

La bancarotta da concordato preventivo: il punto di rottura del nuovo diritto penale della crisi d'impresa

Bankruptcy by composition with creditors: the breaking point of the new criminal law of business crises

Andrea Pantanella

Borsista di ricerca presso il CNEL

Sommario: 1. Esordio – 2. La disposizione incriminatrice: tra lacune e un piano semantico-legislativo incerto – 2.1. Cenni di premessa in merito al reato di bancarotta da concordato preventivo - 2.2. Il reato di bancarotta da concordato preventivo nella legge fallimentare e l'attenuazione del "doppio binario" – 2.3. Le novità introdotte dal Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza – 3. Riflessioni conclusive: proposte di riforma.

ABSTRACT

Il contributo analizza l'oscuro reato della bancarotta da concordato preventivo, esaminando i principali profili problematici, sia quelli tradizionali sia quelli più recenti, sorti a causa dell'introduzione del codice della crisi d'impresa. Infine, il paper cerca di avanzare delle proposte di riforma, in modo da superare le accennate problematicità e riportare il sistema all'interno del dettato costituzionale.

The paper analyzes the obscure crime of bankruptcy by composition with creditors, examining the main problematic profiles, both the traditional ones and the more recent ones, which arose due to the introduction of the business crisis code. Finally, the paper tries to put forward reform proposals, in order to overcome the aforementioned problems and bring the system back within the Constitutional provisions.

1. Esordio

I reati di bancarotta, ormai da anni, presentano innumerevoli problematiche, posto che, come noto, sono costruite attraverso modelli di incriminazione vetusti e non più attuali¹; modelli che mal si conciliano con il

¹ Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, pp. 1111 ss., il quale ha definito con l'espressione "L'enigma della

mutato diritto della crisi dell'impresa, che da anni ha cambiato rotta, attraverso una serie di riforme, culminate con l'entrata in vigore del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"².

Proprio all'interno delle varie figure di bancarotta, una delle principali sfide che si pongono innanzi all'attuale interprete del diritto penale dell'impresa è rappresentata dalla controversa ed enigmatica figura della bancarotta da concordato preventivo e altre procedure minori, di cui all'art. 236, co. 2, della legge fallimentare e all'art. 341 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

Tale figura presenta un groviglio di problematiche, che metaforicamente può essere paragonata al mitologico "nodo di Gordio". L'obiettivo dell'interprete, allora, non può che essere rappresentato dal tentativo di sciogliere tale intricata figura, che sta assumendo una figura sempre più centrale all'interno del versante penalistico della materia.

Un'attenta rivalutazione della disciplina è imposta tanto dall'attuale realtà socio-economica, quanto dai recenti mutamenti legislativi.

Sotto il primo punto di vista, giova ricordare come il momento storico in cui ci si trova sia profondamente cambiato: la crisi economica appare procedere spedita, aggravata pesantemente dalla situazione scaturita dalla emergenza sanitaria collegata alla diffusione del c.d. Covid-19, e dagli attuali conflitti bellici.

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". Tuttavia, ormai, tali parole dei citati grandi Maestri, sembrano non essere più attuali.

² In ottica comparata, con riferimento al diritto penale dell'economia, si veda, M. REIMANN- R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento francese, invece, M. DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit des affaires*, Editions Dalloz, 2000; J. LARGUIER-P. CONTE, *Droit penal des affaires*, Armand Colin, 2004; M. VERON-G. BEAUSSONIE, *Droit penal des affaires*, Editions Dalloz, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, si veda H. KUDLICH-M. T. OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2020; K. TIEDRMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, si veda M. BAJO-S. BACIGALUPO, *Derecho penal economico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010; M. BIDASOLO-V. MARTIN, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020; C. MARTINEZ-B. PEREZ, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2022; TIEDEMANN, *Derecho penal economico*, TIEDERMAN, *Derecho penal economico*, 2010.

Con riferimento, invece, al secondo punto di vista, a causa delle recenti modifiche imposte dalla “Direttiva *Insolvency*” (Direttiva UE 2019/1023), 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).

Il quadro che ne esce appare un groviglio difficile da sciogliere, ma che vale la pena risolvere, alla luce dell'importanza della figura delittuosa, legata a quelle procedure di ricomposizione della crisi, che nel nostro ordinamento stanno assumendo, sempre di più una rilevanza dominante.

In questo senso, occorre premettere 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.

L'approccio metodologico, dunque, deve tendere, in un primo momento e in ottica *destruens*, a porre in evidenza i principali profili problematici, i quali, da anni e con un'intensità sempre maggiore, affannano tanto la dottrina quanto la giurisprudenza (distinguendo la fattispecie contenuta nella legge fallimentare da quella contenuta del codice della crisi d'impresa); in un secondo momento, in ottica *costruens*, proporre eventuali profili di ripensamento del modello, anche sulla base delle modifiche che ha proposto la “Commissione Bricchetti”, la quale ha avuto l'arduo compito di riportare il versante penalistico a coerenza rispetto al versante civilistico della materia della crisi d'impresa³.

D'altra parte, come noto, con riferimento generale al diritto penale della crisi d'impresa, occorre chiarire come le disposizioni siano costruite con scelte e tecniche normative che ormai risultano lacunose e scoordinate tra di loro; e ciò si

³ 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, p. 1001; M. SCHIAVO, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *Leg. Pen.*, 20/03/2023.

può riscontrare, in particolar modo proprio con riferimento alla bancarotta concordataria.

Un apparato legislativo nobile e con una lunga storia, che necessiterebbe, tuttavia, un profondo rinnovamento: ogni singola norma deve essere rimessa in discussione sotto tutti i punti di vista, in un'ottica di omogeneità e coordinamento complessivo. I pochi interventi legislativi che si sono avvicinati, infatti, non hanno sortito l'effetto presuntivamente sperato, risultando anzi parziali, sporadici e confusi.

Invero, il prezzo di tale sciattezza legislativa è inesorabilmente rappresentato da una probabile violazione del dettato costituzionale, sia con riferimento al principio dell'offensività, sia con riferimento al principio di determinatezza o precisione, fondamentale corollario del principio di legalità.

Ebbene, le problematicità del sistema sin qui tratteggiato si estendono quasi in ogni campo e l'introduzione del codice della crisi d'impresa (incidendo quasi solo esclusivamente sul versante civilistico della disciplina) non ha fatto altro che peggiorare lo *status quo ante*.

Ecco, dunque, che, nel contesto sinora indicato, assume particolare interesse la figura della bancarotta da concordato preventivo *ex art. art. 236 co. 2, l. fall. ed ex art. 341 co. 2 CCI*, che si impone sempre con maggiore importanza all'interno della disciplina, sia perché è l'unica fattispecie di bancarotta costruita non sulla procedura del fallimento/liquidazione giudiziale, bensì sulla procedura "regina" del nuovo sistema, ovvero il concordato preventivo; sia perché la stessa presenta gravissime problematiche, uno fra tutti la previsione dei medesimi effetti punitivi della bancarotta fraudolenta tradizionale, a fronte di situazioni concrete e stati aziendali patologici ben diversi.

In questo quadro, utili spunti per effettuare un ripensamento del sistema del reato in esame possono essere tratti, a ben vedere, dal riferimento al sistema statunitense, il quale ha rappresentato il vero modello di ispirazione per i grandi cambiamenti che hanno riguardato il versante civilistico della materia delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento.

In altri termini, la bancarotta da concordato preventivo può costituire un utile punto di osservazione, che ben può rappresentare il "termometro" dell'attuale stato di difficoltà che vive la disciplina del diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Una disciplina che risulta ormai scissa in due diversi versanti: il versante civilistico che ha completamente cambiato volto, grazie alle modifiche apportate

negli anni dal legislatore e culminate con il codice della crisi d'impresa, e il versante penalistico, rimasto ancorato all'impianto originario del 1942. Ne risulta, com'è ovvio, un sistema disomogeneo e fortemente squilibrato.

Il presente lavoro si pone, quindi, l'obiettivo di indagare in primo luogo se l'incriminazione in parola abbia conservato una funzione necessaria nell'ambito del nostro sistema penale; oppure, in alternativa, quali possano essere le eventuali modifiche da apportare, in un'ottica di riforma, al fine di ricondurre la fattispecie incriminatrice a correttezza legislativa e legittimità costituzionale.

2. La disposizione incriminatrice: l'evoluzione legislativa.

2.1. Cenni di premessa in merito alla bancarotta da concordato preventivo

La bancarotta concordataria riveste indubbiamente un ruolo cruciale all'interno della disciplina penalistica delle c.d. nuove procedure concorsuali⁴, sia per la rilevanza già in passato attribuita dal legislatore a questa particolare figura incriminatrice, sia per gli elementi di assoluta novità che la stessa introduce rispetto ai tradizionali reati fallimentari.

⁴ In merito all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, pp. 961 ss.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penali*, Giappichelli, 2020, pp. 279 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2022, pp. 388 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di A. ROSSI, Giuffrè, 2022, pp. 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, pp. 264 ss. Per uno sguardo in giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. Pen., 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 Cass. Pen., 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'esplicito richiamo del precedente art. 223, punisce i fatti di bancarotta fraudolenta impropri commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite.

Per quanto riguarda i profili di interesse, 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 il 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 aggiunta⁵.

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.

Chiaramente, l'intervento riformatore ha sottoposto all'attenzione dell'operatore giuridico più attento le problematiche interpretative scaturenti dalle vicende di natura intertemporale⁶. A mettere un punto sui profili dubbi ci ha pensato la nota sentenza Rizzoli con cui la Suprema Corte, pronunziando a sezioni unite, ha statuito il principio per cui *“l'abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata e la soppressione di ogni riferimento ad esso contenuto*

⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, 2019, pp. 151 ss.

⁶ Cfr., M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., pp. 275 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 152 ss.

nella legge fallimentare (art. 147 D.Lgs. n. 5 del 2006) hanno determinato l'abolizione del reato di bancarotta societaria connessa alla suddetta procedura concorsuale (art. 236, comma secondo, R.D. n. 267 del 1942)"⁷.

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 la nuova forma di concordato preventivo semplificato e liquidatorio; dall'altro, andando anche a ritoccare, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo, 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.

Il risultato della evoluzione legislativa è, dunque, una disposizione a più norme: il primo comma disciplina una particolare fattispecie delittuosa che incrimina l'imprenditore colpevole di aver posto in essere condotte di falso al fine di ottenere ammissione al concordato preventivo, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; il secondo comma consta, invece, di una serie di rinvii a singole disposizioni fallimentari, tra cui spiccano le ipotesi di bancarotta impropria, che il legislatore rende applicabili anche in caso di concordato preventivo; il terzo comma, infine, estende l'applicazione delle disposizioni richiamate al comma precedente anche nelle ipotesi introdotte nel 2021.

Tale formulazione che, già appariva del tutto sconnessa e di incerta esegesi, torna ad essere oggetto di intervento normativo ad opera del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che - seppur in assenza di

⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4113 ss.

qualsiasi indicazione al riguardo da parte della legge delega, a pena di violazione dell'art. 76 Cost. - ha costruito il nuovo art. 341 CCI., apportando ulteriori modifiche, sia in forma diretta sia in forma indiretta.

Sono, innanzitutto, apportate esplicite modificazioni alle procedure rilevanti (anche a seguito del d. lgs. 83 del 2022): oltre al concordato preventivo, anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e ai casi di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 63-bis* CCI, i quali, pertanto, vanno a sostituire le procedure degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria, richiamate nel vecchio art. 236 l. fall.

In secondo luogo, come si è avuto modo di accennare e come si avrà modo di analizzare più compiutamente, il legislatore ha inserito e definito il nuovo concetto di stato di crisi, distinguendolo nettamente da quello di stato di insolvenza.

Ne scaturisce la totale irragionevolezza del sistema che punisce a titolo di bancarotta situazioni estremamente diverse e a ben vedere, sancisce la "lacerazione" del tradizionale diritto penale-fallimentare, rendendo il delitto di bancarotta ormai completamente slegato rispetto al "vecchio" stato patologico della insolvenza.

2.2. Il reato di bancarotta da concordato preventivo nella legge fallimentare e l'attenuazione del "doppio binario"

Il primo comma dell'art. 236 l. fall. è stato oggetto di copiose critiche che ne hanno denunciato l'incompletezza in ordine al novero delle operazioni richiamate dalla lettera della norma. Tuttavia, i principali nodi problematici coinvolgono principalmente il secondo comma, n. 1, della suddetta disposizione, nel quale il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento vengono, di fatto, equiparati, ai fini della rilevanza penale del delitto di bancarotta impropria, di cui agli artt. 223 e 224 l. fall..

A ben vedere, le difficoltà interpretative da ultimo evidenziate derivano segnatamente dalla circostanza per cui i provvedimenti giurisdizionali in parola, pur comportando conseguenze penali parificate, possiedono presupposti sostanziali differenti: in questo senso, vengono in rilievo i diversi concetti di "stato di crisi" (presupposto del concordato preventivo) e di "stato di insolvenza" (presupposto del fallimento).

In particolare, l'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. estende nell'ipotesi di concordato preventivo – e delle altre procedure indicate – le disposizioni previste dagli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, oltre a prevedere la rilevanza penale di condotte relative ad una serie di altri potenziali soggetti attivi⁸ (institori dell'imprenditore, commissario del concordato preventivo o dell'amministrazione concordata). Il successivo terzo comma dell'art. 236 l. fall., ampliava, come anticipato, le citate incriminazioni anche agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria.

Tuttavia, il d.l. n. 118 del 2021, convertito nella legge n. 147 del 2021, ha esteso la disciplina della disposizione 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.

Da un punto di vista di natura intertemporale, tale intervento ha introdotto una norma di nuova incriminazione, trovando, pertanto, l'applicazione dell'art. 2, co. 1 del codice penale: non potendo valere per il passato e non potendo applicarsi oltre l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa, ha trovato applicazione unicamente nell'arco temporale che va dal 25 agosto 2021 fino al 19 luglio 2022.

La *ratio*, invero, è quella di evitare in particolare abusi da parte degli amministratori nei confronti dell'erario degli enti previdenziali, i quali costantemente rappresentano i principali creditori che vedono non soddisfatto il proprio credito in maniera integrale⁹. In questo senso, infatti, gli accordi di ristrutturazione del debito precedenti al d.l. 118 del 2021 potevano produrre i propri effetti nei confronti di soggetti estranei all'accordo, in deroga a quanto previsto dall'art. 1372 c.c., laddove la nuova procedura liquidatoria ritiene operante la soluzione negoziata, anche in mancanza dell'adesione degli enti di previdenza, se la proposta si mostra maggiormente conveniente rispetto all'alternativa della liquidazione. E allora, tale situazione, in assenza della modifica dell'art. 236 in esame, consentiva agli amministratori, che concludessero accordi con i propri creditori escludendo l'erario degli enti previdenziali, di non

⁸ Sul tema, *ex multis*, si veda F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Diritto e processo*, 9/2019, pp. 1202 ss., o anche M. CAROLEO GRIMALDI, *Concordato preventivo liquidatorio e concordato preventivo in continuità aziendale: i precedenti di cassazione, tra prevenzione ed esigenza di coordinamento*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3333.

⁹ Sul tema, si veda C. SANTORIELLO, *Conversione Decreto Crisi d'impresa: gli aspetti penalistici*, in *Il Quotidiano giuridico*, 4 novembre 2021.

rispondere di alcun reato, segnatamente il reato di bancarotta fraudolenta: sarebbe bastato che gli imprenditori evitassero la dichiarazione di fallimento proponendo agli enti previdenziali il pagamento anche solo di una frazione minima del debito, dovendo in ogni caso il Tribunale procedere all'omologazione anche a fronte del rifiuto da parte dell'agenzia dell'erario della domanda di adesione¹⁰.

In questo modo, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 118 del 2021, convertito in legge n. 147 del 2021, vengono sostanzialmente allineati gli artt. 236 l. fall. e 341 CCI (così come rivisto alla luce del d. lgs. n. 83 del 2022), con specifico riferimento alle procedure nominate al terzo comma. Una scelta che indubbiamente attenua il doppio binario sopra citato e che mostra come il Legislatore abbia voluto immediatamente adeguarsi ai *diktat* europei e alla situazione di grande crisi in corso, senza aspettare l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Un'ulteriore problematica, infine, che emerge già da una prima lettura della disposizione ma che viene fatta notare da tempo, attiene all'elenco dei soggetti attivi, che appare incompleto: discostandosi dalla tecnica legislativa utilizzata al primo comma, nel secondo non viene, infatti, richiamato l'imprenditore commerciale, venendo in rilievo unicamente i soggetti apicali richiamati dagli artt. 223 e 224 l. fall. (artt. 329 e 330 CCI). Tale scelta, se da un lato, appare orientata a colpire chi amministra beni altrui e a tutelare con maggior rigore le imprese collettive rispetto a quelle individuali, dall'altro, non può tacersene l'incongruenza rispetto al complessivo sistema del diritto della crisi e dell'insolvenza, ove la figura dell'imprenditore riveste un ruolo primario e centrale¹¹. Invero, anche la "Commissione Bricchetti" sembra abbia preso posizione, nel senso di inserire nell'elenco dei possibili soggetti attivi anche l'imprenditore individuale¹².

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sul punto, si veda L. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, pp. 405 ss.

¹² Cfr. l'art. 341, co. 2, n. 2 della proposta avanzata dalla Commissione Bricchetti, che richiama l'imprenditore nel caso di bancarotta da concordato preventivo, attraverso il rinvio agli artt. 323 ("*Bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale*") e 324 ("*Bancarotta preferenziale e colposa*").

2.3. Le novità introdotte dal Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza

Così tratteggiate le principali questioni esegetiche poste dall'art. 341 CCI, appare a questo punto necessario verificare se l'introduzione del Codice della crisi abbia comportato ulteriori modifiche¹³.

Viene in esame il secondo comma dell'art. 341 CCI, nel quale, rispetto alla disposizione di cui all'art. 236, co. 2 l. fall. non emergono differenze, posto che le varianti dipendono unicamente dalla necessità di tener conto della nuova numerazione degli articoli contenenti le incriminazioni richiamate¹⁴.

Maggiori problemi di natura interpretativa si pongono, al contrario, con l'introduzione del nuovo terzo comma dell'art. 341 CCI, il quale elenca le procedure, diverse dal concordato preventivo cui va estesa l'applicabilità delle fattispecie di reato indicate nel secondo comma.

Nella nuova disposizione, anche a seguito del d. lgs. n. 83 del 2022, sono richiamati gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCI), gli accordi di convenzione di moratoria (art. 62 CCI) e l'omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 63-bis CCI; il tutto in assenza di una modifica della rubrica dell'art. 341 CCI, che resta quella utilizzata per l'art. 236 l. fall.

Pertanto, nonostante la legge delega nulla preveda sul punto, il nuovo codice della crisi di impresa espunge 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).

¹³ Con riferimento alle novità penalistiche introdotte con il codice della crisi di impresa, si veda, *ex multis*, M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 488 ss.; A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir.*, 2020, pp. 1821 ss.; F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi, un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 20 maggio 2020; R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2019, pp. 75 ss.; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2019, pp. 1189 ss.; con riferimento ai gruppi di imprese, v. A. ROSSI, *La bancarotta nei gruppi di imprese*, *ivi*, 9/2019, 1212 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, pp. 445 ss.; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Wolters Kluwer - Cedam, 2019; sempre S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il "codice dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1333.

¹⁴ In questi termini, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *cit.*, pp. 1198 ss.

Anche l'istituto della convenzione di moratoria temporanea dei crediti risulta, all'esito della riforma, ampliata rispetto all'originario campo di applicazione: essa, infatti, non viene più limitata alle sole convenzioni stipulate con banche o con intermediari, ma regola ora tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore e i suoi creditori¹⁵.

Si noti, infine, l'espresso riferimento agli accordi di ristrutturazione omologati ex art. 63, co. 2-bis CCI del tutto assente nel precedente art. 236, co. 3 l. fall., onde non sembrano esservi dubbi sul fatto che, anche in questo caso, si sia in presenza di un eccesso di delega da parte del Governo, che adottando scelte di politica criminale autonome e/o contrastanti rispetto a quelle del legislatore delegante, inserisce una nuova incriminazione, in assenza di puntuale delega sul punto, con ogni conseguenza in ordine alla violazione del dettato costituzionale (artt. 25, comma 2 e 76 Cost.)¹⁶.

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 ragionevolezza¹⁷.

L'incertezza operativa che ha accompagnato l'introduzione del codice della crisi coinvolge, pure, la procedura del concordato preventivo, interessata a sua volta dall'intervento riformatore e le cui dinamiche attuative possono assumere rilevanza penale.

¹⁵ In questi termini, M. GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., pp. 488 ss.

¹⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *Diritto penale e processo*, cit., pp. 1198 ss.

¹⁷Con riferimento, invece, al linguaggio del diritto, si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 199, pp. 345 ss; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, pp. 265 ss.; M. ROMANO, *Sub Art. 1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, pp. 47 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1981, 352 ss. F. GIUNTA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Nota introduttiva*, in *CRIMINALIA*, 2010, pp. 347-348; 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, pp. 403 ss. Per uno sguardo comparato, si veda, tra gli altri, con riferimento all'ordinamento anglosassone, B. BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, 1996; con riferimento all'ordinamento francese, P. AMSELEK, éd., *Théorie des Actes de langage, Ethique et Droit*, 1986 (Contributions de J. BOUVERESSE, F. RECANATI, J. JAYEZ, F. JACQUES, P. RICÉUR, P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK, N. MAC CORMICK, Z. BANKOWSKI, M. VAN DE KERCHOVE, G. CORNU), in *Droit et société*, n. 4/ 1986, pp. 468-469.

La procedura in parola è oggi strutturata in tre grandi tipologie di concordato, il concordato in continuità aziendale e il concordato liquidatorio (tipologie che, peraltro, possono fondersi tra di loro dando vita a concordati di tipo "misto") e il concordato semplificato liquidatorio¹⁸.

In via di estrema sintesi si può dire che il concordato in continuità prevede la prosecuzione dell'attività, che può essere esercitata in via diretta o indiretta: nel primo caso tale prosecuzione avviene in capo al debitore; mentre nel secondo caso avviene in capo ad un soggetto diverso (spesso attraverso la creazione di una newco consorella)¹⁹.

In entrambi i casi, comunque, la continuità aziendale deve tutelare l'interesse dei creditori e preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro (art. 84, co. 2 CCI).

Il concordato liquidatorio, invece, si caratterizza per il fatto che il debitore non prosegue l'attività, ma provvede a liquidare l'intero patrimonio, procedendo alla soddisfazione dei creditori mediante il risultato utile della liquidazione.

La novità principale è rappresentata dall'introduzione del c.d. concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (artt. 25-*sexies* e 25-*septies* CCI), procedura a carattere volontario, attraverso cui il debitore propone il soddisfacimento dei crediti con le forme, le modalità e le tempistiche indicate nella proposta e sulla base di un piano di cessione dei beni. La proposta di soddisfacimento non è sottoposta all'approvazione dei creditori, ai quali non è consentito votare, ma è rimessa al controllo del Tribunale, che deve verificare, comunque, l'assenza di pregiudizio per i creditori.

Il concordato semplificato per la liquidazione, a ben vedere, non si atteggia come una mera variante o una *species* di concordato preventivo, costituendo piuttosto una procedura (seppur concordataria) diversa ed autonoma dal primo: manca infatti l'elemento discriminante della votazione, con conseguente

¹⁸ Sul tema del concordato preventivo, dopo l'introduzione del codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, si veda, *ex multis*, G. D'ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2022, pp. 95 ss.

¹⁹ Sul punto C. SANTORIELLO, *Qualche breve riforma sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sistema penale*, 27 luglio 2022, risulta critico, in particolare con riferimento alla figura del c.d. concordato indiretto. In particolare, viene visto come un probabile strumento di abuso, attraverso il quale – nel caso della creazione di una newco – si possono chiudere i conti con un passato (magari caratterizzato da illeciti fiscali), acquisendo i benefici derivati dal risparmio fiscale e contributivo precedentemente e illecitamente attuato.

sostituzione dello strumento di autotutela dei creditori – la votazione – con l'eterotutela del Tribunale attraverso il giudizio di omologazione²⁰.

In tale contesto, si inserisce la problematica previsione, per le ripercussioni di natura penalistica, di cui al comma 8, dell'art. 25-*sexies* CCI, che ammette infatti l'applicazione dell'art. 341 CCI anche nell'ipotesi di concordato semplificato. Anche qui, come si è già visto in altre occasioni, il Legislatore opera un rinvio – *rectius*, inserisce una nuova incriminazione –, al di fuori di quanto previsto dalla legge delega, con gravi conseguenze sulla tenuta costituzionale del dettato normativo: vengono, infatti, introdotte norme penali con effetti *in malam partem*, in totale assenza di delega²¹.

In verità, il nodo centrale e al contempo più problematico della nuova disciplina ruota in torno alla corretta definizione del rapporto intercorrente tra le due nozioni di “stato di crisi” e “stato di insolvenza”, che, come già si è anticipato, rappresentano i presupposti sostanziali, rispettivamente, del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale (o fallimento)²².

La corretta risoluzione di tale rapporto trova la sua ragione nel fatto che i due concetti sono collegati, ai fini della rilevanza del delitto di bancarotta, dal summenzionato art. 341, co. 2 CCI (236, comma 2, n. 1, l. fall.)²³.

Nonostante le rilevanti ricadute sul piano penalistico sin qui evidenziate, il legislatore (finora) non si era prodigato di chiarire le esatte coordinate interpretative della relazione in parola, avendo, in un primo momento (ovvero prima dell'entrata in vigore del nuovo codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza), stabilito espressamente, all'art. 160, comma 3, l. fall., che “ai fini

²⁰ Cfr. G. D'ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., pp. 185 ss., secondo cui il tema della qualificazione è centrale, in quanto la disciplina si limita alle due norme citate, accompagnate dal richiamo ad alcune norme dettate per il concordato preventivo, senza un rinvio generalizzato. In questo modo, i silenzi e le lacune nella disciplina di questa procedura non possono essere colmati attraverso l'applicazione diretta delle norme sul concordato preventivo, restando solo consentita, al ricorrere delle condizioni, l'applicazione delle stesse in via analogica.

²¹ Per tale ragione, la citata Commissione Bricchetti propone l'eliminazione di tale norma di rinvio.

²² Di particolare interesse, con riferimento al tema del concordato preventivo, risulta il progetto di riforma della c.d. “*Commissione Rordorf*” (d.d.l. C. 3671-*bis* – S. 2681), il quale si pone come obiettivo, tra gli altri, quello di introdurre una definizione di stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni aziendalistiche. Peraltro, una simile prospettiva sembra venire incontro ai dettami che provengono dall'ordinamento eurounitario, il quale, per mezzo del Regolamento UE 2015/848, si è espresso negli stessi termini.

²³ In tema di equiparazione tra il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento, si veda Cass. Pen., Sez. V, 7 luglio 2015, n. 50289, in *Ilfallimentarista.it* 2016, 4 gennaio.

di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”, aggiunto per mezzo del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modifiche nella legge 23 febbraio 2006, n. 51

L'uso della congiunzione “anche” con valore aggiuntivo sembrava eliminare qualsiasi dubbio in ordine alla diversa portata contenutistica dei due istituti, di modo che appariva relativamente semplice ricondurre allo stato di crisi un'area più ampia di casi rispetto allo stato di insolvenza: in questo senso, non tutte le imprese in stato di crisi avrebbero dovuto essere considerate anche in stato di insolvenza.

Per spiegare tale relazione, si poteva fare riferimento al rapporto di specialità, così come lo ricaviamo dalla logica scolastica, individuando nel concetto di “crisi” il concetto generale e nel concetto di “insolvenza” il concetto speciale²⁴.

Se quanto detto sinora risultava relativamente pacifico, molto più incerto e arduo da appurare era la linea di demarcazione tra gli istituti in esame.

Il solo modo per procedere all'individuazione dell'esatto contenuto da assegnare alle due nozioni sembrava essere quello di partire dalle uniche indicazioni offerte dal legislatore, da rinvenire nel comma 2 dell'art. 5 l. fall., secondo cui lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Come può agevolmente notarsi si tratta di due situazioni in parte omogenee: in entrambi i casi, infatti, l'impresa si trova in una posizione di incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni con la sua attuale liquidità (in caso contrario, non potremmo nemmeno parlare di “crisi”)²⁵.

Ma allora ci si chiedeva quale fosse l'elemento caratterizzante dello stato di insolvenza, ovvero dove risiedesse il suo *quid pluris* rispetto al più generale stato di crisi.

Nella definizione richiamata, l'art. 5, comma 2, l. fall. connotava l'incapacità di adempiere attraverso l'uso degli avverbi “più” e “regolarmente”. In questo modo, veniva espressamente sancita sia la regolarità degli inadempimenti, sia, e soprattutto, il loro attributo di definitività (“non più in

²⁴ In questo senso, v. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, Giuffrè, 2016, pp. 41 ss.

²⁵ Cfr. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. JORIO e B. SASSANI, Giuffrè, 2016., pp. 52.

grado di"). Allora l'elemento caratterizzante dello stato di insolvenza non poteva che attribuirsi alla condizione di irreversibilità della crisi dell'impresa.

D'altra parte, il concordato preventivo si caratterizza per la prospettiva del riequilibrio economico e finanziario, attraverso l'utilizzo del piano di risanamento. Conseguentemente, proprio sulla base del carattere della c.d. fattibilità del piano, sembra potersi dedurre che lo stato di crisi sia rappresentato da una situazione di incapacità ad adempiere alle proprie obbligazioni, ma comunque ancora reversibile²⁶.

Prima dell'introduzione del codice della crisi d'impresa, lo stato di crisi, dunque, veniva fatto corrispondere ad una fase ampia e grave di difficoltà economica, in modo da escludere tutte le situazioni lievi e fugaci di ristrettezza economica, comuni e oramai fisiologiche all'attività d'impresa ma non ancora definitive; potendo far ricorso proprio ad una procedura di risanamento, al fine proprio di ristabilire un regime di capacità ad adempiere alle obbligazioni²⁷ contratte.

La *ratio* su cui poggia, infatti, l'intera disciplina civilistica sembra doversi rinvenire proprio nell'offrire all'imprenditore la possibilità di anticipare il ricorso alla procedura del "nuovo" concordato preventivo, in modo da scongiurare la totale e definitiva decozione societaria.

Se, come si è visto, i concetti in questione solo dal 2005 hanno iniziato ad essere distinti, posto che precedentemente sia il fallimento sia il concordato preventivo poggiavano sullo stesso presupposto che era rappresentato dallo stato di insolvenza, l'introduzione del codice dello stato di crisi e dell'insolvenza ha indubbiamente comportato la definitiva "rottura" del tradizionale sistema penal-fallimentare. Siffatta situazione, infatti, ha subito la definitiva frattura con la nuova definizione dello "stato di crisi", che, come ricordato, rappresenta il presupposto sostanziale del concordato preventivo, e che viene inteso quale stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore²⁸.

²⁶ In questo senso, v. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., pp. 47 ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., pp. 80 ss.; G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 897.

²⁷ Cass., civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437, in *www.ilfallimento.it*

²⁸ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, 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

Invero, la scelta di aver espressamente distinto lo stato di crisi (presupposto del concordato preventivo) dallo stato dell'insolvenza (presupposto del fallimento/liquidazione giudiziale), risulta di non poco momento.

Nello specifico, 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*)"²⁹.

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. Peraltro, tale rapporto basato sul dato temporale è rappresentato dall'importante modifica del 2022 che ha introdotto il limite dei dodici mesi; quasi a dare risposta al problema della delimitazione della zona di rischio penale; problema che ha affannato dottrina e giurisprudenza per almeno un secolo.

In questo quadro, come detto, l'art. 341 CCI (in maniera speculare all'art. 236, co. 2 della legge fallimentare) equipara, ai fini della punibilità a titolo del reato di bancarotta, il decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza³⁰.

Il che può condurre a considerare ormai rotto il binomio tra bancarotta e insolvenza: va considerata la possibilità che un soggetto possa essere punito a titolo di bancarotta, anche nel caso in cui la situazione di difficoltà aziendale non

www.penalecontemporaneo.it, f-8/2019, pp. 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, pp. 91 ss.

²⁹ Sul tema, si veda A. MANGIONE, *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.

³⁰ 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, pp. 845 ss.; oppure M. ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, pp. 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, pp. 864 ss.

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, lo si ricorda, al netto di ogni dubbio sulla legittimità costituzionale del sistema che verrebbe a delinarsi: 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. Le prospettate conclusioni si pongono come l'ulteriore segno esteriore di una disciplina che ormai risulta del tutto sconnessa e incoerente e che, proprio attraverso il caso della bancarotta da concordato preventivo di cui agli artt. 236, co. 2 l. fall. e 341, co. 2 CCI, mostra la sua definitiva inappropriatezza e il suo totale anacronismo rispetto alla realtà economica.

3. Riflessioni conclusive: proposte di riforma.

L'indagine sulla fattispecie incriminatrice della bancarotta da concordato preventivo ha preso le mosse dal tentativo di porre in evidenza i principali profili problematici, partendo dall'evidenza di una disposizione ormai vetusta e probabilmente iniqua; l'indagine si è successivamente soffermata sull'analisi delle varie riforme del versante civilistico del diritto della crisi d'impresa.

In tale ultima fase, tenteremo di tirare le somme, per giungere a qualche riflessione conclusiva.

A questo scopo, sarà utile soffermarsi nuovamente sul delicato contesto di fondo in cui ci si trova ad operare. Ebbene, negli ultimi anni, il legislatore ha dovuto a fronteggiare una vera e propria sindemia, che ha messo in ginocchio la quasi totalità delle attività commerciali. Ci si avvicina alla crisi "di sistema" invocata, tra gli altri, da Stuart Mill secondo cui non è possibile negare che l'insolvenza possa nascere anche da cause fuori dal controllo del debitore, e che, in numerosi casi la colpa non sia grave. In un simile quadro, si riflette come, di fronte ad una "crisi di sistema", il legislatore non può che esserne influenzato, così come le strategie di politica legislativa intese ad influire sui riflessi economici e sociali nell'ottica del processo di sviluppo economico e finanziario³¹.

³¹ J. STUART MILL, *Principi di economia politica (Principles of Political Economy with some Application to Social Philosophy, 1845)*, a cura di B. FONTANA, vol. II, Utet, 1983, pp. 1199 ss.

Se, com'è chiaro, non si deve giungere ad esasperare lo *status quo* fino a considerare tutti gli imprenditori attuali dei moderni *César Birotteau* di Honoré de Balzac o del goldoniano *Pantalone de' bisognosi*, tuttavia, non si possono nemmeno ignorare le gravose contingenze che negli ultimi anni gli imprenditori hanno tentato di fronteggiare.

Proprio il descritto stato di cose, insieme alle difficoltà applicative che accompagnano la fattispecie esaminata ha, ormai da anni, condotto concordemente gli interpreti a ritenere necessario un intervento riformatore in materia.

Le possibili strade considerate percorribili sono sostanzialmente due: i) valutare una radicale eliminazione della fattispecie incriminatrice; ii) oppure, approntare le modifiche necessarie a ricondurre la norma tanto a correttezza formale, quanto a legittimità costituzionale.

i) Le motivazioni a fondamento della soppressione del delitto di bancarotta da concordato preventivo sarebbero molteplici, prima fra tutte quella legata al contesto socio-economico dell'ultimo periodo: l'attuale crisi globale, acuita da pandemia sanitaria e dai conflitti armati in atto, spingono con sempre maggior vigore verso un'impostazione del diritto della crisi d'impresa quale sistema posto a salvaguardia e alla conservazione delle imprese, prima ancora che alla tutela della platea creditoria. Come si è visto, infatti, il versante civilistico ha intrapreso questa via, attraverso le tante riforme – da ultimo, l'introduzione del codice della crisi d'impresa – che ne hanno totalmente ridisegnato il volto.

In questo senso, si è avuto modo di riflettere – con riferimento alla lesività delle condotte punite e al ruolo assunto dal delitto di bancarotta *ex art. 236 l. fall. o 341 CCI* – sulla circostanza per cui sanzionare le condotte di bancarotta, nel caso di ammissione ad un concordato preventivo in continuità o ad un'altra delle procedure richiamate dalla norma, comporta forti dubbi in ordine alla concreta necessità di una punizione: assoggettare a sanzione penale quei comportamenti, in assenza di un dichiarato stato di insolvenza, appare incoerente, posto che tali condotte dovrebbero quantomeno porre concretamente in pericolo il patrimonio dei creditori.

Inoltre, la soluzione dell'eliminazione del delitto di bancarotta da concordato preventivo non significherebbe lasciare spazi di impunità; il diritto penale non arretrerebbe il proprio raggio di azione di fronte a comportamenti distrattivi, di infedeltà o di scorretta tenuta delle scritture contabili, solo perché il soggetto avrebbe la "fortuna" di ritrovarsi in uno stato di mera crisi. Tali

condotte, infatti, risulterebbero ancora (astrattamente) punibili a titolo di appropriazione indebita, infedeltà patrimoniale o degli ulteriori reati societari³².

ii) Laddove si scegliesse di far salva la disposizione e intervenire sul dettato normativo, in modo da riportarlo a coerenza e correttezza, anzitutto, sarebbe opportuno risolvere la questione del soggetto attivo, inserendo anche la figura dell'imprenditore, che al momento non rientra nella cerchia dei possibili autori del reato.

Quanto all'apparato sanzionatorio, occorrerebbe attenuare ulteriormente la pena in caso di bancarotta da concordato preventivo rispetto a quella prevista per la bancarotta tradizionale, posto la delineata differenza delle "situazioni di partenza". A tale stregua, verrebbe attenuato il *vulnus* costituzionale conseguente alla irragionevole punizione di situazioni diverse cui derivi l'inflizione della medesima sanzione.

L'intervento sistematicamente forse più rilevante, tuttavia, attiene al ruolo da attribuire alla condizione di insolvenza che dovrebbe essere riposizionata al centro della fattispecie incriminatrice, rappresentando la concretizzazione del rischio insito nelle condotte incriminate. La detta modifica dovrebbe spiegare i propri effetti tanto nell'ambito del concordato preventivo in continuità, quanto per gli accordi ad efficacia estesa, per la convenzione di moratoria e per gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 63-bis CCI.

Da questo punto di vista, appare necessario che la disposizione contempli l'obbligo per l'autorità giudiziaria fallimentare, che omologa o ammette l'impresa a tali procedure, di dichiarare, quando ne sussistano i presupposti, l'eventuale stato di insolvenza³³.

Al riguardo, si rileva come l'istituto della convenzione di moratoria, non richiedendo per il suo perfezionamento un provvedimento giudiziario di omologazione e/o ammissione alla procedura, in ottica di riforma, potrebbe essere espunta dall'elenco contenuto nella fattispecie incriminatrice in parola.

Solo per tale via, il sistema sin qui esaminato potrebbe ritrovare l'anelato equilibrio ripristinando il binomio bancarotta-insolvenza, ma soprattutto si potrebbe scongiurare il forte disincentivo all'utilizzo delle nuove procedure

³² Sul punto e per una compiuta panoramica dello stato attuale del diritto penale della crisi d'impresa, si veda F. MUCCIARELLI, *Crisi di impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2022, pp. 1013 ss.

³³ Sul punto, diffusamente, si veda M. FABIANI e I. PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 8-9, Ipsa, 2022, pp. 1035 ss.

concorsuali con funzione prettamente conservativa da parte degli operatori economici interessati, e ciò a maggior ragione nel periodo di profonda crisi ad oggi ancora in atto, il che sarebbe incoerente con gli stessi principi e scopi dell'attuale codice della crisi.

Proprio in questo senso si è mossa l'opera della "Commissione Bricchetti-Commissione dei reati fallimentari"³⁴, istituita per elaborare proposte di interventi sul codice della crisi e che (finalmente) ha la possibilità di cambiare in via definitiva e risolutiva il volto del versante penalistico di questa disciplina, adeguandolo alla realtà e rendendolo omogeneo rispetto al versante civilistico. Come si è visto, la Commissione ha lavorato per superare le delineate difficoltà, ed in particolare sulla precisazione dei soggetti attivi, sulla eliminazione del rinvio *ex art. 25-sexies CCI* - che rende applicabile il reato di cui all'art 341, co. 2 CCI anche nel caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, avvenuto al di fuori della delega -, nonché sulla scelta decisiva di porre al centro della incriminazione, come per la bancarotta tradizionale, la dichiarazione di insolvenza.

³⁴ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021.