

L'ESIGENZA DELLA REVISIONE DEL DIRITTO PENALE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA: UNO SGUARDO D'INSIEME (*)

di Renato Bricchetti e Francesco Mucciarelli

SOMMARIO: 1. Esigenze di revisione: tra vincoli e punti fermi. - 2. Le principali aree d'intervento. - 2.1. Bancarotta fraudolenta in società e consorzi (art. 322). - 2.2. Bancarotta preferenziale e bancarotta colposa (art. 324). - 2.3. Condotte riparatorie ed esimenti (art. 325). - 2.4. Circostanze aggravanti e attenuanti (art. 326). - 2.5. Non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 325-bis). - 2.6. Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, concordato preventivo e altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 341). - 2.7. Falso in attestazioni e relazioni (art. 342).

1. Esigenze di revisione: tra vincoli e punti fermi.

Il diritto penale concorsuale va ripensato e riscritto perché fondato su modelli ormai tramontati¹. Dalla metà del mese di luglio dello scorso anno si è cominciato ad avere a che fare con le disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, di seguito, CCII); un intervento, quello del Codice, pressoché inutile, talora inutilmente

(*)Testo ampliato e corredato di note dell'intervento al Convegno "Crisi d'impresa e responsabilità penale: disciplina attuale e prospettive di riforma. Convegno in memoria di Franco Bricola a trent'anni dalla scomparsa" tenutosi a Lecce il 6 giugno 2024. Il Convegno è stato promosso da DPEI e UNISALENTO per il tramite del Prof. Giulio De Simone. Il contributo è destinato al volume che raccoglie gli Atti dell'incontro di studio; si ringraziano i Curatori per averne consentito la pubblicazione.

¹ In generale si vedano, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1815; ID., *Codice della crisi d'impresa e bancarotta: appunti*, *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2024, 3, p. 1; R. BRICCHETTI, *Diritto penale concorsuale: la riforma non può attendere*, *Arch. pen.*, 2022, 3, p. 1; P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, *Soc.*, 2019, p. 445; F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, *LP*, 20.5.2020; D. FONDAROLI, *Non c'è pace tra gli ulivi. La sperimentazione inesausta del diritto penale dell'impresa e dell'economia. Spunti per un Confronto di idee*, *Arch. pen.*, 2022, 3; M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, *CP*, 2019, p. 488; A. MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riflessioni penalistiche*, *LP*, 9.4.2023; A. MANNA, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore – Dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, *RTDPE*, 2022, p. 451; A. MELCHIONDA, *Diritto penale fallimentare e nuova disciplina di gestione della crisi d'impresa. Innovazioni e limiti di una riforma "gattopardesca"*, *Arch. pen.*, 2022, 3, p. 1; F. MUCCIARELLI, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1001; M. SCHIAVO, *Le proposte della commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, *LP*, 20.3.2023; G. TOSCANO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nodo (non sciolto) della bancarotta riparata*, *LP*, 3.12.2021; ID., *La riforma della bancarotta fraudolenta impropria nelle "proposte Bricchetti": tra continuità dichiarata e novità tacite*, *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2024, 1, p. 139.

complesso, vieppiù complicato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 (recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della Direttiva UE 2019/1023, di seguito, d.lgs. 83).

A differenza della fortunata commedia di Harry Segall, “Il Paradiso può attendere”², la revisione del presidio penale della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza non sembra suscettibile di ulteriori ritardi.

Al di là dell'imponente dato temporale (il comparto penale attualmente vigente risale al 1942: e tanto basterebbe di per sé a giustificare la non procrastinabilità della revisione sol che si considerino la profonda diversità fra il contesto socio-economico della remota epoca in cui la disciplina fu pensata e redatta e quello attuale), v'è il rilievo ulteriore – e di portata non meno significativa – che l'ambito normativo al quale accede il rammentato comparto penale è radicalmente mutato.

Già le modifiche introdotte a principiari dal 2005 avevano mutato alcuni snodi essenziali della disciplina delle situazioni di crisi dell'impresa e dell'insolvenza, prevedendo una regolazione di tali situazioni secondo una prospettiva strutturalmente differente da quella nella quale si era mosso il legislatore del 1942 (R.d. 16 marzo 1942 n. 267, di seguito l. fall.). Prospettiva che, ponendo da un lato l'obiettivo di preservare l'impresa (o sue articolazioni) come fattore produttivo relegando, dall'altro e corrispondentemente, il fallimento (oggi: la liquidazione giudiziale dell'impresa) a ipotesi residuale, ha trovato nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza il suo compiuto e completo approdo³.

Sicché mantenere invariato l'attuale apparato penale è opzione che si scontra con esigenze razionali non controvertibili: da un lato, quelle che ne mostrano l'incoerenza con il contesto socio-economico di riferimento e, dall'altro, quelle che ne certificano l'incompatibilità con l'ormai già strutturalmente modificato ambito normativo 'extra-penale' al quale accede.

Né ritardi ulteriori possono trovare alibi o anche soltanto attenuante nella circostanza che la disciplina del CCII trova applicazione nei confronti delle imprese la cui liquidazione giudiziale (o le procedure ad essa equiparate ex art. 341 CCII) sia stata dichiarata successivamente al 15 luglio 2022: il tempo da allora già trascorso suggerisce fortemente l'urgenza dell'intervento del legislatore.

La necessità e l'urgenza dell'intervento non possono tuttavia spingere a soluzioni non meditate, posto che esso deve tener conto del principio di realtà, che qui si manifesta nell'esigenza di avere in attenta considerazione il rilievo che l'esperienza delle Corti consegna un dato tanto significativo quanto non controvertibile: la quasi totalità della reazione sanzionatoria concernente la criminalità legata alla gestione economica dell'impresa è rappresentato dai reati di bancarotta. Ciò che è destinato a costituire un

² La commedia ha avuto fortunate versioni cinematografiche, a partire da quella del 1941 dal titolo “L'inafferrabile mister Jordan” per la regia di Alexander Hall, proseguendo con quella del 1978 che riproduceva il titolo “Il paradiso può attendere” per la regia di Buck Henry e Warren Beatty (che ne fu anche interprete) per finire con quella del 2001, intitolata “Ritorno dal Paradiso” per la regia di Chris e Paul Weitz.

³ V. in proposito F. MUCCIARELLI, (voce) *Crisi d'impresa (profili penali)*, *Enc. Dir., - I tematici*, VII – 2024, Milano, 2024, 431.

vincolo rispetto a scelte che, ove determinassero fenomeni abolitivi a vasto raggio (posta l'efficacia retroattiva di modifiche in senso favorevole), rischierebbero di erodere quello che – come si è notato poc'anzi – si è presentato e continuerà a presentarsi come il principale, se non l'unico, presidio contro tal genere di devianza.

Richiamare il principio di realtà non è un artificio dialettico o un modo di eludere la questione spostandone i termini in un indeterminato altrove: è, al contrario, la constatazione della concretezza del problema e delle sue conseguenze allo stato non fronteggiabili altrimenti se non attraverso una ponderazione attenta degli effetti delle modifiche (pur necessarie) da apportare a un tessuto normativo ormai del tutto inadeguato.

Alla base del problema in discorso stanno in sostanza due profili critici, entrambi esterni all'area d'intervento della revisione della normativa penal-fallimentare (per usare la terminologia della tradizione).

Da un lato la regola della iper-retroattività, la cui portata rischia, in determinati e peculiari situazioni, di sortire effetti paralizzanti: appena il caso di notare – come è stato sagacemente osservato⁴ – che portando opportuni temperamenti a tale regola siffatto effetto deteriore potrebbe essere grandemente ridotto se non evitato.

Dall'altro sta la constatazione che comportamenti devianti nella gestione societaria, costitutivi di reati, rimangono sconosciuti all'esperienza giudiziaria, alimentando ad un tempo la 'cifra oscura' e, insieme, facendo sì che la reazione sanzionatoria si concentri esclusivamente nei reati di bancarotta, destinati, questi ultimi, a prendere forma soltanto all'esito della vita dell'impresa quando l'offesa ai beni tutelati ha raggiunto il suo grado massimo. Ed è notazione agevole e immediata rilevare che molte condotte integratrici di reati societari (si pensi, ad esempio, alla figura dell'art. 2629 c.c. 'operazioni in pregiudizio dei creditori'), pur commesse in epoche di gran lunga anteriori alla data del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) e quindi come tali perseguibili, emergono soltanto nel corso delle indagini conseguenti all'apertura della procedura concorsuale.

Non è questa la sede per analizzare le ragioni di tale comunque preoccupante fenomeno, che se, per un verso, contribuisce al problema in discorso, dall'altro finisce con il favorire gli imprenditori meno scrupolosi, disposti ad assumere il rischio (remoto) della sanzione penale, dando così vita a una forma subdola e perniciosa di concorrenza sleale⁵.

Né, infine, deve sfuggire che il legislatore della riforma aveva operato, seppur in modo discutibile⁶, una scelta di campo ben precisa, optando per una sostanziale fissità della disciplina penale, dapprima omettendo nella legge delega qualunque indicazione

⁴ V. E. BASILE, *La gestione negoziata della crisi d'impresa e l'applicabilità delle ipotesi di bancarotta*, in corso di pubblicazione.

⁵ In proposito, v. C. PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in AA.VV., *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano 1981, p. 49 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. I, Milano 2003, p. 441.

⁶ In proposito v. R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2019, 7/8, p. 76; M. GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, *CP* 2019, 488; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, p. 1189; ID., *Crisi d'impresa e insolvenza*, cit., p. 1001.

circa la riformulazione delle disposizioni incriminatrici e poi stabilendo espressamente che i necessari adeguamenti lessicali avrebbero comunque dovuto assicurare la «continuità delle fattispecie criminose» (art. 2 legge delega 19 ottobre 2017, n. 155), concetto espressamente ribadito dall'art. 349 CCII.

L'affermazione della Relazione illustrativa del CCII, che riafferma tale opzione, è tuttavia inesatta perché un coordinamento non sempre attento fra le disposizioni di nuovo conio e quelle squisitamente penali (non adeguatamente aggiornate) ha determinato, da un lato, nuove incriminazioni (o, più esattamente, l'estensione dell'ambito applicativo di talune fattispecie incriminatrici) e, dall'altro, qualche fortuito fenomeno abolitivo, della legittimità costituzionale dei quali per contrasto con l'art. 76 Cost. è lecito dubitare⁷.

V'è poi un ulteriore 'vincolo' o, meglio, un dato strutturale, immediatamente derivante da una precisa scelta del legislatore della riforma, destinato a orientare le riflessioni sulla revisione del comparto penale.

Nel definire lo stato d'insolvenza (irreversibile) al quale consegue (ora) la liquidazione giudiziale, l'art. 2, comma 1, lett. b), CCII utilizza termini identici a quelli con i quali l'art. 5 l. fall. caratterizzava il medesimo stato: l'inequivocità del dato normativo non permette all'interpreta altro che una presa d'atto⁸. Sicché anche nel nuovo assetto l'insolvenza assume ruolo centrale e segna il momento nel quale l'impresa, che ha perduto la sua valenza di fattore produttivo, viene estromessa dal mercato (in quanto la sua sopravvivenza, in assenza di continuità aziendale, determinerebbe una dispersione di risorse)⁹.

A ben vedere, le differenze (strutturali) introdotte dal CCII si collocano nella fase anteriore all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza e sostanzialmente consistono nella "possibilità doverosa"¹⁰ di attivare una serie di percorsi alternativi volti a evitare la dichiarazione giudiziale d'insolvenza come fenomeno giudiziario ovvero, sul versante sostanziale, indirizzati a far uscire l'impresa dalla situazione d'insolvenza (non irreversibile) o da quella – meno grave – di crisi, che, se non tempestivamente rilevate e adeguatamente affrontate, sono destinate a degenerare nell'irreversibile insolvenza.

Se non v'è dubbio che la dichiarazione d'insolvenza (con quel che ne segue) rappresenta per il legislatore l'esito da scongiurare, altrettanto indubitabile che, determinatosi tale esito, l'insolvenza riacquista una sua ben precisa centralità, soprattutto nella prospettiva penalistica.

In proposito non deve sfuggire che la disciplina della liquidazione giudiziale, al di là di qualche pur significativa variante rispetto a quella della legge fallimentare, è ancora modellata sul concetto portante che il patrimonio dell'impresa ha funzione di garanzia (generica) rispetto al soddisfacimento dei creditori secondo le regole della concorsualità,

⁷ V. in proposito, R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa*, cit., p. 76; M. GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa*, cit., p. 488.

⁸ V. in proposito, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, cit., p. 1189; ID., *Crisi d'impresa e insolvenza*, cit., p. 1001.

⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., 431.

¹⁰ Sul tema della doverosità del ricorso agli strumenti di soluzione della crisi, v. diffusamente F. MUCCIARELLI, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., p. 442-446. Si vedano altresì le lucide notazioni di A. MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022*, cit., p. 7.

sicché l'integrità del patrimonio dell'impresa assume (*rectius*: mantiene) assoluta preminenza come oggetto di tutela.

La particolare rilevanza di tale oggetto di tutela permea anche la fase di gestione della crisi: l'assetto normativo ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 4 CCII e dell'art. 2086 co. 2 c.c. pone, da un lato, come doveroso il ricorso agli strumenti di soluzione della crisi (ancorché l'eventuale inosservanza sia priva di diretta sanzione) e, dall'altro, stabilisce in modo inequivoco (v. in particolare art. 4 CCII¹¹) che anche all'interno di tale fase, pur nelle sue diverse articolazioni, devono essere in ogni caso rispettati i diritti dei creditori. A vedere bene, nel disegno complessivo della riforma, l'esigenza di preservare l'impresa come fattore produttivo, per la quale sono predisposti gli innovativi strumenti di gestione della crisi e dell'insolvenza (non irreversibile), va ad affiancarsi con quella di mantenere la tutela delle ragioni del ceto creditorio, il soddisfacimento delle quali viene, al più, differito nel tempo, posto che, se il percorso risanatorio si conclude con successo, tali ragioni sono destinate a trovare – pur in un ambito temporalmente più ampio – riconoscimento sicuramente migliore di quello che avrebbero ricevuto in “moneta fallimentare” (per usare una formula antica)¹².

Evidente il riflesso delle notazioni che precedono sul versante penale: da un lato, lo stato d'insolvenza e la sua dichiarazione giudiziale costituiscono il momento nel quale, per espressa opzione legislativa, l'impresa cessa di esistere e il suo patrimonio viene integralmente destinato al soddisfacimento delle ragioni creditorie, dall'altro la tutela del ceto creditorio mantiene valenza centrale anche nella fase (innovativa) della gestione della crisi con gli strumenti di nuovo conio.

Sicché la revisione del presidio penale della fase dell'insolvenza e della crisi si è mossa nella considerazione di siffatte esigenze di tutela, che vedono nell'integrità del patrimonio dell'impresa nella sua funzione di garanzia (generica) del ceto creditorio il loro fine di tutela ultimo e non rinunciabile. Considerazione che non poteva non tener conto anche dei vincoli ulteriori, ai quali si è fatto in precedenza cenno.

2. Le principali aree d'intervento.

Si tratta ora di dar conto – anche qui per tratti di sintesi – degli esiti ai quali tali riflessioni sono pervenute.

Rammentato che la centralità nell'economia dei delitti di bancarotta dell'insolvenza giudizialmente dichiarata (e dei provvedimenti che a tale dichiarazione sono equiparati: art. 341 CCII), qualificata ora dopo lungo travaglio interpretativo come

¹¹ Il disposto dell'art. 4 CCII esplicitamente individua tra le finalità degli strumenti di regolazione della crisi, compresa la composizione negoziata, quella di «non pregiudicare i diritti dei creditori», stabilendo altresì che la gestione del patrimonio o dell'impresa «durante i procedimenti» deve essere svolta «nell'interesse prioritario dei creditori». Né deve sfuggire che i precetti ora richiamati non soltanto per la collocazione topografica, ma soprattutto per la portata generale (attengono infatti ai *doveri* del debitore) conformano la disciplina valevole «nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (art. 4 co. 1 CCII).

¹² F. MUCCIARELLI, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., p. 434.

condizione obiettiva di punibilità, ha suggerito di rendere esplicito che il luogo e il tempo di consumazione di tali reati (pur se commessi in epoca antecedente) corrisponde al luogo e al tempo in cui è stato emesso il provvedimento giudiziario (art. 347-ter CCII), che determina altresì il giudice territorialmente competente (art. 347-bis CCII), l'anacronismo che poneva la figura dell'imprenditore individuale come paradigma dei reati di bancarotta è stato corretto, individuando in quello collettivo il modello di riferimento.

Un sintetico quadro delle linee lungo le quali si è svolta la revisione, principia segnalando la messa a punto di una corretta lettura selettiva delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Per non disperdere gli esiti conseguiti dalla elaborazione della giurisprudenza e dalla dottrina più attenta e anche per evitare paventati effetti abolitivi, si è, da un lato, mantenuta la descrizione delle condotte punibili e, dall'altro, si è data espressa evidenza che le condotte incriminate devono essere in concreto pericolose per gli interessi dei creditori, che – come si è in precedenza notato – continuano ad essere l'oggetto di tutela.

L'idea, da molte parti avanzata, di introdurre una zona di "rischio penale" predeterminata, al di là delle difficoltà tecniche di formulazione, suscita perplessità notevoli sotto il profilo politico criminale, perché finirebbe per dar vita a una sorta di zona franca, della quale facilmente potrebbero profittare imprenditori spregiudicati. Per altro verso, siffatta impostazione si porrebbe in contrasto con l'esigenza di garantire nel grado massimo il presidio dell'integrità del patrimonio nella sua funzione di garanzia per il ceto creditorio: come è stato efficacemente notato, l'imprenditore è un debitore socialmente più impegnato¹³ e a tale connotazione accede in via strutturale il limite della sua pur indiscutibile libertà costituito propriamente dall'esigenza di non erodere l'integrità del patrimonio dell'impresa. Limite che non può conoscere alcuna restrizione temporale rispetto al momento nel quale l'insolvenza viene giudizialmente dichiarata¹⁴.

Si è affrontata un'analogha esigenza selettiva con riguardo alla bancarotta preferenziale, la cui offensività è oggi imperniata sul contenuto del dolo specifico.

Si è eliminata la bancarotta da reato societario (fatti dolosi, integranti reati societari, causativi del dissesto: art. 223, secondo comma, n. 1. l. fall. e art. 329, comma 2, n. 2, CCII), perversa norma speciale punita con la stessa pena di quella generale (fatti dolosi causativi del dissesto: art. 223, secondo comma, n. 2, l. fall. e art. 329, comma 2, n. 2, CCII).

Si è cercato di razionalizzare la bancarotta semplice, rimarcandone le natura colposa, mantenendo soltanto le ipotesi che già ora la esprimono.

Si è lavorato sulla bancarotta in relazione agli strumenti di regolazione della crisi indicati nell'art. 341: si tratta di uno snodo fondamentale, perché, in prospettiva, questo

¹³ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 – 227*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 1995, p. 220, ora anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 442.

¹⁴ Sul punto, diffusamente F. MUCCIARELLI, *Il diritto penale della colpa e la responsabilità degli enti: tra (irrisolte) questioni dogmatiche e (pressanti) esigenze politico-criminali*, in AA. VV., *La scienza della legislazione penale e prospettive di razionalizzazione*, a cura di C. E. Paliero, V. Mongillo, R. Bartoli, Napoli, 2024, p. 524; ID., (voce) *Crisi d'impresa*, cit. p. 431.

si preannuncia, come un ambito nel quale la prassi giudiziaria dovrà ampiamente confrontarsi, posto che la riforma, implicando un vasto ricorso a tali strumenti, determinerà necessariamente molteplici situazioni nelle quali la reazione penale interverrà prima della dichiarazione giudiziale d'insolvenza.

Si è dato vita a un sistema riparativo chiaro ed efficace, funzionale al recupero dell'impresa o dei beni sottratti alla medesima e ai suoi creditori: dalla bancarotta riparata, a circostanze attenuanti "consistenti" imperniate sul risarcimento del danno e, infine, a eventuali cause di estinzione del reato.

Si tratta ora di dar conto, pur cursoriamente, di alcune delle ipotesi di revisione sulla falsariga di quelle cui s'è fatto cenno.

2.1. Bancarotta fraudolenta in società e consorzi (art. 322).

Come detto, il fuoco dell'incriminazione è spostato sull'impresa esercitata in forma collettiva (compresi i consorzi), effettiva protagonista della realtà economica contemporanea. La bancarotta delle società e dei consorzi è dunque posta al centro dell'intervento penale, diventando l'archetipo della bancarotta "propria" sul quale viene in seguito modellata, in chiave residuale, quella dell'imprenditore individuale.

La soggettività attiva delle fattispecie (tanto quella prefallimentare, quanto quella post-fallimentare) è ristretta a coloro che esercitano funzioni *lato sensu* gestorie (comprese quelle liquidatorie) o di controllo, secondo l'impostazione già invalsa nella normativa (si pensi all'art. 5 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) e nella prassi, con l'estensione espressa ai soggetti che tali funzioni esercitano di fatto. Per tal modo si è cercato di cogliere il tratto essenziale del rapporto fra l'agente e il bene tutelato, posto che soltanto da coloro che svolgono le funzioni di gestione e di controllo dell'ente (comunque denominate) può essere preteso il rispetto delle esigenze di tutela (*id est*: la non erosione dell'integrità del patrimonio dell'impresa) e conseguentemente addebitata la responsabilità penale.

In tal senso si è preferito non replicare la definizione di tale categoria soggettiva contenuta, con riferimento ai reati societari, nell'art. 2639 c.c., per non vincolare l'interprete ad una formula che l'esperienza applicativa ha dimostrato non essere sempre sufficiente ad inquadrare le forme di manifestazione del fenomeno nello specifico contesto criminale di riferimento¹⁵.

La scelta di conservare le risalenti opzioni lessicali risponde, da un lato, all'esigenza di evitare fenomeni di abolitivi indesiderati e, dall'altro, dalla volontà di non disperdere il portato di una *norma* (inteso il termine in senso pregnante¹⁶) il cui contenuto

¹⁵ Sul punto si vedano le interessanti notazioni di M. SCHIAVO, *Le proposte della commissione*, cit., p. 7.

¹⁶ Sulla dimensione strutturale della *norma* (giuridica), distinta come tale dalla *disposizione*, cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 2ª ed. (trad. it. di R. Treves), Torino, 2000, 62. La distinzione fra *disposizione* e *norma* è ulteriormente elaborata da V. CRISAFULLI (voce) *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 195), che ricorda come per disposizione si intende «la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma», e che «non è di certo evento patologico la circostanza che una singola

esprime – in forza della elaborazione della migliore dottrina e giurisprudenza – l'intrinseco contenuto di disvalore delle condotte tipizzate, in sé concretamente pericolose per gli interessi dei creditori.

La centralità attribuita alla concretezza del potenziale pregiudizio per le ragioni creditorie derivante dalle condotte di bancarotta patrimoniale ha altresì suggerito di rendere esplicito quest'ultimo estremo, da riferire agli "interessi dei creditori alla conservazione dell'integrità patrimoniale dell'impresa". Tale locuzione mira in effetti a cristallizzare nel dettato normativo approdi ormai consolidati nell'elaborazione dottrinale, ai quali è pervenuta anche la più recente e avvertita giurisprudenza. Sicché l'inserzione della clausola in discorso, espressiva dell'esigenza che le condotte punibili si manifestino come in concreto pericolose per il bene giuridico protetto, recepisce nel corpo della disposizione detto orientamento, del quale viene riconosciuto il valore sia generale sia dommatico.

Ma, si badi, il *novum* normativo va oltre quella che potrebbe apparire una sorta di 'interpretazione autentica' della disposizione previgente: esso implica due distinte conseguenze.

Da un lato assicura la continuità normativa, escludendo in radice fenomeni di *abolitio criminis*, per così dire, occulta, vincolando altresì l'interprete a non discostarsi – anche in futuro – da questa (corretta) esegesi della norma incriminatrice. Dall'altro reca con sé – in maniera automatica e logicamente necessitata – il riconoscimento che l'estremo in questione (*id est*: la pericolosità in concreto della condotta) costituisce un (indispensabile) parametro di valutazione (e, conseguentemente, di accertamento) da parte del giudice, imponendo un obbligo di motivazione che, non aggirabile con formule di stile, contribuirà a limitare secondo il parametro della offensività i comportamenti effettivamente meritevoli di sanzione penale¹⁷.

Con il disposto della lettera b) del comma 1 dell'art. 323 («fuori dai casi di cui alla lettera a) con dolo cagiona o concorre a cagionare o ad aggravare in misura rilevante il dissesto della società o del consorzio») vengono sostituite le previsioni incriminatrici contemplate dai n. 1) e 2) del secondo comma dell'art. 223 l. fall. configurando la nuova norma una fattispecie di evento (il "dissesto") a forma libera.

Il superamento della configurazione della bancarotta da reato societario come incriminazione autonoma è la naturale conseguenza delle modifiche apportate dal d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, che l'aveva trasformata in fattispecie di evento con riguardo al

disposizione abbia ad esprimere simultaneamente più norme tra loro diverse ma compatibili». La distinzione è fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: v. ad es. la sentenza n. 84/1996 in tema di sindacabilità di decreto legge decaduto, che contiene l'affermazione per cui la Corte «giudica di norme ma si pronuncia su disposizioni» e ribadisce «la funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma, sicché è la immutata persistenza di quest'ultima nell'ordinamento ad assicurare la perdurante ammissibilità del giudizio di costituzionalità sotto il profilo dell'inalterata sussistenza del suo oggetto (che costituisce altresì, sotto questo aspetto, ragione della sua persistente rilevanza), mentre l'eventuale successione di una disposizione ad altra rileva soltanto al fine di riversare correttamente l'esito del sindacato di costituzionalità nell'ordinamento».

¹⁷ V. in proposito A. MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022*, cit., p. 14; M. SCHIAVO, *Le proposte della commissione*, cit., p. 8; G. TOSCANO, *La riforma della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 1139.

dissesto e non più soltanto obiettivamente condizionata alla declaratoria giudiziale di insolvenza, rendendola di fatto una sorta di ipotesi speciale di cagionamento doloso, ancorché punita allo stesso modo.

È stato abbandonato il discusso lessico utilizzato dal legislatore del 1942 e riproposto nel 2019 per l'ambigua e per certi versi pleonastica formulazione della condotta di "operazioni dolose", ricostruendo la fattispecie come ipotesi residuale (militando in tal senso la clausola di riserva che esclude l'operatività della norma incriminatrice quando il fatto già integra quella di bancarotta patrimoniale e che peraltro recepisce approdi già consolidatisi nella giurisprudenza di legittimità anche in riferimento all'assetto normativo vigente), finalizzata a punire a titolo di dolo quelle condotte che cagionano il dissesto o anche semplicemente lo aggravano¹⁸.

La formulazione proposta («cagiona, concorre a cagionare o ad aggravare in misura rilevante il dissesto della società o del consorzio») mira a prevenire possibili dubbi sulla natura esclusiva o meno della relazione causale tra condotta ed evento. Si tratta di una superfetazione frutto di uno scrupolo forse eccessivo, operando in ogni caso la clausola generale sul concorso di cause prevista dall'art. 41 c.p.

Precisato che il reato è integrato anche dal mero aggravamento del dissesto, si è reso necessario fissare un parametro cui ancorare la rilevanza penale del fatto per evitare che anche scompensi anche modesti (già in atto) tra attivo e passivo, pure imputabili alla condotta dell'agente, possano essere considerati penalmente significativi. Si è così impiegata una formula ampiamente sperimentata nella sintassi penalistica («in misura rilevante»), che, pur mostrando profili di intrinseca indeterminatezza, si lascia preferire per la sua idoneità a permettere l'apprezzamento in concreto della offensività del fatto a quella rappresentata da soglie quantitative predeterminate, comunque rigide e arbitrarie. L'intrinseca indeterminatezza della locuzione trova la sua giustificazione nella necessità di valutare l'offensività del fatto in concreto, non ancorando la fattispecie ad arbitrarie soglie predeterminate.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo il reato richiede il dolo generico, nel cui oggetto rientrano, ovviamente, anche l'evento ed il nesso condizionalistico.

2.2. *Bancarotta preferenziale e bancarotta colposa (art. 324).*

La disposizione contempla le fattispecie di bancarotta (preferenziale e colposa) connotate da minor disvalore rispetto a quella fraudolenta, tanto in ambito societario quanto per l'impresa individuale.

Le ipotesi in questione – fra loro eterogenee – sono accomunate dalla circostanza di poter venire astrattamente in rilievo nell'ambito delle procedure risanatorie della crisi di impresa, che aveva indotto il legislatore a escluderne l'applicabilità attraverso

¹⁸ V. ancora A. MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022*, cit.; M. SCHIAVO, *Le proposte della commissione*, cit.; G. TOSCANO, *La riforma della bancarotta fraudolenta*, cit., 1139, cui adde A. ALESSANDRI, *Codice della crisi*, cit., p. 1; A. MELCHIONDA, *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 1.

apposita esimente (art. 217-*bis* l. fall.) così da incentivare il ricorso a tali meccanismi elidendo il relativo rischio penale. La richiamata norma di favore è ora contemplata dagli ultimi due commi dell'art. 324, che, riprendendo il contenuto precettivo dell'art. 217-*bis* l. fall., ne correggono le note e vastamente lamentate imprecisioni e incoerenze.

La bancarotta preferenziale ripropone la medesima struttura della vigente incriminazione (art. 216, terzo comma, l. fall.), presentando tuttavia due varianti, rappresentate rispettivamente dal termine «operazioni» (e che ha reso superflua la riproposizione, tra le condotte, della “simulazione di titoli di prelazione”, anche in considerazione dell'interpretazione datane dalla Corte di cassazione) che si affianca ai «pagamenti» nella descrizione delle condotte punibili e dalla clausola di illiceità espressa «fuori dai casi consentiti». Quest'ultima ha lo scopo di ribadire, rendendola esplicita e inequivoca, l'operatività di scriminanti come l'esercizio di un diritto (tipicamente di credito), nonché le norme di favore previste dagli ultimi commi del medesimo art. 324, mentre il riferimento a «operazioni» intende comprendere nell'area della rilevanza penale anche comportamenti di obiettivo favore per il creditore non immediatamente riportabili alla nozione di “pagamento”.

Con il terzo comma del presente art. 324 viene punito l'aggravamento del dissesto per colpa grave. Al fine di assicurare il rispetto del principio di proporzione delle sanzioni rispetto a comportamenti di minor disvalore, si è scelto di delineare un'unitaria fattispecie incriminatrice, strutturata alla stregua di *reato di evento* (quest'ultimo rappresentato dall'aggravamento del dissesto), capace di comprendere tutte le condotte suscettibili di condurre all'estromissione dell'impresa dal mercato, quale conseguenza del dilagare del dissesto, sempre che le stesse denotino scelte imprenditoriali caratterizzate da grave avventatezza o da spregiudicatezza o che concludano grave inosservanza dei doveri di diligenza e prudenza o di obblighi di legge, posti dalla legge a carico degli organi societari.

L'incriminazione in discorso mira così ad assicurare la punizione:

- di operazioni di grave imprudenza con le quali gli organi dell'ente abbiano tentato di procrastinare la liquidazione giudiziale della società o del consorzio (volte, ad esempio, a recuperare, con manovre azzardate o temerarie, risorse da utilizzare per tamponare le falle di una situazione già disperata), finendo per aggravarne il dissesto;
- della violazione, per imprudenza, negligenza o imperizia gravi, delle fondamentali regole di condotta cui gli organi societari sono tenuti ad improntare la gestione e il controllo dell'impresa (art. 2086 c.c. e artt. 3 e 4 CCII, tanto più ove se ne profili la crisi, sempre che, parimenti, da tale violazione sia derivato un aggravamento del dissesto);
- della grave inosservanza di obblighi imposti agli organi societari da disposizioni di legge, che abbia concorso ad aggravare il dissesto dell'ente (ad esempio, quello previsto dall'art. 2482-*bis*, c.c., che impone la convocazione dell'assemblea dei soci in presenza di una diminuzione del capitale sociale di oltre un terzo per perdite).

La denotazione della «colpa» in termini di gravità (attraverso l'impiego dell'aggettivo «grave») ha una precisa ragion d'essere: vertendosi in un ambito nel quale la fisiologica assunzione del rischio (caratteristica tipica e strutturale dell'attività

d'impresa¹⁹) rende incerto il confine tra condotta imprudente e condotta invece lecita ma pur connotata da una incertezza ineliminabile in ordine ai suoi esiti, la qualificazione secondo l'ulteriore parametro della gravità sta a suggerire che dovranno essere considerate come penalmente rilevanti soltanto quelle condotte il cui coefficiente di rischio (*id est*: la cui caratterizzazione in chiave d'imprudenza) possa essere definito *ex ante* manifestamente inaccettabile²⁰.

Con il comma 6 dell'art 324 si è intervenuti per definire la posizione del creditore favorito nella dinamica del delitto di bancarotta preferenziale, fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario, rispetto alla quale il silenzio serbato dalla legge fallimentare rispetto a tale figura soggettiva aveva dato adito a un vasto dibattito dottrinario e condotto a soluzioni applicative via via consolidate. La previsione in discorso (che rende applicabili le pene previste nei commi 1 e 2 dell'art. 324 «al creditore che riceve il pagamento o altra prestazione se induce indebitamente il debitore ad effettuare il pagamento o la prestazione») estende così in modo espresso ai creditori l'incriminazione della bancarotta preferenziale, limitando la responsabilità di tali concorrenti necessari ai casi di 'induzione indebita' del debitore. Per non frustrare le ragioni creditorie precludendo legittime modalità di sollecitazione all'adempimento (si pensi al dettato dell'art. 1186 c.c.²¹), la formula adottata intende reprimere comportamenti di sollecitazione che travalichino quelli previsti dall'ordinamento e dalle normali prassi commerciali, in ciò recependo gli esiti ermeneutici da tempo conseguiti dalla

¹⁹ In questo senso si può fare esemplare riferimento al pensiero di J.A. Schumpeter, che – come è stato efficacemente notato (G. SABATTINI, *L'evoluzione del capitalismo*, Mondoperaio, 8-9/2016, p. 46) – «ha individuato nell'imprenditore la figura centrale del capitalismo, orientata ad introdurre costantemente nel sistema produttivo innovazioni rivoluzionarie, sufficienti a consentire alle attività produttive innovative il conseguimento del profitto come esito della riorganizzazione dei fattori produttivi impiegati, resa possibile dal credito bancario. Per questo motivo, secondo Schumpeter, il "motore del capitalismo" non poteva che essere individuato nel "meccanismi del credito e del sistema monetario che lo caratterizzavano"; era l'accesso al credito ad alimentare l'evoluzione del capitalismo, con tutte le problematiche che tale evoluzione comportava, quali soprattutto quelle rappresentate dall'infittirsi delle ricorrenti fluttuazioni cicliche dei sistemi economici ad economia di mercato». Al di là della notazione sulla componente legata all'apporto delle banche finanziatrici e della 'burocratizzazione' del capitalismo monopolistico, J.A. Schumpeter coglie nella *distruzione creatrice* la componente dinamica dell'economia borghese, che ha distrutto i vecchi modi di produrre e di pensare, promuovendo lo sviluppo, ma che, al contempo, ha distrutto anche i valori tipici dell'*ancien régime*, supporto alla stabilità (v. J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, Torino, 1990; ID., *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 2002; ID., *Il capitalismo può sopravvivere? La distruzione creatrice e il futuro dell'economia globale*, Milano, 2010).

²⁰ Sul punto si vedano le fondamentali notazioni di C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 – 227*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 1995, p. 220, ora anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 609 e segg.; volendo, v. altresì F. MUCCIARELLI, (voce) *Crisi d'impresa*, cit., p. 435.

²¹ Dispone infatti l'art. 1186 c.c. che «[q]uantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse»: norma che, legittimando espressamente sollecitazioni all'adempimento anche in presenza dello stato d'insolvenza, implica che l'area di rilevanza penale delle condotte del creditore deve essere caratterizzata in modo tale che tali condotte siano connotate da tratti incompatibili con l'esercizio del diritto facoltizzato dal citato art. 1186 c.c..

giurisprudenza e dalla dottrina più accreditate, sicché la specificazione proposta pone la norma su un piano di continuità con la precedente disposizione²².

2.3. *Condotte riparatorie ed esimenti (art. 325).*

Le ipotesi riparatorie, esimenti e attenuanti si inseriscono nel quadro complessivo della riforma orientata alla valorizzazione di condotte volte a prevenire la crisi e l'insolvenza ovvero a limitarne o a ripararne gli effetti dannosi²³.

La risposta punitiva per i reati di bancarotta viene declinata in questo orizzonte preventivo-riparativo, avendo come riferimento la tutela del ceto creditorio, il ristoro delle cui pretese diviene così il parametro sul quale è modulata la portata del beneficio. Per tal modo si è cercato di evitare effetti criminogeni, potenzialmente derivanti da opzioni che, favorendo eccessivamente condotte riparatorie *post factum*, possono indurre soggetti spregiudicati a correre l'alea della sanzione penale, contando sulla comunque significativa 'cifra oscura' che connota l'area dei reati in materia economica.

L'esimente, che determina la non punibilità dei fatti previsti dagli artt. 322, 323 e 324, richiede (prima della sentenza di liquidazione giudiziale) la riparazione integrale del danno o la rimozione del pericolo cagionato dalle condotte che hanno determinato una diminuzione del patrimonio dell'impresa, anche attraverso la ricostruzione delle scritture contabili.

La fattispecie esige che la condotta riparatoria intervenga prima della sentenza dichiarativa di liquidazione, sicché l'offesa/danno viene meno prima del momento consumativo, che continua ad essere rappresentato dalla sentenza dichiarativa. In questo senso può anche dirsi che la previsione in discorso razionalizza e traduce in un preciso dettato normativo l'evoluzione giurisprudenziale in tema di bancarotta riparata.

2.4. *Circostanze aggravanti e attenuanti (art. 326).*

Una rinnovata valutazione della proporzione della risposta punitiva ha suggerito una modifica del regime delle circostanze aggravanti, posta la corposa gravità del caso di commissione di plurimi fatti di bancarotta nonché di quello di violazione del divieto di esercitare un'impresa commerciale.

L'aumento fino alla metà per il danno patrimoniale di rilevante gravità, già previsto ai sensi della normativa previgente e ora riprodotto al comma 1 dell'art. 326, è stato così esteso anche alla circostanza aggravante della pluralità dei fatti (comma 2, lett. a), e alla circostanza aggravante della violazione del divieto di esercitare un'impresa commerciale (comma 2, lett. b), che, attualmente, sono circostanze ad effetto comune.

²² In generale si veda A. ALESSANDRI, *Codice della crisi*, cit., p. 1.

²³ In proposito si vedano le osservazioni di G. TOSCANO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nodo (non sciolto) della bancarotta riparata*, LP, 3.12.2021, p. 1.

In modo coerente con le prospettive di valorizzazione dei comportamenti riparativi e anche al fine di limitare la componente inevitabilmente discriminatoria legata alle disponibilità economiche dell'agente, si è provveduto a ripensare la portata delle circostanze attenuanti legate alla riparazione, contemplate ora nel terzo e nel quarto comma dell'art. 326.

Quando le condotte riparatorie dei reati di bancarotta fraudolenta, preferenziale e colposa, anche dell'imprenditore individuale (artt. 322, 323 e 324), sopravvengano dopo la sentenza dichiarativa, l'offesa si è consumata, ma è ancora sostanzialmente possibile il recupero della perdita patrimoniale arrecata alla massa. Il terzo comma dell'art. 326 stabilisce così una attenuante ad effetto speciale di ampia portata (dalla metà a due terzi), purché il risarcimento o la riparazione (integrali) avvengano prima dell'apertura del giudizio (siano gli atti preliminari del dibattimento o l'inizio del giudizio abbreviato). La previsione lascia un margine temporale ben più ampio per condotte riparatorie non esimenti, e tali da non escludere neppure le pene accessorie, ma orientate al pieno recupero delle conseguenze economiche del reato per il ceto creditizio.

L'eventualità (tutt'altro che infrequente) che la riparazione non sia integrale, trova apprezzamento nella disposizione del comma 4 dell'art. 326, che disciplina tale ipotesi valorizzando comunque il comportamento riparatorio dell'agente, seppur in misura minore rispetto a quella attribuita alla riparazione integrale. Si è così stabilita una riduzione della pena sino alla metà, per colui che ha commesso i reati di bancarotta descritti dagli artt. 322, 323 e 324 qualora «*si sia adoperato, anche dopo la sentenza di liquidazione giudiziale, volontariamente ed efficacemente per riparare le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero abbia contribuito in maniera rilevante alla ricostruzione dei fatti o della responsabilità di altri*».

In sintesi: mentre alla riparazione risarcitoria integrale viene attribuita dal comma terzo una diminuzione della pena fino a due terzi, in caso di risarcimento parziale o di riparazione non strettamente misurabile, ma di rilevante impegno, è prevista dal comma quarto una attenuante corrispondente a quella contemplata per la riparazione dalla seconda parte dell'art. 62, primo comma, n. 6, c.p., ma con diminuzione fino alla metà.

2.5. Non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 325-bis).

Una speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata introdotta in relazione ai delitti di cui all'art. 322 che, per la misura della pena edittale, non rientrano nella disciplina comune dell'art. 131-bis c.p.. La previsione concerne condotte di modestissima incidenza sugli interessi del ceto creditorio ("esiguità del danno o del pericolo"), ma viene completata da altri requisiti connessi alla non abitualità e alla valutazione dei parametri dell'art. 133 c.p. nonché alla valorizzazione delle condotte susseguenti tali che l'esiguità possa essere apprezzata in una visione complessiva, non solo *ex ante*, ma anche *ex post* ("valutate anche in considerazione della condotta susseguente al reato"): una non punibilità dunque non esclusivamente dovuta a considerazioni di esiguità oggettivo-patrimoniale

2.6. *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, concordato preventivo e altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 341).*

La disposizione in discorso regola il delicato e complesso ambito della estensione dell'applicabilità dei reati di bancarotta anche ai casi nei quali non si è in presenza di una sentenza dichiarativa dell'insolvenza.

Sul piano della tecnica di formulazione della fattispecie, si propone un riferimento non già alle "procedure diverse dalla liquidazione giudiziale nelle quali sia previsto un provvedimento dell'autorità giudiziaria di ammissione o di omologa", bensì a procedure specificamente individuate.

In sostanza, il richiamo comprende: (i) il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata (art. 25-*sexies* CCII); (ii) il concordato preventivo (artt. 84 e ss. CCII); (iii) gli accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. da 57 a 61 CCII, nonché art. 63, comma 2-*bis*, CCII, che prevede espressamente l'omologa degli accordi di ristrutturazione con *cram down* fiscale/contributivo); (iv) i piani di ristrutturazione soggetti a omologa (art. 64-*bis* CCII).

Non rientrano viceversa nell'ambito di operatività della disposizione: (i) gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56 CCII), che, pur sottendendo uno stato di crisi o addirittura di insolvenza, rappresentano strumenti negoziali stragiudiziali, non soggetti ad omologa; (ii) la convenzione di moratoria (art. 62 CCII), diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della (mera) crisi (e non dell'insolvenza) e non soggetta a omologa; (iii) le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, che esulano dai temi qui considerati.

Occorre dar conto della riflessione che ha condotto a escludere l'estensione del regime dettato dal comma 3 dell'art. 341 anche ai piani attestati non soggetti a omologazione e alle convenzioni di moratoria

La soluzione di identificare negli strumenti di regolazione della crisi rispetto ai quali è previsto un intervento del giudice (nella forma della omologazione) si presenta come un opportuno punto di equilibrio fra le opposte esigenze, da un lato, di impedire che attraverso un atto dell'autonomia privata (svincolato da ogni controllo 'pubblicistico' o anche soltanto oggetto di adeguata pubblicità) venga prescelto il regime penale e, dall'altro, di evitare che condotte offensive del bene giuridico rimangano impunte.

I piani attestati non soggetti a omologazione, che non determinano l'esdebitazione, si collocano in un'area interamente privatistica e sono altresì sforniti di pubblicità (non essendo rilevante, nel contesto in discorso, il loro eventuale deposito presso il registro delle imprese su richiesta del debitore *ex* art. 56, comma 4, CCII). Il loro eventuale inserimento nella previsione del terzo comma dell'art. 341 darebbe luogo a non lievi problemi: alla carenza di pubblicità farebbe da contrappunto una più che aleatoria probabilità di esercizio dell'azione penale, legata alla efficienza (e alla propensione) delle Procure della Repubblica di scrutinare i registri delle imprese per intraprendere poi indagini sulla base di imprecisate *notitiae criminis* (sempre che la

formula dell'art. 38, comma 3, CCII possa essere intesa nel senso che il termine valga a comprendere anche gli accordi non soggetti a omologazione, rispetto ai quali in effetti la qualificazione di "procedure" impiegata dall'art. 38, comma 3, non riesce del tutto convincente).

Né l'inconveniente potrebbe essere ovviato imponendo all'attestatore un obbligo di trasmissione alla Procura della Repubblica di eventuali *notitiae criminis* rilevate nell'esame della documentazione: a tacer di ogni altra considerazione, per tal modo l'attestatore si troverebbe trasformato in un pubblico ufficiale (con tutte le conseguenze del caso sul piano sistematico, non ultima delle quali la totale inutilità della previsione incriminatrice dell'art. 342 CCII).

Quanto alla convenzione di moratoria (art. 62 CCII), la circostanza che la stessa sia diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della mera crisi (e **non** dell'insolvenza) depone in modo conclusivo per la sua non inclusione fra le situazioni alle quali si estende l'applicabilità delle fattispecie di bancarotta.

Per altro verso, l'inserimento dei piani attestati non soggetti a omologazione nel novero delle fattispecie alle quali si estende l'applicabilità delle incriminazioni di bancarotta manifesta, sul piano della politica criminale, un rischio che di per sé solo sconsiglia simile opzione.

L'imprenditore 'spregiudicato' ben potrebbe infatti ricorrere a uno di siffatti strumenti al solo scopo di garantirsi un trattamento penale meno severo attraverso un atto dell'autonomia privata, sfornito di qualsivoglia supervisione giudiziale, ciò che invece non avviene nelle ipotesi dei piani soggetti a omologa, ove è pur sempre presente una forma di controllo da parte dell'autorità giudiziaria e dei quali è prevista (v. art. 40, co. 3 CCII) la comunicazione al pubblico ministero (ed è proprio quest'ultimo profilo che assicura la possibilità di evitare un ben poco commendevole sfruttamento di tali strumenti e dei loro effetti favorevoli sul versante del trattamento sanzionatorio).

D'altra parte, nel caso che all'insuccesso del piano attestato non omologato consegua – senza la mediazione di altri strumenti di regolazione – l'insolvenza giudiziale, nell'eventuale scenario penale che dovesse ulteriormente derivarne, il giudice potrà comunque tener conto, ricorrendone le condizioni, dell'avvenuto tempestivo ricorso allo strumento di regolazione sul piano della commisurazione della pena e della concessione delle attenuanti generiche.

Il trattamento sanzionatorio si pone in linea di continuità con quello ipotizzato per la bancarotta fraudolenta: la mitigazione della misura edittale è coerente con il minor disvalore delle condotte rispetto a quelle della più grave incriminazione e, nel contempo, mantiene la differenziazione tra le figure dell'imprenditore collettivo e individuale, per il quale è stato approntato uno specifico secondo comma, che replica il contenuto precettivo del primo comma.

V'è però da notare che alcune delle c.d. procedure alternative per la gestione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dal CCII possono essere attivate anche nel caso in cui

l'impresa non si trovi in stato d'insolvenza che, come si è mostrato, costituisce il nucleo condizionante per l'applicazione delle fattispecie di reato di bancarotta²⁴.

L'indubbia centralità della nozione d'insolvenza nell'economia complessiva della regolazione penale della fase della patologia estrema della vita dell'impresa, da un lato, e, dall'altro, l'esigenza di mantenere l'interesse a far ricorso alle procedure alternative (che emerge fortemente dalla disciplina extrapenale) aveva in un primo momento suggerito di spostare sul dato sostanziale (la sussistenza dello stato d'insolvenza) e non invece su una distinzione nominalistica il baricentro della disposizione.

Il criterio discretivo per l'applicabilità della bancarotta avrebbe dovuto essere dunque individuato – per le ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza complessiva sopra segnalate – nell'esistenza dello stato d'insolvenza. Così le procedure, variamente denominate, di gestione della crisi avrebbero dato ingresso alla reazione penale soltanto in quanto ammesse od omologate in presenza di tale stato. In tale ottica, sarebbe però stato assolutamente indispensabile prevedere l'obbligo per l'autorità giudiziaria, che assume i provvedimenti di ammissione o di omologa, di accertare l'eventuale stato d'insolvenza. Non sembra infatti possibile affidare tale accertamento al giudice penale: a tacer di ogni altra considerazione, se così fosse, la valutazione in ordine alla sussistenza dello stato d'insolvenza verrebbe spostata ad un'epoca anche di molto posteriore alla attivazione della procedura alternativa, con tutte le facilmente immaginabili criticità e difficoltà. Per altro verso, sopprimendo il richiamo allo stato d'insolvenza, si darebbe ingresso alla reazione penale in procedure alternative: ciò che, da un lato, è irragionevole sul piano sistematico e, dall'altro, avrebbe un effetto pesantemente disincentivante all'accesso alle procedure stesse (in senso esattamente contrario a quanto divisato dal legislatore).

Tale soluzione, pur appagante sul piano teorico, si presentava tuttavia di difficile attuazione sul piano pratico, dovendosi misurare necessariamente con la complessità dell'accertamento giudiziale dello stato di crisi o di insolvenza, che ne costituisce presupposto fattuale indispensabile.

Allo stato attuale, crisi ovvero insolvenza finiscono con il rappresentare una sorta di endiadi, sulla quale il giudice civile prende posizione senza accertare specificamente l'una o l'altra. Se la medesima Autorità giudiziaria fosse chiamata ad accertare lo stato di insolvenza, ove presente, la condizione di punibilità andrebbe a selezionare i fatti connotati da maggior disvalore, ma questa soluzione richiederebbe per certo una modifica normativa sul versante extrapenale che non sembra realisticamente praticabile. Per vero, anche dal punto di vista sostanziale, al di là delle citate definizioni legali, spesso non pare affatto semplice distinguere in concreto tra crisi e insolvenza, e lo stesso concetto di insolvenza è ormai declinato in senso non univoco (basti pensare alla distinzione tra insolvenza irreversibile e reversibile).

²⁴ Sulla criticità del problema (anche per un quadro del dibattito), v. per tutti F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1202.

Ne segue che il nuovo testo della bancarotta concordataria (e degli altri strumenti di regolazione della crisi tassativamente previsti) ripropone in modo inevitabile il problema di un trattamento omogeneo a situazioni che andrebbero ragionevolmente differenziate (crisi *versus* insolvenza). A ciò si è cercato di porre rimedio attraverso la previsione di apposite circostanze attenuanti e di una causa di non punibilità in senso stretto.

Il comma 4 dell'art. 341 contempla una diminuzione di pena che ha lo scopo di incentivare il ricorso alle procedure di cui al comma 3.

L'idea politico-criminale alla base della circostanza attenuante (speciale e) ad effetto speciale in parola è che (i) il tempestivo impiego dei meccanismi di regolazione della crisi e (ii) il susseguente esatto adempimento di tutte le relative obbligazioni rappresentino elementi da valutare favorevolmente, tanto più in un contesto nel quale gli addebiti di bancarotta sono sganciati dalla condizione obiettiva di punibilità costituita dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza.

In altri termini, il debitore consegue un vantaggio (*id est*: la meno severa risposta sanzionatoria) per aver gestito la situazione di crisi secondo le attese dell'ordinamento e – nei limiti del possibile – evitato (ulteriori) conseguenze pregiudizievoli per i creditori, finanche nelle evenienze di procedure meramente liquidatorie.

Il comma 5 ha matrice politico-criminale identica al comma 4 e, sempre dall'angolo visuale di incentivare l'impiego dei meccanismi di regolazione della crisi e 'premiare' i comportamenti virtuosi, dispone una più marcata riduzione di pena (dalla metà ai due terzi) in relazione alle procedure (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ad efficacia estesa *ex artt.* 61 e 63, comma 2-*bis*, nonché piani di ristrutturazione omologati ai sensi dell'art. 64-*bis*) nelle quali taluni debiti siano falcidiati indipendentemente dall'accordo con i relativi creditori.

In tali evenienze appare plausibile un più blando trattamento punitivo con riguardo al comportamento del debitore che, oltre ad adempiere esattamente le obbligazioni della procedura risanatoria (avendovi fatto tempestivo ricorso), provveda altresì a soddisfare in misura maggiore rispetto a quanto previsto dalla legge (e comunque non inferiore a un terzo) i crediti pregressi non rientranti nel perimetro dell'accordo.

Il comma 6 dell'art. 341 contempla infine una causa di non punibilità che si inserisce con armonia nel sistema della bancarotta 'riparata' e rimarca ancora una volta le peculiarità delle ipotesi di reato in esame qualora manchi la condizione obiettiva di punibilità costituita dalla liquidazione giudiziale. Sul piano dell'opportunità (politico-criminale) di irrogare la pena appare difficilmente revocabile in dubbio che, nella medesima prospettiva per cui rimane esente da sanzione penale chi, prima della dichiarazione di insolvenza, abbia ricostituito l'attivo in precedenza depauperato, meriti il medesimo trattamento colui il quale – per effetto del tempestivo ricorso a uno degli strumenti di regolazione della crisi contemplati al terzo comma – riesca a tornare *in bonis* con l'integrale soddisfacimento di tutti i creditori. La disposizione in esame costituisce del resto il culmine delle previsioni di favore previste nei precedenti commi 4 e 5, ponendosi in rapporto di progressione con le medesime: dall'attenuante (riduzione della sanzione fino alla metà) per aver fatto tempestivo ricorso alle procedure di regolazione

della crisi provvedendo quindi all'esatto adempimento delle relative obbligazioni, si passa a un' ulteriore riduzione di pena (dalla metà ai due terzi) parametrato a un maggiore soddisfacimento dei creditori 'dissenziati' (ove possibile), per giungere – come detto – all'esclusione della punibilità in caso di estinzione globale delle posizioni debitorie esistenti al momento di (tempestiva) attivazione della procedura risanatoria.

2.7. Falso in attestazioni e relazioni (art. 342).

L'esigenza di intervenire sull'art. 342 trova ragion d'essere, oltre che nella necessità di apprestare adeguata disciplina a una attività di cruciale importanza nell'economia della regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, anche nel rilievo che gli interventi legislativi fin qui succedutisi hanno determinato criticità di non lieve momento²⁵.

Uno degli aspetti di maggiore novità del CCII è il superamento della *ratio* liquidatoria delle procedure concorsuali prevista dal "vecchio" R.d. 16 marzo 1942, n. 267.

Lo sviluppo di questa prospettiva di riforma, però, ha registrato ripensamenti in corso d'opera. Al modello della conciliazione assistita, proposto dal CCII, e caratterizzato dalla tipizzazione di "segnali di allarme" nonché dal ruolo "gestorio" dell'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI), è subentrato, ad opera del d.l. 24 agosto 2021 n. 118, conv., con mod., dalla l. 21 ottobre 2021 n. 147, e del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, il modello della composizione liberamente negoziata, nel cui contesto assume centralità il ruolo di un professionista che ha il compito di agevolare e facilitare le parti interessate a un possibile epilogo conciliativo (c.d. esperto: v. in particolare l'art. 12, comma 2).

Questa breve premessa sulle scelte extra-penali di fondo aiuta a comprendere le proposte che la Commissione ha ritenuto di avanzare sul terreno dei presidi penali da adattare ai nuovi percorsi conciliativi. Da qui, soprattutto, la netta distinzione tra la disciplina penale dell'attestatore e quella del c.d. esperto.

Premessa la denotazione privatistica di entrambe le figure (in tal senso depone in modo inequivocabile la conformazione delle stesse secondo la disciplina extra-penale dettata dal CCII), non v'è dubbio che le attestazioni (propriamente dette) del professionista svolgano un ruolo essenziale (a ben vedere, condizionante) nella dinamica degli strumenti di soluzione della crisi d'impresa. L'attestazione diviene uno dei momenti "di garanzia" (anche per il ceto creditorio) sui quali si basano e intorno ai quali ruotano i ricordati strumenti: in altri termini è (anche) sull'attestatore, soggetto autonomo e indipendente, che la nuova disciplina fa, per così dire, affidamento per evitare che il ricorso ai menzionati strumenti per la soluzione della crisi non venga opportunisticamente impiegato per fini meramente dilatori (o anche deteriori) da imprenditori poco scrupolosi a discapito di quelli invece inclini alla legalità.

²⁵ In proposito v. A. MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022*, cit., p. 14.

L'inedita figura dell'esperto (introdotta nell'ordinamento con il d.l. 24 agosto 2021 n. 118), funzionale alla composizione negoziata, è invece confinata all'interno del rapporto debitore-creditori: a tacere di tutte le altre connotazioni che la denotano, differenziandola da quella dell'attestatore, nel tratto appena sopra ricordato consiste la distinzione – che ha riflessi evidenti anche sulla disciplina penale – tra le due figure in discorso.

Non può sottacersi infatti l'inusuale ma inequivoca precisazione della normativa vigente, secondo cui l'«esperto (...) non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o» (art. 16, comma 2). La fermezza della precisazione, che è intervenuta in costanza di un acceso dibattito dottrinale, ha scongiurato un apposito statuto penale per questa figura, che potrà essere chiamata a rispondere a titolo di concorso o in base a fattispecie incriminatrici comuni.

Nell'art. 342 erano state aggiunte, rispetto al testo dell'art. 236-*bis* l. fall., le parole «in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati», parole con le quali il Governo, benché privo di delega (a p. 239 della Relazione illustrativa si era detto che il nuovo art. 342 «riproduce[va] sostanzialmente sul punto il contenuto del vigente art. 236-*bis*»), aveva inciso sul fatto tipico, riducendo l'area di penale rilevanza e quindi determinando una parziale *abolitio criminis*.

La limitazione del fatto tipico alla sola veridicità dei dati escludeva, invero, seppur implicitamente, dall'ambito delle falsità penalmente rilevanti, le valutazioni di fattibilità/attuabilità.

L'esigenza di arricchire la disciplina penale della figura dell'attestatore ha portato a riconsiderare questo altro tratto della sua condotta, oltre a quello relativo alla attestazione della veridicità dei dati (attestazione di veridicità che comunque reca con sé una ineliminabile componente valutativa, incontrovertito essendo che i dati aziendali sono per la più parte grandezze economiche, la cui rappresentazione implica necessariamente una valutazione).

In questa prospettiva, si è escluso che la fattispecie potesse in alcun modo comprendere qualsivoglia componente intrinsecamente prognostica, inconcepibile essendo una sanzione penale legata alla correttezza di un giudizio *de futuro*.

Si è invece ragionato sulla circostanza che un qualsiasi giudizio, ancorché prognostico, si basa su criteri di carattere metodologico, dettati dalle scienze e conoscenze di settore (del settore nel quale il giudizio deve essere formulato). Sicché la individuazione della condotta punibile dovrebbe concentrarsi nella precisazione che il giudizio di fattibilità deve essere reso sulla base di *criteri normativamente stabiliti o comunemente accolti*. Formula quest'ultima che riprende pressoché testualmente l'insegnamento di Cass. S.U. 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli (decisione che segna un punto fermo, coerente anche con riflessione dottrinale, in materia di valutazioni). Per rendere ulteriormente rigido dettato normativo in sede applicativa – e fornire così agli operatori un ulteriore elemento di tranquillità – si è inoltre prevista una espressa clausola che richiama altresì l'esigenza di dare espresso conto dei criteri adottati (secondo il modello adottato dall'art. 4, comma 1-*bis*, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per il reato tributario di dichiarazione infedele).

Una disciplina di tal genere rende più chiara e netta l'area di responsabilità penale dell'attestatore, che conosce *ex ante* il perimetro entro il quale muoversi, senza dover "attendere" le valutazioni – non sempre altrettanto nette – in materia di concorso di persone nel reato in caso di bancarotta.

Detto che, per esigenze di chiarezza e precisione della fattispecie, l'individuazione delle attestazioni e delle relazioni è stata affidata a una elencazione analitica delle disposizioni che tali attività prevedono, in modo da assicurare un riferimento preciso e puntuale, nella parte iniziale della disposizione il riferimento ai 'luoghi' che contengono il falso (le relazioni e le attestazioni), spostando sempre in questa prima parte il richiamo all'"oggetto" delle falsità (i dati contenuti nel piano e nei documenti allegati ovvero i dati funzionali ai giudizi di fattibilità e di attuabilità), in modo che neppure il più distratto e sprovvisto lettore possa dubitare della connessione reciproca fra 'luoghi' e 'oggetti'.

La descrizione delle modalità della condotta è stata suddivisa in due lettere (a e b), in modo da separare nettamente il falso commissivo dal falso per reticenza (impropriamente ma comunemente chiamato falso omissivo) e da rendere al contempo evidente che entrambe le modalità si riferiscono a tutti gli 'oggetti' in precedenza descritti.

Nella struttura della fattispecie è stata introdotta una clausola modale ("*con modalità in concreto idonee a indurre in errore*"). Per tal modo la condotta, oltre a essere connotata sul piano oggettivo in termini di pericolosità concreta, esplicita la necessaria componente decettiva, utilizzando uno schema sintattico classico, che rimanda in modo diretto all'archetipo dei reati di frode (truffa), tramite l'analoga formula adoperata nel delitto di false comunicazioni sociali. Sicché l'interprete si trova al cospetto di una clausola normativa già sperimentata, potendo così giovare del portato di una vasta elaborazione ermeneutica.

Posto che di una omissione (che consiste in un non-esserci) non può essere predicata la non veridicità in sé, la idoneità decettiva dipende dalla circostanza che la relazione o la attestazione assume nel suo complesso una valenza ingannatoria proprio per l'assenza del dato normativo (per tale ragione si parla di falso per reticenza). In questo senso è bastevole qualificare l'informazione omessa come "rilevante" sul riflesso che una sicura tradizione interpretativa riconosce al termine "rilevante" in tale contesto la funzione di designare quelle informazioni la cui presenza avrebbe modificato in maniera significativa il contenuto della comunicazione (nel caso nostro: della attestazione o della relazione), che per tale mancanza fornisce una informazione decettiva.

Tale caratterizzazione irrobustisce la fattispecie sul piano della tipicità, arricchendo così l'oggetto del dolo e riducendo nel grado massimo il rischio di possibili confusioni con profili colposi sul versante del momento intellettuale del dolo (con particolare riferimento alla figura del dolo eventuale).

Sul piano redazionale, non sono stati richiamati i termini "economica" e "giuridica", che avrebbero potuto essere apposti a quelli di "fattibilità" e "attuabilità": scelta dettata dall'esigenza di semplificare il dettato normativo, rendendolo coerente con le corrispondenti previsioni 'civilistiche' del CCI.

Le nozioni di “fattibilità” e “attuabilità” rimandano in modo necessitato ai documenti ancillari ai piani e agli accordi, rispetto ai quali non occorre quindi una ulteriore specificazione, tanto più che l’analitica elencazione delle disposizioni (che compare in esordio dell’art. 342) assicura una adeguata precisione e determinatezza dei documenti possibili oggetto delle falsità.

Infine, il duplice riferimento ai “dati” (termine che per certo idoneo a comprendere anche elementi valutativi) e alle “informazioni” fuga ogni perplessità in ordine alla circostanza che nella fattispecie rientrano anche le falsità c.d. valutative, rispetto alle quali l’ultimo alinea del primo comma, ribadendone ulteriormente la configurabilità, stabilisce – sulla scorta dell’insegnamento della Corte regolatrice (v. per tutte Cass. S.U. 31 marzo 2016, n. 22474 Passarelli) – il limite esecutivo della condotta punibile.

In proposito può essere inutile rammentare che il primo e – a quanto consta – per ora unico intervento della giurisprudenza²⁶, escludendo effetti abrogativi dell’art. 342 CCII rispetto al dettato dell’art. 236-bis l. fall., ha precisato che, nella vigenza di quest’ultima disposizione, il rilievo penale della fattibilità economica del piano non si estendeva alla prognosi in quanto tale, vale a dire ad una valutazione futura estranea a verificabili parametri oggettivi, ma andava riservata al solo metodo sotteso alla struttura della valutazione prognostica, identificato nella correttezza e nella completezza della base informativa nonché nella correttezza dei criteri e dei metodi impiegati, da effettuare secondo i principi della tecnica professionale comunemente riconosciuti e accettati secondo le regole dell’arte, in questo riprendendo il chiaro insegnamento della Corte regolatrice nella sentenza *in re* Passarelli.

Il legislatore delegato si sarebbe limitato a riformulare la norma con l’inserimento di un inciso utile a chiarire la non applicabilità di essa alla valutazione prognostica del professionista, intesa in senso stretto. Non ha, in altre parole, reso penalmente irrilevanti le attività del professionista trasgressive dei doveri di correttezza e di completezza della base informativa nonché di corretto impiego dei metodi e dei criteri valutativi, anche prognostici, circa la fattibilità economica del piano. La rammentata decisione della Corte di cassazione, riprendendo in modo quasi testuale un orientamento emerso in dottrina²⁷, ha, in sostanza, chiarito l’irrelevanza penale degli errori di valutazione prognostica del professionista in ordine alla fattibilità economica dei piani o delle ulteriori iniziative di soluzione negoziale della crisi, senza rendere penalmente irrilevanti i contenuti delle relazioni e delle attestazioni scaturenti da condotte informative deliberatamente trasgressive dei doveri di correttezza e completezza della base conoscitiva nonché di correttezza nell’impiego dei metodi e dei criteri valutativi enunciati in linea con i principi della tecnica professionale comunemente riconosciuta e accettata.

In questo senso l’opzione suggerita si colloca nella medesima linea, assicurando alla disposizione un ambito di operatività da un lato adeguato a tutelare una fase peculiarmente delicata della dinamica risanatoria, dall’altro esplicito nel chiarire che alla

²⁶ Cass., Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 13016.

²⁷ V. F. MUCCIARELLI, *L’informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi e dell’insolvenza dell’impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 4, p. 539.

fattispecie d'incriminazione «non sono in alcun modo riportabili eventuali *falsità* riguardanti i giudizi prognostici contenuti nelle relazioni e nelle attestazioni richiamate dalla norma», posto che «a essere irriducibile al binomio vero/falso è il giudizio prognostico in sé: detto in forma diversa, l'avverarsi o il non avverarsi di una previsione fondata su una base informativa corretta e sul piano metodologico altrettanto correttamente elaborata rimane strutturalmente estraneo allo schema vero/falso»²⁸.

²⁸ Cfr. F. MUCCIARELLI, *L'informazione penalmente presidiata*, cit., p. 547.