

CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E BANCAROTTA: APPUNTI*

di Alberto Alessandri

L'Autore considera il diritto penale relativo alla crisi d'impresa e alla bancarotta, evidenziando come la normativa tradizionale, ancora basata su modelli storici, non sia più adeguata al contesto economico odierno. La riforma del Codice della Crisi d'Impresa ha introdotto un approccio più graduale e pragmatico, volto a preservare, se possibile, le aziende in difficoltà piuttosto che eliminarle dal mercato. Tuttavia, la disciplina penale non è stata aggiornata di conseguenza, risultando incompatibile con i principi costituzionali e le esigenze economiche attuali.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le scelte di incriminazione nel diritto penale dell'economia. – 3. Il necessario riferimento al diritto extrapenale. – 4. Cenni all'impostazione del Codice della crisi. – 5. L'inerzia nel campo della bancarotta. – 6. Principi costituzionali e bancarotta: un contrasto. – 7. Neoliberismo tecnocratico e fallimento delle imprese. – 8. È fattibile una riforma?

1. Premessa.

Se si tiene conto dell'amplessissima letteratura accumulata nel tempo e della copiosa giurisprudenza che hanno esplorato ogni angolo delle disposizioni penali della legge fallimentare del 1942 (e successive riforme degli anni Duemila), discutere della responsabilità penale connessa a una situazione di crisi d'impresa va incontro a due rischi. Dapprima quello di ripetere, anche inconsapevolmente, idee già esposte, tanto da chi scrive quanto da altri con ben maggiore autorevolezza¹, riguardo a un arco temporale ben più esteso del periodo che ci separa dal 1942, dovendosi risalire più indietro nel tempo, almeno al codice di commercio del 1882 (e prima del 1865), per rimanere al nostro paese: né si può trascurare il portato, anche culturale, della codificazione Napoleonica. Legato a questo rischio, vi è poi quello di compiere affermazioni in tutto o in parte ovvie, diventate tali per il deposito delle opinioni espresse nel corso della storia della bancarotta.

Non mi sottraggo ai rischi poiché ritengo che alcune premesse e impostazioni metodologiche, apparentemente scontate, siano state di recente trascurate nello studio della bancarotta dopo l'avvento del Codice della crisi d'impresa. Credo, invece, che un

* Testo riveduto, e corredato di poche note, della Relazione al Convegno *Crisi d'impresa e responsabilità penale: disciplina attuale e prospettive di riforma*, Lecce, 6 giugno 2024.

¹ Per tutti PEDRAZZI (2003).

ritorno a quelle premesse e impostazioni metodologiche e un ripensamento sulla legittimazione di punire – se, quando e come – il gestore dell’impresa andata in liquidazione giudiziale (o in procedure penalisticamente equiparate) siano indispensabili per inquadrare correttamente la situazione attuale, senza dubbio paradossale; nonché delle “prospettive di riforma”, come si usa dire con una formula logorata dalle numerose attese insoddisfatte.

Non mi occuperò, avendolo brevemente fatto in altra sede², dei numerosi progetti di riforma che si sono susseguiti negli anni fino a quello recentissimo della Commissione Bricchetti³. Per esprimere una valutazione su quest’ultimo occorrerà vedere come e quanto incideranno i pareri delle Commissioni di Camera e Senato e, soprattutto, la volontà del governo. Mi limiterò ad alcune considerazioni che astraggono dalle formulazioni e dalle sistematiche proposte, cercando di tener maggior conto del contesto in cui si trova ad operare la parte penalistica della disciplina della crisi d’impresa (artt. 322 ss. c.c.i.).

2. Le scelte di incriminazione nel diritto penale dell’economia.

Ricordo dapprima una consapevolezza condivisa e radicata.

Nel diritto penale della crisi di impresa, vale a dire nel diritto penale delle procedure concorsuali (ormai superata, per nome e contenuto, l’antica etichetta di diritto penale fallimentare), si registra un fenomeno ben noto e comune all’intero comparto del diritto penale dell’economia. Comparto, peraltro, assai difficile da definire e delimitare, tanto che ogni manuale ne propone definizioni – contenutisticamente o formalisticamente – diverse o traccia differentemente i confini della nozione (diritto penale dell’economia⁴, diritto penale dell’impresa⁵, diritto penale commerciale⁶, *droit pénale des affaires*⁷, *Business Criminal Law*⁸, *white collar crime*⁹, *Wirtschaftsstrafrecht*¹⁰, *derecho penal económico*¹¹, *direito penal econômico*¹² etc.). Le soluzioni proposte nei diversi ordinamenti e dai differenti autori non sfuggono alla critica di arbitrarietà e, alla fine, sono del tutto convenzionali, in funzione dello scopo perseguito dal singolo contributo. Né si può fare un rinvio in blocco, soprattutto da noi, alla legislazione speciale, pur rigogliosamente ramificata, affidata alle cure di un giardiniere distratto o ben poco colto. L’economia, che dovrebbe aggettivare il settore, non è affatto sconosciuta al codice

² ALESSANDRI (2023).

³ V. sul sito del Ministero della Giustizia.

⁴ MAZZACUVA e AMATI (2023).

⁵ Da ultimo, MANNA (2023).

⁶ ALESSANDRI e SEMINARA (2018-2023).

⁷ V. ad es. DELMAS MARTY (1990); DUCOULOUX FAVARD (1987).

⁸ V. ad es. STAFFLER (2022).

⁹ Oltre all’opera seminale di SUTHERLAND, v. ad es. RORIE (2019); VAN SLYKE *et al* (2016).

¹⁰ TIEDEMAN (2017); MÜLLER - GUGENBERGER (2017); KÖCK (2007).

¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2017)

¹² SOUZA e ARAÚJO (2023).

penale: fuori da questo, la sterminata congerie di reati della legislazione speciale non offre indici sicuri sulla collocazione all'interno del c.d. diritto penale economico.

Si può accettare, stipulativamente ai fini di queste paginette, un'approssimazione che tenga conto di due indicatori: i) che i reati siano commessi nell'ambito dello svolgimento dell'attività lecita d'impresa e in funzione di essa, o ii) che riguardino il funzionamento del mercato e delle istituzioni normativamente conformate in cui quell'attività si dipana. Ciò consentirebbe di concentrare l'attenzione alla disciplina penalistica dell'attività di impresa, disciplina che assume il ruolo di salvaguardia degli interessi interni all'impresa (nelle sue varie forme) e, soprattutto, esterni all'impresa e in particolare a quelli che trovano espresso riconoscimento nell'articolo 41 comma II Cost. quali limiti allo svolgimento dell'iniziativa economica privata. Non si vuol con questo rievocare la pur feconda intuizione di Franco Bricola¹³ sulla necessaria rilevanza costituzionale degli interessi penalmente salvaguardati con lo strumento penale. Si può ammettere che vi siano altri interessi o beni che discendono implicitamente dalla Costituzione o da strumenti internazionali e che il legislatore, riconoscendoli come oggetti di valore e meritevoli di tutela¹⁴, ritenga indispensabile proteggere con la risorsa ultima della sanzione penale.

Si sfiora qui un problema gigantesco – nel quale non ci si può addentrare – quello delle scelte di incriminazione¹⁵, quindi dell'elaborazione e poi dell'attuazione concreta della politica criminale: la sola che interessa in questa sede è la regolamentazione penalistica del settore economico. Tema spesso affrontato, anche se non sempre approfondito, dalla letteratura, specie da quella statunitense, riguardo ai *White Collar Crime*¹⁶.

Solo due battute, riferite al nostro tema.

Il primario punto di riferimento è – lo si è già detto – costituito dai principi costituzionali. L'art. 41 comma II Cost. fissa i limiti entro i quali può legittimamente svolgersi l'attività economica privata, indicando macrocategorie di contro-interessi da salvaguardare (salute, ambiente¹⁷, libertà, sicurezza, dignità), specificazioni dell'utilità sociale ma che non la esauriscono. E, ancora il lavoro (art. 35), l'attività sindacale (art. 39), il risparmio (art. 47). Interessi che, per assurgere a beni giuridici tutelati dal precetto mediante la sanzione penale, si devono confrontare con il preminente rilievo attribuito alla libertà personale (art. 13), bene immediatamente compromesso dalla pena.

Di peculiare vi è, nello scenario economico, che la politica criminale è meno libera rispetto ai cosiddetti delitti naturali (il riferimento al codice penale e a quanto in esso contenuto sarebbe improprio, per il carattere storico del catalogo dei reati codicistici). Nei reati "tradizionali" (termine che si sta sempre più appannando) il legislatore storico deve confrontarsi con le convinzioni diffuse nella comunità, colte e assimilate con

¹³ BRICOLA (1974).

¹⁴ MARINUCCI e DOLCINI (2001), p. 429 ss; ANGIONI (1983) FIANDACA (2014).

¹⁵ Di recente PALIERO *et al.* (2024).

¹⁶ Da Sutherland a oggi vi è una letteratura sterminata: VAN SLYKE *et al* (2016); per una recente riflessione, BAER (2023).

¹⁷ L'inserimento successivo (2022) di questi limiti pare in gran parte demagogico, oltre che inutile.

atteggiamento laico, oggi peraltro sempre meno presente sostituito da un atteggiamento populista e iper-penalista, come se tutti i problemi di “irritazione sociale” si potessero e dovessero risolvere con la minaccia della pena. Nel caso del diritto penale economico le cose stanno, in parte, diversamente.

Anche in questo caso, le convinzioni diffuse nella comunità sono un imprescindibile punto di riferimento¹⁸. Ma ben maggiori vincoli discendono i) dalla normativa civilistica che crea gli istituti nei quali o attorno ai quali si riscontrano esigenze di tutela, e ii) dalla struttura economico sociale nella quale si collocano questi istituti, spesso trascurata anche nella sola menzione. Per fare un esempio limite, è evidente che le esigenze di incriminazione che possono sorgere in un’economia pianificata e centralista (oggi presente, dopo il crollo dell’Unione Sovietica e dei paesi satelliti, in Cina, stato autoritario-burocratico) sono ben diverse da quelle dei paesi economicamente orientati in senso liberale¹⁹ o, sempre più diffusamente, nella variante economica neoliberista. La legislazione dell’Unione Europea reca, per esempio, le stigmate inconfondibili del pensiero neoliberista e tecnocratico: efficienza, libertà di circolazione dei capitali, libertà e tutela dei mercati, salvaguardia dei diritti civili (per quelli politici, in senso democratico²⁰, il discorso sarebbe molto diverso e qui fuori luogo).

Le costruzioni legislative in materia di diritto penale economico non si svolgono nell’assenza di regole e di valori, nel vuoto. Al contrario, esse traggono legittimazione, fondamento e ambito - sempre che si intenda agire in termini razionali e non emotivi - dalle istituzioni plasmate dal diritto civile storicamente vigente, e nell’adeguamento (sempre imperfetto per ritardi, incrostazioni, rigidità culturali) alle richieste manifestate dall’economia di mercato. In altri termini, quando il legislatore affronta fenomeni economici con lo strumento penale è vincolato dall’assetto economico, nazionale ed internazionale: deve essere consapevole di non poterne prescindere, pena l’inefficacia o il rigetto delle soluzioni normative escogitate.

Una volta individuate le situazioni – i fatti – che sono indiziati di essere intollerabili rispetto al corretto e regolare funzionamento delle istituzioni che reggono e in cui si svolgono le attività economiche si è solo a metà del percorso. Resta infatti da sciogliere il difficilissimo nodo della formulazione del tipo, della scelta delle sanzioni e della loro severità: a che livello o in che fascia si debba collocare la risposta sanzionatoria complessivamente intesa, affinché la reazione al fatto intollerabile sia «efficace, proporzionata e dissuasiva», per usare le parole della normativa di fonte europea.

In un brillante contributo²¹, Francesco Viganò ha concluso la vasta esplorazione degli orientamenti italiani e stranieri (soprattutto statunitensi) approdando a una realistica lettura della «necessità di proporzione»: il vincolo del legislatore, e il corrispondente diritto del cittadino, è quello di non prevedere, né subire, pene

¹⁸ Ancora attuale PULITANÒ (1985).

¹⁹ STREECK (2024); WOLF, (2024); HARCOURT (2021).

²⁰ Ancora STREECK (2024).

²¹ VIGANÒ (2021).

sproporzionate. Altri segnalano l'impossibilità di stabilire un'equazione tra reato e pena, oggetti inconciliabili²².

Anche ad ammettere questa moderata impostazione, i limiti alla discrezionalità legislativa si collocano ai margini e con carattere di eccezionalità (la sproporzione deve essere manifesta). Il campo in cui può spaziare il legislatore resta assai ampio, eroso solo dalla voracità del diritto penale giurisprudenziale: l'attuale debolezza del potere legislativo stimola o agevola ampliamenti incongrui delle sfere di potere. Nell'argomentare sulla proporzione, pur in questa ristretta portata prescrittiva, si affaccia la connotazione retributiva, visto che la pena non sproporzionata è rivolta al fatto, quindi orientata al passato, e cieca di fronte al futuro, all'universo della prevenzione speciale e, soprattutto, all'irrinunciabile tensione alla rieducatività della pena. Quest'ultima non legittima la pena, ovviamente, ma impone che la sanzione penale non frustri, già in partenza, l'umanizzazione della limitazione della libertà personale.

Per irrobustire la tesi della proporzione si portano, come è noto, alcuni argomenti, diffusamente presenti e discussi nella letteratura²³. In particolare, la figura della collocazione ordinale e cardinale dei reati e delle pene, ossia della valutazione comparativa o assoluta della gravità nell'una e nell'altra. Mi sembra però, e lo dico sommamente per la vastità del tema, che la sostanza retributiva (reazione punitiva al fatto) non riesca in concreto a collocarsi affidabilmente in reti concettuali come quelle ora menzionate. A tacer d'altro, il nostro sistema penale è stato investito, soprattutto negli ultimi vent'anni, da un inasprimento sanzionatorio assai pesante rispetto a fatti rimasti immutati. Per rimanere nel nostro campo, basta pensare agli abusi di mercato, passati dalla reclusione fino a un anno nel testo unico della finanza del 1998 (*insider trading*) agli attuali dodici (con una duplicazione nello stesso anno, 2005) ai quali si aggiungono smodate e duplicate sanzioni amministrative, per la persona fisica e per la persona giuridica. L'inasprimento si è accompagnato a una irragionevole disseminazione di nuove fattispecie.

Ci si dovrebbe soffermare (ma non accade spesso: economia e politica sono poco frequentate, salvo eccezioni, dagli studiosi dei "delitti e delle pene") a chiedersi le ragioni di questo inasprimento: non si potrebbe richiamare il disvalore del fatto, rimasto immutato. Sono subentrate solo ragioni riferibili alla prevenzione generale collegate a mai argomentate "ragioni di mercato", proposte nella declinazione *Law and Order*. Se, infatti, non è possibile istituire scale concettuali; né argomentare le ragioni dell'esigenza di una minaccia più intensa, allora la discrezionalità del legislatore si manifesta esclusivamente in termini di prevenzione generale, la quale, ben si sa, è senza limiti, se non di saggezza (che mi sembra latitare) con approdi d'inaccettabile irragionevolezza.

Il parossismo sanzionatorio ha sconvolto così le – pur discutibili – proporzioni del sistema originario, senza affatto sostituirlo con un altro: tutto verso l'alto, dagli effetti della cancellazione della pena di morte, sostituita con l'ergastolo²⁴; alla dissennata e

²² PULITANÒ (2018); PULITANÒ, (2016) p. 641.

²³ Fondamentale, DOLCINI (1979).

²⁴ PADOVANI (2018), p. 29.

ingiustificata corsa all'aumento delle pene per intensità e numerosità, nel falsissimo mito della maggiore efficienza ed efficacia di pene più gravi e di una precettistica più fitta, severissima, minuziosa. Nel diritto penale dell'economia, la deriva populista ha portato ad una paralisi della riflessione sulla comminatoria più adeguata, mentre le cornici edittali superano ampiamente le indicazioni europee. I picchi sanzionatori (bancarotta e abusi di mercato) sono considerati e sentiti come intoccabili, sia perché il legislatore teme che un ridimensionamento sarebbe interpretato come segno di lassismo, sia per considerazioni relative alle ricadute processuali derivanti da abbassamenti di pena o sfortimenti delle fattispecie).

3. Il necessario riferimento al diritto extrapenale.

Per riprendere il filo, il diritto penale dell'economia potrebbe dunque contare su una guida alle scelte di politica criminale. Proprio quella dipendenza dai vincoli costituzionali, soprattutto degli artt. 25 e 27, dalle istituzioni e dall'agire dei soggetti economici all'interno di esse può (potrebbe) essere utilizzata per trovare la legittimazione sostanziale, i limiti e una possibilità di graduazione della risposta penale. Le istituzioni civilistiche non hanno tutte lo stesso peso rispetto all'efficiente funzionamento del sistema economico, alcune sono centrali, per esempio le società e l'imperativo di trasparenza, altre meno: molto dipende poi dalla platea dei soggetti cui l'offesa si rivolge, dalla natura di questa e della sua invasività. Indicazioni e indici che, collocati in un'argomentazione razionale sviscerando le ragioni socioeconomiche alle quali rispondono le diverse istituzioni e le scelte conseguenti, potrebbero, almeno parte, orientare nella scelta delle incriminazioni e delle sanzioni: per queste intendendo non solo le sanzioni penali per le persone fisiche, ma anche tutte quelle che si affiancano ad esse (il *ne bis in idem*²⁵ è svaporato grazie a un'interpretazione discutibilmente creativa delle Corti europee, che ha fortemente indebolito il principio) e le sanzioni comminate alle persone giuridiche.

Ho detto che nel diritto penale dell'economia le scelte riguardo a se, cosa e come punire esigono l'attenta considerazione delle istituzioni verso le quali si rivolgono le condotte aggressive, individuando, all'interno delle prime, la scalarità di importanza dei nuclei di valori suscettibili di offesa che potranno, di volta in volta, collocarsi tanto all'interno del soggetto economico (l'impresa) quanto, e soprattutto, all'esterno, seguendo l'elencazione dei beni, espressi in forma di limiti, ai quali l'iniziativa economica privata non deve «recare danno». Vengono in primo luogo all'attenzione le proiezioni dannose esterne all'impresa, sia che si tratti di beni materiali (ambiente, salute e sicurezza), sia che si tratti di preziosi beni immateriali e diffusi (la dignità dei lavoratori, la libertà di scelta nel mercato e quindi la trasparenza societaria). Ad un più basso livello si pongono i possibili pregiudizi ai meccanismi di funzionamento delle

²⁵ SEMINARA (2022), p. 147.

istituzioni societarie, alla loro costituzione ed al rispetto della parità di condizioni di accesso al mercato.

Dovrebbero essere le discipline che attengono allo svolgimento dell'attività economica a costituire il primo elemento di valutazione per orientare le scelte di criminalizzazione, riguardo a beni che le regole civilistiche creano o che si coagulano nella comunità nella forma di attese a un corretto agire economico, soprattutto in modo da salvaguardare beni diffusi, rispetto ai quali non vi sia altra scelta di tutela efficiente. Tutto questo dovrebbe essere accompagnato da una considerazione del contesto economico e dell'orientamento del sistema, senza coltivare fallaci illusioni che il diritto penale possa incidere sulla struttura del sistema economico odierno e sul suo modello di sviluppo. Però, al contempo registrando le modifiche che l'evoluzione del sistema e delle forze di mercato apportano alle istituzioni capitalistiche, evitando di rimanere rinserrati i modelli superati, forse culturalmente confortevoli per il senso di sicurezza che essi danno, ma che risultano decisamente antiquati e incoerenti rispetto allo scorrere della realtà economica.

Non è in questione la concezione “meramente sanzionatoria” del diritto penale, ormai destinata alla soffitta delle cose che hanno fatto la storia ma che ormai sono inutili. Quanto detto riposa sulla convinzione, credo condivisa, che pressoché tutti gli elementi delle fattispecie di diritto penale economico sono di carattere normativo e rinviando, talora esplicitamente, alla disciplina civilistica a monte. In altri termini, i mattoni della fattispecie astratta del diritto penale economico sono tratti, per necessità, dal magazzino del legislatore civile. Da questo punto di vista, per la tenuta e coerenza del sistema e della sua razionalità dovrebbero essere evitate elaborazioni in termini di autonomia dei concetti e dei frammenti normativi che passano dal civile al penale: ciò avviene di solito facendo impropriamente leva sul rango degli interessi coinvolti, sottoposti a una forte smaterializzazione e oscurando il principio di offensività.

4. Cenni all'impostazione del Codice della crisi.

Se ora ci volgiamo a guardare la disciplina contenuta nel codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, integrata e modificata dai diversi correttivi (l'ultimo, il terzo, recentissimo²⁶), il penalista s'imbatte in un problema che sorge immediato: non lo si scopre certo ora e qui.

È il punto di partenza a mettere subito nei guai il percorso del penalista. La disciplina civilistica della crisi d'impresa e dell'insolvenza, quella che funge da presupposto alle incriminazioni nella parte penalistica, è radicalmente mutata, non solo nella minuta disciplina, ma nell'impostazione di fondo, nell'orientamento con il quale il legislatore nazionale – e prima quello europeo – ha guardato per individuare quali strumenti impiegare nei confronti dell'impresa in difficoltà finanziarie ed economiche, costruendo istituti adeguati.

²⁶ D. lgs. 13 settembre 2024, n. 136, pubblicato in *Gazz. uff.*, 27 settembre 2024.

La tradizione antica del fallimento lo vedeva quale pressoché unico istituto (in posizione recessiva il concordato) adatto ad affrontare la crisi dell'impresa: una disciplina e una visione monolitiche del dissesto come ineluttabile e irrimediabile cesura nella vita dell'impresa, con conseguente autoritativa estromissione dell'impresa decotta dal mercato, connotata in termini moralmente negativi (si pensi allo spossamento del debitore; alla sua soggezione agli organi del fallimento; al peso delle sanzioni accessorie che ne consacravano l'espulsione dalla cerchia dei soggetti economicamente virtuosi). Vi era poi un forte profilo pubblicistico, sia nella rigida scansione del procedimento civile che nel ruolo giocato dai soggetti pubblicisticamente qualificati (curatore, sempre necessario, e giudice delegato), sospingendo i creditori praticamente al margine della vicenda, ai quali attribuire solo (modestissime) aspettative di recupero. Insomma, nella vecchia legislazione il fenomeno "fallimento" era inteso come un danno necessario per il debitore e come un'utilità eventuale per l'intera platea dei creditori perché, a prescindere da quanto poco avrebbe reso ai creditori insinuati, eliminava un soggetto considerato inaffidabile, inattendibile, indegno di rimanere ancora sul mercato: come nei comuni del Trecento.

È subentrato, su vigorosa spinta dell'Unione Europea e nel solco dei modelli anglosassoni²⁷, un fascio di soluzioni orientate al mercato e consapevoli della necessità di conseguire efficienza nella predisposizione dei meccanismi di superamento della crisi. Alla precedente visione si è sostituita una considerazione disincantata, gradualista e articolata dello squilibrio dell'imprenditore, priva di connotazioni moralistiche della figura del fallito. La normativa precedente trovava, invece, il suo sigillo nella irrimediabilità e nell'ineludibile fissità dell'unico esito della crisi di impresa: il fallimento. Non importava affatto che questo istituto sbriciolasse i beni residui e pochissimo andasse ai creditori, che per lo più consideravano perdite i crediti insinuati. La legge del 1942 era stata prodotta entro un tessuto economico povero e con autoritarie propensioni dirigiste; la politica economica era asfittica e non avevano diritto di cittadinanza considerazioni in termini di efficienza, che presupponevano un libero mercato. Cose che erano riportate a culture straniere e, in quanto tali, nemiche.

Al contrario, la nuova disciplina civilistica si caratterizza, già a una prima lettura, per essere impostata in una modulazione differenziata e articolata nei confronti dello squilibrio dell'impresa, considerato esclusivamente in termini economici e chiamando spesso in causa i creditori e il mercato quali necessari protagonisti del cammino per il superamento della crisi o per la sua cristallizzazione, con soluzioni quanto più efficienti. Sono state introdotte forme differenti di soluzione della crisi e dell'insolvenza che dovrebbero adattarsi alle diverse forme nelle quali può presentarsi la crisi. Assume rilievo, in questo già preceduta dalle discipline settoriali in tema di amministrazione straordinaria²⁸, il ruolo dell'*impresa*, sia come elemento produttivo sia come comunità di

²⁷ Per gli Stati Uniti, USC, Chapter 18, § 16 e ss., mentre la disciplina della crisi è disciplinata dal Chapter 11; sull'evoluzione storica, BRATTON e SKEEL (2018) p. 1571; per la Gran Bretagna, *Insolvency Act 1986, Part IV, Chapter X e Part IX, Chapter VI*.

²⁸ Fin dal 1979, con la l. n. 95 del 1979 (legge Prodi), varie volte modificato; poi con il d. lgs 30 gennaio 1999, n. 26; d.l. 14 febbraio 2003 n. 23 (conv. con la l. 81/2003); d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, conv. con la l. 39/2004);

lavoratori, gli interessi dei quali assurgono al rango della meritevolezza di tutela: ruolo del tutto assente, e *pour cause*, nella legge del 1942. Le varie normative sull'amministrazione straordinaria hanno fatto da battistrada al codice della crisi, introducendo l'idea di un possibile risanamento dell'impresa insolvente, coerente con le esigenze del mercato, lasciando cadere astratte dogmatiche centrate sull'imperativo della dissolutoria liquidazione, ormai incongrue.

Gli strumenti alternativi di soluzione e di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono costruiti lasciando numerosi spazi alla negozialità, all'autonomia privata, alla competitività, forgiando discipline in cui è addirittura assente l'autorità giudiziaria (composizione negoziale della crisi), alla quale, laddove è presente, è sostanzialmente attribuito un compito di controllo e di bilanciamento degli interessi. Si afferma spesso, con qualche opinione contraria, che il modello di riferimento sia stato quello offerto dal *Chapter 11* (e 13) statunitense. Lasciando da parte le genealogie o le analogie, la nuova disciplina propone una concezione pragmatica e tecnocratica della crisi con necessario riferimento al mercato e all'efficienza delle soluzioni rispetto al funzionamento di quest'ultimo. In questo senso si può dire che l'ispirazione della nuova disciplina è di stampo neoliberale, in un *continuum* con la legislazione in materia economica dell'Unione Europea. Lo conferma la Proposta di direttiva del 2022²⁹ che esalta il nesso tra efficiente soluzione delle crisi d'impresa e liberalizzazione dei mercati di capitali e degli investimenti, specie transfrontalieri, per diminuire il costo della circolazione dei capitali, su cui incide negativamente il rischio monetario non prevedibile.

Se il vecchio fallimento era sostanzialmente indifferente al risultato economico della procedura, le nuove impostazioni, diffuse ormai in diversi paesi, si preoccupano di salvare ciò che è possibile dell'impresa in difficoltà, evitando di distruggere ciò che può avere ancora un interesse per il mercato o magari per i creditori intesi quali eventuali nuovi portatori di capitale di rischio³⁰.

Le Direttive europee insistono, inoltre, sull'esigenza di perseguire l'obiettivo di offrire all'imprenditore decotto una nuova possibilità, un *fresh start*. Si legge in trasparenza una considerazione schiettamente economica, non più moralistica, del crollo economico e dell'importanza invece assegnata al rientro dell'imprenditore nel mercato: impostazione che si scontra con la vecchia previsione delle estese e dure incapacitazioni veicolate dalle pene accessorie.

Sia ben chiaro, non si vuole qui intonare un peana alla riforma apportata con il codice della crisi: ci sono problemi, lacune, questioni aperte che i fallimentaristi hanno segnalato. Qui interessa solo rimarcare come il codice sia certo più coerente all'attuale economia di mercato e costituisca una rottura radicale con il passato.

d.lgs. 169 del 2007; CASTAGNOLA e SACCHI (2000); DI MARZIO e MACARIO (2017) p. 601. V. anche le critiche mosse autorevolmente da ROSSI (2001).

²⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio «che armonizza taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza», 7 dicembre 2022.

³⁰ STANGHELLINI (2007)

Una vera e propria rivoluzione nella disciplina civilistica, non di un restauro o di una revisione. Ovviamente il tempo dirà se e come essa avrà attecchito nel nostro sistema: è sicuramente una sfida, anche culturale.

5. L'inerzia nel campo della bancarotta.

Di fronte a queste radicali modifiche il legislatore si è arrestato ai confini di operatività dello strumento penalistico.

Nell'originaria delega³¹ non era presente alcun principio o direttiva per la parte penalistica: anzi, si metteva in chiaro che le fattispecie, nuove solo nei numeri, avrebbero dovuto garantire la «continuità normativa»: così è stato fatto e così è stato prontamente riconosciuto dalla cassazione³².

Ma possono i due corpi normativi, civile e penale, aventi origine, impostazione e contenuto così dissimili, stare insieme? Può il vecchio diritto penale fallimentare costituire il braccio secolare per garantire la tenuta e l'efficacia dei nuovi istituti? Evidentemente sì per l'attuale legislatore; no per la dottrina che si è finora pronunciata sul tema; no per chi scrive, sulla base delle osservazioni in precedenza svolte.

Non intendo soffermarmi sui progetti di riforma, come già anticipato, da quello della commissione Pagliaro a quello recentissimo – Commissione Bricchetti – tuttora in corso di elaborazione (per quel che se ne sa): vi è letteratura sul tema.

Una rapida osservazione sul metodo di questi progetti di riforma in materia penale. È disarmante osservare che il nostro legislatore, anche per le riforme importanti, non si preoccupi mai di fissare un percorso di elaborazione che non sia esclusivamente limitato allo scambio di opinioni tra i commissari. Occorrerebbe, specie in questa materia che incide sulla libertà dei cittadini, non solo che i risultati del lavoro delle commissioni fossero aperti alla consultazione e alla discussione in corso d'opera, ma soprattutto che fossero preceduti da indagine di tipo *empirico* sugli effetti della precedente normativa e sulle esigenze di riforma che sorgono, in questo caso, dagli attori economici, dai lavoratori, da coloro che accedono al mercato. Non si sottolinea mai abbastanza la totale assenza di indagini di tal fatta disposte al servizio del legislatore o degli esperti da questo nominati, che sono altra cosa dalle indagini statistiche. Per assicurare razionalità (tendenziale) alle costruzioni legislative le indagini empiriche sono il punto di partenza necessario: farne a meno mostra la netta preferenza per l'intuizionismo libero o maschera la volontà di non avere limiti nella formulazione in chiave solo espressiva e, alla fine, di mera prevenzione generale³³, nell'indifferenza al dato economico-sociale.

³¹ L. 19 ottobre 2017, n. 155, art. 2 «...adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità normativa delle fattispecie criminose».

³² Per es. Cass. Sez. V, cc 10 dicembre 2019, n. 4772: «...le nuove norme appaiono in perfetta continuità normativa con le precedenti norme contenute nel Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267».

³³ Disponiamo di elaborazioni solo statistiche e solo sul fallimento: ARMELI (2010) p. 197. Sempre in ambito della procedura, mirata sui soggetti che fanno ricorso al Chapter 11 o al Chapter 13, HYNES *et al.* (2017) p. 61. *Abi* è l'acronimo di *American Bankruptcy Institute*.

È vistosa la differenza con lo schema di lavoro della *Law Commission* inglese³⁴. Il lavoro delle nostre commissioni, tendenzialmente tenuto riservato fino all'ultimo momento (salvo la circolazione di bozze quasi clandestine), privo di agganci con la comunità e i suoi protagonisti, si svolge nell'isolamento più completo, dove contano solo l'esperienza personale dei commissari, in piccola parte la dottrina, moltissimo la giurisprudenza.

6. Principi costituzionali e bancarotta: un contrasto.

La disciplina penale della bancarotta oggi esistente costituisce uno dei maggiori esempi e più vistosi di iper penalismo e di esasperato rigore punitivo: sanzioni

³⁴ Dal sito della *Law Commission*: «*The Law Commissions Act 1965* requires the Commission to submit “programmes for the examination of different branches of the law” to the Lord Chancellor for his approval before undertaking new work. Before deciding which projects to take forward, the Law Commission takes views from judges, lawyers, Government Departments, the voluntary and business sectors, and the general public. We also take on projects that are referred to us by Government Departments....

The Commission considers reviewing an area of law reform against certain criteria:

- *importance – the extent to which the law is unsatisfactory, and the potential benefits from reform*
- *suitability – whether the independent non-political Commission is the most suitable body to conduct the review*
- *resources – valid experience of Commissioners and staff, funding available, and whether the project meets the requirements of the programme.*

Once the Law Commission has agreed to review an area of law:

- *Initiation – we will decide on the remit of the project, in conjunction with the relevant Government department*
- *Pre-consultation – in this phase, we will undertake a study of the area of law and identify its defects. We will also look at other systems of law to see how they deal with similar problems. At this stage we may also approach interest groups and specialists in the area, and produce preliminary scoping and issues papers*
- *Consultation – a consultation paper is issued setting out in detail the existing law and its defects, giving the arguments for and against the possible solutions and inviting comments. The paper is circulated widely to all interested individuals and organisation, and to the media. We actively encourage feedback from any interested member of the public, including comments on problems we may not have dealt with or the likely effect of something we have proposed. You can respond to any of the Commission’s open consultations*
- *Policy development – at this stage we will analyse the responses to the consultation, which will help us develop and refine our thinking. We may also produce further issues papers and consult on some or all of the draft Bill*
- *Reporting – at the end of a project we will usually submit a report to the Lord Chancellor and relevant Secretary of State, giving our final recommendations and the reasons we are making them. Where necessary, we include a draft Bill that would give effect to our recommendations. Depending on the nature of the project, our final report may be an advice to government or a scoping report.*

At all stages of our work, from project selection through to making recommendations, we will assess the impact of reform. The Commission benefits from the expertise of an Economist, who provides specialist advice in relation to the assessment of the impact of our proposals for law reform.

The Law Commission draws on academic research and is able to work with academics in a variety of ways. The Law Commission of England and Wales and its use of Empirical Research was written to assist the Society of Legal Scholars, the Socio-Legal Studies Association and the Association of Law Teachers in disseminating this information among researchers».

draconiane, le aveva etichettate Cesare Pedrazzi. Lo si vede dalla gravità della cornice edittale, suscettibile di espansione fino alla metà (dunque fino a quindici anni di reclusione) per l'applicazione delle circostanze aggravanti (i repertori indicano che sia pressoché nulla quella delle attenuanti); dalla numerosità delle fattispecie tanto nella figura della bancarotta fraudolenta, che dà luogo a numerose sotto-fattispecie, che nelle ipotesi casistiche, come la bancarotta semplice, anch'essa contenente formulazioni vaghe e sfuggenti. Colpisce la presenza di ipotesi colpose a livello di pericolo nel campo dei delitti contro il patrimonio (in questo caso dei creditori): un innalzamento della soglia di tutela che costituisce un caso singolarissimo nella nostra legislazione, germinato dal biasimo morale che caratterizzava le più risalenti discipline³⁵. Non coglie nel segno l'affermazione che la presenza della bancarotta semplice, sussidiaria a quella fraudolenta, costituirebbe un argine all'espansione incontrollata di quest'ultima. Se così fosse, il problema sarebbe da individuare nella carenza di determinatezza e precisione della figura principale.

L'ipertrofia punitiva della bancarotta si esprime, inoltre, come è stato più volte notato, dalla presenza, nella fattispecie astratta, di elementi descrittivi resi con formule vaghe e indeterminate, di cui le «operazioni dolose» costituiscono il caso più vistoso. Ma lo stesso si verifica anche in relazione a descrizioni non così smaccatamente indeterminate: si pensi alla pluralità di significati che si attribuiscono all'aver «distratto». E, ancor di più, all'impossibilità di fissare un orizzonte temporale entro il quale le condotte assumono rilievo penale: se in dottrina si cerca di delimitare la possibilità di regredire nel passato con un notevole sforzo interpretativo, la giurisprudenza è ancora in prevalenza convinta che la ricerca dei comportamenti punibili possa spingersi all'indietro senza limite. L'assenza di un qualsivoglia nesso tra le condotte e il dissesto, accertato nella sentenza, e la mancanza di un evento, stante il modello di reato di pericolo, precludono la possibilità di delimitare sul piano causale o su quello della colpevolezza il raggio d'azione temporale della figura. Assenza che attribuisce alla figura i tratti oggettivi dell'antica bancarotta, che non si concilia con la previsione costituzionale secondo la quale la pena possa colpire solo condotte proprie e colpevoli.

Nota la replica a queste osservazioni: la sentenza dichiarativa di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità e pertanto non occorre sia causata né voluta, basta che lo sia la condotta. Sul punto si tornerà brevemente ma fin d'ora si osserva che la replica, con un tratto formalistico-definitorio, scavalca il problema sostanziale, ossia che la dichiarazione di insolvenza che accerta il dissesto è l'elemento che colora e attribuisce specifico disvalore alle condotte: decide la punibilità a titolo di bancarotta, senza però richiedere che il comportamento del reo costituisca causa e volizione di tutti i frammenti significativi del fatto. Quale elemento rapportato alle «condizioni» di cui all'articolo 44 c.p.³⁶ – una delle norme più indecifrabili del codice penale – la sentenza che accerta il dissesto determina anche il tempo e il luogo della commissione del reato, in modo quindi indifferente alla storicità della condotta, estende i suoi effetti, almeno secondo

³⁵ PORTALE (2009) p. 749.

³⁶ Per tutti v. BRICOLA (1967) p. 588; NEPPI MODONA (1971) p. 184; ANGIONI (1989), p. 733.

l'interpretazione prevalente seppure non condivisibile, facendo stato nel processo penale nonostante quanto prevede l'articolo 3 c.p.p. La critica non si rivolge – ovviamente – alla sentenza in quanto tale, la quale, provvedimento del giudice, non può essere né causata né voluta dal debitore. La si indica come tale perché essa è sempre stata l'oggetto della discussione, sostanzialmente male impostata, poiché non vede il problema sostanziale soggiacente, ossia che la sentenza ha come imprescindibile presupposto necessario l'insolvenza e quindi il dissesto che segna la cristallizzazione dell'impresa, il blocco del suo dinamismo e il passaggio dal pericolo al danno. È questo l'elemento cruciale che, presupposto necessario della sentenza, deve far parte dell'orizzonte volontaristico del debitore e dipendere causalmente dalle sue condotte, prima solo costitutive di un pericolo. Per meglio dire, se le condotte del debitore, nell'attuale modello, non possono esser altro che pericolose per le attese dei creditori, senza che ancora si produca alcuna lesione effettiva al patrimonio dei creditori essendo l'impresa in fase attiva, con il sopravvenire del *default* la sentenza congela l'attività dell'impresa e si può fare il conto dei danni effettivi provocati da ciascuna condotta.

Del tutto singolarmente, la repressione della bancarotta è andata inasprendosi, sul piano interpretativo, rispetto alle posizioni liberali come quelle di Francesco Carrara³⁷, che si era battuto per espungere gli elementi oggettivi e presuntivi contenuti nel codice di commercio del 1865 e poi del 1882.

Nonostante i salvataggi effettuati dalla Corte costituzionale, non vi è compatibilità della disciplina penale con i principi costituzionali. Quello di determinatezza, per la frequente presenza di locuzioni vaghe e indeterminate, la cui precisazione richiede ardue, tortuose e incerte esercitazioni ermeneutiche; quello di personalità, per la presenza di elementi imputati oggettivamente all'autore del fatto, quale la dichiarazione di liquidazione giudiziale – *rectius* il suo presupposto: il dissesto –; legalità e personalità per l'irragionevole estensione temporale senza limiti all'indietro, che rende punibile anche un fatto commesso quando l'impresa era lontana o fuori dall'insolvenza, *in bonis*.

La giurisprudenza, salvo rare eccezioni, non ha mai preso di petto la questione della compatibilità costituzionale della disciplina³⁸. Il risultato più avanzato è stato quello di richiedere un "pericolo concreto" quale effetto delle condotte: risultato senz'altro positivo, ma che lascia immutate le incongruenze della disciplina e lo scostamento dai principi (v. *infra*).

Situazione ben comprensibile e spiegabile. Se si continua a maneggiare il modello di bancarotta tradizionale, basata sull'archetipo del codice di commercio napoleonico, se ne accetta, più o meno consapevolmente, anche l'eredità, formatasi in un periodo storico, oltre che lunghissimo, caratterizzato da più sistemi e strutture economici, sempre radicalmente diversi da quelli attualmente esistenti nei paesi occidentali.

È stucchevole ricordare l'origine medievale dell'istituto. Essa viene frequentemente citata senza però porre attenzione alla storicità della vicenda; alla

³⁷ CARRARA (1908), p. 76.

³⁸ Isolata, e criticata, Cass. sez. V, 24 settembre 2012 (Corvetta), *Dir. pen. cont.* 2013, con n. di VIGANÒ.

dipendenza dal tipo di sistema economico; alla forte impronta moralistica che sorgeva in una società ristretta, economicamente limitata, di fronte a un caso di tradita “fiducia” che era il collante indispensabile dell’attività mercantile. Il passaggio dalla punizione dell’insolvenza in quanto tale a quella della sottoposizione a pena delle condotte ricavate oggettivando i più risalenti “indici di fraudolenza” non diminuì il rigore delle pene (sovente quella di morte, e ancora nel codice del 1882 «la reclusione e lavori forzati a tempo», art. 861 c. comm.) ma trovava un duplice sfogo. Operava, da un lato, la discrezionalità da parte del signore o sovrano circa l’effettiva punibilità del fallito in concreto; dall’altro la costruzione teorica del fallimento, oltre che doloso, anche colposo. Da qui l’evoluzione della bancarotta colposa, ancora presente; mentre, con l’affievolirsi della legittimazione della discrezionalità affidata al sovrano, vi è stata la cristallizzazione del “se punire” nella condizione di punibilità costituita dalla dichiarazione di fallimento³⁹.

L’inserimento della dichiarazione di fallimento o di liquidazione giudiziale nella figura della bancarotta costituiva, nell’eredità di cui si parla, un elemento schiettamente e tranquillamente oggettivo, sganciato causalmente dalla condotta e fuori dall’oggetto del dolo (o della prevedibilità nella figura colposa). Impostazione coerente ad una valutazione eticamente negativa dell’insolvenza, che prendeva corpo in figure a trama oggettiva e punteggiate da presunzioni.

Riproporre nella modernità uno schema del genere crea infiniti problemi che è pericoloso lasciare interamente all’interpretazione giurisprudenziale, che in questa materia non si è dimostrata sempre sensibile al ruolo dei principi costituzionali. È noto che la recente giurisprudenza è approdata, non senza scosse, alla lettura della dichiarazione di liquidazione giudiziale come condizione *estrinseca* di punibilità. E con questo sarebbe salvaguardato, si dice, il principio di personalità della responsabilità penale (articolo 27, 1° co. Cost.), poiché le condizioni estrinseche – come già ricordato – sarebbero «estrane al disvalore del fatto». In questo si traggono argomenti dalle affermazioni contenute nelle sentenze della Corte costituzionale, a partire dalla n. 364 del 1988⁴⁰.

Il Maestro, già richiamato, del diritto penale fallimentare, Cesare Pedrazzi, ha acutamente argomentato nel senso che la previsione della dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva estrinseca, e in quanto tale attribuita in via oggettiva, non sarebbe in contrasto con l’articolo 27 1° co. Cost. (responsabilità penale per fatto proprio colpevole), in quanto non è rimproverato e punito il fallimento ma gli atti e i fatti compiuti prima o dopo di esso, sempre che espongano a pericolo concreto le ragioni dei creditori⁴¹. Quindi, saremmo fuori dalla portata del precetto e del disvalore del fatto, già illecito in sé.

³⁹ NEPPI MODONA (1971); PADOVANI (2019) p. 429; perplessità formulate da FIANDACA-MUSCO (2024), p. 820.

⁴⁰ Corte costituzionale 23 marzo 1988, n. 364, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 686, con nota di PULITANÒ; *Foro it.* 1988, I, 1385 con n. di FIANDACA; Corte costituzionale 30 novembre 1988, n. 1085, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 289, con n. di VENEZIANI.

⁴¹ PEDRAZZI (1989) p. 898.

Anche un Maestro del diritto penale dell'economia, forse il più grande del Novecento italiano, che non era insensibile dei principi costituzionali⁴², si è fermato di fronte al monumento secolare della bancarotta sulla base di un argomento che tuttavia non pare irresistibile. Si tocca qui, nuovamente, un tema che non può essere affrontato nella sua vastità, quello delle condizioni obiettive di punibilità (articolo 44 c.p.), che ha affaticato a lungo la dottrina⁴³ nella ricerca dei caratteri strutturali e funzionali delle condizioni stesse, superando il criptico dettato della disposizione normativa.

Il problema è usualmente impostato e risolto in termini formalistici, classificatori. La liquidazione giudiziale, in sintesi, accede ad una serie di condotte, già pericolose per gli interessi dei creditori, e dunque non aggiunge nulla, sul piano valoriale, all'illiceità sostanziale delle condotte «già connotate in senso negativo».

Ma forse bisogna guardare al contenuto, alla struttura e al peso della singola pretesa condizione di punibilità. Quella che ci interessa non sembra affatto estranea al “disvalore”: è decisiva per la qualificazione penalistica concorsuale delle condotte, senza di essa quantomeno quelle condotte sarebbero punite per ben diverso titolo (sempre che siano penalmente illecite) e sempre con pene assai minori; la dichiarazione di apertura della procedura concorsuale stravolge le coordinate temporali e spaziali dei fatti (luogo e momento della commissione); pone la massa dei creditori come controparte del fallito, dando vita ad un illecito penale concorsuale e spossessando (ma ora non sempre) il debitore del suo patrimonio. Si dice ancora (se n'è già accennato) che la previsione del dissesto (a cui segue la liquidazione giudiziale) sia estranea alla struttura del dolo e che quindi le condotte divengono punibili per effetto della sentenza civile anche quando compiute in una situazione in cui è assente l'insolvenza e quindi non previsto e non prevedibile il dissesto, a meno di penalizzare il mero rischio d'impresa. Questo è l'approdo della giurisprudenza prevalente che, in modo altrettanto maggioritario, non pone limiti temporali antecedenti alla sentenza civile entro cui collocare le condotte punibili.

Con eleganza si dice ancora che il problema della costituzionalità sarebbe risolto in un nuovo equilibrio della fattispecie che valorizzi come perno centrale l'attribuzione alle condotte della *pericolosità in concreto* rispetto agli interessi e alle aspettative dei creditori⁴⁴.

È un passo avanti ma compiuto all'interno della rivisitazione del sistema esistente; non sembra tuttavia sufficiente a colmare lo scostamento dai principi costituzionali, in questo caso quello di personalità. Una condotta concretamente pericolosa per gli interessi dei creditori, se tenuta in una situazione di non insolvenza o di non crisi, tale quindi da non porre all'orizzonte un dissesto, descrive la probabilità di lesione riferendola alla negativa incidenza sul compendio dei beni: essa giace interamente sul piano patrimoniale e può essere rimediata dalla successiva evoluzione economica dell'impresa. Diversa è la situazione quando interviene la sentenza che apre

⁴² Seppur considerati più come un limite garantistico che principi informativi della legislazione; sulla natura e i limiti di una lettura “pre-costituzionale” si è acutamente soffermato DONINI (2021).

⁴³ Per tutti, PULITANÒ, (2023) p. 285.

⁴⁴ BRICCHETTI (2018).

la procedura concorsuale. Condotte che erano pericolose, magari per alcuni creditori, magari lontane nel tempo quando la situazione non segnalava prospettive di *default*, e che poi hanno perso pericolosità, la riacquistano improvvisamente per effetto di un elemento oggettivamente addebitato. L'introduzione del pericolo concreto non è in grado di risolvere, da solo, il problema del regresso all'infinito, se la valutazione della probabilità di pregiudizio si arresta al momento della condotta.

È il nesso oggettivo con il dissesto, presupposto dell'apertura della procedura concorsuale, a costituire *uno* degli ostacoli che contrastano con l'articolo 27 1° co. Cost.

7. Neoliberismo tecnocratico e fallimento delle imprese.

È stato ripetuto più volte che il codice della crisi persegue l'obiettivo di una quanto più sollecita emersione della crisi⁴⁵ che, con la predisposizione dei vari istituti, si ritiene possibile in alcuni casi scongiurare, almeno negli aspetti più dirompenti, se individuata in anticipo. All'impresa è diretto un messaggio chiaro: la crisi e l'insolvenza vanno prevenute con la tempestiva rilevazione degli squilibri economici, patrimoniali e finanziari dai quali germina, se lasciati a sé stessi, il dissesto finale. È un'impostazione radicalmente diversa da quella della legge del 1942, la cui eventuale riforma non può consistere in una riproposizione di modelli di bancarotta semplicemente revisionati sulla scorta degli approdi più avanzati della giurisprudenza.

Il pressoché coevo mutamento delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza (specie negli ultimi trent'anni) indica che la diversa prospettiva adottata nella soluzione delle crisi non è un esercizio puramente speculativo, o il segno di indulgenza o lassismo, ma corrisponde alle esigenze di funzionamento della società economica capitalistica odierna – se ne si condivida l'impostazione o no: è un fatto. Nelle numerose direttive europee la giustificazione della modifica di disciplina è individuata nelle esigenze del libero mercato e della libera circolazione dei capitali e della libera concorrenza. Una particolare enfasi è posta sull'inefficienza delle procedure antiche, inefficienza incompatibile con l'esigenza di prevedibilità posta dallo sviluppo economico. Se la procedura è inefficiente, se i tempi sono lunghi, se le possibilità di ristoro sono incerte, aumenta il rischio dell'investitore e quindi il costo degli investimenti, specie transfrontalieri.

Il disegno di un'eventuale riforma dovrebbe – necessariamente – essere completato con una valorizzazione e un rafforzamento della responsabilità per i reati commessi nel corso della normale attività di impresa – i reati societari – che sono prevalentemente alla base degli infausti sviluppi. Qui, però, si incontra un limite, connaturato alla struttura economica, politica e sociale attuale: ossia la tacita ma poderosa opposizione della classe sociale dominante a qualsiasi rafforzamento delle regolamentazioni in materia economica, invece a favore di politiche che liberino quanto più possibile le potenzialità del mercato da vincoli e strettoie e quindi anche la gestione

⁴⁵ V. al riguardo anche la proposta di direttiva già citata.

e conduzione delle unità atomiche del mercato, le imprese. Se questo costituisce un formidabile ostacolo alla riformulazione dei precetti, che pur tutelano la trasparenza, la correttezza dei conti, la fedeltà degli amministratori, il patrimonio sociale, si deve aver presente che una eventuale riforma della bancarotta esige la consapevolezza della necessità vitale di essere coordinata con una contestuale riforma dei reati societari, se non si vuole che il nostro sistema risulti sbilanciato in un punto cruciale e accentui le inefficienze e gli squilibri.

Nella visione neoliberista (sulla quale ci sarebbe molto da dire – ma non qui – quanto agli enormi guasti che essa produce, soprattutto sul piano dell’uguaglianza e sulla tenuta della democrazia⁴⁶), l’espulsione delle imprese decotte dal mercato non è una priorità né un valore aggiunto. Lo è, piuttosto, la soluzione quanto più rapida delle crisi, efficiente nella redistribuzione delle risorse rimanenti, concedendo all’impresa la possibilità di una ripresa⁴⁷ anche se con capitali di terzi: è meglio, più funzionale allo sviluppo economico, non perdere pezzi di mercato. Si capisce dunque perché nell’ordinamento statunitense e, in buona parte, in quello inglese la criminalizzazione riguardi principalmente condotte che danneggiano o arrecano pregiudizio alla procedura, volontaria o richiesta da terzi, di insolvenza genericamente intesa⁴⁸. È la procedura che deve essere efficiente e devono essere impediti ostacoli – nelle forme della consapevole frode, *knowingly and fraudulently*, – seminati dal debitore nel suo interesse personale. Una scelta da soppesare, tenendo conto, però, della scarsa propensione dogmatica in questo campo della dottrina e giurisprudenza statunitense.

Anche la centralità della figura dell’imprenditore individuale fallito rivela l’attaccamento a un modello economico ormai superato. Sia per quanto riguarda il ruolo primario, nella bancarotta attuale, del fallito-persona fisica, che rimanda a una economia ancora in ritardo come quella dirigista e autoritaria dell’anteguerra e della guerra, ove la bancarotta delle società era sostanzialmente frutto di una estensione aggravata in chiave di infedeltà nella disposizione di beni altrui. Sia nella conformazione delle condotte, formulate in termini di aggressione patrimoniale agli interessi dei creditori, unico punto di riferimento della procedura e solo parametro della lesività della bancarotta. Non ha più senso una distinzione tra imprenditore individuale e società, economicamente formalistica, dato che ci sono imprese individuali grandi e società piccolissime, la cui forma è scelta solo per limitare la responsabilità civile: semmai contano oggi le dimensioni dell’impresa (micro, piccole, medie e grandi, secondo le indicazioni UE⁴⁹; anche il codice della crisi fa ampio uso del criterio dimensionale).

È l’impresa ad essere al centro della dinamica economica e produttiva, con il suo patrimonio, il suo capitale sociale (nell’accezione sociologica) e i lavoratori che la compongono. Questi ultimi sono i soggetti più vulnerabili nella crisi d’impresa: v. l’art. 189 e ss. c.c.i., come da ultimo modificato con il terzo correttivo.

⁴⁶ Per es. WOLF (2024).

⁴⁷ Anche se sono noti gli abusi della procedura da parte di grandi imprese: v. ARTALE (2016).

⁴⁸ Chapter 11, 18 USC; *Insolvency Act*, 1986.

⁴⁹ Ad es. Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, 2003/361/CE. V. anche l’art. 3 del terzo correttivo, già citato.

La bancarotta, quale presidio penalistico nella fase di liquidazione dell'impresa, è l'espressione legislativa di impostazioni economiche che modellano gli istituti in senso coerente alle finalità di conservazione e manutenzione del sistema. La legge del 1942 nasce nella temperie economica della guerra già iniziata e in un atteggiamento del legislatore verso l'economia in termini pubblicistici volto al governo dei fenomeni economici anche con lo strumento penale: questo, però, è rapsodico e inefficace durante la vita ordinaria dell'impresa, come mostra la storia del falso in bilancio e la lunga assenza dell'infedeltà patrimoniale (che oggi c'è ma è inefficace), per diventare terribile nel momento della decozione dell'impresa, ormai strumento inservibile e contaminato⁵⁰.

Se dopo il 1945 iniziavano *“les trente glorieuses”* che avrebbero radicalmente mutato il tessuto economico sociale europeo, il nostro paese stentava a fare i conti con il suo passato anche con la regolamentazione penale dell'attività di impresa. Sono state poche le riforme davvero epocali che hanno segnato e inciso su questa storia: la normativa del 1974 sulle società e la borsa; il testo unico della finanza del 1998⁵¹; il d. lgs 231 del 2001, ora il codice della crisi. Il resto è stato affidato a interventi d'occasione, anche se importanti (v. ad esempio gli abusi di mercato) sulla cui inadeguatezza e cattiva qualità è inutile indugiare, negli ultimi anni fortemente influenzati dalla politica securitaria dominante e dalla contemporanea *“passione di punire”*⁵². Senza dimenticare i più recenti passi indietro, rispetto all'impostazione neoliberale, segnati, per esempio, dalla legge sui capitali⁵³. Tutti interventi legislativi carenti di una ispirazione di fondo e soprattutto mai animati dal proposito di riformare realmente i moduli e l'attuazione della reazione penale rispetto ai fenomeni economici che sono, è banale ripeterlo, radicalmente mutati ed in continuo movimento.

Anche da questo punto di vista credo che il modello tradizionale di bancarotta debba essere abbandonato senza rimpianti perché inattuale, antistorico e distonico rispetto alla nostra Carta e ora anche al Codice della crisi. Anzitutto con un drastico ridimensionamento del livello sanzionatorio e un coraggioso sfoltimento delle fattispecie, che devono essere orientate a finalità effettive del sistema economico e non a mitologie del passato. Altri ordinamenti, europei e no, indicano la strada che è da percorrere, pur rimanendo consapevoli delle diversità culturali e istituzionali, per raggiungere coerenza ed equilibrio con le radicali innovazioni civilistiche che hanno archiviato il tradizionale fallimento.

8. È fattibile una riforma?

Sarebbe un'argomentazione totalmente astratta, quelle delle paginette che precedono, se si trascurasse la fattibilità – prima di tutto culturale e subito dopo politica

⁵⁰ DONINI (2011), 35.

⁵¹ Si apprende dalla stampa che il Ministero della Giustizia ha istituito una Commissione di riforma, presieduta da Paola Severino.

⁵² SALAS (2010).

⁵³ V. il Seminario dibattito ospitato da *Giur. Comm.* 2024, II, 494.

– di una riforma di questo genere; se essa sia proponibile nell’attuale “situazione spirituale” della dottrina, della giurisprudenza e, in particolare, del legislatore. Se inoltre essa sia coerente, e non è cosa da poco, con gli indirizzi di politica criminale che il governo attuale sembra seguire in un momento di grave appannamento dell’attività parlamentare.

Si è ricordato che, fin dall’inizio della riforma del codice della crisi, era stato indicato che per il settore penale ci si doveva muovere in continuità normativa con il passato. Era trasparente in quest’indicazione la totale indifferenza alla natura dell’intervento penale rapportata alle modifiche che si intendeva compiere nella disciplina civilistica: caso esemplare di scarsa o nulla attenzione alle esigenze che “il penale” pone. Era altresì chiaro che quell’indicazione di continuità normativa risentiva della preoccupazione dell’impatto processuale di modifiche abrogative, con l’applicazione della disciplina di cui all’articolo 2 c.p. Preoccupazione che non si può liquidare con sufficienza, poiché il nostro sistema processuale penale non è certamente in condizioni felici: ma altri paesi hanno affrontato questo passaggio senza disastri e rovine. Semmai, occorre una calibrata attenzione per facilitare il transito da una disciplina all’altra. D’altro canto, è fisiologico che in un regime democratico le riforme si succedano, la legislazione muti, anche se con inciampi processuali.

La domanda sopra formulata allude alla questione che riguarda la natura democratica e liberale della società politica in cui viviamo, situazione che comporta anche di essere regolati da leggi coerenti con il sistema economico e sociale, ma soprattutto corrispondenti ai principi costituzionali.

Il problema grava *interamente* sulle spalle del legislatore e delle sue *scelte* di politica criminale. Quanto poco esse siano state lucide, meditate, adeguate non è considerazione sufficiente per cessare di riflettere sulle esigenze poste nel settore della criminalità economica. È ovvio che nessuna commissione ministeriale, per quanto dotta e autorevole (come l’ultima), possa colmare il vuoto di indicazione politica: e meno male, poiché sarebbe grave lasciare a organismi consultivi il compito di scegliere se e quando e come punire.

Se ci si vuole ritagliare un campo nel quale esprimere qualcosa di socialmente utile, non si può allora esitare a ribadire e argomentare l’insopportabilità costituzionale e l’incongruità rispetto alla riforma del Codice della crisi dell’attuale disciplina della bancarotta e la necessità di un suo radicale superamento.

Bibliografia

ALESSANDRI, Alberto e SEMINARA, Sergio (2018), *Diritto penale commerciale*, I vol. (Torino, Giappichelli).

ALESSANDRI, Alberto (2023), *Diritto penale commerciale*, IV, *I reati nelle procedure concorsuali*², (Torino, Giappichelli).

ANGIONI, Francesco (1989) "Condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza", *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1440.

ANGIONI, Francesco (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico* (Milano, Giuffré).

ARMELI, Beatrice (2010): "Profili della disciplina fallimentare in numeri: relazione illustrativa dell'analisi statistica", in CAVALLINI, Cesare (ed), *Commentario alla legge fallimentare: Disposizioni penali e Saggi conclusivi* (Milano, Egea).

ARTALE, Corrado Olmo (2016), "I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense", *Diritto penale contemporaneo*.

BRATTON, William W. e SKEEL, David A., (2018) "Bankruptcy's New and Old Frontiers", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, pp 1571-1598.

BRICCHETTI, Renato (2018) "La costruzione giurisprudenziale della bancarotta prefallimentare come reato condizionale a condotta realmente pericolosa per il bene giuridico tutelato", *disCrimen*.

BRICOLA, Franco (1974) *Teoria generale del reato*, Estratto dal «*Novissimo digesto italiano*» (Torino, Utet).

BRICOLA, Franco (1967) "Punibilità (Condizioni obiettive di)", *Novissimo Digesto*, XIV (Torino, Utet), 588.

CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*⁸, p.s., VIII, 1908 (Firenze, Fratelli Cammelli).

CASTAGNOLA, Angelo e SACCHI, Roberto (eds) (2000): *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* (Torino, Giappichelli).

DELMAS MARTY, Mireille (1990): *Droit pénal des affaires* (Parigi, Presses Universitaires de France).

DI MARZIO, Fabrizio e MACARIO, Francesco, in JORIO, Alberto e SASSANI, Bruno (eds) (2017): *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. V, (Milano, Giuffré), 611.

DOLCINI, Emilio (1979): *La commisurazione della pena* (Padova, Cedam).

DONINI, Massimo (2011), "Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne specialità" *Jus* (estratto).

DONINI, Massimo (2021): “Premesse storiche a una concezione costituzionale dell’offesa nella bancarotta patrimoniale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1.

DUCOULOUX FAVARD, Claude (1987): *Droit pénal des affaires* (Parigi, Masson).

FIANDACA, Giovanni (2014): *Sul bene giuridico* (Torino, Giappichelli).

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2024): *Diritto Penale, Parte generale*⁹ (Bologna, Zanichelli).

HARCOURT, Bernard E. (2021): *L’illusione del libero mercato* (trad. it., Vicenza, Neri Pozza)

HYNES, Richard M., LAWTON, Anne and HOWARD, Margaret (2017): *National Study of Individual Chapter 11 Bankruptcies, Abi Law Review* (Virginia Law and Economics Research Paper No. 2017-06).

KÖCK, Elisabeth (2007): *Wirtschaftsstrafrecht: Eine systematische Darstellung* (Vienna, Facultas.wuv)

MANNA, Adelmo (2023): *Corso di diritto penale dell’impresa* (Milano, Wolters Kluwer).

MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (2001): *Corso di diritto penale* (Milano, Giuffré).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2017): *Derecho penal económico: Parte general* (Valencia, Tirant Lo Blanch)

MAZZACUVA, NICOLA e AMATI, Enrico (2023): *Diritto penale dell’economia* (Milano, Wolters Kluwer).

MÜLLER-GUGENBERGER, Christian (2017) *Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts* (Colonia, Otto Schmidt).

NEPPI MODONA, Guido (1971): “Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 184.

PADOVANI, Tullio (2019): *Diritto penale*¹² (Milano, Giuffré).

PADOVANI, Tullio (2018): “L’ergastolo in luogo della pena di morte”, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffré).

PEDRAZZI, Cesare (1989): “Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 898.

PORTALE, Giuseppe (2009): “Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali”, *Studi in onore di Franco Di Sabato*, II, 749 (Napoli, Edizioni scientifiche italiane).

PULITANÒ, Domenico (2023) *Diritto penale*¹⁰ (Torino, Giappichelli).

PULITANÒ, Domenico (2018): “Minacciare e punire”, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, *Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffré).

PULITANÒ, Domenico (2016): “Sulla pena. Fra teoria, principi e politica”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 641.

RORIE, Melissa L. (ed) (2020): *The Handbook of White-Collar Crime* (John Wiley & Sons).

ROSSI, Guido in JORIO, Alberto (ed.) (2001): *Nuove regole per le crisi d'impresa*, (Milano, Giuffré), p. 161.

SALAS, Denis (2010): *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal* (Parigi, Hachette).

SEMINARA, Sergio (2024): “Il divieto di *ne bis in idem*: un istituto inquieto”, in PALIERO, Carlo Enrico, MONGILLO, Vincenzo, BARTOLI, Roberto (eds): *Scienza della legislazione penale: riforme e prospettive di razionalizzazione* (Napoli, E.S.I.) p. 167.

DE SOUZA, Luciano Anderson, ARAÚJO, Marina Pinhão (Eds) (2022): *Direito Penal Econômico*², (São Paulo, Revista dos Tribunais).

STAFFLER, Lukas (2022): *Business Criminal Law* (Wiesbaden, Springer Gabler).

STANGHELLINI Lorenzo (2007): *Crisi d'impresa fra diritto ed economia* (Bologna, Il Mulino).

STREECK, Wolfgang (2024): *Globalismo e democrazie* (trad. it.) (Milano, Feltrinelli).

TIEDEMAN, Klaus (2017) *Wirtschaftsstrafrecht*⁵ (Monaco di Baviera, Vahlen).

VAN SLYKE Shanna, BENSON, Michael L., CULLEN, Francis T. (eds) (2016): *The Oxford Handbook of White-Collar Crime* (Oxford, Oxford University Press).

VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena* (Torino, Giappichelli).

WOLF, Martin (2024): *La crisi del capitalismo democratico* (trad. it.) (Torino, Einaudi).