

# Cassazione penale

direttore scientifico  
condirettore  
LIX - Settembre 2019, n° 09

**Domenico Carcano**  
**Mario D'Andria**

09

20  
19

| **estratto**

CONCORDATO PREVENTIVO  
LIQUIDATORIO E CONCORDATO  
PREVENTIVO IN CONTINUITÀ AZIENDALE: I  
PRECEDENTI DI CASSAZIONE, TRA  
PREVENZIONE ED ESIGENZA DI  
COORDINAMENTO

*con nota di* **Myriam Caroleo Grimaldi**



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

## 400 IL REATO DI CUI ALL'ART. 236 L. FALL. È CONFIGURABILE ANCHE NELL'IPOTESI DI CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

SEZ. V - C.C. 15 GIUGNO 2018 (DEP. 3 SETTEMBRE 2018), N. 39517 - PRES. SABEONE - REL. TUDINO - P.M. SALZANO (CONCL. CONF.) - (273842)

**REATI FALLIMENTARI - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Reato previsto dall'art. 236 l. fall. - Applicabilità anche all'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale - Analogia in malam partem - Esclusione - Ragioni.**

(R.D. 16 MARZO 1942, N. 267, ARTT., 186-BIS, 236; D.L. 22 GIUGNO 2012, N. 83; L. 7 AGOSTO 2012, N. 134)

*Non viola il divieto di estensione analogica in malam partem la configurabilità del reato di cui all'art. 236 l. fall. anche nell'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale, previsto dall'art. 186-bis l. fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), poiché tale ultima disposizione normativa non ha disciplinato una nuova figura di concordato ma si è limitata a tipizzare una procedura già concretamente esistente nella prassi.*

**RITENUTO IN FATTO - 1.** Con l'ordinanza impugnata, il Tribunale di Bari-Sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale ha rigettato l'impugnazione proposta da (*Omissis*) – indagato di plurimi fatti di bancarotta – avverso l'ordinanza del G.i.p. del 29 gennaio 2018 che, per quanto in questa sede rileva, aveva applicato nei confronti dell'indagato la misura cautelare degli arresti domiciliari.

1.1. In estrema sintesi, la vicenda cautelare riguarda gravi e numerose operazioni dolose, sorrette da falsità del bilancio e infedeltà patrimoniali e realizzate mediante condotte di sostanziale spoliazione, protrattesi sin dall'epoca della sua costituzione in seguito alla cessazione della gestione commissariale governativa, della (*Omissis*) s.r.l. (d'ora in poi (*Omissis*)), società *ex lege* di gestione dei pubblici trasporti pugliesi, interamente partecipata dal Ministero delle infrastrutture. Indagini della magistratura ordinaria e contabile avevano determinato il Ministero alla nomina del Commissario straordinario in data 12 gennaio 2016 e, su richiesta di questi, l'ammissione della società a concordato in continuità.

I successivi accertamenti svolti avevano consentito di enucleare a carico di (*Omissis*) – già commissario governativo e quindi legale rappresentante e amministratore unico di (*Omissis*) dal 1° gennaio 2001 al 24 novembre 2015 – gravi condotte di bancarotta societaria mediante falso in bilancio ed altre infedeltà patrimoniali, bancarotta patrimoniale per dissipazione e distrazione, enucleando plurime operazioni dolose causative del dissesto.

Nel contesto della investigazioni, si era venuta a delineare la figura dell'avvocato (*Omissis*), a carico del quale venivano ravvisati gravi indizi ritenuti dal G.i.p. nell'ordinanza impositiva concludenti di una forma di concorso, in qualità di *extraneus* e non già di (co)amministratore di fatto, come ipotizzato dal p.m., nelle plurime condotte oggetto di provvisoria incolpazione; ruolo derivantegli non solo dall'essere stato beneficiario di ingenti somme a titolo di compenso per onorari dovuti al predetto professionista in virtù di convenzioni stipulate con (*Omissis*) per consulenza legale, somme risultate abnormi tanto in riferimento all'effettiva attività prestata che ai criteri di liquidazione, distratte dal patrimonio della società (capo F con assorbimento del capo S), ma anche per aver operato una sorta di complessiva consulenza in favore del (*Omissis*), con enucleazione di un rilevante contributo causale anche in riferimento alle ulteriori imputazioni.

1.2. L'ordinanza impositiva del Gip che, in accoglimento della richiesta del p.m., ha applicato a carico dell'indagato la misura coercitiva degli arresti domiciliari, è stata confermata dal tribunale del riesame che – decidendo sulla sussistenza delle condizioni cautelari all'esito della rinuncia del ricorrente ai motivi di

impugnazione in punto di gravità indiziaria – ha ritenuto in concreto sussistente il pericolo attuale di recidiva, alla luce degli elementi dimostrativi copiosamente versati in atti ed ampiamente ripercorsi nell'ordinanza.

2. Avverso l'ordinanza, ha proposto ricorso l'indagato, per mezzo del difensore, deducendo plurime censure.

2.1. Con il primo motivo, censura violazione e falsa applicazione della legge penale per motivazione *extra petita* in relazione ai gravi indizi di colpevolezza, avendo il tribunale inosservato il divieto di motivazione sui gravi indizi di colpevolezza, oggetto di esplicita rinuncia nell'udienza di riesame, ed ai quali è stata, invece, dedicata gran parte della motivazione. Censura, sotto il medesimo profilo, la surrettizia violazione della l. n. 47 del 2015, avendo il tribunale utilizzato l'ampia rassegna dedicata agli indizi di colpevolezza in termini di gravità per motivare la fondatezza dell'esigenza cautelare del pericolo di reiterazione del reato.

2.2. Con il secondo motivo, censura violazione e falsa applicazione della legge penale e delle norme di cui si deve tener conto nella sua applicazione, nonché correlato vizio della motivazione, in riferimento all'articolo 223 l. fall. e l. n. 134 del 2012, articolo 186-*bis* per avere il tribunale applicato in via analogica la norma penale incriminatrice a fattispecie non prevista. Sulla questione, prospettata con il riesame, il tribunale ha rassegnato una motivazione carente ed illogica, ritenendo che il concordato in continuità costituisca mera modalità del concordato preventivo, mentre le disposizioni penali contenute nella legge fallimentare in riferimento alla procedura concordataria sono formulate in modo tassativo che, rimasta immutata la formulazione dell'art. 236 l. fall., non ne consente l'estensione *in malam partem*. Soluzione obbligata anche laddove si valorizzi la *ratio* e la disciplina del concordato in continuità, finalizzato alla prosecuzione dell'attività aziendale ed al quale è estraneo l'elemento dello stato di decozione, e che pertanto introduce un istituto del tutto diverso, sotto il profilo strutturale e funzionale, dalla procedura concordataria liquidativa.

2.3. Con il terzo motivo, censura violazione e falsa applicazione della legge processuale e correlato vizio della motivazione, in riferimento ai parametri di giudizio di cui all'art. 274 c.p.p. La valutazione di attualità e concretezza del pericolo di reiterazione del reato è stata illogicamente fondata sulla pretesa costante assistenza materiale prestata in favore dell'amministratore (*Omissis*), sull'ammontare dei profitti conseguiti, sul lasso temporale di durata della collaborazione, sull'esistenza di cospicui crediti per prestazioni professionali ancora insolute, con inferenza dalla gravità indiziaria del preteso pericolo. Di guisa che l'ordinanza impugnata è da un lato carente di adeguata motivazione, dall'altro omette di valutare la cessazione – sin dal 19 gennaio 2016 – di qualsivoglia rapporto professionale con (*Omissis*) e con i coindagati (*Omissis*) e (*Omissis*), anche questi ormai estranei alla società, nonché l'attuale commissariamento di (*Omissis*), illogicamente valorizzando la durata dei pregressi rapporti che avevano legato il professionista alla società. Con conseguente mancanza di indicatori di un concreto ed attuale pericolo di recidiva, anche considerando il dato cronologico dell'imputazione – anni 2007-2015 – ed il decorso di un apprezzabile lasso temporale dalla sua cessazione. Del tutto illogicamente è stata, inoltre, valorizzata la circostanza per cui l'indagato abbia legittimamente richiesto, per mezzo del difensore, il pagamento delle spettanze maturate per prestazioni professionali in favore di (*Omissis*), confermando invece ulteriormente tale circostanza la definitiva interruzione dei rapporti, mentre la condotta collaborativa dell'indagato nel corso delle indagini con i consulenti del pubblico ministero è stata in toto sottovalutata, potendo evincersi dalla costante presenza nello studio professionale del consulente (*Omissis*) «un controllo preventivo dell'operato dell'indagato rispetto al momento di applicazione della misura» ed avendo l'indagato chiesto di essere interrogato sin dall'agosto 2017. Così come non risulta apprezzata l'incensuratezza dell'indagato e la portata dissuasiva dello *strepitus fori* determinato dalla vicenda.

2.4. Con il quarto motivo, censura violazione e falsa applicazione della legge processuale e correlato vizio della motivazione, in riferimento ai parametri di proporzionalità ed adeguatezza della misura *ex* articolo 275 c.p., avendo a riguardo il tribunale illogicamente valorizzato una condanna non definitiva, peraltro richiamando impropriamente principi declinati dalla giurisprudenza di legittimità, e sottovalutato la compartecipazione, a titolo di concorso, dell'indagato ritenuta dal G.i.p., che ha escluso la qualificazione dello (*Omissis*) nel profilo dell'amministratore di fatto.

**CONSIDERATO IN DIRITTO** - 1. Il ricorso è infondato.

2. In riferimento al primo motivo di ricorso, con il quale si censura la valutazione della provvista indiziaria svolta dal tribunale pur a fronte della rinuncia all'impugnazione sul punto, va rilevato come, secondo il consolidato orientamento di legittimità, il riesame di una misura cautelare personale è mezzo di impugnazione con effetto interamente devolutivo e l'interessato non può, pertanto, limitare il potere di cognizione del tribunale ad uno solo dei presupposti della misura (nel caso di specie, le esigenze cautelari), precludendo con la rinuncia ai motivi l'esame dei gravi indizi.

2.1. Invero, in materia di impugnazioni contro provvedimenti *de libertate*, il tribunale della libertà, investito in sede di riesame o di appello del tema relativo alla insussistenza della esigenza cautelare ritenuta nella ordinanza, ha il potere di confermare la misura cautelare anche per esigenze diverse da quelle poste alla base della sua applicazione (*ex plurimis*: Sez. VI, n. 26458 del 12/3/2014, Riva, Rv. 259976; Sez. VI, n. 4294 del 10/12/2012, Scaccia, Rv. 254416; Sez. V, n. 4446 del 5/12/2006, dep. 2007, Semeraro, Rv. 235687). Le condizioni cautelari rappresentano, infatti, un unitario compendio, sebbene declinato sotto i diversi profili previsti dall'articolo 274 c.p.p., e la loro valutazione non può che essere omnicomprensiva ed attenere alla globalità dei predetti profili, secondo la previsione dell'articolo 309 c.p.p., comma 9, che consente al tribunale di annullare o riformare in senso favorevole all'imputato il provvedimento impugnato anche per motivi diversi da quelli enunciati nell'atto di impugnazione, ovvero di confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento (Sez. VI, n. 2056 del 4/6/1999, Porkar, Rv. 214117).

2.2. Non viola, pertanto, il principio della domanda cautelare il giudice della cautela che ritenga sussistente un *periculum libertatis* diverso o ulteriore rispetto a quello indicato dal Pubblico Ministero richiedente (Sez. III, n. 43731 del 8/9/2016, Borovikov, Rv. 267935, in motivazione, la S.C. ha escluso l'applicabilità alla materia del principio dettato dall'articolo 521 c.p.p., in quanto il giudice cautelare, una volta investito della domanda, è funzionalmente competente ad esercitare i più ampi poteri di valutazione degli indizi di colpevolezza e delle necessità cautelari, non essendo logico consentire che, in mancanza di una esigenza ma in presenza delle altre, l'imputato possa ledere gli interessi che la misura è preordinata a salvaguardare) (V. Sez. V, n. 13426 del 2018, Marseglia; Sez. VI, n. 18853 del 2018, Puro; Sez. V, n. 57783 del 2017, P.M. in proc. Gemellini).

2.3. Né l'ampia rassegna della piattaforma indiziaria prospettata nell'ordinanza impugnata ha inteso risolvere nella mera gravità dei fatti la valutazione delle esigenze di cautela.

Invero, il nuovo testo dell'art. 274 c.p.p., comma 1, lettera b) e c), risultante dalle modifiche apportate dalla L. n. 47 del 2015, se non consente di desumere il pericolo di recidiva esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per il quale si procede, non osta alla considerazione, ai fini cautelari, della concreta condotta perpetrata e delle circostanze che la connotano, in quanto la modalità della condotta e le circostanze di fatto in presenza delle quali essa si è svolta restano concreti elementi di valutazione, imprescindibili per effettuare una prognosi di probabile ricaduta del soggetto nella commissione di ulteriori reati (Sez. V, Sentenza n. 49038 del 14/6/2017, Silvestrin, Rv. 271522; n. 45659 del 2015, Rv. 265168; n. 37839 del 2016, Rv. 267798); valutazione, nella specie, presidiata dall'apprezzamento di ulteriori indicatori di concreta ed attuale pericolosità.

3. Il secondo motivo di ricorso, con il quale si censura l'estensione *in malam partem* dell'articolo 236 l. fall. in relazione alla procedura concordataria di cui all'articolo 186-bis, introdotta con il Decreto Legge n. 83 del 2012, convertito con L. n. 134 del 2012, non è fondato.

L'impugnazione pone la questione della applicabilità dell'art. 236 l. fall. anche al concordato preventivo con continuità aziendale, in assenza di un esplicito richiamo normativo nella norma incriminatrice in seguito all'introduzione del predetto istituto.

3.1. Nell'affrontare il *thema*, va innanzitutto premesso e ribadito – in riferimento all'ambito applicativo della norma evocata – il costante insegnamento di questa Corte secondo cui le condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma 2, n. 1), l. fall., il quale – in virtù dell'esplicito richiamo del precedente art. 223 della stessa legge – punisce i fatti di bancarotta previsti dall'articolo 216, commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite (*ex multis* Sez. V, sentenza n. 26444 del 28/5/2014, Denaro, Rv. 259849;

Sez. V, n. 16504 del 12 gennaio 2010, Antonelli, Rv. 247243). In tal senso, è irrilevante che la società non sia stata dichiarata fallita, atteso che la norma incriminatrice richiamata estende la punibilità dei titolari di cariche sociali per le condotte di bancarotta commesse nella gestione di società ammessa al concordato preventivo, né rileva che i soggetti attivi abbiano eventualmente dimesso tali cariche al momento dell'apertura della procedura concorsuale, in linea con la volontà del legislatore di punire, in maniera autonoma, le condotte di bancarotta nelle diverse procedure concorsuali, al fine di evitare che gravi comportamenti verificatisi prima – ed anche in assenza – del fallimento restino impuniti (nello stesso senso Sez. V, n. 12897 del 6 ottobre 1999, Tassan Din B., Rv. 214859 con riguardo a fatti commessi nell'ambito della allora vigente procedura di amministrazione controllata, la cui disciplina penale era però accomunata dall'articolo 236 a quella del concordato preventivo). L'autonomia della fattispecie in esame rispetto alle diverse ipotesi di bancarotta contemplate dalla legge fallimentare, con le quali sostanzialmente condivide l'oggetto giuridico, si caratterizza per il particolare disvalore della modalità d'offesa selezionata dalla norma incriminatrice, individuato nella consumazione delle tradizionali condotte di bancarotta nell'ambito delle singole procedure concorsuali pre-fallimentari.

3.2. Nel quadro così delineato, va ulteriormente rilevato come la disciplina del concordato preventivo, introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con mod., con l. 14 maggio 2005, n. 80, avesse espressamente previsto la possibilità, per l'imprenditore in stato di crisi, di proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che «può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie» (art. 160 l. fall.). Tale norma è stata unanimemente interpretata nel senso che l'imprenditore potesse (anzi poteva, essendo, ad oggi, la situazione parzialmente mutata per effetto del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132) formulare ai creditori qualsiasi proposta idonea a risolvere lo stato di crisi e che l'approvazione della proposta fosse rimessa alla volontà dei creditori, restando in capo al tribunale fallimentare la funzione di assicurare il rispetto dei principi che regolano la materia concordataria, tra cui, principalmente, quello che ai creditori venga formulata una proposta chiara, sulla base di una veridica rappresentazione della situazione aziendale, e venga proposto un piano fattibile.

Nel quadro così delineato, per effetto del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lettera h), come modificato dalla Legge di conversione l. 7 agosto 2012, n. 134 – che ha introdotto nel corpo della legge fallimentare l'art. 186-bis – all'imprenditore è stata riconosciuta la facoltà di presentare un piano che preveda «la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione (c.d. *NewCo*)», sulla base di criteri e valori determinati dal proponente e asseverati da un professionista abilitato.

Secondo l'unanime opinione della dottrina civilistica più autorevole, l'art. 186-bis non ha introdotto nella legge fallimentare un nuovo istituto concordatario, ma ha compiutamente disciplinato presupposti ed effetti di una procedura già ricompresa nella pluralità di forme attraverso cui il concordato preventivo poteva già essere declinato. Già prima dell'entrata in vigore della l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito il c.d. decreto sviluppo (d.l. 22 giugno 2012), avrebbe potuto considerarsi quale concordato con continuità aziendale (*rectius*: con continuità dell'attività d'impresa) la procedura secondo cui, di fatto, proseguisse l'attività imprenditoriale. Siffatta configurazione della procedura concordataria non era, invero, oggetto di autonoma disciplina differenziatrice rispetto alle altre forme c.d. liquidatorie, di guisa che «rilevare che l'attività d'impresa non si era, né si sarebbe, conclusa, finiva per avere, essenzialmente, una mera finalità descrittiva».

L'intervento normativo citato ha, dunque, tipizzato e formalizzato una figura di concordato già giuridicamente delineata e concretamente applicata nella prassi, attribuendole gli speciali benefici previsti sia dall'art. 186-bis che, in parte, dall'art. 182-quinquies l. fall. prevedendo, da un lato, l'inefficacia di preesistenti clausole contrattuali risolutive e la possibilità di proseguire i contratti con la p.a. o di partecipare a gare per la concessione di appalti pubblici e, dall'altro, la possibilità di autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per prestazioni essenziali.

In estrema sintesi, la riforma non ha introdotto un nuovo istituto fallimentare, ma ne ha – solo – esplicitato i benefici, funzionali alla realizzazione dello scopo conservativo.

3.3. Siffatta ricostruzione esclude, all'evidenza, qualsivoglia incidenza della modifica normativa sul precetto penale e, dunque, un fenomeno di successione nel tempo di norme extrapenali, rilevante ex articolo 2 c.p.

Ed invero i principi che regolano l'incidenza sulla struttura del reato delle norme extrapenali sono stati progressivamente declinati dalla giurisprudenza di questa Corte, e le Sezioni unite hanno definito i parametri ai quali fare, di volta in volta, riferimento, al fine di verificare se lo *ius novum* interferisca con la definizione del precetto o se si limiti, invece, a modificare la situazione di fatto a cui la norma incriminatrice si riferisce (Sez. un., sentenza n. 2451 del 27/9/2007 Ud. (dep. 16/1/2008), Rv. 238197, P.G. in procedimento Tragara).

Richiamando la necessità di una puntuale verifica della fattispecie incriminatrice astratta, in linea di continuità con il metodo delineato nella sentenza Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, la Corte ha rilevato come, ai fini della verifica dell'applicabilità dell'art. 2 c.p.p., comma 2 non basti «riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'*abolitio criminis* parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte (...). La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui, in concreto, il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto».

Di guisa che solo nel primo caso si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare, alla stregua dell'art. 2 c.p., come una successione di norme penali (v. Sez. V, n. 26580 del 21 febbraio 2018, Lo Piccolo).

I principi richiamati, elaborati in *thema* di *abolitio criminis*, costituiscono massime di orientamento anche nella soluzione della questione relativa alla qualificazione, in termini di estensione dell'incriminazione, di modifiche di norme extrapenali a seconda che incidano o meno sulla portata del precetto, delineandone il comando.

3.4. Nel caso in disamina, l'intervento normativo attuato mediante inserimento, nella legge fallimentare, dell'articolo 186-bis ha comportato la mera previsione, in dettaglio, di speciali benefici connessi all'istituto del concordato con continuità aziendale, invece strutturalmente già previsto in quanto rientrante nel novero delle molteplici forme in cui la procedura concordataria poteva già atteggiarsi, in presenza dei previsti requisiti.

Di guisa che lo *ius novum* è circoscritto alla sola triplice esplicitazione della prosecuzione dell'attività d'impresa, declinata «in modo legalmente tipico dall'articolo 186-bis», e dai requisiti formali ivi previsti, ma non investe in alcun modo le coordinate essenziali dell'istituto, non dispiegando effetto alcuno sulla portata del precetto penale di cui all'art. 236 l. fall.

In tal senso, il mancato richiamo all'articolo 186-bis nella norma incriminatrice appare del tutto in linea con la funzione e la struttura della predetta norma extrapenale, e non esprime, invece – come prospettato dal ricorrente – alcuna volontà del legislatore di escludere rilievo penale a gravi condotte consumate prima o mediante la procedura di concordato con continuità aziendale, apparendo del tutto irragionevole ritagliare una pretesa area di impunità in riferimento a condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione o nel corso del concordato preventivo, in qualunque declinazione l'istituto operi, rientrando le stesse nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma 2, n. 1) l. fall. che, in virtù dell'espresso richiamo del precedente art. 223 stessa legge, punisce i fatti di bancarotta previsti dall'articolo 216, commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite.

Non vi è, pertanto, alcuna giustificazione razionale nel pretendere un diverso regime penale rispetto ad una ipotesi di concordato che riposa sulle medesime condizioni delle ulteriori forme della stessa procedura, e che se ne distingue solo in ordine alla disciplina civilistica di dettaglio, funzionale alla continuità dell'attività di impresa.

Né a diversa soluzione interpretativa conduce la valorizzazione, nella procedura in disamina, dello scopo di continuità aziendale, in quanto la funzione conservativa costituisce il fine cui l'istituto tende, mentre la *ratio* dell'incriminazione di cui all'art. 236 l. fall. fonda sulla causazione, mediante dolose operazioni distrattive, dello stato di crisi, che costituisce presupposto di ammissione alla procedura e configura pericolo concreto per le ragioni dei creditori, con conseguente irrilevanza, sul punto, della natura conservativa e non liquidatoria del concordato.

Deve, pertanto, affermarsi il principio di diritto per cui le innovazioni normative degli aspetti civilistici dell'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* l. fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione l. 7 agosto 2012, n. 134, non costituiscono modificazioni della norma extrapenale integratrice del precetto di cui all'art. 236 medesima l. fall., che trova applicazione anche in riferimento al concordato preventivo con continuità dell'attività di impresa.

4. Sono infondati il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

4.1. Va premesso come, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, in tema di impugnazione delle misure cautelari personali, il ricorso per cassazione con il quale si lamenti l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari sia ammissibile soltanto ove denunci la violazione di specifiche norme di legge, ovvero la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento, secondo i canoni della logica ed i principi di diritto, ma non anche quando (...) propone e sviluppa censure che riguardano la ricostruzione dei fatti, ovvero che si risolvono in una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal giudice di merito (Sez. IV, sentenza n. 18795 del 2/3/2017 Cc. (dep. 18/4/2017), Rv. 269884). Va, altresì, evidenziato come, allorché si censuri la motivazione del provvedimento emesso dal tribunale del riesame in ordine alla consistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze di cautela, alla Corte suprema spetti solo il compito di verificare, in relazione alla peculiare natura del giudizio di legittimità e ai limiti che ad esso ineriscono, se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato e di verificare la congruenza della motivazione riguardante la valutazione degli elementi indiziari rispetto ai canoni della logica e ai principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie (Sez. IV, n. 26992 del 29.5.2013, Rv. 255460; conf. Sez. IV, n. 37878 del 6.7.2007, Cuccaro e altri, Rv. 237475). E, ancora di recente, è stato affermato che la motivazione del provvedimento che dispone una misura coercitiva è censurabile in sede di legittimità solo quando sia carente dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito, o talmente priva di coordinazione e carente dei necessari passaggi logici da far risultare incomprensibili le ragioni che hanno giustificato l'applicazione della misura (Sez. VI, n. 49153 del 12/11/2015, Mascolo ed altro, Rv. 265244).

4.2. Spetta, dunque, a questa Corte di legittimità il solo compito di verificare se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato e la sussistenza delle ragioni di cautela, scrutinando la congruenza della motivazione rispetto ai canoni della logica e ai principi del diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie.

Il controllo di logicità, peraltro, deve rimanere interno al provvedimento impugnato, non essendo possibile procedere a una nuova o diversa valutazione degli elementi indiziari o a un diverso esame degli elementi materiali e fattuali delle vicende indagate. In altri termini, è consentito in questa sede esclusivamente verificare se le argomentazioni spese siano congrue rispetto al fine giustificativo del provvedimento impugnato, alla stregua di un requisito positivo – l'esposizione delle ragioni giuridicamente significative su cui si fonda il provvedimento – e di altro negativo – assenza di illogicità evidenti, risultanti *prima facie* dal testo del provvedimento impugnato –.

4.3. Alla stregua dei principi enunciati, debesi rilevare come le censure introdotte nel ricorso in punto di valutazione dell'attualità del *periculum* e dell'adeguatezza della misura applicata e della relativa motivazione dell'adeguatezza non siano fondate.

In riferimento al pericolo di recidiva, il tribunale distrettuale ha fatto corretta applicazione dei principi declinati dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui «in tema di esigenze cautelari, il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, introdotto all'art. 274 c.p.p., comma 1, lettera c), dalla l. 16 aprile

2015, n. 47, impone la previsione, in termini di alta probabilità, che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti della stessa specie, e la relativa prognosi comporta la valutazione, attraverso la disamina della fattispecie concreta, della permanenza della situazione di fatto che ha reso possibile o, comunque, agevolato la commissione del delitto per il quale si procede, mentre, nelle ipotesi in cui tale preliminare valutazione sia preclusa, in ragione delle peculiarità del caso di specie, il giudizio sulla sussistenza dell'esigenza cautelare deve fondarsi su elementi concreti – e non congetturali – rivelatori di una continuità ed effettività del pericolo di reiterazione, attualizzata al momento della adozione della misura, e idonei a dar conto della continuità del "*periculum libertatis*" nella sua dimensione temporale, da apprezzarsi sulla base della vicinanza ai fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale dell'indagato, ovvero della presenza di elementi indicativi dell'effettività di un concreto ed attuale pericolo di reiterazione» (Sez. V, sentenza n. 12618 del 18/1/2017, Cavaliere, Rv. 269533).

In tal senso, il tribunale ha valorizzato non solo la rilevanza del contributo prestato dall'indagato, nell'ampia latitudine cronologica delineata dalla provvisoria incolpazione, nella programmazione ed esecuzione della complessa condotta di sostanziale spoliazione derivante dal profilo professionale rivestito, bensì la complessiva competenza ed il *know how* dal medesimo acquisito, inferendo positivi indicatori di attuale pericolosità anche dalla condanna per fatti, caratterizzati dalla medesima oggettività giuridica e relativi a diversa società, riportata dallo (*Omissis*).

Nella delineata prospettiva, l'elevato grado di conoscenza di meccanismi di dissimulazione di condotte sostanzialmente distrattive, paludate da apparente giustificazione sostanziale – rispetto al quale non dispiega rilievo attenuatore l'interruzione dei rapporti professionali con FES – appare circostanza idonea a fondare, con adeguato grado di attualità e concretezza, il pericolo di consumazione di reati che presentino "uguaglianza di natura" in relazione al bene tutelato ed alle modalità esecutive (Sez. V, sentenza n. 52301 del 14/7/2016, Petroni, Rv. 268444).

4.4. Le censure introdotte nel ricorso in punto di motivazione dell'adeguatezza della misura cautelare in atto sono, parimenti, infondate.

Nel caso in esame, il tribunale distrettuale ha fatto corretta applicazione del principio della minor compressione possibile della libertà personale (v. Sez. un., sentenza n. 16085 del 31/3/2011, P.M. in proc. Khalil, Rv. 249324), rappresentando un percorso giustificativo esente da evidenti profili di illogicità.

Nell'ancorare il pericolo di recidiva agli indicatori enunciati rispetto ai quali è stato ritenuto recessivo lo *status* di incensuratezza, il tribunale ha – nel quadro di apprezzamento del rischio di reiterazione come nel caso di specie connotato razionalmente – applicato il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, come parametro di commisurazione della misura cautelare alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, avendo escluso l'idoneità di altre misure, meno afflittive, a contenere il pericolo di reiterazione del reato, in considerazione dello specifico atteggiarsi in concreto della condotta dell'indagato e del profilo di reiterabilità come sopra ricostruito, che effettivamente non appare idoneo ad essere contenuto attraverso prescrizioni non impeditive di contatti con terzi.

5. Al rigetto del ricorso consegue *ex art. 616 c.p.p.* la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

## CONCORDATO PREVENTIVO LIQUIDATORIO E CONCORDATO PREVENTIVO IN CONTINUITÀ AZIENDALE: I PRECEDENTI DI CASSAZIONE, TRA PREVENZIONE ED ESIGENZA DI COORDINAMENTO

*Liquidatory Estimate Agreed and Preventive Agreement in Company Continuity: The Previous of Cassation, Between Prevention and Coordination Needs*

Il “codice della crisi di impresa e dell’insolvenza” ha destinato al concordato preventivo “con continuità” un ruolo primario indiscutibile. La modifica apportata al presupposto di ammissione alla procedura concorsuale è destinata a incidere in modo significativo sul principio giurisprudenziale che equipara sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di ammissione al concordato, rendendo di fatto illegittimo l’automatismo dell’effetto estensivo operato dall’art. 236 comma 2 l. fall. che, sebbene sempre criticato in dottrina, la giurisprudenza di legittimità insiste ad applicare.

*The “code of business crisis and insolvency” has assigned an unquestionable primary role to the agreement with creditors “with continuity”. The change made to the assumption of admission to the insolvency procedure is destined to have a significant impact on the jurisprudential principle that equates the declaratory judgment with bankruptcy and the decree of admission to the composition, making the automatism of the extensive effect operated by art. 236 paragraph 2 l. fall. that, although always criticized in the doctrine, the jurisprudence of legitimacy insists on applying.*

*(Traduzione in inglese a cura dell’Autore)*

*di Myriam Caroleo Grimaldi*

*Avvocato*

**Sommario** 1. Note introduttive. — 2. L’art. 236 l. fall. come norma estensiva della punibilità. — 3. Crisi dell’impresa e stato di insolvenza. — 4. La natura della sentenza dichiarativa di fallimento nella recente evoluzione giurisprudenziale. — 5. Art. 236 comma 2 l. fall., a cavallo tra interpretazione estensiva e *analogia legis*. D.lg. n. 14/2019: un’occasione perduta del Legislatore.

### 1. NOTE INTRODUTTIVE

La sentenza in oggetto riguarda fatti di bancarotta societaria – sia documentale che patrimoniale per dissipazione e distrazione – commessi ai danni di una società a responsabilità limitata, interamente partecipata dal Ministero delle infrastrutture, ammessa al concordato in continuità, di cui all’art. 186-*bis* l. fall., introdotto dall’art. 33 d.l. n. 83/2012, convertito dalla l. n. 134/2012, assieme al precedente art. 182-*quinquies*.

La norma in esame ha apportato adattamenti alla figura del concordato preventivo, disciplinando espressamente l’esercizio dell’attività d’impresa, nelle tre diverse forme della prosecuzione, della cessione e del conferimento, in funzione della complessiva operazione che il debitore si propone di attuare attraverso il piano. Mentre la prosecuzione “diretta” dell’attività, nel concordato con continuità aziendale, ha una funzione di risanamento, finalizzata a ricondurre l’impresa *in bonis* e, quindi a riportarla nell’area della redditività; nella continuità “indiretta”, la procedura tende a realizzare il recupero dell’equilibrio economico, garantendo la

conservazione dell'unità operativa dei complessi aziendali, in vista della cessione o del conferimento.

La disciplina attualmente vigente, da un lato agevola le condizioni di ammissibilità della richiesta; dall'altro prevede norme di cautela, dirette a ridurre il rischio, che la continuità aziendale si risolva in un danno per i creditori.

D'altronde, per effetto dell'emanazione, il 19 ottobre 2017, della legge delega per "la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza", il nostro ordinamento si appresta a una riforma del diritto concorsuale che, assegnando preferenza alle procedure di composizione della crisi, destinerà al concordato preventivo "con continuità" un ruolo primario indiscutibile, come si evince dalla lettura stessa del testo che, indicando i principi ai quali il Governo dovrà attenersi nell'emanazione del nuovo "codice" delle procedure concorsuali, all'art. 2 lett. g) dispone espressamente, che occorrerà «dare priorità alla trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore»<sup>(1)</sup>.

Nonostante l'assenza di un esplicito richiamo normativo nella norma di cui all'art. 236 l. fall., in seguito all'introduzione del predetto istituto, secondo la Corte di cassazione, la particolare tipologia di concordato in argomento non rappresenta un'ipotesi di esenzione, rispetto alla previsione e punizione delle gravi condotte criminose descritte dall'art. 236 l. fall., in quanto l'art. 186-bis l. fall. non ha introdotto un nuovo istituto ma ha ripermetrato presupposti ed effetti di una procedura già ricompresa nella pluralità di forme, attraverso cui il concordato preventivo poteva essere declinato. È stato altresì evidenziato, che le condotte descritte dall'art. 236 l. fall., selezionate dalla norma per il particolare disvalore della modalità dell'offesa, avendo provocato lo stato di crisi, possono ritenersi certamente idonee a mettere in pericolo le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

Già in precedenza, la Corte di cassazione aveva anche affermato il principio secondo cui l'art. 236, comma 2, n. 1, l. fall. trovi inquadramento tra i reati di pericolo e non di danno, in quanto la norma punitiva tenderebbe a tutelare l'interesse dei creditori a mantenere integra la garanzia patrimoniale, rappresentata dal patrimonio della società<sup>(2)</sup>.

Il principio si pone, quindi, in continuità logica, con quanto dalla stessa giurisprudenza di legittimità era stato già dichiarato in precedenti pronunce: la sentenza n. 1221 del 7 giugno 1984, aveva affermato, infatti, il principio secondo cui «non tanto esiste correlazione tra bancarotta e fallimento, quanto tra bancarotta e procedure concorsuali in genere, le quali, nella universalità soggettiva e oggettiva che le distingue, costituiscono tutte, a diverso livello di intervento, rimedi dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale».

Ne consegue che, stante la riforma che il nostro ordinamento si appresta ad attuare in favore delle soluzioni finalizzate "a superare la crisi, assicurando la continuità aziendale", se la Corte di cassazione, con la sentenza n. 39517 del 3 settembre 2018, avesse ritenuto esente il concordato "con continuità aziendale" dalla circonferenza d'applicabilità della norma in argomento, si sarebbero creati presupposti idonei a precludere quasi integralmente la punibilità per quelle condotte che, sebbene gravi, siano seguite dal decreto di ammissione alla procedura in parola.

<sup>(1)</sup> Legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017.

<sup>(2)</sup> Sez. V, 6 ottobre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 479.

## 2. L'ART. 236 L. FALL. COME NORMA ESTENSIVA DELLA PUNIBILITÀ

Dunque, dal momento della sua incapienza, il patrimonio del debitore è virtualmente destinato ai suoi creditori, in conformità al generale principio di cui all'art. 2740 c.c. e il diritto della crisi dell'impresa tende a salvaguardarne l'integrità, anche attraverso il tentativo di mantenere l'impresa in attività, se ancora dotata di un valore di avviamento, nelle forme che, concretamente, assumerà la soluzione della crisi.

In riferimento alla circonferenza applicativa della norma di cui all'art. 236 comma 2 n. 1) l. fall., l'univoco indirizzo giurisprudenziale formatosi sul punto ha dilatato l'ambito previsionale della norma, fino a ricomprendervi le condotte distrattive commesse antecedentemente all'ammissione al concordato preventivo, sia liquidatorio che in continuità aziendale – art. 186-bis l. n. 134/2012 –, equiparando la sentenza dichiarativa di fallimento al decreto di ammissione alla procedura concordataria, in forza del rinvio che l'art. 236 comma 2 n. 1) l. fall. opera all'art. 223 l. fall., punendo i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 l. fall., commessi da amministratori, direttori generale, sindaci e liquidatori di società fallite <sup>(3)</sup>.

Il richiamo normativo di cui discute, infatti, dichiarerebbe l'evidente volontà del Legislatore di punire in maniera autonoma le condotte di bancarotta, nelle diverse procedure concorsuali, al fine di evitare che gravi comportamenti verificatosi in precedenza o in assenza del fallimento restino impuniti <sup>(4)</sup>.

A nulla rileverebbe che, nel versante processuale, l'art. 238 l. fall., nel disciplinare l'esercizio anticipato dell'azione penale per i reati fallimentari, alludendo in via esclusiva alla "sentenza dichiarativa di fallimento", presupponga, quale limite insuperabile, il successivo sviluppo delle procedure concorsuali minori nell'instaurazione della procedura fallimentare <sup>(5)</sup>.

La bancarotta impropria nel concordato preventivo, come figura autonoma di reato, è realizzabile sia nella forma prefallimentare che post-fallimentare, in quanto il decreto di ammissione alla procedura concorsuale, anche prima dell'omologa del Tribunale, si sostituisce alla sentenza dichiarativa di fallimento, sia come condizione di punibilità, che come presupposto del fatto tipico <sup>(6)</sup>.

Nonostante l'interpretazione assegnata dalla giurisprudenza nel senso rappresentato sia del tutto univoca, in punto di equiparazione tra decreto di ammissione e sentenza dichiarativa di fallimento, la formulazione della norma incriminatrice in questione è stata da sempre fortemente criticata in dottrina, che ha evidenziato come la mancanza di sistematicità e organicità dovuta alla tecnica del rinvio, si risolve in una sostanziale genericità delle fattispecie criminose <sup>(7)</sup>.

In effetti, l'art. 236 comma 2 n. 1) l. fall., estendendo al concordato preventivo i reati di bancarotta societaria, bancarotta da reato societario e bancarotta fraudolenta per causazione

<sup>(3)</sup> *Ex multis*, Sez. V, 12 gennaio 2010, n. 16504, in *C.E.D. Cass.*, n. 247243; Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, *ivi*, n. 268595, in *questa rivista*, 2017, p. 3726, con nota di PANTANELLA, *ivi*, n. 259849, in [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/); Sez. V, 5 febbraio 1993, n. 3330, *ivi*, n. 193843. In dottrina L. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 406 ss.

<sup>(4)</sup> Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, Tassan Din B., *ivi*, n. 214859, con riguardo a fatti commessi alla allora vigente procedura di amministrazione controllata, la cui disciplina era accumulata all'art. 236 l. fall.

<sup>(5)</sup> Sez. V, 18 giugno 2014, n. 26444, in *C.E.D. Cass.*, n. 259849.

<sup>(6)</sup> PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, Zanichelli, 1995, p. 963 ss.; PISANI, *Crisi dell'Impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 166 ss.

<sup>(7)</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di C.F. Grosso, Giuffrè, 2018, p. 231 ss.; LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 242.

dolosa del fallimento della società (art. 223 comma 1 l. fall.) nonché bancarotta semplice societaria e semplice societaria per causazione o aggravamento del dissesto della società (art. 224 n. 1 e 2 l. fall.), richiama integralmente le suddette norme incriminatrici, presupponendone, quindi, tutti gli elementi di natura soggettiva e oggettiva, nonché l'utilizzo della procedura in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente il concordato medesimo<sup>(8)</sup>.

Quanto ai soggetti attivi, la norma indica gli amministratori, i direttori, i sindaci e i liquidatori di società ammesse al concordato preventivo.

Anche sotto questo profilo, la più autorevole dottrina ha rilevato la presenza di una evidente asimmetria della disciplina, da un lato evidenziando come la differente struttura funzionale della qualifica soggettiva porti a ritenere che non sia attribuibile la qualifica di liquidatore di società al liquidatore nominato nel concordato preventivo con cessione dei beni, a ciò ostando il divieto di analogia *in malam partem*<sup>(9)</sup>; dall'altro stigmatizzando come l'esclusione dell'imprenditore individuale, che risponde dei reati di bancarotta di cui agli artt. 216 e 217 l. fall., soltanto in caso di fallimento, stante la diversa posizione degli organi di gestione e controllo delle società e nelle diverse conseguenze dell'esercizio dell'impresa<sup>(10)</sup> in assenza di un intervento del legislatore, richieda, per la sua risoluzione, un'attività creativa della giurisprudenza, ancora una volta inammissibile, per il netto contrasto con il divieto di analogia *in malam partem*<sup>(11)</sup>. La suddetta previsione sarebbe da ritenersi, oltretutto, totalmente incongrua, laddove la norma prevede al comma 2 n. 2) la sua applicabilità all'instutore dell'imprenditore ammesso alla procedura del concordato, che risponde dei reati di bancarotta fraudolenta, semplice, ricorso abusivo al credito e denuncia di creditori inesistenti, anche qualora la procedura non si sviluppi nel fallimento, contrariamente all'imprenditore che, invece, ne risponderebbe solamente se dichiarato fallito<sup>(12)</sup>.

Espressasi sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata relativamente alla violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui l'art. 236, comma 2, n. 1, l. fall. dichiara applicabili, nel caso di concordato preventivo, le disposizioni degli artt. 223 e 224 l. fall. agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società e non anche gli imprenditori individuali (Sez. V, 7 dicembre 1993, n. 10517).

### 3. CRISI DELL'IMPRESA E STATO DI INSOLVENZA

Le incongruenze ravvisabili nella norma in esame non ineriscono solo alla struttura della norma, ma si estendono ulteriormente, investendo la stessa definizione di "stato di crisi", quale presupposto oggettivo per l'ammissione al concordato preventivo, definizione integrata dal Legislatore, con l'aggiunta della seguente precisazione: «per stato di crisi deve intendersi anche lo stato di insolvenza» (art. 160, comma 1, l. fall.). La definizione impedisce, dunque, la completa sovrapposizione dei due concetti, rendendo di fatto problematica la demarcazione di

<sup>(8)</sup> Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, in *C.E.D. Cass.*, n. 268595; in *questa rivista*, 2017, p. 3726, con nota di PANTANELLA.

<sup>(9)</sup> PISANI, *Crisi dell'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 172.

<sup>(10)</sup> Sez. V, 6 ottobre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 479, in cui si fa riferimento alla questione di illegittimità costituzionale sollevata in ordine all'art. 236, comma 2, n. 1, l. fall. e dichiarata manifestamente infondata.

<sup>(11)</sup> PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 166.

<sup>(12)</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di L. Conti, Giuffrè, 2018, p. 234; TRAVESI GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Wolters Kluwer, 2017, p. 166 ss.

una linea di confine tra stato di crisi e insolvenza, lasciando comunque intendere che lo stato di crisi sia connotato da un'ampiezza maggiore rispetto a quello di insolvenza, giacché la crisi ricomprende sia la difficoltà temporanea, che lo stato di insolvenza capace di giustificare la dichiarazione di fallimento.

L'art. 2, comma 1, lett. a, c.c.i., ha previsto, rispetto all'insolvenza, una esplicita e autonoma definizione dello stato di crisi. S'intende per "crisi" «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici, a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate». Inoltre, nel codice della crisi, l'accesso alla procedura di concordato è consentito all'imprenditore sia che sussista lo stato di crisi che quello di insolvenza. Ai sensi dell'art. 85 c.c.i. l'imprenditore per proporre il concordato «deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza».

In altri termini, l'autonomia accordata dall'art. 2 c.c.i., a livello definitorio, allo stato di crisi, ha reso ineludibilmente quest'ultima condizione autonoma rispetto all'insolvenza, senza che questa definitiva distinzione abbia comportato un adeguamento delle fattispecie incriminatrici <sup>(13)</sup>.

Lo stato di crisi, dunque, ricomprenderebbe lo stato di insolvenza, senza, tuttavia, identificarsi in quest'ultima e l'imprenditore che si trovi nel pericolo di un imminente stato di insolvenza, può esser ammesso al concordato, in vista dell'obiettivo del risanamento dell'impresa.

Lo stato di crisi dell'impresa, sebbene sia una condizione potenzialmente reversibile, è destinato, ciò nonostante, ad ampliare l'ambito di operatività dell'art. 236 comma 2 l. fall., in tal modo determinando, secondo parte della dottrina, un evidente effetto *in malam partem*.

È indubbio, che la modifica apportata al presupposto di ammissione alla procedura concorsuale, incida in modo significativo sul principio giurisprudenziale di cui si è scritto, ossia all'equiparazione del decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa di fallimento.

La nozione di dissesto nell'ambito dei reati fallimentari o concorsuali può essere definita come uno squilibrio tra attività e passività, quale dato quantitativo graduabile e quindi anche "aggravabile" ed è l'evento naturalistico nella configurazione della bancarotta impropria da reato societario <sup>(14)</sup>.

Raffrontando l'attuale disciplina con quella previgente, l'equiparazione ai fini penali era del tutto giustificata dalla sostanziale continuità tra concordato e fallimento, entrambi caratterizzati dal presupposto dell'insolvenza <sup>(15)</sup>.

Dopo il 2005, dissolto il binomio bancarotta/insolvenza <sup>(16)</sup>, l'art. 236, comma 2, n. 1, l. fall. pone il problema di rendere applicabili le figure della bancarotta impropria fraudolenta e semplice (artt. 223 e 224 l. fall.) a prescindere da quello stato patologico che, precedentemente, era l'unico ad assumere rilevanza nel diritto penale fallimentare e forniva la base su cui

---

<sup>(13)</sup> GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, retro, n. 56.3.

<sup>(14)</sup> GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa*, cit.

<sup>(15)</sup> SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, 1990, p. 3 ss.

<sup>(16)</sup> GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Diritto penale contemporaneo*; PANTANELLA, *Concordato preventivo e bancarotta: i limiti della cognizione del giudice penale*, p. 3732; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, p. 85; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2016, p. 286.

fondava la *ratio* dell'estensione della punibilità delle condotte poste in essere nell'ambito del concordato preventivo, ai corrispondenti fatti di bancarotta <sup>(17)</sup>.

La disomogeneità tra le due condizioni oggettive – stato di crisi o insolvenza – rende, di fatto, illegittimo l'automatismo dell'effetto estensivo operato dall'art. 236, comma 2, l. fall., strutturalmente incompatibile rispetto alla configurazione giuridica dei reati di bancarotta impropria del reato societario e la bancarotta semplice impropria, di cui agli artt. 223, comma 2, n. 2, e 224, comma 1, figure entrambe connotate dalla tipizzazione di un evento eziologicamente connesso alla condotta tipica, in quanto lo stato di crisi non è assimilabile né all'insolvenza né al dissesto vero e proprio <sup>(18)</sup>.

Considerazioni analoghe valgono per le fattispecie che, interpretate alla luce del principio di offensività, postulino connotati di lesività in concreto, legati al pericolo per la garanzia patrimoniale dei creditori – art. 223, comma 1, l. fall. –, di talché si è affermato in dottrina che la differenza ravvisabile tra lo stato di crisi o di insolvenza in cui versa l'impresa, incidendo sul concetto di lesività della condotta e sul pregiudizio derivato ai creditori, porterebbe a ritenere difficilmente sussumibile lo schema tipico della distrazione nei reati di bancarotta, quanto, invece, nel caso in cui lo stato di crisi non abbia i presupposti dell'insolvenza sotto il profilo del concreto pregiudizio ai creditori, maggiormente ravvisabile una delle fattispecie contemplate dalle norme incriminatrici poste a tutela del patrimonio (artt. 646 c.p., 2634 c.c. etc.) <sup>(19)</sup>.

D'altronde, la differenza ontologica e la disomogeneità strutturale tra sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di ammissione al concordato preventivo è stata confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha consacrato il "principio di non assorbimento": la diversità dei provvedimenti genetici – sentenza da un lato; decreto necessitante di un omologa, dall'altro –; l'inapplicabilità dell'art. 236, comma 1, l. fall. all'imprenditore societario; mentre l'ipotesi di cui al comma 2 dello stesso articolo risulta, invece, inapplicabile all'imprenditore individuale; nonché la possibilità che l'azione penale venga esercitata prima della dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 238 l. fall., possibilità non ammessa in caso di ammissione al concordato preventivo; sottolineano il divario corrente tra i due casi <sup>(20)</sup>. Ulteriormente, si è affermata la necessità di una coincidenza tra il soggetto che abbia avanzato la proposta concordataria e l'autore del reato societario, questione che ancora una volta ribadisce l'impossibilità di una perfetta equiparazione tra fallimento e procedure minori <sup>(21)</sup>.

<sup>(17)</sup> AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, p. 389; R. BRICCHETTI - PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 378; BIANCA, *Insolvenza, fallimento e revocatoria fallimentare: una triangolazione sempre più difficile*, in *Riv. giur. comm.*, 2007, p. 132 ss.

<sup>(18)</sup> GAMBARELLA, *Il codice della crisi di impresa*, cit.; PISANI, *Crisi dell'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 169; MUCCIARELLI, *Sentenza di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile in divario tra teoria e prassi?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 350.

<sup>(19)</sup> PISANI, *Crisi dell'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 169; FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 201; CHIARAVIGLIO, *La problematica nozione di distrazione*, in *Riv. dottori commercialisti*, 2018, p. 576 ss.; CONTI, *I reati fallimentari*, in *Il diritto penale dell'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXV, Cedam, 2001, p. 555; COCCO, *Il ruolo delle proc. concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 67 ss.

<sup>(20)</sup> Sez. V, 4 agosto 2011, n. 31117; Sez. V, 12 marzo 2014, n. 736.

<sup>(21)</sup> Sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, *ivi*, n. 268595, in *questa rivista*, 2017, p. 3726, con nota di PANTANELLA.

#### 4. LA NATURA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO NELLA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'argomento trattato non può prescindere dall'evoluzione giurisprudenziale, che si è progressivamente sviluppata sul tema della natura giuridica da assegnarsi alla sentenza di fallimento, che rappresenta il momento in cui, inverandosi l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, si apre il fronte della punibilità, attesa la ritenuta equiparabilità in giurisprudenza con il decreto di ammissione al concordato preventivo.

Il percorso nomofilattico designato dalle più recenti pronunce giurisprudenziali emesse dalla quinta sezione della suprema Corte di cassazione, sulla scia della risistemazione operata dalle Sezioni unite con la sentenza Passarelli <sup>(22)</sup>, ne ha definito la natura di condizione obiettiva di punibilità e non quella di elemento costitutivo del reato: «La bancarotta fraudolenta si perfeziona con la distrazione e la punibilità è subordinata alla sentenza di fallimento che, consistendo in una pronuncia giudiziaria, si pone come evento successivo ed esterno alla condotta.

L'opzione interpretativa adottata dalle Sezioni unite fa leva sul rilievo che la pronuncia giudiziale stridrebbe con il principio di personalità della responsabilità penale, non potendo rientrare il fallimento nel novero degli oggetti di rimprovero per l'agente del reato.

La condotta distrattiva, tipizzata dalle norme, assume connotati di lesività e diventa punibile con la sentenza di fallimento, evento successivo ed esterno alla condotta.

Tale inquadramento dogmatico trova la sua origine nomofilattica in un arresto risalente (Sezioni unite Mezzo <sup>(23)</sup>), nella quale si legge che, a differenza delle condizioni obiettive di reato, che presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia. La giurisprudenza maggioritaria successiva ne ha ulteriormente specificato la natura giuridica, assumendola quale elemento costitutivo improprio, negandone, da un lato, il ruolo di evento del reato di bancarotta fraudolenta e, dall'altro, rendendola indifferente rispetto all'atteggiamento psichico dell'autore.

L'inquadramento della sentenza in oggetto nei termini di un elemento costitutivo, sebbene con caratteristiche tali da farlo ritenere estraneo al fuoco del dolo e causalmente non collegato alla condotta distrattiva e di reato, aveva dato recentemente luogo, anche all'affermazione contraria contenuta nella sentenza Corvetta <sup>(24)</sup>, secondo cui il fallimento doveva costituire evento-elemento essenziale del reato di bancarotta ed essere assistito dal nesso causale con la condotta distrattiva e dal nesso psicologico del dolo.

La sentenza Corvetta è, tuttavia, rimasta una pronuncia isolata nella giurisprudenza di Legittimità e smentita da una pleora di pronunce successive, che hanno ribadito la natura di reato di pericolo, caratterizzato da dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria né la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa; né che abbia agito allo scopo di recare danno ai creditori, declinando la sentenza di fallimento, come condizione di esistenza del reato

<sup>(22)</sup> Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in *C.E.D. Cass.*, n. 266802-5

<sup>(23)</sup> Sez. un., 25 gennaio 1958, n. 2, Mezzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 098004.

<sup>(24)</sup> Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *C.E.D. Cass.*, n. 253493.

o elemento costitutivo improprio, quasi un *tertium genus* rispetto alla condizione obiettiva di punibilità e all'evento del reato <sup>(25)</sup>.

La pronuncia Santoro del 2017, che si richiama alla Passarelli del 2016, ha definitivamente escluso la necessità di un nesso causale tra fatti di distrazione e fallimento, ritenendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinando le risorse a impieghi estranei alla sua attività e ribadito che l'elemento soggettivo del delitto è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di dare pregiudizio alle ragioni creditorie.

Quanto alla bancarotta prefallimentare, secondo la giurisprudenza di legittimità ha natura di reato di pericolo concreto di talché la condotta distrattiva deve risultare idonea a pregiudicare la consistenza del patrimonio sociale, in relazione alle aspettative delle ragioni creditorie, il pericolo che deve persistere, fino al momento immediatamente precedente l'apertura della procedura fallimentare <sup>(26)</sup>.

Gli ultimi orientamenti offerti dalle più recenti pronunce emesse dalla Corte di cassazione in punto di oggettività del reato di bancarotta e sulla natura del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare quale reato di pericolo concreto, richiamano il tema della bancarotta riparata, relativamente alla quale, in maniera ampia e coesa, si nega la sussistenza del reato di bancarotta patrimoniale, nel caso in cui la somma sottratta dalle casse sociali e riportata da relativa annotazione, sia integralmente riversata nelle stesse casse prima della dichiarazione di fallimento. Nonostante la natura di reato di pericolo, infatti, momento consumativo e valutazione del pregiudizio al ceto creditorio coincidono temporalmente con la dichiarazione giudiziale di fallimento e non con l'atto antidoveroso e la storica commissione della condotta <sup>(27)</sup>.

## 5. ART. 236 COMMA 2 L. FALL. A CAVALLO TRA INTERPRETAZIONE ESTENSIVA E ANALOGIA LEGIS. D.LG. N. 14/2019: UN'OCCASIONE PERDUTA DEL LEGISLATORE

L'art. 236 l. fall. porta con sé l'effetto di un'inarrestabile evoluzione del diritto fallimentare, che non trova adeguata risposta e coordinamento nella disciplina penalistica, caratterizzata, di contro, da un apparente immobilismo.

La norma, come già scritto, tipicizza due distinte condotte, una confinata nell'ambito dell'alterazione delle condizioni necessarie per accedere al concordato preventivo ovvero ottenere un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, il cui fatto tipico è definito con chiarezza dalla lettera della norma, in maniera sistematicamente corretta; la seconda invece, contemplata dal comma 2, approda a una diversa fattispecie, del tutto avulsa da quel contesto, che tenderebbe ad assorbire i fatti tipici degli artt. 216 e 223 l. fall., i propri soggetti agenti e le sanzioni previste.

In particolare, la norma non chiarisce come i fatti tipici previsti dagli artt. 216-223 l. fall. possano inserirsi nel contesto della procedura concordataria, rinviandovi, senza alcun adattamento interpretativo.

La fattispecie criminosa appare generica e segue lo schema tipico delle norme penali in

<sup>(25)</sup> *Ex multis* Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352.

<sup>(26)</sup> Sez. V, 2 marzo 2017, n. 17819, in *C.E.D. Cass.*, n. 269562

<sup>(27)</sup> Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4790, in *C.E.D. Cass.*, n. 266025; in senso conforme, Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, *ivi*, n. 233604.

bianco. Di per sé l'utilizzo della tecnica del rinvio non è contraria ai principi cardine che informano il sistema penale, purché il Legislatore rimanga fedele al principio di determinatezza, adoperandosi in modo da rendere il precetto chiaro e completo, in particolar modo in presenza di materie specifiche e complesse, calibrando l'obbligo di chiarezza, in ragione della materia affrontata, in maniera tale da garantire al destinatario la necessaria comprensione della condotta descritta dalla norma incriminatrice: in una coerente concezione del diritto penale, visto quale complesso di norme che orientano il destinatario verso il rispetto di principi e specifici valori, il sistema deve garantire una piena, o almeno sufficiente, capacità di comunicazione.

Il presupposto dell'intero sistema, come consacrato dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, è il principio di chiarezza, in difetto del quale, le norme tendono a perdere legittimazione<sup>(28)</sup>.

L'art. 236, comma 2, l. fall. non pare rispondere al principio di determinatezza atteso che difetta di sistematicità e di organicità, operando rinvii a catena che privano la norma di determinatezza che, come detto, è un requisito imprescindibile, corollario del principio di legalità<sup>(29)</sup>; pregnanza e precisione del precetto e della sanzione corrispondente significano, infatti, precisa individuazione di tutti gli elementi costitutivi e della corrispondenza tra il fatto tipico e quello che concretamente deve verificarsi<sup>(30)</sup>.

Questo deficit di tecnica legislativa pone, almeno sul piano teorico, seri problemi all'interprete penale in virtù dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 12 disp. prel. e 14 disp. prel. Dal tenore letterale di queste disposizioni si evince che il punto limite oltre il quale l'interpretazione non può estendersi è il cosiddetto "caso dubbio", il punto limite, oltre il quale l'interpretazione non può estendersi; l'art. 14 disp. prel. dispone che, in "casu dubio", la norma possa trovare applicazione mediante il ricorso alla analogia, escludendo però il ricorso a tale procedimento nei confronti della norma penale (esclusione sancita per implicito anche dagli artt. 1 e 199 c.p.<sup>(31)</sup>). Il dettato normativo appare del resto pienamente conforme e rispettoso dei principi di cui è espressione l'art. 25 Cost.: la lettera della legge può estendere il suo significato e distaccarsene ma non può uscire dai confini della norma, ossia dal significato della precisa disposizione. Al di là dei confini della norma, l'interpretazione sfocia nell'analogia.

Il principio di tassatività, quindi, se da un lato vieta al giudice di estendere analogicamente il precetto e la sanzione prevista dalla legge; dall'altro obbliga il Legislatore penale ad evitare l'adozione di normative che possano trovare applicazione soltanto attraverso l'analogia, la cui sorte sarebbe la loro sostanziale inapplicabilità in sede pretoria (e il rischio di abrogazione da

---

<sup>(28)</sup> CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, 2012, p. 12 e 13; PADOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Giuffrè, 1998, p. 309; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 929 ss.; PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *ivi*, 1988, p. 709; FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale, prima lettura della sentenza costituzionale 364 del 1988*, in *Foro it.*, 1988, p. 1405 ss.

<sup>(29)</sup> PISANI, *Crisi dell'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018, p. 163.

<sup>(30)</sup> MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, Cedam, 2009, p. 67; GALLO, *I principi del diritto penale nella postmodernità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1375 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, p. 10 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2006, p. 433 ss.; PADOVANI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2002, p. 189 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale - Parte generale*, Giappichelli, 2016; PALAZZO, *Ignorantia legis, cit.*, p. 929 ss.

<sup>(31)</sup> FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale - Parte generale* - Zanichelli editore, 2004, p. 94.

parte del Giudice delle Leggi), precludendo all'interprete ogni altra via per arrivare alla necessaria convinzione di certezza <sup>(32)</sup>.

Ove c'è indeterminatezza non è più il giudice che travalica i confini della legge; bensì è quest'ultima che non li pone, violando il principio di stretta legalità.

Lo scarto tra volontà e lettera, che distacca l'interprete dal significato più letterale della proposizione normativa, può restringere o dilatare quel che letteralmente la norma circoscrive, giacché è indiscutibile che il mezzo letterale non esaurisca i canoni ermeneutici; cionondimeno, il risultato interpretativo, ancorché frutto di un'interpretazione estensiva, deve, da un lato, rispettare la volontà della precisa disposizione di legge; dall'altro è necessario che il destinatario del precetto sia posto in condizione di osservarlo <sup>(33)</sup>. L'art. 236 l. fall. non pare adempiere ai requisiti richiesti e sopra esposti, in quanto il contenuto della condotta illecita, definita nel precetto, ha sostanzialmente rimesso al giudice l'interpretazione dell'elemento normativo, con conseguenti e inevitabili oscillazioni applicative, che travalicano nell'analogia.

In questo contesto, pertanto, appaiono difficilmente condivisibili le recenti pronunce emesse dal giudice della legittimità, relativamente all'applicabilità, nel caso di specie, del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, alle condotte che abbiano preceduto l'ammissione al concordato preventivo ovvero in continuità aziendale, sulla base dello stato di crisi. Ciò tanto più in considerazione del fatto che tali arresti si risolvono, in primo luogo, in una situazione di evidente disparità giuridica: l'imprenditore che, attuando la procedura di cui si discute, salvaguardi gli interessi della massa dei creditori, in adesione a un progetto teso a riportare la società *in bonis*, soggiacerebbe alle stesse pene previste per l'imprenditore fallito, che, invece, abbia concretamente arrecato un pregiudizio a quegli interessi, conducendo la società al fallimento e alla sua liquidazione. Ne discende che, anche facendo ricorso al canone della offensività dell'evento tipico, la norma non supera la propria intrinseca indeterminatezza.

Per pericolo concreto deve intendersi il momento in cui la diminuzione della consistenza patrimoniale comporti uno squilibrio tra attività e passività, capaci di pregiudicare gli interessi del ceto creditorio, valutazione che, concretamente, è rimessa alla discrezionalità giudice del merito.

A fronte delle dichiarate diversità che, sotto il profilo giuridico, rendono non sovrapponibili le procedure in argomento, la lettura dell'art. 326, comma 2, l. fall., laddove formula il rimando all'art. 223 l. fall., necessita di essere affrontata in maniera sistematica, ossia, prevedendo che le condotte inserite dal suddetto rinvio, che estende l'applicabilità in caso di concordato preventivo dei reati di bancarotta societaria, bancarotta da reato societario e bancarotta per causazione dolosa del fallimento della società – di cui all'art. 223 comma 1 e 2 n. 1) e 2) l. fall.; nonché di bancarotta semplice societaria e bancarotta semplice societaria per causazione o aggravamento del dissesto della società – di cui all'art. 224, n. 1 e 2, l. fall. – non solo perfezionino tutti gli elementi di natura soggettiva e oggettiva richiesti dalle suddette norme incriminatrici; ma anche e in particolar modo, che siano commesse in seno alla procedura concorda-

<sup>(32)</sup> FIORELLA, *Le strutture del diritto penale - questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2007, p. 79; *Emissione di assegni a vuoto e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1007 ss.

<sup>(33)</sup> DONINI, *Il principio di colpevolezza*, Utet, 2000, p. 215 ss.; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle fattispecie a struttura sanzionatoria*, Cedam, 1996, p. 96 ss.

taria e in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente il concordato medesimo <sup>(34)</sup>.

Il d.lg. n. 14/2019, in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155 (G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019 – s.o. n. 6), non ha fugato i dubbi sollevati.

In effetti, l'art. 2 del nuovo codice della crisi d'impresa evidenzia una distinzione tra lo "stato di crisi" inserito alla lett. a) e quello di "insolvenza", inserito alla lett. b), confermando, dunque, l'eterogeneità dei due concetti, che pur poggiando su presupposti nettamente distinti, producono tuttavia gli stessi effetti giuridici.

La precisazione della netta distinzione tra crisi e insolvenza si è resa necessaria poiché la nozione di crisi, alla luce della distinzione operata ha acquisito una propria dimensione e non può più dirsi comprensiva dell'insolvenza come nella legge fallimentare <sup>(35)</sup>.

Lungi dal pretendere di sciogliere il nodo della legalità, deve tuttavia convenirsi come, a fronte delle problematiche sopra evidenziate della norma che, a stretto rigore, ne comporterebbero la sostanziale inapplicabilità, esista un'evidente tendenza giurisprudenziale a interpretare la norma, superandone i confini letterali, di fatto travalicando i limiti dell'(ammissibile) interpretazione estensiva, per sconfinare nell'(inammissibile) *analogia legis*.

È pertanto auspicabile un intervento del Legislatore, al fine di ridurre le inevitabili oscillazioni giurisprudenziali in fase applicativa e di garantire al destinatario la completa comprensione del precetto, determinandolo con maggior rigore, laddove la complessità della materia da affrontare lo richieda.

---

<sup>(34)</sup> Sul punto cfr. PISANI, *Crisi dell'impresa e diritto penale*, Il Mulino, 2018 p. 166 ss.

<sup>(35)</sup> GAMBARDILLA, *Il nuovo codice dell'impresa*, cit., in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, it/d/6351.

