



**SAPIENZA**  
UNIVERSITÀ DI ROMA

**Dipartimento di scienze giuridiche**  
**Dottorato di ricerca in Diritto pubblico**  
**Curriculum di Diritto Penale**

## **Profili penali delle nuove procedure concorsuali**

***Tutores***

Prof. Marco Gambardella

Prof. Antonio Fiorella

**Candidato**

Andrea Pantanella

Ciclo XXXII - A/A 2018/2019

*“In verità, è un paradosso tipico dello spirito umano cogliere gli elementi senza poterne abbracciare la sintesi: paradosso epistemologico d'una scienza certa nei fatti, ma comunque insufficiente: sufficiente nelle sue teorie, ma comunque incerta, ovvero paradosso psicologico di un io percettibile nelle sue parti, ma inaccessibile nella sua profonda unità”*

(Albert Camus, *Metafisica cristiana e neoplatonismo*)



## INDICE-SOMMARIO

### INTRODUZIONE

Lo studio del diritto penale della crisi d'impresa e il "Sisifo camusiano"	1
--	---

## PARTE PRIMA

### LA DIMENSIONE TEMPORALE

#### CAPITOLO I

#### I MODELLI DEL DIRITTO PENALE-FALLIMENTARE NEL TEMPO

1. La genesi nel diritto romano	7
2. L'arretramento nell'alto medioevo	12
3. La ripresa del basso medioevo. I Comuni e i mercanti: la nascita della <i>Lex mercatoria</i>	13
4. L'epoca rinascimentale e la comparsa degli elementi soggettivi della colpa e del dolo	19
5. Gli Stati assoluti e l'" <i>Ordonnance du commerce</i> "	20
6. Il Codice di commercio Napoleonico e le legislazioni attuali	21

## PARTE SECONDA

### LA DIMENSIONE SPAZIALE

#### SEZIONE I

# **I MODELLI DEL DIRITTO PENALE-FALLIMENTARE NEGLI ORDINAMENTI ANGLOSASSONI**

## **CAPITOLO I**

### **INTRODUZIONE ALLA COMPARAZIONE: CENNI SU *COMMON LAW, WHITE COLLAR CRIMES E FRAUD***

1. Cenni sulla <i>Common Law</i>	24
2. Un passo verso la disciplina della <i>Common Law</i> in merito al valore attribuito al “precedente”: la Corte di cassazione si immerge nel Mnemosine	30
3. Cenni sui “ <i>White collar crimes</i> ”	40
4. Un’introduzione al concetto di frode ( <i>fraud</i> ): la frode come diretta conseguenza del Neoliberismo	43
5. Cenni sul concetto di <i>fraud</i> all’interno degli ordinamenti anglosassoni	46

## **CAPITOLO II**

### **UNO SGUARDO COMPARATISTICO: IL MODELLO FALLIMENTARE ANGLOSASSONE**

1. Premessa metodologica	49
2. La disciplina fallimentare nel Regno Unito: una perfida (non tanto) Albione	50
3. Il recente crac Carillon	61
4. La disciplina fallimentare negli Stati Uniti e la mimèsi del Legislatore italiano	62
5. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare del Regno Unito	71
6. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare degli Stati Uniti	81

## **SEZIONE II**

### **I MODELLI DEL DIRITTO PENALE-FALLIMENTARE ITALIANO**

## **CAPITOLO I**

### **DALL'ART. 217-BIS DELLA LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 324 DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

1. Introduzione	92
2. Concetto di esenzione da reato di bancarotta: l'art. 217-bis l. fall.	94
3. I principali profili problematici	97
3.1. La natura giuridica e l'ambito di operatività	97
3.2. Il sindacato del giudice penale	103
4. La matrice anglosassone: l'istituto del <i>Safe Harbour</i> , una sorta di "Vallo di Adriano" predisposto per le operazioni finanziarie	110
5. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nuovo art. 324 c.c.i.i.	114
6. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di esenzione dai reati di bancarotta e sindacato del giudice penale: Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675	116

## **CAPITOLO II**

### **DALL'ART. 236 LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 341 CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

1. Introduzione	118
2. Primo comma: il delitto di falso per ottenere l'ammissione al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria	120
3. Secondo comma: il reato di bancarotta da concordato preventivo	124
3.1. La disposizione di cui all'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. (l'art. 341, co. 2, lett. a) c.c.i.i.)	124
3.2. Lo stato di crisi e lo stato di insolvenza: punto di frattura del tradizionale diritto fallimentare	126
3.3. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: l'alba di una era. Il nuovo diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza	132

4. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in merito all'art. 236 l. fall.: Sez V, 15 giugno 2018, n. 39517	<b>134</b>
---	------------

### **CAPITOLO III:**

## **DALL'ART. 236-BIS LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 342 CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

1. Un “nuovo” protagonista in ambito penale: il professionista attestatore	<b>136</b>
2. La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 236- <i>bis</i> l. fall.	<b>140</b>
3. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione temporale	<b>144</b>
4. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione spaziale: in particolare i rapporti con il delitto di cui all'art. 236, co. 1 l. fall.	<b>150</b>
5. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: cronaca di una (illegittima) <i>abolitio criminis</i> parziale	<b>153</b>
6. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in merito alla figura del professionista attestatore: Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 16759	<b>156</b>

### **CAPITOLO IV**

## **CENNI AI PRINCIPALI PROFILI PROBLEMATICI DELL'ATTUALE DIRITTO PENALE FALLIMENTARE**

1. Introduzione	<b>159</b>
2. La bancarotta fraudolenta propria e il problema del nesso di causalità	<b>160</b>
2.1. Lo stato dell'arte del delitto di bancarotta fraudolenta propria	<b>160</b>
2.2. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento	<b>166</b>
2.3. Il nesso di causalità e l'apparente conflitto giurisprudenziale: la <i>damnatio memoriae</i> della “Sentenza Corvetta”	<b>171</b>
2.4. L'argomento letterale e il confronto con la bancarotta fraudolenta da reato societario come reato di evento	<b>174</b>
2.5. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, un tentativo di correttivo	<b>177</b>

3. La bancarotta fraudolenta impropria da reato societario e il problema dell'aggravamento del dissesto	179
3.1. Lo stato dell'arte del delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario	179
3.2. Il nesso eziologico nella bancarotta fraudolenta impropria da reato societario e l'aggravamento del dissesto	186

## **PARTE TERZA**

### **UN PARTICOLARE SGUARDO AL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: I DELITTI DI FALSE ATTESTAZIONI**

#### **CAPITOLO I**

#### **I DELITTI DI FALSE ATTESTAZIONI NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

1. Premessa: le coordinate del sistema	191
2. La nascita dei delitti di falsità in attestazioni nell'ambito del diritto penale fallimentare	193
2.1. Il delitto di falso per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria <i>ex art. 236, co. 1, l. fall.</i>	193
2.2. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni <i>ex art. 236-bis l. fall.</i>	196
2.3. Il delitto di falso nelle attestazioni dei componenti dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento <i>ex art. 16, c. 2, l. 27 gennaio 2012, n. 3</i>	199
3. Gli effetti che l'introduzione del nuovo Codice della crisi ha provocato sui reati di false attestazioni	201



3.1. In generale: cenni sulle principali modifiche apportate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza	201
3.2. In particolare: le modifiche intervenute sui delitti di falso e l'eliminazione della rilevanza penale del giudizio di fattibilità economica	204
4. Le nuove figure di falso nel procedimento di esdebitazione e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI	207
5. Il mini-sistema dei delitti di false attestazioni nell'ambito del nuovo diritto della crisi di impresa	208
5.1. I caratteri comuni del mini-sistema dei delitti di false attestazioni	208
5.2. Teorie del vero. Una possibile ricostruzione del parametro da utilizzarsi per giudicare le valutazioni dei soggetti attestatori	212
5.3. Riflessioni conclusive	215
<i>Bibliografia</i>	218

## **INTRODUZIONE**

### **Lo studio del diritto penale della crisi d'impresa e il "Sisifo camusiano"**

1. "Gli dei avevano condannato Sisifo a far rotolare senza posa un macigno sino alla cima di una montagna, dalla quale la pietra cadeva per azione del suo stesso peso. Essi avevano pensato, con una certa ragione, che non esiste punizione più terribile del lavoro inutile e senza speranza".

Le parole di Albert Camus che descrivono l'infausta sorte toccata a Sisifo potrebbero ben rappresentare le difficoltà che si parano innanzi a chi intenda approcciare il tema della crisi di impresa in ottica penalistica.

Il macigno sembra non cessare mai di cadere, continua a rotolare senza fine. La materia del diritto penale fallimentare, allo stato, risulta di comprensione assai ardua: una materia fatta a brandelli dal tempo e, soprattutto, dagli interventi maldestri di un legislatore che si è dimostrato più aguzzino che salvatore.

La recente riforma che ha introdotto il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, realizzata con d. lgs. n. 14 del 2019 in attuazione della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, ha ricacciato ai piedi della montagna i propositi di riordino e di razionalizzazione della disciplina.

Eppure, se si cambia prospettiva, si può constatare come lo stato e la natura di siffatto settore del diritto penale si prestano in maniera straordinaria ad un lavoro di ricerca, ponendo all'interprete ampie e numerose prospettive di indagine e di riflessione.

Ed infatti, lo studio del diritto penale della crisi di impresa si impone all'attenzione del giurista, non solo per la rilevanza assunta nell'attuale realtà socio-economica, ma soprattutto per la trasversalità che caratterizza la materia; il nodo, invero, risulta aggrovigliato da fili che fanno capo a diverse discipline: giuridiche, economiche, sociologiche, criminologiche e così via.

2. Una ricerca che, pertanto, viene a donare stimoli di studio avvincenti, permettendo all'interprete di compiere viaggi in entrambe le sfere della realtà: il tempo e lo spazio.

Limitante e, senza dubbio, inappagante sarebbe identificare solo lo "stato dell'arte" di tale travagliata materia; inutile, e forse controproducente, ipotizzare soluzioni di riforma, senza prima prendere in considerazione i modelli che sono stati sviluppati nell'ambito temporale e nell'ambito spaziale.

Da questo punto di vista, la luce può essere trovata solo se si recuperano le matrici storiche dei modelli che abbiamo oggi nel nostro ordinamento.

Ma non basta. Serve uno sforzo ulteriore. Orbene, occorre allargare l'analisi dei profili penali delle procedure concorsuali anche alle esperienze degli ordinamenti stranieri più avanzati.

La ricerca, a ben vedere, se vuole avere una qualche pretesa di serietà deve investire un triplice ordine di modelli, che, come detto, si collocano lungo le linee del "tempo" e dello "spazio":

- i) I modelli storici;*
- ii) I modelli attuali;*
- iii) I modelli stranieri.*

D'altra parte, il recupero dei modelli storici appare senz'altro un passo imprescindibile e fondamentale.

Anzitutto, si deve riconoscere alla bancarotta – il reato principe del diritto penale fallimentare – il valore di vero e proprio archetipo dei reati in materia economica: simile crimine può vantare una tradizione che affonda le radici nei secoli e che ha stimolato e conosciuto l'intervento da parte dei più grandi giuristi italiani di ogni epoca.

Secondariamente, e più di ogni altra cosa, l'analisi storica consente di comprendere a pieno quelle che sono diventate le norme rilevanti in materia, le quali altro non sono che maldestri tentativi di tenere in vita vecchi paradigmi giuridici. In tal modo, una attenta analisi di siffatti modelli permette di smascherare interventi legislativi insufficienti, ma soprattutto permette di disvelare come la disciplina normativa, per come si presenta oggi, costituisce il frutto di scelte che erano all'epoca imposte da un sistema economico e commerciale totalmente estraneo a quello che vige ai nostri giorni.

Il sostrato è profondamente mutato e ha inesorabilmente e impietosamente mostrato l'inattualità e l'inefficienza delle attuali norme che rispecchiano schemi ormai resi anacronistici dal rapido volgere del tempo.

Passando ora al secondo criterio di analisi sistematica, la ragione dello sviluppo della sfera spaziale risulta altrettanto necessaria: circoscrivere l'indagine al solo ordinamento nazionale appare strategia infruttuosa e sterile.

Ciò per una serie di cogenti ragioni, che si vanno brevemente a rappresentare.

In primo luogo, non possono ignorarsi le spinte provenienti dagli ordinamenti sovranazionali che, scuotendo l'inerzia dei parlamenti nostrani, rappresentano attività di stimolo all'innovazione normativa, seppur comunque finalizzata al ravvicinamento e all'armonizzazione dei vari ordinamenti.

In secondo luogo, si deve tenere ben presente la realtà delle imprese moderne che si trovano con sempre maggior frequenza ad operare nel mercato transnazionale, superando i tradizionali limiti territoriali nazionali.

In terzo luogo, lo sviluppo della sfera spaziale ci dà contezza di quella che può definirsi come una vera e propria attività di mimesi realizzata dal nostro legislatore, il quale non perde occasione di importare, anche in maniera indiscriminata, elementi ed istituti provenienti dalla cultura giuridica di ordinamenti considerati più moderni ed avanzati (interventi di chirurgia giuridica, a dire il vero, che non sempre garantiscono la necessaria omogeneità e fluidità della disciplina che ne risulta).

Or dunque, lungo siffatto crinale, non può non balzare agli occhi dello Studioso attento l'estremo stato di malessere che vive il diritto penale dell'economia, il quale, tuttavia, continua, anche per sua natura, ad essere legato ad una visione fortemente nazionale del diritto, con conseguente crisi, peraltro, della pretesa punitiva.

La dimensione (espansionistica) sovranazionale dell'attività economica e la straordinaria rapidità di mutamento dei modelli spingono, pertanto, l'interprete a confrontarsi con gli ordinamenti che trainano la scienza economica, in modo da individuarne le regole che sono alla base delle rispettive discipline.

3. Altro profilo che merita menzione fin dalle prime battute della Ricerca è l'importanza della materia del diritto penale della crisi di impresa.

Un settore che invade i confinanti campi dell'analisi socio-economica e dell'analisi criminologica.

Senonché, l'odiosa attenzione del legislatore contemporaneo sembra indirizzata, in maniera senza dubbio consapevole, verso altri lidi; lidi che indubbiamente garantiscono un più immediato consenso di natura, com'è ovvio, prettamente politica.

È noto a chiunque osservi ciò che accade: l'allarme sociale viene pilotato verso altre categorie di crimini, in modo da condizionare il senso critico della comunità e sensibilizzarla verso reati come quelli che si verificano in materia di circolazione

stradale o verso nuove tipologie criminali, come quelle degli immigrati o, infine, perseguendo la tradizionale demonizzazione delle vecchie classi pericolose.

Tutto ciò al fine di distogliere l'attenzione da episodi decisamente più drammatici: siamo entrati in un tunnel di scandali finanziari di dimensioni e pericolosità sociale immani. Si pensi, in via di estrema sintesi esemplificativa, ai crack di società del calibro di Parmalat, Cirio o Alitalia.

Siamo, in altri termini, innanzi a scenari di crisi di inimmaginabile entità e, contemporaneamente, scenari di “rapina di risparmi altrui”<sup>1</sup>; ovvero di situazioni che si caratterizzano per la massima dimostrazione dell'aggressività e della sopraffazione del più potente nei confronti del più debole.

Non cade in vaniloquio, a tal riguardo, notare come ritornino d'attualità gli insegnamenti del Maestro della criminologia Sutherland, che, come noto, teorizzò il concetto di “criminologia economica”<sup>2</sup>.

Simile concetto prende in considerazione un tipo di crimine che si caratterizza per essere “diffuso”, “organizzato”, “di massa” e, inoltre, con enormi ricadute sulla collettività nel suo complesso; ricadute, si osserva, che si presentano come maggiormente dannose rispetto a quelle che derivano dai consueti “reati di strada”.

Con Sutherland muta completamente lo stereotipo del soggetto criminale.

Mentre, fino ad allora, questi era inteso come un individuo portatore di deprivazioni sociali; la causa che portava tale soggetto a delinquere era individuata nella miseria e nella povertà.

Successivamente, tale stereotipo cambia, quanto meno smette di trascurare il soggetto criminale “colletto bianco”, il quale, al contrario, è cittadino gradevole, elegante, rispettabilmente inserito nella società, lavoratore di alto rango e quanto altro.

Ecco allora che il monito lanciato da Sutherland dovrebbe assolutamente tornare di attualità: il diritto penale e, quindi, le pene non possono puntare solo i poveri, i miserabili, i deboli, ma anzi devono riguardare anche, e soprattutto, quel sostrato criminale dei potenti che avvelena la società in silenzio, dietro l'intoccabile faccia del privilegiato.

---

<sup>1</sup> Usa questi termini, all'interno di uno straordinario saggio, ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, un'introduzione*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, 2011, p. 11 ss.

<sup>2</sup> Cfr. SUTHERLAND, *White collar crime*, New York: Dryden Press, 1949.

Il problema allora sembra rappresentato dalla domanda su come fronteggiare questa rinnovata criminalità economica.

Come esempio può venire in rilievo l'esperienza degli Stati Uniti.

Qui si è tentato di rispondere ai colossali scandali finanziari attraverso il ricorso ad un sistema sanzionatorio estremamente rigido (si pensi al *Sarbane Oxley Act* del 2002), nel tentativo di far leva sul carattere deterrente della sanzione penale.

Certo è che un simile approccio, estremamente rigoroso, non ha condotto ai risultati sperati, come testimoniato dal fatto che simili accadimenti non hanno in alcun modo cessato di svilupparsi.

Non bisogna, in ogni caso, illudersi. La risposta ad un quesito del genere si impone quasi a livello utopistico.

Partendo, invero, dal presupposto che non si possono superare queste difficoltà se non affrontando la questione anche su un piano etico e morale, ciò che occorre con impellenza è ricostruire il palazzo giuridico, dalle fondamenta: si devono ripensare le norme, in modo da rifondare l'intero sistema penal-fallimentare.

Tale rifondazione non può dunque prescindere dalla consapevolezza dei modelli storici che rappresentano le matrici degli odierni istituti e dalla conoscenza dei modelli che vengono oggi adottati dagli ordinamenti stranieri più avanzati.

Ecco, allora, che lo Studioso, come il Sisifo camusiano, si trova ai piedi della montagna, con il suo fardello. Egli tuttavia è felice: egli è in grado di sollevare i macigni. Viene, infatti, in aiuto, la rassicurazione che ricorda come "anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un uomo".

## **PARTE PRIMA**

### **LA DIMENSIONE TEMPORALE**

## CAPITOLO I:

### I MODELLI DEL DIRITTO PENALE -FALLIMENTARE NEL TEMPO

**Sommario:** 1. La genesi nel diritto romano – 2. L’arretramento nell’alto medioevo – 3. La ripresa del basso medioevo. I Comuni e i mercanti: la nascita della *Lex mercatoria* – 4. L’epoca rinascimentale e la comparsa degli elementi soggettivi della colpa e del dolo – 5. Gli Stati assoluti e l’“*Ordonnance du commerce*” – 6. Il Codice di commercio Napoleonico e le legislazioni attuali.

#### 1. Il primo modello della nostra storia: il diritto romano

“*La storia della lex mercatoria è la storia di un particolare modo di creare diritto, la storia del <<particolarismo>> che ha contraddistinto la regolazione normativa dei rapporti commerciali, rendendola diversa dalla regolazione normativa di ogni altra specie di rapporti sociali*” rappresenta l’incipit dell’opera di un grande Maestro del diritto commerciale<sup>3</sup>.

Ebbene, questa storia trova il proprio punto di origine nel periodo medievale, quando, con il fiorire dei Comuni e dei traffici commerciali, la classe mercantile, ovvero i *mercatores*, assume il controllo della società, a tal punto da essere in grado di creare, senza alcuna mediazione della società politica, un proprio diritto, il *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, per regolare la propria attività<sup>4</sup>.

In effetti, però, questa storia sembra affondare le proprie radici in un’epoca ancora più risalente, segnatamente quella dell’antica Roma<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il mulino, 2010, p. 9.

<sup>4</sup> Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 40, definisce il *ius mercatorio* o la *lex mercatoria*, quali espressioni provenienti dal linguaggio giuridico dotto, coniate dai commentatori Bartolo e Baldo, per designare un modo particolare di creazione del diritto: è *ius mercatorio* non solo perché regola l’attività mercantile e commerciale, ma anche e soprattutto perché è creato dagli stessi *mercatores*.

<sup>5</sup> Per una ricognizione sulla genesi dei reati fallimentari, si veda LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, 1913, p. 1 ss; si veda anche CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, Cedam, 2017, p. 3 ss.



La disciplina giuridica del fallimento, latamente inteso, nasce, agli albori della civiltà, parallelamente all'espansione degli scambi commerciali, nel momento in cui compariva la necessità di dilazionare i pagamenti<sup>6</sup>.

Solo in un periodo più recente si diffonde il principio per cui il debitore insolvente risponde delle obbligazioni assunte con i propri beni<sup>7</sup>. Inizialmente, infatti, quest'ultimo rispondeva del debito con la propria persona; e tale situazione caratterizzava anche il diritto romano arcaico<sup>8</sup>.

A tal proposito, occorre far riferimento alle famigerate XII Tavole, che risalgono a metà del quinto secolo avanti Cristo e che si caratterizzavano per l'efferatezza dell'esecuzione personale e dalla equiparazione tra debitore insolvente in mala fede e debitore in buona fede.

In questo periodo, il creditore insoddisfatto – riconosciuto tale sulla base di una *legis actio* – aveva la facoltà di agire nei riguardi del debitore per mezzo della *legis actio per manus iniectioem*, in forza della quale il debitore insolvente veniva sottoposto ad una sorta di carcerazione preventiva, diventando c.d. *addictus*, con la conseguenza di poter essere portato, per sessanta giorni, al mercato per essere riscattato<sup>9</sup>.

Nel caso in cui tale termine di sessanta giorni fosse trascorso senza esito, il debitore insolvente poteva essere venduto come schiavo *trans Tiberim* o addirittura ucciso. Peraltro, qualora vi fosse stata una pluralità di creditori, ciascuno risultava titolare del diritto di uccidere e letteralmente di smembrare il corpo del debitore (*partes secare*), anche se tale previsione non risulterebbe essere stata mai praticata.

Come si evince da simili indicazioni, dunque, il diritto arcaico romano si contraddistingueva per il carattere ad un tempo privato e penale: privata, ed ispirata ad un regime di autodifesa, era la procedura (in quanto il pubblico intervento rimaneva limitato); penale, invece, se si prendono in considerazione le durissime pene<sup>10</sup>.

Tuttavia, il pensiero giuridico romano subì un notevole sviluppo, in maniera speculare all'espansione dello Stato e della cultura che via via otteneva Roma.

---

<sup>6</sup> Sul punto, si veda CONTI, *Il fallimento* (reati in materia di), in *Digesto delle Discipline Penali*, V, 1994, p. 10 ss.

<sup>7</sup> In questo senso, cfr. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, F.lli Bocca, 1917, p. 131 ss., secondo il quale tale approdo viene raggiunto da società maggiormente progredite.

<sup>8</sup> Cfr. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, cit., 1913, p. 9 ss.

<sup>9</sup> Cfr. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, cit., 1913, p. 10.

<sup>10</sup> In questo senso, si veda CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, cit., p. 4.

Con riguardo alla disciplina propria dell'insolvenza, una straordinaria innovazione fu raggiunta tramite la *Lex Poetelia Papiria* – risalente al 326 a. C. – che ebbe il fondamentale merito di concepire ed introdurre nel sistema giuridico il primo esempio di limitazione della responsabilità del debitore al suo patrimonio: la garanzia dell'obbligazione risiede nel patrimonio del debitore e non nella sua persona.

Tale importante intervento normativo, infatti, prevede l'abolizione del *Nexum*, ovvero quella solenne forma di garanzia, sulla base della quale il soggetto che riceveva una somma di denaro in prestito era costretto a vivere presso il debitore lavorando per questi, fino a che non avesse estinto il debito.

Ma una simile pratica, espressione diretta di una società agricola e arcaica, non poteva reggere alle pressioni provenienti dai plebei (ovvero i *nexi*), che riuscirono ad ottenere la cancellazione per tutti i debitori che erano incolpevolmente insolventi.

In questo modo, venne creato un criterio che distingueva i debitori insolventi incolpevoli da quelli colpevoli di mala fede: mentre i primi rimanevano obbligati a soddisfare le pretese patrimoniali del creditore fino all'estinzione del debito, i secondi continuavano ad essere sottoposti all'esecuzione personale.

Ad ogni modo, entrambi subivano la grave dichiarazione di *infames*, che comportava conseguenze severe, come svariate incapacità.

Dall'altro lato, come si è visto, la *Lex Poetelia Papiria* introdusse il principio di esecuzione sul patrimonio del debitore; come scrisse Livio, "*pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*".

Pertanto, l'intervento legislativo in parola introdusse due concetti, che rilevano ancora oggi:

i) quello della garanzia patrimoniale, concetto propedeutico allo sviluppo di un diritto in grado di supportare una società in cui gli scambi commerciali stavano assumendo un'importanza centrale;

ii) quello dell'esecuzione personale, per i debitori in mala fede. In questo modo fa la sua comparsa il principio per cui il debitore insolvente veniva punito per la sua condotta fraudolenta<sup>11</sup>.

Tuttavia, la vena creativa della civiltà romana non si limitò a tali innovazioni, ma continuò ad evolversi, di pari passo con l'espansione geografica, militare ed economica.

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Barbera editore, 1903, p. 214 ss.

Col tempo si sviluppò lo *ius praetorium*, ovvero un sistema di norme creato dai magistrati romani, i *praetores*, col fine di porre correttivi o colmare le lacune allo *ius civile*, in guisa da rendere la disciplina meno piena di formalismi, i quali risultavano sempre più inadeguati.

Lungo siffatto crinale, lo *ius praetorium* l'istituto della *missio in bona*, che rappresenta il vero e proprio antenato delle odierne procedure concorsuali<sup>12</sup>.

Tale disciplina prevedeva che il creditore insoddisfatto aveva la facoltà di rivolgersi al pretore per ottenere la citata *missio in bona*, sulla base della quale il debitore perdeva *in toto* il patrimonio dal suo controllo, a favore del creditore che ne otteneva la completa gestione; si noti, peraltro, che il debitore non aveva la possibilità di trattenere nemmeno lo stretto indispensabile per sopravvivere<sup>13</sup>.

Successivamente allo spossessamento il pretore disponeva la *proscriptio*, attraverso la quale eventuali ulteriori creditori venivano messi al corrente dell'apertura della procedura<sup>14</sup>.

Da tale data, poi, iniziava a decorrere un termine di trenta giorni, trascorso il quale, nel caso in cui il debitore fosse risultato ancora insolvente, egli veniva dichiarato *infamis*. A questo punto, i creditori nominavano il *magister bonorum*, il quale aveva il compito di vendere il patrimonio del debitore; dal canto suo, il pretore aveva invece la facoltà di nominare un *curator honorum*, il quale aveva il compito di gestire i beni spossessati.

Il *magister bonorum*, quindi, stabiliva le condizioni di vendita, che dovevano ottenere l'approvazione da parte del pretore. Solo una volta che tale approvazione fosse stata disposta si poteva procedere alla *bonorum venditio*, ovvero ad una vera e propria asta, che veniva aggiudicata dal *bonorum emptor*, cioè colui che avesse offerto di pagare la percentuale più alta di debiti.

Costui subentrava al debitore sia nell'asse attivo, sia in quello passivo, pur sempre nei limiti della percentuale che acquistava. Tuttavia, non acquistava la

---

<sup>12</sup> In merito, si veda MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 2006, p. 106.

<sup>13</sup> Cfr. LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, cit., p. 11. Si veda anche PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Utet, 1953, p. 5 ss.

<sup>14</sup> In merito a tale procedura, si veda SCIALOIA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana. Corso di lezioni raccolte da Mapei e Nannani*, 1894, p. 91, secondo il quale siffatta disciplina aveva ancora una funzione di coazione della volontà di un debitore fuggitivo che intendeva sottrarsi all'esecuzione.

proprietà quiritaria, bensì solo quella pretoria (erano previste *actiones* pretorie basate su *fictiones*).

Dunque, la *bonorum venditio* realizzava una sorta di successione di persona vivente, attraverso una finzione di morte. Pertanto, la procedura appariva assai afflittiva per il debitore, che non era risparmiato dalla infamia, ma soprattutto non veniva liberato dai suoi debiti, in quanto i creditori potevano sempre convenirlo affinché pagasse la differenza tra quanto dovuto e quanto versato dal *bonorum emptor*<sup>15</sup>.

Per vedere l'ulteriore passo in avanti della disciplina romana bisogna attendere il periodo imperiale, precisamente l'anno 7 a. C., quando, sotto il primo imperatore Ottaviano Augusto, venne rogata la *Lex Iulia de cessione bonorum*.

Per mezzo di questa legge, il debitore insolvente di buona fede ottenne la facoltà di chiedere la propria *cessio bonorum*, senza però essere assoggettato alla *proscriptio* e all'*infamia*, oltre che alla esecuzione personale.

Inoltre, il debitore aveva la possibilità di conservare quanto gli necessitasse per sopravvivere: poteva, infatti, ottenere il *beneficium competentiae*, sulla base del quale avrebbe potuto subire l'esecuzione entro il limite dell'*id quod plerumque accidit*.

Come si vede, ormai venne a delinearsi una disciplina, estremamente moderna e avanzata, che già conteneva in sé quelli che tutt'oggi rappresentano i concetti basilari del diritto fallimentare: si pensi all'esecuzione patrimoniale e al diritto dei creditori di disporre dei beni del debitore insolvente; oppure si pensi il principio della *par condicio creditorum*; o, infine, alla distinzione tra debitori di buona fede e quelli di mala fede o fraudolenti.

Tale sistema veniva completato dai rimedi pretori predisposti contro le fraudolente diminuzioni patrimoniali effettuate dal debitore insolvente nei confronti dei creditori.

I mezzi revocatori erano costituiti dalla *denegatio actionis*, dall'*interdictum fraudatorium* e dalla *in integrum restitutio ob fraudem*<sup>16</sup>.

Il primo rimedio pretorio consisteva nel favore accordato al *bonorum emptor*, il quale non poteva venire convenuto dal terzo creditore con cui l'insolvente si fosse obbligato solo al fine di accrescere il proprio passivo.

---

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, CARNUCCIO, *I Reati fallimentari*, cit., p. 7 ss.

<sup>16</sup> Sul punto, si veda ancora CARNUCCIO, *I Reati fallimentari*, cit., p. 8.

Il secondo consisteva in un rimedio direttamente esperibile dal singolo creditore, successivamente alla *bonorum venditio*; tuttavia, la restituzione avveniva a vantaggio di tutti i creditori.

Il terzo, infine, consisteva nella concessione da parte del pretore, su richiesta del *curator bonorum* nei casi di indebitamento fraudolento, di una *venditio*, che comprendeva anche i beni oggetto degli atti fraudolenti.

Un simile avanzato sistema richiedeva la presenza di tre presupposti:

i) l'*eventus damni*, di natura oggettiva, che ricorreva allorquando il debitore avesse causato un pregiudizio ai creditori, avendo ridotto il patrimonio in misura insufficiente per la loro soddisfazione;

ii) il *consilium fraudis*, di natura soggettiva, che ricorreva, invece, allorquando il debitore avesse agito al fine di pregiudicare i creditori, avendo avuto consapevolezza dell'insolvibilità conseguente alla diminuzione patrimoniale;

iii) la *scientia fraudis*, sempre di natura soggettiva, che consisteva nella coscienza del pregiudizio da parte del terzo creditore.

In conclusione di tale straordinaria evoluzione, il diritto romano aveva regalato al Mondo occidentale la prima disciplina moderna e completa di diritto fallimentare che vide il proprio culmine con l'unificazione di tali rimedi – attuata dalla compilazione del Digesto – nella *Actio Pauliana*, che rappresenta il vero antecedente storico dell'odierna azione revocatoria *ex artt. 2901 – 2904 c.c.*<sup>17</sup>.

## **2. L'arretramento nell'alto medioevo**

Come noto, la caduta dell'Impero romano aprì una fase storica caratterizzata da arretratezza e povertà, che inevitabilmente ebbe ripercussioni anche sul pensiero giuridico. Le raffinate soluzioni escogitate dai romani vennero, inizialmente, perdute.

Questa situazione investì anche la disciplina concernente i rapporti tra debitori e creditori. Le lancette della storia vennero spostate all'indietro: tornò a diffondersi un sistema basato sull'esecuzione personale; i debitori insolventi potevano essere ridotti in schiavitù o, addirittura, potevano essere messi a morte.

---

<sup>17</sup> Cfr. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 6 ss.

A ben vedere, l'ordinamento dei Franchi, sulla base della legge Salica, prevedeva anche una esecuzione patrimoniale, che doveva essere esperita prima di quella personale: in caso di inadempimento, infatti, il debitore subiva l'accrescimento della prestazione dovuta, ma poteva obbligare al suo posto i propri parenti (attraverso una procedura detta *chrene cruda*)<sup>18</sup>.

Tuttavia, nel caso in cui il debitore insolvente non riusciva ad estinguere il debito poteva essere catturato ed ucciso.

Situazione simile poteva intravedersi con riferimento ad un'altra popolazione barbarica dell'alto medioevo, ovvero i Longobardi. Presso tale popolo l'insolvenza e l'occultamento dei beni poteva essere risolto con una pena pecuniaria, anche se ben poteva trasformarsi nella più grave pena della riduzione in schiavitù con il lavoro sia proprio, sia dei familiari.

La sottrazione di quanto dovuto veniva visto dall'ordinamento longobardo alla stregua di un furto e come tale veniva represso<sup>19</sup>.

Pertanto, come si evince dalla breve disamina effettuata, le legislazioni barbariche si caratterizzavano per un sistema che aveva reinserito un tipo di esecuzione personale, alla quale si giungeva qualora il debitore risultasse insolvente: in pratica, se questo non riusciva ad estinguere il proprio debito rischiava schiavitù e morte.

### **3. La ripresa del basso medioevo. I Comuni e i mercanti: il modello della *Lex mercatoria***

*“Meraviglioso parve senza dubbio agli stessi popoli medioevali quell'intenso rigoglio di vita che dopo il mille rianimò e commosse la società d'occidente. Le potenze del papato e dell'impero cozzanti fra loro per il dominio del mondo, l'entusiasmo fervido delle crociate e il desiderio di espansione economica e commerciale con esse svolgentesi, il rinato amore dell'esistenza terrena dopo gli scoramenti di un ascetismo superstizioso, il trionfo della civiltà latina rinovellata dal cristianesimo e il corrispondente imporsi del diritto romano erano davvero fatti grandiosi, degni di eccitare la fantasia creatrice e feconda delle genti giovanili. Ed*

---

<sup>18</sup> In merito a tale vicenda, si veda SOHM, *Lex Salica*, Kessinger Publishing, 2010.

<sup>19</sup> Cfr, CARNUCCIO, *I Reati fallimentari*, cit., p. 10.

*anche allora accadde ciò che la storia c'insegna avvenuto in tutti i periodi di transizione nei quali un nuovo assetto sociale lentamente maturato subentra al precedente scomparso quasi senza ch' uom se n'avveda: le cause vere e singolarmente semplici giacciono presto dimenticate e sfuggono poi facilmente per la complessità dei loro intrecci a chi non fu spettatore del graduale attuarsi della riforma''<sup>20</sup>.*

Dopo l'anno 1000 d. C. l'Europa assiste ad un risveglio degli scambi commerciali e dei traffici economici; nasce una nuova classe, quella dei mercanti, che scala i piani della società, fino ad arrivare alla vetta. Il centro di questa rinascita è rappresentato dai Comuni italiani: le città, infatti tornano a popolarsi e proprio ivi si stabiliscono e si organizzano i mercanti.

Questo cetto sociale si ordina in associazioni, le Corporazioni, e fonda delle proprie strutture politiche con cui dirige le altre classi sociali<sup>21</sup>. Questa ripresa dei commerci e dell'economia, però, necessitava di una disciplina giuridica più certa: si cercò allora di riesumare le vecchie categorie escogitate dal diritto romano classico.

Ma si andò oltre. All'interno dei Comuni i centri di potere erano due: da un lato, le istituzioni di classe e, dall'altro, le istituzioni di cittadini. Entrambe amministrano la cosa comune, producendo diritto; tuttavia, in entrambe la "plutocrazia mercantile" ha un ruolo egemone e di controllo<sup>22</sup>. Qui viene creato un diritto distinto – a differenza di quanto avveniva a Roma – per regolare i rapporti commerciali: nasce il citato *ius mercatorum*, l'antecedente del moderno diritto commerciale, un diritto congeniale agli interessi della nuova classe dei mercanti.

A ben vedere, tale diritto nasce, dunque, in pieno medioevo e non nel periodo romano.

In questo senso, si nota una differenza di obiettivi che si propongono i due diritti:

i) il diritto romano era funzionale alla conservazione della ricchezza; il sistema era congegnato al fine di godere dei beni e non alla ricerca del guadagno.

---

<sup>20</sup> Così BESTA, *L'opera di Irnerio*, Ermanno Loescher, 1896, p. 11 ss.

<sup>21</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, 1998.

<sup>22</sup> In questi termini, GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 37, secondo il quale la politica del Comune è resa funzionale alle esigenze della classe dei mercanti.

ii) il nuovo diritto commerciale, invece, si pone come obiettivo proprio quello di creare ricchezza; i capitali servono a crearne altri.

E se gli obiettivi erano diversi, altrettanto erano, di conseguenza, gli strumenti giuridici utilizzati per raggiungerli:

i) il diritto romano utilizzava l'istituto della proprietà;

ii) il diritto commerciale, viceversa, l'istituto del contratto.

Le potenti Corporazioni mercantili creano i propri statuti, dettando una regolamentazione dei rapporti commerciali e istituendo delle vere e proprie giurisdizioni.

La *lex mercatoria* rappresenta un diritto imposto nel nome di una classe, la borghesia mercantile, e non già nell'interesse dell'intera società o nell'interesse del singolo borghese<sup>23</sup>.

Le fonti di un simile diritto sono rappresentate dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalle consuetudini mercantili e dalla giurisprudenza del Tribunale dei mercanti.

La forza del diritto commerciale, inoltre, è massima, tanto da prevalere sui diritti universali, quello romano e quello canonico, al sol presupposto che una delle parti sia un mercante.

È opinione diffusa, invero, che la repressione penale del fallimento, come la intendiamo ancora oggi, sia nata proprio in questo ambito storico: il fallimento viene a rilevare non solo in un'ottica civilistico-patrimoniale, ma anche in un'ottica penalistico-sanzionatoria<sup>24</sup>.

Il diritto penale fallimentare, quindi, vede la luce nell'età dei Comuni per rispondere agli interessi dei mercanti, i quali volevano tutelare serietà e lealtà di condotta dell'intero ceto mercantile; e un simile obiettivo si ritenne potesse essere raggiunto solo attraverso la repressione penale di quelle condotte fraudolente che ledevano la fiducia in loro riposta<sup>25</sup>.

In un simile contesto, il fallimento, ossia l'insolvenza, veniva considerata un gravissimo danno sociale, da reprimere penalmente in maniera assai afflittiva<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Si veda ancora GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 41 ss.

<sup>24</sup> Sul tema cfr. ROCCO, *Il fallimento*, cit., p. 114. Cfr. anche SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Cedam, 1964, p. 119 ss.

<sup>25</sup> In questi termini, CARNUCCIO, *I Reati fallimentari*, cit., p. 10 ss.

<sup>26</sup> Così GALGANO. *Lex mercatoria*, cit., p. 54 ss., il quale afferma che la procedura di fallimento viene a caratterizzarsi per la finalità restitutoria (ovvero la reintegrazione del patrimonio leso) e per la



Nella civiltà medioevale, l'attività del mercante rileva in una qualificazione di natura pubblicistica. Egli deve possedere "virtù civili" e una "forte professionalità" e svolge non solo un ruolo commerciale, ma anche religioso e politico<sup>27</sup>.

Allorquando, pertanto, il mercante ponga in essere una condotta che, per la sua gravità, giunge alla rottura del codice etico, si determina il passaggio dalla giurisdizione mercantile alla giurisdizione cittadina<sup>28</sup>.

E tale passaggio viene in evidenza proprio con l'insolvenza del mercante debitore, che rappresenta il presupposto del reato di bancarotta.

La *lex mercatoria* assume una posizione fortemente repressiva nei confronti dell'insolvenza del mercante, attraverso la previsione di sanzioni fortemente severe ed infamanti: si pensi alla *capitis deminutio*, al bando o alla privazione dei poteri politici.

In questo senso, lo stesso termine "bancarotta" riecheggia la pratica materiale della rottura del banco del mercante che risultava essere insolvente<sup>29</sup>.

Solitamente, l'insolvenza si manifestava all'esterno con la fuga del debitore, che scappava proprio per evitare le afflittive conseguenze<sup>30</sup>.

A tale riguardo, l'espressione "*debitor fugitivus*" assunse il significato di sinonimo di "debitore insolvente".

A tal proposito, è stato acutamente osservato come "*fallere*" in latino significa non solo "ingannare" (da cui "falso"), ma anche "sfuggire"<sup>31</sup>.

I giuristi dell'epoca, invero, disciplinarono tale fattispecie incriminatrice, innovando la disciplina romana; in questo modo riuscirono a costruire una figura delittuosa, che, nei suoi tratti essenziali, sarebbe giunta fino ad oggi.

---

presunzione di frode. Nel Medioevo si riteneva che la società dovesse sciogliersi anche nel caso del fallimento del socio. Pertanto, se uno dei soci risultava insolvente il *ius mercatorum* imponeva la dichiarazione di fallimento a tutti i soci dell'impresa. Ciò stava a significare che, caduta la società in stato di insolvenza, tutti i soci dovevano essere sottoposti alla procedura concorsuale, e non solo quello che avesse manifestato con il proprio comportamento la situazione della società.

<sup>27</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 125 ss.

<sup>28</sup> Sul tema della moralità del mercato, si veda GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, 1997, p. 149, secondo il quale esiste un «cordone ombelicale che lega storicamente l'istituto del fallimento alla moralità del mercato».

<sup>29</sup> Cfr. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 10 ss.; ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 18 ss.

<sup>30</sup> Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 55.

<sup>31</sup> In questi termini, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 126.

Il punto di riferimento fu rappresentato dal reato di furto, che comprendeva anche la condotta di appropriazione indebita di cose possedute: e proprio in questo senso vennero considerati i beni acquistati a credito in un periodo prossimo al fallimento.

Lo stato di insolvenza in cui cadeva il mercante faceva presumere che i beni acquisiti al suo patrimonio fossero oggetto di appropriazione indebita.

Tuttavia, la sussistenza del reato era subordinata al fallimento del mercante debitore: solo l'insolvenza permetteva di ritenere come altrui i beni di cui aveva disposto<sup>32</sup>.

Il fallimento come reato viene costruito sulla assoluta presunzione di frode: il mercante ha il dovere di conoscere le regole della difficile arte del commercio sia nel calcolo, sia nella ripartizione dei rischi. Risulta, pertanto responsabile anche solo in caso di imprudenza o imperizia, in quanto l'assenza di professionalità viene equiparata al dolo<sup>33</sup>.

Si pensi a tal riguardo ai brocardi attribuiti a Baldo degli Ubaldi, secondo cui “*est decoctor, ergo fraudator*”; oppure “*falliti dicuntur fraudatores*”<sup>34</sup>.

A questo punto, occorre spingersi ancora di più dentro il mondo medievale e comunale, andando a conoscere sommariamente, attraverso lo studio delle norme statutarie comunali, quello che era l'apparato sanzionatorio<sup>35</sup>.

Sostanzialmente, come si è detto, i presupposti che giustificavano l'estrema severità delle pene erano essenzialmente due: da un lato, l'identificazione tra la figura del “fallito” e quella del “ladro”; dall'altro, la presunzione di frode del bancarottiere.

Per quel che riguarda propriamente il piano sanzionatorio, si deve premettere come, accanto alle norme che spingevano il fallito a pagare i suoi debiti o a stipulare un concordato con i propri creditori, indubbiamente fossero previsti l'arresto e la detenzione.

---

<sup>32</sup> Cfr. CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, cit., p. 12 ss.

<sup>33</sup> Si veda ancora GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 126.

<sup>34</sup> Sul punto si veda SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 155 ss.

<sup>35</sup> Per uno sguardo sulla storia del fallimento all'interno delle legislazioni medievali, si veda ancora SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 118 ss., il quale giunge alla fondamentale conclusione secondo cui si dovrebbe parlare, a pieno titolo, del fallimento come di un istituto di natura penale. In altri termini, nel medioevo, come si evince dallo studio dei vari statuti dei Comuni, il fallimento stesso era un reato: non si deve, dunque, parlare di “reati fallimentari”, bensì del “reato di fallimento”.

Ciò nonostante, come si è visto, la pena principale e tipica era il bando, ciò anche in ragione del collegamento, sul piano fenomenico, con la fuga, che appunto era la caratteristica del comportamento del mercante che falliva.

Altra sanzione, che diremmo di natura accessoria, era rappresentata dal divieto di ricoprire uffici pubblici.

Ulteriore peculiare pena consisteva nella privazione del potere di chiedere giustizia; ovvero vigeva il divieto di giovare dell'opera di difesa e di rappresentanza processuale di un avvocato.

Maggiormente pittoresco, forse, ma non per questo di lieve entità, era la punizione che colpiva il fallito insieme alla sventurata moglie: entrambi, infatti, erano impossibilitati a vestirsi con capi di seta; addirittura la moglie non poteva adornarsi di gioielli preziosi. Insomma, veniva imposto un rigido contegno meramente esteriore, come quello del vestiario, di talché fosse reso immediatamente pubblico un mutamento del tenore di vita. La gravità di simile imposizione si può percepire considerando quanto i destinatari – ovvero i mercanti – fossero sensibili alla nobiltà del censo e dei suoi segni esteriori<sup>36</sup>.

In alcuni statuti, avveniva l'iscrizione del fallito in un pubblico libro, in modo che tutta la comunità ne fosse a conoscenza (il c.d. Libro dei Falliti). Tale pratica fu addirittura perfezionata a Firenze attraverso le c.d. pitture infamanti, di modo che anche gli analfabeti potessero riconoscere le persone che fallivano.

Indubbiamente, da tali gravi sanzioni si percepisce in maniera chiara lo status di *infames* del fallito, al cui riguardo ci si esprimeva in questi termini: “Falliti, repentinamente liberati dalla maschera dell'ipocrisia o della frode, scendevano nel brulicame degli uomini piccini e vituperati”<sup>37</sup>.

Infine, può destare discreto interesse lo Statuto mercantile lucchese del 1376, il quale stabiliva che si potesse procedere all'arresto dei falliti o anche di chi stesse in procinto di fallire.

---

<sup>36</sup> Cfr. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 130 ss.

<sup>37</sup> In questi termini, MASI, *La pittura infamante nella legislazione e nella vita del Comune fiorentino (secc. XIII – XIV)*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Società Editrice del Foro Italiano, vol. II, 1931, p. 628 ss.

Sostanzialmente, era stata ipotizzata una equiparazione tra il fallimento e una situazione prodromica a questo: ciò sulla base di una equiparazione che regge sull'assunto per cui risulta identica la condizione di rischio per i creditori.

Non possono, a tal riguardo, non venire in mente gli echi della dogmatica moderna che si affanna sul distinguere il fallimento o, meglio, la liquidazione giudiziale dallo stato di crisi.

#### **4. L'epoca rinascimentale e la comparsa degli elementi soggettivi della colpa e del dolo**

Si deve attendere l'epoca rinascimentale per l'ulteriore passo in avanti compiuto dal pensiero giuridico nella materia fallimentare (penale).

Al fine di mitigare il severo rigorismo della disciplina cui veniva sottoposto il debitore insolvente, venne introdotto un nuovo elemento per completare la fattispecie criminale in analisi, ovvero il dolo o la colpa del fallito.

In altri termini, il soggetto insolvente, per poter essere punito, doveva non solo essere fallito, ma doveva altresì aver tenuto un comportamento doloso o almeno colposo.

All'interno di un simile rinnovato quadro, si inserisce l'attività di Benvenuto Stracca, il quale teorizzò la fondamentale tripartizione tra soggetti insolventi:

- i) gli insolventi fortuiti o incolpevoli;*
- ii) gli insolventi dolosi;*
- iii) gli insolventi colposi<sup>38</sup>.*

Per quanto concerne i primi, essi risultavano manchevoli della componente soggettiva dell'*animus delinquendi* e, pertanto, non potevano essere soggetti a pene severe, come la cattura e la tortura o la sottoposizione ad infamia; solitamente venivano sottoposti alla *cessio bonorum*.

Per quanto concerne, invece, i secondi, questi avevano agito in pieno possesso della componente soggettiva richiamata; le condotte tipiche erano rappresentate dalla irregolare tenuta dei libri contabili e dall'ottenimento di crediti, pur in piena

---

<sup>38</sup> Cfr. STRACCA, *Decisiones set tractatus varii de mercatura*, III, 1553, p. 22 ss. In merito al carattere estremamente moderno si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di Grosso, Giuffrè, 2018, p. 19, secondo il quale a partire da siffatto momento si sarebbe arrestata l'evoluzione della disciplina della bancarotta.

insolvenza, attraverso la svendita delle merci<sup>39</sup>. In questi casi, i debitori insolventi venivano banditi ed espulsi dalla società.

Per quanto concerne, infine, i terzi, occorre chiarire come questi si erano ritrovati insolventi, sia a causa del loro comportamento errato, sia a causa di ragioni accidentali. Di conseguenza, era possibile che fossero posti in essere accordi con i creditori e fosse revocato il bando<sup>40</sup>.

## 5. Gli Stati assoluti e l'“*Ordonnance du commerce*”

In epoca successiva, si assiste allo sviluppo delle monarchie assolute; ciò nonostante la borghesia non perde colpi, anzi continua ad esercitare il dominio sulle classi subalterne. Ma lo fa indirettamente, accettando la mediazione dello Stato (e dunque delle monarchie assolute)<sup>41</sup>.

In cambio, ottiene grandi privilegi: le monarchie, infatti, sollecitano lo sviluppo dei traffici, comportando il massimo successo per il ceto mercantile<sup>42</sup>.

All'interno di tale cornice, spiccata rilevanza è da attribuirsi all'Ordinanza sul commercio del 1673 di Luigi XIV.

Anzitutto, l'*Ordonnance du commerce* concepisce l'esercizio del commercio come privilegio che viene concesso dal Re. La condizione necessaria è rappresentata dall'iscrizione ad una Corporazione.

La corretta tenuta dei libri contabili, inoltre, viene resa obbligatoria. Addirittura, l'omessa o irregolare tenuta di questi può comportare l'attribuzione del reato di bancarotta fraudolenta, che poteva essere punita con la morte<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Sul tema, si consulti DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Giuffrè, 1935, p. 13 ss., secondo cui le consuetudini mercantili del tempo attribuivano grande rilevanza alla corretta tenuta dei libri contabili; in questo senso, la sola mancata presentazione dei libri o la loro irregolare tenuta ne facevano conseguire la sussistenza di un atto di illecita disposizione dei propri beni da parte del mercante.

<sup>40</sup> Sul punto si veda CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, cit., p. 14 ss.

<sup>41</sup> Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 78 ss.

<sup>42</sup> Si pensi, a tal proposito, che Luigi XIV invitò il maggior numero possibile di sudditi a dedicarsi al commercio o a interessarsene attraverso la società in accomandita, accordando grandi privilegi ai commercianti.

<sup>43</sup> Si veda ancora GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 176 ss.

Lo stesso crimine sussisteva anche nel caso in cui il debitore insolvente (non necessariamente mercante o banchiere) avesse distratto beni, oppure presentato crediti fittizi o, infine, esposto passività superiori a quelle reali.

A tal proposito, è stato notato come questa disposizione avesse introdotto una nuova impostazione secondo cui la bancarotta non era più da identificarsi solamente nella causazione dolosa del fallimento, bensì iniziava a consistere in un illecito, distinto dal fallimento, commesso dal fallito<sup>44</sup>.

## **6. Il Codice di commercio Napoleonico e le legislazioni attuali**

Il periodo post-rivoluzionario segnerà, invero, l'apice del potere e del successo della classe borghese-mercantile<sup>45</sup>.

Si assiste ad un processo di statualizzazione del diritto; in un primo momento di quello civile, che fino ad allora veniva considerato un "diritto di ragione" o "diritto naturale" e, conseguentemente, sottratto alla potestà del Re. Seguì, invero quasi subito, anche la statualizzazione del diritto commerciale.

Ebbene, lungo siffatto crinale, occorre accennare al Codice di commercio del 1807, in quanto viene riconosciuto come la prima vera normativa moderna concernente il delitto di bancarotta<sup>46</sup>.

Le più grandi innovazioni di questo Codice sono costituite:

*i)* dall'introduzione della distinzione tra bancarotta fraudolenta, cui venivano ricondotti i comportamenti commessi in frode, e bancarotta semplice, cui, al contrario, venivano ricondotti i comportamenti imprudenti o negligenti che conducevano alla decozione;

*ii)* dalla limitazione ai soli commercianti ovvero amministratori di società commerciali poi fallite (di talché i soggetti diversi dai commercianti vennero esclusi dalla possibilità di fallire).

A ben vedere, tale normativa ebbe una straordinaria influenza su tutte le legislazioni successive.

---

<sup>44</sup> Sul tema si veda PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Utet, 1953, p. 10 ss.

<sup>45</sup> A tal proposito, GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 93 si esprime facendo riferimento allo Stato come ad una "dittatura della borghesia".

<sup>46</sup> Così CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, cit., p. 18.

Si pensi alla legge del 28 maggio 1838, che introdusse, tuttavia, una disciplina meno afflittiva, eliminando talune presunzioni relative alla bancarotta fraudolenta.

Oppure, si pensi al codice Albertino del 1842 o ai codici unitari del 1865 e del 1882 (che però distinse il reato di bancarotta semplice dal concetto di fallimento colposo, trasformandolo in un vero e proprio illecito penale commesso dal soggetto fallito a titolo di colpa).

Ebbene, quello accennato, seppur in termini sommari, appare essere il quadro evolutivo del diritto fallimentare e, segnatamente, del diritto penale fallimentare.

Come detto, il sistema attuale ha risentito fortemente di tali matrici storiche, anche se in maniera differenziata, a seconda dell'ordinamento di provenienza.

Al riguardo, sembra potersi distinguere un triplice ordine di modelli che, senza pretesa di completezza, possono essere sintetizzati in tale modo<sup>47</sup>:

*i)* il modello francese, che si caratterizza, da un lato, per il fatto che solamente i commercianti possono essere soggetti a fallimento e, dall'altro, per il definire le condotte di bancarotta attraverso un sistema casistico.

Tale modello si è diffuso, in linea di massima, in alcuni Stati come Francia, Spagna, Portogallo, Olanda, Belgio, ma soprattutto in Italia, almeno nella versione originaria della legge fallimentare (Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267).

*ii)* il modello tedesco, che si caratterizza, invece, per la possibilità di chiunque di fallire e per la definizione nel nucleo essenziale delle singole condotte di bancarotta. Questo modello, al contrario, si è diffuso in Germania, Austria, Ungheria, Norvegia, Danimarca e Russia.

*iii)* il modello anglo-sassone, che si caratterizza, infine, per la assoggettabilità di chiunque al fallimento e per la costruzione casistica delle fattispecie incriminatrici. Tale modello, chiaramente, è diffuso nei paesi di common law, quali gli Stati Uniti, il Regno Unito, il Canada e l'Australia.

Peraltro, non può sottacersi l'evidente tendenza del legislatore italiano che, da anni e in maniera sfacciata, sta tendendo di avvicinare il più possibile la disciplina fallimentare.

---

<sup>47</sup> In questo senso, LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, cit., p. 17 ss.

## **PARTE SECONDA**

### **LA DIMENSIONE SPAZIALE**



## SEZIONE I

### I MODELLI DEL DIRITTO PENALE-FALLIMENTARE NEGLI ORDINAMENTI ANGLOSASSONI

#### CAPITOLO I

#### INTRODUZIONE ALLA COMPARAZIONE: CENNI SU *COMMON LAW*, *WHITE COLLAR CRIMES* E *FRAUD*

**Sommario:** 1. Cenni sulla *Common Law* – 2. Un passo verso la disciplina della *Common Law*, in merito al valore attribuito al “precedente”: la Corte di cassazione si immerge nel Mnemosine – 3. Cenni sui “*White collar crimes*” – 4. Un’introduzione al concetto di frode (*fraud*): la frode come diretta conseguenza del Neoliberismo – 5. Cenni sul concetto di *fraud* all’interno degli ordinamenti anglosassoni.

#### 1. Cenni sulla *Common Law*

Al fine di avere una maggior contezza delle normative inglesi e americane, sembra opportuno dettare, in via di premessa, le coordinate del sistema giuridico noto come *Common Law*.

Risulta pacifico come il diritto che governa il mondo assuma la forma, alternativamente, dei due grandi rami del diritto sviluppatosi nella civiltà occidentale, ovvero la *Civil Law* e la *Common Law*<sup>48</sup>.

Da un primo punto di vista, si deve notare come il termine *Common Law* designi tre diversi significati, a seconda che lo si intenda con lenti più o meno definite.

Secondo una visuale più vasta, tale termine si riferisce all’intero corpo del sistema giuridico dell’Inghilterra e di tutte quelle parti di mondo in cui questo si è diffuso, segnatamente gli Stati Uniti; da contrapporsi, appunto, alla tradizione della

---

<sup>48</sup> Così, RHEINSTEIN, *Common law – Equity*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, 1960, p. 914 ss.

*Civil Law*, che ha avuto sviluppo in quei sistemi giuridici in cui si è avvertito maggiormente l'influsso del diritto romano.

Secondo un ambito più stretto, il termine in parola designa quella parte del diritto inglese sviluppatasi nell'ambito delle tre Corti a *Westminster*, ovvero la *Court of King's Bench*, la *Court of Exchequer* e la *Court of Common Pleas*; in questo senso, si contrappone a quella parte di diritto inglese, chiamata *Equity*, che ha avuto, invece, origine nella *Court of Chancery*.

Infine, il termine *Common Law* viene a rappresentare quella parte di diritto che non è contenuta, quale diritto scritto, in uno *Statute*, risultando essenzialmente costituita dal complesso dei precedenti giurisprudenziali creato dai giudici, e come tale non scritto (anche se ormai anche la *Common Law* è tecnicamente scritta, in quanto le sentenze sono pubblicate da raccolte o massimari (reports)<sup>49</sup>.

Tuttavia, ai fini dell'analisi che si propone il presente lavoro di ricerca, si vuol fare riferimento all'accezione più vasta di quelle indicate, ovvero al complesso di norme del sistema anglo-americano.

La *Common Law* per essere compresa deve essere, seppur brevemente, inserita nel suo contesto di origine.

Da questo punto di vista, si deve notare come essa non si sviluppò come un diritto dominato da un principe, da una legislatura o da studiosi, bensì da un ristretto gruppo di giudici, immersi in una lunga e ininterrotta tradizione, che occupavano posizioni di grande importanza e che godevano di un rilevante senso di indipendenza.

Tale diritto si protrae ininterrotto fin dai tempi della conquista normanna del 1066, con il forte intento da parte di Guglielmo il Conquistatore di organizzare una amministrazione efficiente. È a partire da tale momento che, dal complesso degli uffici regi, emerse un corpo giudiziario separato. La celere opera di centralizzazione dell'amministrazione della giustizia fu accompagnata dalla altrettanto rapida formazione di una classe forense altamente evoluta, che seppe attingere alla tradizione romanistica, ma che, al contempo, seppe mantenere una propria originalità<sup>50</sup>.

I giudici inglesi inizialmente erano itineranti e, benché amministrassero la giustizia in nome del Re, attinsero diffusamente alle consuetudini, in modo tale da creare il primo diritto nazionale moderno (a differenza di quanto avveniva altrove, dove regnavano

---

<sup>49</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Il mulino, 2000, p. 94 ss.

<sup>50</sup> Si veda ancora RHEINSTEIN, *Common law – Equity*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, 1960, p. 916 ss.

incontrastati il diritto romano e il diritto canonico, considerati universali). Proprio da tale connotazione in chiave nazionale venne coniato il termine *Common Law*<sup>51</sup>.

Poi, con il passare del tempo i giudici si stabilizzarono a Londra, formando le grandi corti richiamate. A questo punto, il diritto da consuetudinario divenne sempre più giudiziale a causa del tentativo delle tre Corti di uniformarsi ai precedenti, per quello che, a partire dal diciannovesimo secolo, prese ad essere chiamato *stare decisis*<sup>52</sup>.

In qualche modo, l'aspetto maggiormente caratteristico appare essere rappresentato dal fatto che la *Common Law* sia costruita, in larga parte, sul modello della *Case Law*. Tale peculiarità, a ben vedere, non implica, tuttavia, l'assenza del diritto scritto: al contrario, la mole dei c.d. *Statutes* risulta particolarmente copiosa.

In tal senso, si deve notare, ad esempio, come la materia fallimentare sia diffusamente disciplinata dal diritto positivo – su tutti, si pensi al *Bankruptcy Code* statunitense –, così come in genere la disciplina del diritto penale dell'economia.

Tale natura apparentemente ambigua può sembrare difficile da digerire, soprattutto per chi intenda muoversi nelle rassicuranti acque del diritto continentale, che, come detto, adotta il diverso modello della *Civil Law*.

Lungo siffatto crinale, occorre tener conto della diversa prospettiva maturata in Inghilterra: mentre il diritto continentale trae il fondamento democratico di una norma dalla sua origine parlamentare, unica vera custode della volontà del popolo sovrano, il diritto anglosassone, al contrario, dalle pronunce dei giudici. Fin dagli scontri politici tra parlamentari e corona del XVII secolo e dalla nascita della monarchia limitata, presa a modello anche dallo stesso Montesquieu, si iniziò a considerare le codificazioni vere e proprie emanazioni dell'assolutismo politico, facendo emergere la *Common Law* quale baluardo di libertà politica; ciò in quanto si tratterebbe di un diritto che affonda le proprie radici nelle consuetudini popolari<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Così BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Il mulino, 2000, p. 96 ss.

<sup>52</sup> Sul punto si veda EVANS, *Changes in the doctrine of precedent during the nineteenth century*, in *Precedent Law*, a cura di GOLDSTEIN, Oxford Press, 1987, p. 64 ss.

<sup>53</sup> Cfr. POSTEMA, *Bentham and the Common Law tradition*, Oxford Press, 1986, p. 3 ss.; cfr. anche BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 98 ss.

Ciò nonostante, a ben vedere, si deve notare come, in realtà, lo iato concettuale tra i sistemi di *Common Law* e di *Civil Law* vada ridimensionato, potendosi giungere a ritenerli due varianti di un'unica cultura giuridica occidentale<sup>54</sup>.

In tal senso, può portarsi l'esempio, da un punto di vista di teoria generale, del pensiero di uno dei padri della filosofia politica dell'era moderna, il britannico Thomas Hobbes.

Questi, in effetti, viene considerato il fondatore del giusnaturalismo moderno, ma, allo stesso tempo, diede anche un fondamentale impulso al positivismo giuridico<sup>55</sup>.

Esulando, sfortunatamente, dagli obiettivi del presente lavoro una trattazione più approfondita della straordinaria *verve* filosofica del prestigioso autore inglese, ci si intende concentrare unicamente, e in guisa sintetica, sul lato giuspositivistico della sua riflessione, enunciata, segnatamente, nel *Leviatano*.

A tal riguardo, in contrapposizione al pensiero aristotelico dell'uomo come "animale politico", Hobbes riteneva che i concetti di diritto e Stato non potessero essere considerati come naturali. La condizione naturale dell'uomo sarebbe quella di una guerra totale, una sorta di continua battaglia tutti contro tutti.

Per uscire da un simile stato di natura, l'uomo avrebbe solamente la possibilità di associarsi in un corpo sovraindividuale, dal filosofo paragonato al mostro biblico Leviatano. Sarebbe proprio il principale istinto umano, ovvero quello alla sopravvivenza, a spingere l'uomo ad associarsi, in modo da difendere i singoli corpi individuali.

In questo modo, i singoli individui stipulerebbero fra di loro un vero e proprio contratto sociale, attraverso il quale rinuncerebbero a taluni diritti e taluni spazi di libertà in favore di un unico soggetto politico, estraneo al patto che può essere costituito tanto da un Re, quanto da un'assemblea parlamentare. Peraltro, già da queste stringate battute si può percepire come Hobbes abbia formulato la prima teoria moderna dello Stato<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> In questo senso, si veda BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition* (1983), trad. It. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, 1998, p. 24 ss.

<sup>55</sup> Sulla orizzontalità del pensiero di Hobbes, tanto in chiave giusnaturalistica quanto in quella giuspositivistica, si veda ancora BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 96 ss., il quale ritiene, a tal riguardo, perfettamente concepibile tale natura bifronte del pensiero del filosofo; ritendo anzi come il positivismo giuridico debba essere considerato la coerente conclusione del giusrazionalismo moderno.

<sup>56</sup> In questo senso BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, 1989, p. 73 ss.

Fuori dallo Stato, ogni singolo avrebbe libertà totale, ma in maniera inutile: anche gli altri avrebbero totale libertà per far tutto ciò che vogliono, in modo da invadere gli spazi di libertà altrui. In questa situazione regnerebbero sovrane guerre, paure e povertà. Al contrario, all'interno dello Stato si avrebbe protezione, pace e ricchezza; ciascuno conserverebbe un quantitativo di libertà sufficiente e necessario per vivere in tranquillità<sup>57</sup>.

Sempre per ragioni di contenenza espositiva, non può svolgersi una completa disamina dell'evoluzione del pensiero filosofico-giuridico del Regno Unito, a pena di andar fuori tema.

Tuttavia, si ritiene utile indicare quantomeno i passi successivi che furono sviluppati intorno al sistema giuridico della *Common Law*.

In questo senso, dopo l'irruzione del citato Hobbes, il mondo britannico vide dapprima l'esplosione dell'illuminismo scozzese con Hume e Smith e, successivamente, lo sviluppo della corrente utilitaristica, che vide in Bentham il principale teorico, nonché il principale critico del diritto giurisprudenziale diffusi in Inghilterra, attraverso la *Common Law*, propendendo, al contrario, per un diritto codificato.

Su tali orme si innestò, in seguito, l'opera di Austin, che ne smussò la severità e l'ostilità. In breve, questi considerava la *Common Law* un sistema giuridico valido: i giudici sarebbero stati legittimati a legiferare dal sovrano.

Simili riflessioni porteranno poi diritte al pensiero giuridico statunitense del XIX secolo, noto come realismo giuridico – si pensi alle opere di Holmes, di Gray e di Pound –, che, agendo con alle spalle il pensiero pragmatico americano, giungeranno all'esaltazione del ruolo legiferante dei giudici.

Tornando, a questo punto, alla disciplina della *Common Law*, occorre sottolineare, come detto, che la principale caratteristica va individuata nella natura di diritto giurisprudenziale e casistico, e come tale dominata dal concetto del precedente.

In sintesi, tale concetto, espresso dal noto brocardo "*stare decisis et quieta non movere*", consiste nel fatto che il giudice debba attenersi alle decisioni passate, senza innovare in assenza di specifica necessità. In altri termini, questa regola è emanazione del generale principio d'inerzia: mentre la conservazione dello status quo è sempre

---

<sup>57</sup> Per uno sguardo sul tema, si veda sempre BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 101.

giustificata, il discostarsi da questo e le innovazioni richiedono specifiche motivazioni<sup>58</sup>.

In particolare, l'interpretazione del diritto della *Common Law* presenta rilevanti differenze rispetto al diritto della *Civil Law*, anche se in taluni casi, come si vedrà, si assiste ad un processo di assottigliamento.

Anzitutto, elemento differenziale è costituito dal ragionamento del giudice di *Common Law*, il quale ricava la premessa maggiore della decisione dal precedente e non dalla legge; in secondo luogo, il precedente è da ritenersi vincolante di diritto e non solo persuasivo di fatto; in terzo luogo, tuttavia, il giudice può riformulare i principi decisionali che si traggono dal precedente, che, dunque, non possiede una formulazione canonica.

In quest'ottica viene in rilievo un particolare procedimento logico-giudiziale del giudice anglosassone, che ben può essere scandito in tre passaggi:

*i)* in un primo momento, il giudice di *Common Law* si adopera per reperire uno o più casi specifici simili a quello che deve essere valutato; ovviamente, vengono prese in considerazione solo le *ratio decidendi* e non anche gli *obiter dicta*. Invero, come si accennava poc'anzi, il giudice può anche discostarsi dal precedente: in questo senso si parla di *overruling*, nel caso in cui un giudice superiore decida di revocare espressamente il precedente, oppure di *distinguishing*, allorché a discostarsi sia il giudice inferiore.

*ii)* In un secondo momento, il giudice anglosassone formula il principio decisionale comune ai casi individuati nella prima fase, attraverso un processo di universalizzazione delle decisioni particolari e concrete.

*iii)* In un terzo momento, infine, si ha l'applicazione del principio decisionale individuato al caso da valutare. Tale operazione viene attuata, però, attraverso l'utilizzo del ragionamento deduttivo, alla stessa stregua di quanto compie il giudice di *Civil Law*<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> In questi termini, BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2003, p. 244 ss.

<sup>59</sup> Sia con riferimento agli elementi differenziali rispetto alla *Civil Law*, sia con riferimento ai passaggi logici del ragionamento del giudice di *Common Law*, si veda ancora BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., p. 245 ss.

## 2. Un passo verso la disciplina della *Common Law*, in merito al valore attribuito al “precedente”: la Corte di cassazione si immerge nel Mnemosine

A ben vedere, astraendo il più possibile lo sguardo, si deve notare come il rapporto tra le due grandi esperienze giuridiche, il *Common Law* e il *Civil Law*, non sia più di netta distinzione; al contrario, sembra che entrambi i modelli di ordinamento si stiano reciprocamente avvicinando.

Tale rilevantissimo fenomeno esula, invero, dal cuore del tema che si intende affrontare con il presente lavoro monografico: pertanto, non si può andar oltre un breve discorso.

Da un lato, infatti, si riconosce come gli ordinamenti anglo-sassoni stanno gradualmente modificando la propria natura, intraprendendo sempre maggiormente percorsi di legislazione positiva, soprattutto a causa del fenomeno di tecnicizzazione delle discipline cui occorre far riferimento. In altri termini, nei paesi di *Common Law* ci si sta affidando sempre di più allo *Statutory Law* e, quindi, alle “leggi scritte”<sup>60</sup>.

Dall’altro lato, invece, in maniera speculare anche la nostra disciplina giuridica, tradizionalmente di *Civil Law*, appare all’interno di un’evoluzione che la vede tendere verso i caratteri propri degli ordinamenti di *Common Law*.

Agevole risulta intravedere in simile “movimento di avvicinamento” dei sistemi giuridici il risultato dell’azione degli ordinamenti sovranazionali, i quali sempre più insistentemente spingono i singoli ordinamenti nazionali all’uniformazione.

Da questo punto di vista, si deve mettere in evidenza tanto il rilievo che ormai assumono le decisioni delle Corti sovranazionali (sia la Corte di Giustizia, sia la Corte europea dei diritti dell’uomo), quanto il valore che inizia a possedere il precedente giurisprudenziale.

In primo luogo, con riferimento all’importanza delle pronunce delle Corti sovranazionali, si pensi al notissimo caso “Taricco” per quanto riguarda i rapporti con la Corte del Lussemburgo, oppure all’altrettanto noto caso “Contrada”, così come alle numerose questioni che hanno visto quali protagoniste le misure di confisca, per quanto riguarda i rapporti con la Corte di Strasburgo.

---

<sup>60</sup> Sul tema, *ex multis*, cfr. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, cit., p. 93 ss.

In secondo luogo, uno degli elementi che può essere letto come un passo di avvicinamento compiuto dal nostro ordinamento verso quelli di *Common Law* appare possa essere rappresentato dalla recente Riforma Orlando, la quale si è resa protagonista, proprio con riferimento al valore che si deve attribuire alla pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, della modifica dell'art. 618 c.p.p.

Senza di timore di straripar fuori tema, si intende analizzare tale interessante modifica legislativa, prendendo in considerazione un'importante vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto la materia dei reati contro la pubblica amministrazione.

Come uno tra i più aspri campi di battaglia del diritto penale attuale, in effetti, si presenta, oggi, la disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione, nella quale segnatamente dibattuta appare la materia relativa al c.d. mini-sistema della corruzione<sup>61</sup>.

Lungi dall'aver soddisfatto le istanze – provenienti dagli addetti ai lavori ed esacerbate dall'opinione pubblica – di chi avverte la pressante esigenza di un apparato normativo che si dimostri effettivamente idoneo a contrastare il fenomeno corruttivo, il Legislatore è, invero, intervenuto in materia di recente e in più occasioni. Ciò, tuttavia, senza riuscire in concreto a colmare quelle falle e quelle aporie originatesi all'interno di una struttura ormai vetusta e che, ad oggi, appare del tutto sconnessa dalla realtà sociale sulla quale impinge<sup>62</sup>.

In questo settore, una delle più controverse operazioni realizzate è, senza dubbio, costituita dal c.d. spaccettamento del delitto di concussione, che originariamente l'art. 317 c.p. descriveva, parificandone le conseguenze, nella sua duplice modalità di manifestazione<sup>63</sup>.

Com'è noto, infatti, la riforma introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 ha separato le tradizionali condotte attraverso cui il delitto di concussione poteva venire a configurarsi, vale a dire la condotta di costrizione e quella di induzione, trascinando

---

<sup>61</sup> Sul punto, si veda PANTANELLA, *Il tentativo nel reato di cui all'art. 319-quater c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 229 ss.

<sup>62</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda GAMBARDELLA, *Le recenti riforme in materia di corruzione: un sistema da rifondare*, in *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, a cura di Marco D'Alberti, Rubbettino, 2016.

<sup>63</sup> in dottrina, per uno sguardo completo, *ex multis*, si veda PELISSERO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso-Padovani-Pagliaro, Giuffrè, 2015, p. 200 ss.



quest'ultima all'interno di una nuova disposizione creata proprio *ad hoc*: l'art. 319 *quater* c.p.

Se per quanto concerne la prima figura, ossia l'ipotesi concussiva per costrizione – la quale rimane sancita in una disposizione, il riscritto art. 317 c.p., che ha visto pochi stravolgimenti (l'unica innovazione fu l'eliminazione del riferimento, all'interno dei soggetti attivi, all'incarico di pubblico servizio che, uscito dunque dalla porta con la l. n. 190 del 2012, è però rientrato dalla finestra con la l. n. 69 del 2015) –, non emergono particolari problemi interpretativi e operativi, altrettanto non può dirsi per la seconda ipotesi, ossia l'originaria fattispecie per induzione.

Ebbene, all'esito della riforma legislativa del 2012, la condotta di un soggetto pubblico che, abusando della qualità o dei poteri, induce altro soggetto a dare o promettere indebitamente denaro o altra utilità viene, dunque, ad integrare una nuova figura delittuosa, quella disciplinata, appunto, dall'art. 319 *quater* c.p., da ultimo inserito.

Non solo. Al secondo comma del medesimo articolo, compare un elemento di discontinuità rispetto alla previgente disciplina destinato a rappresentare il vero *punctum dolens* dell'intera materia: viene espressamente prevista la punibilità del soggetto indotto, che, quindi, da “vittima” diventa, a tale stregua, “coautore” del reato stesso.

In via di estrema sintesi, i cambiamenti sembrano essere di notevole portata e gravidi di incertezze e difficoltà di vasto respiro.

In primo luogo, già sul piano sistematico, si consideri l'inserimento di siffatta fattispecie criminosa non più all'interno dell'area propria del delitto di concussione (art. 317 c.p.), bensì all'interno dell'area propria del diverso reato di corruzione (artt. 318 c.p.e ss.). In questo senso, si pensi all'episodio che coinvolge la recentissima l. 23/06/2017 n. 103, la quale, nell'intento di modificare la disciplina della prescrizione dei reati di corruzione, ha incluso proprio il delitto di induzione indebita, escludendo invece il delitto di concussione<sup>64</sup>.

In secondo luogo, si ponga mente al cambiamento di prospettiva realizzato con riguardo all'interesse giuridico che la norma intende tutelare: mentre il previgente reato di concussione per induzione veniva considerato fattispecie plurioffensiva, posta

---

<sup>64</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *La nuova prescrizione: prime prove di un modello “ibrido”*, in *La Riforma Orlando*, a cura di Marandola, 2017.

a protezione, ad un tempo, del buon andamento e dell'imparzialità della funzione amministrativa, nonché della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo e del suo patrimonio, la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità è stato costruito come reato monoffensivo, che tutela unicamente il buon andamento della pubblica amministrazione.

In terzo luogo, come si è già anticipato, la principale novità contenuta nella disposizione di cui all'art. 319 *quater* c.p. è da rintracciare nella previsione della punibilità del soggetto privato, il quale perde il ruolo di soggetto coartato e vittima del *metus publicae potestatis*, per rappresentare, oggi, un soggetto che cede alla richiesta del pubblico agente, perché spinto dal perseguimento di un indebito vantaggio<sup>65</sup>.

E, allora, proprio con riferimento alla ridefinizione e all'attuale configurazione dell'ipotesi criminosa di induzione indebita si sta aprendo un turbolento dibattito, in seno tanto alla giurisprudenza quanto alla dottrina, nell'ambito del quale la principale questione che anima gli opposti orientamenti afferisce alla ricostruzione del delitto di cui all'art. 319 *quater* c.p. quale reato a struttura monolaterale o, al contrario, a concorso necessario, e, quindi, bilaterale.

In merito a tale quesito si è recentemente pronunciata *funditus* la Corte di cassazione, riproponendo argomentazioni già sviluppate in passato, ma che, ad un'attenta riflessione, non appaiono condivisibili, né del tutto coerenti<sup>66</sup>.

La Corte, invero, prende le mosse dalla configurabilità del tentativo di induzione indebita, allorquando l'evento della dazione/promessa non si verifichi a causa di un'opposizione manifestata dal soggetto indotto.

Secondo questa impostazione giurisprudenziale, l'ipotesi tentata della fattispecie induttiva ben può venire in rilievo, pur in mancanza del perseguimento da parte del privato dell'indebito vantaggio, in quanto elemento implicito che assurgerebbe a "criterio di essenza" solo all'interno dell'ipotesi consumata del delitto *de quo*.

Correlativamente, il delitto di cui all'art. 319 *quater* c.p., pur prevedendo la punibilità di due soggetti, non potrebbe possedere la natura di reato bilaterale, in

---

<sup>65</sup> Si vedano Sezioni unite, 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, 06, p. 1992, con nota di Gambardella.

<sup>66</sup> cfr. Sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 6846, in *Cass. pn.* 2016, 10, 3650, con nota di Fux; Sez. VI, 22 luglio 2015, n. 46071, in *C.E.D. Cass.*, n. 265351; Sez. VI, 11 aprile 2014, n. 32246, *ivi*, 2014, 12, p. 4094.

quanto le due condotte si perfezionano autonomamente e in tempi, potenzialmente, diversi.

Sulla stessa lunghezza d'onda, anche in una certa parte della dottrina ha trovato terreno fertile la tesi della natura monosoggettiva del reato in esame.

In questo senso, la disposizione richiamata è stata interpretata alla stregua di una pluralità di fattispecie monosoggettive. Si ritiene, in buona sostanza, che la disposizione delinei due distinti reati, previsti rispettivamente dal primo e dal secondo comma, in cui la plurisoggettività risiederebbe in una dimensione meramente naturalistica<sup>67</sup>.

Lungo siffatto crinale si colloca altra autorevole posizione che, parimenti, respinge la natura bilaterale dell'ipotesi induttiva, argomentando sulla distanza, strutturale e funzionale, intercorrente tra il reato di induzione indebita e quello di corruzione.

Da un lato, il reato di corruzione, secondo tale impostazione, rientrerebbe a pieno titolo nel novero dei reati a concorso necessario: la bilateralità della struttura emergerebbe nella “convergenza delle libere volontà” dei soggetti coinvolti nell'accordo criminoso, il c.d. *pactum sceleris*. Tale convergenza pone, infatti, su un piano paritario le condotte di corruttore e corrotto, che, pertanto, esprimerebbero identico disvalore, il che giustifica l'equiparazione delle ipotesi delittuose sul piano sanzionatorio, quale ulteriore corollario.

Dall'altro lato, invece, si sostiene come tale caratteristica – ossia la paritarietà del rapporto – sarebbe del tutto estranea al delitto di cui all'art. 319 *quater* c.p., all'interno del quale è il “fatto di induzione”, riferibile al solo pubblico agente – quindi la prevaricazione di una volontà sull'altra –, a compendiare il fulcro del disvalore penale della fattispecie incriminatrice. Mentre il contegno dell'indotto assumerebbe rilevanza penale, ai sensi del successivo secondo comma, laddove questi abbia effettivamente promesso o dato l'utilità richiesta.

Conseguentemente, ritiene l'orientamento in esame, la struttura del reato in questione non potrebbe che avere natura monosoggettiva: proprio la condotta induttiva del pubblico agente disvelerebbe l'essenza del fatto in cui consiste il reato<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> In questo senso, cfr. MAGRO, *Il tentativo di induzione indebita*, in *cass. pen.*, 2014, p. 4094 ss.

<sup>68</sup> In questo senso, cfr. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella e Pelissero, Giappichelli, 2013, p. 396 ss.

Tuttavia, pur essendo propugnata da autorevole dottrina e da autorevole giurisprudenza, l'impostazione appena delineata sembra poter essere oggetto di un duplice ordine di rilievi critici.

In tal senso, se per un verso risultano d'ostacolo al suo accoglimento argomentazioni di tipo logico-dogmatico, per altro verso risulta pressante l'esigenza di garantire una certa uniformità nell'interpretazione giurisprudenziale assicurata dall'autorevolezza riconosciuta alle decisioni delle Sezioni unite della Suprema Corte, al fine ultimo di assicurare in concreto il principio di c.d. certezza del diritto; a maggior ragione dopo che la recentissima c.d. Riforma Orlando abbia modificato l'art. 618 c.p.p., uniformandosi a siffatto principio di diritto.

Dal primo punto di vista, sembra d'uopo soffermarsi a riflettere su come l'istituto del delitto tentato, positivizzato com'è noto all'art. 56 c.p., introduca una forma di reato autonoma rispetto al corrispondente delitto consumato.

In questo senso, non può che considerarsi logicamente fallace un'argomentazione che intenda dimostrare come il reato di induzione indebita, nella forma consumata, abbia natura monosoggettiva sulla base del fatto che il tentativo possa essere integrato solo con riferimento alla condotta del pubblico agente induttore: la conclusione, in altri termini, *non sequitur*, ossia non sarebbe conseguenza della premessa.

D'altra parte, qualora si guardi solo all'ipotesi consumata, non potrebbe negarsi la bilateralità, e, dunque, la plurisoggettività necessaria della struttura<sup>69</sup>.

Le condotte dell'induttore e dell'indotto, a ben vedere infatti, si sovrappongono: nel momento in cui il primo abusa dei poteri o della qualifica e induce il secondo a promettere o dare denaro o altra utilità si realizzano entrambi i comportamenti rilevanti, ciascuno dei quali assoggettabile a sanzione penale<sup>70</sup>.

Peraltro, occorre ricordare come, da un punto di vista teorico-generale, il reato plurisoggettivo possa disvelarsi in due diverse e alternative modalità: il reato a

---

<sup>69</sup> In senso conforme alla teoria della bilateralità si veda, *ex multis*, BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Cedam, 2016, p. 372, il quale giunge a considerare il reato di induzione indebita come il frutto di un vero e proprio "patto corruttivo", in cui l'iniziativa viene assunta dal pubblico agente

<sup>70</sup> Sul punto, si veda GAMBARDELLA, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *cass. pen.*, 2014, p. 1992 ss.

concorso necessario può assumere, difatti, “struttura coautorale”, ovvero, manifestarsi attraverso una “struttura partecipativa”<sup>71</sup>.

Per quanto concerne i reati del primo tipo, le parti realizzano l’illecito penale assumendo posizione paritaria, accordandosi tra loro o, quantomeno, agendo nella reciproca consapevolezza dell’altrui partecipazione, come avviene, ad esempio, nel delitto di corruzione di cui agli artt. 318 e ss. c.p.

Per quanto concerne, invece, il secondo tipo di reati plurisoggettivi, le parti realizzano la fattispecie criminosa, contribuendo mediante divergenti apporti, e assumendo, pertanto, una posizione asimmetrica. A ben vedere, però, tale squilibrio strutturale non è tale da far venir meno il carattere plurisoggettivo necessario del reato.

A tale stregua, non sembra possa dubitarsi di come la fattispecie criminosa di cui all’art. 319 *quater* c.p. vada riletta secondo lo schema da ultimo esaminato: l’ipotesi di induzione indebita rientra, in maniera lapalissiana, nell’ambito dei reati plurisoggettivi a struttura partecipativa, laddove l’agente pubblico opera sfruttando una posizione di forza, cui corrisponde una situazione di debolezza, quantomeno psicologica, del soggetto privato<sup>72</sup>.

D’altra parte, le due condotte appaiono, logicamente e normativamente, indivisibili, senza possibilità di pretenderne una reciproca autonomia: al centro dell’illecito si colloca, infatti, un unico fatto pregnante, un’unica vicenda verso la quale il legislatore mostra il proprio spregio e alla quale, dunque, corrisponde un unico reato, sia pure – come si è visto – di natura plurisoggettiva di tipo partecipativo.

Il valore unitario dei due conegni penalmente rilevanti – unitarietà che, peraltro, ne fonda la *ratio* incriminatrice – non può certo esser revocata in dubbio né a fronte della collocazione delle due condotte tipiche in due separate disposizioni (rispettivamente primo e secondo comma dell’art. 319 *quater* c.p.) né, tanto meno, in ragione della previsione di un diverso trattamento sanzionatorio.

Come, d’altronde, non sembra d’ostacolo alla ricostruzione proposta neanche la singolare modalità di manifestazione della forma tentata di induzione indebita, cui poc’anzi si accennava.

---

<sup>71</sup> Così MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Dike, 2016, p. 150 ss.

<sup>72</sup> In questo senso, DONINI, *Il cor(reo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU.*, 24 Ottobre 2013-14 Marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera EA., e alla L. n. 190 del 2012, in *cass. pen.*, 2014, 05, p. 1489 ss

La fattispecie incriminatrice è, infatti, strutturalmente “frazionabile” in due segmenti principali e, come si è detto, essa viene integrata sulla base di comportamenti quantitativamente e qualitativamente diversificati, per giunta in successione causale e temporale.

Ne consegue, dunque, che nulla osta alla configurazione di un tentativo unilaterale di induzione indebita, posto in essere dal solo pubblico agente, nel caso in cui il soggetto indotto rifiuti la sua proposta indebita. E ciò, senza dover giungere a reinterpretare la fattispecie consumata, di cui all'art. 319 *quater* c.p., secondo lo schema dei reati monosoggettivi<sup>73</sup>.

Tutto ciò premesso, giova dar conto di come l'orientamento in parola, nel cui solco si colloca la pronuncia che si commenta, balzi all'attenzione degli addetti ai lavori per un'ulteriore ragione.

La Corte, in effetti, sembra decisamente oscurare un potente invitato di pietra: la recente sentenza delle Sezioni unite penali, anche nota come “sentenza Maldera”<sup>74</sup>.

In altri termini, le pronunce che assegnano natura monosoggettiva al delitto di induzione indebita sembrano, inopinatamente, ignorare la circostanza che il più alto organo giurisdizionale, assegnatario, peraltro, della funzione nomofilattica all'interno del nostro ordinamento, si sia esplicitamente espresso a favore della natura bilaterale, o plurisoggettiva necessaria del reato *de quo*.

In quest'ottica, si ritiene utile richiamare taluni passaggi significativi della sentenza citata, al fine di eliminare qualsivoglia incertezza.

Nel pratico tentativo – a dire il vero non perfettamente riuscito – di offrire all'interprete criteri sicuri che siano in grado di dar conto, in guisa chiara e precisa, delle differenze esistenti tra le diverse condotte di induzione e di costrizione, la Corte

---

<sup>73</sup> In senso conforme alla configurabilità del tentativo, si veda, *ex multis*, BENUSSI, *Diritto penale dell'amministrazione*, Cedam, 2016, p. 395, il quale tuttavia afferma che gli atti debbano essere idonei e diretti univocamente ad indurre un soggetto a dare o promettere denaro o altra utilità, ma senza che si verifichi lo sperato stato di soggezione della vittima; pertanto, occorre che vi sia una effettiva e oggettiva efficacia intimidatoria del comportamento dell'*intraneus*, non potendosi considerare idonei gli atti, allorché la consumazione del reato non si verifichi a causa della resistenza del privato. In senso contrario alla configurabilità del tentativo, si veda MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, cit., p. 154 ss., la quale richiama lo sbarramento opposto dall'art. 115 c.p., che, precludendo la punibilità dell'istigazione non seguita dalla commissione dell'illecito, comporterebbe la conclusione secondo cui dovrebbe considerarsi che la forma tentata di induzione indebita anticiperebbe troppo l'area dell'intervento penale.

<sup>74</sup> Cfr. Sezioni unite, 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, 06, p. 1991 ss., con nota di Gambardella.

afferma che, alla luce della novella del 2012, non si può trascurare come la condotta induttiva postuli “il concorso necessario del soggetto privato” (si veda paragrafo n. 12). E, ancora, che “la condotta induttiva, in quanto inserita nella struttura della nuova fattispecie normativamente plurisoggettiva, di cui all’art. 319 *quater* c.p., ha assunto anch’essa una sua autonoma valenza” (paragrafo n. 13).

Successivamente, il Giudice supremo precisa come “la previsione del privato è il vero indice rivelatore del significato dell’induzione. L’indotto è complice dell’induttore [...]. È proprio il vantaggio indebito che, al pari della minaccia tipizzante la concussione, assurge al rango di “criterio di essenza” della fattispecie induttiva, il che giustifica, in coerenza con i principi fondamentali del diritto penale e con i valori costituzionali, la punibilità dell’indotto” (vedi paragrafo n. 14.4 e 14.5).

Su queste basi argomentative, infine, la Corte conclude asserendo che “il dato normativo postula, per l’esistenza del reato, la necessaria convergenza, sia pure nell’ambito di un rapporto “squilibrato”, dei processi volitivi di più soggetti attivi e la punibilità dei medesimi. Trattasi quindi di reato plurisoggettivo proprio o normativamente plurisoggettivo” (vedi paragrafo n. 23.4).

Ebbene, sulla scorta di quanto appena ricordato, non si comprende come si possa negare che la giurisprudenza di legittimità, nel suo massimo grado, abbia preso posizione in merito, riconoscendo espressamente che il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità si caratterizzi per una struttura di correttezza necessaria, addirittura prevista in via normativa<sup>75</sup>.

In questo senso, dunque, appare forse eccentrico l’atteggiamento assunto dalla Corte di cassazione, che sembra essersi dimenticata quanto in seno alla stessa è stato, peraltro recentemente, affermato.

Si badi, ad ogni buon conto, che un simile discorso non vuol cadere in mero vaniloquio.

È ben noto come nel nostro ordinamento – diversamente da quanto avviene nei sistemi di *Common Law* – il precedente giudiziario non abbia alcun valore vincolante per il giudice, che, soggetto soltanto alla legge, può nelle sue pronunce liberamente discostarsi dalle posizioni manifestate dalla giurisprudenza precedente. Sennonché, appare ad ogni modo doveroso che l’organo giurisdizionale (nel caso in esame, la

---

<sup>75</sup> In tema di reati plurisoggettivi propri, si veda, *ex multis*, PADOVANI, *Diritto penale*, 2019, Giuffrè, p. 359 ss.

sezione semplice della stessa Corte di cassazione) prenda, quantomeno, in considerazione, all'interno della motivazione di una propria decisione – qualora questa sia successiva all'emissione di un principio di diritto – l'autorevole *dictum* della Suprema Corte. Ciò, a maggior ragione laddove lo stesso provenga dalle Sezioni unite.

D'altronde, nel diritto processuale penale fino alla recentissima Legge Orlando (l. n. 103 del 2017) non esisteva una norma come l'art. 374, co. 3, c.p.c. (così come modificato dal d. lgs. n. 40 del 2006), sulla base della quale le sezioni semplici della Corte di cassazione, allorquando ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, sono tenute a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. A tal proposito, non è casuale che il progetto di riforma del processo penale, avanzato dalla c.d. Commissione Canzio (Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia "per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale") abbia mirato, tra gli altri obiettivi, proprio ad introdurre anche all'interno dell'ordinamento penale una disciplina corrispondente a quella di cui al citato art. 374 terzo comma c.p.c.

Rilevantissima, dunque, appare la modifica della Legge Orlando, sulla base della quale l'art. 618-*bis* c.p.p. prevede che, appunto, una sezione semplice della Corte di cassazione, qualora intenda non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, deve rimettere, con ordinanza, a quest'ultima la decisione del ricorso<sup>76</sup>.

Nonostante, invero, mancasse, al momento della decisione *de qua*, nel sistema penale un addentellato normativo che in qualche modo valga a limitare la libertà interpretativa delle sezioni semplici in presenza di un'espressa posizione manifestata dalle sezioni unite, un contegno di totale indifferenza rispetto ai precedenti di tale apicale organo giurisdizionale risulta foriero di gravi rischi e pericoli per il valore primario della certezza del diritto. Come ormai in più occasioni è stato vigorosamente evidenziato anche dalle Corti sovranazionali, il principio di certezza del diritto risulta, infatti, garantito solo laddove sia contemporaneamente assicurata la certezza nell'interpretazione del diritto.

Il rischio al quale ci si espone, dunque, è proprio quello che l'incertezza e l'oscurità delle pronunce giurisprudenziali possano mettere in crisi quel principio di

---

<sup>76</sup>Sul punto, si veda APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La Riforma Orlando*, a cura di Marandola, 2017.



determinatezza che costituisce fondamentale corollario del supremo principio di legalità penale: affinché tale principio possa ritenersi pienamente rispettato è necessario che la norma penale, positivizzata nella disposizione di legge ed esplicitata dalla relativa interpretazione, possieda entrambi i requisiti di prevedibilità e accessibilità.

Conclusivamente, pertanto, la presa di posizione del Legislatore, per mezzo della citata riforma del processo penale, sancendo un simile principio di diritto, sembra compiere un passo di avvicinamento del nostro ordinamento verso quello anglosassone, ponendo la Suprema corte in grado non più di dimenticare quanto da lei stessa affermato, ma, al contrario, permettendo di garantire certezza ed efficacia futura alle sue pronunce.

E proprio con riferimento ad una simile situazione appare non del tutto eccentrico immaginare metaforicamente e figurativamente la Corte di cassazione che, invece di immergersi nel mitologico fiume Lete, si immerge nel fiume Mnemosine, in modo da non dimenticare se stessa.

### **3. Cenni sui “*White collar crimes*”**

Proprio in seno ad un ordinamento di *common law* viene elaborato il fondamentale modello criminologico dei c.d. *White collar crimes*<sup>77</sup>.

Tale termine fu coniato nel 1939 dal celebre criminologo e sociologo Edwin Sutherland, il quale distinse questi reati commessi dai “colletti bianchi” dai crimini “comuni” o “di strada”.

In particolare, Sutherland scrisse che “il crimine dei colletti bianchi può essere approssimativamente definito come quel crimine commesso da una persona rispettabile e di elevato status sociale nell’ambito della sua occupazione”<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Sul tema dei “*White collar crimes*”, *ex multis*, si veda PODGOR – HENNING – ISRAEL – KING, *White Collar Crime*, West, 2013, p. 1 ss.; si veda anche STRADER – JORDAN, *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*, LexisNexis, 2015, p. 2 ss.; o ancora BRICKEY, *Corporate and white collar crime*, Wolters Kluwer, 2011, p. 1 ss.; anche STRADER, *Understanding white collar crime*, Carolina Academic Press, 2017, p. 3 ss.; per uno sguardo specifico al solo ambito federale, si veda O’SULLIVAN, *Federal White Collar crime*, West Academic Publishing, 2016, p. 4 ss.; con riferimento all’ordinamento britannico, si veda, *ex multis*, RYDER – TUCKER – TURKSEN, *The Financial Crisis and White Collar Crime – Legislative and Policy Responses*, Routledge, 2017, p. 1 ss.

<sup>78</sup> Cfr. SUTHERLAND, *White collar crimes*, cit.

Sostanzialmente, il punto di partenza della riflessione del citato autore consiste nel fatto che non è lo status sociale a determinare la propensione a commettere un crimine. Anzi, contrariamente a quanto fosse pacificamente ritenuto al tempo, il reato non è primariamente provocato dalle circostanze personali e, soprattutto, non è primariamente commesso dai soggetti appartenenti alle più basse classi socio-economiche<sup>79</sup>.

Lungo siffatto crinale, Sutherland notava come fosse completamente errata la diffusa credenza che la criminalità fosse quasi di pertinenza esclusiva delle fasce sociali più disagiate; in realtà, le classi più elevate sfuggivano alla pena, grazie al controllo del potere e della cultura.

Un punto fondamentale della teoria in parola, su cui si dovrebbe senza dubbio riflettere anche nella società di oggi, è rappresentato dal fatto che se ci si pone nell'ottica di diminuire la "stigmatizzazione" della sanzione penale, ciò non può avvenire prendendo come punto di partenza la provenienza sociale, segnatamente quella inferiore, la quale ha sempre costituito il più facile bersaglio su cui scaricare la frustrazione punitiva della collettività<sup>80</sup>.

Sutherland, infatti, notava come la collettività non si rendeva conto dei crimini commessi dai c.d. colletti bianchi, in quanto l'apparenza di rappresentare persone di successo, di cultura, di rispettabilità aveva un effetto fuorviante e illusorio: questo, in qualche modo, permetteva a tali soggetti di agire quasi in libertà. Vi era, così come vi è tutt'oggi, un elevato numero oscuro dei reati economici<sup>81</sup>.

Appare, inoltre, lapalissiano indicare come i crimini dei colletti bianchi pongano gravemente in pericolo l'economia dei vari Stati<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Sul punto si veda STRADER – JORDAN, *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*, cit., p. 2 ss.

<sup>80</sup> In questo senso, si veda ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, p. 59.

<sup>81</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 61, il quale da tale situazione fa derivare la conclusione secondo cui il diritto penale non è uguale per tutti: ciò sia a causa dei meccanismi di selezione sia per il gran numero di illeciti che sfuggono alle autorità competenti. Questo fenomeno, secondo il citato autore, renderebbe "ancor più inaccettabile e sconvolgente la frequente invocazione delle pene esemplari, che null'altro sono che una riproposizione del *modello del capro espiatorio*, privato per di più dell'aura sacrale che lo circondava e ridotto semplicemente a messaggio terroristico di ammonimento".

<sup>82</sup> La Corte Suprema statunitense, *Braswell v. United States*, 287 U.S. 115 (1988), si è espressa in tal modo: "*white collar crime is one of the most serious problems confronting law enforcement authorities*" (il "crimine da colletto bianco" rappresenta uno dei problemi più seri da affrontare per le autorità di contrasto").

Tuttavia, non può sottacersi che il ricorrere di tali crimini, peraltro di elevata rilevanza, rappresentano una realtà drammaticamente in atto.

Negli ultimi anni, infatti, sono assorte alle cronache devastanti fallimenti di imprese di grandi dimensioni, che hanno messo in grande pericolo l'economia occidentale e che sono dovute a comportamenti illeciti: pensiamo al crack Parmalat o Cirio in Italia, al crack Enron o WorldCom negli Stati Uniti, al recente crack Carillon nel Regno Unito<sup>83</sup>.

Per altro verso, un'ulteriore peculiarità è costituita dall'uso della tecnologia che permette di commettere sofisticati crimini in ambiti come le frodi informatiche e i relativi reati finanziari.

Ciò nonostante, ovunque si ritrova una particolare difficoltà di affrontare i *white collar crimes*.

A differenza dei crimini comuni, questi sono commessi nel privato della casa o dell'ufficio; solitamente vi sono pochi testimoni e molto raramente si trova una "prova schiacciante".

Inoltre, le indagini raggiungono livelli di estrema complessità e, come se non bastasse, richiedono un elevato grado di risorse e di esperti.

Fondamentale appare, dunque, indagare quali sono le contromisure adottate negli ordinamenti più avanzati: si pensi all'esperienza statunitense, al cui interno, nel 2002, in risposta a questi scandali, il Congresso ha emanato il *Sarbanes-Oxley Act* proprio nel tentativo di reprimere con durezza simili fenomeni.

D'altra parte, si è rilevato che un eccesso di criminalizzazione rischia di avere effetti negativi, che non possono essere sottovalutati.

Da questo punto di vista, si deve essere consapevoli che, anzitutto, l'effetto potrebbe essere quello di inibire le attività commerciali e le iniziative imprenditoriali<sup>84</sup>.

Altra implicazione, che riguarda da vicino gli ordinamenti anglo-americani, è rappresentata dall'incremento della richiesta di patteggiamento, il che comporterebbe un aumento di processi, che, come noto, in nome della celerità e della convenienza,

---

<sup>83</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, STRADER, *Understanding white collar crime*, cit., p. 5 ss.

<sup>84</sup> Cfr. *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 (1978).

sacrificano taluni diritti di difesa. La conseguenza paventata è quella che molti innocenti sarebbero spinti a chiedere simile rito processuale, pur di “limitare i danni”<sup>85</sup>.

#### **4. Un'introduzione al concetto di frode (*fraud*): la frode come diretta conseguenza del Neoliberismo**

All'interno degli ordinamenti anglosassoni, per altro verso, assume un ruolo di primaria importanza il concetto di frode (*fraud*).

Al fine, invero, di comprendere a pieno tale istituto, occorre forse non “calarlo dall'alto”, bensì tentare una contestualizzazione che prenda in esame, seppur brevemente, il contesto economico-sociale nel cui ambito vengono posti in essere i comportamenti fraudolenti<sup>86</sup>.

Da questo punto di vista, si può notare come certe pratiche e certe norme, che fino a poco tempo fa la maggior parte delle persone avrebbe considerato impensabili e assurde, sono diventate assolutamente “normali” o addirittura “istituzionalizzate”.

In questo senso, pratiche di frode o di corruzione sembrano essere incoraggiate da una sorta di “cultura morale”, costituita da un insieme di idee, norme e valori che rappresentano un fenomeno sociale direttamente collegato al modo di attuarsi delle contemporanee società capitaliste: in pratica, ci troviamo, al giorno d'oggi, innanzi ad una situazione socio-culturale che rappresenta la struttura portante del fenomeno della frode.

Ebbene, tale situazione risulta in realtà studiata e dibattuta in maniera assai scarsa. Anzi, i convenzionali dibattiti accademici giungono, in linea di massima, ad un semplicistico assunto: corruzione e frode tendono a diminuire nel corrente periodo neoliberale in quanto i mercati globalizzati “liberalizzano” e diventano più “aperti”, “competitivi” ed “efficienti”, mentre i vari governi adottano liberali forme di democrazia, trasparenza e responsabilità.

Tuttavia negli ultimi tempi, si può registrare un leggero mutamento di presa di coscienza, causato dalla rivelazione dei comportamenti fraudolenti registrati nel

---

<sup>85</sup> Sul punto si veda DERVAN, *White Collar Overcriminalization: deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence*, Kentucky Law Journal, 2013, p. 723 ss.; o anche STRADER – JORDAN, *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*, cit., 2015, p. 9.

<sup>86</sup> Le riflessioni che seguono sono tratte da WHYTE - WIEGRATS, *Neoliberalism and moral economy of fraud*, Routledge, 2016, p. 1 ss.

settore finanziario-economico, delle grandi evasioni fiscali, della produzione e commercializzazione su grande scala di prodotti scadenti e nocivi per la salute, dei massicci fenomeni di riciclaggio di capitali criminali, dei movimenti di speculazione finanziaria e, infine, dei grandi fallimenti che vedono coinvolte grandi e piccole aziende.

A ben vedere, il neoliberalismo sembra incoraggiare la mercificazione di tutti i rapporti sociali, ovvero sembra perseguire un generale rafforzamento del “capitale”, sotto la forma delle grandi multinazionali private, così da ottenere anche un generale riassetto delle relazioni, delle pratiche quotidiane e della soggettività delle singole persone.

In questo senso, si può intravedere uno stretto legame tra il mutamento della morale (neoliberale) e il fenomeno della frode, il quale, pertanto, risulta generato dai cambiamenti economico-politici derivanti dallo sviluppo del neoliberalismo. A differenza di quanto asserito dalla dominante interpretazione per cui i comportamenti fraudolenti sarebbero semplicisticamente causati dalla perdita o dall'assenza di valori morali.

In altre parole, il progetto neoliberale risulta teso a garantire la guida morale nelle contemporanee società capitaliste, in modo da favorire una vera e propria trasformazione della morale classica. Ecco, dunque, che si assiste alla promozione, in via diretta o indiretta, di taluni valori morali a discapito di altri, così da diffondere motivazioni e pratiche fraudolente.

La frode, dunque, non è semplicemente una conseguenza della disperazione materiale, come nel caso di un crimine compiuto da un soggetto non abbiente, o l'isolata azione di singoli individui scorretti e senza scrupoli, come nel caso di avidi banchieri. Al contrario, è la conseguenza di un più ampio processo che ha ristrutturato l'insieme di rapporti di forza, logiche di accumulo di ricchezza, senso comune e modi di pensare, in guisa da far diventare la frode una pratica comune ai vari settori e alle classi sociali.

Lungo siffatto crinale si può ritenere che la frode non sia un mero epifenomeno, bensì l'asse portante della struttura del capitalismo neoliberale.

Infatti, a differenza di quello che si può ritenere, le politiche, i principi, le logiche e le pratiche su cui si fonda il neoliberalismo hanno una vera e propria base morale.

Questa morale è centrale al fine di assicurare credibili basi per legittimare lo sviluppo delle politiche, sia con riferimento all'ambito economico, sia con riferimento all'ambito sociale, e anche per legittimare le operazioni commerciali e finanziarie.

In quest'ottica, la morale neoliberale è in grado di fronteggiare le altre morali e di dare impulso ad un processo di sostanziale e definitivo cambiamento morale.

Trattasi, quindi, di un chiaro "progetto morale" che può comportare gravissime conseguenze sociali, dal momento che, in realtà, cela al suo interno logiche di accumulo e di accentramento di ricchezza.

Se tale è, invero, il fine, il mezzo, quasi incoraggiato, è rappresentato dai condotte fraudolente e corruttive.

Ecco, dunque, che il progetto morale in parola non si esaurisce in un discorso morale, andando invece a costituire una strategia per ottenere il potere all'interno delle contemporanee economie capitalistiche.

In un simile ambito, il valore dominante diventa il profitto e il perseguimento, individualizzato ed edonistico, di una vita ricca.

Tuttavia, si deve considerare come le grandi multinazionali statunitensi, proprio in tempi recenti, sembrano voler correggere qualcosa del delineato spirito neoliberale.

Le più importanti imprese, che fanno parte del più grande tavolo di lavoro di affari economici, il "Business Roundtable" – da JP Morgan a General Motors o Amazon –, hanno approvato un documento sulla base del quale viene messo in dubbio lo slogan classico secondo cui il primo obiettivo di un'azienda è creare valore per gli azionisti<sup>87</sup>.

Ebbene, tale "mantra" deve essere sostituito, o quantomeno integrato, da ulteriori obiettivi, quali l'attenzione all'impatto sull'ambiente e sulle comunità locali, la correttezza dei rapporti con i fornitori, il rispetto per i consumatori e il miglioramento delle condizioni dei propri dipendenti.

Una scelta che, chiaramente non deve essere interpretata come un cambiamento di coscienza dei vertici delle grandi società multinazionali e nemmeno l'alba di una nuova era economica.

---

<sup>87</sup> Cfr. HENDERSON E TEMPLE-WEST, *Group of US corporate leaders ditches shareholder-first mantra*, in *Financial Times*, 19 agosto 2019.

Anzi, la ragione può verosimilmente risiedere nel tentativo di rispondere alla recente crescita dei movimenti populistici e sovranisti, in modo da non farsi travolgere da simili istanze.

La presa di posizione in parola dimostra ancora una volta, se possibile, la totale autonomia decisionale delle grandi società private, così come la completa ininfluenza delle istituzioni politiche.

Invero, il presente lavoro di ricerca non costituisce la sede di un ulteriore approfondimento della questione; ciò nondimeno è interessante notare come proprio il cuore stesso dell'economia capitalista contemporanea abbia preso la decisione di correggere il dogma del neoliberalismo, ovvero quello del "profitto costi quel che costi".

## **5. Brevi cenni sul concetto di frode (*fraud*) all'interno degli ordinamenti anglosassoni**

Ultimo concetto cui si vuole far menzione è quello di frode (*fraud*), il quale assume una indubbia importanza all'interno dei sistemi giuridici penali angloamericani, in quanto rappresenta la matrice storica di numerosi reati in materia economica.

Per *Fraud*, in linea di massima, si intende quella condotta consistente in un criminoso inganno teso ad ottenere un vantaggio economico o personale.

Invero, tale istituto ricomprende al suo interno una serie di crimini, tra cui la frode da false rappresentazioni (*fraud by false representation*), la frode da omessa comunicazione di informazioni (*fraud by failing to disclose information*) e la frode da abuso di posizione (*fraud by abuse of position*).

In termini estremamente sintetici, per quanto concerne le fonti, con riferimento all'ordinamento statunitense, gli Statuti federali in materia, così come la maggior parte delle leggi statali, richiede la prova di uno "schema artificioso di frodare" (*scheme or artifice to defraud*).

Nonostante i testi di legge non abbiano predisposto una definizione di tale fondamentale concetto, al contrario le Corti hanno nel tempo, per mezzo del meccanismo del precedente, tratteggiato con precisione la nozione del concetto in parola. Lo schema artificioso in parola, dunque, risulta rappresentato da qualsivoglia

piano teso a privare altri soggetti di taluni beni, indipendentemente dal fatto che tale comportamento possa comportare un immediato danno economico<sup>88</sup>.

Con riferimento, invece, all'ordinamento britannico, occorre considerare che la materia risulta attualmente disciplinata dal *Fraud Act* del 2006. Precedentemente, si doveva far riferimento alle *sections* 15, 16 e 20 del *Theft Act* 1968 e alle *sections* 1 e 2 del *Theft Act* 1978.

In ogni caso, appare estremamente difficoltoso riuscire a definire il concetto di frode. In tal senso, può essere utile suddividere il discorso in due parti<sup>89</sup>:

- i) i “mezzi” della frode;
- ii) l’“oggetto” della frode.

Tradizionalmente, la frode è costruita sull'uso dell'inganno (*deceit*). Tuttavia, mentre l'inganno in effetti sembra rappresentarne, storicamente e concettualmente, il fulcro, i mezzi attraverso cui viene posta in essere la condotta fraudolenta sono definiti, all'interno del moderno diritto statutario, in maniera più ampia<sup>90</sup>.

In questo senso, il mezzo di frode che viene in rilievo in assenza dell'inganno è rappresentato dalla condotta disonesta (*dishonesty*)<sup>91</sup>. In breve, tale concetto include una gamma molto vasta di nozioni, quali l'abuso di fiducia (*breach of trust*), il conflitto di interesse (*conflicts of interest*), l'omessa informazione di fatti rilevanti (*non-disclosure of material facts*), lo sfruttamento illecito (*exploitation*), il vantaggio indebito (*taking unfair advantage*), il mancato adempimento di obbligazioni contrattuali (*non-permormace of contractual obligations*) e l'abuso del patrimonio aziendale (*misuse of corporate assests*).

Effettivamente, nel suo senso più ampio, il termine “frode” è stato impiegato per riferirsi ad un qualsiasi atto illecito compiuto in violazione della buona fede (*a violation of moral upringhtness*), della fondamentale onestà (*fundamental honesty*) e della correttezza (*fair play*).

---

<sup>88</sup> Sul punto, si veda U.S. Supreme Court, *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19 (1987), n. 86-422 .

<sup>89</sup> In questi termini, si veda GREEN, *Lying, Cheating and Stealing*, in *White Collar Crime*, a cura di Podgor-Henning-Israel-King, Oxford University Press, 2013, p. 148 ss.

<sup>90</sup> Cfr. NIGHTINGALE, *The Law of Fraud and Related Offences*, Carswell Pub., 1996, p. 2 ss.

<sup>91</sup> Sul punto si veda *Hammerschmit v United States*, 265 US 182, 188 (1924), la quale asserisce che nonostante la frode sia tradizionalmente commessa attraverso un inganno o un artificio, essa può essere commessa da un altro mezzo costituito proprio dalla disonestà.



Allo stesso modo, anche l'oggetto della frode ha subito una considerevole variazione. Il più comune uso del termine frode, infatti, fa riferimento a quelle condotte criminose il cui obiettivo consiste nell'ottenere denaro o altra utilità (economica).

Ma il termine in questione è ormai utilizzato anche in senso più ampio in modo da non riferirsi solo alle condotte criminose tese ad ottenere "denaro" o "altra utilità" (*money or property*), bensì anche quei comportamenti finalizzati a ricevere un "ingiusto vantaggio" o a "danneggiare un diritto o un interesse altrui" (*injure the rights or interests of another*). Inoltre, il termine "frode" viene impiegato anche per riferirsi al generico e nebuloso elemento del mancato rispetto di divieti imposti dalla legge (*evasion of statutory prohibitions*).

Nonostante queste difficoltà nell'individuare con precisione la vera essenza del concetto di frode, all'interno dei paesi anglosassoni, si può tuttavia tentare di enucleare i tratti essenziali: da un lato, infatti, la frode è integrata da false o fraudolente finzioni, rappresentazioni o promesse (*false or fraudulent pretenses, representations or promises*), dall'altro, invero, sussiste lo scopo di ottenere denaro o altra utilità.

Da questo punto di vista, dunque, la frode sembra ruotare attorno a due concetti fondamentali: inganno e furto (*deception and stealing*).

**CAPITOLO II**  
**UNO SGUARDO COMPARATISTICO: IL MODELLO FALLIMENTARE**  
**ANGLO-SASSONE**

**Sommario:** 1. Premessa metodologica – 2. La disciplina fallimentare nel Regno Unito: una perfida (non tanto) Albione – 3. Il recente crac Carillon – 4. La disciplina fallimentare negli Stati Uniti e la mimèsi del Legislatore italiano – 5. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare del Regno Unito – 6. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare degli Stati Uniti.

**1. Premessa metodologica**

La necessità di svolgere uno sguardo comparatistico, con riferimento alla disciplina “anglo-sassone”, si impone alla luce di una serie di ragioni giustificatrici<sup>92</sup>.

Anzitutto, è lo stesso legislatore italiano che esplicitamente ha ammesso, in più di un’occasione – si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla disciplina del nuovo concordato preventivo che espressamente si rifà al *chapter 11 del Bankruptcy Code* americano<sup>93</sup> – di aver tratto ispirazione dal suddetto modello.

In aggiunta, occorre considerare il tentativo in atto del diritto sovranazionale di avvicinare il più possibile le varie discipline nazionali, in modo da rendere maggiormente uniforme la materia, con riferimento, segnatamente, al carattere sempre più globalizzato e transnazionale dell’economia<sup>94</sup>.

Uno sguardo comparativo, in particolare alle discipline anglosassoni, sembra, pertanto, un passo obbligato se si vuol comprendere appieno l’oscuro stato dell’arte

---

<sup>92</sup> Per un interessante sguardo comparato, non solo con riferimento all’esperienza statunitense e inglese, ma anche a quella tedesca e francese, sulle soluzioni concordate della crisi si veda, *ex multis*, ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, a cura di Palazzo e Paliero, Giappichelli, 2017, p. 615 ss.

<sup>93</sup> Così disegno di legge n. 5312 presentato il 26 giugno 2012 per la conversione in legge del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83.

<sup>94</sup> Sul punto si vedano le interessanti riflessioni di GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 2018, p. 12 ss.; si veda anche GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 14 ss., secondo il quale ormai le grandi imprese assumono dimensioni mondiali e si caratterizzano per essere imprese multinazionali. Queste imprese multinazionali costituiscono un potente fattore di propagazione nel mondo di pratiche e di modelli contrattuali uniformi, venendo a creare una nuova *lex mercatoria*.

della disciplina italiana e, soprattutto, se si vogliono ipotizzare soluzioni, in un'ottica di riforma, ormai agognata da tempo<sup>95</sup>.

A tal fine, risulta necessaria, invero, una premessa, sebbene di prima evidenza.

Non spiegherebbe alcuna efficacia, infatti, una mera ricognizione delle figure criminose effettuata, per così dire, calandola dall'alto. Occorre, dunque, prima tratteggiare, seppur in via sommaria, il sistema (fallimentare) di base e, solo successivamente, le varie figure delittuose corrispondenti.

Inoltre, si deve scorporare il discorso a seconda che si analizzi la disciplina inglese o quella statunitense, le quali, seppur imparentate, presentano caratteri distinti.

Pertanto, nei paragrafi che seguono sarà, dapprima, presa in analisi la disciplina dell'ordinamento inglese, sia con riferimento al versante civilistico sia con riferimento a quello penalistico.

Altrettanto, in seguito, verrà fatto con la disciplina propria dell'ordinamento statunitense.

Per poi concludere con una breve trattazione su un recentissimo caso di *default*, segnatamente il “crac Carillon”, che rappresenta il più grande e grave fallimento mai avuto in Inghilterra.

## **2. La disciplina fallimentare nel Regno Unito: una perfida (non tanto) Albione**

In via preliminare, occorre indicare come la disciplina inglese (anche se ormai la disciplina anglo-gallese risulta ormai armonizzata con quella scozzese) si presenta come una delle discipline maggiormente liberali, con riferimento alla materia fallimentare, a causa di un sistema che concede ampissimi spazi alle soluzioni diverse dalla liquidazione dell'impresa<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> In merito alle esigenze di riforma, si veda, su tutti, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, 2014, p. 233 ss.

<sup>96</sup> Con riferimento alle riflessioni sull'alto grado di liberalità della disciplina inglese della soluzione della crisi dell'impresa si veda MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017.

Si pensi, ad esempio, all'istituto del *discharge*, che tutela il debitore onesto e sfortunato colpito da avverse congiunture del mercato, attraverso una vera e propria procedura di esdebitazione<sup>97</sup>.

Le fonti normative sono rappresentate dall'*Insolvency Act 1986* e dall'*Enterprise Act 2002*, le quali esprimono grande favore alle soluzioni concordate alla crisi d'impresa, perseguendo una finalità tesa ad evitare la dissoluzione e la liquidazione dell'impresa.

Inoltre, sempre per quanto concerne le fonti rilevanti, non può non farsi cenno al complesso di principi generali, non scritti, noto come *London Approach* (o *London Rules*).

Tale complesso disciplina un modello di soluzione della crisi, attraverso la previsione dei comportamenti che devono tenere le banche di fronte alle imprese in difficoltà economico-finanziarie, assegnando un ruolo di direzione alla Banca centrale d'Inghilterra<sup>98</sup>.

In pratica, gli istituti bancari si impegnano ad assumere un atteggiamento comune, con riguardo alla concessione di credito, al fine di concedere tempo e strumenti per permettere all'imprenditore di proseguire l'attività di impresa<sup>99</sup>.

Sempre in via di premessa, si deve notare, in primo luogo, come la normativa di Oltremania si caratterizza per la previsione della macro-distinzione tra insolvenza commerciale (*corporate insolvency*) e insolvenza civile (*personal insolvency* o *bankruptcy*): la prima concerne le imprese collettive, ossia le imprese organizzate in forma di società; mentre la seconda concerne l'individuo persona fisica (che pertanto può fallire ed essere dichiarato *bankrupt*).

In secondo luogo, inoltre, si deve sottolineare come, nell'ordinamento del Regno Unito, vi sia una differente nozione di insolvenza rispetto a quella adottata

---

<sup>97</sup> Tale disciplina di favore ha dato origine ad un fenomeno di c.d. turismo fallimentare, che consiste nel trasferimento dell'attività in terra inglese, proprio al fine di poter usufruire dei vantaggi della disciplina di Oltremania. Come risulta dalla sentenza dell'Alta Corte di Giustizia inglese nella causa, 29 August 2012 [2012] EWCH 2432 (Ch) (*Sparkasse Hilden Ratingen Velbert v. Horst Konrad Benk and the Official Receiver*).

<sup>98</sup> Sul punto si veda ARMOUR-DEAKIN, *Norms in Private Insolvency: The "London Approach" to the Resolution of Financial Distress*, Routledge, 2001, p. 21 ss.; in senso fortemente critico nei confronti della scelta di attribuire alla Banca centrale d'Inghilterra il controllo della situazione, si veda NICHOLAS RIDER, *The financial crisis and white collar crime. The perfect storm?*, Edward Elgar, 2014, secondo il quale la legislazione del Regno Unito si rivela del tutto inefficace per fronteggiare la crisi.

<sup>99</sup> In questi termini ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, cit., p. 617.

nell'ordinamento italiano: da un canto, si fa riferimento, infatti, al concetto di inadempimento, commerciale o individuale, delle proprie obbligazioni contrattuali; dall'altro, l'insolvenza non rappresenta l'unico presupposto, di natura oggettiva del fallimento, ben potendo accadere che la cessazione dell'attività dell'impresa venga disposta per ragioni diverse.

Infine, occorre spendere poche battute sul tema della giurisdizione. In linea generale, si può affermare che la giurisdizione in tema di insolvenza è sostanzialmente ripartita tra due Corti: la County Court e la High Court<sup>100</sup>

Dopo aver fornito sinteticamente gli aspetti preliminari, l'analisi può ora concentrarsi sulle singole procedure, che vengono in rilievo in caso di insolvenza commerciale e di insolvenza civile.

Per quanto riguarda l'insolvenza dell'impresa societaria, si deve tener conto di quattro procedure che noi definiremmo "concorsuali", che di seguito saranno esposte: i) la *winding-up o liquidation*; ii) la *receivership*; iii) la *administration*; iv) il *company voluntary arrangement*<sup>101</sup>.

### **2.1 La *winding-up o liquidation*.**

Questa procedura deve essere considerata quella che presenta le maggiori somiglianze con il fallimento nostrano, in quanto l'obiettivo è rappresentato dalla cessazione dell'attività d'impresa, segnatamente la sua liquidazione<sup>102</sup>.

Inoltre, dal momento in cui ha inizio la procedura la società non ha la facoltà di proseguire l'attività di impresa.

Un ruolo di spiccata importanza è svolto dal liquidatore (*liquidator*), ovvero da un soggetto qualificato, un professionista esperto delle insolvenze. Questo ha il compito di predisporre la lista dei soci che devono versare somme a fronte della quota di capitale da loro sottoscritta (*contributories*), di accertare gli attivi societari, di

---

<sup>100</sup> Per una ricognizione sul tema del riparto di giurisdizione tra Corti in Inghilterra e Galles, si veda KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, LexisNexis, 2017, p. 31 ss.

<sup>101</sup> Per una completa panoramica in merito alle procedure concorsuali in caso di insolvenza di un'impresa societaria, si veda MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017.

<sup>102</sup> Sul punto si veda FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 22 ss.

pagare i creditori secondo quanto stabilito dalla legge e, infine, di redistribuire gli attivi rimanenti tra i soci<sup>103</sup>.

Per quanto concerne, invece, i poteri del liquidatore, la normativa inglese concede loro ampia libertà, potendo prendere le decisioni che ritengano più adeguate nell'ottica di una positiva liquidazione, seppur sotto la supervisione della Corte.

Inoltre, la *winding up* può essere disposta per svariati motivi; non solo dunque a causa dell'intervenuta insolvenza.

Lungo siffatto crinale si devono distinguere due tipologie di liquidazione: *i*) quella obbligatoria, disposta dalla Corte (*compulsory liquidation*); *ii*) quella volontaria, per volontà dei soci o dei creditori (*voluntary liquidation*).

*i*) La *winding up by the Court*, come detto, ha natura obbligatoria.

Essa risulta disciplinata dall'*Insolvency Act 1986, Section 122*. I presupposti sono: una delibera straordinaria emessa dalla società; l'iscrizione della società quale public company, in caso di mancata emissione del relativo certificato entro il termine di un anno; la mancata attività della società ad un anno dall'iscrizione (o la sospensione dall'attività per un periodo superiore ad un anno); l'incapacità della società di adempiere ai propri debiti; l'aver beneficiato di *moratorium*, senza aver concluso il *company voluntary arrangement* entro il termine di 28 giorni; la decisione da parte della Corte; decisione per ragioni di interesse pubblico da parte del *Department of Business Innovation and Skills* (che corrisponde al nostro Ministero dell'economia).

L'*Insolvency Act 1986, Section 123*, da par suo, stabilisce i parametri attraverso cui riconoscere l'impossibilità dell'impresa di adempiere alle proprie obbligazioni. In particolare, nonostante la Corte mantenga un ampio grado di discrezionalità di rifiutare la proposta, è richiesta la sussistenza di almeno uno dei seguenti requisiti: l'inadempimento di una somma di almeno 750 sterline nelle ultime tre settimane, sulla base di una domanda scritta da parte del creditore; l'attivazione senza successo del pagamento di un debito stabilito con decreto o sentenza a favore del creditore; la scadenza dei debiti o l'inferiorità degli attivi rispetto alla passività.

*ii*) la *voluntary winding up*, al contrario, può essere richiesta dai soci o dai creditori. In ogni caso, occorre che vi sia una delibera della società; delibera che può

---

<sup>103</sup> Per una completa analisi, in chiave comparativa, in tema di procedure concorsuali all'interno della disciplina del Regno Unito, si veda DE GIOIA-CARABALLESE, *Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Cedam, 2011, 86(6), p. 529 ss.

essere assunta in sede di assemblea ordinaria, qualora lo statuto ne preveda l'estinzione al decorrere di un tempo stabilito o al ricorrere di un determinato evento, oppure in sede di assemblea straordinaria, qualora i soci intendano liquidare la società per altre motivazioni.

Per quanto concerne, viceversa, i soggetti legittimati (*petitioners*) a chiedere la *liquidation*, essi sono elencati dall' *Insolvency Act 1986, Section 124*, questi sono: gli amministratori della società; l'*Official Receiver*; il *Department of Business Enterprise*; il supervisore di un *voluntary arrangement*, il *receiver* o l'*administrator*; il socio da almeno sei mesi o quello che abbia ereditato le azioni da un socio deceduto in presenza di un interesse economico-finanziario alla liquidazione; uno o più creditori.

Gli effetti della liquidazione iniziano a partire dalla data in cui i soggetti legittimati presentano la richiesta (*petition*). Da questo momento l'impresa societaria perde la gestione dell'attività e dei suoi beni (a pena di invalidità), ma contro di essa non possono essere iniziate o proseguite azioni (salvo, in entrambi i casi, il consenso della Corte)<sup>104</sup>.

Con riferimento alla *winding up by the Court*, vi è l'ulteriore effetto legale che consiste nel licenziamento dei lavoratori, salva l'indennità per eccesso di lavoro (*redundancy payment*).

## **2.2 La Receivership**

Il protagonista delle procedura in parola è rappresentato da una sorta di curatore fallimentare (*receiver*), il quale ha il compito di "ricevere" e controllare il patrimonio per conto di altri, avendo il potere di vendere i beni e distribuirne il ricavato<sup>105</sup>.

Invero, anche in questo caso i beni possono essere assoggettati alla procedura, non solo a causa dello stato di insolvenza, si pensi al caso dello scioglimento di una società, con i soci che non si trovano d'accordo in merito ai rispettivi diritti/titoli (*entitlements*).

Ciò nonostante, si deve ammettere che il più delle volte la *receivership* viene adoperata per le società in una situazione di insolvenza o in una situazione di prossima alla stessa.

---

<sup>104</sup> Cfr. *Insolvency Act 1986, Sections 127, 129 e130*.

<sup>105</sup> Così KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, cit., p. 55 ss.

Nonostante, ad una prima lettura, possa sembrare che tale procedura sia assimilabile alla *liquidation*, in realtà da questa si distingue sia per modalità procedurali, sia per obiettivi e finalità.

Mentre la *liquidation*, infatti, consiste nella vendita di tutti i cespiti aziendali, con il conseguente dissolvimento della società, la *receivership* consiste nella vendita di beni per ripagare taluni determinati creditori (*secured creditors*), ma senza che la società venga dissolta. Anzi, ben può accadere che, una volta terminata la procedura, la società riprenda un'attività commerciale redditizia.

Per altro verso, occorre indicare come, a partire dall'Enterprise Act 2002, l'utilizzo di tale procedura è stato ridotto in grandissima misura, potendo oggi essere applicata solo in casi eccezionali e temporalmente precedenti al 15 settembre 2003<sup>106</sup>

### **2.3 L'Administration**

La procedura in esame, dal canto suo, presenta spiccate differenze rispetto alla *winding up* (o al fallimento italiano).

Anzitutto, con riguardo alla finalità, che in questo caso è rappresentato dall'obiettivo di salvare l'impresa, cercando di superare una situazione di difficoltà economico-finanziaria<sup>107</sup>.

Invero, se questo rappresenta il fine principale, tuttavia non ne costituisce l'unico. Qualora, infatti, sia ritenuto dalla Corte come inefficace per l'interesse dei creditori, l'obiettivo diventa quello di raggiungere un risultato migliore rispetto a quanto si avrebbe con la drastica liquidazione dell'impresa.

In subordine, infine, l'obiettivo residuale rimane quello distribuire tra i creditori i proventi ottenuti dalla cessione dei beni aziendali.

Tale fine viene perseguito mediante la gestione della società da parte di un organo esterno (l'*Administrator*) e l'esecuzione di un piano concordato nell'interesse

---

<sup>106</sup> Sul punto cfr. DE GIOIA-CARABALLESE, *Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana*, cit., p. 544, secondo il quale, sebbene le banche e le istituzioni finanziarie vedessero di buon grado tale procedura, altrettanto non avveniva con riguardo agli altri stakeholder, i quali erano preoccupati per il fatto di mettere tutto il potere nelle mani di un solo creditore. Questo infatti non avrebbe agito nell'interesse di tutti gli altri creditori, senza pertanto favorire il recupero dalla crisi aziendale.

<sup>107</sup> Sul tema, si veda, *ex multis*, KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, Jordans, Bristol, 2008, p. 42 ss., secondo cui le finalità della procedura risiedono nel recupero della situazione economica, in un accordo con i creditori o, solo in subordine, nella liquidazione della società.



dei creditori; tuttavia, nonostante ciò, l'attività d'impresa continua ad essere eseguita dall'impresa sottoposta.

In quest'ottica, peraltro, il ruolo di Administrator deve essere conferito ad un professionista esperto di insolvenza (*insolvency practitioner*).

Altra rilevante peculiarità, inoltre, è data dal congelamento di tutte le procedure o azioni dei creditori a carico della società (*moratorium*)<sup>108</sup>.

A tal proposito, è previsto, per il periodo di pendenza della procedura, il divieto di intraprendere azioni legali contro la società o il divieto di azioni per escutere garanzie ovvero per rimpossessarsi di beni che siano assoggettati ad un contratto di affitto (salvo sempre il consenso dell'*Administrator* o della *Court*).

La *administration* risulta disciplinata anch'essa dal *Schedule B1* dell'*Insolvency Act 1986*; sebbene l'*Enterprise Act 2002* abbia introdotto la possibilità di ottenere l'ammissione, in taluni casi, anche senza l'autorizzazione della Corte, che precedentemente si imponeva come necessaria.

Le condizioni per poter avanzare la richiesta sono essenzialmente due: *i*) l'incapacità della società di adempiere alle proprie obbligazioni o la probabilità che si verifichi tale situazione; *ii*) la ragionevole probabilità che si realizzi l'obiettivo dell'*administration*.

In genere, la richiesta (*petition*) deve essere presentata alla Corte e i soggetti legittimati sono la società, i soci o i creditori.

Tuttavia, come prima accennato, esistono soggetti che hanno la facoltà di nominare un *administrator*, senza fare richiesta alla Corte; essi sono: *i*) il soggetto titolare di *floating charge* (che corrisponde ad un privilegio riguardante la totalità dei beni del debitore); *ii*) gli amministratori, in caso di società inadempiente o della probabilità di diventarla.

Per quanto riguarda i poteri dell'*administrator*, lo *Schedule 1* dell'*Insolvency Act 1986* prevede che questo possa gestire la società, per realizzare gli obiettivi dell'*order of administration*; convocare l'assemblea dei soci o convocare i creditori; nominare o revocare gli amministratori; distribuire i beni o disporre i pagamenti ai creditori.

---

<sup>108</sup> Così, DE GIOIA-CARABALLESE, *Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana*, cit., p. 539.

I doveri, invece, soprattutto, quello di indicare, entro tre mesi, le modalità attraverso cui raggiungere gli obiettivi prefissati e, più in generale, quello di agire con ragionevole cura nella gestione della società, nell'interesse dei creditori.

Dal canto loro, viceversa, i creditori possono segnalare alla Corte eventuali mancanze dell'*administrator*, come una mala gestione o una gestione priva di speditezza.

Per quel che concerne i contratti di lavoro, essi non si intendono automaticamente estinti, spettando all'*administrator* la decisione sul subentro o meno.

Infine, la procedura cessa allorquando l'*administrator* abbia fatto specifica istanza alla Corte, in caso di adempimento dell'*administration order*; oppure allorquando termini il periodo di un anno (un anno e sei mesi nel caso in cui tale periodo venga esteso su richiesta della Corte e con il consenso dei creditori garantiti o della metà dei creditori non garantiti).

#### **2.4 Il *Company Voluntary Arrangement***

Tale procedura si pone espressamente l'obiettivo di risanare l'impresa caduta in una situazione di difficoltà economico-finanziaria, sulla base di una proposta avanzata dalla stessa società.

Essa risulta disciplinata dall'*Insolvency Act 1986, Sections 1-7*.

La proposta può essere effettuata dagli amministratori della società, dall'*administrator* qualora la società sia sottoposta alla procedura dell'*administration* o dal *liquidator* qualora la società sia sottoposta, al contrario, alla procedura della *winding up*.

Ebbene, appare necessario sottolineare che la proposta consiste, sostanzialmente, in un piano di ristrutturazione del debito; motivo per il quale è stato considerato strumento assai simile al nostrano accordo di cui all'art. 182-bis l. fall., così come modificato dal d. lgs. n. 5 del 2006<sup>109</sup>.

Altra peculiarità è rappresentata dalla nomina di un soggetto esperto della materia concorsuale (*nominee*), solitamente una società di revisione, che ha la funzione di controllare il piano proposto.

---

<sup>109</sup> In merito alla somiglianza tra l'istituto in parola con l'accordo di ristrutturazione del debito di cui all'art. 182-bis l. fall., si veda DE GIOIA-CARABALLESE, *Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana*, cit., p. 551 ss.

La procedura prende avvio con la proposta da parte dei soggetti legittimati che la forniscono al *nominee*, insieme allo stato patrimoniale dell'impresa societaria. A questo punto, il *nominee* esamina il piano e riferisce alla Corte, la quale convoca l'assemblea dei creditori e dei soci.

Le due assemblee valutano la proposta (ben potendo modificarla) e decretano se approvarla o rigettarla, con prevalenza dell'assemblea dei creditori in caso di disaccordo.

L'approvazione, che deve essere notificata alla Corte, rende l'accordo vincolante per tutti i creditori e soci; il *nominee* assume il ruolo di supervisore (*supervisor*), con il compito di riferire annualmente alla Corte gli avanzamenti e di realizzare l'accordo.

Entro ventotto giorni dalla data di approvazione, ciascun socio può impugnare l'accordo davanti alla Corte, qualora ritenga che si sia verificato un ingiustificato pregiudizio agli interessi del creditore o del socio oppure qualora ritenga si siano verificate rilevanti irregolarità nel corso dell'assemblea.

Inoltre, nell'ordinamento inglese è stata prevista una vera e propria procedura specifica, che consiste in una particolare modalità di *Company voluntary arrangement*, applicabile alle società di piccole dimensioni (*small companies*). Tale procedura prende il nome di *Moratorium*.

Queste sono tali se il fatturato non supera i 5,6 milioni di sterline, se il totale di bilancio non supera i 2,8 milioni di sterline e se non vi sono più di cinquanta dipendenti. Inoltre, sono escluse dalla procedura in esame le banche, le assicurazioni e gli enti creditizi specializzati in finanziamenti fondiari. Sono altresì escluse le imprese societarie che hanno già beneficiato, nell'ultimo anno, di un *moratorium* risultando inadempienti ovvero siano state assoggettate ad altre procedure concorsuali.

La disciplina si rinviene negli *Schedule A1 dell'Insolvency Act 1986* e si caratterizza, essenzialmente, per la previsione di un periodo di ventotto giorni in cui vengono sospesi i pagamenti.

Per quanto concerne la procedura, essa inizia con la proposta degli amministratori al *nominee* di un piano e di una dichiarazione riguardante lo stato degli affari della società. Successivamente il *nominee* effettua una dichiarazione di fattibilità con riferimento al piano sottopostogli.

A questo punto, gli amministratori sottopongono alla Corte la dichiarazione del *nominee*, la dichiarazione sullo stato patrimoniale della società e la dichiarazione sulla legittimità a beneficiare della procedura.

A partire dalla data in cui viene presentata siffatta documentazione inizia l'efficacia del *moratorium*, che cessa ventotto giorni dopo o prima, nel caso in cui vengano convocate le assemblee dei creditori e dei soci. Ulteriori ragioni di cessazione sono rappresentate dal ritiro del consenso da parte del *nominee* oppure da un'esplicita decisione della Corte o delle citate assemblee.

## **2.5 La *personal insolvency* o *bankruptcy***

Come detto, il sistema fallimentare dell'ordinamento del Regno Unito si caratterizza per prevedere una disciplina apposita nel caso dell'insolvenza del singolo individuo; insolvenza che, peraltro, assume natura civilistica.

Viene, pertanto, in rilievo la situazione del debitore, persona fisica, che non risulta più in grado di adempiere alle sue obbligazioni<sup>110</sup>.

In termini sommari, possiamo distinguere due tipologie di procedure: *i)* la *bankruptcy*; *ii)* l'*individual voluntary arrangement*<sup>111</sup>.

La prima consiste in quella procedura cui un individuo viene assoggettato, allorquando non sia più in grado di pagare i propri debiti.

La procedura in parola ha inizio con la richiesta del creditore (*creditor's petition*) indirizzata alla Corte o dal debitore che ha presentato domanda ad un arbitro per un ordine di fallimento (*by the debtor applying to an adjudicator for a bankruptcy order*).

La *bankruptcy*, inoltre, presenta caratteri simili rispetto alla *compulsory winding up* delle società.

In particolare, come quest'ultima, è una procedura collettiva nella quale un curatore fallimentare (*trustee in bankruptcy*), che corrisponde al *liquidator*, viene incaricato di amministrare il patrimonio del debitore insolvente.

---

<sup>110</sup> Sull'argomento si veda, *ex multis*, SCHAW MILLER & BAILEY, *Personal insolvency: law and practice*, Lexis Nexis, 2017; si veda anche BRIDGE, *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, edited by Andrew Burrows, Oxford University Press, 2015, p. 353 ss.

<sup>111</sup> Per uno sguardo sul tema nella dottrina inglese, si veda KEAY & WALTON, *Insolvency law. Corporate and personal*, LexisNexis, 2017, p. 44.

Il *trustee*, dal canto suo, ha il compito di massimizzare gli attivi in modo da risarcire quanto più possibile i creditori.

D'altra parte, sussistono anche talune differenze rispetto alla procedura della *liquidation*. Ad esempio, chiaramente non esiste alcuna assemblea dei soci (*members' meeting*), in quanto il debitore è un individuo singolo; oppure, il fatto che, in caso di istanza di fallimento effettuato dallo stesso debitore, la dichiarazione di fallimento (*bankruptcy order*) non viene pronunciata dalla Corte, bensì da un arbitro (*adjudicator*); o, ancora, mentre nella liquidazione la società si dissolve e cessa di esistere, ovviamente l'individuo fallito non cessa di esistere, anzi ottiene il privilegio dell'esdebitazione (*discharge*)<sup>112</sup>.

Questo istituto, come detto, assume una centrale rilevanza a causa dell'effetto per cui i debiti vengono azzerati, con la conseguenza che la stragrande maggioranza dei debitori esdebitati possono ripartire, senza dover portare il pesante, talvolta insostenibile, fardello di rimanere vincolati ai debiti accumulati.

In alternativa, l'individuo debitore può considerare la possibilità di proporre ai creditori un piano di composizione del debito (*proposal for an individual voluntary arrangement*).

Tale piano può anche essere proposto dopo che il debitore è stato dichiarato *bankrupt*.

In questo caso il debitore ammette di non essere in grado di pagare i propri debiti del tutto o nei tempi prestabiliti; di conseguenza, promette di pagarne una porzione (*composition of debts*) oppure chiede più tempo per adempiere (*scheme of arrangement*).

In ogni caso, l'aspetto maggiormente rilevante risiede nel fatto che comporta un risultato finanziario decisamente migliore rispetto a quello che i creditori otterrebbero dalla procedura di *bankruptcy*. E proprio tale caratteristica rappresenta il motivo della grande diffusione di simile procedura.

Anche questa procedura presenta spiccate affinità con la corrispondente procedura applicabile alle società commerciali, ovvero i *company voluntary arrangements*: ad esempio, è ugualmente previsto un periodo in cui il debitore è

---

<sup>112</sup> Sul punto si veda ancora KEAY & WALTON, *Insolvency law. Corporate and personal*, cit., p. 329 ss.

protetto da eventuali azioni poste in essere dai creditori nei suoi confronti (*moratorium*).

Tuttavia, sono presenti ovvie differenze: si pensi al fatto, di chiara evidenza, per cui non esiste, nemmeno in questo caso, alcuna assemblea di soci, oppure al requisito della piena capacità mentale del debitore insolvente che propone il piano di ristrutturazione del debito<sup>113</sup>.

### 3. Il recente crac Carillon

Di straordinario interesse si presenta una recentissima vicenda che ha visto come protagonista il colosso delle costruzioni britanniche, ovvero l'azienda edilizia "Carillon".

Si tratta di un'impresa che presenta un valore del capitale (*capital value*) di oltre sessanta miliardi di sterline e con oltre quarantamila dipendenti in tutto il Mondo, di cui la metà solo nel Regno Unito.

Tale gruppo ha natura privata, ma è specializzato in servizi pubblici, essendosi aggiudicato numerosi appalti per la costruzione di scuole, ospedali, prigioni, abitazioni per dipendenti pubblici, e le nuove linee ferroviarie ad alta velocità da Londra.

A metà gennaio del 2018 ha ufficialmente annunciato il collasso e la conseguente messa in stato di liquidazione, schiacciato da oltre novecento milioni di debiti con importanti istituti bancari, quali Rbs, Santander UK, Lloyds, Hsbc e Barclays, e da cinquecentottanta milioni di *deficit* del fondo pensioni.

Si tratta di un *default* di tali proporzioni da porre in pericolo l'economia stessa del Regno Unito e da provocare feroci polemiche.

In particolare, si punta il dito contro la privatizzazione, ma soprattutto contro l'esecutivo britannico che ha continuato a garantire importanti commesse pubbliche ad un'impresa da tempo in gravi difficoltà finanziarie.

A tal proposito, infatti, è stato reso noto come il gruppo avesse informato l'esecutivo della grave situazione in cui versava, segnatamente a causa delle perdite subite a causa di talune commesse riguardanti la costruzione di ospedali pubblici, sin dal precedente luglio.

---

<sup>113</sup> Cfr. KEAY & WALTON, *Insolvency law. Corporate and personal*, cit., p. 175 ss.

A questo punto, oltre al pericolo che svariate migliaia di persone perdano il loro posto di lavoro, i rischi principali sono rappresentati dalla paralisi di rilevanti progetti riguardanti pubblici servizi, ma soprattutto dalla grave minaccia dei danni collaterali (*collateral damages*) e di un effetto domino, che potrebbe avere nefaste conseguenze sull'economia inglese.

Per quanto riguarda la trattazione in esame, ovviamente tale vicenda risulta perfettamente attinente; da questo punto di vista, occorre notare che la Carillon sia stata assoggettata alla summenzionata procedura concorsuale della *compulsory liquidation*.

Pertanto, si è ritenuto opportuno applicare questa procedura, nonostante comporti la totale disgregazione della gigantesca impresa, senza prendere in considerazione le altre tipologie, quali *administration* o *voluntary company arrangement*, che invece avrebbero potuto operare un tentativo estremo di salvataggio del complesso aziendale. Ciò evidentemente perché un simile drastico esito non si sarebbe potuto evitare, a causa della situazione irreversibile (“*There were no assets to sell so no administration*”).

#### **4. La disciplina fallimentare negli Stati Uniti e la mimesi del Legislatore italiano**

Risulta ormai pacifica la rilevanza che sta assumendo, all'interno della disciplina fallimentare italiana, l'evolva normativa statunitense.

A tal riguardo, negli ultimi anni i venti di riforma hanno sempre fortemente soffiato verso i lidi americani. La chiara attività di mimesi del legislatore italiano, invero, rinviene le proprie ragioni nel grande prestigio internazionale e nella ricchezza degli strumenti predisposti da questo ordinamento<sup>114</sup>.

Si pensi, a mero scopo esemplificativo, alla disciplina del nuovo concordato preventivo *ex art. 160 l. fall.* e agli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis l. fall.*, che sono dichiaratamente ispirati al *Chapter 11 del Bankruptcy Code*; oppure, si pensi ai recenti procedimenti per la composizione della crisi da sovraindebitamento,

---

<sup>114</sup> In questo senso, si veda STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, 193 ss.

introdotti con la legge 27 gennaio 2012, n. 3, che si rifanno alla disciplina della *Consumer Bankruptcy*.

Proprio a causa di tale rilevanza che gli viene riconosciuta, appare, dunque, necessario indicare, seppur in termini sommari, le linee essenziali della materia fallimentare statunitense.

Questa, in via preliminare, si contraddistingue, come la disciplina inglese, per essere costruita sulla base di una *pro-debtor ideology*: l'impianto civilistico, infatti, risulta apertamente orientato a favorire il debitore incolpevole, a differenza, come si vedrà, dell'impianto penalistico, che invece si caratterizza per pene particolarmente severe<sup>115</sup>.

A tal riguardo, si deve sottolineare come tale normativa sia tesa a ricercare, da un lato, l'equa distribuzione ai creditori dei beni del debitore – attraverso la procedura di liquidazione – e, dall'altro, la ristrutturazione del *business* del debitore nell'ottica di tutelare i posti di lavoro, pagare i creditori, preservare la concorrenza e produrre un ritorno per i proprietari (*produce a return for owners*), attraverso la procedura di riorganizzazione e ristrutturazione dell'attività di impresa<sup>116</sup>.

Già a partire dalla ricognizione delle fonti del diritto si intuisce la centralità che la materia fallimentare assume all'interno del sistema americano, in quanto all'art. 1, § 8 della Costituzione, laddove viene indicato l'obiettivo di prevedere leggi uniformi per tutta la federazione proprio in materia fallimentare<sup>117</sup>.

Tale obiettivo ha trovato la compiuta realizzazione con la riforma del 1978, che ha introdotto il cd. *Bankruptcy Code* (che corrisponde al Titolo 11 dello *United States Code*). Peraltro, l'attuale disciplina ha subito una decisiva modifica, con riferimento alle soluzioni concordate della crisi, attraverso il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* del 2005<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Sul punto di veda ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), n. 1/2016, p. 4 ss.

<sup>116</sup> Così, GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, PricewaterhouseCoopers and Morgan Stanley, 2008, p. 209 ss.

<sup>117</sup> Per uno sguardo comparato in tema di insolvenza, con particolare riferimento al modello statunitense, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, in *The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings*, a cura di Silkenat e Schmerler, Oceana Publications (Oxford University Press), 2006, p. 409 ss.

<sup>118</sup> Sul punto, si veda ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2017, p. 616 ss.



Il *Bankruptcy Code* rappresenta il fondamento della disciplina fallimentare statunitense. Risulta, invero, composto da ben nove capitoli, tra i quali assumono un ruolo centrale, segnatamente, i *Chapters 7 e 11*, che disciplinano rispettivamente la liquidazione fallimentare e la riorganizzazione dell'impresa.

Tuttavia, il *Bankruptcy Code* non costituisce l'unico testo normativo rilevante in materia. Si devono, infatti, tener presenti anche il Titolo 28 dello *United States Code*, ovvero il c.d. *Judiciary Code*, che disciplina poteri e limiti dell'autorità giudiziaria; il Titolo 18, ovvero il c.d. *Criminal Code*, che ne disciplina reati e procedure; si devono, in aggiunta, considerare anche norme previste dai singoli distretti federali (*district rules*) e le norme locali adottate dai singoli giudici (*local rules*)<sup>119</sup>.

Per quanto riguarda l'autorità giudiziaria competente, si deve notare come le Corti federali (*Federal Courts*) abbiano la giurisdizione esclusiva in materia di fallimento, tanto delle società, quanto dei singoli debitori individuali. In particolare, sono previste delle sezioni specializzate, note come *Bankruptcy courts*, che sono, appunto, inserite all'interno del sistema giudiziario federale degli Stati Uniti (*United States federal judiciary*).

Ancora, prima di affrontare le varie procedure concorsuali, si devono indicare altri tratti peculiari, che concorrono a contraddistinguere la disciplina fallimentare americana.

Anzitutto, si deve premettere come l'ottica sia completamente differente: in questo senso, lo "stigma" del fallito, che nel nostro ordinamento ha radici storiche ben profonde e risulta particolarmente gravoso, non trova corrispondenza nell'ordinamento statunitense. Qui, infatti, l'esito del fallimento non rappresenta uno spauracchio da temere in maniera particolare; al contrario, viene vissuto come un esito propedeutico al risanamento della propria situazione debitoria<sup>120</sup>.

Inoltre, altra peculiarità – anche se non rispetto all'ordinamento italiano, che, in questo caso presenta caratteri simili – è rappresentata dalla grande rilevanza

---

<sup>119</sup> Cfr. STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 4100 ss.

<sup>120</sup> In questi termini, cfr. SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001, p. 1 ss.

riconosciuta all'autorità giudiziaria, così come all'assistenza legale specializzata, a discapito di procedure di impronta amministrativa<sup>121</sup>.

Una volta passate in rassegna, seppur in maniera stringata, le principali coordinate del sistema fallimentare americano, si possono, ora, illustrare le principali procedure.

Pertanto, saranno esaminati, dapprima, i fallimenti degli imprenditori commerciali disciplinati dai citati Capitoli 7 e 11 del *Bankruptcy Code*, e, successivamente, si analizzerà la disciplina riguardante le insolvenze personali, ovvero la *Consumer Bankruptcy*.

#### **4.1 Il fallimento degli imprenditori commerciali: il *Chapter 7* del *Bankruptcy Code***

Come si è visto, l'ordinamento statunitense prevede una procedura liquidatoria, assimilabile al nostro fallimento<sup>122</sup>.

Questa risulta disciplinata, appunto, dal *Chapter 7* del *Bankruptcy Code* e può essere richiesta non solo dai creditori, ma anche dallo stesso imprenditore debitore. E proprio in ciò risiede la principale caratteristica della procedura, ovvero nella volontarietà del fallimento.

Pertanto, occorre distinguere la *voluntary bankruptcy* dalla *involuntary bankruptcy*: mentre nella prima la dichiarazione di fallimento consegue ad una richiesta di fallimento avanzata dal debitore stesso, nella seconda la dichiarazione consegue ad una istanza effettuata da uno o più creditori alla competente autorità giudiziaria fallimentare.

L'obiettivo perseguito dalla legge fallimentare americana, a tal riguardo, sembra essere quello di tutelare il debitore insolvente dall'efficacia e dalla velocità delle azioni individuali che possono essere attivate dei creditori per ottenere l'adempimento dei propri crediti. In questo senso, si può notare come l'istituto del

---

<sup>121</sup> Sul punto si veda ancora, SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, cit., 2001, p. 2.

<sup>122</sup> Per uno sguardo su tale procedura concorsuale, anche in raffronto alla ristrutturazione di cui al Chapter 11, si veda GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, PricewaterhouseCoopers and Morgan Stanley, 2008, p. 209 ss.

fallimento statunitense sia stato congegnato evidentemente anche a garanzia dei debitori stessi.

E proprio l'efficacia delle azioni individuali previste dalla disciplina fallimentare americana ne determina il successo, relegando le domande di fallimento non volontarie ad un ruolo quasi di eccezione.

Qualora vi siano meno di dodici creditori, l'istanza di fallimento può essere presentata solo da chi vanta un credito di almeno \$5.000; nel caso in cui, invece, vi siano più di dodici creditori, la richiesta deve essere presentata da almeno tre di questi.

Ai creditori spetta, peraltro, l'onere di provare la continuativa e sistematica insolvenza del debitore, allorquando questi si opponga al proprio fallimento.

La fase istruttoria pre-fallimentare, invero, è costituita, sia nel caso di fallimento volontario sia involontario, dalla consegna da parte del debitore al giudice fallimentare dei documenti e delle scritture contabili, in modo da individuare i creditori e quantificare attivo e passivo.

Tuttavia, nell'evenienza di non essere indicati dal debitore, i creditori esclusi possono provare il proprio credito, al fine di essere ammessi al passivo, attraverso la c.d. *proof of claim*.

Per quanto concerne la procedura fallimentare vera e propria, si deve notare come questa comporti un blocco dei crediti e dei pagamenti e la sottrazione al debitore della disponibilità dei suoi beni.

Il codice fallimentare americano, inoltre, prevede come detto, la nomina di un curatore fallimentare, il *trustee*, il quale ha il compito di gestire i beni del fallito – ad eccezione dei beni esentati da sequestro –, cedendoli al fine di distribuirne i ricavi tra i creditori, sulla base delle rispettive classi di privilegio.

Per altro verso, infine, a differenza di quanto si vedrà con riferimento al fallimento delle persone fisiche, non è prevista alcuna forma di ritenzione di beni o alcuna forma di esdebitazione (*discharge*) a favore delle imprese societarie fallite.

## 4.2 La procedura di riorganizzazione dell'impresa commerciale: il *Chapter 11 del Bankruptcy Code*

In alternativa alla procedura di liquidazione (*straight liquidation*), prevista dal citato *Chapter 7*, la normativa fallimentare statunitense prevede la procedura di riorganizzazione aziendale (*reorganization*), ai sensi del *Chapter 11*<sup>123</sup>.

Come già anticipato e come si evince dal nome stesso, tale procedura si pone l'obiettivo di permettere all'impresa di proseguire l'attività commerciale, in modo da continuare a produrre ricchezza o, in alternativa, favorire il trasferimento dell'azienda nelle mani di soggetti diversi, maggiormente in grado di gestirla in maniera proficua. In questo contesto, la liquidazione dei beni aziendali rappresenta solo l'*extrema ratio*, potendo prendersi in considerazione unicamente nel caso in cui le due suddette strade risultino impraticabili<sup>124</sup>.

Per altro verso, tale scopo viene contemperato dalla diversa esigenza di tutelare i diritti dei creditori. La disciplina che ne scaturisce, dunque, rappresenta un tentativo di sintesi di queste finalità: un bilanciamento che viene reso equilibrato dalla previsione di incentivi e vantaggi sia a favore del debitore sia a favore dei creditori.

Per quanto concerne le protezioni a favore del debitore, non può ignorarsi, anzitutto, il regime di *moratorium*, o *Automatic Stay*, consistente nell'impossibilità di esercitare azioni contro l'impresa in crisi aziendale, a partire dal momento della presentazione della richiesta di ristrutturazione (*petition of relief*) e per tutta la durata della procedura. Tale istituto, in effetti, tutela il debitore da continue e frammentarie azioni dei creditori e tutela i creditori dal depauperamento dei beni del debitore da parte di terzi<sup>125</sup>.

Altro fondamentale incentivo per il debitore, inoltre, è rappresentato dalla conservazione della gestione del controllo dell'impresa, anche se essa, a ben vedere, non può andare al di là di un'attività di business ordinaria e strumentale alla realizzazione del piano.

---

<sup>123</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 410 ss.

<sup>124</sup> Per una completa disamina in merito agli obiettivi perseguiti dal *Chapter 11 del Bankruptcy Code*, cfr. DOUGLAS, *Improvement in Federal Procedure for Corporate Reorganization*, 24 A.B.A.J. 875

<sup>125</sup> Cfr. STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 413 ss.

I *managers*, infatti, assumono un ruolo centrale nella procedura di riorganizzazione *ex Chapter 11*, a scapito di una figura esterna, come il curatore. Una simile presa di posizione rispecchia la volontà politica di garantire una maggiore contendibilità degli assetti proprietari e favorire le operazioni di *take over* societario basate sul *leverage*, cioè sul debito. Una disciplina fallimentare favorevole al debitore, infatti, incoraggia gli acquirenti a ricorrere ad un forte indebitamento al fine di realizzare acquisizioni societarie con la consapevolezza di avere rilevanti possibilità di mantenere il controllo della neo-acquisita compagnia, eventualmente sottoscrivendo un'istanza di riorganizzazione, anche qualora i ricavi realizzati *post take over* non dovessero essere sufficienti a ripagare il debito contratto per realizzare l'operazione<sup>126</sup>.

Ulteriore elemento favorevole all'imprenditore commerciale, forse il più decisivo e rilevante, è il c.d. regime di *exclusivity*, ovvero un periodo di 120 giorni – estendibile a 180 giorni in caso di proroga – in cui questi possono predisporre e presentare il piano di riorganizzazione (*plan of reorganization*), senza intromissioni da parte di altri soggetti o di organi della procedura. Tale piano può modificare i diritti dei creditori e di tutti coloro che sono portatori di interessi economici nei riguardi del debitore e deve essere approvato (a maggioranza di due terzi) dai creditori, riuniti in comitati, e, successivamente, omologato dalla autorità giudiziaria<sup>127</sup>.

Infine, occorre notare come il debitore/amministratore abbia la facoltà di chiedere la conversione della procedura in quella di cui al *Chapter 7*, tranne nel caso in cui non abbia già beneficiato dell'opposta trasformazione, ovvero da liquidazione a riorganizzazione (*come back*).

Per quanto concerne, invece, le protezioni a favore dei creditori, si deve considerare che questi, qualora sia decorso inutilmente il periodo di esclusiva ovvero la proposta del debitore/amministratore non abbia trovato approvazione, hanno la facoltà di proporre un proprio piano di ristrutturazione, alternativo a quello del *debtor*.

In aggiunta, la disciplina americana prevede, come detto, la possibilità per i creditori di chiedere la nomina del *trustee*, con il compito di controllare la correttezza dei pagamenti, sotto il profilo sia della preferenzialità, che della frode. In altri termini, in caso di prova di frode o di evidente negligenza o incompetenza del

---

<sup>126</sup> Così ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei fallimentari*, cit., p. 11 ss.

<sup>127</sup> Sul punto si veda ancora STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 417.

debitore/amministratore, può essere nominato un soggetto con ampi poteri, come quello di revoca dei pagamenti preferenziali o, addirittura, di trasformazione della procedura di riorganizzazione in quella di liquidazione<sup>128</sup>.

Tuttavia, si deve ribadire come una simile evenienza rappresenti un esito eccezionale alla normale conservazione della gestione dell'attività di impresa, giustificata dal carattere fraudolento dei comportamenti posti in essere.

Una volta passate sinteticamente in rassegna le principali coordinate della procedura della *reorganization ex Chapter 11*, si vuole, ora, dare qualche indicazione in merito ai presupposti di accessione alla suddetta.

A tal riguardo, l'aspetto di maggiore rilevanza appare essere il fatto che tale procedura possa essere attivata tanto dal debitore quanto da un creditore (o chiunque ne abbia interesse): nel primo caso si parla di *voluntary reorganization*, in quanto, appunto, è il debitore a presentare apposita istanza (*petition*) alla Corte territorialmente competente; nel secondo, al contrario, si parla di *involuntary reorganization*, in quanto la richiesta viene presentata, come detto, non da quest'ultimo, bensì dal creditore (o chi abbia interesse). Tuttavia, si deve precisare che non basta essere creditori per poter essere legittimati a proporre la *petition*: è richiesto, infatti, che la proposta sia effettuata da almeno tre creditori e per un determinato ammontare minimo (circa 14.000 dollari).

Inoltre, occorre notare come non possano essere proposte richieste di *involuntary reorganization* nei confronti di imprese familiari o di società che non svolgono attività commerciale, come associazioni religiose, sportive o sociali.

### **4.3 Il fallimento dei soggetti individuali: la *Consumer Bankruptcy***

Come già indicato, altra peculiarità della disciplina fallimentare statunitense è rappresentata dalla fallibilità, al pari di quanto avviene nel Regno Unito, dei soggetti individuali<sup>129</sup>.

Non pare assolutamente peregrino, in tal senso, riflettere come proprio la *Consumer Bankruptcy* sia stata presa a modello dal Legislatore nostrano per creare la disciplina della crisi da sovraindebitamento (l. n. 3 del 2012).

---

<sup>128</sup> Così D. SKEEL JR., *Debt's Dominion*, cit., pag. 10.

<sup>129</sup> Sul punto si veda M. J. HOLLERIAN – D. L. HOLLERIAN – J. McMICKLE – J. CORR, *Bankruptcy Code Manual*, West (a Thomson Reuters business), 2009, p. 1 ss.

Anche per quanto riguarda il sistema del fallimento delle persone fisiche, occorre, come sempre in via di estrema sintesi, tratteggiarne le coordinate fondamentali.

Da una parte, il debitore può ricadere all'interno della disciplina prevista dal citato *Chapter 7*, essendo soggetto, or dunque, alla procedura di *straight liquidation*.

Anche in questo caso, il debitore può decidere di presentare istanza volontariamente (*voluntary petition*); oppure la richiesta può essere proposta dai creditori (*involuntary petition*).

Nella prassi, invero, risulta estremamente più frequente la prima, posta la difficoltà per il creditore di rientrare integralmente dei propri crediti, a causa tanto della sospensione di ogni azioni giudiziale individuale (*automatic stay*), quanto della facilità per il debitore di ottenere l'esdebitamento (*discharge*).

In questo quadro, dopo aver presentato specifica richiesta di fallimento (*voluntary bankruptcy petition*), il debitore è chiamato ad adempiere ad una serie di obblighi dichiarativi, come quello concernente il proprio stato patrimoniale e reddituale, ma soprattutto è chiamato a consegnare i propri beni alla *Bankruptcy Court*.

In seguito, come già detto, viene nominato un *trustee*, con il compito di liquidare i beni al fine di ridistribuirne i ricavi tra i creditori, in maniera paritaria secondo le rispettive classi di privilegio.

In realtà, tuttavia, nella maggior parte dei casi, i debitori non possiedono alcun bene per ripagare i propri debiti (*no asset cases*). In questo caso, il debitore può godere di un regime di estremo favore, in quanto ha la facoltà di beneficiare di un *immediate discharge*.

Proprio tale istituto rappresenta, forse, il cardine su cui è costruito il sistema della *personal bankruptcy*. Come visto, l'esdebitazione costituisce un concetto che ha trovato origine nell'ordinamento britannico e che comporta l'annullamento delle obbligazioni patrimoniali contratte, in modo che i creditori non possano pretenderne l'adempimento.

In altri termini, una volta consegnati i propri beni alla procedura, il debitore non è più obbligato a far fronte all'eventuale eccedenza debitoria con i propri beni futuri.

L'alternativa, infine, che si pone alla *liquidation* è, dall'altra parte, la possibilità per il debitore di presentare un *rehabilitation plan* ai sensi del *Chapter 13* del *Bankruptcy code*.

Simile procedimento si caratterizza per il fatto che tale soggetto conservi il controllo e la gestione sui propri beni, impegnandosi, dal canto suo, a pagare una quota dei propri debiti entro un periodo di tempo, che va da tre a cinque anni.

## **5. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare del Regno Unito**

### **5.1 Introduzione**

Giova, anzitutto, indicare come il versante penalistico della disciplina dell'insolvenza, tanto con riferimento a quella personale (*bankruptcy*) quanto con riferimento a quella societaria (*corporate insolvency*), appaia ad una prima lettura meno sviluppato e rigoglioso rispetto al versante civilistico.

D'altra parte, sembra profondamente diverso il quadro di base che fa da sfondo alla disciplina.

In tal senso, non può ignorarsi come l'ordinamento britannico – così come quello statunitense – non abbia il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Unitamente a tale fondamentale rilievo si consideri, inoltre, il fine pratico che, in tale ordinamento, muove il comportamento dei creditori, ovvero il più completo ristoro dei propri crediti. Questo comporta che i procedimenti penali siano estremamente rari, essendo i creditori maggiormente interessati, appunto, ad utilizzare azioni civili per rientrare dei propri crediti<sup>130</sup>.

Da questo punto di vista, sembra davvero che, in un simile contesto, il rimedio penalistico sia davvero interpretato quale ultima *ratio*.

La tutela penalistica risulta maggiormente tesa a tutelare la fiducia che i soggetti ripongono nel sistema di gestione della crisi di impresa, piuttosto che il patrimonio dei privati, con la conseguenza che il bene giuridico tutelato andrebbe ravvisato nel buon andamento della procedura concorsuale (vedi § 5.4).

A tal fine, è stata predisposta una serie fittissima di fattispecie criminose costruite sulla base di un modello casistico teso a incriminare una pluralità di fatti colposi o fraudolenti specificamente individuati<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Sul punto, si veda BAILEY – GROVES, *Corporate insolvency*, LexisNexis, 2014, p. 839 ss.

<sup>131</sup> Per uno sguardo comparatistico sull'argomento, si veda CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 17 ss.



A questo punto, possono passarsi in rassegna, seppur brevemente, le più rilevanti figure criminose, mettendone in evidenza i caratteri principali, in modo da poter sviluppare riflessioni utili anche per valutare possibili, ed eventuali, linee di riforma della disciplina italiana<sup>132</sup>.

Per quanto concerne le figure criminose riguardanti la procedura di liquidazione (*winding up*), esse sono previste dalle *sections 206 ss.* dell'*Insolvency Act* del 1986 e sono costituite da condotte illecite, commesse fraudolentemente sia prima, sia durante la liquidazione.

Per quanto concerne, invece, la procedura basata sui *voluntary arrangements*, si deve analizzare, in particolare la *section 6A* dell'*Insolvency Act* del 1986.

Infine, per quanto riguarda l'insolvenza personale saranno rapidamente esaminate le *sections 262A e 350 ss.* del medesimo testo normativo.

## **5.2 I reati previsti in riferimento alla procedura di *winding up*. Le *sections 206 e 207* dell'*Insolvency Act 1986*: figure criminose poste in essere precedentemente alla messa in liquidazione**

A tal proposito la disposizione cardine appare essere la *section 206* dell'*Insolvency Act* del 1986 che punisce la figura criminosa della frode in previsione della procedura di liquidazione (*fraud in anticipation of winding up*)<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Per una completa analisi dei vari reati in materia di insolvenza, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2017, p. 542 ss.; si veda anche SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, Bloomsbury Professional, 2011, p. 967 ss.

<sup>133</sup> Cfr. s. 206 dell'*Insolvency Act 1986 - Fraud, etc. in anticipation of winding up*.

(1) *When a company is ordered to be wound up by the court, or passes a resolution for voluntary winding up, any person, being a past or present officer of the company, is deemed to have committed an offence if, within the 12 months immediately preceding the commencement of the winding up, he has—*

(a) *concealed any part of the company's property to the value of [£500] or more, or concealed any debt due to or from the company, or*

(b) *fraudulently removed any part of the company's property to the value of [£500] or more, or*

(c) *concealed, destroyed, mutilated or falsified any book or paper affecting or relating to the company's property or affairs, or*

(d) *made any false entry in any book or paper affecting or relating to the company's property or affairs, or*

(e) *fraudulently parted with, altered or made any omission in any document affecting or relating to the company's property or affairs, or*

(f) *pawned, pledged or disposed of any property of the company which has been obtained on credit and has not been paid for (unless the pawning, pledging or disposal was in the ordinary way of the company's business).*

(2) *Such a person is deemed to have committed an offence if within the period above mentioned he has been privy to the doing by others of any of the things mentioned in paragraphs (c), (d) and (e) of subsection (1); and he commits an offence if, at any time after the commencement of the winding up, he*

La fattispecie incriminatrice in parola rappresenta un esempio di disposizione a più norme, essendo previste più ipotesi tra di loro alternative.

Con riferimento al soggetto attivo, si deve chiarire come esso sia da individuare negli amministratori, nei direttori o nei *managers*, ma anche nei c.d. amministratori occulti (*shadow officers*).

Per quanto riguarda, invece, le condotte rilevanti, la disposizione in esame punisce (ad una pena fino a sette anni di reclusione) il soggetto apicale (*company's officer*), che, nei 12 mesi antecedenti alla messa in liquidazione (sia essa tanto volontaria, quanto ordinata dalla Corte) abbia occultato (*concealed*) una parte del patrimonio aziendale (*company's property*) di un ammontare di almeno cinquecento sterline; che abbia fraudolentemente rimosso (*fraudolently removed*) uguale porzione del patrimonio aziendale; che abbia occultato, distrutto, mutilato o falsificato (*concealed, destroyed, mutilated, falsified*) libri o scritture contabili; che abbia compiuto qualsivoglia falso (*made any false*) in un documento contabile; che abbia fraudolentemente separato, alterato o compiuto una qualche omissione (*fraudolently parted with, altered or made any omission*) all'interno di un documento contabile; o, infine, che abbia impegnato, promesso in garanzia o disposto (*pawned, pledged or disposed*) di un qualche bene aziendale<sup>134</sup>.

Come si può facilmente notare, la struttura del reato in parola sembra essere poggiata sul modello di incriminazione del pericolo; tutte le fattispecie possono essere

---

*does any of the things mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, or is privy to the doing by others of any of the things mentioned in paragraphs (c) to (e) of it.*

*(3)For purposes of this section, "officer" includes a shadow director.*

*(4)It is a defence—*

*(a)for a person charged under paragraph (a) or (f) of subsection (1) (or under subsection (2) in respect of the things mentioned in either of those two paragraphs) to prove that he had no intent to defraud, and*

*(b)for a person charged under paragraph (c) or (d) of subsection (1) (or under subsection (2) in respect of the things mentioned in either of those two paragraphs) to prove that he had no intent to conceal the state of affairs of the company or to defeat the law.*

*(5)Where a person pawns, pledges or disposes of any property in circumstances which amount to an offence under subsection (1)(f), every person who takes in pawn or pledge, or otherwise receives, the property knowing it to be pawned, pledged or disposed of in such circumstances, is guilty of an offence.*

*(6)A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

*(7)The money sums specified in paragraphs (a) and (b) of subsection (1) are subject to increase or reduction by order under section 416 in Part XV.*

<sup>134</sup> In merito alla figura criminosa in parola, si veda, *ex multis*, DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, Jordan publishing, 2016, p. 283 ss.

qualificate come reati di condotta (e di pericolo): non è presente alcun riferimento ad un evento naturalistico o ad un danno che deve essere cagionato.

Per altro verso, lo stesso bene giuridico tutelato sembra essere costituito dal corretto andamento della procedura più che dal patrimonio.

Tale disposizione, inoltre, prevede la presenza di causa di non punibilità (*defence*) – non da intendersi in senso stretto –, che consiste nella dimostrazione da parte del soggetto di non aver agito con l'intento di frodare (*no intent to defraud*) o di non aver avuto l'intento di occultare lo stato patrimoniale aziendale o di infrangere la legge (*intent to conceal the state of affairs of the company or to defeat the law*). Sul punto si ritiene interessante notare come sia previsto un regime di inversione di onere della prova, che appunto grava sull'imputato<sup>135</sup>.

La figura criminosa in esame appare incentrata sul carattere fraudolento del comportamento.

L'elemento psicologico (*mens rea*), infatti, sembra essere connotato da un'elevata intensità di intenzione: addirittura vi deve essere un intento di frode (*intent to defraud*).

Lungo siffatto crinale, se si dovesse commentare tale elemento con gli strumenti della dogmatica penalistica italiana ci si dovrebbe, forse, chiedere se ci si trovi innanzi ad una connotazione del dolo in termini di grado di intensità (venendo in rilievo un dolo diretto o un dolo intenzionale) o in termini di un fine specifico ulteriore che l'autore deve perseguire (venendo in rilievo un dolo specifico). Tuttavia, il contesto di riferimento è quello del diritto britannico, che non possiede familiarità con il concetto di dolo specifico<sup>136</sup>; pertanto, pare più opportuno parlare di un elemento psicologico particolarmente intenso, come testimoniato dall'utilizzo frequente dell'avverbio *fraudolently*.

La *section 207*, invece, punisce – alla pena della reclusione fino a 2 anni o ad una multa – altra condotta precedente alla dichiarazione di liquidazione, segnatamente quella di effettuare transazioni in frode dei creditori (*transactions in fraud of creditors*)<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Sul punto, si veda *R vs Edwards (2004) EWCA Crim 1025, (2004) 1WLR 2111; (2004) BPIR 1073*.

<sup>136</sup> Per quanto riguarda il tema della colpevolezza all'interno dell'ordinamento britannico, si guardi, *ex multis*, ASHWORTH & HORDER, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, 2013, p. 137 ss.

<sup>137</sup> Cfr. s. 207 dell'*insolvency Act 1986 - Transactions in fraud of creditors*.

Tale figura criminosa, in breve, incrimina gli amministratori di una società liquidata che abbiano commesso, o facilitato a commettere, trasferimenti o donazioni del patrimonio societario (*gift or transfer of the company's property*).

Un aspetto interessante è anche in questo caso rappresentato dalla previsione di talune cause di non punibilità, con l'onere della prova invertito: oltre alla caratteristica dimostrazione dell'assenza di un intento fraudolento, il legislatore inglese ha stabilito la rilevanza scagionante dell'aver agito in un periodo temporale antecedente di almeno cinque anni rispetto alla dichiarazione di messa in liquidazione (*5 years before the commencement of winding up*).

Per quanto riguarda il piano soggettivo del reato in parola, sembra doversi ribadire il discorso di cui sopra: il soggetto non è punibile se non ha agito con un intento fraudolento.

### **5.3 I reati previsti in riferimento alla procedura di *winding up*. Le *sections 208 e ss. dell'Insolvency Act 1986*: figure criminose poste in essere durante la procedura di liquidazione**

Se fino ad ora sono state analizzate ipotesi incriminatrici costituite da condotte precedenti alla messa in liquidazione della società, le *sections 208 e ss.* prevedono la rilevanza penale di comportamenti posti in essere durante la procedura di liquidazione (*the company is being wound up*).

La *section 208*, dal canto suo, prevede la figura criminosa consistente in un comportamento scorretto durante la fase liquidatoria (*misconduct in course of winding up*)<sup>138</sup>.

---

(1)When a company is ordered to be wound up by the court or passes a resolution for voluntary winding up, a person is deemed to have committed an offence if he, being at the time an officer of the company—  
(a)has made or caused to be made any gift or transfer of, or charge on, or has caused or connived at the levying of any execution against, the company's property, or  
(b)has concealed or removed any part of the company's property since, or within 2 months before, the date of any unsatisfied judgment or order for the payment of money obtained against the company.

(2)A person is not guilty of an offence under this section—  
(a)by reason of conduct constituting an offence under subsection (1)(a) which occurred more than 5 years before the commencement of the winding up, or  
(b)if he proves that, at the time of the conduct constituting the offence, he had no intent to defraud the company's creditors.

(3)A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.

<sup>138</sup> Cfr. s. 208 dell' *Insolvency Act 1986 - Misconduct in course of winding up*.

(1)When a company is being wound up, whether by the court or voluntarily, any person, being a past or present officer of the company, commits an offence if he—

In particolare, trattasi di una disposizione a più fattispecie (alternative), sulla base delle quali viene punito – alla medesima pena di cui alla *section 206* – l'amministratore che, appunto nel corso della procedura di liquidazione, non mette a disposizione del liquidatore le proprie conoscenze circa il patrimonio societario o non rende noti tutti i documenti contabili.

Anche in questo caso sono previste delle cause di non punibilità della dimostrazione dell'assenza dell'intento fraudolento o dell'assenza dell'intento di occultare lo stato patrimoniale dell'impresa o di infrangere la legge.

Conseguentemente, per quanto concerne l'elemento psicologico richiesto dalla norma, il soggetto attivo deve aver agito con una intenzione di frode.

Da simile disposizione incriminatrice può, inoltre, desumersi come gli amministratori si trovino sotto un costante obbligo di cooperazione e collaborazione affinché vi sia una completa conoscenza del patrimonio aziendale<sup>139</sup>.

La *section 209*, invece, disciplina il reato di falsificazione dei libri contabili (*falsification of company's books*), che viene integrato dai quei comportamenti degli

---

(a) does not to the best of his knowledge and belief fully and truly discover to the liquidator all the company's property, and how and to whom and for what consideration and when the company disposed of any part of that property (except such part as has been disposed of in the ordinary way of the company's business), or

(b) does not deliver up to the liquidator (or as he directs) all such part of the company's property as is in his custody or under his control, and which he is required by law to deliver up, or

(c) does not deliver up to the liquidator (or as he directs) all books and papers in his custody or under his control belonging to the company and which he is required by law to deliver up, or

(d) knowing or believing that a false debt has been proved by any person in the winding up, fails to inform the liquidator as soon as practicable, or

(e) after the commencement of the winding up, prevents the production of any book or paper affecting or relating to the company's property or affairs.

(2) Such a person commits an offence if after the commencement of the winding up he attempts to account for any part of the company's property by fictitious losses or expenses; and he is deemed to have committed that offence if he has so attempted at any meeting of the company's creditors within the 12 months immediately preceding the commencement of the winding up.

(3) For purposes of this section, "officer" includes a shadow director.

(4) It is a defence—

(a) for a person charged under paragraph (a), (b) or (c) of subsection (1) to prove that he had no intent to defraud, and

(b) for a person charged under paragraph (e) of that subsection to prove that he had no intent to conceal the state of affairs of the company or to defeat the law.

(5) A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.

<sup>139</sup> Cfr. *R v Mc Credie*; *R v French* (2000) 2 BCLC 438 at 442, (2000) BCC 617 at 621, CA, Criminal Division.

amministratori, i quali, durante la liquidazione, distruggono, mutilano, alterano o falsificano i libri o le scritture contabili, con l'intento di frodare o ingannare altri<sup>140</sup>.

Da notare pertanto come sia richiesta sempre una componente psicologica (*mens rea*) di particolare intensità, costituita appunto dal fine di frodare e ingannare, mentre non siano previste cause di non punibilità, come quelle previste dalle *sections* precedenti.

Ancora, si deve sottolineare come tale figura sia corrispondente a quanto previsto dalla *section 206*, con la differenza, oltre alla menzionata assenza di causa di non punibilità, che le condotte di falsificazione contabile sono poste in essere dopo l'apertura della procedura; per questo, il disvalore appare il medesimo e, di conseguenza, medesima è la pena edittale<sup>141</sup>.

La *section 210* prevede un'ipotesi di reato omissivo (*material omissions from statement relating to company's affairs*), che viene in rilievo allorché l'amministratore commetta una qualche omissione materiale in riferimento alle dichiarazioni relative allo stato patrimoniale aziendale<sup>142</sup>.

La pena è sempre quella indicata dalla *section 206* ed è prevista la causa di non punibilità, nel caso in cui l'imputato dimostri di non aver agito con l'intento di frodare, con le conseguenti riflessioni in tema di elemento psicologico<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. s. 209 dell'*Insolvency Act 1986 - Falsification of company's books*.

(1) *When a company is being wound up, an officer or contributory of the company commits an offence if he destroys, mutilates, alters or falsifies any books, papers or securities, or makes or is privy to the making of any false or fraudulent entry in any register, book of account or document belonging to the company with intent to defraud or deceive any person.*

(2) *A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

<sup>141</sup> In merito alla figura criminosa in parola, si veda, *ex multis*, DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, Jordan publishing, 2016, p. 288 ss.

<sup>142</sup> Cfr. s. 210 dell'*Insolvency Act 1986 - Material omissions from statement relating to company's affairs*.

(1) *When a company is being wound up, whether by the court or voluntarily, any person, being a past or present officer of the company, commits an offence if he makes any material omission in any statement relating to the company's affairs.*

(2) *When a company has been ordered to be wound up by the court, or has passed a resolution for voluntary winding up, any such person is deemed to have committed that offence if, prior to the winding up, he has made any material omission in any such statement.*

(3) *For purposes of this section, "officer" includes a shadow director.*

(4) *It is a defence for a person charged under this section to prove that he had no intent to defraud.*

(5) *A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

<sup>143</sup> Si veda ancora, per quanto riguarda il reato in esame, DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, cit., p. 289 ss.

La *section 211* disciplina, da par suo, la diversa ipotesi incriminatrice integrata dalle false rappresentazioni nei confronti dei creditori (*false representations to creditors*)<sup>144</sup>.

In questo caso viene punito – alla solita pena di cui alla *section 206* – l'amministratore che, durante la procedura di liquidazione, compie false rappresentazioni o una qualche altra frode (*makes any false representation or commits any other fraud*) al fine di ottenere il consenso dei creditori in vista di un accordo con riferimento agli affari aziendali o alla liquidazione.

Da notare, in questo caso, come non siano previste cause di non punibilità; mentre, per quanto concerne l'elemento psicologico, anche se non viene esplicitato il fine di frode, si deve comunque ritenere che esso sia presente: ciò può desumersi dall'espressione "*any other fraud*", che pertanto indica come non sia sufficiente un comportamento colposo o, comunque, con un dolo di intensità minore<sup>145</sup>.

#### **5.4 I reati previsti in riferimento alla procedura basata sui *voluntary company arrangements***

Per quanto concerne le figure criminose riguardanti la procedura basata sui *voluntary company arrangements* si deve fare anzitutto cenno alle fattispecie di cui alla *section 6A* dell'*Insolvency Act* del 1986<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. s. 211 dell'*Insolvency Act* 1986 - *False representations to creditors*.

(1) *When a company is being wound up, whether by the court or voluntarily, any person, being a past or present officer of the company—*

(a) *commits an offence if he makes any false representation or commits any other fraud for the purpose of obtaining the consent of the company's creditors or any of them to an agreement with reference to the company's affairs or to the winding up, and*

(b) *is deemed to have committed that offence if, prior to the winding up, he has made any false representation, or committed any other fraud, for that purpose.*

(2) *For purposes of this section, "officer" includes a shadow director.*

(3) *A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

<sup>145</sup> Così FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Butterworth, 2001, p. 297 ss.; cfr. anche HALSON, *Contract Law*, Pearson, 2001, p. 31 ss.

<sup>146</sup> Cfr. s. 6A dell'*Insolvency Act* 1986 - *False representations, etc.*

(1) *If, for the purpose of obtaining the approval of the members or creditors of a company to a proposal for a voluntary arrangement, a person who is an officer of the company—*

(a) *makes any false representation, or*

(b) *fraudulently does, or omits to do, anything,*

*he commits an offence.*

(2) *Subsection (1) applies even if the proposal is not approved.*

(3) *For purposes of this section "officer" includes a shadow director.*

(4) *A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

Tale reato punisce le condotte di falsa rappresentazione, frode od omissione (*false representations, frauds or omissions*) commesse dai soggetti apicali (*company's officers*) delle società in stato di crisi, compiute nell'intento di ottenere l'approvazione del piano proposto da parte dei soci o dei creditori.

Si deve, dunque, notare come, con riferimento al soggetto attivo, esso sia costituito dagli amministratori dell'impresa. Tuttavia viene specificato come debbano essere ricompresi anche gli amministratori occulti (*shadow directors*).

Le condotte richiamate, peraltro, rilevano penalmente anche nel caso in cui il piano non venga approvato.

Da tale fatto si possono ricavare, invero, interessanti conseguenze, segnatamente in tema di elemento soggettivo. Da questo punto di vista, infatti, basta solamente la prova che l'atto (o l'omissione) sia stato posto in essere con l'intento di (*purpose*) ottenere l'approvazione alla ristrutturazione del debito (*arrangement*)<sup>147</sup>.

Pertanto, il soggetto agente deve aver agito in maniera volontaria e diretta ad ottenere l'approvazione del piano proposto. In aggiunta, deve anche aver agito fraudolentemente (*fraudulently*); il che porta alle medesime conclusioni avanzate nell'esame delle ipotesi criminose concernenti la procedura di liquidazione.

In conclusione, sembra che il modello di incriminazione sia simile alle suddette figure delittuose. Il reato in parola sembra costruito sui tre punti cardine citati: un bene giuridico non privatistico-patrimoniale, ma pubblico, segnatamente il buon andamento della procedura concorsuale; la natura di reato di mera condotta e di pericolo; un coefficiente psicologico particolarmente elevato, rappresentato dall'intenzione di frode.

### **5.5 I reati previsti in materia di insolvenza personale**

Con riguardo, invece, ai reati nell'ambito delle procedure riservate alle insolvenze personali, occorre distinguere i casi concernenti gli *individual voluntary arrangements* da quelli concernenti la *bankruptcy* vera e propria.

Per quanto riguarda i primi si deve far riferimento, in particolare, alla *section 262A*, la quale sanziona penalmente le condotte di falsa rappresentazione (*false representations*) da parte del debitore, al fine di ottenere l'approvazione da parte dei

---

<sup>147</sup> In merito alla figura criminosa in parola, si veda, *ex multis*, DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, cit., p. 57 ss.



creditori del piano di ristrutturazione del debito (*proposal for a voluntary arrangements*)<sup>148</sup>.

Sono punite, altresì, tutte le altre condotte, tanto commissive, quanto omissive, compiute fraudolentemente (*fraudolently*) al fine di perseguire il medesimo obiettivo illecito<sup>149</sup>.

Da ciò si ricava anzitutto come, anche in questo caso, l'elemento soggettivo sia di particolare intensità: le condotte, infatti, devono essere commesse con un vero e proprio intento fraudolento<sup>150</sup>.

Altro fattore di particolare interesse è rappresentato, invero, dalla mancata rilevanza, ai fini della contestazione del reato in parola, dell'approvazione del piano proposto.

Per quanto riguarda i secondi, invece, occorre far riferimento alle *sections 350 ss.* che delineano un vero e proprio minisistema<sup>151</sup>.

Tale minisistema si compone di una serie di fattispecie criminose, integrate da comportamenti, per lo più di false rappresentazioni, compiuti dal debitore, sia precedentemente, sia successivamente all'apertura della procedura.

Sono, dunque, previste fattispecie, come la mancata comunicazione (*non-disclosure*) della reale entità del patrimonio del debitore, l'occultamento della stessa (*concealment of property*), l'occultamento e la falsificazione di documenti contabili (*concealment of books and papers; falsification*), false dichiarazioni (*false statements*); ma anche fattispecie come la cessione fraudolenta di beni (*fraudulent disposal of property*), la latitanza (*absconding*) o il fraudolento ottenimento di crediti (*fraudulent dealing with property obtained on credit*).

---

<sup>148</sup>Cfr. s. 262A dell'*Insolvency Act 1986 - False representations etc.*

(1) *If for the purpose of obtaining the approval of his creditors to a proposal for a voluntary arrangement, the debtor—*

(a) *makes any false representation, or*

(b) *fraudulently does, or omits to do, anything,*

*he commits an offence.*

(2) *Subsection (1) applies even if the proposal is not approved.*

(3) *A person guilty of an offence under this section is liable to imprisonment or a fine, or both.*

<sup>149</sup> Anche con riferimento al reato in esame, si veda DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, cit., p. 437 ss.

<sup>150</sup> Cfr., sul tema, *R v Dawson (unreported) 29 June 2001*.

<sup>151</sup> Con riferimento al minisistema concernente le offese in tema di *bankruptcy*, si veda, *ex multis*, DOYLE – KEAY, *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, cit., p. 609 ss.

Come previsto per le figure criminose concernenti l'insolvenza societaria, tutti i menzionati reati si caratterizzano per la causa di non punibilità dell'intenzione innocente (*defence of innocent intention*), il cui relativo onere probatorio grava sull'imputato.

## **6. Le fattispecie incriminatrici nella disciplina fallimentare degli Stati uniti**

### **6.1 Introduzione**

Anche con riferimento all'analisi delle principali figure incriminatrici presenti nella disciplina fallimentare, occorre svolgere delle premesse di sistema.

Anzitutto, si deve indicare la fonte di simile disciplina: in questo senso, si intende prendere in considerazione, in particolare, il Titolo 18 del U.S.C., segnatamente i paragrafi che vanno dal 152 al 157.

A ben vedere, tale minisistema che, sostanzialmente, delinea le principali fattispecie di natura penalistica concernenti la disciplina fallimentare, necessita di essere rappresentato attraverso un minimo richiamo allo sfondo nel quale viene ad inserirsi<sup>152</sup>.

Pertanto, risulta fondamentale indicare quale sia la mentalità o, meglio, la finalità che muove il legislatore; solo in tal modo si può comprendere quale sia la direzione verso cui soffia il vento dell'ordinamento statunitense, quantomeno con riferimento alla materia fallimentare.

Ebbene, da questo punto di vista, non può sottacersi come – in una maniera simile a quanto visto a proposito dell'ordinamento britannico – la *ratio* che muove l'intera disciplina sia la tutela del buon andamento delle procedure concorsuali; in altre parole, ciò che si vuole garantire è l'integrità del sistema fallimentare, colpendo tutti quei comportamenti illeciti, che, attraverso un intento fraudolento, mettono in pericolo la fiducia che i consociati ripongono in tale sistema<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Per un completo e recente sguardo sul sistema dei *white collar crimes*, si veda, *ex multis*, PAYNE, *White collar crime*, SAGE Publications, 2013, p. 1 ss.

<sup>153</sup> In questo senso, cfr. L.P. KING, a cura di, *Collier on Bankruptcy*, 14 ed., 1968, vol. 2, § 1151; in giurisprudenza, *ex multis*, Stageman vs. U.S., 425, F.2d, 984, 9th Circuit, 1970.

Conseguentemente, come si cercherà di far emergere successivamente dalla stringata disamina delle figure criminose, tali obiettivi di disciplina hanno spinto il legislatore a costruire i reati su tre fondamentali perni:

i) il bene giuridico tutelato, che, per utilizzare concetti propri della nostra dogmatica, appare costituito più dal buon andamento delle procedure concorsuali, che dal patrimonio dei creditori<sup>154</sup>;

ii) il modello di incriminazione del reato di pericolo e di mera condotta;

iii) il dolo, che, dal canto suo, si caratterizza per possedere un elevato grado di intensità, segnatamente un vero e proprio intento frodatario.

Dopo aver fatto cenno a quelle che appaiono le fondamentali direttrici del sistema americano, si intende, ora, passare in rassegna le fattispecie incriminatrici della disciplina americana.

In particolare, si ritiene il § 152 del Titolo 18 del U.S.C. la disposizione centrale della disciplina e, pertanto, essa verrà trattata separatamente rispetto alle altre.

## **6.2 Il § 152 del Titolo 18 del U.S.C.**

La figura criminosa in esame si presenta come disposizione a più norme<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Sul punto, e per una completa analisi delle fattispecie criminose concernenti le procedure concorsuali statunitensi, si veda ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei fallimentari*, cit., p. 14 ss.

<sup>155</sup> 18 USC § 152 - *Concealment of assets; false oaths and claims; bribery:*

*A person who—*

*(1) knowingly and fraudulently conceals from a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court charged with the control or custody of property, or, in connection with a case under title 11, from creditors or the United States Trustee, any property belonging to the estate of a debtor;*

*(2) knowingly and fraudulently makes a false oath or account in or in relation to any case under title 11;*

*(3) knowingly and fraudulently makes a false declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, in or in relation to any case under title 11;*

*(4) knowingly and fraudulently presents any false claim for proof against the estate of a debtor, or uses any such claim in any case under title 11, in a personal capacity or as or through an agent, proxy, or attorney;*

*(5) knowingly and fraudulently receives any material amount of property from a debtor after the filing of a case under title 11, with intent to defeat the provisions of title 11;*

*(6) knowingly and fraudulently gives, offers, receives, or attempts to obtain any money or property, remuneration, compensation, reward, advantage, or promise thereof for acting or forbearing to act in any case under title 11;*

*(7) in a personal capacity or as an agent or officer of any person or corporation, in contemplation of a case under title 11 by or against the person or any other person or corporation, or with intent to defeat the provisions of title 11, knowingly and fraudulently transfers or conceals any of his property or the property of such other person or corporation;*

Tali fattispecie sono concepite come alternative, ben potendo, dunque, concorrere materialmente tra di loro<sup>156</sup>.

Come si è anticipato, uno dei principali tratti comuni delle varie fattispecie sembra essere rappresentato dal bene giuridico protetto.

Ebbene, questo risulta essere integrato dal corretto andamento della procedura. Tale conclusione si basa sul fatto che non viene richiesto alcun evento naturalistico di natura patrimoniale: le condotte, infatti, non devono essere concretamente offensive del patrimonio dei creditori.

Da un simile concepimento del bene tutelato si può ricavare un'altra rilevante osservazione, riguardante segnatamente la tecnica di incriminazione utilizzata.

In questo senso, infatti, la totale assenza di un danno sembra poter far conseguire l'attribuzione alle fattispecie in esame della qualifica di reati di pericolo.

Inoltre, altra rilevante peculiarità che può assurgere a carattere comune è, come detto, la costruzione della componente psicologica attraverso una selezione della forma più intensa di dolo.

A tal fine, il legislatore statunitense utilizza, infatti, gli avverbi *knowingly* e *fraudulently*, che stanno proprio ad indicare come l'accusa (il *prosecutor*) debba dimostrare come il soggetto abbia agito in maniera intenzionale, e addirittura con un intento di frode, ai danni di creditori e procedura.

Dopo aver tratteggiato le caratteristiche comuni, si può, a questo punto, analizzare le singole fattispecie incriminatrici.

Anzitutto viene in rilievo la fattispecie di occultamento di beni (*concealment of assets*) di cui al § 152 (1)<sup>157</sup>.

Tale norma incriminatrice viene ad essere integrata nel momento in cui un soggetto – non necessariamente il debitore – pone in essere una condotta di

---

(8) after the filing of a case under title 11 or in contemplation thereof, knowingly and fraudulently conceals, destroys, mutilates, falsifies, or makes a false entry in any recorded information (including books, documents, records, and papers) relating to the property or financial affairs of a debtor; or  
(9) after the filing of a case under title 11, knowingly and fraudulently withholds from a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court or a United States Trustee entitled to its possession, any recorded information (including books, documents, records, and papers) relating to the property or financial affairs of a debtor, shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.

<sup>156</sup> Così McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, in *Commercial Law Journal*, vol. 102, 1997, pag. 15.

<sup>157</sup> Per uno sguardo in merito alle *bankruptcy offences*, si veda F. LEE BAILEY – HENRY B. ROTHBLATT, *Defending business and white collar crimes*, The lawyers co-operative publishing co., 1984, p. 2 ss.

occultamento, di nascondimento o di falsificazione di una qualunque proprietà appartenente all'asse fallimentare o di informazioni concernenti tali beni.

In altri termini, le condotte rilevano penalmente in quanto non consentono alla Corte fallimentare di ricostruire esattamente il patrimonio aggredibile.

Da questo angolo di visuale si osserva come sia totalmente ininfluente alcuna offesa di natura patrimoniale; il che appare coerente con la ricostruzione del crimine in parola come reato di pericolo a tutela del buon andamento della procedura.

Per quanto concerne, inoltre, l'elemento soggettivo della figura di reato in parola, non può che farsi richiamo a quanto detto precedentemente: il dolo appare selezionato nel suo grado massimo di intensità, dai citati avverbi *knowingly* e *fraudulently*.

Altra notazione che si reputa interessante risulta essere quella relativa al concetto di *petition*: è proprio a partire dalla sottoscrizione di tale istanza che il debitore risulta depositario di obblighi di dichiarazione e di consegna dei beni destinati a costituire l'asse familiare.

La norma, invero, viene posta proprio per incriminare le condotte dei soggetti attivi che si pongano, dopo l'apertura della procedura – come avviene nel nostro ordinamento con la dichiarazione di fallimento –, in un periodo antecedente o successivo a tale sottoscrizione.

Proprio tale momento assume grande rilevanza con riferimento al delicato problema del sindacato del giudice, segnatamente quello penale.

A tal riguardo, l'assenza di una condotta di natura distrattivo-patrimoniale sembra poter far conseguire come, per quanto concerna condotte precedenti alla sottoscrizione dell'istanza ricordata, non possa essere sindacata la convenienza e l'opportunità delle scelte personali e delle operazioni imprenditoriali; salvo – come si vedrà – quanto previsto dal § 157.

Al contrario, successivamente a siffatto momento, segnatamente in caso di istanza di cui al citato *Chapter 11*, il soggetto ha la facoltà di conservare possesso dei beni e gestione dell'impresa, seppur in attuazione del piano di riorganizzazione e con atti di ordinaria gestione (*ordinary course of business*). In questo caso, il giudice può giungere a sindacare le scelte imprenditoriali, tanto quelle che risultino non conformi al piano, quanto, invero, quelle che risultino estranee al concetto di *ordinary course of*

*business*, così come stabilito dalla Corte nell'approvazione dell'istanza di riorganizzazione<sup>158</sup>.

Successivamente, vengono in rilievo le fattispecie dichiarative previste dal § 152 (2) e dal § 152 (3).

Tali norme incriminatrici vengono ad essere integrate qualora, nel primo caso, un soggetto compia false dichiarazioni nel corso di alcuna udienza legata alla procedura concorsuale (*makes a false oath or account in or in relation to any case under title 11*) o, nel secondo caso, falsifichi le documentazioni relative alla procedura (*makes a false declaration, certificate, verification, or statement*).

Per quanto concerne il piano della tipicità, dal dettato positivo si ricava che le condotte di falsa dichiarazione possono essere poste in essere tanto in forma commissiva quanto in forma omissiva; tuttavia, occorre considerare anche un requisito implicito di tipicità, di matrice puramente giurisprudenziale, ovvero la *materiality*<sup>159</sup>.

In questo senso, le condotte dichiarative devono avere ad oggetto una *material matter*; devono, in altri termini, essere rilevanti e, quindi, concretamente in grado di offendere il bene giuridico tutelato.

Da un simile elemento, a ben vedere, si ricava come tali figure criminose siano concepite dalla giurisprudenza americana come fattispecie aventi natura di reati di pericolo concreto.

Per quanto riguarda, invece, il piano psicologico del reato, si deve ribadire quanto in precedenza asserito, poiché, anche in questo caso, il soggetto deve agire *knowingly e fraudulently*.

Il § 152 (4) incrimina, da par suo, il creditore che si sia insinuato al passivo sulla base di falsi elementi di prova del credito (*false claim for proof against the estate of a debtor*).

Il § 152 (5), invero, punisce chiunque riceva beni appartenenti all'asse fallimentare da parte del debitore (*receives any material amount of property from a debtor*), allo scopo di ostacolare la procedura (*intent to defeat the provisions of title 11*).

Il § 152 (6), invece, incrimina chiunque dia, offra, riceva o cerchi di ottenere denaro o altri beni (*gives, offers, receives, or attempts to obtain any money or*

---

<sup>158</sup> Sul punto, si veda U.S. vs. Gigli, 573 F. Supp. 1408, 1414, W.D.Pa., 1983.

<sup>159</sup> Cfr. *ex multis*, U.S. vs. Key, 859 F.2d 1257, 1261, 7th Circuit, 1988.

*property*), remunerazioni, compensazioni, ricompense, vantaggi o promesse per agire, o evitare di agire all'interno di una procedura disciplinata dal Titolo 11.

In tutti questi casi, per altro verso, il piano psicologico è rappresentato sempre dal dolo particolarmente intenso, in quanto il soggetto deve agire volontariamente e fraudolentemente.

Particolarmente rilevante appare, inoltre, il § 152 (7), che incrimina chiunque trasferisca o occulti propri beni personali, o beni di proprietà del terzo o della società, in previsione dell'avvio di una procedura fallimentare disciplinata dal Titolo 11 nei propri confronti, o nei confronti del terzo o della società, o allo scopo di aggirare la disciplina contemplata dal medesimo Titolo (*transfer and concealment of assets in contemplation of a bankruptcy*).

Per quanto riguarda il piano della tipicità, si deve notare come le condotte rilevanti, sostanzialmente, siano due, ovvero l'occultamento e il trasferimento di beni.

Mentre l'occultamento non presenta tratti diversi rispetto a quanto visto a proposito del § 152 (1), il trasferimento, invece, deve essere analizzato con più attenzione. In questo senso, occorre indicarsi che tale condotta sia disciplinata da altra disposizione del codice fallimentare, vale a dire il § 101 (54) del Titolo 11 del U.S.C.A., il quale ne prevede un significato piuttosto esteso: "qualsiasi modo, diretto o indiretto, assoluto o condizionato, volontario o involontario di disporre o suddividere una proprietà o un interesse in una proprietà".

Altra peculiarità, viceversa, può essere ravvisata nella componente psicologica del reato.

Il legislatore, infatti, ha previsto gli ulteriori, e alternativi, elementi della previsione del proprio fallimento e dello scopo di aggirare la disciplina dettata dal Titolo 11 U.S.C.

In ogni caso, per altro verso, risulta irrilevante che il fallimento si verifichi effettivamente: basta, dunque, che la condotta sia posta in essere in previsione di un fallimento che, successivamente, venga scongiurato<sup>160</sup>.

Se, pertanto, sussiste una simile irrilevanza per la verifica del fallimento, allora sembrerebbe potersi asserire come la fattispecie incriminatrice in parola possa

---

<sup>160</sup> Sul punto si veda MCCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud*, cit., pag. 23 ss.

essere considerata quale vero e proprio reato di pericolo astratto o di mera disobbedienza<sup>161</sup>.

Dal canto suo, il § 152 (8) incrimina invece chiunque occulti, distrugga o falsifichi documenti o scritture contabili (*conceals, destroys, mutilates, falsifies, or makes a false entry in any recorded information*) relativi allo stato patrimoniale o ai movimenti finanziari del debitore.

Infine, il § 152 (9) punisce chiunque non metta a disposizione (*withholds*) degli organi preposti alla procedura gli stessi documenti e scritture contabili.

In entrambe le figure da ultimo richiamate, le condotte devono essere integrate volontariamente e fraudolentemente.

### **6.3 Le altre fattispecie incriminatrici: i § 153 e ss. del Titolo 18 del U.S.C.**

Per quel che concerne le altre figure criminose della disciplina fallimentare statunitense, esse sono contenute nei paragrafi successivi al suddetto 152.

Di queste sarà sviluppata una rapida ed agevole disamina, concentrando l'attenzione segnatamente sul § 157 e sul § 1519, che costituiscono ipotesi di più recente conio.

In particolare, il § 153 incrimina il reato di appropriazione indebita dei beni facenti parte dell'asse fallimentare (*embezzlement against estate*)<sup>162</sup>.

Nello specifico, per quanto riguarda il piano della tipicità, si deve notare come il soggetto attivo non sia da individuarsi nella persona del debitore, bensì in tutti quei soggetti che hanno accesso ai beni o ai documenti che sono entrati a far parte dell'asse fallimentare (*estate*): si pensi a tutte quelle figure professionali come avvocati, custodi o curatori.

La condotta tipica, invero, è integrata da comportamenti che rientrano all'interno del concetto di distrazione di beni (*appropriates, embezzles, spends, or*

---

<sup>161</sup> Così ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense*, cit., p. 34.

<sup>162</sup> Cfr. § 153 del Titolo 18 del U.S.C. - *Embezzlement against estate*:

(a) *Offense.*— A person described in subsection (b) who knowingly and fraudulently appropriates to the person's own use, embezzles, spends, or transfers any property or secretes or destroys any document belonging to the estate of a debtor shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.

(b) *Person to Whom Section Applies.*— A person described in this subsection is one who has access to property or documents belonging to an estate by virtue of the person's participation in the administration of the estate as a trustee, custodian, marshal, attorney, or other officer of the court or as an agent, employee, or other person engaged by such an officer to perform a service with respect to the estate.



*transfers any property*) o in quello di distruzione di documenti (*secretes or destroys any document belonging to the estate*).

Con riferimento, invece, al piano psicologico del reato, anche in questo caso il dolo richiesto appare connotato da un grado particolarmente elevato di intensità, dovendo, il soggetto agente, aver agito volontariamente e fraudolentemente (*knowingly e fraudulently*).

Il § 154 punisce – ad una pena pecuniaria e non detentiva – i comportamenti tenuti in una situazione di conflitto di interesse da parte dagli ufficiali della procedura (*adverse interest and conduct of officers*)<sup>163</sup>.

Pertanto, il reato si presenta come proprio, potendo essere commesso dai soggetti elencati nella disposizione, ovvero gli ufficiali nominati dalla Corte fallimentare.

Le condotte punite, invero, sono integrate dai comportamenti di acquisto dei beni rientranti nell'asse fallimentare da parte dei soggetti attivi, oppure da comportamenti quali l'ingiustificato rifiuto di accedere ai documenti nei confronti delle parti o del *U.S. Trustee*.

Sul punto si può notare, inoltre, come vi sia una effettiva indifferenza nei confronti, ad esempio, del prezzo dell'acquisto; il che potrebbe permettere di ricostruire la natura del reato in esame secondo lo schema del pericolo astratto, non risultando richiesta alcuna valutazione da parte del giudice circa l'effettività del conflitto di interesse o circa la concretezza del pericolo posto in essere mediante le condotte richiamate<sup>164</sup>.

Interessante, in aggiunta, si presenta il piano psicologico della figura in parola. In questo caso, infatti, il legislatore americano richiede un comportamento volontario e consapevole, ma non anche fraudolento: il soggetto attivo deve agire *knowingly* e non anche *fraudulently*.

---

<sup>163</sup> Cfr. § 154 del Titolo 18 del U.S.C. - *Adverse interest and conduct of officers:*

*A person who, being a custodian, trustee, marshal, or other officer of the court—*

*(1) knowingly purchases, directly or indirectly, any property of the estate of which the person is such an officer in a case under title 11;*

*(2) knowingly refuses to permit a reasonable opportunity for the inspection by parties in interest of the documents and accounts relating to the affairs of estates in the person's charge by parties when directed by the court to do so; or*

*(3) knowingly refuses to permit a reasonable opportunity for the inspection by the United States Trustee of the documents and accounts relating to the affairs of an estate in the person's charge, shall be fined under this title and shall forfeit the person's office, which shall thereupon become vacant.*

<sup>164</sup> In questo senso ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense*, cit., p. 16.

Il § 155, dal canto suo, incrimina taluni accordi posti in essere durante le procedure di cui al Titolo 11 (*Fee agreements in cases under title 11 and receiverships*)<sup>165</sup>.

In pratica, la condotta rilevante consiste nel raggiungere accordi finalizzati a stabilire tariffe per servizi resi da parte di taluni soggetti coinvolti (debitore, curatore, creditori, ecc.).

Il piano soggettivo, invece, è, anche in questo caso, connotato dagli avverbi *knowingly* e *fraudolently*.

Il § 156 punisce una particolare violazione consapevole delle norme fallimentari (*knowing disregard of bankruptcy law or rule*)<sup>166</sup>.

La particolarità di tale fattispecie incriminatrice risiede, a ben vedere, nel soggetto attivo del reato, ovvero il *bankruptcy petition preparer*. Questo rappresenta una figura peculiare dell'ordinamento americano e consiste in un soggetto che viene incaricato dal debitore di redigere documenti necessari a presentare la citata *petition*.

La condotta punita viene integrata dal comportamento, di questi, di violazione delle norme fallimentari nel caso in cui l'istanza non venga poi accolta dalla Corte.

Per quanto riguarda, invece, la sfera soggettiva del reato, la disposizione impone che il soggetto attivo agisca consapevolmente e volontariamente (*knowingly*).

---

<sup>165</sup> Cfr. § 155 del Titolo 18 del U.S.C. - *Fee agreements in cases under title 11 and receiverships*:  
*Whoever, being a party in interest, whether as a debtor, creditor, receiver, trustee or representative of any of them, or attorney for any such party in interest, in any receivership or case under title 11 in any United States court or under its supervision, knowingly and fraudulently enters into any agreement, express or implied, with another such party in interest or attorney for another such party in interest, for the purpose of fixing the fees or other compensation to be paid to any party in interest or to any attorney for any party in interest for services rendered in connection therewith, from the assets of the estate, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.*

<sup>166</sup> § 156 del Titolo 18 del U.S.C. - *Knowing disregard of bankruptcy law or rule*:

(a) *Definitions.*— *In this section—*

(1) *the term “bankruptcy petition preparer” means a person, other than the debtor’s attorney or an employee of such an attorney, who prepares for compensation a document for filing; and*

(2) *the term “document for filing” means a petition or any other document prepared for filing by a debtor in a United States bankruptcy court or a United States district court in connection with a case under title 11.*

(b) *Offense.*— *If a bankruptcy case or related proceeding is dismissed because of a knowing attempt by a bankruptcy petition preparer in any manner to disregard the requirements of title 11, United States Code, or the Federal Rules of Bankruptcy Procedure, the bankruptcy petition preparer shall be fined under this title, imprisoned not more than 1 year, or both.*

Il § 157 disciplina una particolare forma di frode compiuta in ambito fallimentare. Anche se viene chiamata *bankruptcy fraud*, essa non può essere considerata assimilabile alla nostra figura di bancarotta fraudolenta<sup>167</sup>.

Tale fattispecie incriminatrice è stata introdotta nel 1994 al fine di apprestare una tutela contro l'emersione di pratiche frodatorie, prima sconosciute: si vuol far riferimento, in particolare, a quelle prassi di distorsione del sistema fallimentare compiute attraverso l'uso artificioso del citato regime di *automatic stay*<sup>168</sup>.

Per quanto concerne il piano della tipicità, occorre immediatamente asserire che il crimine può essere commesso da chiunque, dovendo, pertanto, essere qualificato come reato comune.

In particolare, la fattispecie incrimina le condotte di chi, avendo escogitato (o avendo tentato di escogitare) uno schema fraudolento, al fine di metterlo in pratica o di occultarlo, abbia sottoscritto l'istanza (*petition*) di cui al Titolo 11, oppure abbia compiute false o fraudolente promesse ovvero rappresentazioni relative ad una procedura concorsuale.

Pertanto, la costruzione dell'incriminazione si poggia sulla creazione (anche solo in forma tentata) di uno schema fraudolento, sul compimento delle suddette condotte e sull'utilizzo distorto della procedura fallimentare in maniera strumentale alla frode concepita.

Da ultimo va considerato l'ancor più recente § 1519 del Titolo 18 del U.S.C., introdotto per mezzo del *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, in risposta ai gravi scandali finanziari che avevano già iniziato ad avvicinarsi<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. § 157 del Titolo 18 del U.S.C. – *Bankruptcy Fraud*:

*A person who, having devised or intending to devise a scheme or artifice to defraud and for the purpose of executing or concealing such a scheme or artifice or attempting to do so—*

*(1) files a petition under title 11, including a fraudulent involuntary petition under section 303 of such title;*

*(2) files a document in a proceeding under title 11; or*

*(3) makes a false or fraudulent representation, claim, or promise concerning or in relation to a proceeding under title 11, at any time before or after the filing of the petition, or in relation to a proceeding falsely asserted to be pending under such title, shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both.*

<sup>168</sup> Sul punto, si veda TIGHE, *A Guide to making a Criminal Bankruptcy Fraud Referral*, cit., III.

<sup>169</sup> Cfr. § 1519 del Titolo 18 del U.S.C. - *Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy*

*«Whoever knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency*

Come la maggior parte degli interventi legislativi sorti sulla spinta di emergenze e sulla spinta repressiva dell'opinione pubblica, tale innovazione normativa si caratterizza per una grande severità, che non brilla per ragionevolezza<sup>170</sup>.

In questo senso, in effetti, sono punite le condotte di alterazione, distruzione, mutilazione, occultamento e falsificazione di documenti o registri; condotte, che come si è visto, già risultavano, da un punto di vista oggettivo, penalmente rilevanti, ai sensi del sovramenzionato § 152.

Tuttavia, le significative differenze rispetto a quest'ultimo, sintomo delle intenzioni del legislatore, sono sostanzialmente due, sebbene in contrasto logico tra di loro:

- i) l'elemento psicologico richiesto di intensità minore, in quanto è punito, in questo caso, il comportamento volontario e consapevole (*knowingly*), ma non anche sorretto da un intento fraudolento: non risultando previsto il citato avverbio *fraudulently*;
- ii) una pena drasticamente innalzata fino a 20 anni di reclusione.

Non può, ordunque, non notarsi, a tal riguardo, il carattere paradossale e irragionevole della fattispecie in parola: da un lato, viene richiesto un requisito soggettivo di minore intensità, il che dovrebbe denotare un tasso di offensività minore; dall'altro, tuttavia, viene innalzata la pena in maniera draconiana<sup>171</sup>.

---

*of the United States or any case filed under title 11, or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned not more than 20 years, or both».*

<sup>170</sup> Sul punto si veda DOOLEY – RADKE, *Does severe punishment deter financial crimes?*, *Charleston Law Review*, Spring, 2010, p. 619 ss., secondo il quale il *Sarbanes-Oxley Act* ha introdotto una serie di *white collar crimes* e ha innalzato le pene per quelli già esistenti. L'intenzione del legislatore e delle autorità di contrasto è quello di incrementare le sanzioni, tanto la pena detentiva quanto quella pecuniaria, al fine di dissuadere altri dal seguire le orme di figure come Bernie Ebbers, Jeff Skilling, John Rigas e Walter Forbes. Tuttavia, solo sette anni dopo si sono verificate vicende come quelle riguardanti Bernie Madoff, Scott Rothstein e Allen Stanford con i loro "schemi Ponzi" da milioni di dollari. Al posto degli scandali finanziari dei primi anni duemila, oggi abbiamo un'esplosione di frodi nel sistema dei mutui ipotecari e dei connessi reati finanziari. *"It is déjà vu all over again!"*

<sup>171</sup> Per quanto riguarda le prime pronunce in giurisprudenza, si veda *U.S. vs. Johns*, n. 11-3299, *7th Circuit*, 2012.

## SEZIONE II

### I MODELLI DEL DIRITTO PENALE-FALLIMENTARE ITALIANO

#### CAPITOLO I

#### DALL'ART. 217-BIS DELLA LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 324 DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

**Sommario** 1. Introduzione – 2. La genesi dell'art. 217-bis l. fall.: le esenzioni dai reati di bancarotta – 3. I principali profili problematici – 3.1. La natura giuridica e l'ambito di operatività – 3.2. Il sindacato del giudice penale 4. La matrice anglosassone: l'istituto del *Safe Harbour*, una sorta di “Vallo di Adriano” predisposto per le operazioni finanziarie – 5. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nuovo art. 324 c.c.i.i. – 6. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di esenzione dai reati di bancarotta e sindacato del giudice penale: Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675.

#### 1. Introduzione

Come noto, in Italia 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.

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)<sup>172</sup>.

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 fallimento<sup>173</sup>.

Un sistema in tal guisa consegnato 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, improntati al principio di autonomia privata.

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 recentemente con la c.d. mini-

---

<sup>172</sup> Per uno sguardo nella dottrina britannica, si veda, *ex multis*, MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017; oppure KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, LexisNexis, 2017; si veda anche FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009; o ancora BRIDGE, *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, edited by Andrew Burrows, Oxford University Press, 2015. Per uno sguardo comparato in tema di insolvenza, con particolare riferimento al modello statunitense, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, in *The Law of Internationale Insolvencies and Debt Restructurings*, a cura di Silkenat e Schmerler, Oceana Publications (Oxford University Press), 2006, p. 409 ss.; si veda anche SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001; o ancora GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, PricewaterhouseCoopers and Morgan Stanley, 2008. Per una completa analisi dei vari reati in materia di insolvenza nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2017, p. 542 ss.; si veda anche SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, Bloomsbury Professional, 2011, p. 967 ss. per uno sguardo alle fattispecie penali nel sistema statunitense, *ex multis*, si veda McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, in *Commercial Law Journal*, vol. 102, 1997.

<sup>173</sup> Sul punto, si veda GALGANO, *Lex mercatoria*, cit.

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*, 236 e 236-*bis* l. fall.

Si tenga presente, inoltre, che il sistema della crisi di impresa appare in procinto di subire un nuovo grande intervento riformatore, per mezzo del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. 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 dell’insolvenza e della crisi di impresa –, l’ambito penale sembra essere stato trascurato<sup>174</sup>. In effetti, come si avrà modo di illustrare, la legge delega ha imposto dei mutamenti solo nel “campo commercial-civilistico”, concedendo al “campo penalistico” solamente i necessari adattamenti, facendo salva “la continuità delle fattispecie incriminatrici”.

Pertanto, se l’intento è quello di esaminare i profili penali delle nuove procedure concorsuali, si devono necessariamente analizzare le citate disposizioni di cui agli artt. 217-*bis*, 236 e 236-*bis* della legge fallimentare, cercando di cogliere anche gli aspetti di riforma che si provocheranno a causa dell’introduzione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

## **2. La genesi dell’art. 217-*bis* l. fall.: le esenzioni dai reati di bancarotta**

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 proprio dal ruolo di coordinamento che essa assume tra il versante civilistico e il versante penalistico della legge fallimentare. In particolare, lo scopo era costituito dal tentativo di porre

---

<sup>174</sup> Da ultimo, sul punto, si veda lo Schema di decreto legislativo recante Codice dell’insolvenza e della crisi di impresa in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155, licenziato dal Ministero di Giustizia, in [www.ilfallimentarista.com](http://www.ilfallimentarista.com), 10 ottobre 2018.

rimedio all'incongruenza che si era venuta a creare a seguito della riforma della revocatoria fallimentare.

Invero, per capire in modo più completo la genesi di simile nuovo istituto, occorre fare un passo indietro, andando a tracciare i tratti essenziali dei rapporti tra la revocatoria fallimentare e il delitto di bancarotta preferenziale.

La revocatoria, infatti, rappresenta l'istituto civilistico, disciplinato dall'art. 67 della legge fallimentare, posto a tutela della *par condicio creditorum*. In pratica, il creditore che accetta un pagamento, pur nella consapevolezza dello stato di dissesto dell'imprenditore, viene sanzionato "civilmente" attraverso la determinazione dell'inefficacia dello stesso pagamento<sup>175</sup>.

Risulta, pertanto, più che agevole intuire la connessione con la figura criminosa della bancarotta preferenziale: allo stesso modo è teso alla protezione del bene della *par condicio creditorum*, con la chiara differenza sul piano sanzionatorio, posto che essa assume natura penale<sup>176</sup>.

Tale quadro di parallelismo, tuttavia, è venuto ad incrinarsi con la riforma del 2005 e con l'accennata introduzione delle nuove procedure finalizzate alla salvezza e alla conservazione dell'impresa.

In particolare, in questo ambito, un grandissimo impatto ha avuto la modifica del terzo comma dell'art. 67 l. fall., il quale disciplina una serie di atti che sono esclusi dalla revocatoria. In altri termini, il legislatore ha previsto una serie di atti, pagamenti e garanzie che, se posti in essere, non possono successivamente essere revocati<sup>177</sup>.

La conseguenza, dunque, è stata proprio la rottura della continuità tra l'istituto della revocatoria fallimentare e il delitto di bancarotta preferenziale<sup>178</sup>.

Simile stravolgimento ha causato incertezze e problemi, segnatamente la questione se l'espressa inapplicabilità del "rimedio civilistico" provochi dirette

---

<sup>175</sup> In tema di revocatoria fallimentare, si veda, *ex multis*, CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2017, p. 564 ss., secondo cui il principio ispiratore della revocatoria fallimentare è che tutti gli atti posti in essere dall'imprenditore in stato di insolvenza si presumono pregiudizievoli per i creditori perché idonei ad alterare la *par condicio creditorum*. Sussistono, pertanto, due presupposti, uno di natura oggettiva ed un altro di natura soggettiva: i) lo stato di insolvenza dell'imprenditore; ii) la conoscenza dello stato di insolvenza da parte di uno dei creditori.

<sup>176</sup> Sul punto, cfr. BRICCHETTI, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, 2008, p. 641 ss.

<sup>177</sup> Cfr. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 567.

<sup>178</sup> In questo senso, si veda SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1300 ss.



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.

Dal quadro sinora sommariamente illustrato, si evince come 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 – 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.<sup>179</sup>.

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. 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”.

Ma i profili problematici causati dall'imprecisione legislativa non si esauriscono qui, bensì vanno a colpire anche lo stesso ambito di operatività e la natura

---

<sup>179</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218, il quale testualmente afferma che “escludendo la punibilità per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di uno dei piani di risanamento, si mira ad assicurare dal “rischio penale” l'imprenditore che tenta di salvare l'attività, e di rendere meno aleatorio l'intervento di soggetti estranei, sollevandoli dal rischio di essere incriminati per concorso in bancarotta in caso di fallimento”.

giuridica di tali istituti, così come l'esatta individuazione dell'ampiezza del sindacato del giudice penale.

### **3. I principali profili problematici**

#### **3.1. La natura giuridica e l'ambito di operatività**

Come si è anticipato, il legislatore ha deciso di utilizzare una formula oscura, già a partire dal piano lessicale: il termine "esenzione" è praticamente sconosciuto al diritto penale, se non fosse per la materia sugli abusi di mercato<sup>180</sup>. L'art. 183 del T.U.F. disciplina, infatti, le esenzioni dai reati di abuso di informazione privilegiata e di manipolazione del mercato<sup>181</sup>.

In pratica, il legislatore, attraverso la formula "non si applicano a..." esclude dalla rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice una serie di operazioni e pagamenti.

Si impone subito, quindi, il problema di individuare l'esatta qualificazione giuridica di tali esenzioni. Invero, il corretto inquadramento dogmatico non si limita a rappresentare uno sforzo puramente teorico, possedendo al contrario rilevanti risvolti pratici: come, ad esempio, l'estensibilità anche ai concorrenti o l'eventuale condanna al risarcimento del danno.

In quest'ottica, il punto di partenza non può che essere rappresentato dalla consapevolezza che trattasi di una causa di esclusione della responsabilità penale.

Tuttavia, ammettendo una visione che accoglie la "teoria quadripartita" del reato, occorre specificare maggiormente, in quanto potrebbe trattarsi di:

- i) causa di atipicità;
- ii) causa di giustificazione o scriminante;
- iii) causa di esclusione della colpevolezza o scusante;
- iv) causa di non punibilità.

---

<sup>180</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, p. 59; GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, 2016, p. 80 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 111 ss.; MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 521; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le società*, 2011, p. 212.

<sup>181</sup> Sul punto, si veda SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013, p. 24 ss.

A tal proposito, e in via del tutto sommaria, sembra potersi, preliminarmente, scartare la soluzione sulla base della quale si ritiene trattarsi di ipotesi di cause di esclusione della colpevolezza o della punibilità, non venendo in rilievo né considerazioni attinenti alla mancanza della rimproverabilità dei soggetti attivi, né ad una scelta di opportunità da parte del legislatore<sup>182</sup>.

La più fondata questione risiede, invece, in merito all'alternativa se configurarle come cause di atipicità o come cause di giustificazione.

A ben vedere, si deve riconoscere come la prevalente dottrina ricostruisca le esenzioni come delle vere e proprie cause di atipicità, ovvero a “ritagli” della tipicità<sup>183</sup>. In questo senso, la disposizione in parola si applicherebbe direttamente nei confronti dei richiamati delitti di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, in maniera tale da sottrarre dal piano della tipicità determinati pagamenti e operazioni, posti in essere in esecuzione di una soluzione negoziale della crisi di impresa<sup>184</sup>.

Invero, le conseguenze dirette di una simile rilettura dogmatica consisterebbero, in particolare, nell'estensibilità anche ai concorrenti nel reato di bancarotta preferenziale o semplice, determinando conseguentemente l'irrelevanza penale delle condotte di tutti coloro che partecipano al tentativo di soluzione della crisi d'impresa<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> In questo senso, si veda GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, cit., p. 219 ss. In senso parzialmente diverso, si veda ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, 2019, p. 144, secondo cui la posizione che intravede la soluzione della questione nella mancanza dell'elemento soggettivo risulterebbe ineccepibile, tuttavia – testualmente – “le valutazioni in termini di elemento soggettivo sono, nella prassi, spesso incerte, affidate a un'interpretazione fortemente condizionata dalla logica del “senno di poi”, oltre ad un tradizionale e ancora vivo atteggiamento culturale ostile al debitore in difficoltà”.

<sup>183</sup> In questo senso, v. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, p. 59; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 112; MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1475; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, cit., p. 203.

<sup>184</sup> In questo senso, si veda MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., secondo cui “il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi designati dalle incriminazioni viene ad essere ridotto: a ciascun originario insieme, secondo la denotazione iniziale della fattispecie astratta, vengono sottratti quei congegni connotati ora dall'essere realizzati in esecuzione di una delle procedure; oppure si veda SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2015, fasc. n. 2, p. 38, secondo cui verrebbe in rilievo non tanto una scriminante, bensì una “limitazione di tipicità della bancarotta preferenziale e semplice”.

<sup>185</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Profili penali delle nuove procedure concorsuali, uno sguardo d'insieme*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, vol. IV, Giuffrè, 2016, p. 722; oppure cfr. SANDRELLI, *La riforma della fallimentare: i rimedi per la crisi d'impresa, il concordato*

Tuttavia, a modesto parere di chi scrive, tali oscuri istituti devono essere ricostruiti in maniera più rigorosa: come si avrà modo di argomentare, le esenzioni dai reati di bancarotta, pur essendo costretti a vagare in un luogo buio e nebbioso a causa della grave incompetenza della tecnica legislativa adoperata, possono essere qualificate come vere e proprie cause di giustificazione<sup>186</sup>.

Lungo siffatto crinale, occorre tuttavia fare un passo indietro, cercando di tratteggiare, in via di estrema sintesi, i punti fondamentali della teoria dell'antigiuridicità<sup>187</sup>.

Come è noto, dunque, per la sussistenza di un reato non è sufficiente che sia stato posto in essere un fatto concreto conforme a quello descritto in una norma incriminatrice; bensì occorre che la realizzazione concreta del fatto si ponga in un rapporto di contraddizione con l'intero ordinamento. Richiamando le parole di un grande Maestro del diritto penale "in qualche luogo dell'ordinamento, per soddisfare le più diverse finalità, può profilarsi una norma a se stante, con conseguenze giuridiche antitetiche alla sanzione penale: una norma, cioè, che preveda espressamente il fatto di reato come contenuto di un dovere o di una facoltà di realizzarlo"<sup>188</sup>.

Viene, pertanto a profilarsi un conflitto di norme in posizione antinomica: da una parte, la norma che incrimina il fatto, dall'altra la norma che lo facoltizza o lo impone.

Ebbene, tale conflitto viene ad essere risolto attraverso il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, che rappresenta diretta emanazione del principio di non contraddizione di aristotelica matrice. Tale principio, infatti, impone l'inaammissibilità che, all'interno di uno Stato di diritto, uno stesso fatto sia considerato

---

*preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, cit., p. 38; o ancora GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, 2016, p. 68.

<sup>186</sup> Giunge alla medesima conclusione GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 219; in senso contrario, *ex multis*, ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 144, secondo cui "l'antigiuridicità del fatto è conseguente a un giudizio complessivo ricavabile dall'ordinamento, per cui se il fatto è ritenuto lecito in un settore dell'ordinamento non può essere al contempo assoggettabile a sanzione; la mera inefficacia di un atto non sembra in grado di reggere l'affermazione della mancanza di contrarietà all'ordinamento, ma solo la ricognizione del venir meno di un rimedio, sostanzialmente interinale rispetto all'interesse del credito".

<sup>187</sup> Per una ricognizione sul tema dell'antigiuridicità, si veda, *ex multis*, MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Utet, 1987, p. 172 ss; oppure DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una nuova dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, p. 1646 ss.

<sup>188</sup> In questi termini, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci e Dolcini, Giuffrè, 1985, p. 212.

contemporaneamente lecito e illecito: dovendosi, invero, assegnare prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto<sup>189</sup>.

Dopo la breve disamina sul generale tema dell'antigiuridicità, può calarsi il discorso tornando al particolare, ovvero alla natura giuridica che assumono le esenzioni dai reati di bancarotta.

In quest'ottica, allora deve riconoscersi come risulti pacifica l'individuazione della *ratio* dell'istituto delle esenzioni: essa, come detto, deve essere intravista nell'applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento. In altri termini, il legislatore non può predisporre ed incentivare una serie di istituti ed operazioni finalizzati alla salvezza dell'impresa in crisi in maniera tale da riuscire ad evitare l'insolvenza e, allo stesso tempo, punire con la sanzione penale condotte previste dagli stessi nuovi istituti di soluzione della crisi d'impresa: si ribadisce, l'ordinamento non può permettersi di punire con sanzioni penali comportamenti esplicitamente disciplinati come leciti e addirittura incoraggiati<sup>190</sup>.

Orbene, se tale è la riconosciuta *ratio*, dell'istituto, la conclusione allora non può che essere rappresentata dal riconoscimento nei confronti delle esenzioni *ex art. 217-bis l. fall.* della natura di scriminante.

Un ragionamento, infatti, che assumesse la citata premessa – la ricostruzione dell'istituto in esame alla luce del principio di non contraddizione, ma che giungesse ad una conclusione diversa – come, ad esempio, sostenere che trattasi di cause di esclusione della tipicità – risulterebbe fallace da un punto di vista logico. In particolare, potrebbe richiamarsi la figura della c.d. *ignoratio elenchi*, la quale consiste nella fallacia logica secondo cui l'utilizzo di un argomento volto a stabilire una particolare conclusione viene invece orientato verso la dimostrazione di una conclusione differente.

In altre parole, in questi casi la premessa non coglie il punto; ovvero tra la premessa e la conclusione sussiste uno iato<sup>191</sup>.

Inoltre, all'interno del nostro stesso ordinamento penale esiste una conferma alla ricostruzione delle esenzioni dai reati di bancarotta quali cause di giustificazione.

---

<sup>189</sup> In questo senso, nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 277 ss., oppure FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 269 ss.

<sup>190</sup> In questi termini, *ex multis*, ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 143.

<sup>191</sup> Sul tema delle fallacie logiche, *ex multis*, si veda COPI-COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1994, p. 180 ss.

Come si è anticipato, infatti, il termine “esenzione” non è del tutto sconosciuto al lessico penalistico, in quanto esso risulta impiegato anche all’interno della materia degli abusi di mercato, segnatamente all’art. 183 T.U.F., che importa, in maniera forse sbrigativa, l’istituto anglosassone del c.d. *Safe Harbour*, previsto dalla Direttiva 2003/6/CE.

Ebbene, anche in questo quadro l’istituto viene ricostruito sulla base del principio di non contraddizione dell’ordinamento con la corretta conseguenza di assegnargli, senza dubbio, natura di causa scriminante<sup>192</sup>.

Se, quindi, si riconosce alle esenzioni natura scriminante, si devono metterne in evidenza le conseguenze giuridiche.

Dal citato principio dell’unità dell’ordinamento giuridico discende, infatti, l’efficacia universale delle cause di giustificazione: il fatto, dunque, deve essere reputato lecito in qualsiasi settore dell’ordinamento, compreso quello civile, sbarrando in tal modo la strada ad un possibile risarcimento del danno.

Altra rilevante conseguenza è invece l’estensione dell’efficacia scriminante anche ai concorrenti: il concorso, infatti, viene integrato rispetto ad un fatto lecito, in quanto giustificato. In tal modo, chiunque concorra con l’imprenditore nel porre in essere le procedure richiamate dall’art. 217-*bis* l. fall. non potrà essere chiamato a rispondere dei reati di bancarotta preferenziale o semplice.

Secondo grande problema che si pone a causa dell’imprecisione legislativa è rappresentato dall’esatto riconoscimento dell’ambito di operatività delle esenzioni di cui all’art. 217-*bis* l. fall. Tale questione si pone su un duplice piano:

- i) quello delle figure delittuose cui deve applicarsi l’esenzione;
- ii) quello dei pagamenti e delle operazioni in esecuzione di una serie di istituti richiamati cui deve estendersi la copertura *ex art.* 217-*bis* l. fall.

Con riferimento al primo punto, il legislatore indica espressamente solo le figure delittuose di cui agli artt. 216, co. 3 l. fall. e art. 217 l. fall., ignorando completamente le figure della bancarotta impropria, di cui agli artt. 223, co. 1 l. fall. e 224, n. 1, l. fall.

---

<sup>192</sup> Sul tema, *ex multis*, SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013, p. 24, secondo cui il bene dell’economia pubblica rende lecita l’operazione vietata, prevalendo nel conflitto con il bene giuridico tutelato dalle norme sanzionatorie; con la chiara conseguenza di qualificare la figura in esame come causa di esclusione dell’antigiuridicità; nello stesso senso DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, diretto da Di Amato, vol. IX, I reati del mercato finanziario, Cedam, 2007, p. 95 ss.

Sul punto, parte della dottrina ha valorizzato il dato letterale, escludendo l'applicabilità delle esenzioni al di fuori dei casi espressamente previsti<sup>193</sup>.

Altra dottrina, invece, a buon diritto a parere di chi scrive, ritiene che si possa estendere l'ambito di applicazione anche alle citate figure di bancarotta impropria di cui agli artt. 223, co. 1, l. fall. e 224, n. 1, l. fall., in virtù dei rinvii posti dalle fattispecie da ultimo citate<sup>194</sup>. D'altra parte, si potrebbe comunque far riferimento anche all'applicazione dell'interpretazione analogica, che comunque, trattandosi di causa di giustificazione, ben potrebbe essere impiegata, oltre al fatto che comunque si tratterebbe di *analogia in bonam partem*.

Più complesso è il secondo dei succitati profili, ovvero il fatto che la disposizione ha escluso dall'ambito di applicazione delle esenzioni una serie di istituti, quali l'accordo di cui all'art. 182-*septies* l. fall., oppure le operazioni *ex art. 67, co. 3, lett. a), b), e), f), g)*.

Da un lato, potrebbe ritenersi la lacuna legislativa come volontaria, con la conseguenza di considerare tassativo l'elenco di istituti richiamati dall'art. 217-*bis* l. fall.: in questo senso, esclusivamente le operazioni espressamente indicate dalla citata disposizione potrebbero essere ricomprese all'interno del meccanismo di esenzione penale<sup>195</sup>.

Dall'altro lato, al contrario, simili conclusioni potrebbero apparire in contraddizione, posto che le stesse operazioni verrebbero ad essere riconosciute come lecite da un punto di vista civile, ma ancora illecite da un punto di vista penale. Per altro verso, una tale incongruenza potrebbe risolversi in una vera e propria disparità di trattamento; oltre che causare una inaccettabile discrasia tra liceità civilistica e liceità penale<sup>196</sup>.

D'altra parte, tale sapiente soluzione appare decisamente coerente con la ricostruzione delle esenzioni dai reati di bancarotta quali cause di giustificazione e,

---

<sup>193</sup> In questo senso, si veda CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fallimento*, 2014, p. 1189 ss., il quale parte dal presupposto sulla base del quale la norma in parola avrebbe carattere eccezionale, in maniera tale da impedire un'interpretazione di estensione analogica.

<sup>194</sup> In questo senso GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit. p. 220; oppure BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 403; Si veda anche AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *La Giustizia Penale*, 2011, p. 568.

<sup>195</sup> In questo senso, MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi di impresa*, in AA. VV., *Crisi di imprese. Casi e materiali*, a cura di Bonelli, Giuffrè, 2011, p. 278 ss.

<sup>196</sup> In questo senso ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 67 ss.

pertanto, come tali, suscettibili di applicazione analogica: estensione che, anche in questo caso, sarebbe *in bonam partem*.

### **3.2. Il sindacato del giudice penale**

Invero, il punto decisivo la disposizione in esame lo gioca proprio all'interno dei limiti da riconoscere al sindacato del giudice penale con riferimento ai piani di risanamento e ristrutturazione<sup>197</sup>.

Risulta evidente allora come, in questo ambito, si debba far attenzione a mantenere una posizione di equilibrio: da un lato, infatti, si deve permettere al giudice penale di assumere un ruolo di vigilanza su operazioni fraudolente, compiute sotto la "copertura" della richiesta di concordato preventivo (o delle altre operazioni "conservative"); dall'altro, si deve evitare, al contrario, che tale vigilanza si tramuti in una seconda valutazione – fortemente afflittiva peraltro – del piano avanzato dall'imprenditore, in modo da disincentivare il ricorso alle citate procedure concorsuali di natura conservativa.

Al fine di giungere ad una soluzione, si deve, senza dubbio, prendere le mosse dai poteri che vengono riconosciuti dal nostro ordinamento al giudice penale.

A tal proposito, deve avvertirsi che il tema del giudicato penale in materia fallimentare rappresenta – e ha sempre rappresentato – un terreno irto d'asperità.

Storicamente, il campo di battaglia designato è sempre stato costituito dalla sentenza di fallimento.

---

<sup>197</sup> Sul punto la dottrina si è divisa in una serie di posizioni. Per quanto concerne la tesi dell'assenza di sindacato del giudice penale, si veda COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legislazione penale*, 2011, fasc. 1, p. 11 ss., secondo cui occorre valorizzare il ruolo del giudice civile e il necessario coordinamento tra i rami della giurisdizione: se il giudice civile ha valutato idoneo il piano o l'accordo, successivamente il giudice penale non potrebbe che prendere atto di tale statuizione. In altre parole, secondo tale posizione, la cognizione del giudice civile esclude il potere di rivalutazione successiva del giudice penale. Per quanto concerne la tesi della piena sindacabilità, si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, cit., p. 101 ss., secondo il quale si deve al contrario valorizzare quanto disposto dall'art. 2 c.p.p., a mente del quale il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. Il giudice penale, infatti, ha la facoltà di effettuare valutazioni in maniera autosufficiente, indipendentemente da quanto stabilito dal giudice civile.



E' proprio con riferimento a siffatto discorso che si pone il problema della cognizione del giudice penale<sup>198</sup>.

In vigenza del precedente Codice di procedura penale del 1930, non si ponevano particolari incertezze nel considerare l'istituto in parola come vincolante nel processo penale, all'interno del quale il giudice penale non poteva svolgere indagini ulteriori e diverse rispetto a quelle già compiute dal giudice civile.

Il giudice civile, in altri termini, risolveva uno specifico *status* della persona, ossia quello di fallito; pertanto, si riteneva che la sentenza di fallimento facesse stato sia in merito alla qualifica soggettiva di imprenditore commerciale, sia in merito allo stato di insolvenza.

Risultava pacifico che tale accertamento costituisse una questione pregiudiziale rispetto al giudizio penale.

Il sistema così congegnato, tuttavia, ha subito un brusco cambiamento con l'introduzione del nuovo Codice di procedura penale del 1988, il quale, all'art. 2, ha sancito il principio dell'autonoma cognizione del giudice penale per tutte le questioni che si pongono in precedenza logica rispetto alla decisione finale.

Tale principio, tuttavia, è suscettibile di deroga solo con riferimento alle ipotesi di questioni previste dall'art. 3 c.p.p. e attinenti al c.d. stato di famiglia o al c.d. stato di cittadinanza, con riferimento alle quali il giudice penale ha la facoltà di sospendere il processo per attendere l'esito della decisione adottata in merito dal giudice civile<sup>199</sup>.

La conseguenza diretta, quindi, di tale rinnovata disciplina va ravvisata nel fatto che il giudice penale possiede il potere di valutare tutti i presupposti del reato, senza rimanere condizionato da statuizioni di altri giudici.

Orbene, è con riferimento a tale situazione che ci si deve chiedere quali limiti si debbano assegnare alla cognizione del giudice penale con riguardo alla valutazione circa lo stato di insolvenza e, in secondo luogo, quali siano i poteri che l'ordinamento gli attribuisce in tema di concordato preventivo, segnatamente in merito al giudizio relativo alla sua revoca.

---

<sup>198</sup> Cfr. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, p. 293 ss; si veda anche BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, Giuffrè, 2011, p. 77 ss.

<sup>199</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 987, secondo cui "l'art. 3 c.p.p. contempla le questioni sullo stato delle persone (ridotte a due: famiglia e cittadinanza): quando risultino "serie" (ossia non risolubili *ictu oculi*) e penda una causa nella sede competente, il giudizio penale può essere sospeso, se l'esito appare influente su un punto qualsivoglia (anche solo attinente alla pena); e la relativa decisione costituisce cosa giudicata".

A tal proposito, non può trascurarsi che, proprio con riferimento al valore che assume la sentenza dichiarativa di fallimento all'interno della cognizione del giudice penale, nel 2008 si sono pronunciate le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la nota "sentenza Niccoli"<sup>200</sup>.

Tale autorevole pronuncia ha preso posizione asserendo come il giudice penale non possa sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, sia con riferimento al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa, sia con riferimento ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore.

La Corte giunge ad una simile conclusione sulla base del fatto che la sentenza di fallimento viene in rilievo nella sua veste formale di provvedimento giurisdizionale, di talché i suoi presupposti sostanziali, essendo già accertati nella sentenza emessa dal Tribunale fallimentare, non possono costituire questioni pregiudiziali assegnate al giudice penale, che, pertanto, ne rimane vincolato.

L'arresto, tuttavia, ha sollevato numerose critiche, soprattutto relativamente al presupposto della qualifica soggettiva di imprenditore commerciale.

Da tale punto di vista, si è posto in evidenza che il delitto di bancarotta possiede la natura di reato proprio e, di conseguenza, la qualifica di imprenditore commerciale viene a circoscrivere la classe dei soggetti attivi, assurgendo ad elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. Non si capisce, pertanto, come si possa escludere dalla competenza del giudice penale l'accertamento della qualifica soggettiva di imprenditore commerciale non piccolo, pur costituendo questo un requisito astratto di fattispecie<sup>201</sup>.

Il richiamo alla controversa sentenza Niccoli, allora, assume rilevanza in virtù del fatto che tale importante antecedente storico mostra come vi siano sempre state

---

<sup>200</sup> Cfr. Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *questa rivista*, 2008, 10 p. 3592 ss., con nota di Ambrosetti.

<sup>201</sup> Sul punto, si veda GAMBARDELLA, *Abolito criminis e bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in AA.VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di Pisani, Giappichelli, 2010, p. 152 ss. In senso critico rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite, si veda, anche, GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, 2016, p. 90 ss.; CHIARAVIGLIO, *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, in *Corr. merito*, 2009, p. 74; AMBROSETTI, *Riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592 ss.

tensioni in materia di riparto di competenze tra giudice civile e giudice penale all'interno della disciplina del diritto penale fallimentare<sup>202</sup>

In questo senso, dunque, siffatti profili problematici, mai veramente sopiti, si apprestano a manifestarsi nuovamente, con specifico riferimento, questa volta, alle nuove procedure concorsuali, segnatamente quella del concordato preventivo.

Come si è anticipato, siffatto ambito appare caratterizzato dall'oscurità del dato normativo e dalla penuria di pronunce giurisprudenziali; inoltre, come se non bastasse, ci si trova di fronte all'ardua esigenza di ricostruire il sistema, cercando di rispettare la finalità di non disincentivare l'utilizzo dei nuovi strumenti conservativi di gestione della crisi d'impresa.

Tuttavia, in un diritto positivo, l'interprete non ha altra via se non quella di prendere in considerazione il dato normativo, così come predisposto dal Legislatore. In quest'ottica, si ritiene opportuno, ai fini di una corretta soluzione della questione, tenere in debito conto ruolo e consistenza del decreto di omologazione emesso dal giudice fallimentare: solo in tal modo si può individuare il corretto riparto tra giudicato civile e giudicato penale.

A tal proposito, dunque, alla luce di quanto stabilito dall'art. 180, co. 3, l. fall., sembra doversi riconoscere che il giudizio che effettua il Tribunale fallimentare, sempre che non vi siano opposizioni, si sostanzia in una mera verifica della regolarità formale del procedimento del concordato e del rispetto delle maggioranze *ex art. 177 l. fall.*, non entrando *nel merito* della proposta<sup>203</sup>.

Per altro verso, non può tacersi che, proprio in tema di competenza del giudice fallimentare sulla proposta di concordato preventivo, si siano recentemente pronunciate le Sezioni Unite civili<sup>204</sup>.

La pronuncia in parola ha, infatti, distinto il concetto di "fattibilità giuridica" dal concetto di "fattibilità economica", affidando all'autorità giudiziaria il dovere di esercitare il controllo di legittimità solamente sul primo.

---

<sup>202</sup> La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha sempre mostrato di aderire all'orientamento delle Sezioni Unite Niccoli; in questo senso, si veda Sez. V, 8 gennaio 2009, n. 9279, in *C.E.D. Cass.*, n. 243160.

<sup>203</sup> In questo senso, si veda NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, 2014, p. 395 ss., secondo il quale tale ipotesi rappresenta la manifestazione più chiara del processo di privatizzazione della procedura concorsuale del concordato preventivo, che ha comportato il progressivo restringimento dello spazio di intervento del giudice fallimentare.

<sup>204</sup> Cfr. Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Diritto & Giustizia 2013*, 24 gennaio.

Pertanto, al giudice spetterebbe il compito di verificare l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato, ovvero l'obiettivo specifico perseguito dal procedimento, lasciando riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio.

Da un simile quadro emergono più ombre che luci.

Il quadro normativo, come si è detto, risulta estremamente incompleto e la stessa dottrina appare divisa.

Da questo punto di vista, si necessita di riconoscere come il legislatore civile – e, forse, seppur in modo ambiguo, le stesse Sezioni Unite civili – abbia voluto predisporre e incentivare tipologie di soluzioni della crisi improntate al principio di autonomia privata nell'ottica della conservazione aziendale. In questo senso, allora, affidare pienamente alla cognizione del giudice penale una valutazione che entri nel merito dei presupposti su cui vi era stato l'accordo tra l'imprenditore e i creditori rischierebbe di rappresentare un forte disincentivo all'utilizzo delle nuove procedure di gestione della crisi d'impresa<sup>205</sup>.

D'altro canto, la stessa *ratio* del citato articolo 217-bis l. fall., ma soprattutto la *ratio* del principio cardine della non contraddizione all'interno di un ordinamento, sembrano deporre nel senso di escludere che il giudice penale possa valutare autonomamente il piano della proposta di concordato omologato.

Altrimenti, si profilerebbe il pericolo di punire, per giunta con pene molto gravi, comportamenti permessi in ambito civilistico e legati solamente all'esito sfavorevole del tentativo di recupero dell'impresa; il che, appunto, avrebbe un rilevante effetto deterrente rispetto all'utilizzo delle nuove soluzioni della crisi.

Un sistema in tal guisa impostato non estrometterebbe, invero, il giudice penale dal suo ruolo, che gli consente di valutare tutti i fatti commessi, sia precedentemente, sia attraverso la procedura, qualora questa venga utilizzata in frode al ceto creditorio.

---

<sup>205</sup> In questo senso si veda ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Sguardo d'insieme*, cit., p. 76 ss.; in senso difforme e, pertanto, a favore della tesi che riconosce piena sindacabilità da parte del giudice, si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, cit., p. 101 ss.; una terza posizione è rappresentata, invece, da MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1482 ss., secondo il quale, sulla base di una logica caso per caso, il giudice penale avrebbe la facoltà di svolgere controlli e verifiche, qualora non fossero state svolte dal Tribunale fallimentare, come, ad esempio, nel caso della mancanza di opposizioni. Secondo tale teoria, quindi, l'ampiezza del sindacato del giudice penale deriverebbe da quanto profondo fosse stato, nel caso concreto, il sindacato del giudice civile.

Ovviamente, all'autorità giudiziaria penale è affidata la cognizione nel caso in cui il piano sia stato congegnato in maniera frodatoria, al fine di realizzare interessi diversi da quelli perseguiti dalla legislazione concordataria.

In questo ambito, in effetti, assume grande rilevanza l'elemento della *discovery*: solo se viene rispettata dall'imprenditore la massima trasparenza nella rappresentazione dei dati aziendali, allora i creditori possono valutare la proposta in maniera edotta e il Tribunale fallimentare può bene adempiere alla sua funzione di omologazione<sup>206</sup>.

Il giudice penale, pertanto, deve accertare in concreto se il piano è stato predisposto in maniera fraudolenta; in altre parole deve valutare se, per falsare il giudizio dei creditori, il piano risulta manipolato nei dati sulla realtà aziendale.

Chiaramente, però, simile sindacato non può spingersi fino a giungere ad una nuova lettura dei dati presentati dal piano; in questo senso si deve considerare come il carattere fraudolento non possa essere attribuito sulla sola base di una diversa valutazione dei beni aziendali oggetto del piano predisposto dall'imprenditore.

D'altronde, l'autonomia privata e gli interessi dei creditori non sembrano esaurirsi nella valutazione di un cespite, sia perché esistono molteplici modalità di valutazione di un'azienda, sia perché i creditori hanno la libertà di accontentarsi di un valore contenuto in ragione del fatto che possono trarre maggior convenienza dalla prospettiva della continuità aziendale.

Sembra da condividere e da sottolineare tale soluzione della Corte di cassazione proprio perché la rilevanza penale delle condotte dell'imprenditore viene sganciata dall'esito della procedura concorsuale e, inoltre, non viene ad essere presunto il carattere frodatorio e fraudolento della proposta, non potendo nemmeno essere dimostrato da una mera valutazione, seppur sottostimata.

Allora, sembra doversi riconoscere come la giurisprudenza di legittimità già adoperi impianti interpretativi e decisionali, più volte in tempi recenti invocati da parte della dottrina, anche se attraverso l'utilizzo della terminologia anglosassone, che si riferisce alla c.d. *business judgement rule*<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Sguardo d'insieme*, cit., p. 77 ss.

<sup>207</sup> Sul punto, in tema di *business judgement rule*, a proposito del noto caso del "crack Alitalia", si veda MISSORI, *La bancarotta per dissipazione nella vicenda Alitalia: profili penali della scelta manageriale nelle scelte di gestione*, in *cass. pen.*, 2016, p. 3856 ss.

Se questo è il sistema ricostruito dalla Corte di cassazione per delineare il preciso ambito di azione del giudice penale con riferimento alla proposta di concordato preventivo, quest'ultima ha inoltre aggiunto che, per poter effettivamente giudicare i suddetti profili – indubbiamente di sua competenza –, il giudice penale ha la facoltà di risolvere ogni questione, da cui possa dipendere la decisione, alla luce di quanto stabilito dall'art. 2 c.p.p.

A tal fine, il principio di autosufficienza della giurisdizione penale permetterebbe a quest'ultima di potersi attivare anche prima che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la revoca del concordato, *ex art. 173 l. fall.*

Invero, una simile asserzione va assolutamente approfondita, soprattutto in considerazione del rischio di un'interpretazione analogica *in malam partem*, che violerebbe pertanto il principio di legalità.

Sembrano, in effetti, quasi tornare alla mente discorsi simili a quelli concernenti la tematica del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale<sup>208</sup>.

Con il riconoscimento delle ovvie specificità, in quanto, in questo caso, non si ha a che fare con un atto della pubblica amministrazione, bensì con un decreto che proviene da una giurisdizione diversa. Occorre, comunque, chiedersi se il giudice penale possa, sostanzialmente, sostituirsi al giudice civile nella valutazione di comportamenti che dovrebbero essere posti alla base della decisione del Tribunale fallimentare in ordine al provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, di cui all'art. 173 l. fall.

Il pericolo, allora, sembrerebbe quello di affidare all'autorità penale uno strumento, simile a quello disapplicativo, in violazione del principio di legalità, segnatamente il corollario del divieto di *analogia in malam partem*.

Appare dubbio, per quanto concerne il potere disapplicativo del giudice penale, che, qualora il provvedimento amministrativo concorra ad integrare la fattispecie della norma incriminatrice in funzione di presupposto negativo della condotta, questo possa essere disapplicato dal giudice penale.

---

<sup>208</sup> In tema di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 56, n. 2, 2013, p. 742-788; si veda anche GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sull'attività amministrativa*, Giuffrè, 2002.

Come noto, infatti, il principio di legalità consiste nella accessibilità della norma penale; in tal senso, è posto a garanzia della libertà del cittadino e della facoltà di autodeterminazione.

Sotto questo profilo, devono essere chiaramente individuati gli elementi costitutivi, in modo che l'agente sappia cosa gli è consentito compiere e cosa meno, e, in quest'ultimo caso, quali possano essere le conseguenze penali.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità, come testimoniato dagli orientamenti in materia di edilizia e urbanistica<sup>209</sup>, sembra, attraverso una lettura sostanzialistica che pone al centro della valutazione l'effettiva tutela del bene giuridico, utilizzare proprio il principio della tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale, di cui all'art. 2 c.p.p., per conferire al giudice penale la facoltà di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo; seppur, a ben vedere, le fattispecie incriminatrici in parola (si pensi al reato di lottizzazione abusiva, di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001) non puniscano l'illegittimità, bensì l'assenza del provvedimento amministrativo (ovvero della concessione edilizia).

Beninteso, nel caso che si commenta, occorre ribadirlo, non si è in presenza di un atto amministrativo con valore di presupposto negativo della condotta; tuttavia, sembra che il summenzionato principio dell'autosufficienza penale venga utilizzato in una maniera simile, con il conseguente rischio di lesione del principio di legalità penale, in particolare nei suoi corollari della tassatività e della determinatezza.

#### **4. La matrice anglosassone: l'istituto del *Safe Harbour*, una sorta di “Vallo di Adriano” predisposto per le operazioni finanziarie**

Come si è detto, il concetto, piuttosto oscuro, di “esenzione” non è totalmente sconosciuto al lessico penalistico<sup>210</sup>.

Lo stesso concetto, a ben vedere, viene utilizzato dal legislatore in materia di abusi di mercato, segnatamente all'art. 183 del T.U.F., che individua, sulla scorta di quanto

---

<sup>209</sup> Sul punto, si veda, *ex multis*, Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 11635, in *questa rivista*, 1994, p. 901; in senso conforme, si vedano anche Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 41620, in *C.E.D. Cass.*, n. 237995 e Sez. III, 18 dicembre 2002, n. 4877, *ivi*, n. 223533.

<sup>210</sup> In questo senso, cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218 ss.

previsto dagli artt. 7 e 8 della Direttiva 2003/6/CE, uno spazio di non operatività delle disposizioni *ex* titolo I-bis<sup>211</sup>.

In quest'ottica, si deve ritenere che la matrice sia da individuare nell'istituto del c.d. *Safe harbour*, di origine anglosassone, con specifico riferimento all'ordinamento britannico. Tale scelta s'impone a causa dell'influenza che esso ha avuto proprio sul diritto dell'Unione europea.

Di conseguenza, qualora si voglia capire con maggior cognizione la natura da attribuire a tali "esenzioni", risulta necessario approfondire la regolamentazione dei citati *Safe harbours*.

Anche nell'ordinamento anglosassone simili concetti trovano il proprio ambiente d'elezione nella materia degli abusi di mercato<sup>212</sup>, sebbene simili concetti possano essere ravvisati anche in altri settori dell'ordinamento.

In particolare, si ritiene opportuno mostrare agevolmente tale disciplina, in modo da poter comprendere meglio la natura degli istituti in esame e, conseguentemente, poterli qualificarli in maniera più chiara e poterli collocare con raziocinio all'interno della nostra dogmatica.

A tal proposito, si deve premettere come anche l'attuale disciplina inglese sia stata ovviamente influenzata dal diritto eurounitario.

Lungo siffatto crinale, occorre notare che la citata Direttiva 2003/6/CE non utilizza il termine "safe harbour"; tuttavia, essa fa riferimento a circostanze o eventi che determinano la non applicazione della Direttiva (*certain circumstances and events as situations to which the Directive was disapplied*): la formula che viene utilizzata è, dunque, "This article shall not apply to..."<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 24 ss, il quale ricorda come tali disposizioni non si applicano: "a) alle operazioni attinenti alla politica monetaria, alla politica valutaria o alla gestione del debito pubblico compiute dallo Stato italiano, da uno Stato membro dell'Unione europea, del Sistema europeo delle banche centrali, da una Banca centrale di uno Stato membro dell'Unione europea, o da qualsiasi altro ente ufficialmente designato ovvero da un soggetto che agisca per conto degli stessi; b) alle negoziazioni di azioni, obbligazioni e altri strumenti finanziari propri quotati, effettuate nell'ambito di programmi di riacquisto da parte dell'emittente o di società controllate o collegate, ed alle operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari che rispettino le condizioni stabilite dalla CONSOB con regolamento".

<sup>212</sup> Per quanto riguarda la disciplina dei *Safe harbours* all'interno del sistema degli abusi di mercato, si veda, *ex multis*, RIDER – ALEXANDER – BAZLEY – BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury, 2016, p. 102 ss.

<sup>213</sup> Sul punto, si veda, *ex multis*, SWAN – VIRGO, *Market abuse regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 169 ss.



Tale istituto riveste un ruolo centrale all'interno della regolamentazione britannica: sia nella fase precedente alla citata Direttiva europea, sia in quella successiva.

In quest'ottica, in effetti, si deve riconoscere come l'intervento del legislatore comunitario abbia inciso fortemente sulla disciplina dei *safe harbours*, riducendone il numero, ma non la rilevanza.

In particolare, prima della Direttiva, erano previsti ben nove "porti sicuri"; mentre, successivamente, il numero si è ridotto a tre. Simile approccio, peraltro, è stato fortemente criticato dalla dottrina inglese: questa, infatti, considera la precedente disciplina dei *safe harbours* particolarmente chiara e in grado di garantire certezza agli operatori del mercato finanziario; di contro, la riduzione sotto la spinta della Direttiva europea avrebbe comportato la perdita di tale certezza, a causa soprattutto del carattere vago ed indeterminato che la Direttiva citata presenta con riferimento alla definizione delle offese<sup>214</sup>.

A tal riguardo si deve, quindi, prendere in considerazione la *section 118A(5)(b)* del *FSMA (Financial Services and Markets Act 2000)*, il quale prevede i seguenti *safe harbours*<sup>215</sup>:

- i) il riacquisto di azioni proprie (*share buy-back*);
- ii) la stabilizzazione del prezzo (*price stabilization*);
- iii) una prassi di mercato accettata (*accepted market practice*).

Ebbene, l'analisi dei singoli *safe harbours* sembra esulare dagli obiettivi che la presente ricerca si pone di affrontare; tuttavia, si reputa necessario capirne il meccanismo, in modo da poter fare chiarezza.

In questo senso, allora, si deve riflettere come il termine "*safe harbour*" sia, nondimeno, utilizzato per descrivere quei comportamenti che, sebbene possano essere interpretati come rientranti nella definizione di *market abuse*, non devono essere trattati, da un punto di vista sanzionatorio, come tali<sup>216</sup>.

In particolare, il legislatore britannico usa l'espressione "*behaviour does not amount to market abuse for the purposes of this Act if (...)*", ovvero il comportamento

---

<sup>214</sup> Così BARRY RIDER – KERN ALEXANDER – STUART BAZLEY – JEFFREY BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, cit., p. 102.

<sup>215</sup> In merito all'intervento normativo in parola, al quale si è poi succeduto il *FSA 2012 (Financial Services Act 2012)*, si veda, *ex multis*, MICHAEL BLAIR QC, *Blackstone's guide to The Financial Services and Markets Act 2000*, Oxford University Press, 2009, p. 1 ss.

<sup>216</sup> In questo senso, cfr. SWAN – VIRGO, *Market abuse regulation*, cit., p. 169.

“non integra” il *market abuse* qualora sia posto in essere attraverso una modalità che rientri all’interno del “porto sicuro”.

Inoltre, occorre considerare altri due fattori: in primo luogo, il fatto che essi siano definite, talvolta come “*defences*”, talaltra come “*exepctions*”; in secondo luogo, il fatto che gravi sull’accusato l’onere di provare che siano stati integrati gli elementi che permettono di ricondurre l’azione dentro i confini del *safe harbour*<sup>217</sup>.

A ben vedere, si deve ammettere come tali, pochi, caratteri siano del tutto insufficienti per poter far rientrare i concetti in esame all’interno di categorie assimilabili a quelle italiane.

In questo senso, lo stesso utilizzo del termine “*defence*” o “*exemption*” non è di alcun ausilio, posto che con questo termine vengono ad essere designate tutte quelle cause di esclusione della responsabilità penale, che, tuttavia, in Italia sono suddivise in diverse sottocategorie, ciascuna delle quali con un proprio regime specifico e con rilevanti differenze per quanto riguarda il piano delle conseguenze<sup>218</sup>.

D’altra parte, esiste una grande differenza che separa i sistemi normativi di *common law* da quelli del diritto continentale, la quale è costituita dalla minor importanza attribuita all’opera dei giuristi. L’attenzione è più pratica e scaturisce dalla rilevanza assegnata al lavoro di avvocati e giudici; il che comporta la conseguenza di una riduzione dello spazio lasciato alla riflessione teorica o filosofica del diritto<sup>219</sup>.

In ogni caso, quello che sicuramente si può dire in merito ai citati istituti è che questi rappresentano dei meccanismi di esclusione della responsabilità e della punibilità. In altri termini, se un soggetto pone in essere comportamenti che sono previsti come *safe harbours*, si mette “al riparo” da qualsiasi pericolo di punizione: il soggetto, appunto, come la stessa semantica suggerisce, entra dentro un “porto sicuro”. Se si concede la metafora, è come se il legislatore britannico avesse eretto delle muraglie, all’interno delle quali i soggetti sono al riparo dal pericolo della sanzione: in pratica, una sorta di “Vallo di Adriano” applicato al mondo del diritto.

---

<sup>217</sup> Per quanto riguarda l’onere della prova concernente i *safe harbours* si veda, ANDERSON – PROCTER – GOODLIFFE, *A practitioner’s guide to the law and regulation of market abuse*, Thomson Reuters, 2017, p. 135.

<sup>218</sup> Per quanto concerne il tema delle *defences*, nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, HERRING, *Criminal law*, Palgrave, 2017, p. 291 ss; oppure si veda sempre HERRING, *Criminal law*, Oxford University press, 2014, 702 ss.; si veda anche ASHWORTH & HORDER, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, 2013, p. 194 ss; per uno sguardo più risalente, ma ancor più approfondito, si veda ROBINSON, *Criminal law defences*, West publishing co., 1984, p. 12 ss.

<sup>219</sup> Così BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit. p. 95.

In realtà, non sembra nemmeno corretto ipotizzare una operazione ermeneutica tesa a qualificare i *safe harbours*, ad esempio, come cause di giustificazione o come scusanti o come cause di non punibilità, in quanto, con riferimento al piano dogmatico, i sistemi sono profondamenti diversi: ben poco senso avrebbe cercare di incamerare tali istituti all'interno di categorie di un altro ordinamento.

Detti istituti, infatti, una volta entrati nel nostro ordinamento devono essere ripensati secondo i nostri principi e secondo i nostri concetti giuridici.

## **5. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nuovo art. 324 c.c.i.i.**

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 ambito<sup>220</sup>.

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 c.c.i.i., nonché richiamando i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 100 e 101 c.c.i.i.

Va da sé che uno dei principali problemi interpretativi che potrebbe emergere riguarda la "coerenza" della previsione dell'art. 324 c.c.i. con il nuovo volto che la disciplina della crisi di impresa ha inteso assumere. Quest'ultima, infatti, appare incentrata sull'ampliamento del "momento giurisdizionale" a scapito di tutti quegli strumenti che hanno natura maggiormente privatistica.

Il riferimento, nello specifico, è ai c.d. piani di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., che, in tale ottica, dovrebbero essere eliminati. Tale premessa,

---

<sup>220</sup> Sul punto si veda 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.

tuttavia, viene tradita, a ben vedere, dall'espresso richiamo nell'ambito del nuovo art. 324 c.c.i. al piano attestato di cui all'art. 56 c.c.i., che disciplina, appunto, gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, veri e propri "strumenti negoziali stragiudiziali".

Senonché, dal confronto tra l'attuale art. 217-*bis* l. fall e il nuovo art. 324 c.c.i. è possibile enucleare una ulteriore riflessione.

Una delle maggiori critiche che vengono mosse all'attuale istituto delle "esenzioni fallimentari" consiste proprio nella scelta di accordare rilevanza, in senso scriminante, solo a talune operazioni, escludendone altre, seppure largamente permesse in ambito civilistico (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'accordo di cui all'art. 182-*septies* l. fall., oppure alle operazioni di cui all'art. 67, comma 3, lettere *a, b, c, f, g* l. fall.).

Tale lettura si basa sulla evidente circostanza che il citato art. 217-*bis* l. fall. si riferisce espressamente al concordato preventivo di cui all'art. 160 l. fall., all'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall., al piano di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall., all'accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge n. 3 del 2012, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 *quinquies*, e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22-*quater*, comma 1, d.lg. n. 91 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 116 del 2014.

In tale senso, giova rilevare come la "precedente" versione dell'art. 324 c.c.i. così come era stata licenziata dal Ministero di giustizia aveva riguardo alle seguenti figure: pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art. 84 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 48 o del piano di cui all'art. 56 ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80, nonché pagamenti e operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 100 e dell'art. 101.

Non si comprende, pertanto, cosa abbia spinto il legislatore a decidere di eliminare la specificazione di talune particolari operazioni: in particolare, gli accordi di ristrutturazione e gli accordi in esecuzione del piano attestato, che non sono più limitati, rispettivamente, agli artt. 48 e 56 c.c.i.

Alla luce di quanto detto, sulla base di una "prima riflessione" in merito alla versione del codice della crisi come approvata, restano all'interprete una serie di oscurità e interrogativi che si rifletteranno, di certo, sul delicato istituto delle esenzioni;

e ciò, in special modo in virtù del sostanziale mutamento che vede protagoniste le procedure e le operazioni di composizione della crisi di impresa.

**6. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di esenzione dai reati di bancarotta e sindacato del giudice penale: Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675.**

La giurisprudenza di legittimità, per mezzo della sentenza in commento<sup>221</sup>, è tornata a pronunciarsi in merito alla rilevanza degli atti di distrazione o di dissipazione patrimoniale compiuti in un periodo posteriore al provvedimento di omologazione del concordato preventivo, al fine di considerarli suscettibili di integrare il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

La ricostruzione della Corte prende le mosse da una chiara e breve analisi dell'istituto del concordato preventivo, di cui all'art. 160 l. fall., il quale prevede espressamente che l'imprenditore, qualora si trovi in uno *stato di crisi*, abbia la possibilità di proporre ai creditori un piano, al fine di ristrutturare i debiti attraverso una moltitudine di forme, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie.

Sulla base di tale norma, si è ritenuto che l'imprenditore avesse quindi la possibilità di fare ai creditori qualsiasi proposta, purchè idonea a risolvere la crisi; proposta che, in un momento successivo, avrebbe dovuto ottenere l'approvazione da parte dei creditori e una approvazione da parte del Tribunale fallimentare, nel rispetto dei principi che regolano la disciplina, attraverso il giudizio di c.d. omologazione.

Tale procedura, tuttavia, non toglie che il piano possa essere utilizzato in maniera frodatoria, circostanza che conduce al procedimento attraverso cui il Tribunale fallimentare revoca l'ammissione al concordato, *ex art.* 173 l. fall., e, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 l. fall., dichiara il fallimento del debitore.

È proprio con riferimento a tale evenienza che la sentenza in commento viene in rilievo, allorquando afferma che, qualora sia dimostrato in concreto il carattere fraudolento del piano – tanto da integrare una condotta distrattiva punita a titolo di bancarotta patrimoniale, alla luce del rinvio che l'art. 236 l. fall. effettua nei confronti

---

<sup>221</sup> Cfr. Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, in *C.E.D. Cass.*, n. 268595.

degli artt. 223 e 224 l. fall. –, la giurisdizione penale ben potrebbe “attivarsi prima che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la revoca del concordato, *ex art. 173 cit.*”, sulla base del principio di “tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale, che le consente di risolvere ogni questione da cui dipenda la decisione (art. 2 cod. proc. pen.)”.

Risulta, dunque, evidente come la sentenza in parola disveli questioni di rilevante interesse, come i rapporti tra l’istituto del concordato preventivo e il reato di bancarotta e, in particolare, i limiti della cognizione del giudice penale all’interno di tale disciplina.

Come si è già accennato, la Corte di cassazione afferma che il giudice penale debba accertare in concreto se il piano sia stato costruito con frode, in modo da manipolare i dati sulla realtà aziendale, al fine di falsare il giudizio dei creditori; tale sindacato, tuttavia, non si deve spingere fino ad effettuare una nuova lettura dei dati esposti nel piano.

Di più. La Corte, condivisibilmente, afferma che il carattere fraudolento non possa essere attribuito sulla sola base di una diversa valutazione dei beni aziendali oggetto del piano predisposto dall’imprenditore.

D’altronde, l’autonomia privata e gli interessi dei creditori non sembrano esaurirsi nella valutazione di un cespite, sia perché esistono molteplici modalità di valutazione di un’azienda, sia perché i creditori hanno la libertà di accontentarsi di un valore contenuto, in ragione del fatto che possono trarre maggior convenienza dalla prospettiva della continuità aziendale.

Sembra da condividere e da sottolineare tale soluzione della Corte di cassazione, proprio perché la rilevanza penale delle condotte dell’imprenditore viene sganciata dall’esito della procedura concorsuale e, inoltre, non viene ad essere presunto il carattere frodatario e fraudolento della proposta, non potendo nemmeno essere dimostrato da una mera valutazione, seppur sottostimata.

## CAPITOLO II

### DALL'ART. 236 LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 341 CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

**Sommario:** **1.** Introduzione – **2.** Primo comma: il delitto di falso per ottenere l'ammissione al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria – **3.** Secondo comma: il reato di bancarotta da concordato preventivo – **3.1.** La disposizione di cui all'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. (l'art. 341, co. 2, lett. a) c.c.i.i.) – **3.2.** Lo stato di crisi e lo stato di insolvenza: punto di frattura del tradizionale diritto fallimentare – **3.3.** L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: l'alba di una era. Il nuovo diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza – **4.** Un recente pronuncia della Corte di cassazione in merito all'art. 236 l. fall.: Sez V, 15 giugno 2018, n. 39517.

#### **1. Introduzione**

L'art. 236 della legge fallimentare riveste indubbiamente una posizione cruciale all'interno della disciplina penalistica delle c.d. nuove procedure concorsuali<sup>222</sup>.

Tale disposizione possiede, infatti, una particolare rilevanza sia da un punto di vista storico sia da un punto di vista attuale.

Sotto il primo profilo, si deve riconoscere invero come essa costituisca uno dei pochissimi casi in cui il legislatore fallimentare abbia preso in considerazione delle procedure diverse dal fallimento. In particolare, a ben vedere, si faceva riferimento alle procedure del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata.

Sotto il secondo, invece, come si avrà modo di illustrare, può rappresentare il vero punto di rottura della tradizionale disciplina penale-fallimentare. Segnatamente, la modifica della disciplina del nuovo concordato preventivo – avvenuta tramite l'introduzione del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza –, con specifico

---

<sup>222</sup> In merito all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 961 ss.; GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penali*, cit., p. 279 ss.; ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, AMBROSETTI-MEZZETTI- RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss.

riferimento al presupposto dello stato di crisi, che ormai è stato definitivamente reso autonomo rispetto al presupposto dello stato di insolvenza, in maniera da rendere totalmente ingiustificata la disciplina della c.d. bancarotta da concordato preventivo, che appunto si reggeva originariamente proprio sulla coincidenza del presupposto.

L'art. 236 l. fall., per altro verso, ha subito consistenti modifiche nel tempo; modifiche che sono avvenute sia per sottrazione sia per aggiunta<sup>223</sup>.

Per riguarda le prime, si vuole alludere alla scomparsa della procedura dell'amministrazione controllata, attuata attraverso il d. lgs. n. 5 del 2006, il quale appunto ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare del 1942 ed ha, inoltre, eliminato ogni riferimento a detta procedura all'interno della fattispecie di cui all'art. 236 l. fall.

Chiaramente, tale intervento legislativo ha posto problematiche interpretative con riferimento alle vicende di natura intertemporale<sup>224</sup>. 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 controllata<sup>225</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le modifiche attuate "per aggiunta", si deve considerare che, per mezzo della legge 6 agosto 2015, n. 132, l'art. 236 ha visto allargare il proprio campo di applicazione, dovendosi ricomprendere al suo interno anche gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

Il risultato di siffatta evoluzione legislativa è, dunque, una disposizione a più norme: il primo comma disciplina una particolare fattispecie delittuosa che incrimina l'imprenditore che compie 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, invece, consta 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

---

<sup>223</sup> Cfr. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, 2019, p. 151 ss.

<sup>224</sup> Cfr., GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 275 ss.; ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 152 ss.

<sup>225</sup> Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113 ss.



comma, infine, applica le stesse disposizioni richiamate al comma precedente anche in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria.

Come si dirà, tale formulazione appare decisamente sconnessa e lacunosa; tuttavia, come se non bastasse, il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, seppur in assenza di qualsiasi cenno nella legge delega, ha costruito l'art. 341 c.c.i.i., apportando modifiche, sia in forma diretta sia in forma indiretta.

In primo luogo, infatti, sono state apportate esplicite modifiche con riguardo alle procedure rilevanti: occorrerà, invero, far riferimento, oltre che 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. 48, co. 5 c.c.i.i.*, i quali, pertanto, vanno a sostituire le vecchie procedure degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria.

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

La conseguenza diretta, orbene, è la totale irragionevolezza di un sistema che punisce a titolo di bancarotta situazioni estremamente diverse. In particolare, a ben vedere, sancisce la "rottura" del tradizionale diritto penale-fallimentare, rendendo il delitto di bancarotta ormai completamente slegato rispetto al binomio insolvenza-fallimento.

## **2. Primo comma: il delitto di falso per ottenere l'ammissione al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria**

Il primo comma dell'art. 236 della legge fallimentare integra l'unica disposizione autonoma predisposta dal legislatore penale specificatamente per la procedura concorsuale del concordato preventivo, nonostante la grande importanza di cui quest'ultimo gode tra le procedure di gestione della crisi.

Al fine di passare in rassegna tutti i delitti di falso contenuti nella legge fallimentare, si deve innanzitutto far riferimento al reato previsto dall'art. 236, co.1 l. fall., che incrimina la falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o

all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria (che diventa l'art. 341 c.c.i.i.)<sup>226</sup>.

Tale figura delittuosa, inizialmente prevista anche con riferimento alla procedura dell'amministrazione controllata (abrogata dall'art. 147 del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), rappresenta la più risalente ipotesi di falso all'interno del diritto penale fallimentare, risultando prevista fin dalla legge fallimentare del 1942 (senza tuttavia trovare precedenti nelle previgenti legislazioni).

Successivamente, in particolare con la l. 6 agosto 2015, n. 132, il legislatore ha aggiunto anche l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

Per ragioni di contenenza è possibile solamente indicare, in via di estrema sintesi, i tratti essenziali di siffatta ipotesi di falso ideologico.

Non appena si inizi l'analisi degli elementi costitutivi del reato, ci si accorge immediatamente della imperfezione della tecnica legislativa utilizzata, dal momento che, nel costruire il delitto in parola come reato proprio, il legislatore ha fatto riferimento espresso solo alla figura dell'imprenditore.

Risulta lampante l'irragionevolezza dell'esclusione dal novero dei soggetti attivi degli organi societari (come, ad esempio, gli amministratori), i quali ben possono chiedere l'ammissione alle procedure concorsuali e gli istituti richiamati dall'enunciato normativo<sup>227</sup>. Al proposito, si ritiene la lacuna non colmabile, in quanto l'estensione della nozione di "imprenditore" anche agli organi societari integrerebbe una interpretazione analogica *in malam partem*<sup>228</sup>.

A ben vedere, però, le incertezze della tecnica legislativa adoperata non si esauriscono nella citata lacuna.

Il reato, invero, consta di due distinte condotte, caratterizzate dall'esposizione di attività fittizie, ma divergenti sia sul piano della manifestazione della finalità

---

<sup>226</sup> In merito al delitto in parola, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 279 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione della crisi d'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 189 ss.; PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 163 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss. Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità in merito al delitto di cui all'art. 236, co. 1 l. fall., si veda Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3736, in *C.E.D. Cass.*, n. n. 215721; oppure Sez. V, 3 luglio 1991, n. 9392, *ivi*, n. 188188.

<sup>227</sup> Così GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 280.

<sup>228</sup> Cfr., *ex multis*, SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, 1990, p. 335; si veda anche ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., p. 157 ss.

perseguita sia sul piano del bene giuridico tutelato<sup>229</sup>. Da un lato, la fattispecie tipica indica l'attribuzione di attività inesistenti, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; dall'altro, invece, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze.

Per quanto concerne la prima tipologia di condotta, "attribuirsi attività inesistenti" consiste nel fingere l'esistenza di beni che non esistono o che non appartengono giuridicamente al patrimonio dell'imprenditore; in effetti la norma non sembrerebbe finalizzata ad impedire l'ingiustificato depauperamento dell'asse attivo fallimentare, bensì qualsiasi raggiro mirato ad evitare il fallimento in modo da sfruttare i benefici garantiti dalle altre procedure. Proprio sulla scorta di tale considerazione, si può ritenere che l'interesse giuridico tutelato sia l'amministrazione della giustizia, e solo indirettamente il patrimonio dei creditori<sup>230</sup>.

A tal riguardo, si pone il quesito circa la rilevanza anche di comportamenti di valutazione esagerata di cespiti esistenti: nonostante la lettera della legge sembrerebbe non permettere di giungere fino a siffatto esito interpretativo, si deve notare come la giurisprudenza ricomprende all'interno della norma anche la simulazione di passività e la sopravvalutazione di immobili<sup>231</sup>.

Per quanto concerne, invece, la seconda tipologia di condotta, la "simulazione di crediti inesistenti" deve essere posta in stretta relazione con il dolo specifico rappresentato dalla finalità di influire sulla formazione delle maggioranze. Conseguentemente, non può non intravedersi ancora una volta l'imprecisione terminologica del legislatore: trattasi infatti di crediti altrui, ovvero di terzi verso lo stesso debitore; appare relativamente agevole, pertanto, considerare come il termine più appropriato sarebbe dovuto essere quello di "debiti"<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> Sul punto, si veda ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 2019, p. 158.

<sup>230</sup> Cfr. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, cit., p. 330 ss., secondo il quale il comportamento in parola sarebbe esattamente contrario a quelli elencati nell'art. 216, parte prima, n. 1, l. fall., che punisce il fallito che "espone o riconosce passività inesistenti ovvero occulti attività realmente inesistenti".

<sup>231</sup> Cfr. Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3736, in *Riv. trim. dir. pen. economia* 2000, p. 1082 (s.m).

<sup>232</sup> A tal riguardo, si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di Grosso, Giuffrè, 2018, p. 355 ss., secondo il quale la sola indicazione dell'"attribuzione di attività inesistenti" sarebbe risultata più completa se fosse stata considerata anche la "simulazione di passività";

Dal punto di vista dell'oggetto giuridico invece, si intravede anche in questo caso il bene giuridico del corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia, tuttavia, la lesione agli interessi della giustizia viene arricchita in maniera maggiormente incisiva dal pregiudizio patrimoniale ai creditori<sup>233</sup>.

Per quanto riguarda, invero, il piano dell'elemento soggettivo, il reato richiedere un duplice dolo specifico con riferimento alle due tipologie di condotte criminose: nel primo caso la finalità ulteriore è integrata dal solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; nel secondo, come ribadito, l'ulteriore finalità è rappresentata dal voler influire sulla formazione delle maggioranze.

Non può, in conclusione di simile disamina, non porsi in evidenza il grave problema che ha afflitto il reato di cui all'art. 236 l. fall., a causa di una imprecisa tecnica legislativa adoperata: tecnica che ha visto un dubbio utilizzo della tecnica del rinvio, delle lampanti imprecisioni terminologiche e delle vere e proprie lacune legislative; il tutto chiaramente a discapito del principio fondamentale di legalità, segnatamente nei suoi corollari rappresentati dal principio di tassatività e di determinatezza.

Occorre, infine, andare a considerare se e in che modo il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza incida sul delitto in esame.

Come si è detto, invero, il nuovo codice della crisi ha convertito l'art. 236 l. fall. nell'art. 341 c.c.i.i.; in particolare, si può notare come, nonostante la legge delega non abbia concesso spazi di manovra in ambito penale, se non i coerenti adattamenti alle modifiche di natura "civilistico-commerciale", il legislatore abbia effettuato qualche modifica espressa nel passaggio tra le suddette norme.

L'art. 236, co. 1, l. fall., infatti, con riferimento alla condotta di attribuzione attività inesistenti, prevede la specifica finalità di "essere ammesso alla procedura di concordato preventivo", mentre nell'art. 341 c.c.i.i. il dolo specifico è rappresentato dal fine di "ottenere l'apertura della procedura del concordato preventivo". A tal

---

inoltre con riferimento alla seconda condotta rilevante si rileva come al posto dell'indicazione di "debiti altrui" sarebbe stato preferibile l'impiego del termine "debiti".

<sup>233</sup> Cfr. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, cit., p. 330 ss., secondo il quale, in questo caso, l'oggetto coincide con l'art. 216, parte prima, n. 1, l. fall.

proposito, si deve però ritenere che simile cambiamento non comporti particolari conseguenze, in quanto effettivamente le formule sembrano corrispondere da un punto di vista sostanziale: la procedura del concordato preventivo, in effetti, si apre proprio con il decreto di ammissione.

### **3. Secondo comma: il reato di bancarotta da concordato preventivo**

#### **3.1. La disposizione di cui all'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. (l'art. 341, co. 2, lett. a) c.c.i.i.)**

Nonostante le copiose critiche che hanno investito il primo comma, come, ad esempio, la denunciata incompletezza delle operazioni richiamate dalla lettera della norma, i principali nodi problematici si hanno con riferimento al secondo comma della suddetta disposizione, allorquando vengono, di fatto, equiparati, ai fini della rilevanza del delitto di bancarotta impropria, il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento.

La fonte principale delle accennate problematiche interpretative, come si avrà modo di chiarire, risiede, segnatamente, nel fatto che tali pronunce, pur comportando conseguenze parificate, possiedono presupposti sostanziali differenti: in questo senso vengono in rilievo i diversi concetti di “stato di crisi” e di “stato di insolvenza”.

In particolare, l'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. estende al concordato preventivo le disposizioni previste dagli artt. 223 e 224, oltre a quelle relative ad una serie di altri potenziali soggetti attivi<sup>234</sup>. Inoltre, il terzo comma dell'art. 236 l. fall. amplia in via ulteriore tali incriminazioni anche agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria.

Fin da subito, ci si può agevolmente accorgere come in maniera speculare al primo comma dell'art. 236 l. fall., l'elenco dei soggetti attivi risulti clamorosamente incompleto: non viene, infatti, richiamato l'imprenditore commerciale, dovendosi solo far riferimento ai soggetti apicali delle società richiamati dagli artt. 223 e 224 l. fall.

---

<sup>234</sup> Sul tema, *ex multis*, si veda D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Diritto e processo*, 9/2019, p. 1202 ss., o anche 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.

Tralasciando, per il momento, la questione più spinosa del rapporto tra i presupposti delle procedure, lo stato di crisi e lo stato d'insolvenza, si deve analizzare se l'introduzione del Codice della crisi abbia comportato o meno delle modifiche.

Pertanto, si deve prendere in considerazione il secondo comma dell'art. 341 c.c.i.i.: in particolare, si nota immediatamente come tra la disposizione in esame e l'art. 236, co. 2 l. fall. non vi siano differenze, posto che le varianti dipendono unicamente dalla necessità di tener conto della nuova numerazione delle disposizioni descrittive delle incriminazioni richiamate<sup>235</sup>.

Maggiori problemi di natura interpretativa sono, al contrario, posti dal nuovo terzo comma dell'art. 341 c.c.i.i., il quale elenca le procedure ulteriori cui va estesa l'applicabilità delle fattispecie di reato indicate nel secondo comma.

Da questo punto di vista, sono richiamati dalla nuova disposizione gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, accordi di convenzione di moratoria e l'omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 48, comma 5; il tutto in assenza di una modifica della rubrica dell'art. 341 c.c.i.i. rispetto a quanto previsto dall'art. 236 l. fall.

Pertanto, in assenza di qualsivoglia statuizione della delega sul punto, il nuovo codice della crisi di impresa sostituisce gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-*septies* l. fall.) con i c.d. accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 62 c.c.i.).

Inoltre, anche l'istituto della convenzione di moratoria temporanea dei crediti risulta ampliata con riferimento al suo campo di applicazione: essa infatti non viene più limitata alle convenzioni stipulate con banche o con intermediari, ma regola ora tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore e i suoi creditori<sup>236</sup>.

Infine, occorre notare come pure gli stessi accordi di ristrutturazione omologati *ex art. 48, co. 5 c.c.i.i.* non erano richiamati dall'art. 236, co. 3 l. fall., di modo che non sembrano esservi dubbi sul fatto che, anche in questo caso, si è in presenza di una nuova incriminazione, imposta in assenza di una puntuale delega sul punto<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> In questi termini, MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali, Diritto penale e processo*, 9/2019, p. 1198 ss.

<sup>236</sup> In questi termini, 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.

<sup>237</sup> Cfr. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali, Diritto penale e processo*, cit., p. 1198 ss.

### **3.2. Lo stato di crisi e lo stato di insolvenza: punto di frattura del tradizionale diritto fallimentare**

Assume, dunque, grande importanza l'indagine circa le forme patologiche dell'attività di impresa, le quali, inoltre, costituiscono i presupposti delle procedure concorsuali sopra menzionate.

La questione si pone, oggi, in maniera assai problematica, in quanto fallimento e concordato preventivo possiedono, almeno a partire dal 2005<sup>238</sup>, presupposti sostanziali non coincidenti: per quanto concerne il primo, infatti, si deve far riferimento allo stato di insolvenza; per il secondo, viceversa, si deve far riferimento allo stato di crisi.

Lungo siffatto crinale, deve notarsi come la normativa fallimentare, rilevante ai fini penali del reato di bancarotta, preveda molti istituti, senza, tuttavia, indicarne contenuti e profili di connessione; il che, oltre a provocare grande incertezza interpretativa, sembra contrastare anche con il principio costituzionale di determinatezza, fondamentale corollario del supremo principio di legalità.

All'interno di un simile groviglio, vengono in evidenza concetti come fallimento, omologazione del concordato preventivo, dissesto, insolvenza, stato di crisi.

Ebbene, al fine di evitare di cadere in un vaniloquio, occorre impostare il discorso non su di un piano etimologico, bensì su di uno giuridico, non esecrando una prospettiva di indagine anche epistemologica.

Del resto, il diritto è un fenomeno linguistico; in altre parole, il diritto è un discorso che proviene dal Legislatore, ossia dalle autorità normative<sup>239</sup>.

Di conseguenza, non si deve provare timore nell'analizzare i termini utilizzati dal Legislatore, se è vero quanto insegnava Arturo Rocco, allorquando sosteneva che "pur su le questioni di parole bisogna intendersi né conviene trascurare l'esattezza tecnica del linguaggio, che è poi l'esattezza dei concetti che con esso si esprimono"<sup>240</sup>.

Un'indagine del genere, deve, invero, prendere l'avvio dall'esame della sentenza dichiarativa di fallimento e del decreto di omologazione del concordato preventivo.

---

<sup>238</sup> Cfr. art. 36 d. l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51.

<sup>239</sup> In questo senso, GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 25

<sup>240</sup> Cfr. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Foro Italiano, 1932, p. 8.

Gli istituti in parola, infatti, si distinguono dagli altri, in quanto rappresentano atti formali che provengono dal Tribunale fallimentare – sono rispettivamente disciplinati dall’art. 16 l. fall. e 180 l. fall. –, ma, al contempo, risultano collegati tra di loro, ai fini del delitto di bancarotta, in virtù dell’espresso richiamo dell’art. 236, comma 2, n. 1, l. fall. agli artt. 223 e 224 l. fall.

Proprio sulla base di tale rinvio si deve ritenere che le condotte distrattive poste in essere prima dell’ammissione al concordato preventivo rientrano, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell’ambito previsionale dell’art. 236, comma 2, l. fall. il quale, in virtù del suddetto espresso richiamo all’art. 223 l. fall., punisce i fatti di bancarotta previsti dall’art. 216 l. fall. commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite<sup>241</sup>.

A tal proposito, non può non farsi un cenno alla natura che si deve riconoscere alla sentenza dichiarativa di fallimento, anche alla luce del recentissimo *revirement* della giurisprudenza di legittimità<sup>242</sup>.

Come noto, se, da una parte, la dottrina tradizionale l’ha sempre qualificata come condizione obiettiva di punibilità<sup>243</sup>, dall’altra, invece, la giurisprudenza, in maniera consolidata, l’ha ininterrottamente qualificata come elemento essenziale del reato, diverso tuttavia dall’evento, con la conseguente esclusione delle regole previste in tema di causalità e colpevolezza<sup>244</sup>.

Orbene, è solo con la recentissima pronuncia della Sezione V della Corte di cassazione che un simile divario è stato appianato, con il definitivo riconoscimento dell’impostazione propugnata dalla citata dottrina<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> 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. FIORELLA-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 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Reati fallimentari*, a cura di Grosso, Giuffrè, 2014, p. 321 ss.).

<sup>242</sup> Cfr. Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Guida al diritto* 2017, 16, 51.

<sup>243</sup> In questo senso, v., *ex multis*, DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Giuffrè, 1935, 17, ora in Id., *Diritto penale*, vol. II, Giuffrè, 1976, p. 871; PEDRAZZI, *Art. 216. Bancarotta fraudolenta*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1995, 16 ss., CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1955, 121; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 13 ss.

<sup>244</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 25 gennaio 1958, n. 2, Mezzo.

<sup>245</sup> Cfr. Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Guida al diritto* 2017, 16, 51; sebbene la successiva pronuncia (sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Ilpenalista.it* 8 Maggio 2017, con nota di Bricchetti), appaia quasi voler tornare sui propri passi, cercando di ridimensionare la statuizione secondo cui la



A questo punto, si devono prendere in esame i concetti del dissesto, dell'insolvenza e dello stato di crisi; concetti che vengono in rilievo nella legislazione penal-fallimentare quali presupposti sostanziali dei citati istituti della sentenza dichiarativa di fallimento e del decreto di omologazione del concordato preventivo.

Per quel che concerne lo stato di insolvenza, necessita riconoscere come questo rappresenti l'unico degli istituti in parola ad avere il privilegio di essere definito dal legislatore, il quale, all'art. 5, comma 2, l. fall., asserisce debba essere rintracciato nella situazione per la quale l'imprenditore non sia più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

Per quanto riguarda, viceversa, il dissesto, occorre ammettere come non esista una disposizione che definisca con chiarezza cosa si debba intendere con tale termine, a differenza di quanto accade, come si è detto, per lo stato di insolvenza.

Alcune indicazioni esplicite si possono rinvenire nell'art. 217, n. 4, l. fall., nell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. e nell'art. 224, comma 1, n. 2, l. fall.

La prima disposizione citata, come noto, costruisce il delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario come reato di danno, all'interno del quale le condotte rilevanti sono poste in connessione causale proprio con il dissesto, che, dunque, assume il ruolo di evento naturalistico.

Dalla seconda disposizione, invece, si ricava che il dissesto può essere aggravato; di conseguenza, deve essere considerato un concetto sostanziale e può essere definito come uno squilibrio tra attività e passività come dato quantitativo, graduabile e quindi anche aggravabile.

Pertanto, da questo punto di vista, ben si potrebbe costruire una progressione di gravità della crisi di impresa secondo lo schema: dissesto-insolvenza-fallimento.

Tuttavia, il legislatore non sembra essere stato preciso e puntuale, utilizzando i concetti in parola in maniera confusa. Una tale imprecisione contribuisce a creare incertezza applicativa, ma soprattutto non permette una seria individuazione dei criteri distintivi sostanziali tra il dissesto e lo stato di insolvenza, di modo che, allo stato, non possono che essere considerati assimilabili<sup>246</sup>.

---

sentenza dichiarativa di fallimento debba essere qualificata come condizione di punibilità estrinseca, nel timore di una lesione al principio costituzionale di colpevolezza.

<sup>246</sup> In questo senso, v. ALESSANDRI, *Profili penale delle procedure concorsuali*, cit., p. 15, il quale definisce "giochi di parole" i tentativi di distinguere il dissesto dallo stato di insolvenza; nello stesso senso si esprime PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 335, il quale osserva come "il dissesto rifletta il substrato economico patrimoniale dell'insolvenza, lo squilibrio tra attività e passività:

In verità, il nodo più centrale, ma al contempo più problematico, è costituito dal rapporto tra stato di crisi e stato di insolvenza, che, come si è precisato, rappresentano i presupposti sostanziali, rispettivamente, del concordato preventivo e del fallimento<sup>247</sup>.

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. 236, comma 2, n. 1, l. fall.<sup>248</sup>; nondimeno, anche in questo caso, il legislatore non si è prodigato nel tentativo di chiarire le esatte coordinate della relazione in parola, avendo solo stabilito espressamente, all'art. 160, comma 3, l. fall., che “ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

L'uso della congiunzione con valore aggiuntivo “anche” sembra non porre dubbi rispetto alla considerazione secondo cui i contenuti dei due istituti siano di diversa ampiezza.

Appare relativamente semplice ed evidente riconoscere come lo stato di crisi rappresenti un insieme che copre un'area più ampia di casi rispetto allo stato di insolvenza: in questo senso, non tutte le imprese in stato di crisi devono essere considerate anche in stato di insolvenza.

Per spiegare tale relazione, può farsi 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 speciale<sup>249</sup>.

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

---

deteriorando il relativo rapporto si cagiona o aggrava il dissesto. Al contrario, nel senso di un dissesto come un concetto più forte rispetto a quello dell'insolvenza, v. COCCO, *Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 218; in conforme, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Firenze, Sezione seconda, Pres. Maradei (estensore), Perini, Frizzilio, Sentenza del 10 novembre 2006.

<sup>247</sup> 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 eurolunitario, il quale, per mezzo del Regolamento UE 2015/848, si è espresso negli stessi termini.

<sup>248</sup> In tema di equiparazione tra il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento, si veda Sez. V, 7 luglio 2015, n. 50289, in *Ilfallimentarista.it* 2016, 4 gennaio.

<sup>249</sup> In questo senso, v. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, Giuffrè, 2016, p. 41 ss.

Il solo modo per procedere all'individuazione dell'esatto contenuto da assegnare alle due nozioni sembra essere quello di partire dagli unici criteri individuati dal legislatore, segnatamente quelli previsti dal citato comma 2 dell'art. 5 l. fall., per poi prendere in considerazione la natura della procedura concorsuale del concordato preventivo.

Tuttavia, particolarmente importante sembra premettere che trattasi di due situazioni 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")<sup>250</sup>.

Ma allora ci si deve chiedere quale sia l'elemento caratterizzante dello stato di insolvenza, ovvero dove risieda il suo *quid pluris* rispetto al più generale stato di crisi.

Per rispondere a siffatto quesito, deve notarsi come l'art. 5, comma 2, l. fall. connota l'incapacità di adempiere attraverso l'uso degli avverbi "più" e "regolarmente".

In questo modo, viene espressamente sancita sia la regolarità degli inadempimenti, sia, e soprattutto, il loro attributo di definitività.

Allora l'elemento specificante proprio dello stato di insolvenza non può che risiedere nel carattere 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 reversibile<sup>251</sup>.

Lo stato di crisi, dunque, corrisponderebbe ad una fase ampia e grave di difficoltà economica, in modo da escludere tutte le situazioni negative lievi e fugaci – comuni e oramai fisiologiche all'attività d'impresa –, ma che non siano ancora definitive; potendo ancora recuperare, per mezzo del ricorso proprio ad una procedura di risanamento, un regime di capacità ad adempiere alle obbligazioni<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Cfr. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 52.

<sup>251</sup> In questo senso, v. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 47 ss.; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 80 ss; RACCUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 897.

<sup>252</sup> Cass., sez. I civ., 6 agosto 2010, n. 18437, in *www.ilfallimento.it*

La *ratio*, infatti, su cui è costruita la disciplina sembra doversi riconoscere proprio nel tentativo di permettere all'imprenditore di anticipare il ricorso alla procedura del concordato preventivo, in modo da scongiurare la totale e definitiva decozione societaria.

Da quanto illustrato finora, dunque, non può non notarsi 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 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<sup>253</sup>.

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 fallimentare.

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 penale<sup>254</sup>.

Oggi, invece, il binomio bancarotta-fallimento (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 uno stato di insolvenza.

Lungo siffatto crinale, sembra potersi, pertanto, ridimensionare il ruolo da assegnare allo stato di insolvenza, anche per quanto riguarda il diritto penale.

La breccia, ormai, sembra aperta: l'insolvenza non rappresenta più l'unico stato patologico aziendale che assume rilevanza nel diritto penale, con specifico riferimento al delitto di bancarotta.

---

<sup>253</sup> Cfr. 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.

<sup>254</sup> Per uno sguardo in tema di *ius mercatorum*, si veda GALGANO, *Lex mercatoria*, cit.

### **3.3. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: l'alba di una nuova era. Il nuovo diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza**

Se, dunque, la breccia risulta ormai aperta, l'introduzione del codice dello stato di crisi e dell'insolvenza ha indubbiamente comportato la definitiva "rottura" del tradizionale sistema penal-fallimentare.

Se si considera attentamente, in effetti, la riforma legislativa in parola è in grado di provocare due relevantissimi mutamenti di ordine generale:

- i) anzitutto, la scomparsa del termine "fallimento", sostituito dall'espressione "liquidazione giudiziale";
- ii) in secondo luogo, la nuova definizione dello "stato di crisi", che rappresenta il presupposto sostanziale del concordato preventivo, come "stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore"<sup>255</sup>.

Entrambe le innovazioni, infatti, sono suscettibili di provocare, oltre che cambiamenti di ordine pratico, anche dei veri e propri mutamenti di prospettiva dell'intera materia.

Si pensi solo al fatto che sparendo il termine "fallimento", a rigore, non si dovrebbe più parlare nemmeno di "reati fallimentari"; è quasi una provocazione, ma, di conseguenza, sembrerebbe preferibile parlare ormai di "reati concorsuali" o "reati della crisi d'impresa e dell'insolvenza".

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

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 2, co. 1, lett. a) definisce la crisi come "lo stato di difficoltà economica-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Mentre l'art. 160, co. 3, l. fall. – aggiunto per mezzo del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273,

---

<sup>255</sup> Sul punto si veda 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 BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), f-8/2019, p. 75 ss.; oppure CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, p. 91 ss.

convertito con modifiche nella legge 23 febbraio 2016, n. 51 – si limitava a stabilire come “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Pertanto, si passa da una situazione che, pur con discrete difficoltà interpretative, non distingueva del tutto gli stati patologici in parola, imponendo verosimilmente un rapporto di genere a specie, ad una netta distinzione, basata sull’oscuro concetto di probabilità, operante in un rapporto di carattere temporale.

In quest’ambito, come è noto, invero, l’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 insolvenza<sup>256</sup>.

Tuttavia, tale equiparazione fu pensata dal legislatore fallimentare, allorché la procedura del concordato preventivo, prima della grande riforma del 2005, era costruita proprio sul presupposto dello stato di insolvenza.

A ben vedere, dunque, portando ad estreme conseguenze quanto summenzionato, si potrebbe considerare rotto il binomio tra bancarotta e fallimento/insolvenza: da un lato, va considerato il punto di vista letterale e nominale, posto l’addio al termine “fallimento”; dall’altro, 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 sia di insolvenza (bensì qualcosa di meno grave e di precedente nel tempo, come un mero stato di crisi, così come da ultimo definito).

Quanto detto, chiaramente, lo si ricorda, al netto di ogni dubbio 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 assolutamente integrare una ingiustificata disparità di trattamento.

Tuttavia, tali riflessioni non appaiono come vaniloqui, quanto piuttosto 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 c.c.i.i., mostra la sua definitiva inappropriatezza e il suo totale anacronismo rispetto alla realtà economica.

---

<sup>256</sup> 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*, BROGI, *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 845 ss.; oppure ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d’impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 855 ss.; o ancora CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 864 ss.

#### **4. Un recente pronuncia della Corte di cassazione in merito all'art. 236 l. fall.: Sez V, 15 giugno 2018, n. 39517.**

Con la sentenza che si intende commentare la Corte di cassazione si è pronunciata in merito al delitto di falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria di cui all'art. 236 l. fall.<sup>257</sup>.

Non può quindi trascurarsi l'importanza di simile evenienza, posto che le decisioni che vedono coinvolti i reati fallimentare all'interno di procedure concorsuali diverse dal fallimento, segnatamente il nuovo concordato preventivo, risultano di estrema rarità.

A ben vedere, tale situazione indubbiamente stona tanto con riferimento alla realtà economica del Paese, quanto alla coerenza dello stesso sistema legislativo in materia fallimentare.

Invero, la disposizione di cui all'art. 236 l. fall., come si è avuto modo di illustrare, non brilla per completezza e fattura; al contrario, in spregio al fondamentale principio di determinatezza, si mostra estremamente lacunosa e oscura in molti punti: si pensi, a mero titolo esemplificativo, al soggetto attivo del reato che, per espressa previsione legislativa, è da individuarsi solamente nell'imprenditore, con esclusione delle varie figure apicali della società, come l'amministratore.

Proprio in quest'ambito si muove la sentenza della Corte di cassazione che si intende commentare. Nella fattispecie, la Corte si trova ad affrontare la questione dell'applicabilità dell'art. 236 l. fall. anche all'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-*bis* della legge fallimentare, che, a ben vedere, non viene richiamato dalla menzionata norma incriminatrice.

---

<sup>257</sup> In merito al delitto in parola, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 279 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione della crisi d'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 189 ss.; PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 163 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss.

L'art. 236 l. fall. infatti richiama unicamente le procedure del concordato preventivo *ex artt.* 160 ss., dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria *ex art.* 182-*septies* l. fall.<sup>258</sup>.

Pertanto, il quesito sottoposto alla autorevole attenzione del Giudice supremo è se il mancato richiamo all'art. 186-bis l. fall. all'interno dell'art. 236 l. fall. esprima una diretta volontà del Legislatore di escludere il rilievo penale di comportamenti compiuti nell'ambito del concordato con continuità aziendale.

Come si evince da quanto appena accennato, dunque, la sentenza in commento, anche a causa della rarità delle pronunce da parte della giurisprudenza di legittimità sullo stesso ambito, si mostra come di estremo interesse al fine di indagare il problematico stato dell'arte concerne il delitto di falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria di cui all'art. 236 l. fall.

---

<sup>258</sup> Si noti che gli ultime due procedure sono state inserite all'interno della disposizione solo recentemente, con la legge 6 agosto 2015, n. 132.



**CAPITOLO III:**  
**DALL'ART. 236-BIS LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 342 CODICE**  
**DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

**Sommario:** **1.** Un “nuovo” protagonista in ambito penale: il professionista attestatore – **2.** La fattispecie incriminatrice prevista dall’art. 236-bis l. fall. – **3.** Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione temporale – **4.** Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione spaziale: in particolare i rapporti con il delitto di cui all’art. 236, co. 1 l. fall. – **5.** L’introduzione del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza: cronaca di una (illegittima) *abolitio criminis* parziale – **6.** Una recente pronuncia della Corte di cassazione in merito alla figura del professionista attestatore: Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 16759.

**1. Un nuovo protagonista in ambito penale: il professionista attestatore**

All’interno del rinnovamento del diritto fallimentare, una delle principali direttrici è rappresentata dalla rilevanza che è stata accordata all’autonomia privata nel quadro della risoluzione concordata della crisi<sup>259</sup>.

Tale fenomeno di privatizzazione si riverbera anzitutto sul piano del controllo dei comportamenti dei soggetti che agiscono nell’ambito di situazioni di crisi aziendale: il Legislatore, a partire dalla legge n. 80 del 2015, ha stabilito di sostituire il tradizionale controllo di natura pubblica svolto dal Tribunale con quello di soggetti privati, che detengono una particolare competenza tecnica<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Cfr. JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO-SASSANI, vol. V, Giuffrè, 2017, p. 1321 ss.; si veda, più in generale, anche CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 545 ss.

<sup>260</sup> Sul tema si veda in particolare CONSULICH, *Nolo cognoscere, il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”*. *Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 3/2012, p. 615 ss., il quale fa riferimento alla categoria dei *gatekeepers*, ovvero soggetti estranei alla gestione dell’organizzazione complessa, che svolgono invece funzioni strategiche di controllo in condizioni di teorica indipendenza.

Proprio l'elevato grado di perizia professionale che possono garantire tali figure costituisce la ragione per cui il Legislatore ha deciso di permettere a tali figure di svolgere un ruolo così importante.

Tuttavia, la coperta è corta. Se da un lato, infatti, si “guadagna terreno” sul piano della competenza tecnica, dall'altro il rischio che si pone è rappresentato dal pericolo di una perdita sul piano dell'imparzialità.

Lungo siffatto crinale, si è cercato di costruire la disciplina attinente al professionista attestatore, in modo che sia garantito un certo equilibrio tra i citati fattori.

A tal proposito, occorre indicare come la disciplina concernente i requisiti che deve possedere il professionista attestatore sia attualmente prevista all'art. 67, co. 3, lett. *d*) della legge fallimentare, così come modificato dal “Decreto sviluppo” del 2012 (d.l. 22 giugno 2012, n. 83)<sup>261</sup>.

In particolare, la figura del professionista “qualificato” è stata costruita su due principali poli: da un lato, il requisito della professionalità; dall'altro, quello dell'indipendenza<sup>262</sup>.

Per quanto riguarda il primo, la norma richiede che il professionista sia iscritto nel registro dei revisori legali e che sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. *a*) e *b*).

L'iscrizione nel registro dei revisori, in via riassuntiva, è condizionata, in primo luogo, al precedente conseguimento di un diploma di laurea in materie aziendali, economiche o giuridiche, che abbia comportato un percorso di studio universitario di almeno tre anni; in secondo luogo, è richiesta una abilitazione professionale ottenuta mediante un esame indetto dal Ministero dell'economia e delle finanze d'intesa con il Ministero della giustizia.

I requisiti previsti dal citato art. 28, lett. *a*) consistono, invece, nel possedere una particolare qualifica professionale che viene richiesta per poter svolgere il ruolo di curatore fallimentare, segnatamente quella di avvocato, di dottore commercialista, di ragioniere e di ragioniere contabile.

---

<sup>261</sup> Sul tema del c.d. statuto del professionista attestatore, così come previsto a partire dal “Decreto sviluppo” del 2012, si veda, *ex multis*, GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 157 ss.

<sup>262</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287 ss.

E', inoltre, possibile che il soggetto sia dotato di personalità giuridica: la lettera b) dell'art. 28 prevede che può essere nominato curatore fallimentare anche uno studio professionale associato o una società tra professionisti, purché i soci abbiano i requisiti do cui alla lettera a)<sup>263</sup>.

Da quanto, pur brevemente, riportato può agevolmente evincersi come il livello di professionalità dell'attestatore sia particolarmente elevato, in modo da garantire che il soggetto che gioca un ruolo ormai centrale all'interno del sistema di risoluzione concordata della crisi d'impresa possieda la massima competenza tecnica possibile.

Centrale, e delicato, è il requisito dell'indipendenza, ancor di più se si consideri che il professionista viene nominato designato dal debitore stesso: tale aspetto unito alla menzionata rilevanza della funzione di controllo ha causato, in passato, forti incertezze interpretative.

A spazzare via ogni dubbio, è intervenuto il Legislatore del 2012 il quale ha specificato i caratteri del requisito in parola, segnatamente all'art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.<sup>264</sup>:

i) in primo luogo, il professionista attestatore non deve avere rapporti di natura professionale con l'impresa; inoltre, non deve avere nemmeno alcun tipo di relazione personale o familiare;

ii) in secondo luogo, deve rispettare le regole dettate dall'art. 2399 del codice civile, che elenca una serie di cause di ineleggibilità e di decadenza rivolte ai sindaci;

iii) in terzo luogo, non deve aver svolto negli ultimi cinque anni attività lavorativa a favore del debitore, sia in forma subordinata sia in forma autonoma, così come non deve aver partecipato agli organi di amministrazione o di controllo dell'impresa.

Più in generale, il professionista svolge essenzialmente un duplice ruolo di garanzia, per mezzo della propria attestazione: ovvero assicura, da un lato, che i dati forniti dal debitore siano veritieri, dall'altro, invece, che le proposte e i programmi dello stesso siano in grado di soddisfare gli interessi in gioco<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> In merito ai requisiti professionali del professionista, si veda ZOCCA, *La relazione del professionista e sue responsabilità*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, diretto da Chia-Piccininni-Severini, Utet, 2011, p. 325 ss.

<sup>264</sup> Per una completa disamina sul requisito dell'indipendenza del professionista attestatore, si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 158 ss.

<sup>265</sup> In questo senso, cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; cfr. anche NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il mulino, 2014, p. 375 ss.; oppure ABROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 403 ss.

In particolare, il parere sulla veridicità dei dati viene in rilievo come antecedente logico del parere sulla fattibilità, il quale ovviamente risulterebbe falsato in partenza, nel caso in cui i dati reali fossero alterati o comunque non rispondenti a realtà.

Inoltre, si deve considerare che il controllo debba riguardare solamente quei dati che attengano al progetto che viene proposto per permettere all'impresa di uscire dalla crisi in cui versa; conseguentemente non deve abbracciare qualsiasi dato contabile aziendale.

Chiaramente anche in questo caso bisogna fare attenzione al concetto di “vero” che deve essere utilizzato per il controllo in parola. Il bilancio si basa un metodo convenzionale di rappresentazione numerica dei dati riguardanti l'azienda; la maggior parte dei numeri si riferisce non a grandezze certe, ma stimate: il bilancio, dunque, deve essere considerato un documento dal contenuto tendenzialmente valutativo<sup>266</sup>.

Ecco che, quindi, necessita far riferimento al concetto di “vero legale”: i dati risultano veritieri se conformi alle regole dettate dal legislatore, segnatamente agli artt. 2423 ss. c.c., i quali disciplinano i parametri attraverso i quali si deve redigere il bilancio aziendale.

La valutazione sulla fattibilità, dal canto suo, rappresenta un giudizio prognostico, una valutazione *ex ante*, per mezzo della quale il professionista attesta che il piano proposto dall'imprenditore abbia la probabilità di risollevare la situazione dell'impresa, in modo da superare lo stato di crisi, tenuto conto dei dati accertati nel precedente controllo<sup>267</sup>.

In questo senso, risulta evidente come una simile prognosi presenti lampanti elementi di incertezza, a causa della tipica aleatorietà dell'attività d'impresa e, di conseguenza, non potrà mai essere sanzionato per il fatto che il progetto non abbia avuto il successo sperato, a patto che non si voglia vanificare la *ratio* e l'utilizzo stesso dei nuovi procedimento di risoluzione della crisi d'impresa.

---

<sup>266</sup> Testualmente cfr. GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, cit., p. 121; Cfr. anche ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il mulino, 2010, p. 280; PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Utet, 1997, p. 335; NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Giuffrè, 1996, p. 174 ss.; SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, vol. I, Giappichelli, 2008, p. 36.

<sup>267</sup> Sul punto, si veda PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, fasc. 3-4, p. 367 ss.

Occorre, invero, indicare che l'attestatore è ormai chiamato a svolgere la propria opera all'interno di una moltitudine di strumenti; tuttavia, a causa della loro eterogeneità, la sua attività è destinata a variare in base alla situazione in cui si ritrova<sup>268</sup>.

Nello specifico, benché senza pretesa di esaustività, con riferimento al concordato preventivo, l'attestazione si sostanzia in un giudizio di veridicità dei dati e di fattibilità del piano; simile è il discorso attinente agli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis* l. fall., dove deve essere espresso un giudizio di veridicità dei dati aziendali e di attuabilità dell'accordo; per quanto concerne, invece, la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'art. 182-*quinquies*, co. 1, l. fall. prevede che l'attestazione giudichi come funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori i finanziamenti contratti dal debitore; sempre con riguardo alla domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'art. 182-*quinquies*, co. 5, l. fall. prevede, dal canto suo, che la relazione del professionista consideri che il pagamento di crediti anteriori per prestazione di beni e servizi siano fondamentali ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa e che siano funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori; nella convenzione di moratoria *ex art. 182-septies* l. fall., infine, se si vuole produrre effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti, il professionista deve attestare che vi sia omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici tra i creditori interessati alla moratoria.

## **2. La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 236 bis l. fall.**

Dopo aver rapidamente individuato la disciplina predisposta per il professionista attestatore, si ritiene interessante analizzare i tratti fondamentali dell'ipotesi criminosa che il Legislatore del 2012 ha introdotto.

Si badi bene però: una simile disamina non è concepita, staticamente, come fine a se stessa, bensì allo scopo di permetterne l'indagine, sia in ottica diacronica sia in ottica sincronica. Solo stabilendo, con precisione, la fattispecie astratta è possibile

---

<sup>268</sup> Per uno sguardo completo sulle varie ipotesi in cui il professionista attestatore è chiamato a svolgere il suo compito, si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289.

chiarire le relazioni con i reati, che sono entrati in rapporto nel tempo e nello spazio con la fattispecie incriminatrice in parola.

Il punto di partenza, pertanto, non può che essere il bene giuridico tutelato dalla norma<sup>269</sup>.

Da questo punto di vista, sembra riduttivo limitare il discorso al solo interesse della fede pubblica. Se ci si fermasse a considerare unicamente questo elemento, si rischierebbe di limitarsi a “guardare” solo la superficie, senza “vedere” la reale profondità e consistenza del bene protetto; e, conseguentemente, senza rispettare l’intero impianto offensivo.

E allora, ciò che effettivamente si vuole tutelare è l’interesse dei creditori a ricevere informazioni corrette, così da poter valutare, nella maniera più consapevole possibile, la convenienza rispetto alla proposta effettuata dall’imprenditore in crisi<sup>270</sup>.

Ecco, dunque, che tale interesse viene ad essere tutelato attraverso la strumentale protezione della fede pubblica, segnatamente l’affidamento di cui devono godere le relazioni e le attestazioni del professionista nell’ottica del corretto funzionamento delle procedure concorsuali.

Per quanto concerne, invece, il piano della tipicità oggettiva, risulta di agevole riconoscimento il fatto che ci si trovi di fronte ad un reato c.d. proprio.

La norma, infatti, individua il soggetto attivo nella figura del professionista, nominato dal debitore per redigere le citate attestazioni e relazioni<sup>271</sup>.

Lungo siffatto crinale, occorre adesso affrontare quello che costituisce, forse, il punto più delicato della fattispecie criminosa in parola, ovvero il piano delle condotte tipiche.

Ad un primo, superficiale, sguardo, la costruzione dei comportamenti vietati apparirebbe relativamente lineare: sulla falsa riga del delitto di false comunicazioni

---

<sup>269</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell’economia*, Cedam, 2018, p. 273 ss.; si veda anche BRUNO-CALETTI, *L’art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell’economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2254 ss.

<sup>270</sup> In tal senso, si veda ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 94 ss.; si veda anche GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287.

<sup>271</sup> Sul tema cfr. CONSULICH, *Nolo cognoscere, il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”. Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, cit., p. 612, il quale qualifica il reato come “iperproprio”, in quanto, a differenza della maggior parte delle incriminazioni in materia di diritto penale societario o diritto penale fallimentare, sembrerebbe esclusa la possibilità di estensione della punibilità a soggetti di fatto.

sociali, infatti, anche il reato *de quo* viene posto sulla tradizionale bipartizione tra condotta commissiva, ovvero esporre informazioni false, e condotta omissiva – più precisamente, una falsità per reticenza –, ovvero omettere di riferire informazioni rilevanti<sup>272</sup>.

Tuttavia, solo approfondendo l'analisi su tali punti, si può giungere alla migliore interpretazione del delitto di cui all'art. 236-*bis* l. fall., e, specificamente, del modello di incriminazione impiegato dal Legislatore.

A tal proposito, tutto, o quasi, ruota attorno ai concetti di “informazione” e di “rilevanza”.

Ebbene, nonostante il lodevole mancato impiego di formule oscure, come quella di “fatti non rispondenti al vero” recentemente impiegata in ambito penal-societario, il Legislatore non sembra aver perfettamente rispettato il principio di determinatezza, corollario del principio di legalità che ormai ha assunto la massima rilevanza.

Così l'impiego dell'espressione “informazioni false” ha suscitato incertezze interpretative e diversità di vedute, che occorre quantomeno accennare<sup>273</sup>.

Proprio in maniera simile a quanto avvenuto con la questione del “falso valutativo”, all'indomani della Riforma del 2012 in tema di falso in bilancio, anche nel caso di cui ci si occupa il dibattito si è sviluppato in merito al problema se far rientrare all'interno dell'area penalmente rilevante solo le “informazioni” che si limitano a rappresentare direttamente dati oppure anche quelle che esprimano dei giudizi di natura valutativa.

Problema la cui soluzione risulta centrale, posto che, come si è detto, l'attività principale che svolge il professionista attestatore consiste proprio in un giudizio di fattibilità del piano proposto, ovvero in una valutazione prognostica.

Da un lato, parte della dottrina ritiene che il termine “informazione” faccia riferimento solo a quelle rappresentazioni che esponano dati oggettivi, con la consistente conseguenza di escludere dalla punibilità la falsa attestazione della

---

<sup>272</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 288.

<sup>273</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di Grosso, cit., p. 376 ss.; si veda anche AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 403 ss.

fattibilità di un piano, che si caratterizzerebbe come un mero giudizio di natura congetturale<sup>274</sup>.

Dall'altro, altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che escludendo la rilevanza del giudizio di fattibilità sostanzialmente si esautorerebbe la norma<sup>275</sup>.

Tuttavia, una simile conclusione non intende consentire al giudice di effettuare un accertamento *ex post* sulla valutazione del professionista, la quale – si deve sottolineare – consiste in un giudizio pur sempre prognostica, sulla cui base il progetto presentato dal debitore viene ritenuto idoneo a superare la crisi. La valutazione del giudice deve necessariamente essere posta in ottica *ex ante*, dovendo stabilire che vi sia stato, all'interno del parere tecnico svolto dal professionista, un procedimento logico coerente e ragionevole rispetto ai dati attestati e ai vari parametri empirici e razionali (si pensi, a tal riguardo, all'andamento del mercato o ai tassi d'interesse) da questi utilizzati.

Pertanto, sembra ragionevole considerare come, nonostante la disposizione incriminatrice in parola non faccia espresso riferimento ai giudizi di veridicità e di fattibilità, tuttavia, essa sia “eterointegrata” dalla disciplina civilista, in maniera tale da poter ritenere entrambi rilevanti anche sotto il profilo della responsabilità penale<sup>276</sup>.

A questo punto, per altro verso, occorre indagare il tema del modello di incriminazione, che viene a legarsi all'altro termine sopramenzionato, ovvero l'aggettivo “rilevante”.

Il delitto di falso in attestazioni e relazioni del professionista *ex art. 236-bis l. fall.*, infatti, è stato impostato sullo schema dei reati di pericolo e di condotta, come dimostra il fatto che l'evento-danno (il danno patrimoniale per i creditori) entra esplicitamente in gioco, nel comma terzo, quale circostanza aggravante specifica a effetto speciale (pena aumentata fino alla metà)

---

<sup>274</sup> In questo senso, si veda, *ex multis*, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e altri reati fallimentari*, Giappichelli, 2014, p.135 ss.

<sup>275</sup> Sul punto si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 184 ss., il quale, invero, afferma che in questo caso non si debba adoperare il criterio del “vero legale”, in quanto il professionista attestatore ne risulta sprovvisto; più utile apparirebbe l'utilizzo dei dati che si possono trarre dalla scienza aziendalistica.

<sup>276</sup> Sul tema dell'integrazione delle norme incriminatrici, ampiamente, si veda GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme penali incriminatrici: teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.



Il riferimento al requisito della rilevanza – che per questioni di chiara ragionevolezza deve appartenere, nonostante la lettera della disposizione *de qua*, tanto alla condotta attiva quanto a quella omissiva – introduce il concetto della *materiality*, di matrice anglosassone, e ha la funzione di selezionare solo quelle informazioni che possiedono un carattere di significatività tale da influenzare la scelta dei destinatari<sup>277</sup>.

In questo senso, si deve senza dubbio qualificare il delitto in parola come vero e proprio reato di pericolo concreto, in quanto l'informazione falsa (o omessa) deve essere concretamente idonea ad alterare il processo decisionale dei creditori<sup>278</sup>.

In maniera decisamente meno complessa si presenta, viceversa, il lato del versante psicologico. Invero, la figura base punisce il soggetto attivo a titolo di dolo generico: serve pertanto la coscienza e volontà, da parte del professionista attestatore, di esporre informazioni (rilevanti) false o di ometterle<sup>279</sup>.

Non è richiesta, dunque, alcuna ulteriore finalità, a differenza della forma aggravata di cui al secondo comma, il quale prevede appunto una circostanza aggravante specifica ad effetto comune (pena aumentata fino ad un terzo), nel caso in cui il professionista abbia agito allo scopo di conseguire un profitto ingiusto per sé o per altri.

### **3. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione temporale**

Aspetto centrale che può ricavarsi dalla sentenza in commento è, senza dubbio, il tema del delitto di falso in attestazioni e relazioni nel tempo.

Fin da quando la figura del professionista attestatore ha visto la luce, nel 2005, l'ordinamento penale non gli ha mai concesso spazi di impunità, potendosi ricorrere ad altri modelli di incriminazione predisposti dal sistema penale, come l'apparato dei reati di falso o attraverso l'utilizzo della clausola di estensione della responsabilità penale di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p.<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Sul punto, cfr. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 96.

<sup>278</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 288.

<sup>279</sup> Cfr. BRUNO-CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2263 ss.

<sup>280</sup> Sul tema si veda, *ex multis*, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 401 ss.

In ogni caso, le soluzioni che dottrina e giurisprudenza, nelle poche pronunce emesse, hanno escogitato risultavano piuttosto forzate, con la conseguenza di alimentare oscurità interpretative e incertezze applicative.

Solo con l'introduzione dell'art. 236-*bis* l. fall., per mezzo del d.l. n. 83 del 2012, il quadro ha trovato certezza e stabilità.

Tuttavia, come per ogni intervento legislativo in materia di reati, centrale appare l'indagine temporale, volta a stabilire se ci si trovi in presenza di una nuova incriminazione oppure di una mera modificazione normativa.

Si badi bene, un simile discorso non si riduce ad un mero vaniloquio privo di aspetti pratici; al contrario, anzi, permetterebbe di risolvere rilevanti problemi concreti che si possono agevolmente palesare nella prassi giudiziaria: si pensi, a tal riguardo, ai fatti commessi dai professionisti prima del 2012, i quali rischierebbero di non essere puniti proprio in virtù del divieto di applicazione retroattiva di una norma incriminatrice.

Perciò, necessita fare un passo indietro e passare in rassegna le varie ricostruzioni escogitate prima del "Decreto sviluppo" del 2012, in modo da individuare il primo fondamentale polo dell'eventuale rapporto giuridico-temporale che si intende disvelare<sup>281</sup>.

Da un lato, come si è anticipato, una delle possibili strade che venne battuta nel tentativo di costruire un modello di incriminazione volto a sanzionare penalmente il professionista attestatore fu quella di considerare quest'ultimo quale vero e proprio garante rispetto ai reati che possono essere commessi nell'elaborazione del piano<sup>282</sup>.

Conseguentemente, la responsabilità del tecnico attestatore si fonderebbe sul mancato impedimento di un evento che aveva l'obbligo giuridico di evitare; obbligo giuridico che traeva la propria fonte nel mandato professionale assegnato dall'imprenditore.

Dall'altro, invece, gli interpreti hanno massicciamente fatto uso della disciplina dei reati di falso ideologico. Si deve, però, affinare il discorso: le ipotesi avanzate furono essenzialmente di un triplice ordine, sulla base della qualifica che doveva essere attribuita al professionista.

---

<sup>281</sup> Per una rassegna completa sulle varie soluzioni che vennero proposte nel periodo *ante* riforma 2012, si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 141 ss.

<sup>282</sup> In questo senso SCHIAVANO, *Il professionista "attentatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 1-2/2010, p. 275 ss.

i) Una prima ipotesi attribuiva a tale soggetto la qualifica di “pubblico ufficiale” e, coerentemente, venivano chiamati in causa i reati di cui agli artt. 479 e 480 c.p., ovvero “falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici” e “falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative”<sup>283</sup>.

In via di estrema sintesi, la ragione alla base di una simile ricostruzione era rappresentata dal fatto che, in ogni caso, possedendo la procedura concorsuale essenzialmente carattere pubblicistico, altrettanto dovrebbe dirsi con riferimento al professionista, il quale è chiamato a svolgere un ruolo centrale per il corretto svolgimento della stessa procedura.

ii) Altra ipotesi avanzata dalla dottrina è quella, all’opposto, che attribuiva al professionista natura di “soggetto privato”, con conseguente applicazione dell’ipotesi criminosa di cui all’art. 483 c.p., ovvero “falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico”<sup>284</sup>.

In questo caso, le motivazioni avanzate dai fautori della posizione consisterebbero nella considerazione che l’attestazione del professionista fosse riferibile solamente ad un privato e non ad un qualsiasi ente pubblico<sup>285</sup>. Inoltre, nello svolgimento della propria attività l’attestatore si avvarrebbe solamente di poteri privatistici, possedendo una competenza tecnica al servizio degli interessi privati dell’imprenditore.

iii) Tuttavia, la tesi che ha riscontrato maggior successo, sia in dottrina sia in giurisprudenza, pur nelle pochissime pronunce di cui disponiamo, risulta essere quella che intravede nell’attestatore una “persona esercente un servizio di pubblica necessità”, di modo che si potesse applicare il reato di “falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità” di cui all’art. 481 c.p.<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Così CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. ec.*, 2009, p. 769 ss.

<sup>284</sup> In questo senso si veda su tutti FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell’impresa e reati fallimentari*, cit., p. 131 ss.

<sup>285</sup> In tema di qualifiche soggettive, si veda, *ex multis*, FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, 1992, p. 568 ss.

<sup>286</sup> In tal senso, per quanto concerne la dottrina, si veda, *ex multis*, ZINCANI, *Il nuovo 217-bis l. f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p. 527; per quanto concerne invece la giurisprudenza, si veda Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, con nota di Tetto, *Le false o fraudolente*

In effetti, appare maggiormente rigorosa la ricostruzione in parola, posto che sembrerebbe corretto far rientrare all'interno dello schema di cui all'art. 359 n. 1) c.p. l'attività, svolta da un soggetto dotato di speciale competenza tecnica, di attestare al Tribunale fallimentare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario proposto dall'imprenditore<sup>287</sup>.

Tale, seppur analizzato in via di estrema sintesi, risulta essere il quadro vigente nel periodo antecedente all'entrata in vigore del delitto di falso in attestazioni e relazioni, con la conseguenza che si dimostra necessario stabilire con precisione i rapporti di natura temporale tra la disposizione di cui all'art. 481 c.p. e la disposizione di cui all'art. 236-bis l. fall.

In questo senso, occorre avvisare che, quando si devono indagare i profili temporali di una norma incriminatrice, il punto di partenza deve individuarsi non solo nell'art. 2, co. 1, del codice penale, bensì anche, e primariamente, nell'art. 25, co. 2, della Costituzione.

Tale precisazione risulta tutt'altro che banale e pleonastica, posto che è necessario riconoscere come tali fondamentali disposizioni, oltre che divergere sui piani gerarchico e cronologico, divergono anche su quello contenutistico: l'art. 25, co. 2, della Costituzione prescinde dall'evenienza che il fatto storico fosse penalmente lecito nel momento in cui è stato commesso<sup>288</sup>.

In altre parole, il principio costituzionale di irretroattività sfavorevole impone di non punire un fatto concreto anche se già penalmente illecito sulla base di una norma non vigente o non applicabile nel momento in cui il fatto storico è stato realizzato.

Tuttavia, bisogna considerare che nel caso di cui ci si occupa è stata effettivamente introdotta una nuova incriminazione, ma ciò è avvenuto su uno spazio già penalmente "coperto" da un'altra norma incriminatrice, la quale, peraltro, non è stata "espunta" dal sistema penale.

---

*attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l.f.: alla ricerca di una evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, p. 842 ss.

<sup>287</sup> In questi termini si esprime la sentenza che si commenta, la quale fa espresso riferimento alla natura di pubblica utilità che deve essere riconosciuta all'esercizio svolto in un simile ambito da un dottore commercialista.

<sup>288</sup> Sul tema dei rapporti tra l'art. 25, co. 2 della Costituzione e l'art. 2 del codice penale, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 3, Giuffrè, p. 1200 ss.

Conseguentemente, il successivo passo interpretativo è rappresentato dalla comparazione astratta delle due norme in esame, segnatamente l'art. 481 c.p. e l'art. 236-*bis* l. fall., le quali – lo si ribadisce – si trovano a coesistere nell'ordinamento penale.

In questo senso, la comparazione è tesa a stabilire se sussiste una “continuità normativa” tra le incriminazioni in questione e ciò si verifica se sussiste un rapporto di genere a specie tra le stesse.

Occorre, dunque, valutare, da un punto di vista formale, se le fattispecie astratte presentino elementi strutturali talmente eterogenei da escludere qualsivoglia rapporto di specialità.

Per quanto concerne, anzitutto, il bene giuridico tutelato del delitto di falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, trattasi di un delitto posto a protezione della pubblica fede.

D'altro canto, tale bene viene considerato da molti uno strumento posto a garanzia di interessi ulteriori che vengono di volta in volta lesi dalla falsificazione di un documento<sup>289</sup>. In questo senso ben si potrebbe sostenere che l'art. 481 c.p. tutelando la fede pubblica, senza dubbio si presterebbe a tutelare l'interesse dei creditori ad ottenere corrette e veritiere informazioni in merito alla proposta avanzata dall'imprenditore.

Inoltre, si può riconoscere una convergenza tra le norme in rapporto sincronico sia con riferimento ai modelli di incriminazione utilizzati sia con riferimento al piano della tipicità.

In entrambi i casi, invero, gli schemi utilizzati dal Legislatore sarebbero quelli dei reati di condotta e di pericolo concreto.

Ancora. Per quanto concerne il piano tipico, come si è visto, il “professionista attestatore” deve essere considerato a pieno titolo una “persona esercente un servizio di pubblica necessità”.

Con riguardo, invece, alla condotta punita, l'art. 481 c.p. sanziona il comportamento di “attestare falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità”.

---

<sup>289</sup> Per una completa disamina sui reati contro la pubblica fede, si veda PISANI, *I Reati contro la fede pubblica*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Giappichelli, 2013, p. 505 ss.

Sembra, a tal proposito, che la condotta di attestare il falso possa ricomprendere il comportamento punito dalla disposizione penal-fallimentare, ovvero l'esposizione di informazioni false o l'omissione di informazioni rilevanti.

Più delicato, viceversa, si presenta il discorso attinente all'oggetto materiale: segnatamente, occorre chiarire se le attestazioni e le relazioni che devono essere redatte dal professionista possano rientrare all'interno del concetto di "certificato"<sup>290</sup>.

In linea di massima, infatti, tale concetto difficilmente si presterebbe a ricomprendere dichiarazioni composte da valutazioni e giudizi personali. Ciò nonostante, non sarebbe errato ritenere possibile che una valutazione tecnica possa manifestarsi come ideologicamente falsa, proprio in virtù della natura di simile dichiarazione, la quale comunque deve seguire dei parametri tecnici; e, conseguentemente, con riferimento a questi ben può essere verificata ed accertata nella sua correttezza<sup>291</sup>.

Pertanto, da quanto sin qui affermato, sembra potersi concludere che, sulla base di un confronto formale e astratto, le norme incriminatrici non presentano elementi eterogenei tali da farne desumere una discontinuità normativa. Al contrario, si ritiene ragionevole ravvisare come la più recente fattispecie incriminatrice di cui all'art. 236-*bis* l. fall. sia speciale rispetto alla più generale fattispecie di cui all'art. 481 c.p., quantomeno con riferimento alla condotta rilevante e all'oggetto materiale.

Più in particolare, si deve parlare di "rapporto di specialità sincronica", rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p. Come si è visto, infatti, le norme incriminatrici, che si trovano in un rapporto di genere a specie, tuttora coesistono all'interno del sistema penale<sup>292</sup>.

Ancora. Il citato rapporto deve essere ulteriormente precisato: la specialità sincronica risulta infatti "sopravvenuta": la norma "speciale" si è venuta ad innestare sulla "generale", senza che questa fosse abrogata. In pratica, la norma speciale successiva restringe il campo di applicazione della norma generale antecedente, derogandola.

---

<sup>290</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 153 ss.

<sup>291</sup> Cfr. Sez. V, 7 dicembre 2007, n. 2895,

<sup>292</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolito criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, cit., p. 1224 ss.

Coerentemente, si può concludere, come, alla luce di un raffronto logico-strutturale delle fattispecie astratte, tra le norme incriminatrici in parola sembrerebbe venire in rilievo un “rapporto di specialità sincronica sopravvenuta”, dando luogo, dunque, ad un semplice fenomeno di successione di norme penali modificative<sup>293</sup>.

#### **4. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione spaziale: in particolare i rapporti con il delitto di cui all’art. 236 co. 1 l. fall.**

Altro argomento centrale da trattare, che viene stimolato dalla pronuncia della Corte in commento, è certamente il rapporto del reato di falso in attestazioni e relazioni con gli altri reati, segnatamente fallimentari.

Nello specifico, particolare interesse desta il rapporto con il delitto di cui all’art. 236, co. 1, l. fall., rubricato come “Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”.

A tal proposito, l’aspetto che si intende indagare è se i delitti in parola possano concorrere tra di loro oppure, al contrario, se venga in rilievo un concorso apparente di reati<sup>294</sup>.

In questo senso sembra potersi fin da subito notare come sia assente qualsivoglia clausola di riserva, così come sembra non sussistere alcun rapporto di sussidiarietà tra le norme incriminatrici<sup>295</sup>.

Allo stesso modo, non è dato riscontrarsi nemmeno l’altro fondamentale “criterio di valore”, ovvero il c.d. rapporto di consunzione, in quanto non si può sostenere che una fattispecie sia sostanzialmente assorbita nell’altra<sup>296</sup>.

Invero, anche sulla scorta della giurisprudenza delle Sezioni unite, l’unico criterio che potrebbe “spiegare” un eventuale concorso apparente di norme, in modo

---

<sup>293</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *L’art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, cit., p. 1225, il quale intravede proprio un rapporto di specialità sincronica sopravvenuta con riferimento all’introduzione del delitto di infedeltà patrimoniale di cui all’art. 2634 c.c.

<sup>294</sup> In tema di concorso di reati, si veda, *ex multis*, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 695 ss.; si veda anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 540 ss.; oppure PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, p. 469 ss.

<sup>295</sup> In merito al principio di sussidiarietà, si veda GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Giuffrè, 1952, p. 416 ss.; si veda anche MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 467 ss.

<sup>296</sup> Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 722 ss.

da escludere un concorso formale di reati, potrebbe essere il principio, di natura logico-formale, della specialità, di cui all'art. 15 c.p.<sup>297</sup>.

Ebbene, trattandosi di un criterio logico-formale, occorre effettuare una comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore<sup>298</sup>.

Conseguentemente, si deve mettere in evidenza, quantomeno nei suoi tratti essenziali, la figura delittuosa prevista all'art. 236, co. 1, l. fall., in modo da poterla raffrontare astrattamente con quella di cui all'art. 236-bis l. fall.<sup>299</sup>.

Tale fattispecie incriminatrice consiste nel commettere un falso al fine di ottenere l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria<sup>300</sup>.

Il bene giuridico tutelato, tradizionalmente, è sempre stato considerato il corretto svolgimento dell'amministrazione della giustizia; non sembra peregrino, tuttavia, ipotizzare anche in questo caso come la tutela sia tesa, in via strumentale, a proteggere l'interesse dei creditori<sup>301</sup>.

Per quanto concerne il piano della tipicità, anche il reato in questione si configura come proprio, in quanto il soggetto attivo è, per espressa previsione legislativa, l'imprenditore.

Trattasi, invero, di reato di pericolo: le condotte rilevanti sono quella di attribuirsi attività inesistenti oppure quella di simulare crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulla formazione delle maggioranze.

Con riferimento, invece, al versante soggettivo è richiesto, dunque, il dolo specifico, consistente nello scopo di falsare la formazione delle maggioranze.

---

<sup>297</sup> Sul criterio di specialità in diritto generale, si veda, *ex multis*, GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 295 ss.; in giurisprudenza si veda, *ex multis*, S.U., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *C.E.D. Cass.*, n. 248865; si veda anche S.U., 23 febbraio 2017, n. 20664, in , secondo cui nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art.15 c.p., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore.

<sup>298</sup> Sez. U, 23 febbraio 2017, n. 20664, in *C.E.D. Cass.*, n. 269668.

<sup>299</sup> In merito alla figura criminosa di cui all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 279 ss.

<sup>300</sup> Cfr. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, 1990, p. 369 ss.

<sup>301</sup> In merito al bene giuridico del delitto di cui all'art. 236, co. 1, l. fall., si veda, *ex multis*, NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955, p. 187 ss., il quale ritiene che esso debba identificarsi nell'amministrazione della giustizia.



A questo punto si può, dunque, procedere al raffronto logico-formale delle fattispecie astratte.

Simile comparazione, innegabilmente, porta, ad una prima analisi, a riconoscere una certa somiglianza, se non coincidenza, delle condotte rilevanti: in effetti, il comportamento di attribuzione di attività inesistenti o di simulazione di crediti altrettanto inesistenti potrebbe rientrare nella condotta di falso rilevante ai sensi dell'art. 236-*bis* l. fall.

Più complesso è il discorso concernente il bene giuridico tutelato<sup>302</sup>. Se si seguissero le impostazioni tradizionali, gli interessi protetti sembrerebbero allontanarsi, assestandosi verso la tutela dell'amministrazione della giustizia l'uno, verso la fede pubblica l'altro.

Se, al contrario, si andasse ad adottare una visuale "maggiormente sostanziale" potrebbe osservarsi come i beni giuridici si avvicinino nettamente, per convergere verso la difesa dell'interesse dei creditori<sup>303</sup>.

Tuttavia, si deve mettere in evidenza come esistano anche degli elementi differenziali che potrebbero risultare decisivi ai fini del discorso che si sta sviluppando.

Anzitutto, le disposizioni sono indirizzate a soggetti diversi: mentre il delitto di falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria incrimina l'imprenditore – nemmeno l'amministratore –, il falso in attestazioni e relazioni incrimina, come si è visto, il professionista attestatore.

Inoltre, non coincidenti appaiono neppure le operazioni e le procedure prese in considerazione dalle norme: infatti, l'art. 236 l. fall. fa riferimento al concordato preventivo (art. 160 ss. l. fall.), all'accordo di ristrutturazione del debito con banche o intermediari finanziari (art. 182 *septies* l. fall.) e alla convenzione di moratoria (art. 182 *septies* l. fall.); dal canto suo l'art. 236-*bis* l. fall. fa riferimento, oltre che al concordato preventivo e alla convenzione di moratoria, anche al piano di risanamento (art. 67, co. 3, lett. *d*) l. fall.), all'accordo di ristrutturazione del debito (art. 182 *bis* l. fall.) e alla domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale (art. 182 *quinquies* l. fall.).

---

<sup>302</sup> Per una completa analisi comparativa sui beni giuridici tutelati, si veda, *ex multis*, MAZZACUVA – AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2018, p. 273 ss.

<sup>303</sup> In questo senso ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 95.

Di conseguenza, si deve riconoscere come le norme incriminatrici in questione presentino caratteri di eterogeneità tali da escludere un corretto rapporto di specialità rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p.

Al massimo può parlarsi di specialità parziale bilaterale: in pratica, i campi di applicazione delle due norme si intersecano, ma solo parzialmente<sup>304</sup>. Nello specifico, i campi di applicazione si sovrappongono con riferimento ai modelli di incriminazione e, soprattutto, alle condotte (oltre che, verosimilmente ai beni giuridici tutelati), ma divergono con riferimento ai soggetti attivi e alle operazioni coinvolte<sup>305</sup>.

Coerentemente occorre concludere nel senso di escludere che le norme considerate si trovino in una posizione di conflitto apparente, ben potendo concorrere formalmente e materialmente tra di loro.

## **5. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: cronaca di una (illegittima) *abolitio criminis* parziale**

A questo punto, si deve andare ad analizzare quali conseguenze abbia provocato l'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza con riferimento al delitto di falso in attestazioni e relazioni, disciplinato dall'art. 342 c.c.i.i.<sup>306</sup>.

Come si è anticipato, il legislatore delegante aveva posto l'obiettivo di non modificare le fattispecie criminose, salvo gli adattamenti necessari per le modifiche alle procedure concorsuali.

Ebbene, tale proposito non sembra affatto rispettato se si prende in considerazione il citato nuovo art. 342 c.c.i.i., all'interno del quale si possono intravedere addirittura potenziali spazi abolitivi, oltre all'aggiunta di nuovi casi rilevanti<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> In tema di specialità parziale bilaterale, si veda GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 297 ss.

<sup>305</sup> Parla di rapporto di specialità bilaterale o reciproca GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 202.

<sup>306</sup> Sul punto, si veda CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, p. 445 ss.

<sup>307</sup> Cfr. PANTANELLA, *Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione "temporale" e "spaziale" dell'art. 236-bis l.fall.*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 802 ss.

Come si è visto, l'art. 236-*bis* l.fall. non esplicita, a differenza di quanto avviene all'interno dell'art. 16 l. n. 3 del 2012, quali siano le tipologie di attestazioni che rilevano sul piano penalistico.

In particolare, tale mancata precisazione ha tradizionalmente portato a ritenere che il professionista potesse essere incriminato del delitto di falso in attestazioni e relazioni allorquando la condotta rilevante abbia avuto come oggetto tanto il parere di veridicità dei dati quanto il parere di fattibilità economica<sup>308</sup>.

In altri termini, la disciplina civilistica, segnatamente l'art. 67, co. 2 lett. b) l.fall., sembrerebbe “eterointegrare” la norma incriminatrice, in modo da far rientrare all'interno della rilevanza penale entrambi i citati pareri attestatori.

Nondimeno, di fronte ad un sistema così ricostruito, il nuovo codice della crisi è intervenuto, da un lato, modificando la disciplina penalistica, in particolare aggiungendo una porzione di enunciato all'art. 342 c.c.i.i. Dall'altro lato, come vedremo subito, confermando, all'interno delle singole operazioni e procedure di natura concorsuale, il riferimento sia al giudizio di veridicità dei dati sia al giudizio di fattibilità economica.

Rispetto alla lettera dell'attuale art. 236-*bis* della legge fallimentare, infatti, il legislatore – all'art. 342 c.c.i.i. – ha deciso di connotare maggiormente la condotta incriminata prevedendo la punibilità del professionista attestatore nel caso in cui ometta di riferire informazioni rilevanti ovvero esponga informazioni false “in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad essa allegati”.

Tale nuova formulazione della fattispecie incriminatrice, pertanto, limiterebbe la condotta tipica solamente al giudizio di veridicità, escludendo dall'area penalmente rilevante il giudizio di fattibilità economica; in altre parole, sembrerebbe provocarsi una vera e propria *abolitio criminis* parziale, con conseguente applicazione dell'art. 2, co. 2, c.p.

In verità, il quadro appare più complesso, posto che le singole attestazioni richiamate dall'art. 342 c.c.i.i. fanno, per lo più, espresso riferimento tanto al giudizio sulla veridicità dei dati quanto a quello di fattibilità economica del piano proposto. In questo senso, si richiamano gli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento

---

<sup>308</sup> In tal senso, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; oppure NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi di imprese*, cit., p. 375. In senso critico, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 134 ss.

*ex art. 56, co. 4 c.c.i.i.*, gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 57, co. 4 c.c.i.i.* o il piano di concordato *ex art. 87 c.c.i.i.*

Conseguentemente, sembra potersi riflettere come, da un punto di vista civilistico, il legislatore abbia ribadito il duplice ruolo di giudizio del professionista attestatore con riferimento alle procedure concorsuali, mentre, da un punto di vista penalistico, abbia voluto escludere dalla rilevanza penale il citato parere di fattibilità.

Tale scelta legislativa appare netta e precisa e la *ratio* può risiedere, come si vedrà (cfr. §§ 5.2 e 5.3), nella consapevolezza che il parere di fattibilità costituisce un vero e proprio enunciato valutativo e, come tale, a differenza dell'opposta categoria degli enunciati descrittivi, non può essere considerato strettamente né falso né vero.

Pertanto, complice l'assenza di una disciplina normativa in grado di rappresentare un parametro di riferimento al fine di poter valutare i giudizi di fattibilità almeno alla stregua del c.d. "vero legale", il legislatore ha ritenuto opportuno escludere queste tipologie di attestazioni dalla responsabilità penale.

Si badi bene però. Siffatta consapevole decisione legislativa, nonostante si presenti come "astrattamente" ragionevole, non può che considerarsi "concretamente" illegittima da un punto di vista costituzionale: la legge delega, infatti, nulla disponeva a tal proposito e, conseguentemente, possono senza dubbio essere mosse censure in termini di eccesso di delega.

Per altro verso, dal raffronto tra "vecchie" attestazioni e relazioni contenute nell'art. 236-*bis* l. fall. e "nuove" contenute nell'art. 342 c.c.i.i., si evince come non vi sia perfetta corrispondenza, con la conseguente verifica di molteplici aggiunte di nuovi casi.

In questo senso, infatti, alcune figure, che non venivano contemplate dalla legge fallimentare, vengono, invece, previste dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Si pensi, ad esempio, all'attestazione relativa, in tema di concordato preventivo, ai crediti fiscali e previdenziali nella transazione fiscale (art. 88, co. 1-2, c.c.i.i.); oppure all'attestazione per rendere inammissibile le proposte di concordato concorrenti (art. 90, co. 5, c.c.i.i.); o, infine, le attestazioni che riguardano modifiche sostanziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, prima e dopo l'omologazione (art. 58, co. 1-2 c.c.i.i.)<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> Cfr. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., p. 84 ss.

Conseguentemente, qualora si riconoscesse come tali nuovi casi siano in grado di integrare la fattispecie incriminatrice, ci si troverebbe innanzi a fenomeni di nuove incriminazioni<sup>310</sup>.

## **6. Una recente pronuncia della Corte di cassazione in merito alla figura del professionista attestatore: Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 16759.**

La sentenza che si commenta rappresenta uno dei primissimi casi in cui, successivamente all'introduzione dell'art. 236-*bis* nel corpo della legge fallimentare, la Corte di cassazione si è pronunciata in merito alla responsabilità penale di quella particolare figura che prende il nome di "professionista attestatore"<sup>311</sup>.

Occorre, invero, premettere come nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, il reato addebitato sia quello, *ratione temporis*, disciplinato dall'art. 481 c.p., e quindi la fattispecie criminosa della falsità ideologica in certificati commessa da persona esercente un servizio di pubblica necessità; ciò in quanto i fatti contestati risalgono a periodo antecedente alla data di introduzione del citato art. 236-*bis*. L. fall.<sup>312</sup>.

Circostanza che, tuttavia, non ha impedito alla Suprema Corte di inserire all'interno della motivazione alcune rilevanti riflessioni riferite proprio alla nuova disposizione, oltre ad approfondire specifiche tematiche afferenti, viceversa, ai più moderni profili del diritto penale-fallimentare valutato nel suo complesso.

---

<sup>310</sup> In senso affermativo, si veda BRICCHETTI, *ibidem*, p. 84 ss.

<sup>311</sup> In tema di falso in attestazioni e relazioni di cui all'art. 236-bis l. fall., si vedano GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287 ss.; GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 137 ss.; CONSULICH, *Nolo cognoscere, il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole". Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, cit., p. 613 ss.; PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 140 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 131 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 400 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., p. 374 ss.; BRUNO-CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2239 ss.; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 271 ss.

<sup>312</sup> Si fa riferimento alla legge 7 agosto 2012, n. 134, successivamente modificata dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

In tal senso, la Corte ha proceduto, dapprima, indagando i profili di natura temporale tra la figura precedentemente contestata in ipotesi attigue, di cui all'art. 481 c.p., e quella da ultimo prevista dall'art. 236-bis l. fall.

Successivamente, il Giudice supremo ha esaminato i rapporti tra il reato di falso ideologico *ex art. 481 c.p.* e quello di falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria *ex art. 236, co. 1, l. fall.*, al fine di stabilire se sussista un concorso di reati oppure un mero concorso apparente.

Vengono, a tale stregua, in rilievo, per dirimere l'alternativa tra concorso reale e apparente, quelle figure criminose della disciplina penal-fallimentare di più recente emersione, in quanto meglio rispondenti alle moderne esigenze di tutela che progressivamente si sono imposte, e ciò parallelamente all'introduzione di soluzioni civilistiche alternative al fallimento, finalizzate al superamento della crisi d'impresa.

Il riferimento è, appunto, ai reati commessi nell'ambito delle nuove procedure di ricomposizione della crisi dell'impresa, tra cui, segnatamente, il nuovo concordato preventivo e la responsabilità penale del summenzionato professionista attestatore.

Come si è avuto modo di anticipare, infatti, il diritto penale fallimentare vive un momento di forte tensione e incertezza, essendo in atto una vera e propria frattura rispetto al versante civilistico, che si trova, a ben vedere, in un momento di forte cambiamento<sup>313</sup>.

Lungo siffatto crinale, si deve riconoscere come quest'ultimo, sulla scorta di una vera e propria attività di mimesi della disciplina anglo-sassone, abbia ormai mutato il proprio volto tradizionale, non ponendo più al centro del sistema la procedura liquidatoria del fallimento, sostituito da una serie di procedure caratterizzate dalla finalità conservativa e dalla rilevanza attribuita all'autonomia negoziale, quali – come anticipato – il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione del debito<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 270 ss; si veda anche ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 1 ss; si veda ancora GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 45ss.; si veda, infine, PANTANELLA, *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3730 ss.

<sup>314</sup> Per uno sguardo nella dottrina britannica, si veda, *ex multis*, MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, cit., 2017; oppure KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, cit.; si veda anche FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., cit.; o ancora BRIDGE, *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, cit. Per uno sguardo comparato

Dal canto suo, il versante penalistico è, invece, rimasto sostanzialmente inerte e sordo a tali e tanti profondi cambiamenti, con l'inevitabile conseguenza che il sistema che ne viene fuori appare disarticolato e incoerente, portando con sé gravi incertezze nella prassi applicativa.

Tuttavia, all'interno di un simile quadro, si deve dare contezza del fatto che uno dei rari interventi compiuti dal legislatore penale in tale materia è costituito proprio dalla recente previsione del delitto di falso in attestazioni e relazioni, previsto all'art. 236-*bis* della legge fallimentare.

Nella realtà fenomenica della crisi di impresa, in effetti, sta assumendo sempre più rilevanza e diffusione l'attività di attestazione svolta da un professionista a tal fine nominato: per questo si è percepita forte l'esigenza di prevedere una fattispecie criminosa *ad hoc*.

Per altro verso, si deve considerare come l'introduzione di questa fattispecie incriminatrice, forse a causa della grave cornice edittale, stia avendo un forte carattere deterrente: il che si desumerebbe dalla assoluta scarsità di pronunce in merito<sup>315</sup>.

Da questo punto di vista, pertanto, la pronuncia in esame rappresenta una rara quanto preziosa occasione per poter indagare i profili penali che possono emergere con riferimento a tale particolare e rilevante figura professionale, che ormai svolge un ruolo protagonista all'interno delle operazioni economico-finanziarie.

---

in tema di insolvenza, con particolare riferimento al modello statunitense, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 409 ss.; si veda anche SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, cit.; o ancora GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, cit. Per una completa analisi dei vari reati in materia di insolvenza nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2017, p. 542 ss.; si veda anche SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, cit., p. 967 ss. per uno sguardo alle fattispecie penali nel sistema statunitense, *ex multis*, si veda McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, cit.

<sup>315</sup> Sul punto si veda JANNUZZI-REGI, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2017, p. 99 ss.

**CAPITOLO IV**  
**CENNI AI PRINCIPALI PROFILI PROBLEMATICI DELL'ATTUALE**  
**DIRITTO PENALE FALLIMENTARE**

**SOMMARIO** **1.** Introduzione – **2.** La bancarotta fraudolenta propria e il problema del nesso di causalità – **2.1.** Lo stato dell'arte del delitto di bancarotta fraudolenta propria – **2.2.** Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento – **2.3.** Il nesso di causalità e l'apparente conflitto giurisprudenziale: la *damnatio memoriae* della "Sentenza Corvetta" – **2.4.** L'argomento letterale e il confronto con la bancarotta fraudolenta da reato societario come reato di evento – **2.5.** La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento come tentativo di correttivo – **3.** La bancarotta fraudolenta impropria da reato societario e il problema dell'aggravamento del dissesto – **3.1.** Lo stato dell'arte del delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario – **3.2.** Il nesso eziologico nella bancarotta fraudolenta impropria da reato societario e l'aggravamento del dissesto.

### **1. Introduzione**

Una trattazione in materia di diritto penale-fallimentare, anche se centrata sulle nuove procedure concorsuali, non può comunque prescindere dal riferimento alle principali incertezze interpretative che sono presenti nell'attuale realtà.

A prescindere, invero, dai riflessi che si avranno per mezzo dell'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, vi sono, da anni e con un'intensità sempre maggiore, molteplici problemi che affannano tanto la dottrina quanto la giurisprudenza.

A tal proposito, come è agevole immaginare, le difficoltà più rilevanti si concentrano sul tradizionale delitto di bancarotta, che senza dubbio rimane nettamente il reato più contestato dell'intera disciplina fallimentare.

La materia, lo si è evidenziato, si presenta come vetusta, assolutamente non più attuale e, pertanto, foriera di dubbi e complicazioni.



Tali complicazioni sussistono sia da un punto di vista “generale” o “di sistema” sia da un punto di vista “particolare” che riguarda le singole incriminazioni.

Per quanto concerne il primo punto di vista, come si è detto, il diritto fallimentare risulta ormai scisso in due diversi versanti: mentre il versante civilistico ha completamente cambiato volto, il versante penalistico è rimasto ancorato all’impianto originario del 1942.

Il punto di frattura definitivo si ha con l’introduzione del concetto di stato di crisi reso del tutto autonomo rispetto allo stato di insolvenza: la possibilità di punire a titolo di bancarotta, ai sensi dell’art. 236 co. 2 l. fall. o 341, co. 2 c.c.i.i., condotte poste in essere in una situazione di difficoltà economica che sfoci in uno stato di crisi ma non di insolvenza comporta giungere alla conclusione secondo cui ormai si sia rotto il binomio tra bancarotta e insolvenza/fallimento.

Per quanto concerne, invece, il secondo punto di vista, ovvero la situazione del tradizionale delitto di bancarotta, occorre chiarire come le disposizioni sono costruite con scelte e tecniche normative che non rispecchiano la realtà, sono lacunose e scoordinate tra di loro.

I pochi interventi legislativi che si sono avuti non hanno sortito l’effetto sperato, risultando anzi parziali, sporadici e confusi.

A tal proposito, sono molti i profili problematici che mettono in crisi la disciplina: su tutti si pensi al tema del nesso di causalità all’interno del delitto di bancarotta fraudolenta propria, al ruolo che assume la sentenza dichiarativa di fallimento o all’eventuale rilevanza del mero aggravamento del dissesto all’interno del delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario.

Invero, il prezzo di simile imperfezione legislativa è rappresentato da una sospetta ma probabile violazione del dettato costituzionale, sia con riferimento al principio della colpevolezza sia con riferimento al principio di determinatezza o precisione, fondamentale corollario del principio di legalità.

## **2. La bancarotta fraudolenta propria e il problema del nesso di causalità**

### **2.1. Lo stato dell’arte del delitto di bancarotta fraudolenta propria**

Giova, in prima istanza, esporre, solo nei principali tratti salienti, lo stato dell'arte concernente la figura della bancarotta fraudolenta propria.

In quest'ottica, l'analisi del reato deve prendere le mosse dalla considerazione circa il bene giuridico tutelato; a tal proposito, risulta pacifico tanto in seno alla giurisprudenza di legittimità quanto in seno alla dottrina il principio per cui la bancarotta rientra nel novero dei reati patrimoniali; in particolare, si ritiene che l'interesse tutelato sia il patrimonio dei creditori, garantito sotto il profilo del credito<sup>316</sup>.

A tal proposito, non può sottacersi la peculiarità di tale situazione, in considerazione del fatto che l'oggetto materiale del delitto è costituito sì dal patrimonio, ma non quello dei creditori, bensì quello dell'imprenditore.

In particolare, l'oggetto specifico della tutela che lo Stato appresta è dunque costituito dal diritto di credito che trova nelle ipotesi di bancarotta un'immediata difesa sopra un triplice fronte: da un lato, contro gli atti di illecita disposizione dei propri beni da parte del debitore; dall'altro, contro la violazione dell'obbligo di ostensibilità, imposto dalla legge con le scritture di commercio; dal terzo, contro il favoreggiamento di alcuno dei creditori a danno della massa<sup>317</sup>.

Una volta chiarito il bene giuridico tutelato, l'esame della sfera oggettiva deve essere incentrato sulla *vexata quaestio* circa il ruolo da assegnare al fallimento.

Tale argomento sarà più diffusamente esposto nel prosieguo della trattazione (§ 2.2.)

In breve, sul punto dottrina e giurisprudenza sembrano finalmente aver trovato una certa concordia, soprattutto a partire dalla inaspettata sentenza delle Sezioni unite Passarelli, subito confermata dalla sentenza, della Sezione V, "Santoro": per la prima

---

<sup>316</sup> In merito al bene giuridico protetto, in giurisprudenza, v. Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1844 e Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897; in dottrina, v., su tutti, FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2019, p. 284 ss.

<sup>317</sup> In senso conforme, vedi, su tutti, PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, pag. 972; in senso critico, v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di Grosso, Giuffrè, 2018, p. 28 ss., il quale configura il reato in questione come reato plurioffensivo che mira a ledere tanto gli interessi creditori, quanto la stessa economia pubblica: il ricorso al credito, infatti, è considerato fisiologico dell'attività commerciale e i fenomeni di insolvenza connessi a condotte di bancarotta produrrebbero sfiducia nei potenziali investitori; ciò, secondo una logica di contagio, produrrebbe l'innescarsi di un dissesto a catena lesivo del sistema economico.

volta, infatti la giurisprudenza di legittimità parla di condizioni obiettive di punibilità e non di elementi costitutivi impropri.<sup>318</sup>

A tal riguardo risulta, anzitutto, necessario specificare come non debbano confondersi i termini “fallimento” e “dissesto”, i quali, come si è detto in precedenza, rappresentano fenomeni diversi, sebbene strettamente collegati.

Tale costruzione, però, pone il rischio di esporre la disciplina in esame alle già citate situazioni di incertezza, che affannano da sempre dottrina e giurisprudenza: portando, infatti, alle estreme conseguenze queste premesse, si rischierebbe di punire fatti che integrano le condotte di bancarotta, di per sé insignificanti nel quadro del dissesto in atto, oppure troppo risalenti nel tempo rispetto alla dichiarazione di fallimento. Tuttavia, siffatto risultato ermeneutico si porrebbe in contrasto con il principio di offensività.

Proprio per dare risposta a tali situazioni problematiche e rintracciare dei correttivi, autorevole dottrina ha escogitato la teoria della c.d. zona di rischio penale<sup>319</sup>.

Secondo gli Autori di tale teoria, il quadro normativo della bancarotta fraudolenta si caratterizzerebbe per il fatto che la causazione dell’insolvenza risulti estranea alla sfera del rimprovero penale. Invero, proprio al fine di superare queste difficoltà, si sentì l’esigenza di tracciare un arco temporale che potesse segnalare il “confine di rilevanza” delle condotte tenute dal debitore, evitando il regresso all’infinito della ricerca di una condotta illecita.

A tal riguardo, occorre ammettere come i fautori della tesi in commento partivano, tuttavia, da una diversa premessa: che il bene giuridico da tutelare fosse la *par condicio creditorum*, bene costituito dal corretto svolgimento del processo esecutivo concorsuale.

Pertanto, la messa in pericolo del bene giuridico tutelato avrebbe dovuto delimitare la soglia di rilevanza penale fissandola nel momento in cui si fosse realizzato il presupposto sostanziale della procedura concorsuale: l’insolvenza. Proprio questa, allora, avrebbe dovuto rappresentare la soglia dei limiti temporali: prima di tale momento, si affermava, la società è in salute, quindi il patrimonio

---

<sup>318</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passerelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784 ss., con nota di D’Alessandro, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofiliachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare.*; cfr. anche Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, Santoro, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2197, con note di Chaibelli e di Fassi.

<sup>319</sup> In merito alla teoria della zona di rischio penale, v. NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955, p. 30 ss.

dell'imprenditore non rappresenta ancora la garanzia per i creditori, essendo a tal riguardo irrilevante; dopo, invece, l'imprenditore ha il dovere di destinare i suoi beni ai creditori.

La citata autorevole teoria, ha incontrato, in tempi più recenti, forti critiche; in particolare per la sua eccessiva attenzione al piano soggettivo<sup>320</sup>.

Si è ritenuto, infatti, che la ricerca di un criterio per la delimitazione temporale della rilevanza penale dei fatti di bancarotta debba essere attuata sul terreno dell'elemento materiale. Se è vero che l'imprenditore risponde con tutti i suoi debiti presenti e futuri, non si deve confondere, tuttavia, il principio di responsabilità illimitata con l'esigenza di conservazione della garanzia.

L'obbligo di conservazione deve essere considerato circoscritto al valore necessario a soddisfare le obbligazioni man mano che giungono a scadenza: al di là di questo limite si riespande il potere di disposizione.

Allora tale limite deve essere considerato un limite mobile che varia al variare continuo della situazione patrimoniale dell'imprenditore; ma tale situazione si rivela solo ad una valutazione concreta e contingente attenta *all'hic et nunc* dell'impresa.

Ogni atto di disposizione, quindi, deve essere valutato con riferimento alla situazione in cui viene compiuto, non essendo possibile giudicare altrimenti della sua presumibile incidenza sulla capacità dell'imprenditore di far fronte alle sue obbligazioni. Sulla base di tali riflessioni viene a crearsi una zona di rischio che, però, non è basata sul criterio cronologico: pur non essendo richiesto dall'art. 216 l. fall. un collegamento causale con il fallimento, l'offensività in concreto dei fatti di bancarotta si attua nell'implicito requisito di idoneità dei comportamenti a causare lo squilibrio patrimoniale da cui deriva il dissesto dell'impresa.

Pertanto, la dottrina più accorta è giunta a riconoscere che la soglia di rilevanza penale delle condotte di bancarotta prefallimentare sia rappresentata da un limite mobile che è frutto di un complesso giudizio formulato all'esito del fallimento; tale giudizio va effettuato in base ad una valutazione *ex ante* di idoneità delle condotte tipiche a pregiudicare la funzione di garanzia del patrimonio; e deve essere svolta, in sede di accertamento dell'elemento oggettivo, presupponendo l'impiego di una

---

<sup>320</sup> In tal senso, v. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in AA.VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Giappichelli, 2010, p. 3 ss.

prognosi a base totale, che tenga conto di fattori congiunturali esogeni, determinati nell'inesco della crisi.

Invero, posta innanzi alla finalità di superare le situazioni di incertezza succitate, la Corte di cassazione, facendo suoi gli approdi della più accorta dottrina, ha configurato la fattispecie criminosa in parola come reato di pericolo concreto. Secondo tale impostazione, le condotte disciplinate dall'art. 216 l. fall. trovano in loro stesse le ragioni della loro illiceità penale, in quanto presuppongono l'esposizione al pericolo del bene tutelato<sup>321</sup>.

Il soggetto che pone in essere i fatti di bancarotta viene punito per aver pregiudicato la garanzia patrimoniale dei creditori, ma nel caso in cui sia sopravvenuto il fallimento.

La tutela penale, pertanto, sembra autolimitarsi, rinunciando a scattare quando il bene protetto viene esposto a pericolo; ciò in quanto si ritiene che l'offesa ai creditori sarebbe ancora meramente potenziale.

Tuttavia, l'intervenuto fallimento rende tale offesa effettiva e rilevante: il reato, dunque, si completa definitivamente con tale accadimento; precedentemente a ciò, il soggetto attivo è considerato ancora in grado di adempiere alle pretese dei creditori.

Prima della sentenza che dichiara l'insolvenza, infatti, sopravvenienze favorevoli sono ancora in grado di dissipare il pericolo al bene tutelato; dopo, invece, cessando l'attività di impresa l'offesa diventa irreversibile e il pericolo si colora come danno.

Da quanto esposto finora, si desume che la giurisprudenza di legittimità ricostruisce il reato *ex art. 216 l. fall.* secondo lo schema dei reati di pericolo concreti, individuando proprio nel fallimento l'elemento che rende concreto il pericolo<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> In questo senso, si veda, *ex multis*, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720 ss., con nota di Pantanella, *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della sentenza "Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*.

<sup>322</sup> Cfr. Sez. V, 17 luglio 2014, n. n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720 ss., con nota di Pantanella, *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della sentenza "Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*. In senso conforme alla considerazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale quale reato di pericolo concreto, v. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, 2003, p. 108 ss.; in senso difforme, v., su tutti, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 66 ss., il quale configura il reato in analisi come reato di evento, ritenendo appunto che quest'ultimo si concretizzi nel dissesto della società, ritenendo, conseguentemente, sussistente il nesso eziologico.

Quanto sviluppato finora, invero, rappresenta il presupposto logico per affrontare la questione sulla presenza, o meno, del fallimento – inteso sia in senso di sentenza dichiarativa dell’insolvenza, sia in senso di dissesto – all’interno dell’oggetto del dolo.

La Corte di cassazione, conseguentemente alla sua esclusione dal rappresentare l’evento del reato, ha ritenuto opportuno asserire come tale elemento non debba essere oggetto di rappresentazione e volontà, sia pure a titolo di accettazione del rischio, da parte del soggetto agente.

La giurisprudenza di legittimità ha, pertanto, riproposto il consolidato orientamento secondo cui non è dunque la consapevolezza o la prevedibilità in concreto ad essere oggetto del dolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale, quanto la rappresentazione del pericolo che la condotta costituisca per la conservazione della garanzia patrimoniale e per la conseguente tutela degli interessi creditori<sup>323</sup>.

Sulla medesima problematica si è cimentata anche la dottrina, la quale, tuttavia, distingue a seconda che si tratti della dichiarazione di fallimento o del dissesto.

Per quanto riguarda la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, alla luce della prevalente considerazione che le assegna natura di condizione obiettiva di punibilità, non vi sono difficoltà nel ritenerne l’estraneità all’oggetto del dolo<sup>324</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il dissesto il discorso appare maggiormente complesso.

A tal proposito, la dottrina più attenta ha messo in guardia come non si possa ipotizzare un dolo di bancarotta fraudolenta, quale dolo di pericolo concreto, senza che il dissesto entri, anche a mero titolo di possibilità, nella sfera psicologica dell’agente. Nel consapevole prospetto di un dissesto eventuale, le condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale si caricano di potenziale offensivo<sup>325</sup>.

Non sarebbe, infatti, psicologicamente ipotizzabile dolo di pericolo per le ragioni creditorie se non affiori, nel processo mentale del debitore, un’eventuale crisi irreversibile, financo remota, ma connessa a dati concreti.<sup>326</sup>

---

<sup>323</sup> In senso analogo, v. Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, in *C.E.D. Cass.*, n. 261367; v. anche Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 44933, *ivi*, n. 251214.

<sup>324</sup> Sul punto, v., su tutti, AMROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, cit., p. 293

<sup>325</sup> ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., p. 72, intravede proprio in questo elemento soggettivo il fattore in grado di circoscrivere nel tempo l’incriminabilità dei fatti rilevanti.

<sup>326</sup> In senso conforme, v. PEDRAZZI, *Sub art. 216*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diverse dal fallito*, Monduzzi, 1995, p. 76 ss.

Infine, occorre quantomeno far un breve cenno alle possibili conseguenze che si possono verificare per mezzo dell'introduzione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

A tal riguardo, si deve notare come la disposizione di cui all'art. 216 l. fall. viene riprodotta nel nuovo art. 322 c.c.i.i., senza che ne venga modificato il modello di incriminazione.

Tuttavia, come noto, il legislatore delegante ha imposto la sostituzione dell'espressione "fallimento" con quella di "liquidazione giudiziale" e del termine "fallito" con il sintagma "imprenditore in liquidazione giudiziale"<sup>327</sup>.

Allo stesso tempo, invero, lo stesso delegante ha precisato che tali adattamenti si debbano attuare, ferma restando la continuità normativa delle incriminazioni; in altri termini, il legislatore delegante ha voluto scongiurare con tali mutamenti potessero scongiurare eventuali effetti abolitivi.

Ovviamente, con riguardo a tale situazione, si deve capire se effettivamente si tratta di un mero adattamento linguistico privo di conseguenze sul sistema penale della bancarotta o meno.

L'alternativa, infatti, su cui ci si dovrà senza dubbio cimentare nel prossimo futuro, è rappresentata dalla possibilità che si sia giunti alla riscrittura degli elementi di fattispecie: attraverso i mutamenti delle disposizioni concorsuali-civilistiche ben potrebbero risultare costruite nuove figure di illecito penale eterogenee, sotto il profilo strutturale, rispetto appunto alle previgenti figure previste dalla legge fallimentare, in modo da poter valutare la manifestazione di fenomeni di natura abolitivi.

## **2.2. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento**

Centrale nella ricostruzione del modello di incriminazione del delitto di bancarotta prefallimentare appare proprio la corretta qualificazione giuridica della sentenza che dichiara il fallimento; argomento peraltro assolutamente attuale, in quanto oggetto, come si è accennato, di un recente, anche se forse non ancora definitivo, mutamento di giurisprudenza<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., p. 488 ss.

<sup>328</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passerelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784 ss., con nota di D'Alessandro, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofiliachia, la legalità e il*

Per più di cinquant'anni, a ben vedere, sul punto è regnata una forte discordia tra dottrina e giurisprudenza.

Da un lato, la dottrina, sulla scorta di quanto affermato da Cesare Pedrazzi, ha quasi pacificamente ricostruito tale elemento quale condizione obiettiva<sup>329</sup>.

L'origine di tale posizione deve essere rinvenuta nella considerazione che il fallimento non trova nei fatti di bancarotta il proprio necessario antecedente causale, potendo esso derivare da fattori del tutto accidentali e incolpevoli, quali, ad esempio, un'improvvisa crisi economica; pertanto, l'oggetto della sanzione punitiva non può essere costituito dal fallimento medesimo.

Queste considerazioni hanno portato alla concezione della bancarotta secondo cui le norme si prefiggono di punire non tanto il fallimento, quanto quelle condotte dolose e colpose che rappresentano la violazione delle regole gestionali della buona amministrazione poste a protezione delle ragioni creditorie<sup>330</sup>.

Sulla base di simili premesse, pertanto, la dottrina dominante ritiene che il fallimento, non potendo essere considerato elemento costitutivo del reato, vada inquadrato nella categoria della condizione obiettiva di punibilità.

Le condizioni obiettive di punibilità, di cui all'art. 44 c.p., pur essendo, al pari dei presupposti, esterne al comportamento incriminato, ne differiscono in quanto non incidono sulla esistenza del reato, che deve essere già completo in tutti i suoi elementi, ma hanno la funzione di rendere applicabile la pena. Consistono, inoltre, in un avvenimento futuro ed incerto, svincolato, sia sotto l'aspetto materiale sia sotto l'aspetto psicologico, dalla condotta criminosa<sup>331</sup>.

Dunque, secondo la dottrina prevalente, il fallimento costituisce un limite alla repressione penale nel senso che i fatti indicati dalla legge, nonostante il disvalore ad

---

*dialogo interdisciplinare.*; cfr. anche Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, Santoro, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2197, con note di Chaibelli e di Fassi

<sup>329</sup> Cfr. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 835 ss. In tal senso, v., tra gli altri, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 183 ss., ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, tredicesima edizione a cura di Grosso, Giuffrè, 2014, p. 52 ss., AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 270 ss., ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Giuffrè, 2014, p. 100 ss.

<sup>330</sup> In tal senso, v., su tutti, DELITALA, *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, volume II, Giuffrè, 1976, p. 720 ss.

<sup>331</sup> Sulle condizioni obiettive di punibilità, v., *ex multis*, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 440 ss., FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 813 ss., PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, p. 429 ss.



essi immanente, vengono puniti solamente qualora l'imprenditore che li ha commessi fallisca.

Occorre, tuttavia, segnalare come altra dottrina, pur considerando la dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità, intravede nel suo presupposto sostanziale, segnatamente il dissesto societario, l'evento del reato di bancarotta fraudolenta, il quale, conseguentemente non si configurerebbe quale reato di condotta e di pericolo, bensì proprio di evento, risultando richiesto anche il nesso eziologico tra le condotte rilevanti e l'insolvenza dell'impresa<sup>332</sup>.

Dall'altro lato, la giurisprudenza di legittimità, fin da quanto statuito dalle Sezioni unite Mezzo del 1958, ha sempre qualificato la sentenza di fallimento come un elemento costitutivo diverso però dall'evento naturalistico, in quanto non collegato alla condotta né da un nesso causale né da un nesso psicologico<sup>333</sup>.

La prospettiva della giurisprudenza di legittimità è sempre stata tesa ad escludere la natura di condizione obiettiva di punibilità, in primo luogo, sulla base della difficoltà dommatica di tale istituto, posto l'incerto e scivoloso discrimine tra condizioni "intrinseche" ed "estrinseche"<sup>334</sup>.

In secondo luogo, la ragione doveva individuarsi nella rilevazione che proprio nella sentenza che dichiara il fallimento si accentra il disvalore delle fattispecie di bancarotta, tanto da essere considerato il presupposto logico e temporale per la incriminabilità di una serie di atti dell'imprenditore che in assenza della dichiarazione di fallimento potrebbero qualificarsi come espressivi dell'esercizio della libera intrapresa economica, come tale presidiata da precetti costituzionali.

La Corte riconosceva tale importanza al fallimento, che viene a rappresentare il limite del penalmente rilevante nelle condotte imprenditoriali. Tale ruolo di evidente rilevanza all'interno della struttura della bancarotta non avrebbe potuto essere

---

<sup>332</sup> In tal senso, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 19 ss.

<sup>333</sup> Cfr. Sez. un., 25 gennaio 1958, Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, II, p. 515, con nota di Sabatini, *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*.  
; nello stesso senso, su tutti, v. Sez. V, 18 novembre 2014, n. 5590, in *Diritto & giustizia*, 6 febbraio, con nota di Foti; Sez. V, 6 novembre 2013, n. 597, in *Diritto & giustizia* on line 2014, con nota di Fontana; Sez. V, 29 settembre 2012, n. 733, cit.

<sup>334</sup> Cfr. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 652 ss.

“degradato” a mera condizione obiettiva di punibilità: sarebbe dovuta altresì essergli riconosciuta “dignità” di elemento costitutivo, sebbene non avente natura di evento<sup>335</sup>.

Seguendo questa condivisa conclusione che la dichiarazione di fallimento non rappresentava l’evento del reato, l’interprete avrebbe dovuto limitarsi a valutare l’esistenza di una delle condotte di bancarotta, senza porsi il problema se essa abbia influito a determinare, dapprima, lo stato di insolvenza e, poi, il fallimento.

Quest’ultimo, quindi, poteva risultare del tutto indipendente dalle condotte di bancarotta, ma, in ogni caso, avrebbe legittimato l’irrogazione della pena.

In pratica, ciascuno dei fatti di bancarotta avrebbe espresso, già di per sé, la tipicità offensiva dell’illecito penale, ma la punibilità sarebbe rimasta condizionata al verificarsi del fallimento per mere ragioni di opportunità.

In particolare, si è parlato, dapprima, di “condizione di esistenza del reato” ovvero di “un elemento al cui concorso è collegata l’esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia”<sup>336</sup>.

Successivamente, invece, si è fatto riferimento ad una sorta di elemento costitutivo indispensabile per attribuire rilevanza penale a condotte altrimenti lecite<sup>337</sup>.

O, ancora, la giurisprudenza di legittimità ha utilizzato l’espressione “elemento costitutivo del reato in senso improprio”<sup>338</sup>.

In ogni caso, a prescindere da tali sfumature, la Corte di cassazione si è mostrata ferma nelle sue posizioni fino, come si è avuto modo di anticipare, alla sentenza delle Sezioni unite Passarelli del 2016<sup>339</sup>.

In un passaggio praticamente incidentale, infatti, della pronuncia in parola – che aveva ad oggetto la questione del c.d. falso valutativo all’interno della figura criminosa delle false comunicazioni sociali – la Corte osserva che la condotta di bancarotta distrattiva prefallimentare si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, la quale in virtù

---

<sup>335</sup> Sul punto, v. BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *Penale contemporaneo*, 16 febbraio 2015.

<sup>336</sup> Cfr. Sez. Un., 25 gennaio 1958, in *Giust. pen.*, 1958, II, p. 515, con nota di Sabatini, *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*.

<sup>337</sup> Cfr. Sez. I, 16 novembre 2000, n. 4356, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1533; Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46182, *ivi*, 2006, p. 2593.

<sup>338</sup> Cfr. Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in *Foro it.*, 2015, II, c. 726.

<sup>339</sup> Cfr. Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784 ss. Per uno sguardo in dottrina sul punto di veda GAMBARDELLA *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 187.

del fatto che rappresenta una pronuncia giudiziaria si pone come evento successivo e comunque esterno alla condotta stessa.

Tuttavia, il vero e compiuto mutamento giurisprudenziale si è avuto con una successiva sentenza, nota come “Sentenza Santoro”, la quale ha espressamente qualificato la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità<sup>340</sup>.

In tale arresto la Corte afferma che il legislatore ha la facoltà di configurare elementi costitutivi estranei alla dicotomia “evento/condizione obiettiva di punibilità”, ma tale scelta dovrebbe essere assolutamente esplicita. Inoltre, viene messo in dubbio la qualificazione di elemento costitutivo di una fattispecie criminosa nei confronti di un provvedimento giudiziale, quale è appunto la sentenza di fallimento<sup>341</sup>.

Invero, il dibattito potrebbe non essersi concluso in via definitiva; in questo senso, occorre richiamare una successiva sentenza sempre della stessa Sez. V della Corte di cassazione, la quale con la nota “Sentenza Palitta”, appare fare qualche passo indietro, quasi a sconfessare in maniera assai velata il precedente e recente orientamento giurisprudenziale.<sup>342</sup>

Infatti, a ben vedere, sembra quasi che, per mezzo della pronuncia in parola, la Corte cerchi di limitare il più possibile gli effetti del mutato orientamento giurisprudenziale in merito alla natura di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento.

La “Sentenza Palitta” liquida in tal modo il mutamento effettuato dalla “Sentenza Santoro”: “anche ove si candidasse la dichiarazione di fallimento a ricoprire il ruolo di condizione per la sola punibilità, come fortemente sollecitato dalla dottrina

---

<sup>340</sup> Cfr. Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2197 ss.

<sup>341</sup> Per una attenta analisi della sentenza in parola, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 187 ss., il quale riporta come per la sentenza in parola la ricostruzione tradizionale non risulta coerente nemmeno con il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, in quanto si richiede il fallimento come oggetto del rimprovero per il soggetto agente. L’offensività tipica dei fatti previsti dal legislatore sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento, la quale, precludendo all’imprenditore ogni margine di autonoma capacità di risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile la sanzione penale. La dichiarazione di fallimento, dunque, in quanto dato estraneo all’offesa tipica e alla sfera di volizione dell’agente, rappresenta una “condizione estrinseca di punibilità, che restringe l’area del penalmente illecito, imponendo la sanzione penale solo in quei casi in cui alle condotte tipiche, di per sé offensive degli interessi creditorî, segua la sentenza dichiarativa di fallimento.

<sup>342</sup> Cfr. Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3951, con nota di Marina Poggi d’Angelo, *Sul modello d’illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*.

alla quale da ultimo la giurisprudenza di questa Corte ha mostrato apertura”. Come si può notare, orbene, la Corte ridimensiona il nuovo orientamento utilizzando, da un lato, una proposizione ipotetica “anche ove si candidasse...” e, dall’altro, l’utilizzo del termine piuttosto incerto “apertura”.

Risulta, pertanto chiaro, come la Corte in questo caso abbia cercato in maniera evidente di tornare sui suoi passi: ciò con ogni probabilità è avvenuto a causa del timore che incute la incerto istituto delle condizioni obiettive di punibilità, soprattutto per quanto concerne l’esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori.

Come si evince da quanto appena esposto, dunque, la questione della natura della sentenza di fallimento non si mostra del tutto superata, con la conseguenza che i dubbi e le incertezze interpretative e applicative che hanno sempre imperversato nella materia non risultano definitivamente sopiti.

### **2.3. Il nesso di causalità e l’apparente conflitto giurisprudenziale: la *damnatio memoriae* della “Sentenza Corvetta”**

Il punto di partenza del discorso è rappresentato dalla presa d’atto dell’esistenza di un unico precedente difforme<sup>343</sup>, considerato da molti momento epifanico per mutare la granitica interpretazione della giurisprudenza di legittimità ovvero, ad ogni modo, rilevazione di un eventuale conflitto giurisprudenziale.

Tale pronuncia – la nota “sentenza Corvetta” – aveva, infatti, affermato che il fallimento, costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso, e, pertanto, deve porsi in rapporto causale con la condotta dell’agente, e deve, altresì, essere sorretto dall’elemento psicologico del dolo<sup>344</sup>.

In particolare, l’arresto in parola, una volta escluso che il fallimento debba considerarsi condizione obiettiva di punibilità – in virtù del fatto che proprio questo rappresenta l’elemento in cui si concentra il disvalore di condotte altrimenti “neutre”

---

<sup>343</sup> Si veda Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, con nota di Sandrelli, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta “propria”*, n. 04, 2013, p. 1440 ss.; in senso apparentemente analogo, v. anche Sez. F., 10 settembre 2013, n. 41655.

<sup>344</sup> Sul punto, in dottrina, v. VIGANO’, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Penale contemporaneo*, 14 gennaio 2013, il quale ritiene implicito il riferimento della Corte al presupposto sostanziale del fallimento, segnatamente il dissesto.

– e una volta affermato che tale accadimento sia, all'opposto, elemento costitutivo del delitto di bancarotta, giunge alla conclusione che esso non possa sottrarsi alla regola secondo cui può essere imputato all'agente soltanto quanto da lui cagionato mediante la condotta descritta dalla norma incriminatrice.

Sulla scorta di tali riflessioni, il Giudice supremo conclude allora che "la bancarotta è un reato di evento, e tale evento consiste nella insolvenza della società, che trova riconoscimento formale e giuridicamente rilevante nella dichiarazione di fallimento"; e come tale esso evento dovrà porsi in concreto quale conseguenza della condotta rimproverata all'agente ai sensi dell'art. 40 c.p.<sup>345</sup>.

In merito alla sentenza in parola, si ritiene necessario, tuttavia, indicare come si abbia l'impressione che la Corte sia caduta in un'aporìa terminologica, non distinguendo i termini "fallimento" e "dissesto".

Per "fallimento", infatti, deve intendersi, come noto, il formale provvedimento giurisdizionale che dichiara l'insolvenza societaria; al contrario, per "dissesto" deve intendersi la sostanziale situazione di crisi economica che poi conduce al fallimento<sup>346</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, nel caso in parola, sembra inspiegabilmente essere scivolata su tale fraintendimento terminologico, confondendo i due istituti, riferendosi ora ad uno, ora all'altro, con l'evidente risultato di rendere estremamente complessa la comprensione della ricostruzione effettuata.

Tuttavia, sebbene il Giudice supremo, in tale pronuncia, si sia riferito al fallimento in luogo dell'insolvenza societaria, ciò nondimeno esclude che abbia, successivamente, preso nettamente posizione contro la teoria che intravedeva in quest'ultima l'evento del reato, escludendo, di fatto, il profilarsi di un contrasto di giurisprudenza sul punto.

A tal uopo, giova ricordare che tale pronuncia è venuta ad inserirsi sulla scia dell'opposto orientamento giurisprudenziale, rimanendo, tuttavia, un mero caso isolato: sarà proprio la giurisprudenza di legittimità, nel ribadire il tradizionale

---

<sup>345</sup> Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit.

<sup>346</sup> Sul punto, in giurisprudenza, vedi Sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998, in *C.E.D. Cass.*, n. 262189, nella quale si precisa che la nozione di fallimento, collegata al fatto storico della sentenza che lo dichiara, è ben distinta da quella del dissesto, la quale ha natura economica ed implica un fenomeno in sé reversibile; vedi anche Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *penale contemporaneo*, 13 maggio 2015, con commento di Carlo Bray, nella quale si riscontra proprio nell'errata distinzione tra i due descritti fenomeni la causa alla base dell'esito diverso della citata sentenza difforme. In dottrina, invece, su tutti, v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Bancarotta e altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, pag. 195 ss.

orientamento in tutte le successive pronunce, a ritenerla tale<sup>347</sup>; a tal proposito non può sottacersi il curioso accadimento che, nello stesso giorno d'udienza, altro Collegio della stessa Sezione della Cassazione abbia emesso altra sentenza<sup>348</sup> che, riprendendo i principi giurisprudenziali classici in materia, ribadendo ancora una volta che, “in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, la punibilità della condotta non è subordinata alla condizione che la stessa distrazione sia causa del dissesto, in quanto, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti distrattivi assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi, e, dunque, anche quando l'impresa non versava ancora in situazione di insolvenza, né rileva, trattandosi di reato di pericolo, che – al momento della consumazione – l'agente avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato”.

Invero, la stessa giurisprudenza di legittimità, in una pronuncia di poco successiva – ponendosi in diretta correlazione dialogica – ammette che l'analisi di questo isolato orientamento debba essere “parametrata sulle peculiarità del caso allora *sub judice*”: a differenza dei casi di cui si era occupata la precedente giurisprudenza, nei quali le condotte distrattive erano state compiute in un periodo prossimo alla dichiarazione di fallimento, in quel caso, al contrario, si trattava di punire condotte poste in essere senza alcuna contiguità con la decozione dell'impresa<sup>349</sup>.

Proprio tale circostanza, nella quale si è imbattuta la Corte nel caso appena richiamato, rappresenta una delle tipiche situazioni di grave incertezza che storicamente hanno rappresentato i punti dolenti della disciplina.

Ben può verificarsi, in effetti, che l'imprenditore, finché l'azienda si trovi *in bonis*, ponga in essere condotte distrattive, senza perciò essere soggetto allo strumento penale, pur avendo tenuto comportamenti di per se stessi idonei a ledere l'interesse tutelato; al contrario, si potrebbe arrivare a punire fatti illeciti, insignificanti nel quadro del dissesto, o addirittura irragionevolmente risalenti nel tempo - in linea teorica anche fatti risalenti a quando la società era ancora *in bonis*<sup>350</sup>.

Occorre, ad ogni modo, indicare come, al fine di correggere tali situazioni critiche, senza per ciò solo forzare il dettato letterale della legge fallimentare, il Giudice

---

<sup>347</sup> Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, in *C.E.D. Cass.*, n. 261367, la considera “pronuncia peraltro isolata”.

<sup>348</sup> Sez. V, 2012, n. 733, in *Riv. dottori comm.*, fasc.3, 2013, pag. 69, con nota di Chiaraviglio.

<sup>349</sup> Cfr. Sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720 ss.,

<sup>350</sup> Sul punto v., su tutti, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 271 ss.

supremo, a eccezione della pronuncia da ultimo ricordata, evitando di ricadere nella accennata ambiguità terminologica si è posta in aperto contrasto con lo schema “condotta rilevante – nesso causale – evento di dissesto”; a tal fine, si è consolidata nel ricostruire la figura della bancarotta fraudolenta patrimoniale secondo lo schema del reato di pericolo concreto, ritenendo, pertanto, irrilevante un collegamento causale tra le condotte distrattive e lo stato di insolvenza.

#### **2.4. L’argomento letterale e il confronto con la bancarotta fraudolenta da reato societario come reato di evento**

Al rilevante esito, secondo cui il delitto di bancarotta c.d. propria rappresenta un reato di pericolo concreto, si deve pervenire sulla base di un’interpretazione letterale.

La lettera della disposizione di cui all’art. 216 l. fall., infatti, diverge da quella dell’art. 223, comma secondo, l. fall.: solo in quest’ultima, il legislatore ha inteso attribuire rilevanza a quelle condotte che cagionano il dissesto societario. Pertanto, laddove l’Autore delle leggi ha ritenuto opportuno prevedere una connessione causale tra la condotta del soggetto attivo e il successivo dissesto, lo ha espressamente prescritto.

Sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto il dato letterale insuperabile e, quindi, ha escluso, una volta per tutte, la sussistenza del nesso di causalità<sup>351</sup>.

Effettivamente, il d. lgs. n. 61 del 2002, per mezzo dell’introduzione all’interno dell’art. 223, comma secondo, n. 1, l. fall. della formula “hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società”, ha condotto una rilevante ristrutturazione del reato, prevedendo espressamente un evento, segnatamente il dissesto societario, e la connessione causale tra i reati societari richiamati nella fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria e tale dissesto<sup>352</sup>.

Appare ragionevole concludere che il legislatore abbia trasformato il delitto di bancarotta fraudolenta societaria da reato di pericolo in reato di danno, caratterizzando

---

<sup>351</sup> Cfr. Sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720 ss.

<sup>352</sup> Per una lucida analisi sul nesso di causalità nella bancarotta impropria, si veda GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. Pen.*, 2003, n. 01, p. 88 ss.

la nuova fattispecie per un maggior disvalore dovuto proprio al collegamento eziologico tra i reati societari e l'evento di dissesto, in modo da giustificare il più grave trattamento sanzionatorio applicato al reato societario che, a seguito della dichiarazione di fallimento, si trasforma in bancarotta fraudolenta societaria<sup>353</sup>.

Se, dunque, alla luce delle riflessioni sin qui svolte, appare evidente ammettere la diversità strutturale tra l'art. 216 l. fall. e l'art. 223, comma secondo, l. fall., tuttavia non univoca è stata la risposta degli interpreti che si sono espressi sulle conseguenze da riconoscere a tale diversità strutturale.

Secondo una prima impostazione, sul punto, verrebbe in evidenza una *lacuna legis*, con la conseguente necessità di ammettere l'esigenza di ricorrere all'analogia *in bonam partem*, in modo da ammettere la presenza dell'evento dissesto e la sua connessione eziologica con le condotte criminose<sup>354</sup>.

Altra impostazione, invece, giunge alla stessa conclusione, ma utilizzando una diversa argomentazione, "di sistema", per così dire<sup>355</sup>.

Si ritiene, infatti, che sarebbe proprio il fallimento, nel suo presupposto sostanziale dello stato di insolvenza, a caratterizzare la particolare figura criminosa, tanto da giustificare gli elevati limiti edittali.

In questa ottica, il nuovo dettato della bancarotta fraudolenta societaria sembrerebbe espressione e conferma di tale principio, laddove viene previsto un ponte causale tra le condotte incriminate e il dissesto. Secondo chi sostiene tale posizione sarebbe irragionevole far valere il suddetto principio solo per alcune figure di bancarotta fraudolenta.

Contro tali conclusioni, cui giungono seppur autorevolissime dottrine, oltre, come si è visto, alla giurisprudenza di legittimità, si pone chi ragiona richiamando il brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*"<sup>356</sup>.

In merito a tale questione, sembra ragionevole prediligere un'interpretazione letterale.

---

<sup>353</sup> Così CADOPPI, *Bancarotta societaria*, in *I reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, 2007, p. 380 ss.

<sup>354</sup> Cfr. VASSALLI, *La disciplina penalistica delle crisi di impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, Cedam, 2010, p. 653 ss.

<sup>355</sup> Cfr. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, cit., p. 300 ss.

<sup>356</sup> Sulla diversità strutturale e sulla inconciliabilità degli artt. 216 e 223 l. fall., v. SANDRELLI, *Lo stato di insolvenza come reato di bancarotta fraudolenta*, in *Cass. Pen.*, n. 04, 2013, p. 1429 ss.



Utilizzando il citato metodo ermeneutico, non può che giungersi alla conclusione in ordine alla diversità dell'impostazione normativa: mentre le condotte di cui all'art. 216 l. fall. possono cagionare direttamente la perdita di valore del patrimonio destinato a garanzia dei creditori, la commissione di illeciti societari, i quali contengono già una loro peculiare finalità di tutela, non necessariamente pregiudica l'integrità patrimoniale a cui mira l'art. 223 l. fall.

In merito al nesso di causalità, in particolare, è evidente la differente impostazione testuale degli articoli richiamati: l'art. 216 punisce "l'imprenditore che ha distratto, ecc", l'art. 223 l'amministratore che "cagiona il dissesto".

Questo dimostra che quando il legislatore ha inteso costruire la condotta di offesa agli interessi creditori mediante una conseguenza esterna all'azione tipicizzata, lo ha espressamente affermato con il richiamo al verbo "cagionare" e alla menzione espressa al rapporto causale tra la condotta e l'evento del dissesto.

Proprio il fatto che questa novella sia più recente, essendo stata modificata nel 2002, attesta "l'infondatezza del diverso assunto interpretativo". Qualora il legislatore fosse stato animato da "pulsione ermeneutica autentica", sarebbe intervenuto su tutte le norme fallimentari che coinvolgono le condotte di impoverimento dell'asse attivo, imponendo per tutte il nesso eziologico col dissesto. Invece, ha deciso di lasciare la "vistosa difformità" tra l'art. 216 e l'art 223 l. fall.<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> PEDRAZZI, *Diritto penale, Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 1001 ss., ritiene che l'esigenza di un nesso eziologico non solo non risulti dal dato positivo, ma sembri contraddetta dal sistema.

Secondo tale autorevole voce, il quesito si pone in questi termini: se la causazione (o l'aggravamento) del dissesto rappresenti il denominatore comune delle ipotesi della bancarotta. L'argomento vero, seguendo tale impostazione, è dato dalla totale equiparazione delle forme patrimoniali e di quelle documentali della bancarotta, sia fraudolenta che semplice. Della bancarotta documentale, auspicata da altrettanto autorevole dottrina, è un auspicio che però non corrisponde alla vigente realtà legislativa: ciò sia per il parallelismo tra i nn. 1 e 2 dell'art. 216, comma 1, come tra il comma 1 e 2 dell'art. 217; sia per la confluenza dei due gruppi di ipotesi nella cornice unitaria sottintesa dall'aggravante dell'art. 219, cpv.

Ora solo la bancarotta patrimoniale è riducibile a causazione o aggravamento del dissesto, quanto meno *de jure condendo*; la bancarotta documentale, invece, riflette una tutela più avanzata delle ragioni creditorie, che perderebbe buona parte della sua efficacia se si volesse chiedere qualcosa di più di una semplice esposizione a pericolo.

Tuttavia, *de lege legata*, la bancarotta patrimoniale e quella documentale sono equiparate sia nella struttura che nella correlazione al fallimento: l'equiparazione, infatti, non può che avvenire al più tenue livello di lesività (costituito appunto dalle forme documentali).

Sembrirebbe, pertanto, che il reato di bancarotta possa essere considerato reato di condotta: la stessa forma patrimoniale sembra essere costituita da condotte descritte in forme modali, e non in funzione di un risultato esterno. Il Pedrazzi, a tal proposito, mette in evidenza come la "carica offensiva rappresenti

## 2.5. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento come tentativo di correttivo

Un significativo tentativo di rivitalizzare la teoria della zona di rischio penale è rappresentato dalla teoria della c.d. imputazione oggettiva dell'evento<sup>358</sup>.

Di particolare interesse e attinenza è l'applicazione pratica di tale teoria alla disciplina della bancarotta fraudolenta<sup>359</sup>, figura, quest'ultima, le cui problematiche in tema di causalità e imputazione soggettiva possono essere risolte attraverso il ricorso alla citata teoria.

L'analisi prende avvio con la constatazione riguardante la situazione contraddittoria e problematica che caratterizza il sistema delineato dall'art. 216 l. fall.

Seguendo la citata impostazione, il cagionamento del dissesto – o, per meglio dire, l'aumento del rischio del suo verificarsi – viene, infatti, a rappresentare, nella maggior parte dei casi, un addebito meramente eventuale.

A tal riguardo, gli autori della costruzione dogmatica in parola<sup>360</sup> riconoscono come il fallimento non verrebbe punito di per sé, bensì le sanzioni scatterebbero, comunque, solo nel caso di un suo palesamento; la ragione di tale situazione viene rintracciata nella volontà del legislatore di permettere ampi spazi di manovra all'imprenditore nella gestione del patrimonio dell'impresa, purchè riesca a mantenerla *in bonis*. Nel caso in cui l'imprenditore riesca a soddisfare tale esigenza, si è sostenuto che l'ordinamento gli conceda la facoltà di affrontare qualunque rischio.

A ben vedere, gli atti illeciti sui beni dell'impresa – ad eccezione di reati comuni (ad es. appropriazioni indebite) o reati connessi alla sua professione (ad es. falsi in bilancio o reati tributari) – resterebbero civili prima del fallimento, con la conseguenza di dover considerare penalmente leciti i rischi, se reputati *ex ante*; questi diventerebbero penalmente illeciti solo *ex post*, una volta dichiarato il fallimento.

Tuttavia, proprio tale sistema configurerebbe, per i teorici dell'imputazione oggettiva dell'evento, un'"insanabile contraddizione etica": un fatto, invero, non può

---

un connotato qualificante, ma come potenzialità intrinseca e non come causalità sviluppata"; il nesso, quindi, è visto solo come eventuale e non imprescindibile.

<sup>358</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, p. 2 ss. In senso fortemente critico, per tutti, si segnala la posizione di MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa: morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1991, p. 26 e ss.

<sup>359</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 138 ss.

<sup>360</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 138.

diventare illecito per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile, come appunto l'insolvenza (e il conseguente fallimento)<sup>361</sup>.

Prima del fallimento, infatti, l'imprenditore è salvo da qualsiasi atto di distrazione, di dissipazione, di occultamento di beni, di pagamento preferenziale, ecc.; con la decozione dell'impresa, al contrario, quei comportamenti pregressi diventano punibili.

Ma la gravità della situazione, secondo l'impostazione in parola, risiederebbe nel fatto che quelle condotte sono punite *ex post* anche se al tempo della loro realizzazione risultavano del tutto prive di pericolosità rispetto all'integrità del patrimonio di impresa per l'ampia capienza di quest'ultimo rispetto ai debiti sociali.

Proprio al fine di superare tale descritta contraddizione, i fautori della teoria in parola hanno ritenuto opportuno coordinare il tema dell'evento-insolvenza con quello dell'imputazione oggettiva, selezionando i rischi penalmente rilevanti, all'interno di un campo tipicamente doloso come quello della bancarotta fraudolenta: l'attenzione, dunque, deve essere posta sul rapporto tra imputazione oggettiva dell'evento e dolo, segnatamente sul c.d. rapporto di rischio nei reati dolosi<sup>362</sup>.

Secondo tale logica, dovrebbero essere sanzionate solamente le violazioni strettamente collegate allo stato di insolvenza, sul quale hanno avuto un'incidenza economica e in rapporto alla cui sussistenza si profila il disvalore di azione.

In tal modo, la condotta illecita non sarebbe più quella che, casualmente, venisse a trovarsi di fronte ad una procedura concorsuale, bensì quella che approfondisse il rischio di un'insolvenza esistente o che ne fosse la causa. Si attuerebbe così un'imputazione oggettiva tra condotta prefallimentare e stato d'insolvenza, e quindi fra rischio illecito attivato e quello realizzatosi.

Solo di questo andare, infatti, il fallimento, seppur con il valore di condizione obiettiva di punibilità, non farebbe pagare all'imprenditore colpe dipendenti dal caso fortuito, rispettando compiutamente il principio della responsabilità per fatto proprio<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 139.

<sup>362</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 140.

<sup>363</sup> DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 142.

Tuttavia, occorre notare come tale lettura dei reati di bancarotta fraudolenta alla luce della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento è stata oggetto di attenzione da parte di altra dottrina<sup>364</sup>.

In particolare, è stato rilevato come, seguendo l'impostazione della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, il nesso di rischio verrebbe ad indicare la congruità tra il rischio attivato dalla condotta tipica dolosa e lo stato di insolvenza, e allo stesso tempo darebbe corpo al pericolo concreto cui è esposto il bene protetto per effetto del comportamento illecito: in particolare, l'idoneità della condotta distrattiva a compromettere la garanzia patrimoniale dovrebbe valutarsi in relazione alla situazione di rischio di dissesto (zona di rischio) che, invero, qualificherebbe il pericolo, concretizzandolo.

Pertanto, si è sostenuto che non dovrebbe essere considerata punibile a titolo di bancarotta fraudolenta la condotta distrattiva che colpisse il patrimonio societario in modo tale da non impedire un successivo risanamento della situazione economica dell'impresa, attuato, ad esempio, attraverso una ricapitalizzazione: in un caso del genere, infatti, non sarebbe stato in grado di "attivare" quel rischio di insolvenza, che solo successivamente si sia prodotto in un contesto della vita dell'impresa caratterizzato dall'assenza di comportamenti "a rischio".

Alla luce di tali riflessioni, viene ammesso che il giudice non debba andare a ricercare un vero e proprio nesso eziologico tra la condotta distrattiva e l'insolvenza, in quanto ciò significherebbe trasformare il reato di pericolo in reato di danno, la qual cosa è contraddetta dal dato positivo; ma, al contrario, che si debba stabilire un *continuum* temporale tra le situazioni di rischio: il rischio attivato dalla condotta tipica e la situazione d'insolvenza nel quale esso si concretizza<sup>365</sup>.

### **3. La bancarotta fraudolenta impropria e il problema dell'aggravamento del dissesto**

#### **3.1. Lo stato dell'arte della bancarotta fraudolenta impropria**

---

<sup>364</sup> Cfr. N. PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Giappichelli, 2010, p. 18.

<sup>365</sup> PISANI, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Giappichelli, 2010, p. 18.

Come noto, all'interno della bancarotta impropria *ex art. 223 l. fall.*, al primo comma viene disciplinata la bancarotta fraudolenta patrimoniale, in virtù del fatto che il disposto legislativo rinvia ai fatti e alle pene previste dall'art.216, mentre al secondo comma, in particolare al n. 1, prende vita una singolare formula legislativa in forza della quale una serie di ipotesi penali societarie vengono ad essere innestate, a seguito della dichiarazione di fallimento, nello schema della bancarotta fraudolenta<sup>366</sup>.

L'art. 223, secondo comma, n. 1, nella sua originaria formulazione, riteneva applicabile il reato di bancarotta societaria agli amministratori, ai direttori generali, ai liquidatori di società dichiarate fallite che avevano commesso "alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2623, 2628, 2630 del codice civile"<sup>367</sup>.

Nei tempi precedenti alla riforma del 2022, una parte della dottrina considerava la disposizione in esame come una circostanza aggravante dei reati societari in essa richiamati, negandogli, pertanto, il riconoscimento di figura criminosa autonoma<sup>368</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza non ha mai seguito tale interpretazione, ritenendo che la fattispecie penale in analisi non costituisse un'ipotesi aggravata del reato societario, ma un autonomo titolo di reato inquadrato nel paradigma della bancarotta fraudolenta impropria<sup>369</sup>.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità argomentava la propria opinione rilevando che l'art. 223, secondo comma, n.1, puniva i "fatti" preveduti dalle norme incriminatrici suddette; in altre parole, l'utilizzo del sostantivo "fatti", e non del sostantivo "reati", indicava che le violazioni delle citate disposizioni del codice civile erano normativamente considerate come "fatti" integranti il precetto di un'autonoma

---

<sup>366</sup> A tal proposito, PEDRAZZI, *I Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 165 ss., quale mette mette in evidenza come il diretto collegamento che passa tra diritto penale fallimentare e diritto penale societario ha indotto il legislatore a fondare una particolare ipotesi di bancarotta sul connubio tra reati societari e dichiarazione di fallimento, tale da giustificare l'assegnazione a questa fattispecie della qualifica di bancarotta fraudolenta societaria.

<sup>367</sup> Per un'analisi precisa e completa sulla bancarotta fraudolenta impropria, si veda In merito a tale figura si veda anche GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 245 ss.; oppure D'AVIRRO-DE MARTINO, *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Giuffrè, 2007, p. 5.

<sup>368</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 238 ss.; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 7; CADOPPI, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'articolo 223, cpv. n.1, l. fall.*, in *Fall.* 1981, p. 824.

<sup>369</sup> Sul punto si veda, Sez. I, 16 novembre 2000, Agostini, in *Riv. trim. dir. e pen. Econ.*, 2001, p. 761; Sez. V, 10 novembre 2000, in *Dir. e prat. Soc.*, 2001, fasc. 3, pg. 82; Sez. V, 21 novembre 1989, Piras; Sez. V, 26 giugno 1990, Bordini, *ivi*, 1991, I, p. 828, n. 747

fattispecie criminosa e non come “reati” più gravemente sanzionati per la sopravvivenza della procedura concorsuale<sup>370</sup>.

Nonostante questa convincente interpretazione giurisprudenziale, la norma in questione sollevava angosciosi problemi in dottrina.

Il primo era quello relativo al criterio seguito dal legislatore nella scelta dei reati che, secondo numerosi autori, non aveva una ragionevole giustificazione<sup>371</sup>.

Emblematica, come al solito, è la posizione di Cesare Pedrazzi, secondo cui “la cernita operata dall’art. 223 tra i reati societari risultava essere immotivata e capricciosa, in quanto se è vero che tra le norme richiamate dal suddetto articolo ve ne erano alcune dirette alla salvaguardia del capitale sociale, cui è affidata nel nostro ordinamento societario la salvaguardia delle ragioni dei creditori sociali, erano state tralasciate figure delittuose volte a tutelare direttamente i creditori sociali”. In particolare, osservava lo stesso Autore, erano rimaste fuori dallo schema del 223, comma 2, n. 1, l. fall., la formazione di capitale fittizio mediante valutazione esagerata dei conferimenti in natura (art. 2629 c.c.) e la prematura distribuzione dell’attivo tra i soci in fase di liquidazione (art.2675 c.c.)<sup>372</sup>.

Inoltre, compariva nell’elenco una serie di reati del tutto eterogenei rispetto al reato di bancarotta, come la divulgazione di notizie sociali riservate (art. 2622 c.c.) o l’aggiotaggio societario (previsto dall’art. 2628 c.c.), che, più che ledere le ragioni dei creditori, è destinato ad evitare la turbativa dei mercati azionari<sup>373</sup>.

Accanto a questo problema, se ne poneva un altro consistente nel fatto che non era richiesta la sussistenza di un nesso di causalità tra il “fatto”, contemplato dalle disposizioni del codice richiamate, e il dissesto della società<sup>374</sup>.

Secondo la dottrina prevalente, in sintonia con le fattispecie base dell’art. 216, primo comma, e a differenza della trama causale che caratterizza la fattispecie del successivo n. 2 dell’art. 223, secondo comma, non si richiedeva nessun collegamento

---

<sup>370</sup> Cfr. Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15062, in *C.E.D. Cass.*, n. 250092.

<sup>371</sup> Su tutti si veda CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 213.

<sup>372</sup> PEDRAZZI, *I reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell’impresa*, cit., p. 166.

<sup>373</sup> Cfr. D’AVIRRO-DE MARTINO, *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, cit., p. 6.

<sup>374</sup> Sul punto è lucida l’analisi di BRICCHETTI-PISTORELLI, *Bancarotta e altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 215 ss.

eziologico tra reato societario e fallimento della società: era sufficiente che il secondo intervenisse dopo la commissione del primo<sup>375</sup>.

Questa situazione poteva portare a far sì che fossero incriminati fatti risalenti nel tempo, quando la società era *in bonis*, addirittura attribuibili, se del caso, a soggetti diversi da quelli che, con successive malefatte, avevano determinato l'irreversibile crisi economica della società. Per tali ragioni, si riteneva la fattispecie in esame di "pericolo presunto": si considerava, in particolare, presunta l'offesa dei beni giuridici tutelati, segnatamente, l'interesse dei creditori alla salvaguardia dell'integrità del capitale sociale<sup>376</sup>.

Questa situazione causava problemi anche per quanto riguardava l'individuazione del bene giuridico tutelato. Nei casi, infatti, in cui si fosse stati in presenza di reati societari del tutto eterogenei rispetto alla bancarotta o quando non vi fosse stato alcun collegamento tra reato societario e dissesto, si giungeva ad affermare che il bene giuridico protetto era quello stesso tutelato dal reato societario.

Solo ove fosse stato possibile ipotizzare un nesso eziologico tra l'illecito societario ed il dissesto, non vi sarebbe stata perplessità sull'individuazione del bene giuridico tutelato, che sarebbe diventato, pacificamente, quello dei reati di bancarotta fraudolenta<sup>377</sup>.

Come noto, il quadro è cambiato per mezzo del d. lgs n. 61 del 2002, il quale impone un netto mutamento dell'art. 223, co. 2, n. 1, l. fall. La riformulazione di tale fattispecie spazza via ogni precedente incertezza in merito alla autonomia rispetto ai reati societari, sulla quale ormai non vi possono essere più dubbi: lo conferma la nuova strutturazione del delitto, in particolare la previsione di un evento naturalistico rappresentato dal dissesto<sup>378</sup>. Si è pertanto al cospetto di una "norma a più fattispecie" e non già di "disposizione a più norme incriminatrici: la previsione dell'evento-

---

<sup>375</sup>Tra gli altri si veda ad esempio PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 135; LA MONICA, *Diritto penale commerciale, I, I reati fallimentari*, Giuffrè, 1988, p. 466; NUVOLONE, *op. cit.*, p. 349.

<sup>376</sup> PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 308 ss.; SANDRELLI, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione ed operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 legge fallimentare nelle operazioni intercompany*, in Fall., 2000, p. 55 ss.

<sup>377</sup> In tal senso D'AVIRRO-DE MARTINO, *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, cit., p. 8 ss.; anche BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 195 ss.

<sup>378</sup> In tal senso riflette BRICCHETTI-PISTORELLI, *op. cit.*, p. 214 ss.

dissesto, infatti, impone di ritenere che sussista unicità di reato, realizzabile attraverso una pluralità di condotte, tra loro alternative<sup>379</sup>.

Viene pertanto ad essere espressamente previsto un collegamento causale tra i reati societari richiamati nella fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria e il dissesto della società<sup>380</sup>.

In sede di riforma dei reati societari, il legislatore ha inteso anticipare quello che dovrebbe essere il nuovo modello dei reati fallimentari ed in particolare del reato di bancarotta fraudolenta per la cui sussistenza non sarà più sufficiente un qualsiasi atto distrattivo dei beni sociali cui si accompagni successivamente la dichiarazione di fallimento, ma occorrerà che la distrazione avvenga, quantomeno, in un momento in cui si è manifestato lo stato di insolvenza della società o, comunque, quando dalla distrazione o dalle altre ipotesi alternativamente previste, quali l'occultamento, la dissimulazione, la distrazione o la dissipazione dei beni sociali, sia derivato il dissesto della società<sup>381</sup>.

La bancarotta fraudolenta impropria societaria, quindi, si trasforma da reato di pericolo in reato di danno, caratterizzando la nuova fattispecie per un maggior disvalore dovuto proprio al collegamento eziologico tra i reati societari e l'evento di dissesto, in modo da giustificare il più grave trattamento sanzionatorio applicato al reato societario che, a seguito della dichiarazione di fallimento, si trasforma in bancarotta fraudolenta societaria<sup>382</sup>.

Inoltre, la nuova formulazione della norma incriminatrice ha tenuto conto delle critiche rivolte alla precedente disposizione, curando di richiamare, all'interno della norma fallimentare, solo disposizioni penali societarie assimilabili, quanto ai beni giuridici tutelati, alla bancarotta<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> Tra gli altri si veda a tal proposito MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Giuffrè, 2012, p. 443 ss.

<sup>380</sup> Per una lucida analisi sul nesso di causalità nella bancarotta impropria si veda GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in Cass. pen. 2003, p. 88 ss.; oppure GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 247 ss.

<sup>381</sup> Così D'AVIRRO-DE MARTINO, *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, cit., p. 9.

<sup>382</sup> Così CADOPPI, *Bancarotta societaria*, in *I reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, 2007, p. 380 ss; l'Autore osserva infatti che "non è più il reato societario di per sé, oggi, a esaurire l'offensività della fattispecie, poichè il dissesto rappresenta l'evento del reato in cui si sostanzia buona parte del disvalore del fatto".

<sup>383</sup> Sul punto si veda, su tutti, BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 195 ss.



A tal riguardo, si legge nella Relazione al d. lgs. 61/2002 che sono state previsti come ipotesi-base "i reati societari dolosi che, seppur con diversa oggettività giuridica, siano armonicamente riconducibili nella tipicità della bancarotta fraudolenta, in ragione di una parziale omogeneità di offesa".

Il legislatore delegato, dunque, oltre ad esaudire la richiesta del delegante di stabilire un collegamento causale tra i fatti dei reati societari richiamati nella fattispecie di bancarotta ed il dissesto della società, ha sentito la necessità di farsi carico di talune tra le più consistenti obiezioni che la dottrina aveva mosso nei confronti della previgente disposizione, segnatamente le obiezioni che rimarcavano la disomogeneità tra il bene giuridico tutelato dal delitto di bancarotta ed i beni giuridici tutelati da talune delle disposizioni penali societarie richiamate<sup>384</sup>.

Nel nuovo art. 223, secondo comma, n.1, l. fall. sono, ora, richiamate, ad integrare il delitto di bancarotta, le disposizioni in cui si ravvisa una tutela diretta dei creditori sociali, in particolare quelle che tutelano l'integrità del capitale sociale nella fase della sua costituzione o del suo aumento (2632 c.c.) e durante la vita dell'ente (2627 c.c.) e quelle che comunque rispondono ad un'esigenza di tutela dei creditori anche attraverso la tutela dell'integrità del capitale (artt. 2626, 2628, 2629, 2633 c.c.); sono, infine, richiamati i fatti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) ed i fatti di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.<sup>385</sup>.

Da ultimo, bisogna rilevare come il rinvio alle disposizioni abbia natura non recettizia. In altre parole, i citati articoli devono intendersi richiamati nella loro formulazione vigente; non si tratta, dunque, di rinvio alle mere previsioni delle coeve disposizioni del codice civile, ma altresì a quanto, per effetto di successive modifiche, venga dalle stesse recepito quale diverso comportamento penalmente rilevante<sup>386</sup>.

Come si è visto, la precedente disposizione incriminatrice non pretendeva, per l'integrazione del reato fallimentare, che il "fatto" di cui al reato societario cagionasse, o concorresse a cagionare il dissesto.

---

<sup>384</sup> Nello stesso senso CADOPPI, *op. cit.*, p. 380 ss., secondo il quale il legislatore delegato, applicando quasi alla lettera i principi di cui alla legge delega, ha sostituito i reati societari richiamati, mirando a selezionare tra i vari reati societari solo potenzialmente lesivi degli interessi in gioco nella bancarotta, segnatamente dei creditori.

<sup>385</sup> Si veda MUCCIARELLI, *op. cit.*, lamenta la non inclusione del reato di cui all'art. 2635 (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità), sostanzialmente omogeneo a quello previsto dall'art. 2634 c.c., invece espressamente richiamato.

<sup>386</sup> Si veda BRICCHETTI PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., *op. cit.*, p. 215 ss.

Tuttavia, per garantire una maggior rispondenza della fattispecie al principio di offensività, la suddetta riforma ha trasformato il reato di bancarotta societaria da reato di pericolo in reato di danno in cui il dissesto costituisce l'evento cagionato dal reato societario<sup>387</sup>.

Pertanto, per analizzare in modo compiuto e preciso l'evento del reato in esame, bisogna chiarire i rapporti tra dissesto, insolvenza e fallimento.

In merito ai rapporti tra dissesto e fallimento, si ritiene che la causazione del dissesto attraverso la commissione dei fatti integranti gli illeciti societari suddetti è punita solo se la società è dichiarata fallita; anche in questo caso, quindi, il fallimento viene a rappresentare una condizione obiettiva di punibilità del reato<sup>388</sup>.

Per quel che riguarda, invece, i rapporti tra dissesto e stato d'insolvenza, bisogna anzitutto riconoscere che lo stato di insolvenza rappresenta il presupposto della dichiarazione di fallimento (come si evince dall'art. 5 l. fall., per il quale l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito). Posto che la nozione di insolvenza, a differenza di quanto accade per quelle di dissesto e fallimento, non viene trattata dalle norme di diritto penale fallimentare (con l'eccezione introdotta dalla riforma dell'art. 218 l. fall.), si reputa necessario definirne il concetto.

Il concetto d'insolvenza è connaturato al concetto di inadempimento o meglio ad un inadempimento di portata generale che riguarda tutti i creditori<sup>389</sup>: è insolvente chi non è in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il concetto di dissesto, invece, viene espressamente richiamato dalla legge fallimentare (in particolare nella bancarotta semplice, sia a proposito dell'imprenditore che ha aggravato il proprio dissesto, sia nei confronti degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori di società dichiarate fallite che hanno concorso a cagionare o aggravare il dissesto della società).

---

<sup>387</sup> In tal senso si veda MANGIONE, *Le ulteriori innovazioni*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda-Seminara, Cedam, 2002, p. 620 ss.

<sup>388</sup> In BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 2143ss., si osserva come il dissesto deve essere la conseguenza del comportamento del soggetto e presentare tutte le caratteristiche dell'evento consumativo del reato; pertanto, il dolo necessario per la sussistenza del reato deve abbracciare tanto la commissione del "fatto" societario, quanto la causazione del dissesto; nello stesso senso CADOPPI, *I nuovi reati societari*, cit., p. 262 ss.

<sup>389</sup> Sul punto si veda D'AVIRRO-DE MARTINO, *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, cit., p. 135 ss.

Bisogna ammettere che il termine "dissesto", seppur richiamato in numerose pronunce giurisdizionali, non ha un fondamento giuridico: manca infatti una definizione legislativa in grado di dare chiarezza.

A ben vedere, invero, il dissesto deve essere considerato un concetto sostanziale e non un mero sinonimo del concetto di insolvenza; in questo senso può essere definito come uno squilibrio tra attività e passività come dato quantitativo, graduabile e quindi anche aggravabile<sup>390</sup>.

Infine, anche con riferimento al delitto di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario, occorre accennare ai mutamenti che si verificheranno con l'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

In questo senso, l'art. 223 l. fall. viene sostituito dall'art. 329 c.c.i.i., senza tuttavia che fosse mutato il tradizionale impianto di incriminazione; tranne ovviamente la mutazione linguistica da "società dichiarate fallite" a "società in liquidazione giudiziale", per la quale valgono le riflessioni summenzionate (si veda § 2.1).

### **3.2. Il nesso eziologico nella bancarotta fraudolenta impropria da reato societario e l'aggravamento del dissesto**

Si è già visto come la principale innovazione sia rappresentata dall'introduzione di un collegamento causale tra i fatti previsti dagli artt. 2621 e ss. c.c. e il dissesto della società.

Al fine di evitare qualsivoglia spazio al meccanismo della responsabilità oggettiva, il legislatore è intervenuto prevedendo espressamente una connessione causale tra i fatti suddetti e il dissesto, utilizzando la duplice formula "cagionare, o concorso a cagionare il dissesto"; formule che meritano una trattazione separata, che si cercherà di svolgere di seguito<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> In questo senso, si veda GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, cit., p. 165 ss., secondo il quale i concetti di dissesto, insolvenza e fallimento possono essere visti come tre momenti di crisi dell'impresa posti in maniera di "gravità progressività": "dissesto→insolvenza→fallimento". In questo senso, allora, l'Autore ritiene l'insolvenza come un *quid maius* rispetto al dissesto, inteso quest'ultimo quale squilibrio aziendale serio ma tutt'altro che irreversibile e meno prossimo al fallimento rispetto allo stato di insolvenza.

<sup>391</sup> Al riguardo, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari, Reati fallimentari*, cit., p. 219 ss., afferma che tale formula appare sostanzialmente superflua, posto che richiama a livello specifico una situazione già richiamata a livello generale -e quindi con portata assoluta nella globale sistematica penalistica- in quelle disposizioni del codice penale che appunto si riferiscono al rapporto di causalità.

In primo luogo, bisogna considerare che il legislatore non ha costruito un ponte causale tra i fatti di reato societario e la dichiarazione di fallimento, ma tra questi fatti e il dissesto della società<sup>392</sup>.

Il nuovo comma 2 n. 1 dell'art. 223 l. fall., infatti, con la formula "cagiona il dissesto", pone in relazione eziologica, in modo espresso, i fatti suddetti al dissesto, nel quale, come si è già detto, si sostanzia lo stato d'insolvenza.

Per altro verso, a seguito dell'intervento legislativo che ha espressamente previsto il nesso eziologico tra i reati societari e il dissesto societario, la dichiarazione di fallimento assume senza dubbio il ruolo di condizione obiettiva di punibilità, che rende definitivamente punibile il reato societario come bancarotta fraudolenta societaria. In questo modo, si è in presenza di un nuovo momento consumativo e, in quanto condizione obiettiva di punibilità, la dichiarazione di fallimento va imputata oggettivamente, essendo essa chiaramente estranea al piano dell'offesa<sup>393</sup>.

Inoltre, la riforma, inserendo un evento di danno nella fattispecie e facendo riferimento al termine "cagionare" che esprime dal punto di vista semantico un comportamento volontario, non ammette dubbi sulla riferibilità del dissesto all'elemento soggettivo doloso dell'illecito penale<sup>394</sup>.

In particolare, per ciò che concerne la componente psicologica, occorre il dolo, inteso quale volizione del fatto (nel senso di "condotta") considerato nella sua interezza, con rappresentazione sia del legame causale fra il reato societario "a monte" e l'evento naturalistico di danno, sia del dissesto della società. Presumibilmente, con quest'ultimo che sarà rappresentato in termini di dolo eventuale, attraverso la qualificazione dell'accettazione del rischio<sup>395</sup>.

Appare ora indispensabile focalizzare l'attenzione sul frammento testuale della nuova disposizione: concorso a cagionare il dissesto.

A ben vedere, il tema centrale che coinvolge il dissesto, quale evento di bancarotta societaria, è quello di verificare se ad integrare questa ipotesi delittuosa sia richiesta solo la produzione del dissesto, quale conseguenza del reato societario (e gli

---

<sup>392</sup> Sul punto, si veda CADOPPI, *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, 2002, p. 266 ss.

<sup>393</sup> Cfr. CADOPPI, *I nuovi reati societari*, cit., p. 267; PEDRAZZI, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 125.

<sup>394</sup> Così, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 248 ss.

<sup>395</sup> In tali termini si esprime ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 221 ss.

ulteriori accadimenti siano irrilevanti), o se invece anche il solo aggravamento del dissesto possa concorrere al verificarsi di questa fattispecie<sup>396</sup>.

Anzitutto, bisogna esaminare cosa il legislatore abbia voluto intendere quando ha utilizzato la formula "concorso a cagionare".

In primo luogo, per concorso può intendersi la realizzazione compiuta da più persone che collaborano per l'esecuzione del reato medesimo; tuttavia, a tal proposito si può dire che risulta già sufficiente la disciplina del concorso di persone nel reato *ex* art. 110 e ss. c.p.<sup>397</sup>

In secondo luogo, si può intendere il fenomeno del concorso di più "condizioni" nella produzione di uno stesso evento criminoso (art. 41 c.p.).

A tal riguardo, parte della dottrina ha considerato la formula "concorrere a cagionare" come priva di significato sostanziale dal momento che l'art. 41 c.p. afferma espressamente che il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione o l'omissione e l'evento. In altre parole, se il legislatore non avesse parificato il "concorrere a cagionare" al cagionare, lo stesso risultato si sarebbe raggiunto nei casi concreti applicando direttamente l'art. 41 c.p., norma riferibile a tutte le leggi penali anche speciali<sup>398</sup>.

Questo discorso appare condivisibile, ma necessita di essere approfondito.

Per "condizioni" si può intendere: *a)* il contributo che si innesta su una situazione economica della società già compromessa: si contribuisce ad aggravare la situazione di crisi societaria, conducendo ad un dissesto che comunque sopravviene; *b)* il contributo che, unitamente ad altri fattori, sia umani che naturali, contribuisce in parte a determinare il dissesto societario; *c)* il contributo che viene ad incidere quando il dissesto è già esistente, quando, quindi, l'evento del reato si è già verificato<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> Ad esempio LANZI, *La nuova bancarotta societaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, p. 813, ritiene che la locuzione non ha nessun significato giuridicamente apprezzabile; anche per CADOPPI, *I nuovi reati societari*, cit., p. 273, l'inciso è praticamente superfluo.

<sup>397</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.* 2003, p. 95, il quale sottolinea come, ai sensi dell'art.16 c.p., le disposizioni della parte generale del codice penale si applicano alle leggi speciali. Pertanto, la presenza dell'enunciato "hanno cagionato il dissesto della società", combinato con l'art. 110 c.p., è sufficiente ad estendere l'incriminazione anche ai comportamenti concorsuali.

<sup>398</sup> In tal senso CADOPPI, *I nuovi reati societari*, cit., p. 273 ss.; anche BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 214 ss.

<sup>399</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto*, cit., p. 96 ss.

Per quanto riguarda i primi due punti si può aderire alla tesi suddetta, secondo cui la formula che introduce il "concorso" può ritenersi superflua, essendo sufficiente il "cagionare il dissesto" cui si applica la disciplina generale di cui all'art. 41 c.p.

Il terzo punto, invece, costituisce il nodo centrale della questione, dividendo, tra l'altro, la dottrina, che sull'argomento non è concorde.

Il problema di base è rappresentato dalla domanda se la scelta del legislatore ricomprenda o meno nello schema della bancarotta da reati societari, oltre alla causazione del dissesto, anche il suo aggravamento.

A tal riguardo, la soluzione che appare più efficace appare quella concorde sul fatto che l'aggravamento del dissesto è penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 223 comma 2 n. 1 l. fall., qualora risulti "essenziale" ai fini della dichiarazione di fallimento<sup>400</sup>.

Questa riflessione, a ben vedere, è basata su un'idea ben precisa del dissesto, secondo la quale questo presenta una inevitabile gradualità, non potendosi astrattamente fissare il momento in cui dall'equilibrio patrimoniale ed economico si sfocia nella perdita, con l'insolvenza che ingloba in sé un articolato processo evolutivo in negativo.

Ed è proprio qui che si può valorizzare l'espressione "concorrere a cagionare": si porti come esempio il caso del falso in bilancio, il quale non deve per forza essere stato decisivo al fine della dichiarazione di fallimento, nel senso che senza questa condotta (che va ad incidere su un dissesto già presente) non si sarebbe verificato il fallimento della società. L'incidenza causale della causa concorrente non viene meno se essa non ha, nelle condizioni date, un ruolo determinante rispetto alla configurazione dell'evento tipico.

In tal modo, in relazione al dissesto, che come si è visto rappresenta un concetto piuttosto vago dal punto di vista semantico, per dissipare possibili dubbi in relazione al suo ambito applicativo, occorre dar maggior rilevanza anche a condotte di cui non sia dimostrata l'autonoma rilevanza condizionante rispetto all'evento, delle quali, tuttavia, risulta indiscusso il contributo alla complessiva crisi finale dell'ente.

---

<sup>400</sup> In questo senso, *ex multis*, si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 250 ss.; in senso conforme, per quanto concerne la giurisprudenza si veda Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, in *C.E.D. Cass.*, n. 255090; oppure Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, *ivi*, n. 255575; o anche Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, *ivi*, n. 263806.

## **PARTE TERZA**

### **UN PARTICOLARE SGUARDO AL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: I DELITTI DI FALSE ATTESTAZIONI**

## CAPITOLO I

### I DELITTI DI FALSE ATTESTAZIONI NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

**Sommario 1.** Premessa: le coordinate del sistema – **2.** La nascita dei delitti di falsità in attestazioni nell'ambito del diritto penale fallimentare – **2.1.** Il delitto di falso per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria *ex art. 236, co. 1, l. fall.* – **2.2.** Il delitto di falso in attestazioni e relazioni *ex art. 236-bis l. fall.* – **2.3.** Il delitto di falso nelle attestazioni dei componenti dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento *ex art. 16, co. 2, l. 27 gennaio 2012, n. 3* – **3.** Gli effetti che l'introduzione del nuovo Codice della crisi ha provocato sui reati di false attestazioni – **3.1.** In generale: cenni sulle principali modifiche apportate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – **3.2.** In particolare: le modifiche intervenute sui delitti di falso e l'eliminazione della rilevanza penale del giudizio di fattibilità economica – **4.** Le nuove figure di falso nel procedimento di esdebitazione e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI – **5.** Il mini-sistema dei delitti di false attestazioni nell'ambito del nuovo diritto della crisi di impresa – **5.1.** I caratteri comuni del mini-sistema dei delitti di false attestazioni – **5.2.** Teorie del vero. Una possibile ricostruzione del parametro da utilizzarsi per giudicare le valutazioni dei soggetti attestatori – **5.3.** Riflessioni conclusive.

#### 1. Premessa: le coordinate del sistema

Dopo aver indagato i modelli concernenti le c.d. nuove procedure concorsuali che si sono succeduti nel tempo e nello spazio, non può trascurarsi la grande incidenza che avrà il tanto citato Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> Per uno sguardo sul nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, si veda LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il fallimento*, 2019, p. 263 ss.; oppure SALERNO, *La riforma della crisi di impresa*, in *Lexorienta*, 2019, p. 15 ss.; o ancora ABRIANI-ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, 2019, p. 393 ss. Per quanto riguarda il progetto di riforma, si veda, *ex multis*, LO



L'argomento risulta di particolare interesse: non solo in virtù della sua attualità (il Codice è stato da pochissimo introdotto<sup>402</sup>), bensì in virtù del fatto che esso rappresenta un inesplorato angolo di visuale attraverso cui valutare il sistema penal-fallimentare.

Come si è avuto modo di vedere, infatti, il diritto fallimentare vive una situazione di contraddizione: mentre il versante civilistico si trova in grande fermento e sempre più in sintonia con la realtà economica moderna, il versante penalistico è rimasto quasi immobile, finendo per rivelarsi come del tutto anacronistico e disomogeneo.

Nello specifico, 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)<sup>403</sup>.

---

CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fallimento*, 2017, p. 1253 ss.; ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa: una prima lettura*, in *Le società*, 2017, p. 1375 ss.; DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 1291 ss.; D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 519 ss.; RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, *Il Corriere giuridico*, 4/2019, p. 449 ss.

<sup>402</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 488 ss., il quale chiarisce come il decreto legislativo n. 14 del 2019 sia stato pubblicato in G.U. il 14 febbraio 2019; tuttavia soltanto poche norme entrano in vigore 30 giorni dopo tale pubblicazione in Gazzetta, in generale l'art. 389 c.c.i., che prevede una disciplina transitoria, stabilisce il decreto legislativo entra in vigore decorsi 18 mesi dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (e quindi il 15 agosto del 2020).

<sup>403</sup> Per uno sguardo nella dottrina britannica, si veda, *ex multis*, MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, cit.; oppure KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, cit.; si veda anche FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., cit.; o ancora BRIDGE, *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, cit. Per uno sguardo comparato in tema di insolvenza, con particolare riferimento al modello statunitense, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, cit., p. 409 ss.; si veda anche SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, cit.; o ancora GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, cit. Per una completa analisi dei vari reati in materia di insolvenza nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2017, p. 542 ss.; si veda anche SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, cit., p. 967 ss. per uno sguardo alle fattispecie penali nel sistema statunitense, *ex multis*, si veda McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, cit.

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<sup>404</sup>.

Ecco, in una simile posizione di inerzia e di semi-immobilismo, uno dei pochissimi aspetti su cui sembra incentrarsi l'attenzione del legislatore appare proprio essere rappresentato dai reati di false attestazioni.

Tanto ciò è vero che, come vedremo, si può forse intravedere un "mini-sistema" di reati di false attestazioni all'interno del nuovo Codice: in quest'ottica si richiamano le figure disciplinate dagli artt. 341, 342, 344 e 345 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Per ragioni di chiarezza espositiva, si è ritenuto opportuno suddividere il discorso in tre punti fondamentali:

- i) la nascita dei delitti di falsità in attestazioni nell'ambito del diritto penale fallimentare.
- ii) gli effetti che l'introduzione del nuovo Codice della crisi ha provocato sui reati in parola.
- iii) le nuove figure di falso nel procedimento di esdebitazione e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI.

## **2. La nascita dei delitti di falsità in attestazioni nell'ambito del diritto penale fallimentare**

### **2.1. Il delitto di falso per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria ex art. 236, co. 1, l. fall.**

Al fine di passare in rassegna tutti i delitti di falso contenuti nella legge fallimentare, si deve innanzitutto far riferimento al reato previsto dall'art. 236, co. 1 l.

---

<sup>404</sup> In merito a tale profilo, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 270 ss; si veda anche ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 1 ss; si veda ancora GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 45ss.; si veda, infine, PANTANELLA, *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, in Cass. pen., 2017, p. 3730 ss.

fall., che incrimina la falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria (che diventa l'art. 341 c.c.i.i.)<sup>405</sup>.

Tale figura delittuosa, inizialmente prevista anche con riferimento alla procedura dell'amministrazione controllata (abrogata dall'art. 147 del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), rappresenta la più risalente ipotesi di falso all'interno del diritto penale fallimentare, risultando prevista fin dalla legge fallimentare del 1942 (senza tuttavia trovare precedenti nelle previgenti legislazioni).

Successivamente, in particolare con la l. 6 agosto 2015, n. 132, il legislatore ha aggiunto anche l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

Per ragioni di contenenza è possibile solamente indicare, in via di estrema sintesi, i tratti essenziali di siffatta ipotesi di falso ideologico.

Non appena si inizi l'analisi degli elementi costitutivi del reato, ci si accorge immediatamente della imperfezione della tecnica legislativa utilizzata, dal momento che, nel costruire il delitto in parola come reato proprio, il legislatore ha fatto riferimento espresso solo alla figura dell'imprenditore.

Risulta lampante l'irragionevolezza dell'esclusione dal novero dei soggetti attivi degli organi societari (come, ad esempio, gli amministratori), i quali ben possono chiedere l'ammissione alle procedure concorsuali e gli istituti richiamati dall'enunciato normativo<sup>406</sup>. Al proposito, si ritiene la lacuna non colmabile, in quanto l'estensione della nozione di "imprenditore" anche agli organi societari integrerebbe una interpretazione analogica *in malam partem*<sup>407</sup>.

A ben vedere, però, le incertezze della tecnica legislativa adoperata non si esauriscono nella citata lacuna.

---

<sup>405</sup> In merito al delitto in parola, si veda, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 279 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione della crisi d'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 189 ss.; PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 163 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss. Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità in merito al delitto di cui all'art. 236, co. 1 l. fall., si veda Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3736, in *C.E.D. Cass.*, n. n. 215721; oppure Sez. V, 3 luglio 1991, n. 9392, *ivi*, n. 188188.

<sup>406</sup> Così GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 280.

<sup>407</sup> Cfr., *ex multis*, SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, 1990, p. 335; si veda anche ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., p. 157 ss.

Il reato, invero, consta di due distinte condotte, caratterizzate dall'esposizione di attività fittizie, ma divergenti sia sul piano della manifestazione della finalità perseguita sia sul piano del bene giuridico tutelato<sup>408</sup>. Da un lato, la fattispecie tipica indica l'attribuzione di attività inesistenti, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; dall'altro, invece, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze.

Per quanto concerne la prima tipologia di condotta, "attribuirsi attività inesistenti" consiste nel fingere l'esistenza di beni che non esistono o che non appartengono giuridicamente al patrimonio dell'imprenditore; in effetti la norma non sembrerebbe finalizzata ad impedire l'ingiustificato depauperamento dell'asse attivo fallimentare, bensì qualsiasi raggirò mirato ad evitare il fallimento in modo da sfruttare i benefici garantiti dalle altre procedure. Proprio sulla scorta di tale considerazione, si può ritenere che l'interesse giuridico tutelato sia l'amministrazione della giustizia, e solo indirettamente il patrimonio dei creditori<sup>409</sup>.

A tal riguardo, si pone il quesito circa la rilevanza anche di comportamenti di valutazione esagerata di cespiti esistenti: nonostante la lettera della legge sembrerebbe non permettere di giungere fino a siffatto esito interpretativo, si deve notare come la giurisprudenza ricomprende all'interno della norma anche la simulazione di passività e la sopravvalutazione di immobili<sup>410</sup>.

Per quanto concerne, invece, la seconda tipologia di condotta, la "simulazione di crediti inesistenti" deve essere posta in stretta relazione con il dolo specifico rappresentato dalla finalità di influire sulla formazione delle maggioranze. Conseguentemente, non può non intravedersi ancora una volta l'imprecisione terminologica del legislatore: trattasi infatti di crediti altrui, ovvero di terzi verso lo

---

<sup>408</sup> Sul punto, si veda ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 2019, p. 158.

<sup>409</sup> Cfr. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, cit., p. 330 ss., secondo il quale il comportamento in parola sarebbe esattamente contrario a quelli elencati nell'art. 216, parte prima, n. 1, l. fall., che punisce il fallito che "espone o riconosce passività inesistenti ovvero occulti attività realmente inesistenti".

<sup>410</sup> Cfr. Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3736, in *Riv. trim. dir. pen. economia* 2000, p. 1082 (s.m).

stesso debitore; appare relativamente agevole, pertanto, considerare come il termine più appropriato sarebbe dovuto essere quello di “debiti”<sup>411</sup>.

Dal punto di vista dell’oggetto giuridico invece, si intravede anche in questo caso il bene giuridico del corretto funzionamento dell’amministrazione della giustizia, tuttavia, la lesione agli interessi della giustizia viene arricchita in maniera maggiormente incisiva dal pregiudizio patrimoniale ai creditori<sup>412</sup>.

Per quanto riguarda, invero, il piano dell’elemento soggettivo, il reato richiedere un duplice dolo specifico con riferimento alle due tipologie di condotte criminose: nel primo caso la finalità ulteriore è integrata dal solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, o di ottenere l’omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; nel secondo, come ribadito, l’ulteriore finalità è rappresentata dal voler influire sulla formazione delle maggioranze.

Non può, in conclusione di simile disamina, non porsi in evidenza il grave problema che ha afflitto il reato di cui all’art. 236 l. fall., a causa di una imprecisa tecnica legislativa adoperata: tecnica che ha visto un dubbio utilizzo della tecnica del rinvio, delle lampanti imprecisioni terminologiche e delle vere e proprie lacune legislative; il tutto chiaramente a discapito del principio fondamentale di legalità, segnatamente nei suoi corollari rappresentati dal principio di tassatività e di determinatezza.

## **2.2. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni ex art. 236-bis l. fall.**

A ben vedere, il vero modello di delitto di false attestazioni è disciplinato dall’art. 236-bis della legge fallimentare, ovvero il c.d. falso in attestazioni e relazioni (che diventa l’art. 342 c.c.i.i.)<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> A tal riguardo, si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., p. 355 ss., secondo il quale la sola indicazione dell’“attribuzione di attività inesistenti” sarebbe risultata più completa se fosse stata considerata anche la “simulazione di passività”; inoltre con riferimento alla seconda condotta rilevante si rileva come al posto dell’indicazione di “debiti altrui” sarebbe stato preferibile l’impiego del termine “debiti”.

<sup>412</sup> Cfr. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, cit., p. 330 ss., secondo il quale, in questo caso, l’oggetto coincide con l’art. 216, parte prima, n. 1, l. fall.

<sup>413</sup> In tema di falso in attestazioni e relazioni di cui all’art. 236-bis l. fall., si vedano GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287 ss.; GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 137 ss.; CONSULICH, *Nolo cognoscere, il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”. Spunti a*

Tale disposizione è stata introdotta solo in tempi recenti, segnatamente dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (poi modificato dalla legge 6 agosto 2012, n. 132) dopo le molte sollecitazioni che giungevano dalla dottrina.

Come è noto, infatti, sulla scia dell'importanza che ha acquisito l'autonomia privata all'interno delle procedure di risoluzione della crisi di impresa, è stata introdotta una nuova figura: quella del "professionista attestatore"<sup>414</sup>.

Un professionista che, designato dal debitore – rispetto al quale deve essere comunque indipendente –, svolge delicati compiti di attestazioni nell'ambito delle soluzioni negoziali alternative al fallimento.

Nello specifico, ovviamente sempre in breve, siffatto soggetto è chiamato, in una serie di operazioni richiamate dalla norma (ad esempio il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis l. fall.* o la convenzione di moratoria *ex art. 182-septies l. fall.*), ad effettuare un duplice giudizio:

- i) il parere sulla veridicità dei dati forniti dal debitore;
- ii) la valutazione sulla fattibilità del piano proposto dal debitore, che rappresenta un giudizio prognostico, da valutare *ex ante*, per mezzo del quale il professionista attesta che il piano proposto dall'imprenditore ha la probabilità di risollevarne la situazione dell'impresa, in modo da superare lo stato di crisi.

Pertanto, al fine di superare le difficoltà interpretative circa l'esatta individuazione della fattispecie incriminatrice rilevante in quest'ambito, il legislatore ha deciso di introdurre una specifica disposizione penale all'interno della legge fallimentare, il citato art. 236-*bis*<sup>415</sup>.

---

*partire dal nuovo 236 – bis l. fall.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 3/2012, p. 613 ss.; PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 140 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 131 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 400 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., p. 374 ss.; BRUNO-CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2239 ss.; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2018, p. 271 ss.

<sup>414</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; cfr. anche NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il mulino, 2014, p. 375 ss.; oppure AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 403 ss.

<sup>415</sup> Si permetta il rinvio a PANTANELLA, *Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione "temporale" e "spaziale" dell'art. 236-bis l. fall.*, in *Cass. Pen.*, 2019, fascicolo n. 2, p. 802 ss., secondo cui, nel periodo successivo all'introduzione della figura del professionista attestatore e precedente all'incriminazione di cui all'art. 236-bis l. fall., non erano comunque concessi spazi di impunità, potendosi ricorrere ad altri modelli di incriminazione presenti nell'ordinamento, come l'apparato dei reati di falso o attraverso l'utilizzo della clausola di estensione della responsabilità penale

A ben vedere, la disposizione incriminatrice in parola non fa espresso riferimento ai giudizi di veridicità e di fattibilità; tuttavia, si ritiene “eterointegrata” dalla disciplina civilista, di modo che entrambi siano rilevanti anche sotto il profilo della responsabilità penale (vedi § 3.2)<sup>416</sup>.

Per quanto riguarda il bene giuridico tutelato dalla norma, sembra riduttivo limitare il discorso al solo interesse della pubblica fede. Al contrario, ciò che si vuole effettivamente tutelare è l’interesse dei creditori a ricevere informazioni corrette, così da poter valutare in modo consapevole la convenienza rispetto al piano proposto dall’imprenditore<sup>417</sup>. Ecco, dunque, che tale interesse viene ad essere tutelato attraverso la strumentale protezione della fede pubblica, segnatamente l’affidamento di cui devono godere le relazioni e le attestazioni del professionista nell’ottica del corretto funzionamento delle procedure concorsuali<sup>418</sup>.

Dal punto di vista della tipicità oggettiva, invece, agevole risulta la qualificazione quale reato proprio, dovendosi chiaramente individuare il soggetto attivo qualificato nella figura del citato professionista attestatore.

Sulla falsa riga del delitto di false comunicazioni sociali, anche il reato di falso in attestazioni e relazioni viene posto sulla tradizionale bipartizione tra condotta commissiva, ovvero esporre informazioni false, e condotta omissiva, ovvero omettere di riferire informazioni rilevanti.

Con riferimento, invero, al modello di incriminazione, occorre attribuire alla fattispecie incriminatrice in parola natura di reato di pericolo e di condotta, come dimostra il fatto che l’evento-danno (il danno patrimoniale per i creditori) sia stato inserito al terzo comma quale circostanza aggravante a effetto speciale.

In quest’ottica, nonostante una evidente ambiguità sintattica, il requisito della rilevanza deve riguardare tanto la condotta attiva quanto quella omissiva, a pena dell’irragionevolezza della soluzione opposta. Siffatto elemento, come noto, introduce il concetto di matrice anglosassone della *materiality* e ha la funzione di selezionare

---

ex art. 40, co. 2, c.p. Tuttavia, le soluzioni escogitate da dottrina e giurisprudenza non erano del tutto pacifiche.

<sup>416</sup> Sul tema dell’integrazione delle norme incriminatrici, ampiamente, si veda GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme penali incriminatrici: teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.

<sup>417</sup> Cfr. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., p. 177 ss.

<sup>418</sup> Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287.

solo quelle informazioni che possiedono un carattere di significatività tale da influenzare la scelta dei destinatari<sup>419</sup>.

Di conseguenza, si deve qualificare il delitto in parola come vero e proprio reato di pericolo concreto, in quanto l'informazione falsa (o omessa) deve essere concretamente idonea ad alterare il processo decisionale dei creditori<sup>420</sup>.

Piuttosto lineare si presenta, al contempo, il quadro del versante soggettivo. La figura base è punita infatti a titolo di dolo generico: serve quindi la coscienza e volontà, da parte del professionista attestatore, di esporre informazioni (rilevanti) false o di ometterle<sup>421</sup>.

Non è richiesta dunque alcuna finalità ulteriore, a differenza di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 236-bis l. fall., il quale disciplina una circostanza aggravante specifica ad effetto comune, nel caso in cui il professionista abbia agito allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto<sup>422</sup>.

### **2.3. Il delitto di falso nelle attestazioni dei componenti dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento ex art. 16, c. 2, l. 27 gennaio 2012, n. 3**

Invero, si deve prendere in considerazione un ulteriore modello di delitto di false attestazioni, forse trascurato: ovvero gli illeciti penali nella crisi di sovraindebitamento, di cui all'art. 16 l. n. 3 del 2012 (che diventa l'art. 344 c.c.i.i.)<sup>423</sup>.

In particolare, per porre rimedio alle situazioni di "sovraindebitamento", in cui il debitore non sia assoggettabile ad alcuna procedura concorsuale, nel 2012, sulla scia di quanto previsto dagli ordinamenti anglosassoni, è stata introdotta la nuova procedura della "composizione della crisi da sovraindebitamento". In altre parole, viene predisposta una procedura concorsuale per quei soggetti-debitori che non sono

---

<sup>419</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 96.

<sup>420</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, cit., p. 288. Con riferimento, invece, al modello di incriminazione del reato di pericolo all'interno del delitto di bancarotta fraudolenta, si veda POGGI D'ANGELO, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3959 ss.

<sup>421</sup> Sul punto si veda AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 402 ss.; oppure CONSULICH, *Nolo cognoscere*, cit., p. 633 ss.; o ancora GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 197 ss.

<sup>422</sup> Cfr. FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 136, secondo cui occorre dubitare delle ragioni sottintese alla scelta della legge di configurare come aggravante e non come elemento essenziale dell'illecito il perseguimento di un ingiusto profitto.

<sup>423</sup> Sul punto cfr. GAMBARDELLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, cit., p. 291 ss.



astrattamente ammessi ad altra procedura, prescindendo, dunque, dalla loro qualità di imprenditore o meno<sup>424</sup>.

Lungo siffatto crinale, ciò che interessa in tale sede è soprattutto il citato art. 16 che disciplina le fattispecie penali. Mentre al primo comma sono elencate una serie di condotte criminose compiute dal debitore, tra cui anche dei falsi; di particolare interesse risulta il secondo comma che punisce il componente dell'organismo di composizione della crisi (che rappresenta un organo coinvolto nella procedura) o il professionista attestatore che rendono "false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti ad essa allegati, alla fattibilità del piano ovvero nella relazione di cui agli artt. 9, co. 3-bis, 12, co. 1 e 14-ter, co. 3, l. n. 3 del 2012"<sup>425</sup>.

L'interesse giuridico tutelato sembra essere il medesimo protetto dal summenzionato delitto di falso in attestazioni e relazioni *ex art. 236-bis l. fall.*, cioè l'interesse dei creditori a ricevere corrette informazioni indispensabili per valutare la convenienza delle proposte avanzategli.

Anche il reato di false attestazioni in parola possiede natura di reato proprio, in virtù del fatto che i soggetti attivi sono rappresentati o dal componente dell'organismo di composizione della crisi o dal professionista di cui all'art. 15, co. 9, l. 27 gennaio 2012, n. 3.

Per altro verso, come si evince dalla lettera della norma, la condotta tipica non è stata strutturata, in questo caso, sulla citata bipartizione attiva e omissiva, essendo punito il soggetto attivo qualificato che "rende false attestazioni", richiamando una formula che sembra diretta emanazione dei reati di falsità ideologica presenti nel codice penale (agli artt. 479, 480 e 481 c.p.) che, appunto, incriminano condotte di falsa attestazione.

Deve, tuttavia, sottolinearsi come anche in questo caso, espressamente, i delitti di false attestazioni sono costruiti sul duplice ordine di elementi della veridicità dei dati e della fattibilità del piano.

Inoltre, anche se non viene specificato, si può ritenere come operante in via implicita il requisito della rilevanza, a patto che si voglia dotare la fattispecie delittuosa

---

<sup>424</sup> Cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 549 ss; CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2017, p. 619 ss.

<sup>425</sup> Sul punto, si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 292; oppure FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 210 ss.

di un adeguato impianto offensivo. Necessita ribadirlo: anche nel caso in esame le attestazioni false devono essere rilevanti, ovvero tali da risultare idonee in concreto ad alterare le decisioni dei creditori.

Pertanto, di conseguenza, il modello di incriminazione che viene in evidenza è sempre quello del reato di condotta e di pericolo concreto.

Nessun problema interpretativo riguarda, infine, il piano soggettivo, non essendo richiesto alcun dolo specifico: occorre dunque consapevolezza e volontà di rendere attestazioni false tali da poter concretamente influenzare le scelte dei creditori.

### **3. Gli effetti che l'introduzione del nuovo Codice della crisi ha provocato sui reati di false attestazioni**

#### **3.1. In generale: cenni sulle principali modifiche apportate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza**

Se questo è il quadro attuale dei reati di false attestazioni nel diritto fallimentare, è possibile fare un passo avanti e far riferimento all'epocale riforma, la quale attraverso il decreto legislativo n. 14 del 2019 ha introdotto il Codice della crisi di impresa<sup>426</sup>.

Ebbene, tale imponente intervento di modifica legislativa ha lasciato totalmente inascoltate le esigenze di modifica della parte penale della disciplina: la legge delega (n. 155 del 2017), infatti, ha espressamente stabilito come si dovesse solo adeguare “dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose”.

In altre parole, forse per l'atavico timore di larghi fenomeni di carattere abolitivo, il riformatore si è posto l'obiettivo di modificare ulteriormente il sistema

---

<sup>426</sup> Sul punto si veda 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 BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, f-8/2019, p. 75 ss.; o ancora MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *Diritto penale e processo*, 9/2019, p. 1189 ss.; oppure, con riferimento ai gruppi di imprese, si veda ROSSI, *La bancarotta nei gruppi di imprese*, *Diritto penale e processo*, 9/2019, p. 1212 ss.; o, infine, CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, p. 445 ss.

delle procedure di risoluzione della crisi di impresa, cercando di non incidere in ambito penalistico.

Tuttavia, è chiaro come simile obiettivo non poteva essere pienamente rispettato, in virtù dello stretto legame che intercorre tra le fattispecie penali e le procedure concorsuali, di modo che il mutamento di quest'ultime non avrebbe potuto lasciare inalterate le prime.

Pertanto, come era lecito aspettarsi, i cambiamenti si sono verificati eccome; tanto in forma indiretta, quanto in forma diretta (con annesse perplessità sulla costituzionalità, sotto forma di eccesso di delega, di quest'ultimi).

Occorre, invero, premettere che il decreto legislativo n. 14 del 2019 è stato pubblicato in G.U. il 14 febbraio 2019; tuttavia soltanto poche norme entrano in vigore 30 giorni dopo tale pubblicazione in Gazzetta, in generale l'art. 389 c.c.i., che prevede una disciplina transitoria, stabilisce che il decreto legislativo entra in vigore decorsi 18 mesi dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (e quindi il 15 agosto del 2020).

In particolare, occorre far riferimento all'art. 390 c.c.i.i., il quale praticamente costruisce una sorta di “doppio binario” del settore penale: infatti, al momento dell'entrata in vigore del Codice, per i fatti di bancarotta commessi antecedentemente e non ancora definitivamente giudicati, si dovrà far riferimento agli illeciti penali contenuti nella legge fallimentare.

A tal proposito, invece, si deve notare amaramente come invece non sia stato previsto un esplicito regime transitorio al fine di permettere l'applicazione delle nuove misure premiali per fatti di bancarotta da giudicare ancora secondo la legge fallimentare.

Prima di procedere all'esame delle modifiche che hanno coinvolto i delitti di false attestazioni, non si può fare a meno però di ricordare due relevantissimi mutamenti di ordine generale:

- i) anzitutto, la scomparsa del termine “fallimento”, sostituito dall'espressione “liquidazione giudiziale”;
- ii) in secondo luogo, la nuova definizione dello “stato di crisi”, che rappresenta il presupposto sostanziale del concordato preventivo, come “stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore”<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> Sul punto si veda 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 BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle*

Entrambe le innovazioni, infatti, sono suscettibili di provocare, oltre che cambiamenti di ordine pratico, anche dei veri e propri mutamenti di prospettiva dell'intera materia.

Si pensi solo al fatto che sparendo il termine "fallimento", a rigore, non si dovrebbe più parlare nemmeno di "reati fallimentari"; è quasi una provocazione, ma, di conseguenza, sembrerebbe preferibile parlare ormai di "reati concorsuali" o "reati della crisi d'impresa e dell'insolvenza".

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

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 2, co. 1, lett. a) definisce la crisi come "lo stato di difficoltà economica-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Mentre l'art. 160, co. 3, l. fall. – aggiunto per mezzo del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modifiche nella legge 23 febbraio 2016, n. 51 – si limitava a stabilire come "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

Pertanto, si passa da una situazione che, pur con discrete difficoltà interpretative, non distingueva del tutto gli stati patologici in parola, imponendo verosimilmente un rapporto di genere a specie, ad una netta distinzione, basata sull'oscuro concetto di probabilità, operante in un rapporto di carattere temporale.

In quest'ambito, come è noto, invero, l'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 insolvenza<sup>428</sup>.

---

della legge penale, in *Diritto penale contemporaneo*, 8, 2019, p. 75 ss.; oppure CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, p. 91 ss.

<sup>428</sup> 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*, BROGI, *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 845 ss.; oppure ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d'impresa*, *ivi*, p. 855 ss.; o ancora CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, *ivi*, p. 864 ss. Con riferimento alla dottrina penalistica sul punto, si veda D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Diritto e processo*, 9/2019, p. 1202 ss.

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.

A ben vedere, dunque, portando ad estreme conseguenze quanto summenzionato, si potrebbe considerare rotto il binomio tra bancarotta e fallimento/insolvenza: da un lato, va considerato il punto di vista letterale e nominale, posto l'addio al termine "fallimento"; dall'altro, 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 sia di insolvenza (bensì qualcosa di meno grave e di precedente nel tempo, come un mero stato di crisi, così come da ultimo definito).

Quanto detto, chiaramente, lo si ricorda, al netto di ogni dubbio 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 assolutamente integrare una ingiustificata disparità di trattamento.

Tuttavia, tali riflessioni non appaiono come vaniloqui, quanto piuttosto l'ulteriore segno esteriore di una disciplina che ormai risulta del tutto sconnessa e incoerente.

### **3.2. In particolare: le modifiche intervenute sui delitti di falso e l'eliminazione della rilevanza penale del giudizio di fattibilità economica**

A questo punto, si può tornare ai reati di false attestazioni, cercando di analizzare quali sono le conseguenze provocate dal Codice della crisi<sup>429</sup>.

Come si è anticipato, il legislatore delegante aveva posto l'obiettivo di non modificare le fattispecie criminose, salvo gli adattamenti necessari per le modifiche alle procedure concorsuali.

Ebbene, tale proposito sembra rispettato solo con riferimento al nuovo art. 341 c.c.i.i. che disciplina il reato di falso per ottenere accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria, dal momento che, in pratica, ripropone lo schema dell'art. 236, co. 1, della legge fallimentare.

In realtà, qualche cambiamento si è verificato, anche se di poco conto.

---

<sup>429</sup> Sul punto, si veda CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, p. 445 ss.

L'art. 236, co. 1, l. fall., infatti, con riferimento alla condotta di attribuzione attività inesistenti, prevede la specifica finalità di “essere ammesso alla procedura di concordato preventivo”, mentre nell'art. 341 c.c.i.i. il dolo specifico è rappresentato dal fine di “ottenere l'apertura della procedura del concordato preventivo”. A tal proposito, si deve però ritenere che simile cambiamento non comporti particolari conseguenze, in quanto effettivamente le formule sembrano corrispondere da un punto di vista sostanziale: la procedura del concordato preventivo, in effetti, si apre proprio con il decreto di ammissione.

Lo stesso non può dirsi a proposito del nuovo art. 342 c.c.i.i. che incrimina il “falso in attestazioni e relazioni” del professionista, all'interno del quale si possono intravedere addirittura potenziali spazi abolitivi, oltre all'aggiunta di nuovi casi<sup>430</sup>.

Come si è visto, l'art. 236-*bis* l.fall. non esplicita, a differenza di quanto avviene all'interno dell'art. 16 l. n. 3 del 2012, quali siano le tipologie di attestazioni che rilevano sul piano penalistico.

In particolare, tale mancata precisazione ha tradizionalmente portato a ritenere che il professionista potesse essere incriminato del delitto di falso in attestazioni e relazioni allorquando la condotta rilevante abbia avuto come oggetto tanto il parere di veridicità dei dati quanto il parere di fattibilità economica<sup>431</sup>.

In altri termini, la disciplina civilistica, segnatamente l'art. 67, co. 2 lett. b) l. fall., sembrerebbe “eterointegrare” la norma incriminatrice, in modo da far rientrare all'interno della rilevanza penale entrambi i citati pareri attestatori.

Nondimeno, di fronte ad un sistema così ricostruito, il nuovo codice della crisi è intervenuto, da un lato, modificando la disciplina penalistica, in particolare aggiungendo una porzione di enunciato all'art. 342 c.c.i.i. Dall'altro lato, come vedremo subito, confermando, all'interno delle singole operazioni e procedure di natura concorsuale, il riferimento sia al giudizio di veridicità dei dati sia al giudizio di fattibilità economica.

Rispetto alla lettera dell'attuale art. 236-*bis* della legge fallimentare, infatti, il legislatore – all'art. 342 c.c.i.i. – ha deciso di connotare maggiormente la condotta

---

<sup>430</sup> Cfr. PANTANELLA, *Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione “temporale” e “spaziale” dell'art. 236-bis l.fall.*, in *Cass. Pen.*, 2019, cit., p. 802 ss.

<sup>431</sup> In tal senso, *ex multis*, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; oppure NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi di imprese*, cit., p. 375. In senso critico, FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 134 ss.

incriminata prevedendo la punibilità del professionista attestatore nel caso in cui ometta di riferire informazioni rilevanti ovvero esponga informazioni false “in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad essa allegati”.

Tale nuova formulazione della fattispecie incriminatrice, pertanto, limiterebbe la condotta tipica solamente al giudizio di veridicità, escludendo dall’area penalmente rilevante il giudizio di fattibilità economica; in altre parole, sembrerebbe provocarsi una vera e propria *abolitio criminis* parziale, con conseguente applicazione dell’art. 2, co. 2, c.p.

In verità, il quadro appare più complesso, posto che le singole attestazioni richiamate dall’art. 342 c.c.i.i. fanno, per lo più, espresso riferimento tanto al giudizio sulla veridicità dei dati quanto a quello di fattibilità economica del piano proposto. In questo senso, si richiamano gli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento *ex art. 56, co. 4 c.c.i.i.*, gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 57, co. 4 c.c.i.i.* o il piano di concordato *ex art. 87 c.c.i.i.*

Conseguentemente, sembra potersi riflettere come, da un punto di vista civilistico, il legislatore abbia ribadito il duplice ruolo di giudizio del professionista attestatore con riferimento alle procedure concorsuali, mentre, da un punto di vista penalistico, abbia voluto escludere dalla rilevanza penale il citato parere di fattibilità.

Tale scelta legislativa appare netta e precisa e la *ratio* può risiedere, come si vedrà (cfr. §§ 5.2 e 5.3), nella consapevolezza che il parere di fattibilità costituisce un vero e proprio enunciato valutativo e, come tale, a differenza dell’opposta categoria degli enunciati descrittivi, non può essere considerato strettamente né falso né vero.

Pertanto, complice l’assenza di una disciplina normativa in grado di rappresentare un parametro di riferimento al fine di poter valutare i giudizi di fattibilità almeno alla stregua del c.d. “vero legale”, il legislatore ha ritenuto opportuno escludere queste tipologie di attestazioni dalla responsabilità penale.

Si badi bene però. Siffatta consapevole decisione legislativa, nonostante si presenti come “astrattamente” ragionevole, non può che considerarsi “concretamente” illegittima da un punto di vista costituzionale: la legge delega, infatti, nulla disponeva a tal proposito e, conseguentemente, possono senza dubbio essere mosse censure in termini di eccesso di delega.

Per altro verso, dal raffronto tra “vecchie” attestazioni e relazioni contenute nell’art. 236-*bis* l. fall. e “nuove” contenute nell’art. 342 c.c.i.i., si evince come non vi

sia perfetta corrispondenza, con la conseguente verifica di molteplici aggiunte di nuovi casi.

In questo senso, infatti, alcune figure, che non venivano contemplate dalla legge fallimentare, vengono, invece, previste dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Si pensi, ad esempio, all'attestazione relativa, in tema di concordato preventivo, ai crediti fiscali e previdenziali nella transazione fiscale (art. 88, co. 1-2, c.c.i.i.); oppure all'attestazione per rendere inammissibile le proposte di concordato concorrenti (art. 90, co. 5, c.c.i.i.); o, infine, le attestazioni che riguardano modifiche sostanziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, prima e dopo l'omologazione (art. 58, co. 1-2 c.c.i.i.)<sup>432</sup>.

Conseguentemente, qualora si riconoscesse come tali nuovi casi siano in grado di integrare la fattispecie incriminatrice, ci si troverebbe innanzi a fenomeni di nuove incriminazioni<sup>433</sup>.

#### **4. Le nuove figure di falso nel procedimento di esdebitazione e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI**

Occorre, ora, andare ad analizzare le nuove fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 344 e 345 c.c.i.i., ovvero i reati di "falso nel procedimento della esdebitazione" e il "falso in attestazioni dei componenti dell'OCRI"<sup>434</sup>.

A ben vedere, la prima figura criminosa non è del tutto nuova, ma riproduce in parte il citato art. 16 della legge sul sovraindebitamento.

A tal riguardo, però, è interessante notare come il secondo comma rappresenti una novità, in quanto punisce il debitore incapiente che ha prodotto documentazione falsa o contraffatta al fine di ottenere l'accesso alla procedura di esdebitazione (o dopo di essa)<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> Cfr. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., p. 84 ss.

<sup>433</sup> In senso affermativo, si veda BRICCHETTI, *ibidem*, p. 84 ss.

<sup>434</sup> Cfr. GAMBARELLA, *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.

<sup>435</sup> Cfr. SALERNO, *La riforma della crisi di impresa*, cit., p. 64 ss., secondo il quale il fine dell'istituto dell'esdebitazione è rappresentato dalla necessità di permettere ai debitori meritevoli ma incapienti di liberarsi dai debiti al fine di ripartire da zero e di riacquistare un ruolo attivo nell'economia. Infatti tale nuovo istituto comporta nei confronti di tale soggetto l'inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti. In sintesi, invero, la meritevolezza del debitore incapiente si desumerebbe dalle cause di indebitamento,



Inoltre, altro particolare da considerare è costituito dalla scelta del legislatore di muoversi in parallelo al delitto di false attestazioni e relazioni. In questo senso, nel terzo comma, che incrimina le false attestazioni dei componenti dell'organismo di composizione della crisi, sparisce infatti il giudizio di fattibilità (così come qualsiasi riferimento al professionista a dire il vero), che invece risulta espressamente previsto nell'attuale formulazione dell'art. 16 della legge n. 3 del 2012.

In questo senso appare ancora più evidente allora la scelta del legislatore riformatore di escludere dalla rilevanza penale il giudizio di fattibilità economica del piano presentato dall'imprenditore.

Il delitto rimane, per il resto, uguale a quanto previsto dal comma secondo della legge n. 3 del 2012: si tratta di un reato di pericolo concreto posto a tutela dell'interesse dei creditori a ricevere corrette informazioni. Reato deve essere sempre considerato proprio, in quanto commesso dal componente dell'organismo di composizione della crisi di impresa; mentre la condotta tipica continua a consistere nel comportamento, attivo, di rendere false attestazioni.

Tale paradigma sembra essere stato seguito anche con riferimento alla seconda figura criminosa in parola, che punisce le false attestazioni del componente il nuovo OCRI "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati".

Il reato in parola rappresenta veramente una ipotesi completamente nuova nel panorama penalistico (scelta dettata dall'esigenza di prevedere una incriminazione specifica con riferimento alle nuove figure che compaiono nella scena delle procedure di composizione della crisi); peraltro, a ben vedere, risulta modellato anch'esso proprio sullo schema del delitto di false attestazioni e relazioni di cui all'art. 341 c.c.i.

## **5. Il mini-sistema dei delitti di false attestazioni nell'ambito del nuovo diritto della crisi di impresa**

### **5.1. I caratteri comuni del mini-sistema dei delitti di false attestazioni**

Sulla base di quanto detto finora, è possibile, in conclusione, provare a tirare le somme.

---

dalla diligenza impiegata nell'assumere obbligazioni e dalle ragioni che hanno comportato l'incapacità ad adempierle.

Il legislatore sembra in effetti dare discreta rilevanza ai delitti di false attestazione nell'ambito della disciplina della crisi di impresa, al punto da creare un mini-sistema di tali reati; il tutto considerando lo storico immobilismo che regna con riferimento al versante penalistico della materia<sup>436</sup>.

Occorre, tuttavia, tenere distinto dal mini-sistema dei reati di false attestazioni, il delitto di falso per ottenere ammissione al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione o alla convenzione di moratoria, di cui all'art. 236 l. fall. (341 c.c.i.i.).

Tale incriminazione rappresenta senza dubbio un referente relevantissimo, sia in quanto costituisce il primo esempio di reato di falso all'interno della legge fallimentare, sia in quanto prende in considerazione procedure diverse dal fallimento.

Tuttavia, vi sono troppi elementi differenziali rispetto agli altri reati in esame. Come si è visto, infatti, già a partire dall'oggetto giuridico che sembra improntato a tutelare principalmente l'amministrazione della giustizia e solo indirettamente gli interessi patrimoniali dei creditori. Inoltre diverso è anche il soggetto attivo, che in questo caso è l'imprenditore e non diverse figure professionali con compiti specifici di attestazione. Infine, le stesse condotte rilevanti, legate come si è visto a particolari finalità, appaiono così specifiche da non poter essere accomunate a quelle di false attestazioni.

Diverso si mostra il discorso con riguardo alle altre figure di reato sin qui esaminate: il falso in attestazioni e relazioni *ex art. 236-bis l. fall. (342 c.c.i.i.)*, il falso nelle attestazioni del componente dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento *ex art. 16, co. 2, l. 3 del 2012 (art. 344, co. 3, c.c.i.i.)* e falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI *ex art. 345 c.c.i.i.*

Tali fattispecie criminose, infatti, presentano davvero caratteri comuni, tanto da poter ipotizzare un mini-sistema.

Tale mini-sistema si caratterizza per avere in comune anzitutto il bene giuridico tutelato. Se è vero che ci si trovi di fronte a reati di falso, come si è visto, sarebbe riduttivo limitare il discorso al solo interesse della fede pubblica. Anzi sembra proprio che il bene giuridico protetto sia altro: ovvero l'interesse dei creditori a ricevere

---

<sup>436</sup> Si pone, tuttavia, un qualche problema di coordinamento tra le varie fattispecie, con riferimento al concetto della rilevanza delle condotte di falso. Infatti, nonostante la costruzione attraverso delle ambiguità sintattiche, il requisito della rilevanza viene espressamente inserito solo con riferimento ai delitti di cui agli artt. 342 e 345 c.c.i.; non si comprende dunque la ragione dell'esclusione, soprattutto con riguardo alla figura di cui all'art. 344, co. 3, c.c.i.

informazioni corrette; interesse che viene ad essere tutelato in via strumentale dal corretto funzionamento delle procedure concorsuali<sup>437</sup>.

Altro carattere in comune è rappresentato dalle condotte tipiche, che risultano costruite – ad eccezione del falso disciplinato all’art. 344, co. 3, c.c.i.i., il quale incrimina la più generale condotta di “rendere false attestazioni” – secondo il classico schema del duplice comportamento: commissivo, ovvero l’esposizione di informazioni false; omissivo, ovvero l’omissione di riferire informazioni rilevanti.

Ebbene, l’utilizzo di tale doppia modalità di realizzazione dimostra che il diritto penale della crisi di impresa ha preso piena consapevolezza della dimensione qualitativa e quantitativa del fenomeno della falsificazione dell’informazione societaria: anche in questo ambito, infatti, l’informazione deve possedere il doppio carattere della veridicità e della completezza<sup>438</sup>.

Ma il discorso non si esaurisce ai profili da ultimo esaminati. Si notano, invero, ulteriori punti di convergenza tra le fattispecie in esame, soprattutto con riferimento al concetto della rilevanza delle false attestazioni e, conseguentemente, al modello di incriminazione del reato di pericolo.

Infatti, nonostante la costruzione attraverso delle ambiguità sintattiche, il requisito della rilevanza viene espressamente inserito solo con riferimento ai delitti di cui agli artt. 342 e 345 c.c.i.i.; non si comprende dunque la ragione dell’esclusione, soprattutto con riguardo alla figura di cui all’art. 344, co. 3, c.c.i.i.

In realtà, la rilevanza dell’informazione – falsa od omessa – introduce, come detto, il concetto della *materiality*, di matrice anglosassone e rappresenta un carattere che deve risiedere necessariamente, se si vuole dotare le fattispecie incriminatrici in parola del necessario grado di offensività<sup>439</sup>.

Come noto, tale concetto nasce, più precisamente, nell’ordinamento statunitense dopo la depressione economica conseguita al crollo di *Wall Street*, segnatamente per mezzo del *Securities Act 1933* e del *Securities Act 1934*. Tuttavia,

---

<sup>437</sup> In questo senso, con riferimento al delitto di false attestazioni e relazioni *ex art. 236-bis l. fall.*, si veda ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 94 ss.; oppure GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287.

<sup>438</sup> Sul punto PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell’economia, problemi generali di diritto penale societario*, Giuffrè, 2003, p. 76.

<sup>439</sup> Per una interessante analisi sul concetto della *materiality*, si veda FEDERICI, *Il mendacio bancario: un difficile bilanciamento tra tutela anticipata della correttezza e trasparenza dell’informazione societaria e la necessaria offensività della condotta*, in *Cass.pen.*, 2019, in corso di pubblicazione.

la *materiality* trova la propria definizione e il suo sviluppo per merito del diritto giurisprudenziale casistico, tipico della cultura giuridica anglo-americana<sup>440</sup>. In quest'ambito, pertanto, si è stabilito come il concetto di *materiality* sia da considerare in senso oggettivo, da porre in relazione rispetto al soggetto astratto dell'investitore ragionevole: in questo senso, l'informazione risulta rilevante nel caso in cui sia in grado di influenzare il giudizio e le scelte dell'investitore ragionevole<sup>441</sup>.

Occorre, dunque, per tornare al nostro ordinamento, che le informazioni abbiano una capacità ingannatoria; in altri termini, l'informazione deve essere significativa, deve essere quindi idonea in concreto ad incidere sul corretto andamento delle procedure<sup>442</sup>.

Ecco, quindi, che sembra potersi concludere come i delitti di false attestazioni siano costruiti secondo il modello di incriminazione del reato di pericolo concreto: le condotte dei soggetti attivi, sulla base di una valutazione di prognosi postuma, devono essere state in grado concretamente di alterare il processo decisionale dei creditori<sup>443</sup>.

In definitiva, invero, si deve mettere in evidenza una tendenza, che effettivamente appare chiara. Il sistema che si sta delineando, o quanto meno che "accenna" a delinarsi, si sta erigendo proprio sul bene giuridico della correttezza informativa.

In questo senso si possono leggere tanto le modifiche agli esistenti delitti di false attestazioni, quanto la creazioni di nuovi: evidentemente si percepisce come centrale incentrare la risposta penale alla crisi di impresa su di una generale correttezza del flusso informativo. Flusso informativo che deve essere garantito su tutti i piani, coinvolgendo tutti gli attori che entrano in gioco, a partire dagli stessi imprenditori o dagli amministratori fino ad arrivare ai soggetti professionisti esterni alla compagine societaria.

---

<sup>440</sup> Cfr. *TSC Industries v Northway Inc*, 426 U.S. 438 (1976), oppure *Basic Inc v Levison*, 485 U.S. 224 (1988).

<sup>441</sup> Sul tema si veda STRADER, *Understanding White Collar Crime*, LexisNexis, 2002, § 10.5.

<sup>442</sup> Cfr., con riferimento all'informazione societaria all'interno del delitto di false comunicazioni sociali, PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia, problemi generali di diritto penale societario*, cit., p. 768 ss; oppure NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955, p. 301.

<sup>443</sup> In merito al modello dei reati di pericolo all'interno del delitto di bancarotta fraudolenta, si veda POGGI D'ANGELO, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, cit., p. 3959 ss.

## 5.2. Teorie del vero. Una possibile ricostruzione del parametro da utilizzarsi per giudicare le valutazioni dei soggetti attestatori

Come si evince da quanto sinora brevemente tracciato, i reati di false attestazioni nella crisi di impresa possiedono molteplici caratteri in comune con altra rilevante tipologia di reati economici, le false comunicazioni sociali.

Tale parallelismo permette di analizzare un ultimo, necessario, aspetto dei delitti in esame, segnatamente il “concetto di verità” che deve essere preso in considerazione con riferimento alle false valutazioni dei soggetti attestatori<sup>444</sup>.

Il punto di partenza di simile analisi, non può che essere letterale e, pertanto, occorre notare come il legislatore, rifuggendo dalle pericolose formule proprie del falso in bilancio, ovvero i “fatti materiali non rispondenti al vero”, abbia utilizzato i termini “informazioni” e “attestazioni”.

Tale scelta, tuttavia, non ha garantito gli *standards* richiesti in termini di precisione e determinatezza, fondamentali corollari del principio di legalità, con conseguenti incertezze interpretative e applicative.

Invero, il termine “informazione” consiste in una notizia, in un dato, in un elemento che consente di avere conoscenza più o meno certa dei fatti; il verbo “informare” deriva dal latino “*informo*”, che letteralmente significava “dar forma alla mente”, concetto strettamente legato all’*Eidos* dei Greci, ovverosia l’“idea”, il “pensiero”.

Dal canto suo, il termine “attestazione” consiste in una dichiarazione, una affermazione dell’esattezza di una cosa o della verità di un fatto.

A ben vedere, però, nei delitti in parola, simile concetto deve essere considerato in combinato con quello di informazione, di tal ché emerge come il sostantivo “attestazione” o il verbo “attestare” assumano un significato generico: in altri termini, sembra venire in rilievo non una attività volta a dare certezze, bensì un’attività volta ad esprimere un giudizio, una valutazione.

Una volta analizzati i termini espressamente adoperati dal legislatore, si può fare un ulteriore passo in avanti che consiste nel tentare di comprendere, primariamente, se l’attività dei soggetti attestatori richiamata dalle norme incriminatrici consista in una vera e propria valutazione e, secondariamente, secondo

---

<sup>444</sup> Con riferimento al “concetto di verità” si veda TARUFFO, *La semplice verità*, Editori Laterza, 2009.

quali parametri tale eventuale valutazione debba essere giudicata (si pensi ad esempio al parametro del “vero legale” utile in caso di falso di bilancio)<sup>445</sup>.

A tal fine, appare necessario prendere le mosse da taluni ragionamenti che, seppur in maniera agile a causa dell’impossibilità di un maggiore approfondimento, attingono al sapere filosofico e linguistico nell’intento di risolvere l’utopica questione circa l’individuazione di ciò che è vero e ciò che è falso.

Ebbene, tradizionalmente, allorquando ci si è posti innanzi a siffatta indagine, si è sempre partiti dalla Metafisica di Aristotele, passando per le teorie dei due più grandi pensatori del secolo scorso, Bertrand Russell e Alfred Tarski<sup>446</sup>.

Ora, lungi dal porre qualsivoglia rilievo critico nei confronti di tale filone interpretativo, può forse risultare di qualche interesse provare a cambiare angolo di prospettiva.

E’ possibile intravedere, infatti, un *fil rouge* che parte dal pensiero del filosofo tedesco Martin Heidegger, il quale a sua volta affonda le proprie radici nella filosofia platonica<sup>447</sup>.

Secondo tale straordinario filosofo, la verità deve essere strappata all’ente, il quale di conseguenza viene sottratto a forza all’essere nascosto. A riprova di ciò, viene ricordato come il termine stesso attraverso cui i Greci esprimevano il concetto della verità è *A-letheia*: come si può notare, dunque, il termine è composto da un “alfa privativo” anteposto ad un elemento linguistico che possiede la propria radice nel verbo “*Lanthano*”(“sto nascosto”); il che starebbe a sottolineare appunto l’eliminazione del nascondimento in cui versa l’ente e, in altre parole, l’originaria situazione di non verità dell’Esserci.

È su queste basi che Heidegger ritiene di fondare l’essenza della verità, non tanto su un concetto di “adeguazione”, quanto su quello di “apertura”.

---

<sup>445</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, NAPPI, *Falso e legge penale*, Giuffrè, 1999, p. 9 ss. Con specifico riferimento al reato di falso in bilancio, si veda DELITALA, *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976, II, p. 827; oppure, più recentemente GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 114 ss. In giurisprudenza, su tutti, si veda Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, in *Cass. pen.* 2016, p. 2784, con nota di D’Alessandro, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofiliachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*.

<sup>446</sup> Per uno sguardo completo in tema di epistemologia lungo tutto il XX secolo si veda, su tutti, REBAGLIA, *Scienza e verità*, in *Collana di filosofia contemporanea*, Paravia, 1997, p. 13 ss.

<sup>447</sup> Si veda HEIDEGGER, *La dottrina platonica della verità*, in *Segnavia*, a cura di Franco Volpi, Adelphi, 1987, p. 159 ss. Con riferimento, invece, alla filosofia analitica, si veda D’AGOSTINI, *filosofia analitica*, in *Collana di filosofia contemporanea*, Paravia, 1997, p. 13 ss.

L'accennato filo rosso, invero, prosegue con la posizione di Hans-Georg Gadamer, il quale, ponendosi sul medesimo tracciato, sceglie come terreno d'elezione per l'analisi del vero il campo dell'arte<sup>448</sup>. In via di estrema sintesi, riflette che nell'opera d'arte la verità non si pone come "copia" della realtà, bensì come un "evento", dato dal punto di incontro tra la realtà dell'opera d'arte e la realtà dell'artista o dello stesso fruitore; tale evento, dunque, si concretizza in un'integrazione reciproca delle due realtà.

Secondo il pensatore tedesco, quindi, tale integrazione di realtà non può che avvenire all'interno di un piano ermeneutico: il concetto della verità può essere colto solo attraverso "il gioco del linguaggio".

Muovendo, inoltre, dagli studi del celebre filosofo del linguaggio John R. Searle può distinguersi tra "enunciati descrittivi" ed "enunciati valutativi": mentre i primi hanno ad oggetto dati della realtà esteriore e possono, dunque, essere veri o falsi, a seconda che una proposizione corrisponda, o meno, ai fatti esteriori; i secondi, al contrario, hanno ad oggetto valutazioni e, pertanto, sono privi di qualsivoglia valore di verità<sup>449</sup>.

Una volta premesso ciò, si deve introdurre un'ulteriore distinzione: quella tra "fatti bruti" e "fatti istituzionali", che si collega alla distinzione tra due tipologie di regole: "regole regolative" e "regole costitutive"<sup>450</sup>.

Da un lato, i "fatti bruti" consistono in forme di comportamento preesistenti rispetto alle regole; perciò tali attività sono disciplinate dalle c.d. regole regolative.

Dall'altro, i "fatti istituzionali" esistono solo in virtù di certi Istituti umani e questi sono sistemi di "regole costitutive". I "fatti istituzionali" possono essere spiegati solo in base alle regole che vi sottostanno.

Ecco, quindi, che si deve riconoscere come le valutazioni dei professionisti attestatori, segnatamente i pareri di fattibilità economica, non possano che essere considerate dei veri e propri "enunciati valutativi, nonché "fatti istituzionali".

---

<sup>448</sup> Cfr. GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Bompiani, 2000.

<sup>449</sup> Con riferimento alla distinzione tra "enunciati descrittivi" ed "enunciati valutativi", si veda BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994, p. 225 ss.; oppure GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011, p. 29 ss.

<sup>450</sup> Si veda SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 2000, p. 80 ss.

La logica conseguenza, allora, sarebbe quella di giudicare tali valutazioni attraverso un parametro di c.d. vero legale, allo stesso modo di quello che avviene con il reato di false comunicazioni sociali.

In altri termini, la soluzione migliore sarebbe quella di valutare i giudizi emessi dai soggetti attestatori secondo criteri fissati dalla legge. Il problema è che, al momento, tale disciplina normativa che prescriva le modalità attraverso cui si deve svolgere l'attestazione sembra mancare.

Perciò, risulta necessario ipotizzare di percorrere altre strade.

Una possibile soluzione, allora, potrebbe essere quella di far riferimento ai dati che si ottengono dalla scienza aziendalistica, i quali in effetti, trovandosi in un momento di rilevante sviluppo, sono in grado di costituire un apparato di pratiche che hanno ad oggetto i comportamenti che devono tenere i soggetti attestatori<sup>451</sup>.

### **5.3. Riflessioni conclusive**

Sulla scorta delle riflessioni sin qui svolte, è possibile tirare le somme del discorso riguardante il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e i delitti di false attestazioni. Come si è cercato di mettere in evidenza, invero, il quadro non può ritenersi né concluso né soddisfacente.

Guardando da un punto di vista generale la riforma, in effetti, non può che provarsi un certo rammarico per l'occasione persa dal legislatore col nuovo Codice. Se effettivamente è stato attivo con riferimento ai delitti di false attestazioni, si deve comunque ammettere che, in ogni caso, è stato confermato un impianto di incriminazione vetusto e sempre più sconnesso rispetto al sostrato civilistico.

Anzi, per certi versi, la frattura sembra addirittura peggiorata, in quanto ancora una volta il diritto della crisi di impresa si evolve, mutando la propria fisionomia, mentre il diritto penale fallimentare rimane fermo; con effetti preoccupanti per la tenuta dell'intera disciplina del diritto penale fallimentare e le conseguente forti incertezze interpretative e applicative.

Si deve, però, anche considerare che vi sono spunti positivi, in grado di destare curiosità e infondere un certo ottimismo.

---

<sup>451</sup> Sul punto, si veda, con riferimento al reato di cui all'art. 236-bis l. fall. GIANESINI, *Rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, cit., p. 184 ss.



Da questo punto di vista, infatti, si possono nutrire buone aspettative circa il nuovo sistema delle c.d. misure di allerta.

In pratica al fine di affrontare tempestivamente la crisi di impresa, sono stati previsti degli obblighi di segnalazione e di organizzazione in capo all'imprenditore. Gli obblighi posti dalle misure di allerta concorrono al perseguimento dell'obiettivo di arrivare ad una precoce rilevazione della crisi di impresa, al fine della tempestiva adozione di misure idonee a superarla.

Nell'ottica, invero, di favorire siffatto sistema di allerta il legislatore ha deciso di intervenire in maniera espressa in ambito penalistico, attraverso l'introduzione di talune misure premiali, disciplinate dall'art. 25, co. 2 c.c.i.i.

Anzitutto è stata prevista una nuova causa di non punibilità per i reati di bancarotta nel caso in cui si siano attivate tempestivamente le suddette misure di allerta e si sia provocato un danno di speciale tenuità. Seconda misura premiale, invece, è rappresentata dalla nuova circostanza attenuante, nel caso in cui la condotta non abbia cagionato un danno di speciale tenuità.

Per quanto concerne, invece, la prospettata diffusione dei delitti di false attestazioni, occorre porre attenzione al ruolo che riveste il professionista attestatore.

Questo, infatti, rappresenta diretta emanazione del principio di autonomia privata all'interno del sistema delle procedure di risoluzione della crisi di impresa. Una sorta di "momento privatistico" che, in qualche misura, si contrappone al "momento giurisdizionale" costituito da eventuali competenze di valutazione e attestazione da parte del Tribunale fallimentare.

In questo ambito, tuttavia, la coperta è corta: se si decide di ridimensionare ruolo e responsabilità del professionista, da un lato, tale scelta risulterebbe suscettibile di incrementare l'imparzialità delle procedure di risoluzione della crisi di impresa (in considerazione del fatto che il professionista è pur sempre un soggetto privato nominato dal debitore), dall'altro, ciò avverrebbe al costo di sacrificare, almeno in parte, la competenza tecnica.

Allo stato, d'altra parte, non appare in atto un deciso ridimensionamento del ruolo del soggetto attestatore, che, come si è visto, rimane destinatario di rilevanti compiti di valutazione nell'ambito delle nuove procedure concorsuali.

Lo stesso però non può dirsi con riferimento alla responsabilità, la quale sembra affievolita, in forza dell'eliminazione dal catalogo della rilevanza penale delle condotte attinenti al giudizio di fattibilità economica.

Interessante, oltre che utile, sarebbe comprendere la ragione di simile scelta.

In questo senso, come detto, si può richiamare la citata distinzione tra “enunciati descrittivi” ed “enunciati valutativi”; in particolare, occorre considerare come, a ben vedere, il giudizio di fattibilità economica consista proprio in un “enunciato valutativo”.

Come tale, pertanto, esso non può essere letto attraverso il binomio vero-falso, ma solo eventualmente attraverso una rispondenza al parametro del c.d. vero legale.

Tuttavia, si deve ribadire come attualmente la disciplina del professionista attestatore risulti mancante di qualsivoglia criterio normativo in grado di rappresentare una base attraverso cui valutare un eventuale parere di fattibilità come conforme al suddetto parametro.

Vista in quest’ottica, allora, potrebbe ritenersi sensata la scelta del legislatore di non punire l’attestazione di fattibilità del professionista, in quanto essa non può né considerarsi falsa né difforme ad una specifica disciplina, che ne imponga precisamente e compiutamente diritti e doveri.

Tuttavia, non deve dimenticarsi come la legge delega nulla abbia stabilito al riguardo, non consentendo al legislatore di intervenire in tal modo. Pertanto, non può che dubitarsi della legittimità costituzionale di simile intervento di chirurgia legislativa, il quale appare senza dubbio essere stato adottato in eccesso rispetto a quanto concesso al legislatore delegato.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N. – ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, 2019, p. 393

ALESSANDRI A., *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, Torino, 2019

ALESSANDRI A., *Reati in materia economica*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, a cura di Palazzo e Paliero, Giappichelli, Torino, 2017

ALESSANDRI A., *Profili penali delle nuove procedure concorsuali, uno sguardo d'insieme*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2016

ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2016

ALESSANDRI A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, un'introduzione*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2011

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Milano, 2010

AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *La Giustizia Penale*, 2011, p. 568

AMBROSETTI E. M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2016

AMBROSETTI E. M., *Riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592

ANDERSON K. – STAINSBY J. – BARDELL M. – SHUTKEVER C., *A practitioner's guide to the law and regulation of market abuse*, Sweet & Maxwell (Thomson reuters), 2016

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Volume II, a cura di Grosso, Giuffrè, Milano, 2018

APRATI R., *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La Riforma Orlando*, a cura di Marandola, Giuffrè, Milano, 2017

ARATO M., *Il concordato con continuità nel codice della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 855

ARMOUR J. – DEAKIN S., *Norms in Private Insolvency: The "Lon-don Approach" to the Resolution of Financial Distress*, Routledge, Londra, 2001

ARTALE C., *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2016, p. 4 ss.

ASHWORTH A. & HORDER J., *Principles of criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2013

BACCARI G. M., *La cognizione e la competenza del giudice*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, Giuffrè, Milano, 2011

BAILEY E. – GROVES H., *Corporate insolvency*, LexisNexis, New York, 2014

BAILEY F. L. – ROTHBLATT H. B., *Defending business and white collar crimes*, The lawyers co-operative publishing co., 1984

BALATO F., *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *Penale contemporaneo*, 16 febbraio 2015

BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003

BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000

BENUSSI C., *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2016

BERMAN H. J., *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition* (1983), trad. It. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1998

BESTA E., *L'opera di Irnerio*, Ermanno Loescher, Torino, 1896

BLAIR QC M., *Blackstone's guide to The Financial Services and Markets Act 2000*, Oxford University Press, Oxford, 2009

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994

BOBBIO N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989

BRICCHETTI R., *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, f-8/2019

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e altri reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2017

BRICCHETTI R., *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2008

BRICKEY K. F., *Corporate and white collar crime*, Wolters Kluwer, 2011

BRIDGE M., *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, edited by Andrew Burrows, Oxford University Press, Oxford, 2015

BROGI R., *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 845

BRUNO S. – CALETTI G. M., *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, Milano, 2017

CADOPPI A., *Bancarotta societaria*, in *I Reati societari*, a cura di A. Lanzi – A. Cadoppi, Cedam, Padova, 2007

CADOPPI A., *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'articolo 223, cpv. n.1, l. fall.*, in *Fall.* 1981, p. 824

CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Milano, 2017

CARNUCCIO P., *I reati fallimentari*, Cedam, Padova, 2017

CAROLEO GRIMALDI M., *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

CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. ec.*, 2009, p. 769

CATENACCI M., *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di dolo eventuale*, in *Aa. Vv., Diritto penale fallimentare*, a cura di N. Pisani, Giappichelli, Torino, 2010

CAVALLINI S., *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

CENSONI P. F., *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pen-denti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 864

CENSONI P. F., *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio e B. Sassani, Giuffrè, Milano, 2016

CERQUA F., *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fallimento*, 2014, p. 1189

CHIARAVIGLIO P., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, p. 445

CHIARAVIGLIO P., *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2018

CHIARAVIGLIO P., *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, in *Corr. merito*, 2009, p. 74

COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legislazione penale*, 2011, fasc. 1, p. 11

COCCO G., *Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007

COPI I. M. – COHEN C., *Introduzione alla logica*, Il Mulino, Bologna, 1994

CONSULICH F., *Nolo cognoscere, il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole". Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 3/2012, p. 615

CONTI L., *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991

CONTI L., *Fallimento (reati in materia di)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 1994

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012

- COSTA E., *Storia del diritto romano privato*, Barbera editore, Firenze, 1903
- D'AGOSTINI F., *Filosofia analitica*, in *Collana di filosofia contemporanea*, Paravia, Torino, 1997.
- D'ALESSANDRO F., *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Diritto e processo*, 9/2019, p. 1202
- D'ALESSANDRO F., *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofiliachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784
- D'ALESSANDRO F., *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le società*, 2011, p. 212.
- D'ASCOLA V. N., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 652
- D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 519
- D'AVIRRO A. – DE MARTINO E., *Bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Giuffrè, Milano, 2007
- DE GIOIA-CARABELLESE P., *Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Cedam, Padova, 2011
- DELITALA G., *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano, 1976, II
- DELITALA G., *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, volume II, Giuffrè, Milano, 1976
- DELITALA G., *Studi sulla bancarotta*, Giuffrè, 1935, 17, ora in Id., *Diritto penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1976



DE MATTEIS S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 1291

DERVAN L. E., *White Collar Overcriminalization: deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence*, Kentucky Law Journal, 2013

DI AMATO A., *Gli abusi di mercato*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, vol. IX, *I reati del mercato finanziario*, Cedam, Padova, 2007

DOYLE L. – KEAY A., *Insolvency legislation. Annotation and commentary*, Jordan publishing, Londra, 2016

DONINI M., *Il cor(reo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 Ottobre 2013-14 Marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera EA., e alla L. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 05, p. 1489

DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una nuova dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per reato proprio*, Giappichelli, Torino, 2006

DOOLEY D. – RADKE M., *Does severe punishment deter financial crimes?*, Charleston Law Review, Spring, 2010

DOUGLAS W. O., *Improvement in Federal Procedure for Corporate Reorganization*, 24 A.B.A.J. 875

EVANS J., *Changes in the doctrine of precedent during the nineteenth century*, in *Precedent Law*, a cura di M. Goldstein, Oxford University Press, Oxford, 1987

FEDERICI D., *Il mendacio bancario: un difficile bilanciamento tra tutela anticipata della correttezza e trasparenza dell'informazione societaria e la necessaria offensività della condotta*, in *Cass.pen.*, 2019

FIANDACA G. – MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014

FINCH V., *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009

IORELLA A. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019

IORELLA A., *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Mi-lano, 1988

IORELLA A. – MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, Torino, 2014

IORELLA A. (voce) *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Mi-lano, 1992

FURMSTON M., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Butterworth, Oxford, 2001

GADAMER, H. G., *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Bompiani, Firenze, 2000

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010

GAMBARDELLA M., *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di banca-rotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 488

GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2018

GAMBARDELLA M., *La nuova prescrizione: prime prove di un modello "ibrido"*, in *La Riforma Orlando*, a cura di Marandola, 2017

GAMBARDELLA M., *Le recenti riforme in materia di corruzione: un sistema da rifondare*, in *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, a cura di Marco D'Alberti, Rubbettino, Soveria-Mannelli, 2016

GAMBARDELLA M., *Il caso Cirio: i delitti di bancarotta*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. I, a cura di Foffani-Castronuovo, Il Mulino, Bologna, 2015

GAMBARDELLA M., *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1992

GAMBARDELLA M., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 56, n. 2, 2013, p. 742

GAMBARDELLA M., *Abolitio criminis e bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in *Aa.Vv., Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di Pisani, Giappichelli, Torino, 2010

GAMBARDELLA M., *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 3, p. 1200

GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella "nuova" bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.* 2003

GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sull'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002

GARGANI A., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005

GARGANI A., *Dal corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997

GATTA G. L., *Abolitio criminis e successione di norme penali incriminatrici: teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008

GIANESINI N., *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, Giappichelli, Torino, 2016

GIULIANI A., *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997

GOLDSTEIN M., *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, PricewaterhouseCoopers and Morgan Stanley, 2008

GREEN S. P., *Lying, Cheating and Stealing*, in *White Collar Crime*, a cura di Podgor-Henning-Israel-King, Oxford University Press, Oxford, 2013

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1952

GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014

HALSON R., *Contract Law*, Pearson, Londra, 2001

HEIDEGGER M., *La dottrina platonica della verità*, in *Segnavia*, a cura di Franco Volpi, Adelphi, Milano, 1987

HENDERSON R. – TEMPLE-WEST P., *Group of US corporate leaders ditches shareholder-first mantra*, in *Financial Times*, New York, 19 agosto 2019

HERRING J., *Criminal law*, Palgrave, Londra, 2017

HERRING J., *Criminal law*, Oxford University press, Oxford, 2014

HOLLERIAN M. J. – HOLLERIAN D. L. – MCMICKLE J. – CORR. J., *Bankruptcy Code Manual*, West (a Thomson Reuters business), New York, 2009

JANNUZZI E. – REGI A., *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2017, p. 99

JORIO A., *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jo-rio – B. Sassani, vol. V, Giuffrè, Milano, 2017

KEAY A. & WALTON P., *Insolvency Law. Corporate and Personal*, LexisNexis, New York, 2017

KEAY A. & WALTON P., *Insolvency Law. Corporate and Personal*, Jordans, New York, 2008

KING L. P., a cura di, *Collier on Bankruptcy*, 14 ed., LexisNexis, New York, 1968, vol. 2

LANZI A., *La nuova bancarotta societaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002

LO CASCIO G., *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il fallimento*, 2019, p. 263

LO CASCIO G., *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fallimento*, 2017, p. 1253

LONGHI S., *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913

MAGRO B., *Il tentativo di induzione indebita*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 4094

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2017

MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa: morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, Giuffrè, 1991

MARINUCCI G., (voce) *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Utet, 1987

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006

MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017

MASI G., *La pittura infamante nella legislazione e nella vita del Comune fiorentino (secc. XIII – XIV)*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Società Editrice del Foro Italiano, vol. II, Roma, 1931

MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2018

MCCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, in *Commercial Law Journal*, vol. 102, 1997

MERENDA I., *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Dike, Roma, 2016

MISSORI, *La bancarotta per dissipazione nella vicenda Alitalia: profili penali della scelta manageriale nelle scelte di gestione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3856 ss.

MUCCIARELLI F., Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali, *Diritto penale e processo*, 9/2019, p. 1198

MUCCIARELLI F., L'art. 217 bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi di impresa, in Aa. Vv., *Crisi di imprese. Casi e materiali*, a cura di Bonelli, Giuffrè, Milano, 2011

MUCCIARELLI F., La bancarotta societaria impropria, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, 2012

MUCCIARELLI F., L'esenzione dai reati di bancarotta, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 521

MUCCIARELLI F., *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.

NAPOLEONI V., *I reati societari*, vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggotaggio societario*, Giuffrè, Milano, 1996

NAPPI A., *Falso e legge penale*, Giuffrè, Milano, 1999

NIGHTINGALE B. L., *The Law of Fraud and Related Offences*, Carswell Pub., 1996

NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2014

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955

O'SULLIVAN J. R., *Federal White Collar crime*, West Academic Publishing, 2016

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2019

PANTANELLA A., *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della sentenza "Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3720

PANTANELLA A., *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3730

PANTANELLA A., *Il tentativo nel reato di cui all'art. 319-quater c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 229

PANTANELLA A., *Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione "temporale" e "spaziale" dell'art. 236-bis l.fall.*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 802

PAYNE B. K., *White collar crime*, SAGE Publications, 2013

PEDRAZZI C., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003

PEDRAZZI C., in Aa. Vv., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Monduzzi, Milano, 2000

PEDRAZZI C., (voce) *Società commerciali* (disciplina penale), in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Utet, 1997

PEDRAZZI C., *Art. 216. Bancarotta fraudolenta*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in Commentario Scialoja-Branca, *Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 1995

PELISSERO M., *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di L. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2015

PERINI A., *Il cagionamento del dissesto: la nuova bancarotta da reato societario al banco di prova del nesso di causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004



PISANI N., *I Reati contro la fede pubblica*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino, 2019

PISANI N., *Crisi di impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2018

PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in Aa. Vv., *Diritto penale fallimentare*, a cura di N. Pisani, Giappichelli, Torino, 2010

PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, fasc. 3-4, p. 367

POGGI D'ANGELO M., *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3951

PODGOR E. S. – HENNING P. J. – ISRAEL J. H – KING N. J., *White Collar Crime*, West Academic, 2013

POSTEMA G. J., *Bentham and the Common Law tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1986

PUNZO M., *Il delitto di bancarotta*, Utet, Torino, 1953

RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 897

RANALLI R., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)

REBAGLIA A., *Scienza e verità*, in *Collana di filosofia contemporanea*, Paravia, Torino, 1997

RHEINSTEIN M., *Common law – Equity*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960

RYDER N. – TUCKER J. – TURKSEN U., *The Financial Crisis and White Collar Crime – Legislative and Policy Responses*, Routledge, Londra, 2017

RIDER B. – ALEXANDER K. – BAZLEY S. – BRYANT J., *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury, Londra, 2016

RYDER N., *The financial crisis and white collar crime. The perfect storm?*, Edward Elgar, 2014

ROBINSON P. H., *Criminal law defences*, West publishing co., 1984

ROCCO ALFREDO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, F.lli Bocca, Torino, 1917

ROCCO ARTURO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Foro Italiano, Roma, 1932

ROSSI A., *La bancarotta nei gruppi di imprese*, in *Diritto penale e processo*, 9/2019, p. 1212

ROSSI A., *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da L. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè Milano, 2014

ROSSI A., *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa: una prima lettura*, in *Le società*, 2017, p. 1375

TARUFFO M., *La semplice verità*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009

SALERNO M., *La riforma della crisi di impresa*, in *Lexorienta*, 2019, p. 15

SANDRELLI G. G., *La riforma della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, fasc. n. 2

SANDRELLI G. G, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta “propria”*, in *Cass. pen.*, 2013

SANDRELLI G. G, *Bancarotta fraudolenta per le società di un gruppo: condotte di distrazione ed operazioni dolose ex art. 223 cpv. n. 2 legge fallimentare nelle operazioni intercompany*, in *Fall.*, 2000, p. 55

SANDRELLI G. G, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, Milano, 1990

SANDRELLI G. G, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1300

SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, Torino, 1998

SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Cedam, Padova, 1964

SANTORIELLO C., *La disciplina penale dell'economia*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2008

SCHAW MILLER & BAILEY, *Personal insolvency: law and practice*, Lexis Nexis, 2017

SCHIAVANO G., *Il professionista “attentatore” nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 1-2/2010, p. 275

SEARLE J. R., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000

SEMINARA S., *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella e Pelissero, Giappichelli, Torino, 2013

SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A. F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Cedam, Padova, 2013

SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, Bloomsbury Professional, Londra, 2011

SKEEL D. A., *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, Princeton, 2001

SOHM R., *Lex Salica*, Kessinger Publishing, 2010

STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, *Il Corriere giuridico*, 4/2019, p. 449

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007

STELLA F., *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Treccani, 1991

STONG E. S., *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, in *The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings*, a cura di Silkenat e Schmerler, Oceana Publications (Oxford University Press), Oxford, 2006

STRACCA, *Decisiones set tractatus varii de mercatura*, III, 1553

STRADER J. K., *Understanding white collar crime*, Carolina Academic Press, Durham, 2017

STRADER J. K. – JORDAN, *White Collar Crime. Cases, Materials, and Problems*, LexisNexis, 2015

SUTHERLAND E. H., *White collar crime*, New York: Dryden Press, 1949

SWAN E. J. – VIRGO J., *Market abuse regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010

VASSALLI G., *La disciplina penalistica delle crisi di impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocure e Bassi, Cedam, Padova, 2010

VIGANÒ F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 gennaio 2013

WHYTE D. – WIEGRATS J., *Neoliberalism and moral economy of fraud*, Routledge, Londra, 2016

ZANNOTTI F., *Diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2017

ZINCANI M., *Il nuovo 217-bis l. f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p. 527

ZOCCA L., *La relazione del professionista e sue responsabilità*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, diretto da Chia-Piccininni-Severini, Utet, Milano, 2011