione controllata, attuata attraverso il d. lgs. n. 5 del 2006, il quale ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare del 1942 ed eliminato all'interno della fattispecie di cui all'art. 236 l. fall. ogni riferimento alla detta procedura.

M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di A. Rossi, Giuffrè, 2022, p. 358 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. PALAZZO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, Giuffrè, 2014, p. 264 ss. Per uno sguardo in giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Sez. V, 20 aprile 2022, n. 19540, in C.E.D. Cass., n. 283073 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, la punibilità delle condotte di bancarotta fraudolenta societaria, di cui all'art. 223 legge fall., tenute nell'ambito delle procedure concorsuali prefallimentari e sanzionate dall'art. 236, comma 2, n. 1 e comma 3, legge fall., non può essere estesa alle condotte connesse agli accordi di ristrutturazione cd. ordinari di cui all'art. 182-bis legge fall., non essendo consentite interpretazioni analogiche in "*malam partem*"; anche Sez. V, 8 giugno 2022, n. 26435, *ivi*, n. 283402 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, le condotte di bancarotta poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, rientrano nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, n. 1), legge fall., che, in virtù dell'espresso richiamo del precedente art. 223, punisce i fatti di bancarotta fraudolenta impropri commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite.

Chiaramente, tale intervento legislativo ha posto problematiche interpretative con riferimento alle vicende di natura intertemporale¹⁰. A porre un punto ci hanno pensato le Sezioni della Corte di cassazione, con la nota pronuncia Rizzoli, le quali hanno statuito come tale modifica abbia determinato l’abolizione del reato di bancarotta societaria connessa alla procedura dell’amministrazione controllata¹¹. Quanto, invece, alle modifiche attuate “per aggiunta”, si deve considerare che, a seguito della legge 6 agosto 2015, n. 132, l’art. 236 ha visto allargare il proprio campo di applicazione, che ha finito per ricomprendere al suo interno anche gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria. Ma non finisce qui, perché, in piena crisi economica da pandemia e nel tentativo di adeguare la disciplina alla Direttiva EU n. 1023 del 2019, il legislatore, per mezzo del d.l. n. 118 del 2021, convertito nella legge n. 147 del 2021, ha deciso di intervenire sul testo della pensionanda legge fallimentare, introducendo, da un lato, rilevanti figure tese a scongiurare la crisi irreversibile delle aziende, come la procedura della composizione negoziata della crisi o come una nuova forma di concordato preventivo semplificato e liquidatorio; dall’altro, andando anche a ritoccare lo stesso testo del 236 l. fall. Nello specifico al terzo comma della disposizione citata, si deve far ora riferimento agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e all’omologa degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, co. 4, terzo e quarto periodo. Per quanto concerne, invece, il medesimo reato disciplinato all’interno del nuovo CCI, nella nuova disposizione, l’art. 341 CCI, inizialmente sono richiamati gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, gli accordi di convenzione di moratoria e l’omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi degli artt. 61, 62 e 63-*bis* CCI. Pertanto, nonostante la legge delega nulla prevedesse sul punto, il nuovo codice della crisi di impresa ha espunto il rinvio agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-*bis* l. fall.) inserendo, in luogo di questi, i c.d. accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCI). Ma le modifiche al terzo comma non si esauriscono qui. Come si è anticipato, infatti, quest’ultimo è stato ulteriormente modificato dal d. lgs. n. 83 del 2022, sulla base del quale vengono ora a rilevare gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, la convenzione di moratoria e l’omologa degli accordi di ristrutturazione *ex art. 63*, co. 2-*bis* CCI. Si deve, pertanto, evidenziare come la disposizione in parola, sia nella formulazione presente nella legge fallimentare, sia in quella nuova adottata nel codice della crisi d’impresa, mostra diverse criticità, disvelando enormi questioni di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al rispetto del principio di ragionevolezza.

¹⁰ Cfr., M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 275 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 152 ss.

¹¹ Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113 ss.

3. Il paradigma sanzionatorio e il piano della lesività

3.1. Linee di fondo dell’analisi

Al fine di valutare la necessità e, al contempo, il piano della lesività della fattispecie criminosa in parola, occorre anzitutto liberare il campo dallo spettro di una norma costruita su un ruolo meramente “sanzionatorio” nei confronti della disciplina civil-commerciale. In quest’ottica, si deve verificare che il reato di bancarotta da concordato preventivo non si ponga in un ruolo meramente secondario e sussidiario rispetto alla disciplina extra-penale, bensì che possieda un carattere autonomo, seppur di *extrema ratio*¹².

Pertanto, necessita accertare il piano della lesività di tale incriminazione e valutare, inoltre, il suo rapporto con l’ordinamento e con le altre branche del diritto che intervengono in materia di concordato preventivo. Invero, la tendenza degli ultimi decenni è rappresentata dall’inserimento di fattispecie penali in leggi speciali, con un ruolo unicamente sanzionatorio. In questo modo, il reato verrebbe ad essere costituito sul carattere della “disobbedienza” e non a tutela dei beni giuridici, con conseguente perdita del livello di tassatività della previsione legale e spinta verso una irragionevole ipertrofia delle fattispecie penali¹³.

Come noto, la teoria del “diritto penale sanzionatorio”, secondo cui il diritto penale avrebbe una funzione secondaria e sanzionatoria, di mero supporto attraverso la propria sanzione rispetto ai precetti e alle sanzioni degli altri rami del diritto, elaborata da Karl Binding e riproposta in Italia dal Grisigni, è ormai definitivamente respinta¹⁴. Tale teoria, in via di estrema sintesi, andrebbe a trascurare l’autonomia tecnica e funzionale dello strumento penalistico. Tuttavia, occorre fare attenzione, in quanto non si può nemmeno non considerare

¹² Sul punto è chiarissimo C. PEDRAZZI, *Le role sanctionnateur du droit penal*, in *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 190 ss., secondo cui solamente quei comportamenti che meritano un rimprovero serio possono essere sanzionati col ricorso alla pena: la stigmatizzazione da parte del legislatore penale deve trovare una eco nella coscienza sociale.

¹³ In questi termini, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, p. 37 ss.

¹⁴ K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig : Wilhelm Engelmann, 1872, p. 73 ss., secondo il quale, sulla base della *Normentheorie*, la funzione della legge penale si ridurrebbe alla determinazione delle conseguenze giuridiche di un illecito, entrando in gioco solamente successivamente ad una infrazione ormai compiuta e di natura extra-penale; dello stesso avviso F. GRISIGNI, *Diritto penale italiano, I*, Giuffrè, 1952, p. 232 ss., che affermato come ogni condotta costituente reato sarebbe sempre vietata anche da un’altra norma di diritto privato o di diritto pubblico e, conseguentemente, ogni reato integrerebbe preventivamente un illecito di natura non penale. In questo modo, la sanzione penale servirebbe unicamente a completamento e rafforzamento di un’altra sanzione, stabilita dalla norma giuridica che “antecedentemente” al diritto penale ha vietato la stessa condotta.

il principio di sussidiarietà, fortemente tipico del diritto penale. La pena, infatti, rappresenta *l'ultima ratio* cui ricorrere una volta esauriti tutti gli altri strumenti di tutela e, di conseguenza, il diritto penale non può precedere, ma può solamente intervenire successivamente agli altri settori dell'ordinamento. Ma questo, lo si ribadisce, non può comportare la subordinazione nozionale e funzionale del diritto penale nei confronti delle altre branche del diritto¹⁵. In quest'ottica, si deve rammentare come, per procedere all'applicazione della sanzione punitiva, il giudice penale, in linea di massima, non sia vincolato a precedenti valutazioni di altri giudici o autorità amministrative¹⁶.

Al contrario, la specificità, da cui invero promanano le difficoltà interpretative, del diritto penale della crisi d'impresa risiede proprio nell'accennato fatto che il giudice penale rimane vincolato – nel sanzionare i reati di bancarotta – ad un provvedimento del competente tribunale civile (la sentenza di liquidazione giudiziale e la sentenza di fallimento per i reati di bancarotta tradizionali e il decreto di omologazione del concordato preventivo per la bancarotta c.d. da concordato preventivo); nonché dall'evenienza per cui il fatto tipico, come detto, sia spesso ricavato attraverso fonti extra-penali. Chiaramente, un simile situazione mette in difficoltà l'interprete penale, abituato a ragionare su schemi concettuali, che mal si conciliano con i tecnicismi tipici del diritto privato. Occorre, pertanto, riportare tali fattispecie alle esigenze proprie del diritto penale, su tutta la volontà colpevole¹⁷. Ma non solo. Nel reato, infatti, a differenza degli altri tipi di illecito, si distingue tra illecito e antigiuridico (soggettivamente qualificato) e responsabilità (pena, misura di sicurezza, danni da reato, secondo i rispettivi presupposti ulteriori: colpevolezza, pericolosità, ecc.). L'illecito civile, invece, sia contrattuale sia extracontrattuale risulta ancora prevalentemente incentrato sul concetto di danno, quale categoria essenziale ad una compiuta definizione di una condotta anti-precettiva e antigiuridica come “fatto illecito” suscettibile di dar luogo alla responsabilità civile.

¹⁵ Sul punto, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 36 ss., secondo il quale, in realtà, il diritto penale rappresenta la più antica forma storica di manifestazione del diritto e, ancora oggi, disciplina vari settori autonomamente e senza riferimento alle categorie di altre branche del diritto.

¹⁶ Sul punto, *ibidem*, secondo il quale anche quando l'illecito penale è costruito su di un evento lesivo che fa contemporaneamente da presupposto a illeciti extra-penali, la sua autonomia può riemergere sotto due ruoli: *i*) con riferimento al principio di frammentarietà, sulla cui base spesso l'illecito penale non abbraccia qualsiasi lesione del bene protetto, ma rimane circoscritto a specifiche forme di aggressione tipizzate dalla fattispecie incriminatrice; *ii*) con riferimento al fatto che anche quando il diritto penale richiama direttamente concetti e categorie propri di altri settori dell'ordinamento, le specifiche esigenze dell'imputazione penalistica possono richiedere che il significato di questi concetti venga ricostruito in via autonoma.

¹⁷ Sul tema, si veda T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. It. Dir. Proc. It.*, 1987, p. 798 ss.

In tale tipologia di illecito, infatti, il danno costruisce sia misura esclusiva della sanzione, rendendo estremamente complesso definire la stessa compiuta illiceità civilistica a prescindere dal danno stesso; pertanto, in assenza di tale elemento, ci trova di fronte ad una condotta anti-precettiva e contra ius – sul piano del disvalore o della lesione –, ma il fatto illecito non può risultare consumato¹⁸.

In definitiva, la sanzione civile – con particolare riferimento all’illecito civile extracontrattuale - può anche giungere a sostituire del tutto quella penale, nel momento in cui il relativo illecito sia stato de-criminalizzato, ma non ogni sua funzione, come, ad esempio, quella di prevenzione-integrazione o quella di risocializzazione; così come non può costituire un “modello” per la pena, neppure per alcune tipologie di sanzioni penali, come la riparazione del danno¹⁹, forme sperimentate in Germania ed in Austria²⁰.

Più sfumata, anche se forse meno rilevante con riferimento all’analisi in oggetto, appare l’irriducibilità del diritto penale alle tecniche di tutela proprie dell’illecito amministrativo²¹. Nonostante la legge n. 689 del 24 novembre 1981 abbia modellato la disciplina generale dell’illecito amministrativo su quella penale, le differenze persistono. Tutto è focalizzato sulla trasgressione: il disvalore personale-soggettivo del fatto è totalmente subordinato rispetto allo scopo preventivo e organizzativo della legge. Pertanto, l’autore della trasgressione è visto in una “dimensione sistemica di soggetto disfunzionale rispetto ad un ruolo, a una aspettativa di regolarità e di controllo sociale: la sua persona, le cause interne del suo agire, una volta posta la normale esigibilità dell’osservanza formale, sono obiettivamente secondarie²².

¹⁸ In questi termini, M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1999, p. 248 ss., secondo cui se non c’è danno manca un requisito imprescindibile della sanzione, oltre che per determinare la sua entità. Nell’illecito civile, infatti, si usa distinguere tra il fatto illecito comprensivo dell’evento ingiusto primario (lesione di un diritto) e la responsabilità, collegata a una situazione obiettiva da ripristinare, ovvero ai danni (anch’essi ingiusti) conseguenti alla condotta illecita come evento secondario; oppure, si veda C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell’elemento soggettivo nell’art. 2043 c.c.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1962, p. 63 ss.

¹⁹ Sul punto si veda sempre M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit. p. 249.

²⁰ Per uno sguardo comparatistico, si veda H. J. HIRSCH, *il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 277 ss.; o anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 3 ss.; *Id.*, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 865 ss.

²¹ Sul punto, si veda M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1999, p. 250 ss.

²² *Ibidem*, secondo cui, esclusa ogni prospettiva civilistica di danno, domina il campo solo il rischio, il pericolo astratto o presunto. Per uno sguardo comparatistico, si veda M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto penale amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 731 ss.

Tornando all'illecito penale, C. Roxin afferma che, a partire dagli anni '70 l'approccio teleologico incontra un numero sempre crescente di adesioni, ponendo al centro l'azione tipica, il c.d. Tatbestand²³. L'illecito penale, in effetti, non può ridursi meramente ai concetti di colpevolezza o della finalità: esso non è necessariamente un fenomeno causale o cagionato finalisticamente. Così facendo, si rischia di trascurare quello che è il vero compito del diritto penale, ovvero proteggere dai rischi, per il singolo e per la società, rischi intollerabili da un punto di vista politico-sociale. Invece, è proprio a partire da tali compiti del diritto penale che si può enucleare il secondo polo del sistema del diritto criminale, la responsabilità: mentre con la dottrina dell'illecito si risponde alla domanda relativa a quali fatti siano oggetto dei divieti penali, la categoria della responsabilità deve risolvere il problema dell'identificazione dei presupposti necessari affinché l'autore possa essere reso penalmente responsabile per l'illecito da lui realizzato²⁴.

Se si parte dal presupposto per cui la colpevolezza è, sì, una condizione necessaria, ma non sufficiente della punizione, allora alla colpevolezza deve sempre aggiungersi una necessità preventiva di punizione, secondo la via tracciata dall'evoluzione giuridica e dalle moderne teorie della pena²⁵. Simile discorso è necessario per determinare ciò che in assoluto deve essere considerato punibile. Se la pena presuppone la colpevolezza, ma anche sempre una necessità preventiva di punizione, è conseguenza diretta di tale situazione che anche i presupposti della punibilità vadano rapportati ad una siffatta premessa. La categoria del reato che segue quella dell'illecito deve, quindi,

²³ C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 178 ss.; diffusamente sul concetto di *Tatbestand*, si veda A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, Giuffrè, 1997, p. 11 ss.

²⁴ C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di S. MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 183. Sempre con riferimento ai concetti di colpevolezza e responsabilità penale, si veda, ex multis, M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant e Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, p. 1741 ss., il quale giunge alla conclusione che la colpevolezza, in realtà irriducibile all'elemento soggettivo che appartiene alla condotta e non alla persona e in questo senso appare incompatibile a rappresentare un presupposto della responsabilità penale.

²⁵ In tempi recenti, per uno sguardo comparato, anche se con un'attenzione transnazionale, il principio di precauzione sta assumendo significati nuovi, si pensi a quanto sostenuto da M. DELMAS-MARTY, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, a cura di E. Fronza e C. Sotis, 1088Press, 2021, la quale ritiene che anticipare i rischi futuri significa combinare precauzione e azione. Il termine precauzione è diventato quasi un tabù poiché rimanda al “principio di precauzione”, spesso mal interpretato. Non lo si deve intendere come un principio che porta all'immobilismo, quanto piuttosto come un principio che incita a sviluppare dei metodi di ricerca e di valutazione che presuppongono trasparenza e rigore. Occorre definire in modo trasparente degli indicatori di rischio e utilizzarli, ponderarli in modo rigoroso, in quanto ci troviamo nel contesto di una logica a indicatori multipli: non si deve modificare la ponderazione in funzione del risultato che si vuole ottenere.

rendere oggetto della valutazione, accanto alla colpevolezza, anche la necessità preventiva della sanzione penale e comprendere entrambi gli elementi nel concetto di “responsabilità”²⁶. Occorre, invero, non confondere i piani e ricordare che, in ogni caso, il compito del diritto penale è pur sempre quello della tutela sussidiaria di beni giuridici e del bisogno di tutela. Ecco che, dunque, l’analisi sulla necessità della sanzione penale prevista da delitto di bancarotta da concordato preventivo non può che prendere le mosse dal suo ruolo nell’ordinamento (rispetto ad altre tipologie di illecito) e dal suo grado di disvalore e di lesività dei beni giuridici tutelati²⁷.

3.2. Unitarietà e coerenza dell’ordinamento: l’istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta.

3.2.1. La *ratio* dell’istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta.

Al fine di valutare il carattere autonomo della bancarotta da concordato preventivo *ex art. 236, co. 2, l. fall.* (e art. 341 CCI), occorre, dunque, considerare il “contesto”, all’interno del quale tale delitto è chiamato ad operare. In particolare, si dovrà esaminare il rapporto tra la fattispecie incriminatrice e le norme che la disciplina della crisi d’impresa predispone in materia di concordato preventivo.

²⁶ In questi termini, ancora, C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 183 ss., secondo cui per quanto riguarda la commisurazione della pena, nella giurisprudenza tedesca, vale ancora la regola secondo cui la pena non può essere contenutisticamente sganciata né verso l’alto né verso il basso, dalla propria destinazione ad una giusta compensazione della colpevolezza. Il Maestro continua affermando che il contenuto di verità di tale tesi sta nel dato secondo cui la pena non può superare la misura della colpevolezza; ciò si spiegherebbe con la funzione di limite della punibilità, propria del principio di colpevolezza, che va riconosciuta illimitatamente quale esigenza dello stato di diritto.

²⁷ Sul tema del principio della necessità della punizione, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza Editore, 2000, p. 362 ss., il quale, in via di estrema sintesi, mette in relazione tale concetto con il principio di stretta legalità. Secondo l’autore esiste, tra culture penalistiche e strutture formali degli ordinamenti penali, una reciproca interazione, che dipende dal nesso che lega la definizione teorica del reato e delle singole figure di reato, le definizioni legislative dei medesimi concetti e il carattere lato o stretto del principio di legalità penale. Non diversamente dal principio di mera legalità, anche il principio di stretta legalità, operando secondo la formula *nulla lex poenalis sine necessitatis* come norma di riconoscimento di tutte e non solo le leggi penali formulate validamente, ha per il giurista il valore di una regola metascientifica: precisamente, tanto quanto condiziona la validità delle norme penali alla denotazione tassativa delle figure di reato da esse definite, esso equivale ad una regola semantica sulle condizioni d’uso della parola “vero” non solo nella pratica penale, ma anche nella scienza giuridica.

In quest’ottica, allora, risulta necessario introdurre nell’analisi, dopo aver dato delle minime coordinate di sistema, il recente istituto delle “esenzioni dai reati di bancarotta”, di cui all’art. 127-*bis* l. fall. (e art. 324 CCI). Proprio la delineata scissione tra le due anime del tradizionale diritto fallimentare e le profonde incongruenze che ne sono derivate sono alla base della nuova disposizione introdotta con il d. l. 31 maggio 2010, n. 78 (“Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”) convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122: l’art. 217-*bis* l. fall. che disciplina le esenzioni dai reati di bancarotta preferenziale e semplice.

La funzione della norma in esame, pertanto, è rappresentata dal ruolo di coordinamento che essa assume tra il versante civilistico e il versante penalistico della legge fallimentare²⁸. Risulta, pertanto, palese il cortocircuito venutosi a creare con riguardo al principio di non contraddizione dell’ordinamento, dal momento che talune operazioni erano considerate contemporaneamente lecite dall’ordinamento civile ed illecite da quello penale. Ecco, dunque, che, al fine di superare tale incoerenza ed, anzi, allo scopo proprio di incentivare l’utilizzo delle nuove tipologie di operazioni di soluzione negoziale della crisi, il legislatore è intervenuto introducendo il citato art. 217-*bis* l. fall.²⁹.

Nello specifico, la disposizione in esame è rubricata “esenzioni dai reati di bancarotta” e impone come le fattispecie incriminatrici della bancarotta preferenziale *ex art.* art. 216, co. 3 l. fall. e della bancarotta semplice *ex art.* 217 l. fall. non si debbano applicare ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di: *i)* un concordato preventivo; *ii)* un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’art. 182-*bis* l. fall.; *iii)* un piano di cui all’art. 67, co.

²⁸ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 567. In particolare, lo scopo era costituito dal tentativo di porre rimedio all’incongruenza che si era venuta a creare a seguito della riforma della revocatoria fallimentare; oppure, in questo senso, si veda G. G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1300 ss.

²⁹ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218, il quale testualmente afferma che simile stravolgimento ha causato incertezze e problemi, segnatamente la questione se l’espressa inapplicabilità del “rimedio civilistico” provochi dirette conseguenze in campo penale, con specifico riferimento alla eventuale irrilevanza del delitto di bancarotta preferenziale negli stessi casi richiamati dall’art. 67, co. 3 l. fall.

Sulla “scena fallimentare” siano apparsi nuovi strumenti che, finalizzati alla salvaguardia delle imprese in crisi economico-finanziaria, vengono espressamente resi leciti, almeno da un punto di vista civile.

Risulta, pertanto, palese il cortocircuito venutosi a creare con riguardo al principio di non contraddizione dell’ordinamento, dal momento che talune operazioni erano considerate contemporaneamente lecite dall’ordinamento civile ed illecite da quello penale.

Ecco, dunque, che, al fine di superare tale incoerenza – che, per inciso, era chiaramente vista sfavorevolmente dagli istituti di credito – e, anzi, allo scopo proprio di incentivare l’utilizzo delle nuove tipologie di operazioni di soluzione negoziale della crisi, il legislatore è intervenuto introducendo il citato art. 217-*bis* l. fall.

3, lett. d); iv) un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 l. n. 3 del 2012; v) un pagamento o un accordo di finanziamento effettuati ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l. fall.; vi) un'operazione di finanziamento effettuata ai sensi dell'art. 22-*quater*, co. 1, l. n. 116 del 2014. A ben vedere, però, simile intervento normativo ha provocato una moltitudine di problematiche e incertezze normative, a partire dall'insolito lessico utilizzato, ovvero il termine “esenzioni”, che si riverbera anche sull'esatta qualificazione giuridica.

L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha comportato alcun cambiamento sostanziale nella disciplina previgente, lasciando in tal modo del tutto inalterati i profili problematici che si è avuto modo di tratteggiare. D'altra parte, la legge delega, come si è visto, non ha concesso ampi spazi di manovra in questo ambito³⁰.

In tale ottica, si può dare conto della disciplina delle esenzioni dai reati di bancarotta di cui all'art. 324 del nuovo Codice, il quale mantiene inalterato lo stesso assetto proposto dall'attuale art. 217-*bis* l. fall., richiamando le operazioni compiute in esecuzione di concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, o di accordi in esecuzione del piano attestato ovvero, ancora di concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 CCI., nonché richiamando i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 99, 100 e 101 CCI.

3.2.2. Il piano della lesività della bancarotta da concordato preventivo: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza

Da quanto sin qui esposto, si evince di come il piano dell'analisi si debba spostare su quello della lesività e del disvalore che possiede il reato di bancarotta fraudolenta da concordato preventivo. Specificamente, si deve, invero, prendere l'avvio dal rinvio di cui all'art. 236, co. 2 l. fall. (e art. 341 CCI), sulla base del quale, come detto, vengono ad essere equiparati la sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale e il decreto di ammissione al concordato preventivo. Tuttavia, tale equiparazione fu pensata dal legislatore fallimentare, allorquando la procedura del concordato preventivo, prima della grande riforma del 2005, era costruita proprio sul presupposto dello stato di insolvenza. Pertanto, nel sistema precedente al 2005, tanto la procedura del fallimento, quanto quella del concordato preventivo, poggiavano sulla medesima situazione patologica, ovvero lo stato di insolvenza. Conseguentemente, vi era equilibrio tra presupposti ed effetti: sia la bancarotta “tradizionale” sia la bancarotta “da concordato preventivo” punivano una serie di condotte collegate in entrambi i

³⁰ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *cass. pen.*, 2019, p. 511 ss.

casi allo stato di insolvenza. Tale situazione era coerente con l'intero sistema, che poneva lo stato di insolvenza quale nucleo condizionante per l'applicazione di tutte le ipotesi di bancarotta. Invero, tale parallelismo fu rotto proprio con la riforma del concordato preventivo, non più legato allo stato di insolvenza, bensì al diverso e autonomo stato di crisi, con la concreta possibilità di punire per bancarotta soggetti le cui imprese si trovano in situazioni economico-finanziarie nettamente distinte, il che potrebbe assolutamente integrare una ingiustificata disparità di trattamento.

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 2, co. 1, lett. a), a seguito del d.lgs. n. 83 del 2022, definisce la crisi come “lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”. Mentre l'art. 160, co. 3, l. fall. si limitava, come si è detto, a stabilire un rapporto di specialità: “per stato di crisi (*genus*) si intende anche lo stato di insolvenza (*species*)”. Pertanto, si passa da una situazione in cui, pure con discreto sforzo interpretativo, non si distingueva del tutto gli stati patologici in parola imponendo verosimilmente un rapporto di genere a specie, ad una netta distinzione, basata sull'indefinito concetto di probabilità, operante in un rapporto di carattere temporale. Tutto ciò può condurre a considerare ormai rotto il binomio tra bancarotta e insolvenza-fallimento: va considerata, infatti, la possibilità che un soggetto possa essere punito a titolo di bancarotta, anche nel caso in cui la situazione di difficoltà aziendale non sia giunta ad uno stadio di insolvenza (bensì ad un mero stato di crisi, come da ultimo definito, condizione meno grave e precedente nel tempo). Quanto detto, chiaramente, pone forti dubbi sulla legittimità costituzionale del sistema che verrebbe a delinearsi: la possibilità di punire per bancarotta soggetti le cui imprese si trovano in situazioni economico-finanziarie nettamente distinte potrebbe senza dubbio integrare un'ipotesi di ingiustificata disparità di trattamento, censurabile in sede di legittimità.

Ben potrebbe accadere, infatti, che le condotte distrattive, poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo, rientrino, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma 2, l. fall. (e art. 341 CCI) il quale, in virtù del suddetto espresso richiamo all'art. 223 l. fall. (e art. 329 CCI), punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 l. fall. (art. 322 CCI) commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite³¹.

³¹ In questi termini, v. Sez. V, 28 maggio 2014, n. 26444, in *questa rivista* 2015, 4, p. 1598. Per uno sguardo in dottrina sul punto, v. A. FIORELLA - M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 193 ss.; ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, 2014, p. 264 ss. e F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Reati fallimentari*, a cura di Grosso, Giuffrè, 2014, p. 321 ss.).

Non può non notarsi, dunque, la dissonanza del sistema: possono ricorrere al concordato preventivo anche soggetti che si trovino in un semplice stato di crisi e, di conseguenza, in mancanza di una dichiarazione di liquidazione giudiziale/fallimento. In tal modo, dunque, viene ad essere innestata una punibilità di tipo “fallimentare” con riferimento ad un soggetto che non è stato dichiarato insolvente e, quindi, “fallito” o “in liquidazione”³². Ebbene, a voler portare alle estreme conseguenze il discorso, una simile disarmonia sembra poter rappresentare uno dei sintomi esteriori del grave stato di malessere che affligge il diritto penale della crisi d’impresa. Come si è detto, dunque, sin dai tempi del medioevo, infatti, lo *ius mercatorum* poneva al centro del sistema il concetto dell’insolvenza, che veniva considerata una rilevante rottura dell’ordine economico e sociale da reprimere in modo deciso e, dunque, attraverso sanzioni di natura penale³³. Oggi, invece, il binomio bancarotta-insolvenza sembra essersi disciolto, proprio in ragione del fatto che possa essere chiamato a rispondere di tale delitto anche il soggetto che non si sia mai trovato in tale stato patologico aziendale.

La breccia, ormai, sembra aperta: l’insolvenza non rappresenterebbe più l’unico stato patologico aziendale che assume rilevanza nel diritto penale, con specifico riferimento al delitto di bancarotta. Una simile situazione appare insopportabile, sia perché lo squilibrio che si viene a creare pone forti dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell’irragionevolezza della disparità di trattamento che l’ordinamento imporrebbe a soggetti che si trovano in situazioni ben diverse, sia perché risulta difficile sostenere una rilevanza penale a titolo di bancarotta in assenza di uno stato di insolvenza accertato. A ben vedere, il piano della lesività e del disvalore passano per il ruolo che deve assumere lo stato di insolvenza all’interno del diritto penale della crisi d’impresa. In realtà, sembrerebbero esistere tre modelli di incriminazione con riferimento all’elemento dell’insolvenza: *i*) previsione, sulla base dell’individuazione della prassi, di una serie di comportamenti che costituiscono indici di un atteggiamento riprovevole, di un disvalore accentuato, come la dissipazione dei beni aziendali o la mancata tenuta delle scritture contabili: indici di comportamento che il legislatore presume come lesivi e pertanto rischiano di venir sganciati dall’accertamento di causalità e colpevolezza; *ii*) previsione dell’insolvenza quale evento naturalistico del reato, con conseguente collegamento causale e di colpevolezza (come avviene, ad esempio, per la bancarotta impropria da reato societario); *iii*) rinuncia ad un collegamento causale, ma previsione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza quale

³² Cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 86 e MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1620 ss.

³³ Per uno sguardo in tema di *ius mercatorum*, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit.

condizione obiettiva di punibilità: in questo caso le condotte di bancarotta si caratterizzerebbero per un lesività potenziale rispetto all'insolvenza³⁴.

Il legislatore italiano, ad eccezione della bancarotta societaria (frutto, peraltro, di una riforma intervenuta in tempi relativamente recenti) e della bancarotta preterintenzionale, ha costruito il sistema delle bancarotte sul modello che prevede una lesività potenziale delle condotte rilevanti e sul carattere condizionante generale dell'insolvenza, una volta accertata per mezzo della sentenza di fallimento o liquidazione giudiziale.

Ora, visto il contesto di sfondo che mira ad incentivare il più possibile il concordato preventivo e le altre forme di risoluzione della crisi aziendale e vista la profonda differenza tra stato di insolvenza e stato di crisi, sembra difficile – e sconsigliabile – ipotizzare un figura di bancarotta totalmente sganciata dall'elemento dell'insolvenza: le condotte in questo caso, infatti, sembrano risultare senza dubbio più scarse sia dal punto di vista della lesività sia dal punto di vista del disvalore.

INC

³⁴ In questi termini, si veda C. PEDRAZZI, *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, cit., p. 25 ss., secondo cui la gran parte delle norme incriminatrici non esce, in materia di bancarotta, dai binari tradizionali. Con l'evolversi della sensibilità giuridica fu avvertita l'iniquità di punire il fallimento come tale: studiosi e legislatori cominciarono a distinguere a seconda che il dissesto fosse il prodotto della condotta fraudolenta o altrimenti colpevole del debitore, oppure di circostanze avverse a lui non imputabili. Ma la discriminazione non avveniva sulla base di una concreta indagine psicologica e causale; le norme penali venivano fatte operare per presunzioni, ovvero in caso di determinati comportamenti del fallito presumevano che il dissesto fosse stato cagionato con dolo o per colpa.