

IL D.LGS N. 83/2022 E IL NUOVO DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: RIFLESSIONI PENALISTICHE

di Angelo Mangione

(Professore associato di Diritto penale, Lumsa sede di Palermo)

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. (Segue): la «continuità normativa» nella topografia del Codice. – 2. I reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (Capo I). – 2.1. L'art. 322 co. 4 del Codice («Bancarotta fraudolenta») e il nuovo regime delle pene accessorie. – 2.2. L'art. 324 del Codice («Esenzioni dai reati di bancarotta») e la soppressione dell'art. 221 r.d. 267/1942. – 3. I reati commessi da persona diversa dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (Capo II). – 3.1. L'art. 329 del Codice («Fatti di bancarotta fraudolenta»): il «dissesto» e una irragionevolezza latente in tema di concordato preventivo. – 3.2. L'art. 334 del Codice («Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale») e il richiamo ad una norma penale abrogata (l'art. 315 Cp). – 4. Le disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa (Capo III). – 4.1. L'art. 341 del Codice («Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria»). – 4.2. L'art. 342 del Codice («Falso in attestazioni e relazioni») e la responsabilità del professionista per l'esposizione di informazioni false o l'omissione di informazioni rilevanti nei piani e negli accordi in sede di concordato preventivo. – 4.3. L'art. 343 del Codice («Liquidazione coatta amministrativa»): la successiva riproposizione del terzo comma dell'art. 237 r.d. 267/1942. – 5. I reati commessi nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (Capo IV). – 5.1. L'art. 344 del Codice («Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi»). – 5.1.1. (Segue): le fattispecie di cui al primo comma. – 5.1.2. (Segue): le fattispecie di cui ai commi 2, 3, e 4. – 6. I riflessi penali dei principi di «adeguatezza organizzativa» ed *early warning* – 6.1. (Segue): le ricadute sulla posizione di garanzia degli amministratori. – 6.2. (Segue): le ricadute sulla posizione di garanzia dei sindaci. – 6.3. (Segue): verso una posizione di garanzia dei revisori legali? – 6.4. (Segue): le ricadute sul perimetro della bancarotta semplice. – 6.5. (Segue): le ricadute sulla bancarotta nei «gruppi» e l'incidenza dei «vantaggi compensativi». – 7. La riforma dei reati fallimentari proposta dalla «Commissione Bricchetti» e una conclusione provvisoria.

1. Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa costituisce, senza enfasi, una vera riforma di sistema: siderale è la distanza anche culturale dall'impianto del r.d.

16.3.1942 n. 267, la cui arcaica opzione di fondo non era più al passo con i tempi e soprattutto con la nuova trama di interessi ed esigenze connesse alla gestione della crisi d'impresa. Come acutamente osservato dal Presidente della Commissione ministeriale – Renato Rodorf – il nuovo Codice vuole esprimere e favorire «la necessità di acquisire una nuova cultura del fare impresa e gestire la crisi: un cambio di punto di vista, un mutamento di prospettiva riguardo ai fenomeni della crisi e dell'insolvenza delle imprese, passando dal tradizionale approccio radicato nell'originaria impostazione della legge fallimentare del 1942 – un approccio prevalentemente liquidatorio, che vedeva appunto nella liquidazione dell'impresa insolvente l'obiettivo principale da perseguire in un quadro assai penalizzante per il fallito – ad una visione che, pur non potendo evidentemente escludere l'eventualità di un esito liquidatorio dell'impresa, quando la crisi sia comunque sfociata in irreversibile insolvenza, pone piuttosto l'accento su una fase precedente, la fase della crisi, per cercare di favorirne il superamento in un'auspicabile prospettiva di continuità aziendale. Dall'impostazione che concepiva le procedure concorsuali come prevalentemente destinate ad eliminare dal mercato le imprese mostratesi inefficienti, in una chiave *lato sensu* sanzionatoria per l'imprenditore incapace di fronteggiare i propri debiti, ci si è da tempo allontanati, prima ancora che in Italia in tante altre parti del mondo occidentale – e sicuramente nell'ambito europeo – in favore di una cultura della prevenzione dell'insolvenza, e quindi della ristrutturazione dell'impresa in crisi per salvaguardarne i valori»¹.

Certo, si è trattato di un processo lento e ad ampio raggio che, a ben vedere, ha coinvolto l'intero ordinamento commerciale del nostro paese. Se per lungo tempo esso si è polarizzato lungo tre settori, distinti e autonomi – il diritto dell'impresa, il diritto delle società e il diritto concorsuale –, ciascuno dei quali ha seguito i propri percorsi evolutivi – si pensi alla riforma del 2003 per il diritto societario, e per quello concorsuale agli innesti man mano operati sulla legge fallimentare –, con il Codice della crisi il cerchio delle riforme «parrebbe finalmente chiudersi attraverso un ponte sistematico che supera cesure e discontinuità»². Come è ormai risaputo, la riforma, a causa di una congerie di fattori, ha tuttavia vissuto vicende tortuose e tormentate: basti pensare all'entrata in vigore del d.lgs. 12.1.2019 n. 14 differenziata nel tempo – 'a step'

¹ R. Rodorf, *Intervento*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, (atti del Convegno, Courmayeur, 20-21.9.2019), a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano 2021, 269 s.

² P. Montalenti, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 16.

oserei dire –, ai ripetuti ‘correttivi’ che hanno finito col modificare, anche in maniera significativa, l’impianto della nuova disciplina. Persino prevedibile, dunque, che l’ultima versione del Codice della crisi – licenziata col d.lgs. 17.6.2022 n. 83 – sia stata accolta da taluni con disincanto, e persino con qualche perplessità sulla razionalità complessiva e sull’effettiva capacità di conseguire quegli ambiziosi obiettivi che la ‘proposta Rodorf’ si era data³.

Osservato attraverso le lenti del penalista, il Codice della crisi e dell’insolvenza d’impresa rappresenta un’occasione mancata, giacché – deliberatamente – si è scelto di non riformare i reati fallimentari. La legge delega 19.10.2017 n. 155 (art. 2 co. 1 lett. a) stabilisce infatti che nulla deve mutare sul versante penalistico e opta per la «continuità» con le fattispecie criminose previste dal r.d. 267/1942. La Relazione illustrativa si premura di precisare che in assenza di «ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare» e a fronte della espressa volontà della legge delega di escludere «la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo», ci si è limitati all’indispensabile *restyling* necessario per adeguare dal punto di vista lessicale i reati fallimentari ai termini di nuovo conio introdotti sul versante civilistico. Opzione, questa, che rivela la scarsa consapevolezza del legislatore delegante sulla reale entità dei problemi in gioco – peraltro denunciati da tempo dagli addetti ai lavori – e la cui soluzione continua a essere affidata alla sensibilità dell’interprete⁴.

Certamente, l’attuale corredo penalistico è a dir poco anacronistico rispetto a una realtà economica e imprenditoriale profondamente mutata negli ultimi ottant’anni: basti pensare all’archetipo dominante – l’imprenditore individuale – su cui sono

³ A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*. In ricordo di Michele Sandulli, Torino 2019, 413 ss.; A. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, ivi, 578 ss.

⁴ Alluvionale la letteratura sui limiti del perdurante assetto del diritto penale fallimentare e sulle esigenze di una sua riforma: sempre attuali le riflessioni di A. Crespi, *I trent’anni della legge fallimentare: prospettive e riforma*, in *RIDPP* 1973, 123 ss., e C. Pedrazzi, *Introduzione*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Roma-Bologna 1995, 1 ss.; Id., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, ora in Id., *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 1005 ss.; altresì, M. Romano, *Materia economica e intervento penale*, in *JS* 2011, 109 ss.; M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d’uscita da una condizione di perenne “specialità”*, ivi 2011, 35 ss.; G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l’evento dannoso nella bancarotta*, in *RIDPP* 2014, 67 ss. Per una panoramica, A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d’insieme*, Milano 2016; nonché i contributi raccolti in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010; *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015. Fra i lavori monografici, da recente, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell’insolvenza*, Milano 2019; C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, Torino 2021.

costruite le principali fattispecie penal-fallimentari. All'usura del tempo si aggiungono le innumerevoli e irrisolte contraddizioni e incertezze, aggravate dal furore sanzionatorio delle cornici edittali che, per un verso, non hanno eguali nel moderno diritto penale economico e che, per altro verso, tradiscono una visione legata a un approccio liquidatorio teso a espellere dal mercato – economico e giuridico – l'imprenditore fallito.

Secondo un *cliché* già confermato con gli interventi settoriali degli anni precedenti⁵, il Codice della crisi e dell'insolvenza si avvia a ereditare i vizi e i limiti ormai cronicizzati dell'impianto penal-fallimentare del r.d. 267/1942: col rischio che, nell'attesa di una riforma (peraltro, già annunciata: v. oltre § 7), la forzosa convivenza di due modelli giuridici così distanti – se non antitetici nella loro cultura di fondo – possa generare ulteriori problemi e questioni⁶.

1.1. La disciplina penale concorsuale trasfusa nel Codice è racchiusa in due Titoli. I reati concorsuali (artt. 322-347) sono collocati nel Titolo IX («Disposizioni penali»), suddiviso in cinque Capi: il primo racchiude i reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale; il secondo contiene i reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale; il terzo Capo è dedicato alle disposizioni applicabili nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione, nei piani attestati di risanamento e nella liquidazione coatta amministrativa; nel Capo IV sono

⁵ Al riguardo, A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *RIDPP* 2006, spec. 115 ss.; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *GComm* I 2006, 459 ss.; e volendo, v. A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *RIDPP* 2006, 981 ss.; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *RTrimDPenEc* 2009, 832 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014, spec. 233 ss.

⁶ Perplesità queste che, all'indomani della riforma, sono state subito evidenziate e colte dagli studiosi della materia: M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in www.penalecontemporaneo.it 27.11.2018; P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *DPenCont* 5/2018, 91 ss.; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont* 7-8/2019, 75 ss.; B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in www.archiviopenale.it 2019, 1 ss.; A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *RIDPP* 2019, 1153 ss.; A. Alessandri, *Novità penalistica nel codice della crisi d'impresa*, ivi 2019, 1815 ss.; G. Flora, F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in www.discrimen.it 19.6.2020; E.M. Ambrosetti, *Codice della crisi d'impresa (profili penalistici)*, in *DigDiscPen*, Agg., XI, Torino 2021, 96; F. Mucciarelli, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *DPP* 2022, 1001 ss.

previsti i reati commessi nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e della crisi d'impresa; l'ultimo Capo presenta disposizioni di carattere processuale.

Il Titolo VIII, invece, contiene regole (artt. 317-321 Codice) volte a disciplinare i rapporti fra la liquidazione giudiziale e le misure cautelari penali di natura reale, ivi comprese le misure di prevenzione patrimoniale: quale principio generale (con talune eccezioni) è disposta la prevalenza delle misure penali e le ragioni dei creditori verranno soddisfatte in base ai criteri stabiliti, sul punto, dal codice antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159). L'art. 373 – inserito nel Capo VI («Disposizioni di coordinamento della disciplina penale») del Titolo X – nel riformulare l'art. 104-*bis* disp. att. Cpp, ambisce a dettare le regole in tema di esecuzione del sequestro e disciplina dei doveri e dei poteri di gestione dell'amministratore giudiziario.

Nell'ottica della riforma, i reati fallimentari previsti dal Codice costituiscono – con i dovuti aggiornamenti linguistici: sostituzione del termine «fallimento» e dei suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale» (cfr. art. 349) – una mera e 'innocua' trasposizione di quelli previsti dal r.d. 267/1942 e dalla l. 27.1.2012 n. 3.

Il Codice non prevede una abrogazione espressa dei reati fallimentari di cui al r.d. 267/1942 e alla l. 3/2012, ma un esaurimento nel tempo della loro efficacia e applicazione. Infatti, dopo diversi rinvii, il Codice è entrato in vigore il 15.7.2022 (salvo talune disposizioni analiticamente indicate, la cui entrata in vigore è stata anticipata al 15.3.2019) e, per quanto attiene la parte penalistica, le nuove disposizioni si applicheranno ai fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Sicché – come chiarisce la Relazione illustrativa – vi sarà un periodo temporale di "coesistenza" fra il complemento penalistico della legge fallimentare e quello del Codice, destinato ad accompagnare l'esaurimento delle vecchie procedure concorsuali. Il principio generale della «continuità normativa», nelle intenzioni del legislatore, ambisce ad assicurare l'identico e uniforme trattamento penale nel tempo. La mancata abrogazione espressa della vecchia disciplina penale mira a escludere che possano darsi luogo fenomeni successivi (*abolitio criminis* e applicazione retroattiva della *lex mitior* ai sensi dell'art. 2 Cp)⁷: la sua efficacia, dunque, si esaurirà nel tempo e

⁷ Esprime dubbi sul fatto che tale obiettivo sia stato effettivamente raggiunto A. Rossi, *op. cit.*, 1157. Tuttavia – salvo a voler sostenere di essere al cospetto di un fenomeno di abrogazione implicita – l'originale regime di coesistenza (art. 390) di due discipline penali formalmente vigenti (ma soltanto una delle due applicabile) mi sembra erodere i presupposti dell'art. 2 Cp, giacché non si è in presenza né di *abolitio* né di *modifica legislativa* delle disposizioni penali contenute nel r.d. 267/1942. Discorso ben diverso, ma che incide sul piano della ragionevolezza e del rispetto dei principi della legge-delega, è quello dell'asimmetrico perimetro delle condotte

precisamente alla conclusione delle procedure concorsuali avviate sotto la vecchia disciplina.

Sul versante del diritto penale, sostanziale e processuale, le sole novità sarebbero quindi circoscritte: *a)* alla previsione di nuove fattispecie, rese necessarie dalle procedure di nuovo conio; *b)* alla previsione di regole di coordinamento con le misure cautelari reali e le misure di prevenzione patrimoniale del sequestro e della confisca (artt. 317-321 Codice).

Va subito detto che se dal piano delle intenzioni e declamazioni di principio si passa a quello concreto dell'articolato legislativo e delle sue ricadute effettuali, la 'chiarezza' e 'coerenza' ricercate dai riformatori sembrano, in parte, dissolversi; e del pari, non sembra confermarsi la "neutralità" dell'opzione della «continuità normativa» con le vecchie fattispecie incriminatrici. Perché, al di là delle buone intenzioni del legislatore delegante, non ci si è limitati a mantenere inalterato l'esistente⁸. Nell'opera di 'sostituzione' i contorni della punibilità sono stati modificati, talvolta in senso restrittivo e tal altra in senso estensivo. Inoltre, il mutato quadro normativo e in particolare le novità in materia di assetti organizzativi, procedure e indici di *early warning*, per la tempestiva individuazione dei prodromi della crisi (in vista della sua efficace composizione), promettono di riverberare effetti importanti sull'area della punibilità vuoi sul versante della perimetrazione dell'area di rischio penale, vuoi sul versante del contenuto delle posizioni di garanzia rivestite dagli organi sociali.

2. L'impianto complessivo è sostanzialmente rimasto immutato rispetto al passato: le fattispecie incriminatrici replicano, pressoché fedelmente, i reati previsti dagli artt. 216-222 r.d. 267/1942.

Vi sono tuttavia alcune novità degne di attenzione.

2.1. Il legislatore ha, anzi tutto, preso atto del recente intervento della Corte costituzionale in materia di pene accessorie per il caso di condanna per bancarotta fraudolenta. Come è noto, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 222 del 25.9.2018, ha dichiarato la illegittimità costituzionale del quarto comma dell'art. 216 r.d. 267/1942 e

punibili: giacché, come si vedrà, le nuove fattispecie incriminatrici previste dal Codice ritagliano aree e dunque 'tipi' differenti rispetto a quelli delle co-vigenti fattispecie di cui al r.d. del '42. Con l'effetto – forse inconsapevole, ma di certo irragionevole – di dar vita a trattamenti sanzionatori differenziati a seconda della procedura concorsuale applicabile. Effetti, fra l'altro, destinati a proiettarsi per un apprezzabile lasso di tempo.

⁸ In senso parimenti critico, v. F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano 2022, 754 ss.

in particolare il “regime fisso” che faceva discendere l’inabilitazione all’esercizio di un’impresa e l’incapacità di assumervi uffici direttivi per la durata di dieci anni. La Corte, superando un recente precedente⁹, ha stabilito che il regime di durata fissa delle pene accessorie dei delitti di bancarotta è in contrasto con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Lineare il ragionamento dell’alta Corte domestica: la discrezionalità legislativa è sindacabile qualora sfoci in scelte manifestamente irragionevoli; tali sono le comminatorie edittali visibilmente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto-reato; il principio di colpevolezza impone un trattamento effettivamente “individualizzato”, e tale esigenza è assicurabile da un regime di commisurazione che (alla stregua dei parametri dettati dagli artt. 133 e 133-bis Cp) consenta al giudice di pervenire ad una pena rispondente alle caratteristiche del reato e alla condizione personale del reo; di contro, un regime “fisso” è costituzionalmente legittimo soltanto qualora acceda ad una fattispecie di reato non graduabile, ossia la cui struttura rifletta sempre il medesimo livello di gravità¹⁰.

Chiarita la cornice costituzionale di riferimento, i giudici di Palazzo della Consulta hanno avuto gioco facile nel constatare come la struttura dell’art. 216 r.d. 267/1942 preveda sia plurime fattispecie astratte sia ipotesi diverse all’interno delle stesse: tutte quante dotate di differenti livelli di gravità. Sicché, certamente con riferimento alle ipotesi meno gravi, il regime di durata fisso (10 anni) delle pene accessorie interdittive viola i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

Un deciso passo avanti è stato, subito dopo, compiuto dalle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 28910 del 28.2.2018 (dep. 3.7.2019), hanno stabilito che le pene accessorie previste dall’art. 216 r.d. 267/1942 nel testo riformulato dalla Corte costituzionale devono essere determinate in concreto dal giudice e la loro durata deve essere commisurata a quella della pena principale¹¹.

⁹ Come è noto, con la sentenza n. 134 del 2012, la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile una analoga questione, sul presupposto che non ravvisandosi una unica soluzione costituzionalmente obbligata, una eventuale pronunzia di accoglimento avrebbe invaso il campo della discrezionalità che, in base al principio di legalità, è esclusivamente rimesso al legislatore: di qui, l’invito al legislatore – per inciso: mai raccolto – a «porre mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l’art. 27, terzo comma».

¹⁰ Una sintetica ma puntuale analisi della sentenza è in A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it. 10.12.2018.

¹¹ Sul punto e sui contrasti giurisprudenziali risolti dalle Sezioni Unite, S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell’intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it. 15.7.2019.

Tali importanti decisioni sono successive alla emanazione della legge delega, la quale pertanto nulla poteva indicare sul punto: nell'incolpevole silenzio della legge delega, merita apprezzamento la scelta del legislatore delegato di uniformarsi al *novum* giurisprudenziale che, pertanto, è oggi trasfuso nel quarto comma dell'art. 322 Codice.

2.2. Il d.l. 18.10.2012 n. 179, convertito con modificazione dalla l. 17.12.2012 n. 221, aveva inserito nel corpo dell'art. 217-*bis* del r.d. 267/1942 – che aveva la funzione di delimitare lo spettro applicativo della bancarotta preferenziale e di talune ipotesi della bancarotta patrimoniale – il riferimento alla l. 3/2012 in tema di pagamenti in caso di sovraindebitamento (ancorché in tali casi trovassero applicazione i reati di cui all'art. 16 della medesima legge, e non già quelli di cui alla legge fallimentare).

Il corrispondente art. 324 del Codice stabilisce che non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 323 (bancarotta semplice) e 322 co. 3 (bancarotta fraudolenta preferenziale) ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di: concordato preventivo, accordi di ristrutturazione omologati, accordi in esecuzione di piano attestato, concordato minore omologato, nonché ai pagamenti e ai finanziamenti autorizzati dal giudice ai sensi degli artt. 99, 100 e 101¹².

Nessun riferimento vi è all'art. 221 della legge fallimentare che prevede una circostanza attenuante a effetto speciale per i delitti di cui agli artt. 216, 217, 218 e 220 in caso di «fallimento sommario». Ma l'intervenuta abrogazione del procedimento sommario (disposta con l'art. 1 co. 6 lett. *a* della l. 80/2005) aveva determinato, di fatto, la sostanziale inapplicabilità dell'art. 221¹³.

Puntuale, dunque, l'intervento del legislatore delegato sia nell'opera di cesello delle 'sostituzioni' effettuate nel testo dell'art. 324 del Codice sia nell'abbandono dell'art. 221 r.d. 267/1942¹⁴. La scelta della «continuità normativa», ovviamente, lascia immutata la duplice questione degli spazi rimessi al sindacato del giudice penale e della natura

¹² Inalterata è rimasta la contraddizione insita nel fatto che, nonostante il richiamo operato ai reati di bancarotta preferenziale e semplice, non tutte le condotte ivi previste sembrano suscettibili di ricadere nella "esenzione": sia (bancarotta preferenziale) le ipotesi di simulazione di titoli di prelazione, sia (bancarotta semplice) le ipotesi documentali, le spese voluttuarie e l'inadempimento delle obbligazioni assunte in precedente concordato (cfr. A. Rossi, *op. cit.*, 1175). Per una diversa lettura che, muovendo dalla natura di causa di giustificazione e propendendo per una interpretazione teleologica e sistematica, giunge ad una interpretazione estensiva (con l'unico limite della frode o della manipolazione dei dati inseriti nel piano): S. Cavallini, *op. cit.*, 229 ss., 241 ss.

¹³ Parimenti, senza cioè prevedere alcuna abrogazione espressa ma solo implicita, non è stato riproposto l'art. 235 r.d. 267/1942: in quanto non essendo più prevista la trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari al presidente del Tribunale né la trasmissione dell'elenco delle dichiarazioni di rifiuto, l'art. 235 r.d. 267/1942 che puniva le condotte di omessa trasmissione era di fatto inapplicabile.

¹⁴ Altresì, v. R. Bricchetti, *op. cit.*, 78 s.

giuridica della esenzione dai reati di bancarotta indicati dall'art. 324¹⁵.

3. Nel Capo II, gli attuali articoli 329-340 sostituiscono i reati di cui, rispettivamente, agli artt. 223-235 r.d. 267/1942.

3.1. Una breve riflessione merita il nuovo art. 329 del Codice, il quale ripropone, unificandole, le ipotesi di bancarotta societaria di cui all'art. 223 r.d. 267/1942. Così facendo, però, il legislatore della riforma ha perso una buona occasione per chiarire una delicata questione interpretativa foriera di risvolti applicativi potenzialmente gravi.

L'ipotesi di cui al comma 2 lett. *b* dell'art. 329 Codice è centrata sul «dissesto», là dove il corrispondente art. 223 r.d. 267/1942 è calibrato sul «fallimento»: il legislatore delegato non ha qui impiegato l'espressione «liquidazione giudiziale» (ossia quella sostitutiva del termine «fallimento») bensì quella, evidentemente ritenuta equivalente, di «dissesto»: che tra l'altro continua, quale elemento normativo di fattispecie, a comparire nel nuovo testo degli artt. 323, 325, 329, 330 e 338 del Codice.

Nonostante la riforma abbia fatto largo ricorso, sul piano della tecnica legislativa, alle norme definitorie, nulla si dice sul contenuto dell'elemento «dissesto». Invero, l'art. 2 del Codice definisce la «crisi» – vero perno della riforma: giacché su di essa si innesta il sistema di monitoraggio e allerta, e su di essa fanno leva gli strumenti di tempestivo intervento – come «stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»; la «insolvenza», di contro, viene colta nello «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali

¹⁵ Diffusamente, sugli spazi rimessi al sindacato del giudice penale, A. Ingrassia, *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Torino 2020; e più in particolare, G. Cocco, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217 bis della legge fallimentare*, in *LP* 2011, 5 ss. Ancora attuale è la controversa questione della natura giuridica della "esenzione". Muovendo dal principio generale di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, vi è chi sostiene trattarsi di una causa di esclusione del tipo (in tal senso, F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *DPenCont* 2010, 1475 s.; G. Cocco, *Esenzione dai reati*, cit., 7; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società* 2011, 203; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 66 s.); altri, sul presupposto che alla categoria dell'antigiuridicità spetti il compito di risolvere le contraddizioni, sostiene che la disposizione in esame rappresenti una causa di giustificazione che, come tale, sarebbe anche suscettibile di applicazione analogica (così S. Cavallini, *op. cit.*, 228 ss.). Vi è chi, infine, nega la possibilità di una estensione degli effetti della disposizione oltre il suo tassativo perimetro: si tratterebbe di una causa di non punibilità in senso stretto, tesa a tradurre nei soli casi dalla stessa previsti una valutazione in termini di opportunità della rinuncia alla sanzione di un fatto illecito (E. Basile, *Art. 217 bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa e tit. credito*, II, 2013, 214 s.).

dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»¹⁶.

Presumibilmente, il legislatore della riforma ha preso atto dell'orientamento giurisprudenziale consolidato che, con approccio sostanzialistico e generalizzante, ha sino a oggi interpretato il termine «fallimento» quale sinonimo di dissesto o di stato di crisi¹⁷; e pertanto l'inserimento del termine «dissesto» in luogo dell'espressione «liquidazione giudiziale» potrebbe apparire nulla di più di una innocua 'licenza'.

A ben vedere, com'è noto agli studiosi della materia penal-fallimentare, le cose non sono così semplici e poco o nulla vi è di innocuo¹⁸. Perché in tal modo, la riforma ha lasciato irrisolte l'irrazionalità e l'irragionevolezza della equiparazione della crisi all'insolvenza – presupposto comune delle fattispecie di bancarotta – in ordine al concordato preventivo: giacché, in tal caso, il delitto verrebbe commesso anche da un soggetto che potrebbe non essere insolvente ma semplicemente trovarsi in condizioni di mera crisi o persino 'pre-crisi'¹⁹. Una irragionevolezza, già latente nel sistema penal-fallimentare di cui al r.d. del '42, ma che oggi appare accentuata perché in aperto contrasto con la filosofia e l'impianto del Codice della crisi d'impresa.

3.2. Una ulteriore irragionevolezza risiede nel differenziato intervento del legislatore delegato a fronte di situazioni a ben vedere omogenee.

È stato osservato come il legislatore della riforma nel prevedere il testo dell'art. 334 (chiamato a sostituire l'art. 228 r.d. 267/1942) abbia mantenuto il richiamo a una disposizione incriminatrice non più vigente perché abrogata (ossia l'art. 315 Cp). Nel silenzio della legge delega, avrebbe cioè potuto esercitare il medesimo potere d'iniziativa manifestato in ordine alle pene accessorie della bancarotta (art. 322 co. 4 del Codice), là dove – lo si ripete, correttamente – ha preso atto dell'intervento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite consacrandone le decisioni in apposita

¹⁶ Sul contenuto di tali concetti normativi, S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., 47 ss.; M.C. Cardarelli, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, ivi, 157 ss.

¹⁷ Cfr. Cass. 30.3.2016 n. 12793.

¹⁸ Sul punto, ancorché con riferimento all'art. 236 co. 2, in relazione agli artt. 160-163 r.d. 267/1942, post-riforma di cui al d.l. 273/2005, sia permesso rinviare a quanto già osservavo in A. Mangione, *op. cit.*, 915 ss.; e con maggior respiro, C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2003, 171 ss.

¹⁹ Nella medesima direzione critica, A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi*, cit., 1829 ss.; R. Bricchetti, *op. cit.*, 80; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, f. 4, Officina del diritto, Milano 2019, 91 s.

norma giuridica²⁰.

Infatti, l'art. 334 del Codice, nel richiamare il medesimo elenco di reati presente nell'art. 228 r.d. 267/1942, cita anche l'art. 315 Cp: norma da tempo abrogata, la cui condotta è confluita nel primo comma dell'art. 314 Cp. Sicché se l'intenzione era di convalidare il richiamo alla condotta in questione (la malversazione, oggi attratta dal peculato), si sarebbe dovuto inserire nel testo dell'art. 334 del Codice il rinvio all'art. 314 Cp e non già a una norma abrogata ossia l'art. 315 Cp. E nessun eccesso di delega si sarebbe potuto ravvisare, posto che in tal caso il legislatore delegato avrebbe correttamente, e opportunamente, proceduto ad un adattamento fra norme vigenti e norme abrogate. L'effetto (forse inconsapevole) è quello di consolidare una lacuna, non potendo tale 'svista' essere corretta dall'interprete stante il divieto opposto dal principio di legalità: poiché l'art. 314 Cp non è compreso nell'elenco tassativo di reati previsto dall'art. 334 del Codice; e di contro, la norma da quest'ultimo richiamata, ossia l'art. 315 Cp, non è più vigente perché abrogata.

4. Il Capo III contiene le disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa. I nuovi artt. 341, 342 e 343 del Codice sostituiscono le corrispondenti ipotesi di cui agli artt. 236, 236-bis e 237 della legge fallimentare.

Com'è noto, il sistema concorsuale delineato dal r.d. 267/1942 era stato profondamente modificato e 'modernizzato' dagli interventi operati dal legislatore con l'introduzione di nuove forme di soluzione concordata della crisi d'impresa²¹: il piano attestato di risanamento (art. 67 co. 3 lett. d), il nuovo concordato preventivo (artt. 160 ss.) e gli accordi di ristrutturazione omologati (art. 182-bis). Strumenti, questi, che si muovevano in una nuova prospettiva ossia la continuità dell'attività d'impresa e il superamento della crisi (in luogo della sua liquidazione ed espulsione dal mercato, cui era improntato l'impianto originario della legge fallimentare del '42). Baricentro di tale prospettiva diveniva la «crisi» la cui gestione e soluzione (con i nuovi strumenti) mirava a evitare che essa potesse trascinare nell'insolvenza dell'impresa. Coerentemente, le nuove procedure concorsuali, nell'ottica di una più marcata privatizzazione, hanno visto la comparsa di nuove figure, fra cui il professionista

²⁰ Così, R. Bricchetti, *op. cit.*, 81.

²¹ La stagione delle riforme delle procedure concorsuali diverse dal fallimento, come già ricordato, è stata inaugurata dalla l. 14.5.2005 n. 80 (di conversione del d.l. 14.3.2005 n. 35), dai decreti legislativi 9.1.2006 n. 5 e 12.9.2007 n. 169, ed è proseguita con le leggi 3/2012 e 134/2012.

attestatore chiamato a certificare e validare la veridicità delle informazioni aziendali e la bontà del progetto di risanamento e pagamento dei debiti.

La scelta, anche allora sposata dal legislatore della ‘mini-riforma’, di non adeguare il comparto penalistico della legge fallimentare si rivelò subito foriera di non poche contraddizioni, aprendo fra l’altro anche pericolosi vuoti di tutela²². Di qui, la necessità di ulteriori interventi correttivi: dapprima con il d.l. 31.5.2010 n. 78 (convertito con l. 30.7.2010 n. 122) si è introdotto l’art. 217-*bis* (giacché i pagamenti e gli atti dispositivi adottati in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali, in caso di successivo insuccesso nella soluzione della crisi, sarebbero divenuti punibili a titolo di bancarotta fraudolenta preferenziale e patrimoniale); successivamente, si è introdotto l’art. 236-*bis* onde colmare il vuoto di tutela che si determinava in caso di falso ideologico nelle relazioni o attestazioni redatte dal professionista incaricato (d.l. 22.6.2012 n. 83, convertito con l. 7.8.2012 n. 134). Da ultimo, a latere della legge fallimentare, con la l. 3/2012 è stata disciplinata una nuova procedura per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento: memore dell’esperienza, questa volta il legislatore ha subito previsto una disposizione penale *ad hoc* all’art. 16 della medesima legge.

Di qui, il giudizio, unanime nella letteratura penalistica, dell’ulteriore approfondimento del solco, culturale e politico criminale, che separava lo zoccolo duro dei reati fallimentari della legge del ’42 dalle nuove procedure concorsuali: relitti storici che, come già criticamente osservato, la legge delega del 2017 ha ritenuto di perpetuare.

4.1. I primi due commi dell’art. 236 r.d. 267/1942 sono rimasti del tutto invariati, e con geometrica corrispondenza, continuano a vivere nell’art. 341 del Codice. Quest’ultimo invero punisce (con la reclusione da uno a cinque anni) l’imprenditore che, al solo scopo di ottenere l’apertura della procedura concordataria o l’omologa di un accordo di ristrutturazione ovvero il consenso alla sottoscrizione di una convenzione di moratoria, si attribuisce attività inesistenti; oppure, allo scopo di influire sulla formazione delle maggioranze di voto, simuli crediti anche in parte

²² Per una panoramica, v. A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit.; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali delle crisi d’impresa*, in *GComm* 2006, 461 ss.; A. Mangione, *op. cit.*; R. Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate d’impresa. Una primissima lettura*, in *DPenCont* 2013, 91 ss.; D. Piva, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, *ivi* 2014, 369 ss.

inesistenti (primo comma). Il secondo comma ha una funzione estensiva della punibilità e, attraverso la tecnica del rinvio, consente l'applicabilità, alla procedura di concordato preventivo, di talune e tradizionali incriminazioni previste in caso di fallimento.

La formulazione del terzo comma dell'art. 341 del Codice merita qualche approfondimento, perché l'opera di "sostituzione" non appare così lineare e fedele rispetto all'omologo reato di cui all'art. 236 co. 3 della legge fallimentare.

Nota la ragione della genesi del terzo comma dell'art. 236 r.d. 267/1942: col d.l. 27.6.2015 n. 83 (convertito con l. 6.8.2015 n. 132) si era voluto eliminare il rischio penale gravante sull'intervento delle banche e degli intermediari finanziari nelle nuove procedure (accordi di ristrutturazione e convenzioni di moratoria).

Orbene, è di palmare evidenza che la nuova disposizione di cui al comma 3 dell'art. 341 del Codice non ripete il richiamo agli «accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari» ma in sua vece appare l'espressione «accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa»; inoltre è aggiunto il riferimento all'omologa degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 63 co. 2-*bis* del Codice.

La coesistenza temporale delle due disposizioni incriminatrici determina, sia pur in parte qua, l'esistenza di diverse aree di incriminazione: risultato, questo, non proprio in linea con la «continuità normativa» evocata dalla legge delega e dal legislatore delegato.

Invero, il comma secondo, numeri 1, 2 e 4, e il comma terzo dell'art. 236 r.d. 267/1942 determinano, in caso di concordato preventivo: *a*) l'applicabilità, in capo ad amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, delle fattispecie di cui all'art. 223 (fatti di bancarotta fraudolenta), all'art. 224 (fatti di bancarotta semplice); *b*) l'applicabilità nei confronti dell'istitutore, della fattispecie di cui all'art. 227 (e dunque: bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice, ricorso abusivo al credito, denuncia di creditori inesistenti); *c*) l'applicabilità nei confronti dei creditori, delle fattispecie di cui agli artt. 232 (domande di ammissione di crediti simulati, distrazioni non in concorso col fallito) e 233 (mercato di voto). Il terzo comma dell'art. 236 r.d. 267/1942 estende le medesime disposizioni in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*septies* r.d. 267/1942²³ (restando estraneo a tale perimetro l'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione

²³ Tali accordi possono essere conclusi solo con banche e intermediari finanziari, a determinate condizioni (debiti non inferiori al 50% dell'indebitamento complessivo), e vincolano, in deroga alle regole in tema di efficacia dei contratti, anche i creditori che non hanno partecipato all'accordo (ossia le altre banche e

‘ordinaria’ di cui all’art. 182-*bis* r.d. 267/1942)²⁴.

In parte diverso è il contenuto del corrispondente terzo comma dell’art. 343 del Codice, giacché esso richiama: *a)* gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa generalizzata (art. 61, commi 1, 2, 3 e 4, Codice)²⁵; *b)* gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa speciale (art. 61 co. 5 Codice)²⁶; *c)* le convenzioni di moratoria; *d)* gli accordi di ristrutturazione che, ai sensi del richiamato art. 63 co. 2-*bis*, possono essere omologati anche qualora l’amministrazione finanziaria non aderisca, purché l’adesione sia determinante al raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57 co. 1 e 60 co. 1, e sempre che la proposta di soddisfacimento si presenti – anche sulla base della relazione di un professionista indipendente – più conveniente rispetto al presumibile realizzo in caso di liquidazione giudiziale.

Orbene, il contenuto dei due testi normativi non sembra perfettamente omogeneo e sovrapponibile: diversamente da quanto accade sul fronte dell’art. 236 r.d. 267/1942, l’art. 343 del Codice attrae nell’orbita della punibilità gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa generalizzata e gli accordi di ristrutturazione con il Fisco²⁷.

4.2. La disposizione contenuta nell’art. 342 del Codice – rubricato «Falso in attestazioni e relazioni» – sostituisce l’art. 236-*bis* r.d. 267/1942: ora come allora, si verte in tema di responsabilità del professionista indipendente chiamato a intervenire nei piani e negli accordi in sede di concordato preventivo.

Come si accennava in precedenza, l’art. 236-*bis* è stato inserito dal d.l. 22.6.2012 n. 83 (convertito, con modificazioni, con la l. 7.8.2020 n. 134) e mira a presidiare la veridicità dei dati salienti contenuti nelle attestazioni e relazioni del professionista indipendente incaricato dal debitore, onde assicurare che il consenso dei creditori si formi su una informazione trasparente e fedele²⁸. La sanzione è la reclusione da due a

intermediari finanziari).

²⁴ Questo genere di accordi può essere concluso con qualsivoglia categoria di creditore, e obbliga il debitore all’integrale pagamento dei creditori che non vi aderiscono.

²⁵ Anche questi accordi possono essere conclusi con qualsivoglia tipologia di creditori e vincolano anche i non aderenti, ma richiedono una maggioranza qualificata, non devono essere di tipo liquidatorio e, fra gli altri vincoli, devono prevedere il soddisfacimento dei creditori in misura prevalente o quantomeno significativa con il ricavato prodotto dalla continuità aziendale, etc.

²⁶ Gli accordi in parola possono essere conclusi con banche e intermediari finanziari, qualora il debito non sia inferiore al 50% dell’indebitamento complessivo, e possono avere natura anche liquidatoria.

²⁷ Per questi e altri rilievi critici, R. Bricchetti, *op. cit.*, 82 s.

²⁸ Per tutti, F. D’Alessandro, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236 bis l. fall.) tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche*, in *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza*, cit., 537 ss.

cinque anni e la multa da 50.000 a 100.000 euro.

Il reato è di pericolo in quanto l'eventualità del danno ai creditori integra una circostanza aggravante a effetto speciale (terzo comma: la pena è aumentata sino alla metà). È richiesto il dolo generico: e dunque la consapevolezza e volontà, in capo al professionista, di esporre informazioni non corrispondenti al vero, o di omettere di riferire informazioni vere e rilevanti. Il fine di profitto delinea un'ulteriore circostanza del reato: al dolo specifico viene dunque assegnato il ruolo di gravare sull'entità della pena (secondo comma: aumento sino ad un terzo). Sin qui, le due disposizioni penali baciano rime corrispondenti²⁹.

Per quanto concerne i "veicoli" del falso, nessun dubbio sul fatto che entrambe le ipotesi comprendano: *a*) le attestazioni dei piani attestati di risanamento (art. 56 co. 4 del Codice) e del piano sotteso agli accordi di ristrutturazione dei debiti sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità economica e giuridica (art. 57 co. 4 del Codice: in tal ultima ipotesi, l'attestazione comprende anche l'idoneità del piano o dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel termine previsto dalla legge); *b*) la attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla idoneità della convenzione di moratoria a disciplinare gli effetti della crisi, nonché sulla esistenza di concrete possibilità di soddisfacimento dei creditori non aderenti cui pure si estendono gli effetti della convenzione (art. 62 co. 2 lett. *d* del Codice); *c*) la relazione attestante che, in caso di domanda di concordato con continuità dell'esercizio d'impresa, la prosecuzione dell'attività costituisce la soluzione migliore nell'interesse dei creditori (art. 87 co. 3 del Codice); *d*) la attestazione sulla essenzialità di determinate prestazioni per la prosecuzione dell'attività d'impresa, la quale costituisce il presupposto affinché il debitore richieda al tribunale l'autorizzazione, in sede di concordato, al pagamento dei debiti pregressi per tali prestazioni (art. 100 co. 1 del Codice).

Qualche perplessità, invece, in ordine alle «attestazioni» e «relazioni» di cui all'art. 186-*bis* co. 3 e co. 5 r.d. 267/1942: là dove la nuova disposizione codicistica non richiama la attestazione relativa alla conformità al piano e alla ragionevole capacità di adempimento del debitore a fronte della eventuale continuazione di contratti pubblici. L'incertezza sul reale perimetro della nuova fattispecie incriminatrice potrebbe, forse, superarsi sostenendo che tali adempimenti sono ricompresi nell'attestazione generale

²⁹ C. Pagliughi, *Falso in attestazioni e relazioni: aspetti controversi e prospettive di applicazione dell'art. 342 CCI*, in www.ilfallimentarista.it 17.12.2019.

che il professionista è chiamato ad effettuare per il piano concordatario³⁰.

Vediamo adesso dove le due fattispecie incriminatrici sembrano ritagliare fette differenziate di illiceità.

Una prima divergenza si coglie nel richiamo all'art. 88, commi 1 e 2, operato dall'art. 342 del Codice: ossia all'attestazione del professionista, in sede di concordato preventivo, sui crediti fiscali e previdenziali che deve supportare la proposta transattiva con il Fisco. Nulla di simile prevede l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942: sicché pare evidente che l'art. 342 del Codice incrimini oggi una condotta estranea al perimetro della vecchia legge fallimentare.

Parimenti avviene col richiamo all'art. 90 co. 5 e all'art. 58 effettuato dal reato di cui all'art. 342 del Codice. Da un lato, l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942 non richiama l'art. 163 della medesima legge fallimentare: sicché la condotta del professionista che, in caso di proposte concordatarie concorrenti, attesti che quella formulata dal debitore è migliorativa (assicurando il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari, o almeno il 20% nel caso il debitore abbia tempestivamente avviato il procedimento di allerta o abbia utilmente esperito la procedura di composizione assistita *ex art.* 24 del Codice), è adesso incriminata dal solo art. 342. Dall'altro lato, l'art. 58 del Codice ha introdotto per la prima volta la necessità che il professionista, in caso di rinegoziazione degli accordi o di modifiche ai piani, rediga una nuova attestazione: essa, infatti, non era prevista dalla legge fallimentare del '42, e per tale semplice ragione non poteva di certo essere punita dall'art. 236 r.d. 267/1942.

Infine, l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942 non sanzionava l'attestazione del professionista di cui all'attuale art. 100 co. 2 del Codice: si tratta qui dell'autorizzazione giudiziale, in sede di concordato, al pagamento di rate di mutuo asseverato da garanzia su beni aziendali; la norma pretende che il professionista indipendente attesti che, per un verso, il pagamento delle rate di mutuo non lede gli altri creditori e, per altro verso, che il credito garantito può essere soddisfatto con la vendita del bene a valore di mercato. Questa relazione è oggi attratta nell'ambito della tutela penale offerta dall'art. 342 del Codice.

Anche in queste ipotesi, dunque, si assiste a una espansione dell'area di rilevanza penale rispetto alla disciplina sanzionatoria contenuta nel r.d. 267/1942.

Se adesso spostiamo l'attenzione dai veicoli alle "caratteristiche" dell'informazione decettiva, il nuovo art. 342 del Codice riproduce, sul piano del disvalore, l'asimmetria

³⁰ R. Bricchetti, *op. cit.*, 85.

fra condotta commissiva e condotta omissiva: solcando l'itinerario inaugurato dall'art. 236-bis r.d. 267/1942, la prima è punita *tout court*, là dove la seconda è punita solo se l'informazione omessa è «rilevante»³¹. Un'asimmetria, questa, difficilmente comprensibile giacché non è affatto scontato che l'esposizione di un dato falso posseda sempre una maggior carica decettiva rispetto alla mancata comunicazione di dati veri³². Appare dunque preferibile sostenere che la “rilevanza” abbracci entrambe le condotte di mendacio, sia quelle attive che quelle omissive.

Presumibilmente, il richiamo alla “rilevanza” mira a escludere il rischio di punire condotte che ben potrebbero essere sintomatiche di mera negligenza o superficialità del professionista³³: ciò sul presupposto che difficilmente un dato, se è rilevante, può sfuggire o essere sottovalutato dall'attestatore³⁴. Ciò nondimeno, la norma non si sottrae al carico di incertezza che è insito al tema delle valutazioni³⁵. Da un lato, anche i dati e le realtà economiche sono sempre intrisi di componenti valutative. Dall'altro lato, il concetto stesso di “rilevanza” – nonostante la sua funzione delimitativa e restrittiva della punibilità – si apre a margini di ambiguità e discrezionalità nella sua concreta determinazione³⁶. Solo in parte la discrezionalità insita nell'apprezzamento della “rilevanza” può essere ridimensionata collegandola teleologicamente alla *ratio* di tutela del reato: se questa deve cogliersi nell'esigenza che la decisione dei creditori si fondi su un consenso informato, il canone della “rilevanza” potrebbe allora circoscrivere la tipicità alle sole informazioni che, qualora esposte, avrebbero mutato la scelta dei creditori³⁷. Ciò ridimensiona ma non sterilizza il ricorso a un giudizio

³¹ E. Mezzetti, *Falso in attestazioni o relazioni*, in www.archiviopenale.it 2015, 1 ss.

³² Cfr. A. Rossi, *op. cit.*, 1177, che giudica questa scelta logicamente incomprensibile.

³³ Preoccupazione più che legittima se sol si riflette sulla peculiarità della figura del professionista: un soggetto privato cui si rivolge il debitore al quale rende una prestazione dietro un compenso. Duplice il rischio: accondiscendenza verso i *desiderata* e gli obiettivi di salvataggio del debitore, e fiducia sulle informazioni e sui dati trasmessi dal debitore e dai suoi consulenti. Prospettiva resa ancor più spinosa dalla complessità dell'attività cui il professionista è chiamato, e dai tempi sovente ristretti entro cui completare la relazione e le attestazioni. E solo in parte tali rischi possono essere elisi dall'applicazione dell'art. 48 Cp (in base alla quale del reato commesso per errore risponde colui che ha indotto in errore l'agente), giacché il professionista è, in quanto tale, munito di un sapere esperto che dovrebbe schermarlo da simili eventualità. Di qui, la possibilità del concorso del debitore nel fatto del professionista *ex art.* 110 Cp.

³⁴ Emblematica, anche delle problematiche esposte nella nota precedente, è T. Torino 16.7.2014, in *Deiure*.

³⁵ A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, *cit.*, 1855 ss.

³⁶ N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino 2016, 172 ss.

³⁷ All'evidenza, si tratta del noto criterio adottato sia dalla SEC sia dalla direttiva 2013/34/UE (recepita, in tema di redazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato, dal d.lgs. 139/2015) e che informa gli IAS: a tenore del quale la «rilevanza dell'informazione» è tale se la sua errata od omessa rappresentazione può influenzare le decisioni economiche dei destinatari; a tal specifico riguardo, A. Alessandri, *Art. 2621 c.c.: false comunicazioni sociali*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Torino 2017, 24 ss., 29.

ipotetico, con tutte le incognite che si nascondono sempre dietro ogni giudizio predittivo: dalla determinazione del modello di riferimento (l'agente modello o, in chiave individualizzante, il creditore in carne e ossa?) alla verificabilità processuale dell'esito prescelto dal giudice³⁸.

Merita un sicuro plauso la scelta del Codice di estromettere il "giudizio di fattibilità" dallo spettro applicativo del reato, giacché concorre a stemperare le preoccupazioni poc'anzi esposte: il falso – commissivo e/o omissivo – deve necessariamente ricadere sui «dati» e dunque su realtà economiche. Come già detto, è ben vero che tutti i valori aziendali ed economici, persino quelli materiali e meramente contabili, risentono di valutazioni e stime. Ma è ancor più vero che la valutazione sulla «fattibilità» di un piano o di un accordo assumeva di fatto le forme di una predizione sul successo dell'iniziativa, sfociando in una sorta di 'divinazione' (come tale insuscettibile di apprezzamento in termini di falsità), con l'effetto di sovrapporre rischio d'impresa e rischio penale. E in alcun modo il problema poteva essere sterilizzato, pretendendo di limitare la punibilità alle sole prognosi basate su criteri errati o non accettati dalle scienze aziendalistiche, ovvero – rievocando la nota tematica penalistica delle valutazioni di bilancio – su criteri solo dichiarati ma in realtà non applicati dal professionista³⁹.

La novità introdotta sul punto dal terzo comma dell'art. 342 del Codice contribuisce di molto a chiarire i contorni della penalità e a stemperare in buona parte l'alone di incertezza applicativa della fattispecie incriminatrice. Non si può però sottacere come la nuova strutturazione della norma la allontani sensibilmente dal corrispondente terzo comma dell'art. 236-bis r.d. 267/1942. Sicché l'effetto sembra ambivalente: ulteriori spazi di incriminazione, là dove sono oggi attratte ulteriori ipotesi di attestazione del professionista; un ritrarsi della punibilità, là dove sono oggi estromessi dal mirino della nuova fattispecie i giudizi prognostico-predittivi sulla fattibilità e sostenibilità dell'iniziativa concordata del debitore.

4.3. La fattispecie di cui all'art. 343 del Codice – rubricato «Liquidazione coatta amministrativa» – si colloca sulla falsa riga dell'art. 237 r.d. 267/1942: i primi due

³⁸ Sempre attuale l'icastico giudizio di A. Crespi, *La sapienza greca e le "argomentazioni scadenti"*, ora in Id., *Studi di diritto penale societario*, Milano 2018, 811.

³⁹ Approfondimenti in F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in www.ilfallimentarista.it 2012; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 391.

commi si sovrappongono perfettamente. Il primo comma dell'art. 343 reca la nota equiparazione, agli effetti penali, dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza ai sensi degli artt. 297 e 298 alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Il secondo comma estende al commissario liquidatore, nominato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, le disposizioni incriminatrici previste per il curatore dagli artt. 334 (interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale), 335 (accettazione di retribuzione non dovuta) e 336 (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale).

Colmando una svista, il d.lgs. 26.10.2020 n. 147 ha introdotto al terzo comma dell'art. 343 una disposizione che consente l'estensione dei reati di cui agli artt. 334, 335 e 336 al commissario speciale di cui alla direttiva 2014/59/UE (in tema di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento) nonché ai suoi coadiutori. Con tale intervento correttivo si è posto rimedio a una lacuna che si era venuta a creare e, in buona sostanza, è stata ripristinata la continuità normativa rispetto al terzo comma dell'art. 237 r.d. 267/1942, così attribuendo significato al fatto che la direttiva n. 59/2014 risultava già citata dall'art. 297 del Codice.

5. La l. 3/2012 aveva previsto una nuova procedura, la cd. «composizione della crisi da sovra-indebitamento», applicabile soltanto ai debitori non soggetti al fallimento. Essa costituiva uno strumento nell'interesse di entrambe le parti: sia dei creditori (a fronte di un debitore non fallibile) e sia del debitore posto che gli forniva uno strumento agevole e snello per superare la crisi. Quest'ultima era colta nella «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente» (art. 6 co. 2 lett. a, l. 3/2012).

Il Codice della crisi d'impresa ha mantenuto l'istituto – sia pur provvedendo a esplicitare l'identità di contenuto fra crisi e insolvenza (art. 2 lett. c) – e ha confermato come esso riguardi tipologie di debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale (il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, la *start up* innovativa, e qualsivoglia debitore non soggetto alla liquidazione giudiziale e a quella coatta amministrativa). In tale prospettiva, vengono delineate le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento nella “ristrutturazione dei debiti”, nel “concordato minore” e nella “liquidazione controllata del sovraindebitato”.

Un ruolo centrale è affidato all'organismo di composizione della crisi (OCC) che in ausilio al debitore: predispone un piano di ristrutturazione dei debiti ove sono indicate modalità e tempi per il superamento della crisi; redige una relazione che deve illustrare le cause dell'indebitamento, la diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni, le ragioni della incapacità di adempimento del debitore. Inoltre, l'OCC valuta la completezza e veridicità delle informazioni e della documentazione allegata nonché i costi della procedura. Una volta apprezzata la ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, il giudice ne dispone l'omologa con sentenza: l'organismo di composizione della crisi assumerà compiti di vigilanza e controllo sull'esatto adempimento del piano da parte del debitore.

5.1. La veridicità delle informazioni veicolate dal debitore costituisce il perno essenziale sia per l'accesso a tali strumenti compositivi della crisi da sovraindebitamento, sia per il buon esito della composizione stessa. Di qui, l'esigenza di apprestare un presidio penale contro le condotte di falso del debitore e/o dei componenti dell'organismo.

5.1.1. L'art. 344 del Codice – che sostituisce l'art. 16 della l. 3/2012 – al primo comma punisce il falso del debitore comminando la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 1000 a 50.000 euro.

La nuova norma ricalca la struttura casistica della precedente fattispecie. Se l'art. 16 co. 1 l. 3/2012 richiamava l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano del consumatore (co. 1 lett. a), e la liquidazione del patrimonio (co. 1 lett. b), l'art. 344 del Codice si riferisce all'accordo di ristrutturazione dei debiti e al concordato minore (co. 1 lett. a), nonché alla liquidazione controllata (co. 1 lett. b). È evidente, dal raffronto testuale, come il concordato minore non sia richiamato dall'art. 16 l. 3/2012: il che è ovvio, in quanto si tratta di una nuova procedura che, con profonde innovazioni, ha sostituito il vecchio accordo di composizione della crisi. Vi è dunque una nuova ipotesi di reato, relativa per l'appunto al concordato minore.

Le modalità di realizzazione del fatto appaiono immutate.

Il primo comma lett. a) incrimina l'aumento o la diminuzione del passivo, la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, ovvero la simulazione di attività inesistenti. Lo spettro di operatività della norma è alquanto ampio e le condotte possono incidere sull'attivo o sul passivo, nonché su qualunque tipologia di

bene o rapporto giuridico economicamente rilevante. La fattispecie tradisce l'origine dal nucleo primigenio e tradizionale del diritto penale fallimentare, essendo palese l'evocazione di talune forme della bancarotta fraudolenta (preferenziale, per distrazione e dissimulazione). La clausola di sussidiarietà («salvo che il fatto costituisca più grave reato») può lasciare spazio applicativo alla truffa (presumibilmente aggravata): per la cui consumazione però è necessaria la verifica del danno patrimoniale in capo al creditore, quale effetto causale degli artifici o raggiri posti in essere dal debitore (in mancanza del danno, si dovrà appurare la sussistenza degli estremi del tentativo di cui all'art. 56 Cp).

La lett. *b* del primo comma punisce la produzione di documentazione contraffatta o alterata, ovvero la sottrazione, l'occultamento e la distruzione anche in parte della documentazione relativa alla propria posizione debitoria nonché di quella contabile. Qui è pertanto evocato il modello tradizionale della bancarotta fraudolenta documentale. Il rispetto del principio di legalità impedisce di attrarvi anche le ipotesi di falsità ideologica⁴⁰, in quanto i termini utilizzati dalla legge sono esclusivi delle sole falsità materiali.

In entrambe le fattispecie (lett. *a*, *b*) il fatto è sorretto dal dolo specifico: irrilevante il mancato conseguimento dell'obiettivo preso di mira, quel che conta è che la condotta sia finalizzata a ottenere l'accesso alle procedure di componimento.

Non è stata confermata l'ipotesi di cui alla lett. *c* dell'art. 16 co. 1 l. 3/2012: l'art. 344 del Codice non punisce l'omessa indicazione di beni nell'inventario. La scelta, a ben vedere, è coerente con l'art. 269 del Codice che attribuisce al liquidatore (e non al debitore: il soggetto attivo del reato di cui al primo comma dell'art. 344) l'obbligo di produrre l'inventario nella procedura di liquidazione controllata.

L'art. 344 co. 1 lett. *c*, del Codice punisce i pagamenti effettuati dal debitore, in corso di procedura, in violazione del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore omologati. La simmetrica coincidenza con il reato di cui all'art. 16 co. 1 lett. *d* l. 3/2012 non ne occulta la comune origine dalla bancarotta preferenziale. V'è da chiedersi se qualsivoglia pagamento effettuato in violazione del piano o del concordato minore configuri il reato. Il dato letterale sembra superabile attraverso una interpretazione che mantenga saldo l'ancoraggio al principio costituzionale di offensività: se infatti la norma mira a tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori, non tutti i pagamenti saranno puniti ma soltanto quelli che ledono o espongono a

⁴⁰ Una posizione dubitativa, sul punto, è assunta da R. Bricchetti, *op. cit.*, 91.

pericolo gli interessi dei creditori (e in particolare: l'interesse al puntuale adempimento dell'accordo da parte del debitore).

Se dopo il deposito del piano di ristrutturazione o della proposta di concordato minore, e per tutta la durata della procedura, il debitore aggrava la propria posizione debitoria commette il fatto di cui alla lett. *d* dell'art. 344 co. 1 del Codice.

Al pari della fattispecie di cui alla lett. *e* dell'art. 16 co. 1 l. 3/2012, il reato ruota attorno all'orbita dell'*aggravamento* e rivela una matrice comune con la bancarotta patrimoniale semplice. L'illecito è a forma libera e postula la produzione dell'evento: l'accertamento del nesso di causalità sarà condotto fra l'estremo iniziale del dissesto (crisi o insolvenza, essendo adesso confluiti nell'omnicomprensivo concetto di sovraindebitamento) e quello susseguente del concreto peggioramento. Le condotte di aggravamento acquisiscono rilievo penale in un ben determinato intervallo temporale: la durata della procedura e dunque dal suo avvio sino alla conclusione.

Potrebbe suscitare qualche perplessità la scelta di far coincidere l'inizio di tale durata, ai fini della punibilità del fatto, dal deposito del piano o della proposta di concordato minore e dunque in una fase antecedente all'omologa, ossia al provvedimento giudiziale dal quale sorgono gli obblighi di esecuzione e adempimento del debitore. Presumibilmente, però, a fondamento dell'opzione sposata dal Codice (e già prima dalla corrispondente fattispecie di cui all'art. 16 co. 1 lett. *e* l. 3/2012) riposano altre e condivisibili ragioni: da un lato, in una prospettiva più generale e deontologica, la previsione dei doveri di buona fede e correttezza del debitore nell'esecuzione degli accordi; dall'altro lato, la preoccupazione di aprire un pericoloso *vulnus*, posto che già nella proposta di concordato minore nonché nel piano di ristrutturazione vi è l'illustrazione dell'indebitamento e delle sue cause; tant'è che anche su tali elementi il giudice dovrà esercitare il sindacato di ammissibilità che, come è noto, il Codice estende alla fattibilità economica del piano. Considerazioni, queste, che inducono a salvaguardare l'intangibilità e persistenza della situazione debitoria esposta all'avvio della procedura: anche perché una sua variazione richiederà una modulazione dell'accordo, così come il rischio di peggioramento connesso alle iniziative esecutive coltivabili da altri creditori può essere, dal giudice, neutralizzato con misure protettive dell'accordo.

Il fatto è doloso e dunque richiede la consapevolezza e volontà di peggiorare la propria posizione debitoria: sono quindi escluse le ipotesi dovute a negligenza e imprudenza. Con la sola avvertenza che anche la diligenza del debitore costituisce

elemento di valutazione da parte del giudice in punto di omologa.

L'art. 344, co. 1 lett. e del Codice punisce il debitore che, intenzionalmente, non rispetta i contenuti del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore. Anche tale fattispecie 'ricalca' l'ipotesi di cui all'art. 16 co. 1, lett. f della l. 3/2012.

Due sole osservazioni. L'inadempimento può costituire un formidabile volano alla dilatazione della sfera di punibilità delle condotte del debitore: non per nulla, la norma assume un ruolo residuale rispetto alle precedenti, e più pregnanti, ipotesi criminose. Sul piano del principio di legalità, può poi sembrare azzardato far discendere l'effettivo contenuto precettivo della sanzione penale dai contenuti (modalità e termini) di un accordo negoziale privatistico.

Lungo il primo versante, la preoccupazione sembra trovare il suo disinnescamento nella particolare peculiarità del dolo intenzionale che la norma richiede. Lungo il secondo versante, le perplessità scemano grandemente se si considera il rilievo comunque pubblicistico dell'accordo e della procedura quale emerge, di riflesso, sia dai penetranti poteri di apprezzamento e delibazione rimessi al sindacato giudiziale, sia dalle funzioni (ausiliarie a quelle giudiziali) riconosciute all'organismo di composizione della crisi. Infine, la novella, per quest'aspetto si iscrive in quel più generale processo di eterointegrazione (del precetto penale) rimesso al fenomeno giuridico dell'autonormazione⁴¹.

5.1.2. L'art. 344 co. 2 del Codice prevede una pluralità di fattispecie incriminatrici, accomunate dalla medesima cornice edittale sancita al primo comma.

In particolare, è punito il debitore incapiente che, con la domanda di esdebitazione (art. 283): produce documentazione contraffatta o alterata; sottrae, occulta o distrugge, anche in parte, la documentazione relativa alla propria condizione debitoria; altera la propria documentazione contabile; dopo il decreto di esdebitazione, omette – se dovuta – la dichiarazione annuale sulle sopravvenienze rilevanti, ovvero vi attesta falsamente fatti rilevanti.

Si tratta di un'inedita fattispecie criminosa ritagliata *ad hoc* nei confronti di un istituto altrettanto nuovo: *l'esdebitazione del debitore incapiente*.

⁴¹ A tal riguardo, C. Piergallini, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, 117 ss.; D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino 2021, spec. 78 ss. e 83 ss.; altresì, nella prospettiva della 'compliance': A. Esposito, *Assetti societari e rischio penale. Frammenti per la costruzione di un modello integrato di organizzazione e gestione*, Torino 2022.

Com'è noto, la più generale e straordinaria misura dell'esdebitazione – ossia la dichiarazione di inesigibilità dei crediti (applicabile adesso anche agli enti, persino se privi di scopo di lucro) – mira, previa valutazione soggettiva di meritevolezza⁴², a evitare l'emarginazione del debitore insolvente e, a determinate condizioni, a favorirne il reinserimento nel circuito economico e produttivo.

Recependo sollecitazioni giurisprudenziali e dottrinali, l'art. 283 del Codice ha oggi previsto, in via straordinaria ed eccezionale, la possibilità per il debitore meritevole ma incapiente – che non sia cioè in condizione di offrire o assicurare ai propri creditori alcuna utilità, neppure indiretta e futura – di richiedere per una sola volta nella vita l'esdebitazione. L'eccezionalità del beneficio è temperata dall'obbligo di pagamento del debito se, eventualmente, nei successivi quattro anni dal decreto giudiziale, il beneficiario percepisca o si procuri rilevanti utilità (diverse dai finanziamenti) idonee al soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento.

I timori di un abusivo e fraudolento ricorso a tale misura straordinaria – che, come visto, comporta il sacrificio degli interessi dei creditori, salvo il caso e nei limiti delle sopravvenienze – sono dunque alla base della creazione del reato di cui al secondo comma dell'art. 344 del Codice.

Il terzo comma dell'art. 344 del Codice punisce le infedeltà dei componenti dell'organismo di composizione della crisi. La disposizione sostituisce la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 16 l. 3/2012, la quale, a sua volta, evoca la struttura del tipo di cui all'art. 236-*bis* della legge fallimentare.

La nuova disposizione, ovviamente, prende in esame istituti di nuovo conio e, per quest'aspetto, prevede per la prima volta ipotesi di reità.

In particolare, l'art. 344 co. 3 del Codice punisce il componente dell'organismo di composizione della crisi che nella relazione a corredo della domanda di ristrutturazione dei debiti (art. 68), nella relazione da allegare alla domanda di

⁴² In particolare, per essere meritevole di esdebitazione, il debitore non deve avere riportato condanne definitive per: bancarotta fraudolenta, altri reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o per delitti comunque connessi all'esercizio d'impresa (salvo l'intervenuta riabilitazione); qualora sia in corso un procedimento penale per taluno di tali reati, o un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, ai fini dell'esdebitazione si dovrà attendere l'esito di tali procedimenti. Inoltre, è necessario che il debitore: non abbia distratto l'attivo, esposto passività inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto, non abbia reso particolarmente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del volume d'affari; non abbia fatto abusivo ricorso al credito; non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento delle procedure, e abbia trasmesso tutte le informazioni e i dati necessari ad assicurare il buon andamento della procedura; non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli ultimi cinque anni, e comunque non abbia goduto di due benefici di esdebitazione.

concordato minore (art. 76) e in sede di liquidazione controllata (art. 269) nonché in quella da allegare alla domanda di esdebitazione (art. 283), rende false attestazioni sulla veridicità dei dati contenuti nelle proposte e domande sopra indicate.

Correggendo un refuso presente nel testo originario, il d.lgs. 26.10.2020 n. 147 ha chiarito che la disposizione si applica all'attestazione rilasciata, ai sensi dell'art. 268, dall'organismo di composizione. Sempre il 'primo correttivo' al Codice ha altresì disposto un coordinamento della fattispecie con le ipotesi di cui ai nuovi artt. 268 e 269. Invero, la prima disposizione richiamata dal fatto tipico attribuisce all'organismo di composizione il potere di neutralizzare l'accesso alla procedura di liquidazione controllata, certificando subito l'assenza di attivo recuperabile. L'art. 269 invece attribuisce al medesimo organismo il potere di certificazione e attestazione della completezza e attendibilità della documentazione allegata al ricorso dal debitore. Di immediata pregnanza, dunque, la rilevanza e delicatezza dei poteri in questione: e pertanto la necessità di ricorrere alla sanzione penale contro le possibili infedeltà dichiarative.

In coerenza con la scelta operata in seno all'art. 342 del Codice, anche in questa fattispecie non compare, fra i possibili oggetti del falso, il giudizio di fattibilità. Per quest'aspetto, quindi, l'area di punibilità risulta più ristretta rispetto alla sfera di illiceità ritagliata dall'art. 16 co. 2 l. 3/2012. Inoltre, non è stata prevista alcuna clausola di sussidiarietà: e ciò potrà porre problemi sul terreno del concorso di reati.

Si tratta di reato "proprio" che cioè può essere commesso solo dai membri dell'organismo di composizione della crisi: l'eventuale contributo del debitore, pertanto, dovrà essere apprezzato in base alle regole generali che il codice penale detta in materia di concorso di persone nel reato.

Da rilevare, infine, il lieve ispessimento della cornice edittale rispetto alle precedenti fattispecie delittuose, che sembra trovare la propria ragion d'essere nella particolare delicatezza delle attività e delle funzioni di tale organismo: la reclusione da uno a tre anni e la multa da 1000 a 50.000 euro. Una misura, questa, comunque inferiore alla risposta sanzionatoria prevista per le falsità ideologiche dei pubblici agenti: quasi a voler rimarcare, nonostante le evidenti ibridazioni, la prevalente dimensione "privatistica" dell'ufficio.

Il quarto comma dell'art. 344 del Codice prevede un'ipotesi incriminatrice per l'omissione o il rifiuto senza giustificato motivo di un atto dell'ufficio dell'organismo di composizione della crisi che cagioni un danno ai creditori.

Sulla falsa riga dell'art. 328 Cp, la disposizione implica l'esistenza di un previo obbligo giuridico al compimento dell'atto e di un termine per il relativo adempimento; il ritardo, poi, deve essere privo di giustificazione. L'omissione e il rifiuto devono aver cagionato un danno ai creditori: ciò conferma la dimensione privatistica degli interessi in campo, essendo il reato dominato dal disvalore d'evento e cioè dalla lesione materiale degli interessi dei creditori connessi alle procedure in questione.

Il reato è doloso e dunque è richiesta, in capo al reo, la consapevolezza e volontà dell'omissione o del rifiuto (e, limitatamente a quest'ultima modalità, la consapevolezza dell'insussistenza di un valido motivo nella ritardata adozione dell'atto), nonché del danno ai creditori.

La cornice edittale è quella di cui al secondo comma dell'art. 344 del Codice. Non è chiaro se il rinvio al secondo comma, ai fini della individuazione della comminatoria edittale, sia voluto e consapevole o, al contrario, sia frutto di un errore di coordinamento compiuto dagli estensori dell'articolato⁴³. Di certo, suscita qualche perplessità: anzitutto perché si tratta di un *reato proprio*, la cui caratteristica risiede nel maggior pericolo per il bene protetto rimesso alla relazione qualificata col reo, con evidenti riflessi sull'entità della pena; in secondo luogo, perché il fatto è punito più lievemente rispetto al reato proprio previsto dal terzo comma per le false attestazioni improduttive di danno; tutto ciò, *a fortiori* in una sistemica che assegna al danno patrimoniale il ruolo di circostanza aggravante a effetto speciale (con l'aumento della pena sino alla metà: ad esempio, v. art. 342 co. 3 del Codice).

6. Il Codice della crisi e dell'insolvenza esprime una nuova filosofia del diritto concorsuale: da una concezione statica, parossisticamente incentrata sulla tutela della *par condicio* e sulla soddisfazione dei creditori, si passa a un approccio dinamico ove la conservazione dell'impresa costituisce un valore centrale nell'assetto delle tutele da contemperare con gli interessi dei creditori, che, pertanto, possono subire determinate compressioni in vista di soluzioni alternative alla liquidazione e dunque alla estromissione dell'impresa dal mercato. Un ruolo invero determinante – come rimarcato dal considerando 2 della Direttiva *Insolvency* (n. 1023/2019) – è rimesso alla logica del *'far presto e bene'* che si traduce nella predisposizione di una rete di strumenti, procedure, soggetti, e obblighi tesi anzi tutto a intercettare i prodromi della

⁴³ Puntuale l'osservazione di F. Lamanna, *Il Codice della crisi d'impresa*, cit., 759, il quale ravvisa un vizio di legittimità costituzionale del quarto comma per irragionevolezza del differenziato trattamento rispetto alla corrispondente fattispecie incriminatrice di cui all'art. 16 co. 3 l. 3/2012.

crisi onde prevenire l'insolvenza, e comunque a offrire al debitore dei percorsi finalizzati a risolvere l'insolvenza che non sia irreversibile.

Il Codice stabilisce, fra i doveri dell'imprenditore, l'obbligo (di intensità modulare e corrispondente alla tipologia d'impresa, se individuale o collettiva, e alla complessità del tipo di società) di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente la crisi onde assumere, senza indugi, le iniziative necessarie a farvi fronte. L'impresa collettiva deve plasmare la propria organizzazione secondo moduli e con procedure interne adeguate alla tempestiva rilevazione della crisi e all'adozione delle iniziative necessarie⁴⁴.

In perfetta simmetria, gli stessi principi sono stati trasfusi in talune disposizioni del codice civile così innovando e plasmando il diritto dell'impresa e delle società commerciali. L'intervento denota geometrica precisione: l'art. 2086 Cc (ora rubricato «Gestione dell'impresa») è stato modificato con l'inserimento del secondo comma, ove è stabilito che «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Siffatto principio era già emerso nella letteratura aziendalistica quale addentellato del più generale principio di corretta amministrazione dell'impresa, e i cultori del diritto societario avevano osservato come esso fosse divenuto uno degli obblighi gravanti sugli amministratori della società per azioni⁴⁵. Adesso è stato elevato a rango generale, come tale valido indipendentemente dal tipo sociale adottato. Pertanto, il principio che la gestione dell'impresa deve svolgersi nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 2086 co. 2 Cc è stato analiticamente trasfuso: nel primo comma dell'art. 2257 Cc, nel primo comma dell'art. 2380-bis Cc, nel primo comma dell'art. 2409-novies Cc, nel primo comma dell'art. 2457 Cc. Di rimando, l'art. 2381 Cc specifica che gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo e contabile sia adeguato alla natura e

⁴⁴ R. Ranalli, *Adeguatezza degli assetti organizzativi. 'Indicatori' e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 55 ss.; M. Irrera, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, ivi, 81 ss.

⁴⁵ Fra i tanti, cfr. P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *GComm I*, 2018, 62 ss.; F. Gennari, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, ivi, I, 2018, 293 ss.; A. Di Bernardo, *Modifiche al codice civile (artt. 375-384)*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di M. Giorgiotti, Pisa 2019, 341 ss.; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 227 ss.; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa*, f. 1, 84 ss.

dimensioni dell'impresa (co. 5), e che il consiglio d'amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Sul versante degli organi di controllo, il collegio sindacale (art. 2403 co. 1 Cc), il consiglio di sorveglianza (art. 2409-terdecies co. 1 lett. c Cc), il comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-octiesdecies co. 5 lett. b Cc) vigilano sull'adeguatezza dell'assetto, oltre che sul rispetto, da parte degli organi gestori, della legge e dello statuto⁴⁶.

Se tale principio generale di «adeguatezza organizzativa» era già desumibile per gli amministratori della società per azioni, il nucleo più innovativo della riforma risiede: da un lato e in via generale, nella previsione della funzionalizzazione degli obblighi alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale; dall'altro lato e con riferimento alle società a responsabilità limitata, nell'aver concentrato la gestione esclusivamente in capo agli amministratori (cfr. l'art. 377 del Codice)⁴⁷.

Il quadro che emerge dalla riforma è così sintetizzabile: l'impresa deve (ri)calibrare il proprio assetto organizzativo, dotandosi degli appositi strumenti a contenuto differenziato, crescente in base alla complessità della stessa; tale assetto deve essere adeguato anche sul versante contabile per intercettare prontamente i segnali di pre-crisi. Complementare funzione di tale assetto è l'adempimento dell'obbligo di attivazione tempestiva per l'adozione di uno degli strumenti previsti dalla legge, al fine di superare la crisi e recuperare la continuità aziendale.

Questa complessa rete di obblighi giuridici è spalmata su vari soggetti: anzi tutto sull'organo gestorio; di rimando sugli organi di controllo, all'interno dei doveri e poteri di vigilanza e controllo sull'operato dei primi.

Ve n'è quanto basta per intuire che la riforma ha messo altra carne sul fuoco della graticola della posizione di garanzia di amministratori e organi di controllo: giacché, com'è noto, il contenuto e il perimetro degli obblighi impeditivi ex art. 40 cpv. Cp si

⁴⁶ Per una panoramica, cfr. M. Arato, *La governance delle società private dopo il d.lgs. n. 14/2019*, in *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Arato, G. D'Attorre e M. Fabiani, Torino 2021, 1 ss.; Id., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 76 ss.; P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rodorf" al Codice della crisi*, ivi, 483 ss.; A. Nigro, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, ivi, 492 ss.; V. Calandra Buonauro, *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 35 ss.

⁴⁷ Per tutti, G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 235 ss.; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa*, f. 1, 84 ss.

desumono in realtà dai ruoli e dunque dai poteri e doveri che la legge extra-penale ritaglia in capo a determinati soggetti⁴⁸.

6.1. È pacifico in letteratura e giurisprudenza che la posizione di garanzia assunta dall'organo gestorio ha ad oggetto anche l'obbligo di preservazione dell'integrità del patrimonio sociale a tutela di *shareholders* e *stakeholders* (cfr. artt. 2392, 2394 co. 1 Cc).

Uno dei tratti maggiormente salienti della riforma societaria del 2003 risiede nella sostituzione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, con il più circoscritto dovere di agire informati (art. 2381 Cc): novità salutata con favore, soprattutto perché tesa ad alleggerire oneri e responsabilità degli amministratori non esecutivi⁴⁹. Il legislatore, in sostanza, sembra aver preso atto della irrealtà di un modello di vigilanza a tutto campo (prescritto dal testo originario dell'art. 2392 co. 2 Cc) che, non solo era ed è sideralmente distante dalla prassi endosocietaria, ma di fatto si rivela persino inesigibile. Un modello, cioè, che nella interpretazione fornita dalla giurisprudenza penale – ma anche da quella civile – aveva condotto a risultati insoddisfacenti, soprattutto perché di fatto sconfessava le conquiste di civiltà e garanzia rimesse al principio di colpevolezza. E la migliore riprova si è sempre avuta nella trasfigurazione dell'imputazione dolosa: con l'effetto di addebitare a titolo di dolo – sovente sfruttando la plasticità del dolo eventuale – fatti tutt'al più di natura colposa. Perché la violazione dell'obbligo di attivazione veniva interamente esaurita sul piano della valutazione retrospettiva di anomalie o criticità gestionali che, in quanto tali, non potevano sfuggire alla percezione dell'agente modello di fatto ritagliato sui doveri di vigilanza e controllo riposti in capo a ciascun amministratore. A poco erano valse le autorevoli e diffuse critiche tese a rimarcare i gravi errori prospettici insiti nelle semplicistiche equazioni, con cui il diritto giurisprudenziale puntellava le proprie decisioni: là dove, per l'appunto, un argomentare spesso involuto identificava la mera

⁴⁸ Nonostante l'usura del tempo, ancora fondamentali gli studi monografici di F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1973; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano 2003; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009; più da recente, L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021.

⁴⁹ Cfr. P. Abbadessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G. Portale, II, Torino 2007, 505 ss.; altresì, F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano 2004; V. Di Cataldo, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni, dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino della minoranza*, in *GComm I*, 2004, 647 s.; G. Meruzzi, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova 2012. Fra i penalisti, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 339 ss.

criticità nel reato, e ancor più a fondo degradava la effettiva conoscenza in semplice conoscibilità. Come se l'esistenza di anomalie e irregolarità nella gestione dovesse, sol per ciò, assumere agli occhi dell'amministratore inerte il (ben diverso) significato dell'altrui reato da impedire. E come se, ai fini dell'accertamento del dolo, fosse sufficiente allegare gli indicatori critici dai quali desumere una generica percepibilità di un ancor più generico rischio illecito, e di qui concludere per la pretesa rappresentazione del fatto tipico: al dato oggettivo dell'inerzia – di agevole constatazione – il compito di esprimere il significato di una scelta deliberata⁵⁰.

Una dotta sentenza della Suprema Corte del 2007 (caso BiBop Carire), muovendo dalla riforma operata dal d.lgs. 17.1.2003 n. 6, aveva provato seriamente a raddrizzare il 'legno storto' enunciando dei principi – una sorta di programma metodologico – spendibili sia sul piano del diritto penale sostanziale sia su quello dell'accertamento probatorio⁵¹. Non senza resistenze, si era pertanto avviata una feconda stagione all'insegna della "teoria dei segnali di allarme", così imponendo che l'imputazione muovesse anzitutto dalla percezione effettiva di *segnali perspicui* – la cui pregnanza fosse tale da rappresentare nello spettro mentale dell'agente il volto dell'altrui illecito penale –, e che l'inerzia e dunque l'omessa attivazione impeditiva fosse il frutto di una consapevole e dunque voluta scelta⁵².

Per la verità non è mancato chi, con autorevole disincanto, ha manifestato tutto il proprio scetticismo sulla reale portata della riforma del 2003, ribadendo la necessità che la bussola dell'interprete debba sempre trovare il corretto orientamento nelle disposizioni penali e nel rispetto dei principi costituzionali⁵³. Nonostante l'apprezzabile sforzo teso a prendere sul serio il dolo, non tutti i rovi appaiono potati: perché a tutt'oggi difetta ai giudici il coraggio di confrontarsi con la questione – invero dirimente – degli effettivi poteri impeditivi che la legge rimette ai garanti⁵⁴.

Orbene, se si pone lo sguardo alle novità introdotte dalla riforma e alla riscrittura

⁵⁰ Per tutti, A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi sociali*, ora in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 31 ss.; C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in RIDPP 2000, 1277 ss.

⁵¹ Cass. 19.6.2007 n. 23838, est. Sandrelli, in *Le Società* 2008, 899 ss., con nota di D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*; e in CP 2008, 103 ss., con nota di F. Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

⁵² Una puntuale analisi, anche dei percorsi giurisprudenziali, è in M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in RSoc. 2015, 905 ss.

⁵³ Così A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, ora in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 112 s.

⁵⁴ G. Flora, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in RTrimDPenEc 2012, 903.

di talune disposizioni del codice civile, appare evidente come esse, sul versante del diritto penale, si traducano in un grappolo di nuovi obblighi che ben si prestano ad ampliare il perimetro della posizione di garanzia degli amministratori⁵⁵.

Il Codice della crisi è intervenuto, con rigore geometrico, lungo due piani.

Da un lato, ha delineato un sistema procedurale e operativo teso a cogliere, con prontezza, i primi sintomi della crisi: un complesso sistema di filtri con corrispondenti *warning*, onde offrire all'imprenditore dei possibili itinerari – da solcare anche con l'ausilio di nuovi attori – per allacciare un dialogo con i creditori nella prospettiva di giungere ad una composizione preventiva della crisi, attraverso una gestione indolore della stessa che sappia evitare epiloghi liquidatori, e così favorire il rilancio dell'impresa.

Dall'altro lato, ha simmetricamente proiettato tali procedure sul versante organizzativo: nel tentativo di modellare la fisionomia dell'impresa in termini coerenti. Di qui, la riscrittura delle norme del codice civile. E pertanto, la nuova disciplina legale concentra la gestione in capo all'organo amministrativo (a prescindere dal tipo sociale); inserisce fra gli obblighi di gestione quelli relativi all'adeguatezza dell'organizzazione d'impresa, alla tempestività della individuazione e segnalazione degli indizi della crisi e infine alla tempestività delle iniziative (talune prefissate in precisi moduli legali, altre di marca più stragiudiziale) tese sia al superamento della crisi che alla preservazione della continuità aziendale⁵⁶.

Tutto ciò mi sembra che si traduca in due potenti ricadute sul fronte del diritto penal-fallimentare.

Per un verso, emerge una sorta di "agente modello" giacché si è al cospetto di un reticolo di disposizioni che si muovono in una prospettiva prevenzionistica dell'insolvenza e dei suoi epiloghi liquidatori. Basti pensare al rilievo attribuito, oltre alla implementazione delle piattaforme informatiche, al sistema di segnalazione sia da parte degli organi interni (di gestione e controllo) della società sia da parte dei creditori privati, pubblici e istituzionali. Ma soprattutto appare significativa la trama – disegnata dal nuovo art. 3 co. 4 del Codice – dei nuovi indici di allarme: i quali, a ben vedere, si allargano sino a intercettare i sintomi della pre-crisi.

⁵⁵ Per tutti, C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, Torino 2021, 373 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 64 ss.

⁵⁶ Per una lettura d'insieme, V. Di Cataldo, S. Rossi, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 303 ss., spec. 311 ss.

Ed ecco allora che «il dovere di diligenza che concorre a definire il modello di un buon amministratore»⁵⁷ al vaglio del giudice penale si candida a costituire la cifra chiamata a individuare e selezionare le azioni impeditive: il cui scopo unificante, nella meccanica dell'art. 40 cpv. Cp, è l'agire polarizzato verso una determinata direzione.

Per altro e concomitante verso, esce irrobustita la piattaforma di doveri che innerva il ruolo di garante: oggi, più di ieri, tenuto non solo a plasmare il volto organizzativo dell'impresa ma a garantire, vigilando, che i nuovi moduli procedurali siano ben oliati onde assicurare lo scorrere dei flussi informativi nella prospettiva disegnata dal codice della crisi e dell'insolvenza.

Lungo queste due coordinate, la “teoria dei segnali di allarme” – se presa sul serio – potrebbe rappresentare la corretta bussola per evitare pericolose derive sul piano dell'imputazione soggettiva⁵⁸. Mi limito a osservare come, ancor più che nel passato, il sistema di segnali trovi una più corposa base normativa e dunque un aggancio meno malfermo in sede di applicazione della norma penal-fallimentare.

Un'ultima chiosa sul versante degli amministratori non esecutivi.

A una prima lettura, la collaterale figura degli obblighi di garanzia che si era costruita in chiave delimitativa del perimetro dell'agire informato⁵⁹, rischia di subire un sensibile smottamento in senso espansivo. L'obbligo di agire informati sembra non esaurirsi nella mera valutazione dei soli report degli esecutivi sui singoli affari all'ordine del giorno o su materie comunque specifiche, ma appare flettersi a dismisura sull'intera organizzazione dell'impresa: quantomeno nella direzione della verifica sulla idoneità degli assetti e delle procedure per la tempestiva individuazione dei prodromi della crisi. Con una cadenza, peraltro, che potrebbe prescindere da quella delle sedute consiliari o da quella semestrale, nonché dal potere d'informativa rimesso all'iniziativa di ciascun consigliere: non foss'altro perché la pretesa normativa è verso un “monitoraggio costante” dell'adeguatezza organizzativa, del funzionamento dei sistemi di allerta, della tempestività delle segnalazioni e dell'adozione delle misure utili.

⁵⁷ D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, cit., 903.

⁵⁸ Sulla ‘tassonomia’ dei segnali, cfr. A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, cit., 39 ss., 42 ss.; C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit., 1276; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 215 ss.; M. Caputo, *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell'imputazione dolosa*, cit., 907 ss., 930 ss.

⁵⁹ A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, cit., 107 ss.; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 125 ss.

6.2. Con riferimento agli *organi di controllo*, la prima versione del Codice aveva introdotto delle novità che, in sede penale, sembravano indirizzarsi in chiave fortemente delimitativa della posizione di garanzia dei sindaci⁶⁰. La originaria versione dell'art. 14, infatti, cesellava un obbligo di controllo di *secondo grado*, ossia teso a verificare la costante valutazione, da parte dell'organo amministrativo, dell'adeguatezza dell'organizzazione, della permanenza dell'equilibrio economico-finanziario, del prevedibile andamento della gestione, nonché dell'obbligo generale di segnalazione tempestiva della sussistenza di fondati indizi della crisi. La norma non richiedeva al collegio sindacale un controllo e una vigilanza diretta, giacché – come evidenziato sopra – si esplicava su temi connessi alla gestione d'impresa e dunque alla esclusiva competenza dell'organo amministrativo⁶¹. E non solo: il terzo comma dell'art. 14 stabiliva che il rispetto degli obblighi di segnalazione da parte dei sindaci, esonerava questi ultimi dalla responsabilità civile solidale per le conseguenze pregiudizievoli arrecate dalle omissioni o dalle azioni degli amministratori⁶².

Sul versante penale, queste disposizioni consentivano di poter affermare che l'osservanza degli obblighi di segnalazione da parte dei sindaci avrebbe impedito di ravvisare la sussistenza del requisito posto dall'art. 40 cpv. Cp ossia l'inadempimento dell'obbligo giuridico di attivarsi nella direzione richiesta dalla legge⁶³.

Il quadro è adesso mutato dopo i correttivi apportati al Codice della crisi dal d.lgs. 83/2022.

Il novellato art. 25-*octies*, anzi tutto – al primo comma – prevede in capo ai sindaci l'obbligo di segnalare all'organo gestorio la sussistenza dei presupposti della crisi:

⁶⁰ Come è noto, se la giurisprudenza non manifesta dubbi nell'affermarne l'esistenza, una posizione ben più articolata è espressa in dottrina. Per quanto attiene gli obblighi impeditivi esigibili da sindaci e revisori, in generale, v. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *RSoc.* 2012, 317 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società di capitali*, cit., 36 ss.; con particolare riferimento alla 'prima versione' del Codice della crisi, L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, cit., 137 ss.; G. Stea, *Bancarotta. Contributo all'analisi del reato tra teoria e prassi*, Milano 2022, 215 ss.

⁶¹ Con chiarezza, F. Lamanna, *Il Codice della crisi d'impresa*, cit., f. 1, 117.

⁶² P. Valensise, *Il ruolo dell'organo di controllo nella procedura di cd. "allerta" tra legge delega e "Codice della crisi": nuove soluzioni o nuovi problemi?*, in *AA.VV., La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 676 ss.; P. Benazzo, *Sistemi di controllo nelle società di capitali, tra diritto comune e settori speciali*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 97 ss.

⁶³ Con riferimento alla precedente disciplina, antecedente cioè alle modifiche apportate dal d.lgs. 83/2022: A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori alla luce dell'obbligo di segnalazione previsto dal codice della crisi d'impresa*, in *RtrimDPenEc* 2021, 572 ss.; per una diversa ricostruzione, che ravvisava nell'art. 14 co. 3 del Codice una causa di giustificazione (*ex art. 51 Cp*), v. P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura'*, cit., 100.

segnalazione scritta e motivata, e ovviamente da assumersi tempestivamente. L'obbligo di vigilanza viene dunque riportato in via diretta nelle attribuzioni del collegio sindacale e investe, rafforzando l'obbligo rimesso all'organo di gestione, anche l'adeguatezza degli assetti dell'impresa. Pertanto, risulta esteso e in forma non più mediata il presidio anche sulle situazioni deficitarie: e sinergicamente esso si rivela strumentale alla attuazione, da parte dell'imprenditore, dell'obbligo sancito dal secondo comma dell'art. 2086 Cc in vista dell'adozione delle iniziative e degli strumenti utili al superamento della crisi. La segnalazione deve essere "motivata": ciò anche al fine di apprezzare la idoneità delle iniziative assunte, quale risposta alla sollecitazione, da parte degli amministratori.

Il secondo comma dell'art. 25-*octies*, lungi dall'assicurare qualsivoglia esonero da responsabilità, stabilisce che la tempestività e la vigilanza del collegio sindacale costituiscono elementi di valutazione ai fini della responsabilità ex art. 2407 Cc.

Il Codice detta tuttavia ulteriori disposizioni che concorrono a delineare la piattaforma di doveri e poteri di controllo e vigilanza rimessi all'organo sindacale.

Anzi tutto, non può non evidenziarsi come la gran parte del contenuto dell'art. 3 del Codice – non solo là dove specifica le misure e gli assetti di cui ai commi 1 e 2 – delinea una trama di temi e materie che sono *naturaliter* sottoposte al controllo del collegio sindacale.

E invero, se l'«inadeguatezza dei flussi di cassa» – e dunque la crisi di liquidità – costituisce il principale indice della «crisi», il comma 4 dell'art. 3 del Codice individua e dettaglia i «segnali» di allarme: debiti retributivi scaduti da almeno trenta giorni e pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo delle retribuzioni; debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di importo superiore a quello dei debiti non scaduti; esposizioni verso banche e intermediari finanziari scaduti da oltre sessanta giorni, o che abbiano superato da oltre sessanta giorni il limite dell'affidamento (e sempre che, nel complesso, siano almeno pari al 5% del totale dell'esposizione); esposizioni debitorie verso i creditori pubblici di cui all'art. 25-*novies* co. 1 del Codice (INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, Agente della riscossione: a condizione che ricorrano ulteriori requisiti analiticamente previsti in relazione a ciascun debito).

Inoltre, l'art. 25-*decies*, stabilisce che le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario, nel momento in cui procedono a variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti, ne danno notizia (non solo al cliente ma anche) ai sindaci. Sicché l'organo di controllo interno è adesso individuato come destinatario

diretto di un flusso di informazioni qualificate che si traducono in segnali significativi dello stato di crisi o, peggio, dell'insolvenza dell'impresa collettiva. Altrettanto è a dirsi in ordine alle segnalazioni da parte dei creditori pubblici e istituzionali: anche in tal caso, l'art. 30-sexies individua nei sindaci i destinatari della comunicazione.

Appare dunque chiaro come, una volta ricevute tali notizie, l'organo di controllo debba subito attivarsi al fine di consentire l'adozione delle iniziative più opportune per fronteggiare la situazione di difficoltà, o di superare la crisi vera e propria in cui versa l'impresa.

A tutto ciò si aggiunga, infine, che l'art. 37 co. 2 attribuisce al collegio sindacale il potere di proporre l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale dell'impresa.

Mi sembra evidente, in conclusione, che ve ne è quanto basta per poter ravvisare un irrobustimento della posizione di garanzia attribuita ai sindaci in sede penale. Giacché, come è noto, la fonte di tale responsabilità è, dalla giurisprudenza, ravvisata nel mancato esercizio dei doveri di controllo e vigilanza o nell'inerzia nell'avvio delle iniziative che la legge consente loro: ovviamente, sul presupposto della sussistenza dell'elemento psicologico e previa la verifica dell'incidenza causale dell'attività omessa sulla commissione del reato da parte degli amministratori⁶⁴. E pertanto i dadi della responsabilità penale, per la posizione di garanzia assunta, si giocheranno sul tema – ampiamente noto agli addetti ai lavori – rappresentato dal momento di emersione di quella percezione sufficiente e consapevole per far scattare l'obbligo di attivazione⁶⁵. Tema centrale nella prospettiva penalistica e al contempo problematico poiché sovente non è agevole distinguere quando una mancata percezione è realmente consapevole, né tantomeno vi è – nel diritto dei giudici – sufficiente consapevolezza dei potenti 'bias cognitivi' che concorrono a distorcere la percezione della realtà⁶⁶. Una problematica, questa, che ha i suoi risvolti sia in caso di imputazione dolosa sia in caso

⁶⁴ Cass. 11.5.2018 n. 44107, con nota di G. Rapella, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*, in www.penalecontemporaneo.it 11.1.2019.

⁶⁵ Cass. 12.9.2020 n. 28848, annotata da G. Rapella, *Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la Cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale*, in www.sistemapenale.it 2/2021, 165 ss.

⁶⁶ Al riguardo, si rinvia alle eleganti riflessioni di G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 119 s. Con specifico riferimento ai bias cognitivi, v. F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *RIDPP* 2018, spec. 1644 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 229 ss.

di imputazione a titolo di colpa⁶⁷: dovendosi, in quest'ultimo caso, appurare se impiegando l'avveduta perizia dell'agente modello l'indizio della crisi avrebbe potuto e dunque dovuto essere colto dal controllore in carne ed ossa, e da qui segnalato.

6.3. Il Codice della crisi, soprattutto nella versione del 2019, sembrava alimentare il dubbio sulla possibile emersione di una nuova posizione di garanzia: quella del *revisore legale*⁶⁸.

Com'è noto, il d.lgs. 27.1.2010 n. 39 ha disciplinato l'attività di tale organo esterno e, nell'abrogare gli artt. 2409-*bis*, *ter*, *quater*, *quinquies* e *sexies* del codice civile, ha operato una netta demarcazione rispetto all'attività del collegio sindacale⁶⁹: solo quest'ultimo mantiene un potere-dovere che si estrinseca anche in forme di sindacato di legalità sugli atti dell'organo amministrativo. La revisione legale, in base al d.lgs. 39/2010, ha per oggetto: (a) la verifica della regolare contabilità sociale e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili della società; (b) la verifica della corrispondenza del bilancio di esercizio alle risultanze delle scritture contabili⁷⁰; infine, (c) esprime un giudizio sul bilancio, asseverandone la corrispondenza delle risultanze ai dati e alle informazioni trasfuse nelle scritture contabili, evidenziando, se del caso, eventuali significativi errori contabili.

Il sistema dei principi della revisione legale dei conti ne articola l'attività in tre fasi – la “*pianificazione*”, la “*verifica periodica*” e il “*giudizio sul bilancio*” – avendo però cura di circoscrivere il controllo e le relative procedure nell'orizzonte della *accountable opinion* finale sul bilancio, ossia sul documento sociale contabile, patrimoniale e finanziario più significativo e rilevante della società e della gestione aziendale. I parametri esterni che governano l'attività del revisore sono individuati nella “ragionevole certezza” della propria *opinion* (positiva o negativa che sia) e nell'esclusione di “errori significativi” nel documento bilancistico asseverato⁷¹: e d'altra

⁶⁷ Si vedano le splendide pagine di A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 31 ss.

⁶⁸ C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, cit., 510 ss.; A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori*, cit., 584 ss.

⁶⁹ P. Riva, M. Difino, *Controllo societario e revisione nel Codice della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it 3.7.2019.

⁷⁰ Quindi, il revisore è tenuto: ad acquisire e valutare, anche a campione, gli elementi a supporto dei saldi e dei dati contabili; a procedere all'esame dell'esistenza, completezza, regolarità e del tempestivo aggiornamento delle scritture e dei libri sociali; alla verifica infine che i dati contabili siano correttamente rilevati nelle scritture e nel bilancio della società.

⁷¹ Per tutti, E. Mattei, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisione legale dei conti*, in *Le Società* 2011, 1329 ss.

parte, gli amministratori ben possono – ovviamente assumendosene le responsabilità – richiedere l’approvazione (e l’assemblea sociale ben può deliberare in tal senso) di un bilancio d’esercizio nonostante il parere negativo dell’organo di revisione.

In buona sostanza, il revisore non possiede alcun potere impeditivo (neppure in senso lato), la sua attività si svolge sempre *ex post*, e la sua funzione non consente alcun sindacato sulla legalità degli atti dell’organo amministrativo. Tant’è che l’art. 14 d.lgs. 39/2010 ha deliberatamente estromesso il richiamo (dapprima previsto nella disciplina codicistica abrogata) alla verifica di conformità del bilancio – d’esercizio e consolidato – alle norme di legge che li disciplinano. Né d’altra parte può affermarsi che gli obblighi di segnalazione di cui all’art. 25-*octies* del Codice si estendano in capo al revisore legale: a tacer d’altro, questi non è un «organo» societario e certamente non è quello deputato al «controllo societario».

In questo quadro normativo, non vi sono solidi spazi per ipotizzarne una responsabilità penale per omesso impedimento *ex art.* 40 cpv. Cp⁷²: né tantomeno è dato desumere, dal Codice della crisi e dell’insolvenza, indicazioni normative di segno e contenuto opposti. Infatti, anche a voler attrarre, fra i compiti del revisore legale, la valutazione sull’adeguatezza contabile dell’organizzazione dell’impresa, è di palmare evidenza – e il raffronto con i poteri-doveri del collegio sindacale, ne costituisce la cartina di tornasole – come esso non venga in alcun modo coinvolto fra gli attori cui, in misura pur differenziata, è rimesso un ruolo ‘pro-attivo’ nelle dinamiche modellate in funzione sia di rilevazione e gestione della crisi, sia di adozione delle misure e degli strumenti per il suo superamento.

6.4. Le considerazioni sin qui svolte rendono di immediata percezione l’ampliamento dell’area di rischio penale per il debitore: anche perché l’individuazione dell’emersione dello stato di «crisi» implica una valutazione (reddituale, economica e finanziaria) alquanto complessa – in termini di probabilità di insolvenza – che, per quanto tipizzata entro moduli e procedure, non è mai facilmente distinguibile *ex ante* dall’«insolvenza» vera e propria: giacché solo *ex post* è sempre immediata la

⁷² Con autorevolezza, A. Crespi, *La pretesa “posizione di garanzia” del revisore contabile*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 389 ss., 400; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, Torino 2021, 188 ss.; in senso difforme, M. Romano, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello Schema Mirone) in tema di società di revisione contabile*, in *GComm* I, 2000, 863 ss.; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 314 ss. In giurisprudenza, da recente e con esemplare chiarezza, si v. T. Palermo 14.11.2022 n. 7039 (dep. 12.1.2023; Pres. ed est. F. La Cascia), che – rimarcando l’assenza di poteri impeditivi *ex ante* – ha escluso la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al revisore legale di una società per azioni ‘*in house*’.

constatazione della irrisolvibilità della crisi (e dunque dell'esistenza di una «insolvenza» già conclamata).

In particolare si allude a quelle situazioni – tutt'altro che infrequenti nella prassi – in cui l'imprenditore, pur consapevole dei prodromi dell'insolvenza, si attarda nel tentativo estremo e talvolta disperato di trovare soluzioni che permettano il superamento delle difficoltà economiche e finanziarie: con l'effetto – quasi sempre non voluto, eppure prevedibile – di non riuscire a evitare la deflagrazione dell'insolvenza e di aver per tal modo appesantito il passivo e approfondito la lesione dei diritti dei creditori. Uno degli obiettivi dichiarati della riforma è esattamente quello di porre fine a tali epiloghi 'fallimentari' e, al contrario, di canalizzare i tentativi – umanamente comprensibili, ma spesso irrazionali – di sopravvivenza dell'impresa attraverso moduli e procedure assistite che possano sortire il positivo effetto del risanamento. Chiara, ad esempio, è la direzione tracciata dall'art. 21: l'imprenditore in stato di crisi deve gestire l'impresa in termini tali da evitare pregiudizi alla sostenibilità economico-finanziaria, in quanto la gestione deve ormai intendersi nel prevalente interesse dei creditori⁷³.

L'aver normato i possibili itinerari per la tempestiva soluzione della crisi, finisce col far risaltare (in negativo) e amplificare le conseguenze degli effetti di una scelta differente, non in linea con le aspettative e le pretese della nuova disciplina (doveri di buona fede del debitore, modelli di organizzazione, e soprattutto l'obbligo di attivarsi senza indugi): ecco allora che l'inadeguatezza dell'organizzazione d'impresa, l'intempestività dell'attivazione delle misure di risanamento e componimento della crisi, così come l'inerzia o l'insufficienza delle risposte alle segnalazioni interne ed esterne, finiscono con l'anticipare il perimetro delle condotte ascrivibili, a titolo di bancarotta semplice (art. 323 del Codice; art. 217 r.d. 267/1942), per il ritardato avvio delle procedure. Persino scontato che la fisiognomica del 'debitore virtuoso' delineata dal Codice traduca in negativo un volto opposto. Anche qui, occorrerà molta cautela da parte del giudice penale: con l'auspicio che anch'esso – al pari dei cultori e degli operatori del nuovo diritto concorsuale – sappia appropriarsi della nuova cultura di cui il Codice della crisi d'impresa vuole essere espressione.

Ovviamente, il ritardo, l'intempestività, l'inadeguatezza di per sé soli non configurano alcuna responsabilità penale: la sanzione penale, invero, pretende che tutto ciò abbia influito sull'aggravamento del dissesto, ovvero che possa ravvisarsi una

⁷³ Con chiarezza, v. Relazione (n. 87) del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, 15.9.2022, Roma, 15 s.

correlazione, anche eziologica e temporale, con operazioni gravemente imprudenti⁷⁴. Ma non vi è dubbio come il disallineamento del debitore dall'ideal-tipo prefigurato e incentivato dal legislatore rischi di scolpire – anche a fini probatori – i tratti tipizzanti della condotta antidoverosa, esprimendo così le basi della responsabilità penale per colpa.

6.5. La legge delega 155/2017 ha voluto che la riforma disciplinasse il fenomeno della crisi e dell'insolvenza anche con riferimento ai gruppi d'impresa. Se il codice civile e talune leggi speciali prevedevano disposizioni volte a regolamentare il fenomeno dei gruppi, la legge fallimentare semplicemente ignorava il tema dell'insolvenza nei gruppi, lasciando alla dottrina e al diritto dei giudici il compito di risolvere numerosi problemi.

Si è così, anzi tutto, introdotta una definizione legale di «gruppo» (art. 2 lett. *h* del Codice) – sulla falsa riga dei principi comunque desumibili dal codice civile in punto di direzione e coordinamento e rapporto, anche contrattuale, di controllo (artt. 2359, 2497-*sexies*, 2497, 2545-*septies* Cc) – e una disciplina *ad hoc* agli artt. 284-292 del Codice⁷⁵.

In questo contesto spiccano gli artt. 284 e 290 del Codice. Quest'ultima disposizione, nel disciplinare le azioni promuovibili dal curatore per la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti che abbiano «avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori», fa salvo il contenuto del primo comma dell'art. 2497 Cc. In parole semplici, nella valutazione del carattere pregiudizievole di una operazione infragruppo, ai fini della azione del curatore, entrano a pieno titolo gli eventuali «vantaggi compensativi».

Trova così definitivo consolidamento normativo un indirizzo interpretativo, ormai affermatosi in ambito societario e, negli ultimi anni, anche penale.

E invero, su quest'ultimo versante, è noto come la teoria dei vantaggi compensativi sia stata codificata nel terzo comma dell'art. 2634 Cc ossia nel delitto di infedeltà patrimoniale⁷⁶.

⁷⁴ N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 95 s.; G. Stea, *op. cit.*, 299 ss.

⁷⁵ M. Miola, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 440 ss.

⁷⁶ P. Montalenti, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *GComm* 1995, 731 ss.; e fra i penalisti, tutt'ora fondamentali gli studi di M. Romano, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano 1967, e L. Foffani, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano 1997; sull'art. 2634 Cc: V. Militello, *L'infedeltà patrimoniale*, in

Dopo iniziali resistenze, il principio ricavabile dagli artt. 2634 co. 3 e 2497 co. 1 del codice civile, è stato riconosciuto, per mano pretorile, anche in tema di bancarotta fraudolenta a fronte di operazioni distrattive commesse in danno di una società (poi insolvente) e a vantaggio di altra (di solito estranea alla *failure zone*) del medesimo gruppo⁷⁷. Se nella prospettiva dell'infedeltà patrimoniale l'esistenza di vantaggi compensativi elide il profitto, in quella fallimentare esclude l'offensività del fatto commesso in pregiudizio della consociata in crisi. Sicché nelle operazioni infragruppo l'accertamento della natura distrattiva non può prescindere dalla valutazione – da compiersi *ex ante* – sull'incidenza dei benefici indiretti e sulla compensazione, per tal via, dei sacrifici sostenuti dalla fallita. L'apprezzamento, nell'ottica della bancarotta, per un verso si apre ad una prospettiva che contemperi i benefici, per altro verso, si traduce e flette in una valutazione prognostica postuma in concreto: i vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo possono anche essere solo «fondatamente prevedibili»⁷⁸.

7. Le riforme di sistema producono sempre 'effetti collaterali' sul complemento penalistico. Talvolta si tratta di effetti espansivi, tal altra la penalità viene sospinta a ritrarsi, tal altra ancora, gli effetti sono imprevedibili. Quel che è certo è che soluzioni innovative possono essere frustrate e finanche inceppate da un gendarme penalistico condannato all'immobilità. Queste interferenze – non sempre subito evidenti – nascono perché se il diritto penale è chiamato a presidiare le «regole del gioco», queste ultime vengono messe a punto altrove e riflettono equilibri economici, politici e sociali: la sanzione penale, con «i suoi quarti di odiosità», è dunque chiamata a ingaggiare orbite che non possono – e non devono – smarcarsi dalla forza attrattiva esercitata da gravi così imponenti⁷⁹. Molto dipenderà, come sempre, dalla sensibilità della giurisprudenza⁸⁰.

I nuovi reati societari: diritto e processo, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova 2002, 486 ss.; M. Masucci, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli 2006; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009.

⁷⁷ Anche per i necessari richiami giurisprudenziali, R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa*, cit., 99 ss.; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., 378 ss.; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, cit., 109 ss., spec. 121 s.

⁷⁸ A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1852.

⁷⁹ M. Romano, *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *RSoc* 2010, 552 s.

⁸⁰ Si veda, a riprova di quel che si vien dicendo, il decreto emesso da T. Benevento, sez. fall., 23.7.2019; pur nella vigenza e applicazione della legge fallimentare, i giudici implementano nella motivazione i principi e le novità del Codice della crisi (ancorché formalmente non applicabile alla procedura in questione) per pervenire a una soluzione conforme allo spirito della novella (nel caso di specie, i giudici hanno stabilito che in caso di

Con decreto ministeriale del 13.10.2021 è stata istituita una Commissione di riforma dei reati fallimentari, autorevolmente presieduta da Renato Bricchetti, la quale – poco prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.lgs. 83/2022 – ha licenziato un articolato accompagnato da una relazione illustrativa. Non è questa la sede per un’analisi delle nuove fattispecie di reato che emergono dalla revisione elaborata dalla Commissione Bricchetti⁸¹. È tuttavia possibile svolgere una breve riflessione, a chiusura di questo lavoro.

Letta in ‘contro luce’, la proposta della Commissione Bricchetti ha il sicuro pregio di “riallineare” il gendarme penalistico alla nuova visione legislativa della crisi e dell’insolvenza, orientando la tipicità penale secondo modellistiche coerenti con i principi di fondo del nuovo Codice. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella nuova bancarotta semplice: la cui tipicità colposa riceve succo e sostanza dalla violazione della rete di obblighi di organizzazione, monitoraggio, segnalazione e tempestivo accesso alle procedure di composizione della crisi. Altrettanto è a dirsi per la bancarotta fraudolenta patrimoniale là dove, con riferimento alle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale, il disvalore penale viene saldamente ancorato all’accertamento dell’insolvenza: è quest’ultima, e la sua irreversibilità, a determinare l’espulsione dell’impresa dal mercato e a porre al centro della tutela dei creditori il patrimonio quale momento di soddisfazione dei loro interessi. Certo, non mancano le perplessità: su tutte, il rigore delle cornici edittali che continua a essere elevato, anche se – occorre riconoscerlo – appare stemperato dalla previsione di robuste attenuazioni di pena in caso di risarcimento del danno (dopo la sentenza di liquidazione), o addirittura eliso se la riparazione integrale avviene prima della pronuncia della sentenza di liquidazione giudiziale.

Un dato sembra però risaltare con chiarezza. Il complemento penalistico si colora

coesistenza del sequestro preventivo – finalizzato alla confisca dell’azienda ai sensi dell’art. 12-bis d.lgs. 74/2000 – e del concordato preventivo con continuità aziendale, l’amministratore giudiziario nominato dal giudice penale assume, analogamente al Commissario giudiziario, il ruolo di parte necessaria della procedura gestoria della crisi e diviene titolare dei doveri di controllo finalizzati alla conservazione e all’integrità del patrimonio aziendale nell’interesse dell’intero ceto creditorio).

⁸¹ L’articolato licenziato dalla “Commissione Bricchetti”, *ratione temporis*, non ha potuto tenere conto delle modificazioni introdotte dal d.lgs. 83/2022: esso, pertanto, dovrà essere revisionato in più punti. Per una panoramica, F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della commissione Bricchetti*, in www.sistemapenale.it 7.7.2022; F. Giunta, *Linee e prospettive di riforma del “vecchio” diritto penale fallimentare*, in www.discrimen.it 12.1.2023; M. Schiavo, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in www.la legislazione penale.eu 20.3.2023; in termini maggiormente critici, C. Santoriello, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in www.sistemapenale.it 27.7.2022.

delle medesime venature della nuova disciplina concorsuale, ristabilendo così la giusta dimensione e conformazione di un diritto penale la cui ‘autonomia’ non può di certo tradursi in incoerenza – sistematica e applicativa – rispetto agli interessi economici e giuridici sullo sfondo. Ovviamente, molto dipende dalla ‘capacità di prestazione’ che le nuove modellistiche del diritto della crisi e dell’insolvenza sapranno dimostrare alla prova dei fatti. E ben sapendo che la risposta alle attese di una riforma non dipende soltanto dalla qualità e bontà del materiale normativo ma anche dalla rinnovata “cultura” di coloro che, sul campo, saranno chiamati a sperimentarla.