

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**7/2020**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale* (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

## LE MISURE PREMIALI PENALI DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

di Lorenzo Pellegrini

SOMMARIO: 1. La 'premiabilità' come strumento di politica criminale. – 2. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le scelte premiali dell'art. 25.2. – 3. La causa di non punibilità. – 4. La circostanza attenuante. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. La 'premiabilità' come strumento di politica criminale.

«Il momento iniziale di una misura di scoraggiamento è una minaccia; di una misura d'incoraggiamento una promessa», affermava Norberto Bobbio nel proprio saggio *“Sulla funzione promozionale del diritto”* ove, tra i primi, coglieva il ricorso sempre più frequente, da parte del legislatore dell'epoca, alle *sanzioni positive*, ovvero a tecniche normative d'incentivazione dei consociati a tenere determinati comportamenti giuridicamente approvati<sup>1</sup>. Lo studioso non poteva certo però immaginarsi che questa “meccanica” sarebbe «diventata uno degli strumenti più usati dal legislatore per perseguire i suoi obiettivi politici e sul quale ripone un affidamento probabilmente spesso più convinto di quanto non avvenga con l'abusatissimo ricorso all'inasprimento sanzionatorio»<sup>2</sup>.

In via generale, il “premio” è un «ambito dono conferito per riconoscimento di una condotta esemplare o meritevole d'incoraggiamento» [Devoto Oli]. Il significato è, dunque, quello di un beneficio, con funzione di incentivo a tenere un determinato comportamento approvato dall'ordinamento e a fronte del quale il legislatore accorda, appunto, un favore.

In ambito penale, il concetto di premio si specifica attorno a tre *elementi caratterizzanti*: deve, quale presupposto, essere stata intrapresa già una condotta almeno potenzialmente costituente reato<sup>3</sup>; il comportamento incentivato deve avere un contenuto antagonista rispetto all'offesa (di pericolo o di danno) eliminandola, attenuandola o impedendo conseguenze ulteriori<sup>4</sup>, oppure essere funzionale alla

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1327.

<sup>2</sup> F. PALAZZO, [La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente](#), in questa *Rivista*, 19 dicembre 2019. Nonché, sempre dell'Autore, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, *passim*.

<sup>3</sup> L. EUSEBI, *Forme e problemi della premiabilità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, 273; C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 4422.

<sup>4</sup> L. EUSEBI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 533 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.; T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità,

soddisfazione di interessi diversi da quello offeso, ma pur sempre rilevanti in un'ottica di contemperamento di beni giuridici<sup>5</sup>, o *infine* suscitare un giudizio di non o minore offensività in concreto<sup>6</sup>, oppure di non o minore pericolosità sociale, oppure ancora di avvenuta o più agevole risocializzazione<sup>7</sup>; la ricompensa è costituita non da encomi, onorificenze, medaglie, premi in denaro, ma dalla rinuncia totale o parziale alla pena.

Più precisamente, occorre rilevare come la manovra legislativa premiale<sup>8</sup> possa obbedire ad interessi e finalità di ordine penale, ovvero extrapenale.

Nella prima prospettiva, gli istituti della premialità si caratterizzano per lo stretto collegamento (neutralizzativo-antinomico) con l'*offesa* del fatto di reato e con la *capacità criminale* dell'autore, oppure per il perseguimento di esigenze di *agevolazione processuale* e risultano *co-funzionali* agli scopi tradizionalmente assegnati alla pena, mirando altresì all'effettività ed efficacia pratica del sistema.

Nella seconda direttrice, la scelta premiale rincorre invece interessi *estranei* a quelli tradizionalmente assegnati alla pena e, più in generale, al sistema penale. Quest'ultimo introietta, infatti, esigenze ad esso esterne e legate alla funzionalità complessiva dell'ordinamento e lo fa attraverso un'operazione di tipo *negoziale*, divenendo la non o minore punizione (*id est* "il premio") merce di scambio per conseguire utili risultati fuori dal fascio di interessi protetti dalla fattispecie penale o, comunque, riconducibili al sistema penale. Ebbene, la frattura della legalità si fa – in questo caso – più problematica, dal momento che il coinvolgimento di ragioni e valori eccentrici rispetto all'impianto penale, disallinea il lessico alla base delle contrapposte esigenze in gioco, rendendo più difficoltosa la verifica della non irragionevolezza della scelta legislativa.

---

in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 39 ss.

<sup>5</sup> C. RUGA RIVA, voce *Premialità* (*dir. pen.*), cit., 4422; ID., *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009, 519 ss.

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *La non-punibilità*, cit., 1 s.; ID., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 605 ss.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.

<sup>7</sup> M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non unibilità*, in *Indice pen.*, 2003, 77; ID., *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2019, 418 ss.; ID., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270 ss. Sul punto, per completezza, si veda anche F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 135 ss.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, *passim*; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*; M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice pen.*, 2003, 77 ss.; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e di criminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, *passim*; ID., *Tendenze e controtendenze nella politica di depenalizzazione*, in AA.VV., *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Atti Convegno Automobile Club Lucca, 24 giugno 2000, Milano, 2002, 247 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55ss.; ID., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 46 ss.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 609 ss.

## 2. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le scelte premiali dell'art. 25.2.

Il d.lgs. n. 14/2019 ha impresso una significativa svolta al tradizionale assetto del “diritto fallimentare” e, per quel che concerne il piano strettamente penalistico, la spinta innovatrice è stata affidata proprio al “momento premiale”<sup>9</sup>.

Da un modello unicamente incentrato sulla *gestione* della patologia (*id est* l'insolvenza) si è passati ad un'impostazione che mira (anche e soprattutto) a *prevenirla* attraverso la regolamentazione di quelle situazioni di difficoltà economica (*id est* la crisi) che sono antesignane – sia prospetticamente che in termini probabilistici – di uno stato d'insolvenza<sup>10</sup>.

L'anticipazione dell'intervento normativo dalla fase della *cura* della malattia a quella della predisposizione dei *rimedi* ai sintomi pre-influenzali costituisce una scelta “di valore”, a cui fa da sfondo una visione *economica nuova* dell'impresa in crisi. La logica

<sup>9</sup> R. BRICCHETTI, [Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2019, 75 ss.; C. CAVALLINI, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdictione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1001 ss.; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1333 ss.; ID., *La bancarotta fraudolenta “in trasformazione”: verso il recupero della dimensione legislativa dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, 187 ss.; ID., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Padova, 2019, *passim*; P. CHIARAVIGLIO, [Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, 91 ss.; ID., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Società*, 2019, 445 ss.; M. GAMBARDELLA, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 2316 ss.; ID., [Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1189 ss.; ID., [La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020](#), in questa *Rivista*, 11 aprile 2020; L. PELLEGRINI, *Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare*, Bologna, 2020, in corso di pubblicazione; G.L. PERDONÒ, *Brevi spunti di riflessione sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa dei rapporti strutturali tra fatti di bancarotta prefallimentare e sentenza di fallimento*, in *Arch. pen.*, 1, 2019; ALESSANDRA ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I “riflessi” su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1153 ss.; C. SANTORIELLO, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in *Il fallimentarista*, 20 febbraio 2019.

<sup>10</sup> M. BINI, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Soc.*, 2019, 430 ss.; M.C. CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Dir. fall.*, 2019, 11 ss.; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, 519 ss.; S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, 751 ss.; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss.; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, 419 ss.; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, 409 ss.; S. LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del codice della crisi dell'insolvenza*, in *Il dir. fall.*, 2019, 854 ss.; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, 263 ss.; ID., *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fall.*, 2017, 1256 ss.; A. PATTI, *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Fall.*, 2018, 130 ss.; ANTONIO ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, 2019, 291 ss.; M.L. VITALI, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee*, in *Dir. fall.*, 2019, 555 ss.

preventiva, infatti, muove dalla convinzione che la fase della crisi non debba imprimere alla gestione aziendale una “curvatura liquidatoria”, in cui all’obiettivo del miglior soddisfacimento del ceto creditorio fanno da *pendant* un contegno ‘statico’ dell’imprenditore e l’idea di una finale fuoriuscita della società dal mercato, ma debba, piuttosto, mettere in campo un armamentario terapeutico particolarmente efficace (perché ‘dinamico’) e rigoroso (perché procedimentalizzato davanti agli organi della PA), capace di scongiurare lo spettro dello scioglimento ed assicurare continuazione all’azienda.

Nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d’ora in avanti, CCII) l’emersione della crisi e la sua gestione assistita sono obiettivi di politica economica e sociale talmente centrali da essere in grado di ‘piegare’ la risposta punitiva penale.

La meccanica prescelta, come anticipato, è quella della premialità, la quale muove dalla consapevolezza di fondo, ben sottolineata nella Relazione illustrativa, secondo cui la prospettiva di successo della procedura di allerta e composizione assistita della crisi è direttamente proporzionale alla (e, quindi, dipende dalla) propensione degli imprenditori ad avvalersene: questi devono essere, pertanto, *incentivati*<sup>11</sup>. In questa prospettiva, l’art. 25 CCII introduce un vasto ventaglio di benefici, tra loro cumulabili, che operano secondo una duplice direttiva, l’una *patrimoniale*, incidendo sulla composizione del debito sotto il profilo tributario-fiscale-procedimentale, l’altra *personale*, intervenendo sulla responsabilità penale.

Il volto della premialità che guarda in quest’ultima direzione trova la propria disciplina nel secondo comma dell’art. 25 CCII e presenta le facce, al primo alinea, della causa di non punibilità e, al secondo alinea, della circostanza attenuante ad effetto speciale.

Applicate entrambe negli scenari conseguenti all’apertura di una procedura di liquidazione giudiziale o di un concordato preventivo, ovvero all’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (tali situazioni segnano infatti – quali condizioni obiettive di punibilità<sup>12</sup> – l’attuazione della fattispecie di bancarotta e sanciscono il “fallimento” della procedura compositiva intrapresa che avrebbe, altrimenti, dato luogo ad una “bancarotta riparata”<sup>13</sup>) sono sottoposte a tutta una serie di condizioni, il cui inverarsi è essenziale per la loro operatività: alcune di queste sono *comuni* ed altre, invece, *particolari* dei singoli istituti premiali.

Quanto alle prime e cioè a quelle condizioni che accomunano tanto la causa di non punibilità quanto la circostanza attenuante, occorre rilevare come queste si riferiscano tutte ai codificati meccanismi di allerta volti a prevenire il fenomeno dell’insolvenza, individuandone modalità e tempistiche di azionamento e conduzione.

<sup>11</sup> Relazione illustrativa.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, in particolare, Cass., Sez. V, 3 ottobre 2013, n. 38325. In dottrina, fra tutti, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d’evento*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437 ss.; A.C. SPAGNUOLO, *Revirement della Corte di Cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?*, in *Cass. pen.*, 2013, 2772 ss.; F. D’ALESSANDRO, [Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, 356 ss.

<sup>13</sup> C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 24 ss.

Più precisamente, tre sono i profili costitutivi: tempestività nella presentazione della domanda di accesso all'OCRI o ad altra procedura concorsuale, diligenza nella sua conduzione, anteriorità del comportamento illecito rispetto all'iniziativa procedurale<sup>14</sup>.

Quello della *tempestività dell'iniziativa* dell'imprenditore nella presentazione dell'istanza all'OCRI, ovvero della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, è sicuramente il requisito principale, ma anche quello capace di creare i maggiori problemi applicativi. Consapevole delle difficoltà interpretative connesse alla formulazione del suddetto giudizio valutativo (criticità essenzialmente legate alle peculiarità e complessità organizzative delle singole società, insuscettibili di essere uniformate e standardizzate e da cui dipende – artt. 2086 c.c. e 3 CCII – la capacità e prontezza nel generare flussi<sup>15</sup>), il legislatore ha cercato, da un lato, di 'positivizzarlo' nella maniera più dettagliata e tassativa possibile e, dall'altro lato, di 'affidarlo' ad una procedura *ad hoc* di certificazione. L'art. 24.1 CCII definisce infatti, in negativo, come *non tempestiva*, quella domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal codice della crisi avanzata oltre il termine di sei mesi, per le procedure c.d. ordinarie e tre mesi, per quelle davanti all'OCRI. Termini che iniziano a decorrere da quando si verificano eventi sintomatici della gravità della crisi, tipizzati anch'essi dalla norma<sup>16</sup>. Il *dies a quo* a cui ancorare il giudizio di tempestività è rappresentato, alternativamente, dal verificarsi di una delle seguenti circostanze: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 60 giorni per un ammontare pari ad oltre la metà del totale complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3 CCII dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili o dalla stessa impresa attestati come adeguati da un professionista indipendente. Il comma secondo dell'art. 24 CCII prevede poi la possibilità (ma è atto indispensabile per poter invocare i titoli premiali) per il debitore di richiedere al presidente del Collegio degli esperti OCRI l'attestato di tempestività.

Non basta tuttavia un'iniziativa tempestiva volta a regolare la crisi o l'insolvenza, ma occorre che, in caso di accesso all'OCRI, il debitore *segua scrupolosamente ed in buona fede* le indicazioni date dal Collegio e si faccia *parte diligente*, non appena ravvisi il cattivo esito del procedimento di composizione assistita, nel ricorrere ad una procedura concorsuale in senso proprio, anticipando eventuali richieste in tal senso da parte dell'OCRI, del PM o dei creditori (art. 37 CCII).

In ultimo, previsione anche questa espressa, sia la causa di non punibilità sia l'attenuante non potranno che riguardare *fatti pregressi* al deposito dell'istanza di composizione assistita della crisi o di accesso a una procedura concorsuale. Diversamente, ove cioè si ammettesse che la non punibilità possa riguardare fatti intersorsi tra l'accesso iniziale alla procedura di composizione e il momento successivo

<sup>14</sup> F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1196 s.

<sup>15</sup> A. PATTI, *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, cit., 130.

<sup>16</sup> M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs., n. 14/2019*, cit., 435; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit., 411.

di apertura della liquidazione giudiziale, si consegnerebbe all'imprenditore «un salvacondotto utilizzabile a propria discrezione in relazione a comportamenti futuri, che rimarrebbero non punibili»<sup>17</sup>.

Oltre a quei requisiti che concernono le indicazioni procedurali approntate dal CCII al manifestarsi di una situazione di crisi ovvero di insolvenza e che si è detto essere comuni agli istituti premiali di cui all'art. 25, il legislatore ha previsto anche altre condizioni da ritenersi, invece, *tipiche*, rispettivamente della causa di non punibilità e dell'attenuante.

Quanto alla non punibilità questa viene subordinata alla circostanza che il danno cagionato sia di *speciale tenuità*. La costruzione dell'istituto anche attorno al danno e, più precisamente, alla sua consistenza particolarmente tenue, al contrario del precedente requisito che si caratterizza – come visto – per essere rigorosamente 'procedimentalizzato', apre fortemente al potere valutativo del giudice. L'assenza di predeterminazione di criteri-guida di tipo quantitativo, in uno con l'eliminazione (derivante dal raffronto con l'attenuante speciale di cui all'art. 326.3 CCII) del richiamo alla dimensione "patrimoniale" del danno<sup>18</sup>, appaiono, infatti, destinati a conferire al giudice un potere altamente discrezionale e di tipo qualitativo, la cui base di giudizio è particolarmente 'incerta' ed il controllo, in definitiva, relegato al momento motivazionale.

Nel caso in cui, invece, il danno non sia di speciale tenuità, eccedendone i limiti, il riconoscimento dell'attenuante ad effetto speciale (capace di apportare una riduzione della pena fino alla metà) viene fatto dipendere dalla *verifica* del fatto che al momento della apertura della procedura concorsuale il *valore dell'attivo inventariato od offerto ai creditori sia superiore al quinto dell'ammontare dei debiti chirografari* e che il *danno complessivo cagionato non superi l'importo di due milioni di euro*. La fissazione di limiti numerico-quantitativi configura l'attenuante in termini contenutistici rigidi ed obbligatori, escludendo così ogni tipo di intervento valutativo-discrezionale del giudice. Una tale costruzione normativa risponde alla esigenza – avvertita come pressante da parte del legislatore – di assicurare, da un lato, un soddisfacimento "minimo" anche degli 'ultimi' tra i creditori (*id est* i chirografari) e di evitare, dall'altro, che vengano premiate quelle condotte dissipative o distruttive del patrimonio sociale di rilevante entità, individuata – questa – in una soglia "massima".

In conclusione, la premialità, nel CCII, tenta di superare le resistenze dell'imprenditore che teme che l'"aprirsi" al controllo degli organi della PA possa farlo cadere in responsabilità e mira al conseguimento di esigenze extrapenali quali: la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile che tenga conto della natura, dimensioni e peculiari caratteristiche della società (art. 2086 c.c., come modificato dall'art. 375.2 CCII e 3 CCII); la costante ed attenta vigilanza sull'attività aziendale affinché siano colti immediatamente (al loro primo sorgere) i

<sup>17</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura"*, cit., 98.

<sup>18</sup> Relazione illustrativa. In dottrina, P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura"*, cit., 98; M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 5; G.L. PERDONÒ, *Brevi spunti di riflessione*, cit., 19.



segnali della crisi; l'agire tempestivo affidandosi agli organi della PA. Tutto ciò affinché, attraverso "i crismi" della trasparenza e professionalità, si perseguano *gli utili economici* della conservazione della continuità aziendale e, ove ciò non sia possibile, del contenimento delle perdite e, quindi, del danno alla massa.

### 3. La causa di non punibilità.

La struttura definitivamente assunta dal primo alinea dell'art. 25.2 CCII è il frutto di una profonda rivisitazione dei criteri indicati dalla delega ed ha suscitato, già nei primi commentatori, forti perplessità con riguardo sia al compasso applicativo, che al fondamento dogmatico<sup>19</sup>.

Rispetto all'individuazione del *pomerium* di operatività dell'istituto premiale, ancorché non possa parlarsi di violazione dei principi e criteri indicati nella legge di delegazione, è stato rilevato come il Governo abbia perseguito una scelta politico-criminale 'coraggiosa', ma non priva di tensioni con l'assetto ordinamentale, nel momento in cui ha ritenuto di poter estendere la previsione premiale a tutte le ipotesi di bancarotta, anche quella fraudolenta. Quest'ultima fattispecie, infatti, non era espressamente contemplata nell'art. 4 *lett. h)* legge n. 155/2017, che si riferiva, in maniera non univocamente intellegibile, al delitto di «bancarotta semplice» e «agli altri reati previsti dalla legge fallimentare» e neppure, tale indicazione, era emersa nei lavori parlamentari (disegno di legge 3671-*bis*). La delega apriva, dunque, ad un'alternativa ermeneutica. Da un lato, l'analisi del testo e la valorizzazione di argomenti letterali avrebbero potuto portare a ritenersi compresa, nell'espressione "altri reati" previsti dalla legge fallimentare e diversi dalla bancarotta semplice, anche la bancarotta fraudolenta. Dall'altro lato ed al contrario, il richiamo espresso e 'principale' al delitto di bancarotta semplice avrebbe consentito, in via teleologica e di ricostruzione della *voluntas legis*, di escludere che la causa di non punibilità si potesse riferire anche alle ipotesi di bancarotta fraudolenta, dal momento che – essendo quest'ultima la fattispecie dell'apparato penale-speciale sicuramente più rilevante per gravità – avrebbe dovuto, logicamente e necessariamente, essere richiamata dal legislatore in posizione centrale ed espressa, prendendo, quindi, il posto del richiamo a quella semplice. Tale ultima prospettiva ermeneutica è stata scartata dal legislatore delegato il quale, nella Relazione illustrativa, spiega le ragioni della propria scelta. Mosso dall'intento di non "sminuire" la portata della previsione di cui al 25.2 CCII, posto che – in presenza di condotte non abituali – «la cornice edittale della bancarotta semplice avrebbe già consentito l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.», questi ha, dunque, ritenuto «di optare nel senso più ampio prevedendo norme premiali con riguardo alle condotte anche più gravi tutte le volte che l'imprenditore abbia azionato quei meccanismi di allerta di nuova introduzione volti proprio a controllare e mitigare il fenomeno dell'insolvenza».

---

<sup>19</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura"*, cit., 91 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 4 s.; R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa*, cit., 3 ss.

Quanto, poi, alla natura giuridica del primo alinea dell'art. 25.2 CCII, occorre rilevare come questa è stata ritenuta un'ipotesi *speciale* di non punibilità per particolare tenuità del fatto<sup>20</sup>. Il legislatore, si osserva, nel momento in cui dichiara – nella Relazione illustrativa – che è opportuno estendere alla bancarotta fraudolenta il primo alinea dell'art. 25.2 CCII poiché la bancarotta semplice è *già coperta* dall'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., implicitamente affermerebbe *anche* che il nuovo istituto del CCII altro non farebbe che espandere (in presenza dell'ulteriore condizione dell'iniziativa OCRI o del ricorso ad altra procedura concorsuale) la non punibilità per speciale tenuità del fatto al di là dei limiti oggettivi previsti dalla norma generale codicistica.

La suddetta ricostruzione “in parallelo” con l'art. 131-*bis* c.p. ha fatto, però, emergere talune criticità, peraltro evidenziate dagli stessi assertori della posizione, le quali hanno, a loro volta, aperto il campo ad impostazioni teoriche alternative nell'individuazione del fondamento dogmatico dell'istituto. Da una parte, si evidenzia, come l'estensione della non punibilità a fattispecie, quale la bancarotta fraudolenta, punite nel massimo con la pena della reclusione fino a ben dieci anni (misura, questa, addirittura doppia rispetto a quella indicata dall'art. 131-*bis* c.p.) esponga l'istituto a censure dal punto di vista della ragionevolezza e del rispetto del principio di proporzionalità, poiché coinvolgerebbe ipotesi di reato già ‘a monte’ elette come oggettivamente gravi e, quindi, *sempre* meritevoli di essere punite. Da un'altra parte, si nota poi come non poche incertezze deriverebbero anche dall'eliminazione del requisito della non abitudine del comportamento, specie per quelle ipotesi in cui è stato il legislatore a creare una presunzione nel segno dell'abitudine. Tale valutazione sarebbe infatti, sul piano oggettivo, espressione del carattere non occasionale né eccezionale del comportamento e, sul versante soggettivo, di una maggiore colpevolezza e pericolosità sociale del reo: elementi dai quali dovrebbe discendere un giudizio di *non tenuità*<sup>21</sup>. Da un'altra parte ancora, si rileva come il riferimento al “danno” (di speciale tenuità) mal si concilierebbe con il giudizio di meritevolezza della pena per minima offensività in concreto, specie se si assume l'elemento in una dimensione strettamente “patrimonialistica”, come suggerirebbe il rinvio contenuto nella legge delega all'art. 219.3 L.F.

Muovendo proprio dalle criticità nel sagomare l'istituto attorno allo schema logico-contenutistico della speciale tenuità in concreto, parte della dottrina ha avanzato l'ipotesi che il primo alinea dell'art. 25.2 CCII non rappresenti una causa di non punibilità in senso stretto, ma una *causa di giustificazione*, ovvero un *elemento negativo della tipicità*.

---

<sup>20</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche “a prima lettura”*, cit., 96; M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 5; G.L. Perdonò, *Brevi spunti di riflessione*, cit., 18 ss.

<sup>21</sup> R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667 ss.; ID., *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giur. it.*, 2016, 1731 ss.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 84 ss.; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Treccani Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, 90 ss.; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 523 ss.

Secondo una prima impostazione<sup>22</sup>, la “gestione controllata” della crisi opererebbe *in antagonismo valoriale* rispetto alla meccanica dell’incriminazione ed il comportamento incentivato dal legislatore priverebbe dell’antigiuridicità il fatto di bancarotta, scriminandolo. L’istituto (di giustificazione) andrebbe così ad incidere sui limiti di applicazione delle fattispecie incriminatrici del CCII, sottraendo dall’alveo dell’illiceità una *sottofattispecie particolare*, caratterizzata dalla combinazione tra l’iniziativa concorsuale tempestiva (*in primis* la nuova procedura OCRI) e la speciale tenuità del danno cagionato alla massa, rispetto alla quale l’ordinamento avrebbe espresso una valutazione di giuridicità *positiva*.

Un’ulteriore impostazione teorica ritiene, invece, che il legislatore abbia affidato all’art. 25.2 CCII il delicato ufficio di tracciare i confini di ciò che è penalmente rilevante<sup>23</sup>. Più precisamente, quale elemento negativo della tipicità, il primo alinea consentirebbe di dare rilevanza penale solo a quei fatti di bancarotta posti in essere *in prossimità temporale* di una situazione di crisi o di insolvenza (intese l’una quale stato di squilibrio economico reversibile e l’altra come situazione di dissesto finanziario irreversibile – art. 2 CCII -) concretamente pericolosi, cui non è conseguito un pentimento operoso, volto a neutralizzare l’offesa tipica del reato attraverso gli strumenti di allerta e gestione della crisi e dell’insolvenza *ad hoc* predisposti. “Crisi” ed “insolvenza” assumerebbero, così, il ruolo di *contesti significativi*, rispetto ai quali le condotte che si collocano *prima* e *lontano* non potrebbero essere considerate penalmente rilevanti.

Ebbene, le soluzioni interpretative proposte non risultano del tutto convincenti. A ben vedere, infatti, l’art. 25.2 CCII non realizza alcuna convergenza antinomica tra valori ed interessi *contigui*, né è individuabile un rapporto di *specialità* con i delitti di cui al CCII<sup>24</sup>. Non convince neppure la ricostruzione dell’istituto nei termini di elemento negativo dei fatti di bancarotta preconcorsuale e ciò poiché una tale soluzione determinerebbe insanabili contrasti con i principi di tipicità, determinatezza e prevenzione generale della pena<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”*, cit., 1340.

<sup>23</sup> G.L. PERDONÒ, *Brevi spunti di riflessione*, cit., 20 s.

<sup>24</sup> La scelta legislativa, come visto, sposa, infatti, esigenze *extrapenali* (*id est* la gestione dinamica e controllata della crisi nel segno della continuità aziendale), che non comunicano con il disvalore ‘interno’ e ‘proprio’ delle fattispecie di bancarotta (che risiede, invece, nella violazione del dovere di conservazione della garanzia patrimoniale) ed è, altresì, strutturata attorno ad elementi ‘estranei’ e ‘successivi’ alla condotta tipica – e, quindi, al centro disvaloriale – dei fatti di reato del CCII. Per tali ragioni, non risulta neppure corretto il richiamo alla natura di “scriminante procedurale”, dal momento che non è individuabile alcun bilanciamento (che deve essere sempre presente, ancorché ‘sottratto’ all’accertamento giudiziario) sotteso alla consecuzione di atti normativamente predeterminati tra valori omogenei e contigui, né la condotta esplicitata è posta cronologicamente *ab initio* e cioè prima o contestualmente il fatto-reato. È infatti, dalla norma, incentivato unicamente un contegno *sussequente*, che si muove su di un piano strutturale e valoriale *diverso* da quello dell’incriminazione. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, in particolare 41 s. e 215 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>25</sup> Sul piano della costruzione del tipo, il modo in cui il legislatore (ri)definirebbe il contenuto di disvalore dei fatti di reato risulterebbe affetto da irragionevolezza (sotto i profili della proporzione e del rispetto della dimensione precettiva delle incriminazioni), poiché la qualifica di liceità/illiceità viene affidata ad un comportamento *disomogeneo* al contenuto offensivo delle ipotesi delittuose contemplate nel CCII, in quanto

Escluso, dunque, che il primo alinea dell'art. 25.2 CCII possa rappresentare una causa di giustificazione, oppure definisca, in negativo, la tipicità delle fattispecie incriminatrici, non può che trovare conferma la tesi della *causa di non punibilità in senso stretto*.

Al fine di comprendere al meglio la costruzione e la meccanica operativa dell'istituto premiale, occorre, tuttavia, muovere da una premessa chiarificatoria. L'istituto parallelo con l'art. 131-*bis* c.p., fatto proprio anche da coloro che sostengono la natura di causa di non punibilità<sup>26</sup>, è fuorviante. Le due ipotesi si muovono, infatti, su piani diversi: l'art. 131-*bis* c.p. prescinde da qualsivoglia comportamento del reo e attiene al piano dell'offesa in concreto; la logica utilizzata dal CCII è, invece, quella incentivante e serve a favorire la procedimentalizzazione della crisi, che è comportamento successivo al fatto-reato. Niente, dunque, esclude che l'art. 131-*bis* c.p. possa trovare autonoma applicazione, che sia stata proposta o meno istanza per la gestione regolamentata della crisi, ma sempre che ricorrano tutti i requisiti richiesti dal 131-*bis*. Quando, invece, sia stata fatta istanza, la non punibilità acquista un'altra *chance* che è, appunto, quella offerta dall'art. 25.2 CCII ed alle condizioni da questo previste.

Ciò chiarito, un esame più approfondito del primo alinea dell'art. 25.2 CCII fa emergere come si tratti di una causa di non punibilità *sopravvenuta*, basata su interessi e finalità *extrapenali*. Più precisamente e sotto il profilo strutturale, la tempestiva attivazione dei procedimenti di gestione della crisi e dell'insolvenza è l'elemento sul quale si impernia l'istituto premiale e rappresenta una condotta susseguente, in dialettica opposizione con quella del fatto-reato. Il suo contenuto, infatti, delinea comportamenti riparatori funzionali alla riduzione dell'offesa (in senso lato) espressa dalle condotte anteriormente esplicate, mirando, da un lato, a contenere un fatto che è potenzialmente bancarotta e, dall'altro, a risanare lo stato di crisi. Se, dunque, l'interesse

---

legato a profili ed elementi a loro "esterni", quali, appunto, la tempestiva attivazione di una procedura concorsuale. Anche sotto il profilo della determinatezza la ricostruzione proposta non soddisfa. Tanto l'elemento "temporale", quanto quello del "danno" risultano, infatti, affidati a criteri di misurazione *imprecisi ed incerti*. La prossimità alla crisi e all'insolvenza è un segmento spazio-temporale dai confini mobili, che nei reati di bancarotta risulta impossibile, oltre che inopportuno, comprimere, dovendosi al contrario poter estendere fino a ricomprendere anche episodi lontani nel tempo, ma dalla concreta e seria capacità prognostica di cagionare l'insolvenza. Parimenti la speciale tenuità del danno, per come formulata, è destinata a disorientare l'interprete. Si potrebbe, infatti, andare in contro a soluzioni applicative diametralmente opposte quali la *svalutazione* del requisito (a fronte di un comportamento "diligente" del debitore si potrebbe sostenere che il danno è *sempre* specialmente tenue, ove si ritenesse da premiare l'iniziativa riparatoria e non i suoi effetti) o la sua *iper valutazione* (in tal senso la speciale tenuità andrebbe a coincidere con l'inoffensività). Da ultimo, la ricostruzione della norma in termini di elemento negativo della tipicità la esporrebbe ad utilizzi 'opportunistici', divenendo un *commodus discessus* della responsabilità. Il debitore, infatti, potrebbe presentare strumentalmente domanda di accesso all'OCRI o a altra procedura così "cancellando" tutte le condotte antecedenti anche quelle particolarmente gravi di depauperamento volontario della garanzia patrimoniale dei creditori: il tutto con buona pace della funzione general preventiva.

<sup>26</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura"*, cit., 96; M. GAMBARDILLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 5. Nessun richiamo al 131-*bis* c.p. fa, invece, Mucciarelli che, pur sempre, riconosce al primo alinea dell'art. 25.2 CCII la natura di causa di non punibilità in senso stretto, cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1196 s.

sotteso alla non punibilità è quello di orientare il debitore verso comportamenti di gestione e composizione della crisi *lato sensu* (dal momento che hanno un oggetto “più ampio” di quello del fatto-reato) antagonisti alla condotta criminosa e costituisce il “cuore valoriale” della previsione, l’ulteriore requisito della speciale tenuità del danno appare essere stato concepito quale “limite” all’operatività della norma. Non essendosi ‘sentito’, il legislatore, di estendere la causa sopravvenuta di non punibilità a tutte le ipotesi di bancarotta, anche le più gravi, ha, dunque, deciso di introdurre un ‘freno’ collegato al fatto di reato e costituito dal danno o pericolo (specialmente tenue) da questo cagionato.

La tenuta dell’inquadramento dogmatico proposto non è messa in discussione né dal fatto che il comportamento incentivato non è previsto che produca una *integrale* riparazione dell’offesa al bene giuridico tutelato (*id est* la garanzia patrimoniale dei creditori), né dalla circostanza che, nel caso di specie, neppure vi sarebbe il perfezionamento del reato. Con riferimento alla riparazione dell’offesa, occorre, infatti, rilevare come la scelta legislativa di ricollegare la non punibilità anche a condotte produttive di “regressioni parziali” sia (ove ragionevolmente fondata) perfettamente legittima, rappresentando l’integralità della riparazione, al più, un’indicazione orientativa. Anche l’obiezione fondata sulla mancata consumazione del reato di bancarotta non coglie nel segno. Ai fini della non punibilità, infatti, ciò che rileva è il “gioco antagonistico” tra le condotte che entrano in successione temporale<sup>27</sup>. Per di più, nelle fattispecie incriminatrici del CCII il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale o delle altre procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza rappresenta una *condizione obiettiva di punibilità*, come tale estranea al disvalore del fatto di reato ed unicamente espressiva di una scelta di opportunità.

#### 4. La circostanza attenuante.

L’impianto premiale del d.lgs. n. 14/2019 si caratterizza anche per l’introduzione, al secondo alinea dell’art. 25.2 CCII, di una circostanza attenuante *obbligatoria e ad effetto speciale*, secondo la quale «fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato l’istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza, il valore dell’attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell’ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l’importo di 2.000.000 euro».

Già da una prima lettura, emerge come l’attenuante sia stata congegnata mediante il rimando lessicale, logico e strutturale all’istituto immediatamente in precedenza normato della non punibilità. La stretta connessione rileva tanto sul piano della demarcazione dello spettro applicativo, quanto su quello della individuazione del contenuto tipico della circostanza.

---

<sup>27</sup> G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 25 ss.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare come tra la non punibilità e l'attenuante vi sia *continuità di area applicativa*. Il dato è ben chiarito dall'enunciato della clausola "*fuori dai casi di speciale tenuità del danno*", il quale fa sì che anche alla circostanza debba riconoscersi una "applicazione generalizzata" a *tutte* le figure di bancarotta<sup>28</sup>.

Il coordinamento con il primo alinea dell'art. 25.2 CCII è, poi, ancor più interessante e significativo nel momento in cui l'analisi assume a riferimento gli elementi costitutivi della previsione circostanziante. Partendo da un nucleo comune, l'attenuante viene, infatti, costruita in parte 'in negativo' ed in parte 'in positivo', rispetto alla non punibilità. Il substrato valoriale di base, da cui prendono le mosse entrambi gli istituti, è – come visto – segnato dalla tempestiva attivazione delle meccaniche procedurali previste dal CCII per superare la crisi ed evitare, o quantomeno regolare, l'insolvenza. Accanto a questo profilo *comune* la costruzione della circostanza avviene poi – *in negativo* – attraverso la rimozione dell'elemento *della speciale tenuità del danno* (di cui è espressamente richiesta l'assenza, dovendosi altrimenti cadere nell'ipotesi della non punibilità) e – *in positivo* – mediante l'individuazione di due ulteriori requisiti, a carattere naturalistico-numeric, entrambi calibrati sull'insolvenza, quali un soddisfacimento 'minimo' dei creditori chirografari e il non superamento di una data soglia 'massima' di danno alla massa.

Dall'analisi della struttura e del contenuto della norma emerge, dunque, come l'istituto circostanziante sia stato progettato in termini *obbligatorii*. Tutte le volte, infatti, in cui il danno ecceda il limite della speciale tenuità, la riduzione della pena fino alla metà viene affidata a criteri-soglia *rigidi*, rispetto ai quali, peraltro, il giudice si pone come soggetto *recettore passivo* di indicazioni provenienti "da esperti", quale il curatore della liquidazione giudiziale ed il certificatore della tempestività dell'iniziativa procedurale<sup>29</sup>. Ricevuta e verificata l'informazione che almeno un quinto anche degli "ultimi", nell'ordine gerarchizzato della distribuzione, dei crediti sia pagato, che il danno complessivo cagionato alla massa non superi l'importo di due milioni di euro e che il debitore abbia agito tempestivamente ai primi segnali di allarme attenendosi alle regole procedurali, il giudice *dovrà* concedere l'attenuazione della pena. La fattispecie circostanziante è stata, pertanto, tipizzata in maniera *totale* dal legislatore, il quale non solo ha fornito una descrizione cogente e tassativa dell'elemento, ma ha anche, stante il contenuto altamente tecnico-specialistico, provveduto a riporne l'accertamento nelle mani di un soggetto terzo ed esperto, così da escludere *ab imis* qualsivoglia intervento valutativo-discrezionale del giudice nell'applicazione della norma, che viene così impostata su di un automatismo concessorio/negatorio<sup>30</sup>.

Tali considerazioni hanno fatto ritenere che l'attenuante di cui al secondo alinea dell'art. 25.2 CCII non presentasse alcun problema interpretativo, affievolendosi così l'interesse per la norma<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> M. GAMBARDILLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 5.

<sup>29</sup> Artt. 203, 220 e 24.2 CCII

<sup>30</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 516; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 244 ss.

<sup>31</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura"*, cit., 98. Il quale tuttavia apre, rinviandone però l'esame, alle problematiche applicative dell'istituto.

L'affermazione non è, tuttavia, condivisibile. Ad un approfondito esame, infatti, l'elemento circostanziante manifesta significative criticità sia sul piano della ricostruzione dogmatica che su quello applicativo.

A livello *assiologico* due sono le principali problematiche che l'attuale configurazione della circostanza attenuante presenta. Da una parte, occorre rilevare come ad una incisione così significativa ("fino alla metà") della pena non corrisponda un contributo in termini omogenei, ancorché antinomici, al disvalore espresso dalla condotta o dagli altri elementi costitutivi del reato, risultando l'istituto piuttosto legato a fattori 'esogeni' la struttura tipica-base, quali la procedimentalizzazione della crisi e la presenza di un attivo e di un passivo che rispettino determinati limiti quantitativi. Il carattere dell'accessorietà e l'apporto sottotipizzante e concretizzante propri e caratteristici dell'elemento circostanziante imporrebbero, infatti, la verifica di una progressione/regressione dell'offesa che sia contenutisticamente *affine*, tant'è che si è ritenuto che un *mutamento* del significato offensivo base sarebbe identificativo della natura autonoma<sup>32</sup>. Senza volere (né potere, dal momento che i criteri 'formali' depongono in maniera inequivoca) giungere all'estrema conclusione di negare la natura di elemento circostanziante all'istituto in esame, è, comunque, necessario (anche in funzione di ulteriori e diverse soluzioni interpretative della norma) rilevare come la sua costruzione in maniera asimmetrica e non tangenziale con il fatto-base ponga problemi con il principio di ragionevolezza, specie a fronte di una incisione potenzialmente così significativa sulla pena<sup>33</sup>. Dall'altra parte, la rigidità del limite di due milioni di euro di passivo, che si presenta – come visto – quale soglia 'di chiusura' per l'operatività della circostanza attenuante, suscita ulteriori perplessità nel momento in cui si consideri che vale indifferentemente sia per le imprese medio piccole che per quelle di grandi dimensioni<sup>34</sup>. L'omologazione fatta dalla norma tra realtà organizzative ed economiche profondamente differenti, come tali capaci di produrre risultati (anche negativi) in termini assoluti marcatamente distanti, appare dunque scarsamente conforme ai canoni della ragionevolezza.

---

<sup>32</sup> G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, *passim*; F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1564 ss.; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 23 ss. e 215 ss. L'esigenza che vi sia omogeneità e coerenza tra il "tessuto valoriale/disvaloriale" della circostanza e quello della fattispecie incriminatrice base si fa più stringente proprio nei casi in cui la benevolenza o recrudescenza siano particolarmente consistenti e ciò affinché la scelta legislativa non si traduca in un irragionevole "eccesso".

<sup>33</sup> Alla notevole divaricazione tra le cornici edittali stabilite dal legislatore per le fattispecie base di bancarotta e quelle previste per le rispettive ipotesi attenuate a norma dell'art. 25.2 CCII *non corrisponde* una rivalutazione dell'offesa e neppure "una caratterizzazione complessiva" del fatto criminoso in termini di marcato minor disvalore, quanto piuttosto la decisione 'tutta' legislativa di premiare il verificarsi di situazioni e circostanze che si contraddistinguono per la produzione di effetti "più contenuti" sulla massa dei creditori. E, infatti, sia il comportamento incentivato, sia la 'consistenza' della liquidazione giudiziale, sono elementi che non ineriscono il disvalore della condotta di bancarotta preconcorsuale, né caratterizzano, nel loro complesso, tali fatti criminosi.

<sup>34</sup> F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1197.

Sul piano *applicativo*, infine, è d'uopo rilevare come, sebbene gli elementi costitutivi risultino formulati in maniera chiara e precisa, il riconoscimento giudiziario dell'attenuante andrà presumibilmente in contro ad ostacoli e complessità tecniche di non poco rilievo, con conseguente sua possibile marginalizzazione. Da un lato, il soddisfacimento di almeno un quinto dei debiti chirografari non sarà, infatti, di facile accertamento e ciò poiché, alla data di verifica della condizione, spesso gran parte dell'attivo non sarà ancora liquidato e, conseguentemente, l'utilizzo dell'espressione "assicura" (chiaramente mutuato dalla disciplina del concordato preventivo) rischierà di essere interpretato restrittivamente dal giudice, così che anche un attivo *potenzialmente* in grado di integrare detto requisito, se non effettivamente "pagato", potrà ritenersi *non assicurare* il soddisfacimento di un quinto dei debiti chirografari. Dall'altro lato, anche il requisito del non superamento dei due milioni di euro, quale limite massimo del danno complessivo cagionato dalla liquidazione giudiziale alla massa dei creditori, è destinato a presentare ampi margini di incertezza. Tale quantificazione (definitiva) assai spesso, infatti, avviene in un momento successivo alla conclusione del primo grado penale e quindi, si pensi ad esempio alla durata delle azioni di responsabilità civile nei confronti degli amministratori, vi è il rischio di non tenere in debito conto tutto l'attivo portato alla liquidazione giudiziale.

## 5. Considerazioni conclusive.

Il forte sbilanciamento a favore della premialità introdotto dal nuovo CCII non appare censurabile sotto il profilo della sua difficoltosa riconduzione entro i limiti dell'"opportunità" che devono contrassegnare sia gli istituti della non punibilità ispirati a finalità extrapenali che le circostanze ad effetto speciale. Rappresenta, piuttosto, la soluzione tecnica attraverso la quale si fa strada, nell'impianto penalistico, una *diversa visione economica* dell'impresa in crisi, assai eterogenea rispetto a quella alla base del vecchio sistema repressivo della bancarotta. Il legislatore si è mosso, infatti, in maniera antitetica rispetto al '42, ancorché non abbia avuto la forza di avviare un organico (e quanto mai necessario) intervento riformatore delle fattispecie criminose della legge fallimentare, per le quali si è, viceversa, fissato il principio della «continuità» (art. 349 CCII).

Di qui la dicotomia. Da un lato, un sistema d'incriminazione ancora immaginato e costruito su un (principale) oggetto di tutela costituito dall'integrità del patrimonio dell'azienda nella sua funzione di garanzia del ceto creditorio, che è coerente con la prospettiva dell'espulsione dell'impresa insolvente (dichiarata fallita) dal mercato. Dall'altro lato, istituti premiali figli di un "nuovo tempo" (scandito dal d.lgs. n. 14/2019), il cui scopo precipuo è quello di incentivare la gestione dinamica e procedimentalizzata della crisi (e persino, in alcune situazioni, dell'insolvenza) per la conservazione dell'impresa e delle sue strutture produttive ed il suo mantenimento all'interno del circuito economico.

Una distonia profonda questa, che impegnerà l'interprete in riflessioni complesse anche in campo penale.



In tal senso ed al fine di assicurare agli istituti premiali un'applicazione la più diffusa possibile (cosa che è negli auspici della stessa Relazione illustrativa) ed imprimere un'accelerazione al processo "di rivoluzione" in atto, è proponibile un'*interpretazione estensiva* del concetto di "danno", concepito dal legislatore quale "limite" alla procedimentalizzazione della crisi tanto nella non punibilità, quanto nell'attenuante.

Più precisamente, con riferimento alla causa sopravvenuta di non punibilità, si suggerisce di abbandonare il rinvio all'art. 219.3 L.F. e, quindi, ad una concezione economico-patrimonialistica del danno<sup>35</sup>, per allargare il giudizio (alla ricerca dei segni della speciale tenuità) a tutte le conseguenze del fatto<sup>36</sup>, dando così valore – ad esempio – alle componenti soggettivistiche o agli aspetti personali del ravvedimento.

Riguardo alla circostanza attenuante, invece, ove il requisito costitutivo del "danno complessivo cagionato" non superiore a due milioni di euro venisse letto con riferimento agli effetti prodotti dal *singolo* fatto di reato (in termini di effettivo e definitivo pregiudizio ai creditori, ovvero di esposizione al rischio di possibile danno) e non in rapporto al *macro-dato* del passivo o della differenza tra attivo e passivo (di cui il comportamento delittuoso rappresenta, pressoché sempre, un mero tassello di un *puzzle* ben più ampio), il risultato che se ne trarrebbe sarebbe duplice: riequilibrio logico-funzionale dell'istituto (perché concepito in relazione *diretta* col contenuto disvaloriale-base) e sua fortuna applicativa (non si sarebbe, infatti, certo al cospetto di un danno di poco conto).

---

<sup>35</sup> Che in sede di legittimità ha dato applicazioni marginali, ai soli casi in cui il danno sia risultato di consistenza economica "particolarmente trascurabile". Cass., Sez. V, 26 novembre 2019, n. 5207 (ha negato l'attenuante per una distrazione di euro 6.500); Cass., Sez. V, 2 novembre 2017, n. 12330 (la ha negata per un valore di euro 14.944); Cass., Sez. V, 20 febbraio 2015, n. 15976 (la ha negata per euro 6.300).

<sup>36</sup> Sulla falsariga dei più recenti orientamenti sull'attenuante dell'art. 62 n. 4 c.p. Cass., Sez. V, 24 luglio 2019, n. 30401; Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2018, n. 4028; Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2017, n. 6635; Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 8530; in dottrina L. PELLEGRINI, *Rilievi critici sulle contrazioni applicative dell'attenuante del danno lieve (art. 62, n. 4 c.p.)*, in *Giur. it.*, 2020, in corso di pubblicazione.