

ALCUNE INDISPENSABILI PRECISAZIONI SULLA BANCAROTTA DA CONCORDATO PREVENTIVO (*)

di **Ciro Santoriello**

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una attenta riflessione in tema di bancarotta e procedure (un tempo...) minori. – 2. La (presunta) irragionevolezza della disciplina penalistica in tema di procedure concorsuali minori. A) Gli speciali caratteri del concordato preventivo. – 3. segue: B) Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o di una convenzione di moratoria e C) Piani di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d). – 4. La bancarotta concordataria e la sua (significativa) lesività per gli interessi dei creditori. – 5. La bancarotta concordataria è la bancarotta da dissesto. – 6. Bancarotta da dissesto e il falso in attestazioni e relazioni. – 7. La (problematica figura della) bancarotta nel piano di risanamento di cui all'art. 67 e negli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria.

1. Le ragioni di una attenta riflessione in tema di bancarotta e procedure (un tempo...) minori.

Storicamente lo studio delle figure di bancarotta è stato riconnesso in via pressoché esclusiva al fenomeno del fallimento, mentre decisamente minore è stata la considerazione riservata all'ipotesi in cui tali ipotesi delittuose risultino realizzate nell'ambito delle cd. procedure concorsuali minori¹. Da un lato, assai raro era il ricorso alle procedure "alternative" previste dalla legge fallimentare, ivi compreso il concordato preventivo, dall'altro la normativa penale inerente queste procedure di fatto ricalcava quella dettata dagli artt. 216 ss. R.D. n. 267 del 1942² in presenza di una

(*) Il lavoro rielabora un capitolo del testo "Il diritto penale fallimentare dopo il nuovo Codice della crisi" di prossima pubblicazione per Eutekne editore. Si ringrazia la casa editrice per l'autorizzazione alla pubblicazione.

¹ Per tale espressione, JORIO "Introduzione generale alla disciplina della crisi d'impresa", *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio – Sassani, I, *Introduzione generale. Il fallimento. Presupposti, processo, organi*, Milano 2014; LO CASCIO, "Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi", IX ed., Milano 2015; TRENTINI, "Proposta di concordato, soddisfazione dei creditori e verifica della fattibilità del piano", *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 57; FALINI – MAZZOLENI, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: diffusione, caratteristiche e grado di efficacia. Previsione, interpretazione e soluzione della crisi d'impresa", a cura di Veneziani, Torino 2015, 153; FERRO – BASTIA – NONNO, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione", Milano 2013.

² Stante le previsioni del secondo e terzo comma dell'art. 236 l.fall., che estendono agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società ammesse al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari ed alla convenzione di moratoria, le disposizioni previste dagli artt. 223 e 224.

dichiarazione di insolvenza e ciò rendeva superfluo, a detta dei più, un approfondimento significativo in ordine ai fatti di bancarotta che potessero verificarsi nell'ambito di tali soluzioni delle crisi aziendali.

Queste conclusioni sono ritenute non più attuali in ragione del fatto che le modifiche intervenute negli ultimi vent'anni in tema di gestione della crisi d'impresa, specie con riferimento al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione, rivestirebbero una significativa incidenza anche sotto il versante penalistico³. In proposito, va ricordato come nel corso degli ultimi quindici anni, rispetto alla originaria impostazione della disciplina delle procedure concorsuali improntata ad una logica prettamente liquidatoria della società in dissesto, il legislatore ha espresso con sempre maggiore convinzione un orientamento di favore verso soluzioni delle crisi d'impresa intese a garantire la continuità dell'operatività di quest'ultima nella convinzione che l'attività aziendale è un valore che la disciplina concorsuale deve conservare e rilanciare, per cui «una spiccata deflessione privatistica nella gestione della crisi d'impresa si è gradualmente affiancata alla direzione pubblicistica dell'insolvenza, ancora emblematicamente innervata dalla procedura di liquidazione giudiziale, conquistando ... una supremazia gerarchica»⁴.

Questa innovativa impostazione si è tradotta nell'adozione di continue modifiche della disciplina delle procedure concorsuali, modifiche che hanno in particolare interessato l'istituto del concordato preventivo. Dapprima con la riforma contenuta nel D.Lgs. n. 35 del 2004 n. 35 (cd. decreto sulla "competitività") e poi con l'introduzione della figura del concordato con continuità aziendale, disciplinato dall'art. 186-*bis* della legge fallimentare (entrato in vigore con il d.lgs. n. 83 del 2012), il legislatore, come detto, ha riconnesso all'istituto in parola finalità non più solo liquidatorie – come previsto per l'istituto del fallimento – ma anche di conservazione e

³ Per questa considerazione, D'ALESSANDRO, *"La bancarotta da concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione"*, *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 1202; INSOLERA, *"Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo"*, *Giur. comm.*, 2006, 462; ID., *"Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento"*, *Aa.Vv.* (a cura di Pisani), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 37; CAVALLINI, *"Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte"*, *Riv. Soc.*, 2013, 762; PISANI, *"Crisi di impresa e diritto penale"*, Bologna, 2018; ALESSANDRI, *"Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme"*, Milano, 2016; GRIMALDI, *"Concordato preventivo liquidatorio e concordato preventivo in continuità aziendale: i precedenti di Cassazione, tra prevenzione ed esigenze di coordinamento"*, *Cass. Pen.*, 2019, 3333; PANTANELLA, *"Concordato preventivo e bancarotta: limiti della cognizione del giudice penale"*, *Cass. Pen.*, 2017, 3729.

⁴ CAVALLINI, *"La bancarotta patrimoniale fra legge fallimentare e codice dell'insolvenza"*, Padova 2012, 189. Nello stesso senso, ALESSANDRI, *"Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa"*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1815; GUERINI, *"La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa"*, *Dir. Pen. Cont.*, 4 giugno 2013; CHIARAVIGLIO, *"Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici"*, *Le Società*, 2019, 445.

Per queste considerazioni, nella dottrina fallimentare, senza pretesa di completezza, Presti – Rescigno *"Corso di diritto commerciale"*, Bologna, 2017, 246; CAGNASSO, *"Il diritto societario della crisi fra passato e futuro"*, *Giur. comm.*, 2017, I, 33; BONFATTI, *"Gli incentivi alla composizione negoziata delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme"*, *Aa.Vv.*, *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa e del sovraindebitamento*, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano 2014.

risanamento dell'impresa: conformemente a tale intento, per rendere più agevole il ricorso a tale rito, se ne sono modificate le condizioni di accesso, prevedendo che tale procedura possa essere utilizzata anche da imprese "in stato di crisi" (e dunque non solo insolventi), eliminando altresì tutti i riferimenti alla sussistenza di requisiti soggettivi di accesso previsti dal "vecchio" art. 160 L. Fall. ed infine non richiedendo più al Tribunale la formulazione di un positivo giudizio di meritevolezza. Il percorso di riforma può poi dirsi compiuto in termini definitivi con l'adozione del nuovo codice della crisi in cui il concordato con continuità aziendale – pur mantenendo nella sostanza le caratteristiche dell'attuale figura – diventa lo strumento privilegiato a disposizione dell'imprenditore per affrontare la crisi (o l'insolvenza) della propria impresa senza subirne lo spossessamento – come invece si verificherebbe in caso di ricorso alla liquidazione giudiziale –, potendo così continuare a gestire l'attività produttiva, sia pure sotto la sorveglianza del Commissario Giudiziale fino al termine dell'esecuzione del piano concordatario⁵.

La nuova impostazione della normativa concorsuale (impostazione, come si è visto, già attuale e destinata senz'altro ad uscire rafforzata una volta entrato in vigore il d.lgs. n. 14 del 2019), con la netta differenziazione fra concordato e fallimento (o di liquidazione giudiziale quando si intenda utilizzare la terminologia del Codice della crisi) e la scelta di gestire il dissesto dell'impresa nell'ottica di consentire la prosecuzione e il risanamento delle attività di impresa, non si è però tradotta (né al momento delle riforme del 2005 e del 2012 e tanto meno con l'adozione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza) in un'organica rivisitazione della relativa disciplina penale rimasta sostanzialmente invariata rispetto a quella elaborata nel 1942. Questo immobilismo del legislatore penale viene da più parti criticato: alcune voci hanno sottolineato che «una procedura di continuità aziendale ad accesso indiscriminato, deprivata cioè di ogni tipo di valutazione di meritevolezza rivolta alla pregressa vicenda imprenditoriale che ha condotto al dissesto (o alla crisi), sganciata così come in passato da uno scrutinio di tempestività – che nel nuovo codice, quale obiettivo di carattere generale, diventa presupposto di misure premiali ma non condizione di accesso al concordato – [può] prestare il fianco ad utilizzi strumentali, come per lo più accade oggi nel vigore del citato art. 186-*bis*, e dunque incidere negativamente sulle dinamiche e sugli assetti del mercato»⁶; altri autori, invece, collocandosi su un fronte

⁵ Su tale rilevanza della procedura di concordato, senza pretesa di completezza, nell'ambito della nuova disciplina dell'insolvenza, LO CASCIO, *"Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura"*, *Fall.*, 2019, 263; FAUCEGLIA, *"Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza"*, Torino 2019, *passim*; STANGHELLINI, *"Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)"*, *Corr. Giur.*, 2019, 450; MEO, *"Ristrutturazione mediante circolazione dell'azienda e modelli competitivi"*, *Giur. Comm.*, 2019, I, 437; Aa.Vv. (a cura di Danovi – Acciari) *"Crisi d'impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti"*, Milano 2019

⁶ ORANO, *"Il Codice della crisi e le insidie della continuità senza meritevolezza nel concordato preventivo"*, *Ilfallimentarista.it*, secondo cui «il rischio, infatti, è di dare continuità ad imprese (e imprenditori) che accedono alla procedura in condizioni di dissesto determinate, in tutto o in parte, dalla commissione di gravi reati e/o che hanno conquistato e mantenuto spazi di mercato mediante pratiche illecite ampiamente diffuse come il cd. autofinanziamento da evasione, ossia la omissione – talvolta *ab initio*, totale e

opposto sostengono che «l'interprete si trova di fronte a un edificio normativo profondamente disarmonico e segnato da un contrasto ... di valori ... fra la parte penalistica e quella civilistica, oltre che da lacune e contraddizioni interne, alcune già esistenti, altre aggravate o del tutto nuove»⁷.

È proprio su queste ultime censure che ci soffermeremo. Non che l'art. 236 R.D. n. 267 del 1942 rubricato dopo la riforma del 2015 "Concordato preventivo e, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, e convenzione di moratoria e amministrazione controllata" (ed il cui contenuto è ripreso senza modifiche dall'art. 341 d.lgs. n. 14 del 2019), non presenti altre criticità rispetto a quelle cui si è fatto cenno: si pensi alla mancata previsione nel novero dei possibili responsabili del reato di cui all'art. 236, comma 1, l. fall. di soggetti diversi dall'imprenditore⁸ o alla scelta di non estendere la responsabilità penale per il reato di cui al n. 1 del comma 2 del predetto articolo anche all'imprenditore individuale o ancora alla presenza in un'unica disposizione di fattispecie profondamente diverse – giacché al richiamo operato dai commi 2 e 3 della disposizione ai fatti di bancarotta si affianca la previsione nel comma 1^a dei reati di indebitto condizionamento della procedura, che nulla hanno a che vedere con i primi⁹. Tuttavia, l'interesse che presenta l'art. 236 R.D. n. 267 del 1942 è rappresentato dalla circostanza che il n. 1 del secondo comma ed il terzo comma di tale disposizione (al pari di quanto previsto dall'art. 341 d.lgs. n. 14 del 2019) rendono applicabili le disposizioni di cui agli artt. 223 e 224 ai componenti degli organi di vertice di società ammesse a concordato preventivo o ad amministrazione controllata o che abbiano concluso un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o stipulato una convenzione di moratoria.

In particolare, il tema che va affrontato concerne la fondatezza di una critica – che noi, lo diciamo fin ora, non ci sentiamo affatto di condividere – secondo cui le riforme in tema di procedure negoziali di gestione della crisi d'impresa ed in particolare le recenti modifiche che hanno interessato l'istituto del concordato preventivo rendono irragionevole l'estensione agli illeciti commessi nell'ambito di tali

sistemica – del versamento dei contributi e delle imposte, strategia in grado di alterare completamente i meccanismi della concorrenza, determinando l'eliminazione dal mercato delle aziende virtuose e rispettose delle regole».

⁷ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 1; GRIMALDI, "Concordato preventivo liquidatorio e concordato preventivo in continuità aziendale: i precedenti di Cassazione, tra prevenzione ed esigenze di coordinamento", Cass. Pen., 2019, 3333; PANTANELLA, "Concordato preventivo e bancarotta: limiti della cognizione del giudice penale", Cass. Pen., 2017, 3729.

⁸ Sul punto, INSOLERA, "Riflessi penalistici", cit., 462; ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 119; GRIMALDI, "Concordato preventivo liquidatorio", cit., 3333; PANTANELLA, "Concordato preventivo e bancarotta", cit., 3729.

Nel senso che la scelta legislativa possa condividersi in quanto l'attribuzione di attività inesistenti o la simulazione di crediti compiuta dai vertici societari integri comunque il delitto di falso in bilancio nonché, in caso di dissesto, il reato di bancarotta da reato societario giusto il richiamo dell'art. 223, comma 2 n. 1, R.D. n. 267 del 1942, BRICCHETTI – PISTORELLI, "La bancarotta e gli altri reati societari", Milano 2017, 371.

⁹ Di «guazzabuglio di regole penali ... messe lì alla rinfusa, senza alcuna logica o sistematica da cui ricavare una qualsiasi *ratio legis* degna di questo nome», parla LANZI, "Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove", Ind. Pen., 1982, 242.

istituti del trattamento sanzionatorio previsto per reati inerenti la procedura *stricto sensu* fallimentare. Ciò con cui ci confronteremo dunque è la tesi giusta la quale «l'anticipazione della tutela alla fase di attivazione delle procedure 'minori' e, anzi, la stessa rifondazione del diritto dell'insolvenza su procedure negoziali di risanamento dell'impresa in crisi [come risultante dalle riforme del concordato preventivo degli anni 2005 e 2012, che trovano il loro culmine nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza] precludono all'arretramento delle tradizionali fattispecie di bancarotta»¹⁰, per cui vi sarebbe una sostanziale incompatibilità fra i reati disegnati dagli artt. 223 e 224 R.D. n. 267 del 1942 e le procedure diverse da quella fallimentare.

2. La (presunta) irragionevolezza della disciplina penalistica in tema di procedure concorsuali minori. A) Gli speciali caratteri del concordato preventivo.

Come detto, con l'adozione del Codice della crisi può dirsi concluso un percorso normativo di profondo ripensamento della normativa in tema di insolvenza dell'impresa, al termine del quale la disciplina concorsuale non trova più nella tutela dei creditori l'unico obiettivo da salvaguardare, giacché a tale interesse si affianca quello alla conservazione dell'impresa in capo all'originario titolare mercé la ricerca di soluzioni idonee al ripristino dell'equilibrio finanziario e "di cassa". Ciò deve comportare un rovesciamento dell'impostazione tradizionale considerato che la componente liquidatoria delle soluzioni alla crisi d'impresa è divenuta espressamente residuale rispetto a quella preminente della continuità: come si legge nell'art. 84, comma 1, D.Lgs. n. 14 del 2019, "con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio" ed il concordato preventivo, tradizionalmente posto ai margini del diritto fallimentare, diviene la "madre" di tutte le procedure concorsuali, in termini di applicazioni empiriche¹¹.

Questo rinnovamento del tessuto civilistico delle soluzioni negoziali alla crisi di impresa, che ha spezzato la «continuità normativa tra [le procedure alternative] e fallimento»¹², non è stato però accompagnato da alcuna modifica sul versante penalistico, il quale è rimasto ancorato alle sole disposizioni di cui agli artt. 236, comma 2 n. 1, e 237 l. fall., nonché all'art. 95 d.lgs. n. 270 del 1999, che prevedono l'operatività della disciplina in tema di bancarotta per le condotte verificatesi antecedentemente o successivamente al decreto di ammissione a concordato preventivo o nel contesto di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di una convenzione di moratoria o in caso accertamento giudiziale dello stato di insolvenza nell'ambito di

¹⁰ CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale fra legge fallimentare", cit., 217.

¹¹ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 5.

¹² Come sottolineato fin dal primo momento da BRICCHETTI – MUCCIARELLI – SANDRELLI, "Le responsabilità penali", Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare, commentario*, a cura di Jorio – Fabiani, II^a ed., Bologna 2010, 1297.

una liquidazione coatta amministrativa ed infine con riferimento all'ipotesi delittuose connesse ad una amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi.

Eccezion fatta per le due ultime procedure – ovvero la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi, in relazione alle quali non vengono formulate osservazioni critiche circa l'equiparazione delle relative procedure al fallimento e la riconducibilità dei fatti di malversazione del patrimonio sociale dell'impresa coinvolta alle diverse fattispecie di bancarotta –, secondo la dottrina pressoché unanime la scelta del legislatore di lasciare immutato il regime penalistico, a fronte delle menzionate modifiche che hanno investito la sottostante disciplina civilistica, è foriera di inaccettabili criticità, giungendosi all'equiparazione, a fini penali, di vicende e condotte profondamente diverse. Secondo questa prospettiva, infatti, la gestione di beni sociali da parte dell'imprenditore potrebbe, ricorrendone le condizioni che si sono viste nei capitoli precedenti, essere qualificata come bancarotta patrimoniale solo quando il dissesto dell'impresa sia sfociato in una dichiarazione di fallimento e non nel caso in cui la crisi aziendale sia stata gestita mercé l'ammissione ad un concordato preventivo o per il tramite di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di una convenzione di moratoria o vi sia stata da parte dell'imprenditore la presentazione di un piano di risanamento *ex art. 67, comma 3 lett. d), R.D. n. 267 del 1942*.

Con riferimento alla principale fra le procedure ora menzionate, ovvero il concordato preventivo, specie allorché lo stesso assume la forma del cd. concordato in continuità, si ritiene assolutamente incongruo parlare di fatti di bancarotta (e quindi applicare, mercé il richiamo dell'art. 236, comma 2 n. 1, gli artt. 223 e 224 R.D. n. 267 del 1942) in quanto in base alla nuova disciplina civilistica il presupposto per l'accesso a tale rito non è l'insolvenza dell'impresa bensì la crisi della stessa e ciò determina l'irragionevolezza di una equiparazione a fini penalistici di tale ipotesi ed il caso in cui la società risulti fallita¹³.

¹³ Nel senso di una necessità di escludere *tout court* il richiamo alle fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224 R.D. n. 267 del 1942, D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1202.

Per una (eventuale) differenziazione fra concordato liquidatorio e concordato in continuità, CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 198.

Nel senso del testo anche, PISANI, "Crisi di impresa", cit., *passim*; ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 39; Id. "Novità penalistiche", cit., 1815; GRIMALDI, "Concordato preventivo liquidatorio e concordato preventivo in continuità aziendale: i precedenti di Cassazione, tra prevenzione ed esigenze di coordinamento", Cass. Pen., 2019, 3333; PANTANELLA, "Concordato preventivo", cit., 3729.

Con riferimento al Codice della crisi, CHIARAVIGLIO, "Le innovazioni penalistiche", cit., 445, secondo cui con la riforma del 2019 si sarebbe determinata una *abolitio* totale delle vigenti norme incriminatrici della bancarotta concordataria. Per l'autore, «nel caso del concordato preventivo dell'impresa in crisi il contesto concorsuale di riferimento non è più quello di una crisi di cui l'insolvenza costituisce una fase avanzata, bensì della crisi che rappresenta la mera probabilità di insolvenza. Nella fattispecie in discussione, il già evocato criterio del confronto strutturale potrebbe portare a ritenere che l'art. 341, comma 2, CCII si collochi in un ambito di tipicità eterogeneo rispetto a quello dell'art. 236, comma 2, l.fall. In sostanza, nessuna delle due norme potrebbe ritenersi speciale rispetto all'altra proprio in quanto il presupposto formale dell'apertura della procedura di concordato, pur rimanendo inalterato nel lessico, muta nella sua nozione; di talché l'area di tipicità della nuova norma incriminatrice non è identica e nemmeno più o meno

Mentre in origine l'art. 160 l. fall. consentiva l'accesso alla procedura a «l'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato» ed il presupposto di ammissione al rito era, dunque, lo stesso indicato dall'art. 5 per la dichiarazione di fallimento dovendosi in entrambi i casi essere in presenza di «inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», dal maggio del 2005 lo scenario è mutato ed il concordato può essere richiesto dall'«imprenditore che si trova in stato di crisi». Ciò significa dunque che il presupposto del fallimento è l'insolvenza, mentre a base dell'istanza di concordato preventivo vi è una crisi dell'impresa, nozione questa tutt'altro che univoca – specie se dall'ambito definitorio si passa alla valutazione in concreto delle differenze che corrono fra tale condizione economica e quella, limitrofa, di insolvenza¹⁴ – ma che comunque è senz'altro più ampia della prima: l'insolvenza può riscontrarsi solo in caso di radicale incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, lo stato di crisi racchiude al suo interno situazioni maggiormente sfumate ed eterogenee, nelle quali possono rientrare, anche difficoltà meramente temporanee e reversibili¹⁵ e d'altronde questa è la definizione che ne fornisce anche il Codice della crisi, dove nell'art. 2 si afferma che la crisi è «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate», mentre l'«insolvenza» richiama «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

Ciò posto, la circostanza che l'impresa che può avere accesso al concordato è un soggetto non in stato di insolvenza ma, appunto, “solo” in crisi, significa che il legislatore ha voluto estendere la possibilità di far ricorso a soluzioni alternative al fallimento anche quando le difficoltà economiche e finanziarie dell'azienda non presentino ancora il carattere dell'irreversibilità ma ricorra una situazione sì preoccupante ma ancora sanabile, quando si riscontri cioè uno squilibrio finanziario e/o patrimoniale e/o economico, caratterizzato da segnali di difficoltà, da un aggravamento significativo degli indici di rischio, da un sovraindebitamento, ma

ampia dell'area disegnata da quella vecchia, ma manca proprio una – quantomeno parziale – coincidenza. Di conseguenza, in assenza di interventi legislativi prima dell'entrata in vigore del CCII, l'art. 341, comma 2, CCII pare destinato a determinare la sopravvenuta irrilevanza penale dei fatti tipici di cui all'art. 236, comma 2, l.fall. riferibili all'impresa in crisi».

¹⁴ In tema, GUATRI, “Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore”, Milano 1996; SACCHI, “La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria”, *Giur. Comm.*, 2014, I, 304; FAUCEGLIA – ROCCO DI TORREPADULA, “Diritto dell'impresa in crisi”, Bologna, 2010; PATTI, “Crisi d'impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti”, Milano, 2009; PACILEO, “Continuità e solvenza nella crisi d'impresa”, Milano 2017; STANGHELLINI, “La crisi d'impresa fra diritto ed economia”, Bologna 2019.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, secondo cui lo «stato di insolvenza ... evoca sia situazioni in cui l'impresa versa nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni in scadenza, sia situazioni di squilibrio irreversibile, sia situazioni in cui è agevolmente pronosticabile il verificarsi, nell'immediato, di uno di tali inconvenienti».

tuttavia sempre qualificabile come «situazione di pre-insolvenza reversibile»¹⁶, un *minus*, quanto al grado di progressione dello squilibrio patrimoniale e che, a differenza dell'insolvenza, si mostra potenzialmente ancora rimediabile¹⁷. Sulla scorta di questa considerazione si trae il menzionato giudizio circa l'inaccettabile profilo di irragionevolezza della disciplina penale, giacché se, nonostante il mutato presupposto di ammissione al concordato preventivo, permane l'indiscussa dilatazione applicativa di cui all'art. 236, comma 2, n. 1, il risultato finale è quello di vedere assoggettate alla medesima cornice edittale di pena anche «condotte che difettano del disvalore tipico della bancarotta»¹⁸, posto che «un conto è punire condotte di depauperamento della garanzia patrimoniale o di occultamento del patrimonio che accedano a situazioni di irrimediabile insolvenza dell'imprenditore, altro è punire, peraltro con la medesima severità, le stesse condotte quando si inseriscono nella cornice di un mero stato di crisi, che non equivale ancora, soprattutto sul piano assiologico, a sacrificio degli interessi patrimoniali dei creditori»¹⁹.

Per rimediare a tale incongruenza sono state avanzate diverse soluzioni. Una prima, formulata già in passato²⁰, sostiene che gli artt. 223 e 224 troverebbero applicazione, in forza del richiamo contenuto nell'art. 236, comma 2, n. 1, nella sola ipotesi che alla procedura concordataria faccia seguito la dichiarazione di fallimento²¹, con il che però è difficile negare si darebbe luogo ad una (quanto meno parziale)

¹⁶ VICARI, *"I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa"*, *Giur. comm.*, 2013, 133. Si veda anche DI MARZIO, *"Crisi d'impresa"*, *Enc. Dir.*, Annali V, 503; TERRANOVA, *"Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento"*, Torino 2019; DANOVI, *"Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano"*; Milano 20023; AaVv. (a cura di Salvio) *"Crisi e risanamento dell'impresa. Strumenti giuridici ed economico-aziendali"*; Milano 2019.

¹⁷ Nello stesso senso nella dottrina penalistica, CAVALLINI, *"La bancarotta patrimoniale"*, cit., 301; PISANI, *"Crisi di impresa"*, cit., 168; ALESSANDRI, *"Profili penali delle procedure concorsuali"*, cit., 81.

¹⁸ GIUNTA – SCARCELLA, *"Art. 236"*, Nigro – Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino 2006, 1222.

¹⁹ D'ALESSANDRO, *"La bancarotta da concordato preventivo"*, cit., 1202, che a sua volta cita GIUNTA – SCARCELLA, *"Art. 236"*, NIGRO – SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino 2006, 1222. Nello stesso senso, MUCCIARELLI, *"Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali"*, *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2009, 825, secondo cui «se la procedura concordataria è oggi possibile anche in una situazione di crisi, ma non d'insolvenza, è ugualmente congetturabile l'applicabilità di fattispecie di incriminazione che scontano come elemento di fattispecie la dichiarazione di fallimento che a sua volta presuppone lo stato di insolvenza?».

La tesi, tuttavia, è condivisa dalla assoluta maggioranza della dottrina, MANGIONE, *"Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali"*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 918 (secondo cui «ed invero, premesso che, per opinione consolidata, la metastasi economico-finanziaria che innesca la procedura costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice penale, una frammentazione semantica lungo i poli (in tal caso distinti) della crisi dell'insolvenza ancorerebbe l'estensione punitiva di cui all'art. 236, comma 2, l.f., ad un presupposto meno grave: lo stato di crisi»); CAVALLINI, *"La bancarotta patrimoniale"*, cit., 210; SGUBBI, *"Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari"*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, I, 667; MANGANO, *"Disciplina penale del fallimento"*, Milano, 2003, 190.

²⁰ NUVOLONE, *"Fallimento (reati in materia di)"*, *Enc. Dir.*, XVI, Milano 1967, 501.

²¹ SGUBBI, *"Crisi d'impresa, procedure di salvataggio"*, cit., 667; MANGANO, *"Disciplina penale del fallimento"*, cit., 190.

interpretatio abrogans del medesimo art. 236, posto che ad una tale conclusione sarebbe possibile pervenire già sulla base della formulazione letterale degli stessi artt. 223 e 224²². Altri autori hanno proposto di considerare come presupposto comunque imprescindibile per l'applicazione dei menzionati artt. 223 e 224 la circostanza che, pur versandosi in una procedura diversa da quella fallimentare, lo stato di insolvenza, o quanto meno di dissesto, dell'impresa sia stato comunque accertato²³, ma tale soluzione non pare affatto imposta dalla lettera della legge che non pone alcun obbligo di tal genere in capo al giudice penale (ed anzi esclude che tale verifica possa essere svolta finanche dal giudice civile, il quale deve limitarsi a controllare il rispetto formale della procedura e il raggiungimento delle maggioranze prescritte)²⁴.

Ancor meno convincente viene ritenuta la tesi secondo cui il richiamo dell'art. 236, comma 2 n. 1, agli artt. 223 e 224 andrebbe inteso come riferimento (non alla totalità di tali previsioni, ma) alle fattispecie in esse presenti che richiamano l'evento dissesto – e quindi il riferimento sarebbe da intendere al comma 2 n. 2 dell'art. 223 ed al comma 2 dell'art. 224 –, essendo il dissesto il sostrato economico tanto del fallimento che del concordato preventivo²⁵. Si ritiene infatti che tale «equiparazione tra i concetti di dissesto e insolvenza (aventi natura di specie) e quello di crisi (che li contiene entrambi, ponendosi quale concetto di genere) deve essere respinta non solo in quanto si risolve in un'interpretazione analogica *in malam partem*, ma perché, prima ancora, appare oggi assai problematico ravvisare un'identità di *ratio* tra fallimento e concordato preventivo, in ragione del radicale mutamento di DNA del quale è stata protagonista la procedura concordataria»²⁶.

L'esito di queste riflessioni è *tranchant*: «nel momento in cui la situazione di crisi viene gestita attraverso lo strumento concordatario, in funzione della conservazione del valore dell'impresa e dunque attraverso un suo rilancio nell'agone economico,

²² D'ALESSANDRO, "Le disposizioni penali della legge fallimentare, Commentario alla Legge Fallimentare", diretto da Cavallini, IV, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, 50, che sottolinea come in questo caso troverebbe applicazione la sola imputazione per il reato di bancarotta conseguente al fallimento.

²³ BRICCHETTI – MUCCIARELLI – SANDRELLI, "Le responsabilità penali", cit., 1299.

²⁴ CHIARAVIGLIO, "Il favoreggiamento del creditore nel diritto penale concorsuale", Milano 2020, 469.

²⁵ COCO, "Art. 236", *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo – Paliero, II ed., Padova 2007, 1311; GIANESINI, "Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa", Torino, 2016, 128.

In giurisprudenza, nel senso di non attribuire rilievo alla diversità dei presupposti che legittimano l'accesso al concordato preventivo rispetto al fallimento, ascrivendo genericamente all'ammissione alla procedura in esame la medesima funzione riconosciuta alla declaratoria fallimentare, Cass., sez. V, 15 giugno 2018, n. 39517, secondo cui «non viola il divieto di estensione analogica *in malam partem* la configurabilità del reato di cui all'art.236 legge fall. anche nell'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale, previsto dall'art. 186-bis legge fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. in legge 7 agosto 2012, n.134), poiché tale ultima disposizione normativa non ha disciplinato una nuova figura di concordato ma si è limitata a tipizzare una procedura già concretamente esistente nella prassi»; Cass., Sez. V, 8 aprile 2015, n. 33268; Cass., sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712.

²⁶ D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1202.

Nello stesso senso, BRICCHETTI – MUCCIARELLI – SANDRELLI, "Le responsabilità penali", cit., 1299; ROSSI, "I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto normativo. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario", *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1153.

dopo averla recuperata all'equilibrio finanziario e patrimoniale, l'eventuale applicazione delle sanzioni previste per la bancarotta fallimentare – nel cui contesto, non lo si dimentichi, la comminatoria penale è intimamente connessa all'espulsione dell'impresa dal mercato – sembra risolversi in un ingiustificato accanimento sanzionatorio, in palese contrasto con l'opzione di limitazione dell'opportunità del punire»²⁷, introducendosi «una punibilità di tipo fallimentare a chi non è fallito, in altri termini nei confronti di un soggetto che non è stato raggiunto da una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza»²⁸. Unica via d'uscita da tale complesso normativo altrimenti passibile di censure di incostituzionalità è il netto (diremmo radicale) ridimensionamento della rilevanza operativa del disposto di cui all'art. 236, comma 2 n. 1, R.D. n. 267 del 1942²⁹, il quale in sostanza troverebbe un proprio spazio applicativo (o meglio potrebbe parlarsi di bancarotta in caso di ammissione dell'impresa a concordato preventivo) in solo quattro residuali ipotesi.

In primo luogo, «condotte tipiche nelle maglie delle fattispecie descritte dagli artt. 216 ss., distoniche rispetto a quanto convenuto nel piano di risanamento tragheranno in via di principio la revoca della procedura concordataria, a mente dell'art. 173 l.fall., e (al ricorrere dell'insolvenza) la pronuncia della sentenza dichiarativa: in tale eventualità, dunque, è la sopravvenuta declaratoria giudiziale a dar ragione dell'intervento repressivo ... riducendo sensibilmente l'autonomia del concordato preventivo quale presupposto del reato»³⁰. Potrebbe insomma parlarsi di bancarotta, ed in particolare di bancarotta patrimoniale, quando i vertici dell'azienda, "tradendo" i propositi del piano di risanamento e quanto promesso ai creditori, nel corso dell'esecuzione del concordato sottraggano illecitamente risorse all'azienda per destinarle a scopo diversi dal risanamento dell'impresa.

Quanto ai fatti commessi anteriormente alla procedura concordataria gli stessi potrebbero conservare penale rilevanza quando ad accedere al rito sia una società insolvente³¹, che fa ricorso a tale istituto in un'ottica liquidatoria³² o nel caso – richiamandosi la posizione dottrinale che in precedenza si è già esaminata³³ – in cui al

²⁷ D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1212.

Per una critica riferita all'identità delle cornici edittali ritagliate per la bancarotta fallimentare e quella concordataria ZANCHETTI, "Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?", *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 149; FLORA, "Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari", Borsari (a cura di), *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova, 2015, 326; DONINI, "Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne 'specialità'", *Jus*, 2011, 65.

²⁸ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 86.

²⁹ Quando non si ritiene neanche ricorrente un'"incertezza sulla legittimità dell'incriminazione tout court, in riferimento al canone irrinunciabile della necessaria offensività", CHIARAVIGLIO, "Le innovazioni penalistiche", cit., 499. Così anche ROSSI, "I profili penalistici del codice della crisi d'impresa", cit., 1153.

³⁰ CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 252,

³¹ Tuttavia, la tesi secondo cui al concordato possa accedere anche una società insolvente è tutt'altro che pacifica. In senso contrario, ad esempio, LO CASCIO, "Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi", IX ed., Milano 2015, 7.

³² CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 256.

³³ Il riferimento è alla posizione di NUVOLONE, "Fallimento", cit., 501.

concordato preventivo segua comunque la declaratoria fallimentare, ribadendosi che in questo caso l'ammissione alla procedura concordataria perde qualunque autonomo valore, essendo la concreta punibilità del fatto ancorata, a quel punto, in via immediata e diretta alla sentenza che accerta l'insolvenza.

Infine, viene richiamata³⁴ l'ipotesi in cui il concordato preventivo poggi su un piano in cui sono esposti dati contabili manipolati o rappresentati in maniera mendace. In questo caso, il substrato procedurale su cui si innestano le condotte di bancarotta non rappresenta l'esercizio di un diritto riconosciuto in capo all'imprenditore in crisi ed «il tratto genetico di fraudolenza è ontologicamente incompatibile con l'esercizio del diritto – postuli o meno il consenso dei creditori quale requisito costitutivo – e finisce per inquinare la stessa adeguatezza prospettica del programma di superamento della crisi»³⁵ e perciò «non vi sono ostacoli ad una valutazione penalistica della condotta dell'imprenditore ... Una condotta decettiva che si colloca agli antipodi della *trasparenza* perseguita dai nuovi istituti quale presupposto basilare di tutte le soluzioni alternative della crisi, che assumono come elemento indispensabile la *discovery* completa della situazione aziendale»³⁶.

3. segue: B) Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o di una convenzione di moratoria e C) Piani di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d).

Ancora più incisive sono le censure che la dottrina formula nei confronti del terzo comma dell'art. 236 R.D. n. 267 del 1942, il quale estende la punibilità per i fatti di cui agli artt. 223 e 224 ai casi di accordi di ristrutturazione con intermediari o di convenzione di moratoria di cui all'art. 182 *septies* l. fall.³⁷.

In proposito, le censure si appuntano in primo luogo sulla circostanza che in questo caso la disciplina penale in tema di bancarotta viene riferita a una procedura spiccatamente privatistica (non essendo ad esempio contemplata, a differenza di quanto avviene nel concordato, la nomina di un commissario) e caratterizzata (quanto alla convenzione di moratoria) per la fisiologica assenza di controllo giurisdizionale. In secondo luogo, viene ritenuto illogico il mancato richiamo alla previsione di cui all'art. 217-*bis* R.D. n. 267 del 1942, con la conseguenza che in caso di accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria non opera quella esenzione di carattere generale che è invece prevista con riferimento al concordato preventivo. Infine, si lamenta che il legislatore abbia ritenuto le fattispecie di bancarotta operanti tanto in relazione a condotte compiute prima della stipula degli accordi, quanto in riferimento

³⁴ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 78; CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 237; INGRASSIA, "Rischio d'impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi", Pavia 2018, 185.

³⁵ CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 237.

³⁶ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 78 (corsivo dell'autore).

³⁷ D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1202; CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 256; ALESSANDRI, "Profili penali", cit., 110; GIANESINI, "Il rischio penale nella gestione", cit., 131.

a condotte realizzate nell'esecuzione degli stessi, venendosi così a «rafforza[re] gli accordi attraverso il presidio penale, il quale, tuttavia, finisce per disincentivare l'accesso all'istituto»³⁸.

Infine, si ritiene assolutamente improprio in questi casi ipotizzare una possibilità responsabilità per i vertici aziendali per il reato di bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, comma 3, R.D. n. 267 del 1942. Come detto, in tali circostanze nessun controllo giudiziale è previsto in sede civile ma a tale «completa privatizzazione dell'iniziativa di superamento della crisi corrisponde per l'imprenditore un *rischio di successiva incriminazione* proporzionalmente più elevato»³⁹, in quanto ritenere in tali ipotesi operante il disposto del citato art. 216, comma 3, R.D. n. 267 del 1942 presuppone riconoscere in capo al giudice penale un penetrante potere di controllo sul piano attestato, tanto con riferimento alla veridicità dei dati in esso contenuti quanto in relazione al giudizio di concreta idoneità *ex ante* del programma a raggiungere l'obiettivo di salvataggio dell'organismo produttivo⁴⁰.

4. La bancarotta concordataria e la sua (significativa) lesività per gli interessi dei creditori.

Le critiche della dottrina in ordine al trattamento penalistico riservato all'imprenditore che acceda ad una delle procedure minori sopra menzionate colgono molto parzialmente nel segno ed anzi sono, per la parte più significativa, decisamente infondate. In particolare, se sono condivisibili le perplessità circa l'operatività della disciplina in tema di bancarotta, per il tramite dell'art. 236, commi 2 e 3, agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria ed ai piani di risanamento *ex art. 67 comma 3 lett. d)*, davvero non si comprende per quali ragioni gli artt. 223 e 224 R.D. n. 267 del 1942 non dovrebbero trovare applicazione in caso di concordato preventivo, quand'anche questi assuma la forma di concordato in continuità.

Iniziamo la nostra riflessione facendo riferimento proprio a quest'ultima procedura – di gran lunga, come si è detto, la più rilevante fra quelle previste dalla disciplina in tema di fallimento –, nell'ambito della quale i comportamenti illeciti dell'imprenditore possono essere raccolti intorno a tre ipotesi.

In primo luogo, le condotte riconducibili ai reati di cui agli artt. 223 e 224 R.D. n. 267 del 1942 possono essere tenute, dopo la revoca, per qualsivoglia ragione, del concordato preventivo in precedenza ammesso, con successiva dichiarazione di fallimento della medesima società. In questo caso non vi è nessuna ragione per ritenere

³⁸ CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 256.

³⁹ CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 238.

⁴⁰ MUCCIARELLI, "L'esenzione dai reati di bancarotta", *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1474; ALESSANDRI, "Profili penali", cit., 77.

(ed infatti nessun dubbio è formulato in proposito) che tali comportamenti non siano qualificabili come fatti di bancarotta.

La seconda ipotesi è quella in cui condotte astrattamente “conformi al tipo” della fattispecie di bancarotta patrimoniale, tanto semplice quanto fraudolenta, siano tenute nel corso del rito concordatario ed anzi per dare esecuzione allo stesso: si tratta, cioè, di comportamenti che, visti isolatamente ed in relazione al comportamento oggettivo tenuto dall’imprenditore, rientrerebbero pienamente nella descrizione dei reati di bancarotta contenuta negli artt. 223 e 224, ma che al contempo sono esecutivi di un piano posto a base del concordato preventivo nell’ambito del quale tali condotte sono assunte.

La dottrina è unanime nel ritenere irragionevole l’attribuzione di una valenza penale a queste circostanze. Tali comportamenti possono anche «non esula[re] dalla sfera di tipicità dei paradigmi di bancarotta ...», per il semplice fatto che dette condotte non cessano affatto, per la sola circostanza di essere realizzate in esecuzione di un piano o di un accordo, di ledere i beni giuridici presidiati dalle fattispecie di bancarotta ... Tipici (e offensivi), dunque, al lume dell’oggettività giuridica delle figure di bancarotta; ma non penalmente illeciti nell’ottica del diritto penale concorsuale, in quanto (su tale versante) autorizzati e addirittura, nel quadro d’insieme, ‘caldeggianti’ in funzione del superamento della crisi, contro-interesse prevalente – in prospettiva *ex ante* – rispetto a quelli offesi dalle condotte di bancarotta»⁴¹. Si tratterebbe in sostanza di fare applicazione, in quest’ambito, di una disciplina analoga a quella dettata con riferimento ad alcune determinate operazioni dall’art. 217 *bis* l. fall., non a caso ritenuto espressione di un principio più generale operante in ogni ambito del diritto penale fallimentare, posto che ogni qualvolta «l’imprenditore, abdicando parzialmente alla propria autonomia gestoria (e la locuzione “in esecuzione” ben si presta ad esprimere tale ridotto margine operativo), si dedichi razionalmente al risanamento viene a ritagliarsi una *zona di rischio lecito al lume delle figure di bancarotta*, in quanto l’ordinamento – fra l’interesse alla *par condicio* o alla conservazione della garanzia patrimoniale, da un lato, e l’interesse al rilancio dell’impresa (effettivamente e, quindi, realisticamente programmabile), dall’altro – bilancia i valori in gioco assecondando le iniziative risanatorie»⁴².

⁴¹ CAVALLINI, “La bancarotta patrimoniale”, cit., 238, neretto nostro.

Nello stesso senso, INSOLERA, “Riflessi penalistici della nuova disciplina”, cit., 462.

⁴² CAVALLINI, “La bancarotta patrimoniale”, cit., 227.

In proposito, si vedano anche, sia pur con diversità di accenti ma con esiti analoghi a quelli indicati nel testo, FIORELLA – MASUCCI, “Gestione dell’impresa e reati fallimentari”, Torino 2012, 115; CONSULICH, “Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti”, Torino, 2018, 479; INGRASSIA, “Rischio di impresa come rischio penale?”, cit., 168; LOTTINI, “Il nuovo art. 217 *bis* l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative”, *Fall.*, 2010, 1366; PIOLETTI, “Lineamenti di uno studio sulla bancarotta”, Roma 2015, 491; SCOLETTA, “La ‘specialità’ della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell’art. 217-bis l. fall.”, *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 393; COCO, “Esenzione dai reati di bancarotta nel ‘nuovo’ art. 217-bis della legge fallimentare”, *Legisl. Pen.*, 2011, 7; D’ALESSANDRO, “Il nuovo art. 217-bis l. fall.”, *Soc.*, 2011, 203.

Sul punto, non ci pare ci sia nulla da osservare, se non forse che lo sforzo argomentativo speso per dimostrare la fondatezza di tali affermazioni è fin eccessivo, da un lato perché pare difficile ritenere altrimenti e dall'altro perché quella esaminata pare più che altro un'ipotesi di scuola.

Con riferimento al primo profilo, sarebbe davvero sorprendente pretendere di attribuire valenza penale a condotte che si inscrivono all'interno di un disegno complessivo di riorganizzazione dell'azienda, disegno che, per il tramite del piano di concordato, è stato portato all'attenzione degli interessati (ovvero i creditori) i quali vi hanno prestato il loro assenso, ritenendo quindi non censurabili i passaggi gestionali, cioè le operazioni, i pagamenti, ecc., previsti come necessari per addivenire al perseguimento del risultato voluto. A questa conclusione non si può neppure replicare che il giudice penale potrebbe comunque attribuire rilevanza penale alle suddette operazioni sulla base di una valutazione di infondatezza, irragionevolezza o insostenibilità del programma di risanamento in cui quei comportamenti si inscrivono, giacché – salvo il caso in cui il piano concordatario presentato dall'imprenditore si fondi su dati falsi, ipotesi di cui si è già detto – deve ritenersi che a fronte di un consenso consapevolmente e legittimamente espresso, previa valutazione da parte dei creditori della idoneità della proposta risanatoria, gli spazi per un eventuale sindacato *ex post* del giudice penale, anche in caso di esito infausto della procedura con conseguente successiva dichiarazione di fallimento dell'impresa, siano sostanzialmente preclusi.

Quest'ultimo profilo merita un breve approfondimento, stante la diversità di opinioni in dottrina circa la delimitazione dei poteri del giudice penale in tema di sindacato degli accordi di ristrutturazione. A fronte di chi gli riconosce un ampio potere di accertamento e valutazione in ordine alla veridicità dei dati ed alla fattibilità del concordato preventivo⁴³, vi è chi modula tale potere alla luce della tipologia di controllo effettuato dal giudice civile (e quindi nessuno spazio residuerebbe quando quest'ultimo abbia verificato la veridicità dei dati aziendali, l'adeguatezza dell'accordo e l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori non aderenti, mentre massime sarebbero le possibilità di intervento per il giudice penale in caso di ratifica meramente formale da parte dell'Autorità giudiziaria civile⁴⁴) e chi invece ritiene che «l'intervenuto decreto di omologazione, tanto del ... concordato preventivo quanto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ... precluda al giudice penale qualsivoglia proposta ri-valutazione del pieno o della proposta»⁴⁵. La nostra opinione è in

Contra, ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme", Milano, 2016, 61.

⁴³ BRICCHETTI – PISTORELLI, "La bancarotta e gli altri reati societari" ", cit., 408, secondo cui nessuna norma impedisce al giudice penale di compiere questo accertamento e «l'art. 2, comma 1, c.p.p. attribuisce al giudice penale il potere – dovere di risolvere ogni questione da cui dipenda la sua decisione, salvo che sia diversamente stabilito». Così anche GIANESINI, "Il rischio penale nella gestione", cit., 101; D'ALESSANDRO, "Il nuovo art. 217-bis", cit., 203.

⁴⁴ SCOLETTA, "La 'specialità' della causa di esenzione", cit., 393; MUCCIARELLI, "L'esenzione dai reati", cit., 1474.

⁴⁵ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 77; COCO, "Esenzione dai reati di bancarotta", cit., 11; CHIARAVIGLIO, "Il favoreggiamento del creditore", cit., 466; CAVALLINI, "La bancarotta patrimoniale", cit., 2, 241; FIORELLA – MASUCCI, "Gestione dell'impresa", cit., 128.

quest'ultimo senso ma, a prescindere da ciò, riteniamo che anche qualora si ammettesse la possibilità per il giudice penale di compiere una autonoma valutazione dell'accordo irrilevanti sarebbero comunque le conseguenze poste che l'omologazione in sede civile vale senz'altro a conferire stabilità e legittimazione agli atti compiuti in esecuzione dell'accordo e «sulla base dell'elementare criterio di non contraddizione non [si potrebbe] riconoscere un disvalore penale a fatti che siano espressamente ritenuti legittimi e autorizzati in altri settori dell'ordinamento»⁴⁶.

In conclusione, la presentazione di un ragionevole piano di risanamento dell'impresa, quando lo stesso sia redatto sulla base di dati aziendali veritieri e correttamente rappresentati ai creditori, consente di escludere la sussistenza in capo all'imprenditore di ogni intenzionalità di lesione degli interessi ai creditori anche a fronte di vicende che paiono attentare ai valori della *par condicio* e della consistenza patrimoniale dell'azienda, proprio perché «la prospettiva liquidatoria – e, con essa, i beni giuridici che in tale sfondo assumono preminente centralità – appare ormai recessiva, a tutto vantaggio dei sentieri alternativi di soluzione della crisi in vista del rilancio dell'impresa (valore preminente, stante la reversibilità della situazione di tensione economico-finanziaria che la caratterizza)»⁴⁷.

Sul punto, non ci pare ci sia altro da aggiungere se non, come accennato, che si tratta di preoccupazioni forse eccessive. Non abbiamo trovato, infatti, quanto meno in sede di legittimità, decisioni che “criminalizzassero” operazioni condotte dall'imprenditore in pendenza di concordato ed in esecuzione del relativo piano ed eventuali interventi del giudice penale in tale ambito sono sempre stati giustificati alla luce della natura indiscutibilmente distrattiva e delittuosa (quindi assolutamente incoerente rispetto alle previsioni del programma di risanamento ed anzi in contrasto con i risultati cui lo stesso vuole pervenire) dei comportamenti contestati all'imprenditore⁴⁸.

Un dissenso rispetto alle tesi dottrinali che si sono sopra illustrate lo riscontriamo invece con riferimento all'ipotesi in cui condotte di bancarotta siano state assunte prima dell'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo. La posizione dominante in dottrina la si è già menzionata e può riassumersi nelle parole di chi afferma che la procedura in parola «potrebbe prendere avvio in una situazione di rischio di mero rischio teorico di insolvenza [e] simile eventualità svuota, di fatto, il disvalore dell'ipotetica condotta bancarottiera, posto che il pericolo alla funzione di garanzia del patrimonio rimane ad un livello di particolare astrattezza»⁴⁹; i reati di cui agli artt. 216 ss. R.D. n. 267 del 1942 sarebbero illeciti che trovano il loro specifico contesto nello stato di insolvenza dell'impresa, mentre il concordato preventivo presuppone una “crisi” dell'ente commerciale ed in tale situazione il legislatore si è mosso nel senso di attribuire massimo rilievo (non più all'espunzione

⁴⁶ D'ALESSANDRO, “La bancarotta da concordato preventivo”, cit., 1202.

⁴⁷ CAVALLINI, “La bancarotta patrimoniale”, cit., 241.

⁴⁸ Sul punto ORANO, “Il Codice della crisi e le insidie della continuità”, cit., 4.

⁴⁹ CHIARAVIGLIO, “Le innovazioni penalistiche”, cit., 450

dell'impresa dal mercato attraverso la principale procedura liquidatoria, ma) all'obiettivo della conservazione dell'azienda, affidando a «soluzioni privatistiche la reale selezione degli imprenditori suscettibili di accedere alle soluzioni negoziali, per tal via al riparo da effetti penali e, specularmente, di quelli destinati alla liquidazione concorsuale (con il pesante corredo di conseguenze sanzionatorie)»⁵⁰.

Tali considerazioni ci sembrano assolutamente infondate ed infatti, da un lato nessuna conseguenza sul versante penale deriva dalla circostanza che procedura di fallimento (o liquidazione giudiziale) e concordato abbiano una diversa finalità (liquidatoria la prima, di risanamento la seconda) e natura (sicuramente giurisdizionale le prime, anche privatistica la seconda) posto che tanto in un caso quanto nell'altro il provvedimento che dà corso alla procedura assume nell'ambito della struttura della fattispecie incriminatrice sempre la funzione di condizione obiettiva di punibilità delle antecedenti condotte; dall'altro, quale che sia la procedura esperita, la sussistenza dell'illecito, con riferimento al profilo inerente la lesione o messa in pericolo degli interessi dei creditori, prescinde dall'intensità del dissesto aziendale dipendendo invece dal danno economico subito dai creditori in conseguenza delle distrazioni patrimoniali poste in essere dai vertici dell'azienda.

Per la sfera patrimoniale del creditore poco rileva che l'azienda versi in una situazione di tensione finanziaria ed economica cui può forse porsi rimedio a mezzo di concordato o invece in uno stato di dissesto di tale gravità da doversene disporre la liquidazione giudiziale: ciò che conta per chi vanta pretese verso l'impresa è che in un certo momento intervenga un provvedimento giurisdizionale che, sancendo l'apertura di una procedura concorsuale, evidenzia in via definitiva che la garanzia patrimoniale è divenuta insufficiente per i creditori. Ricostruendo i caratteri del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale si è detto come fino a che la garanzia patrimoniale sia adeguata le condotte tenute dal debitore sono incensurabili in sede penale, posto che qualunque sia la destinazione impressa al bene se il soddisfacimento dei diritti dei creditori non è messo a rischio non vi è alcuna ragione per far ricorso alla risposta penale; tale valutazione però deve modificarsi quando si giunga alla «chiusura dei conti»⁵¹ e ci si avveda che quella precedente deprivazione della garanzia mantiene la sua attualità e «la pericolosità trascolora in danno effettivo arrecato alle ragioni dei creditori, nel senso che quella precedente deprivazione della garanzia ... non è più una probabilità di pregiudizio bensì un'effettiva lesione»⁵².

Orbene, questa "chiusura dei conti" che segna il passaggio, penalmente rilevante, dalla messa in pericolo degli interessi dei creditori al pregiudizio economico effettivo a danno degli stessi, può essere rinvenuta tanto in una decisione di liquidazione giudiziale quanto nel provvedimento di ammissione al concordato preventivo: il reato di bancarotta non presuppone in via esclusiva l'insolvenza dell'azienda o la decisione di fallimento, ma richiede in termini più generali un

⁵⁰ CAVALLINI, *"La bancarotta patrimoniale"*, cit., 259.

⁵¹ Per usare l'espressione di ALESSANDRI, *"Novità penalistiche"*, cit., 1834

⁵² Ancora ALESSANDRI, *"Novità penalistiche"*, cit., 1834.

intervento giudiziale che sottoponga l'impresa ad un arresto ed una forma di gestione eteronoma da parte dell'Autorità giudiziaria, quale che sia il provvedimento giurisdizionale che consente tale esito. È in questo momento infatti che a) diviene attuale, come detto, la lesione per gli interessi creditori, in precedenza posti solo in pericolo dalle condotte di bancarotta, b) viene meno la ragione di opportunità che suggeriva di evitare un interessamento dell'autorità giudiziaria alle sorti di una azienda che, per quanto illecite e depredatorie fossero le condotte tenute in precedenza dai vertici, sembrava ancora in grado di soddisfare i debiti (detto in altri termini, la condizione obiettiva di punibilità presente nella disposizione incriminatrice dei fatti di bancarotta può essere integrata tanto dalla sentenza di fallimento/liquidazione giudiziale quanto dal provvedimento di ammissione al concordato).

Non sono adeguate repliche a queste considerazioni le tesi secondo cui il concordato preventivo deve essere, per espressa previsione, migliorativo rispetto al risultato economico rappresentato dalla dissoluzione del patrimonio per via giudiziale ed dalla vendita parcellizzata dei beni residui del patrimonio che caratterizza la procedura fallimentare⁵³, né rileva la circostanza che il concordato in continuità avrebbe comunque una finalità di ripresa dell'attività imprenditoriale con conseguenti ricadute positive per l'intera collettività, non foss'altro per il profilo occupazionale (esito assai più apprezzabile rispetto all'alternativa rappresentata dall'espulsione dal mercato dell'azienda interessata).

Quanto al primo aspetto, l'esame delle concrete vicende ben dimostra come «molto di rado i creditori, specie quelli chirografari, sono chiamati a votare piani concordatari che prevedano una loro reale soddisfazione, perché il patrimonio residuo a loro disposizione è stato eroso il più delle volte dalle condotte imprenditoriali illecite ... [ed] il legislatore del nuovo codice si dimostra sul punto molto realistico, forse anche troppo rassegnato [astenendosi] dal richiedere all'impresa l'impegno a garantire il pagamento ai creditori chirografari di una percentuale minima del loro credito [cfr. art. 84, comma 3, d.lgs. n. 14 del 2019]»⁵⁴, dovendosi peraltro considerare come nella categoria dei chirografari saranno destinati a refluire anche i crediti privilegiati oggetto di degradazione secondo quanto prevede l'art. 85, comma 7, del Codice della crisi. Che anche nelle procedure concordatarie sia costantemente presente un sacrificio economico relevantissimo per i creditori è dimostrato dalla previsione di cui all'art. 25 del Codice della crisi, il quale, nel disciplinare diverse ipotesi di misure premiali per l'imprenditore che abbia saputo adeguatamente percepire e gestire la situazione di crisi, accedendo tempestivamente ad una procedura regolatrice della stessa, richiede che in caso di concordato i crediti chirografari siano soddisfatti almeno nella misura del 20% (con buona pace di chi, in ambito penalistico, attribuisce tanta ingiustificata rilevanza alla distinzione fra situazione di crisi ed insolvenza!). A chi adotta un approccio realistico e consapevole della prassi quotidiana pare evidente che per i creditori la tanto valorizzata maggiore appetibilità della soluzione concordataria

⁵³ Per tale considerazione ALESSANDRI, *"Novità penalistiche"*, cit., 1835.

⁵⁴ ORANO, *"Il Codice della crisi e le insidie"*, cit., 12.

rispetto a quella liquidatoria *tout court* si risolve di fatto nella maggior parte dei casi nella possibilità di vedere soddisfatti in misura assai limitata i propri diritti in termini leggermente più celeri rispetto ad ipotesi alternative (magari godendo in alcuni casi di garanzie circa l'effettivo adempimento promesso) oltre a vedersi promessa una prosecuzione dei rapporti commerciali con la società che hanno contribuito a "salvare" aderendo al concordato consentendo la falciatura delle proprie spettanze⁵⁵: un po' poco per riconoscere alla convenienza economica della procedura di concordato il valore di "esenzione" dai fatti di bancarotta precedente commessi⁵⁶.

In secondo luogo, con riferimento ai vantaggi che il concordato preventivo presenterebbe – in termini di risanamento aziendale – per l'impresa e per quanti dall'operare della stessa in qualche modo ricavano benefici, è innegabile, per le ragioni che si sono dette, che tali effetti positivi maturano anche (se non soprattutto) grazie al sacrificio economico (assai significativo, si è visto) sopportato dai creditori che approvano il piano⁵⁷. Orbene, nella misura in cui tale pregiudizio patrimoniale dei creditori è conseguenza anche di condotte criminose dei vertici aziendali non vediamo per quali ragioni tali condotte dovrebbero andare esenti da pena, quasi che «l'esito finale della crisi d'impresa è determinato, nei fatti, da elementi che nulla hanno a che vedere con le condotte effettivamente tenute dall'imprenditore, dipendendo dal giudizio del mercato»⁵⁸.

Non solo. Ritenere inopportuna la punizione di fatti di bancarotta seguiti dall'ammissione a concordato preventivo è affermazione (che oltre ad essere ingiustificata, anche) foriera di significative incongruenze nel sistema del diritto penale fallimentare. In primo luogo, subordinare la punibilità per i fatti di cui agli artt. 216 ss. alla presenza di una sentenza dichiarativa di fallimento (o ai provvedimenti ad essa equiparati) significa accettare di mandare esente da sanzioni condotte criminali qualora, per le più disparate e fortunate evenienze successive, non si materializzi la declaratoria giudiziale di insolvenza⁵⁹: come è stato detto, se non si presta adeguata attenzione ai danni economici che i creditori comunque subiscono quando si proceda (non a liquidazione giudiziale, ma) a mezzo delle procedure alternative, allora il ricorso a «strumenti tecnocratici di gestione della crisi d'impresa, basati su considerazioni svolte prevalentemente in chiave di *law and economics*.... [determina]

⁵⁵ Fermo rimanendo che «per un creditore, essere "soddisfatto" mediante la prosecuzione di un rapporto commerciale con una società che in precedenza non lo ha pagato magari non sarà irrisorio, ma di certo suona un pò beffardo»: ORANO, "Il Codice della crisi e le insidie", cit., 12.

⁵⁶ Riprendendo l'espressione che compare nell'art. 217-bis R.D. N. 267 del 1942 e che, come detto, alcuni autori vorrebbero applicare anche nell'ambito di cui al testo.

⁵⁷ Nel senso che le norme in tema di concordato «consentono di accedere ai benefici del concordato in continuità (assenza di spossessamento e di soglia minima di soddisfacimento del chirografo) anche se dalla prosecuzione dell'attività non derivi affatto la maggior parte delle risorse a disposizione dei creditori, purché la continuità consenta la salvaguardia dei posti di lavoro nei limiti e per il periodo previsti dalle norme richiamate», ORANO, "Il Codice della crisi e le insidie", cit., 11.

⁵⁸ ALESSANDRI, "Profili penali", cit., 7.

⁵⁹ ... e magari pure sanzionare una modesta distrazione cui sia seguita, per casuali ragioni, la liquidazione giudiziale.

un'applicazione in chiave sfrenatamente liberistica e probabilmente incostituzionale di fattispecie che possono non applicarsi, a parità di condotte, qualora il debitore abbia la *fortuna* di essere appetibile per un salvataggio»⁶⁰.

In secondo luogo, bisogna prendere atto che nel nostro tessuto economico sono presenti non poche «imprese che basano la loro competitività sulla sistematica omissione del versamento di tasse, imposte e contributi, conquistando spazi di mercato e possibilità di crescita economica a discapito delle imprese rispettose delle regole ... [imprese per le quali] il concordato preventivo in continuità diretta o indiretta (in cui la prosecuzione dell'attività è devoluta ad una *newco* consorella) rappresenta un'occasione ghiotta per chiudere i conti con il passato, acquisendo definitivamente – mercé la falcidia concordataria – i benefici derivanti dal risparmio fiscale e contributivo illecitamente attuato. Ecco dunque il rischio maggiore. Per le sue caratteristiche, prima fra tutte quella di non prevedere lo spossamento tipico del fallimento, il concordato preventivo in continuità, pensato per affrontare impreviste e indesiderate difficoltà imprenditoriali, rischia di diventare un tassello di collaudate e già estremamente diffuse strategie illecite, e quindi rafforzare nell'imprenditore la spinta a premeditare inadempimenti, a concentrare posizioni debitorie di gruppo in una unica impresa (quella da avviare alla procedura), a distrarre risorse economiche e beni, a regolare conti infragruppo con compensazioni difficilmente verificabili e finanche a simulare o creare artatamente una situazione di crisi proprio per lucrare i vantaggi del concordato»⁶¹.

Da ultimo va respinta un'ulteriore obiezione formulata nei confronti della immutata criminalizzazione delle ipotesi di bancarotta scaturenti dall'apertura del concordato preventivo, critica giusta la quale tale scelta del legislatore rischia di disincentivare il ricorso alla (pur più apprezzata rispetto alla liquidazione giudiziale) procedura di concordato preventivo: l'accesso a questo rito, infatti, presuppone l'iniziativa del debitore che deve prospettare ai terzi l'esistenza di una crisi della propria impresa, consegnando a costoro la sorte della stessa, ma tale iniziativa sarebbe fortemente disincentivata nella misura in cui l'imprenditore sia consapevole che l'anticipata (rispetto ai tempi richiesti per pervenire ad una procedura di liquidazione giudiziale) *discovery* delle sue condizioni economiche, finanziarie e patrimoniali può essere foriera di un parimenti anticipata comminatoria di sanzione. L'osservazione investe un profilo di politica criminale ed in quanto tale non può incidere sulla ragionevolezza e legittimità del disposto di cui all'art. 236, comma 2, R.D. n. 267 del 1942: potrà in sostanza criticarsi l'opportunità di punire fatti di bancarotta anche nel caso in cui la risoluzione della crisi sia rimessa alla procedura concordataria, ma non sostenere che tale scelta sia passibile di censure di costituzionalità né che non si possa «ravvisare un'identità di *ratio* tra fallimento e concordato preventivo, in ragione del

⁶⁰ ALESSANDRI, "Profili penali", cit., 10.

⁶¹ ORANO, "Il Codice della crisi e le insidie della continuità", cit., 7.

radicale mutamento di DNA del quale è stata protagonista la procedura concordataria»⁶².

A prescindere da ciò, tuttavia, nemmeno in relazione a tale limitato aspetto la considerazione ora esposta può essere condivisa. Da un lato, la sanzione prevista per i fatti di bancarotta presenta un significativo delta differenziale fra minimo e massimo, il che consente al giudice di valorizzare adeguatamente la condotta dell'imprenditore che, pur avendo in precedenza realizzati fatti di rilievo penale, abbia inteso "anticipare i tempi" e concordare con i creditori il modo di gestione della crisi⁶³; dall'altro oggi l'art. 25 del Codice della crisi garantisce adeguato riconoscimento in termini di mitigazione della risposta punitiva al tempestivo azionarsi dell'imprenditore prevedendo che tale circostanza possa costituire, in presenza di ulteriori presupposti, finanche causa di non punibilità o quantomeno circostanza attenuante dei fatti di bancarotta.

Quanto alla tesi⁶⁴, pur avanzata, secondo cui stante la previsione di cui all'art. 87, comma 1, lett. c), del Codice della crisi, che impone obbligatoriamente al soggetto che presenta il piano di concordato di indicare anche i fatti che potrebbero dar luogo ad azioni di responsabilità contro l'organo gestorio proponente il concordato, la possibilità di sanzionare condotte criminose dell'imprenditore che questi è obbligato a disvelare sarebbe in contrasto con il principio del *nemo tenetur se detegere*, trattasi di affermazione insostenibile posto che è da sempre pacifico in giurisprudenza che il principio in parola opera esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale già avviato⁶⁵.

5. La bancarotta concordataria è la bancarotta da dissesto.

La critica che molti formulano nei confronti della cd. bancarotta concordataria, tuttavia, non convince anche per motivi ulteriori rispetto a quelli che si sono indicati nel precedente paragrafo. Infatti, non solo la lesione degli interessi dei creditori non è in alcun modo meno resa meno significativa (né tanto meno può dirsi assente) quando la procedura concorsuale che interessa il debitore sia il concordato preventivo e non il fallimento, ma deve anche considerarsi come il ricorso ad una modalità alternativa di risoluzione della crisi d'impresa possa determinare una ulteriore e più significativa aggressione del bene giuridico protetto, con modalità diverse da quelle descritte dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

⁶² D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1202.

⁶³ Considerazione che consente di superare le osservazioni critiche di quanti ritengono comunque irragionevole non differenziare in termini di progressione sanzionatoria tra figure tra loro ampiamente differenziate, quali appunto la bancarotta concordataria e quella da liquidazione giudiziale (ALESSANDRI, "Novità penalistiche nel codice", cit., 1835; D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato preventivo", cit., 1202).

⁶⁴ Sostenuta da CHIARAVIGLIO, "Le innovazioni penalistiche", cit., 510.

⁶⁵ Da ultimo, Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 53656.

Come si è visto, quanti contestano la ragionevolezza del richiamo operato dai commi 2 e 3 dell'art. 236 alle fattispecie di cui agli artt. 223 e 224 premettono che tale critica è fondata solo in quanto i dati contabili presenti nel piano di risanamento presentato dal debitore ed attestato dal professionista siano veritieri e corretti. Quando tale circostanza non ricorre e il concordato preventivo viene proposto ed ammesso in ragione di una mendace rappresentazione della situazione economico e patrimoniale dell'azienda, allora eventuali condotte dell'imprenditore conformi al tipo della bancarotta non godono più di alcuna esenzione dalla punibilità proprio perché non possono dirsi poste in essere "in esecuzione" di un piano concordatario: «una condotta decettiva si colloca agli antipodi della *trasparenza* perseguita dai nuovi istituti quale presupposto basilare di tutte le soluzioni alternative della crisi, che assumono come elemento indispensabile la *discovery* completa della situazione aziendale»⁶⁶.

Pur concordando con questa impostazione, ci pare che essa si ponga però in una prospettiva assai limitata per quanto concerne l'individuazione delle fattispecie di reato che possono rinvenirsi in tale circostanza, giacché sono prese in considerazione solo le condotte di bancarotta fraudolenta o semplice (prevalentemente di carattere patrimoniale) tenute dai vertici dell'azienda nella fase antecedente all'ammissione al concordato preventivo nonché quei comportamenti, di portata illecita, posti in essere "in esecuzione" di un piano concordatario dal contenuto menzognero; nessuna attenzione, invece, è dedicata alla qualificazione da riservare alla condotta dell'amministratore societario che, per l'appunto, chieda e ottenga l'ammissione alla soluzione negoziale della crisi di impresa mentendo sulle condizioni economiche e sulle prospettive di superamento della stessa.

In prima battuta a questa nostra osservazione potrebbe replicarsi sostenendo che è lo stesso legislatore ad aver previsto una specifica fattispecie incriminatrice per questa ipotesi. Il riferimento è al reato di falso in attestazioni e relazioni di cui all'art. 236 *bis* R.D. n. 267 del 1942 (oggetto di esame nel prossimo capitolo), la cui presenza nel sistema penale fallimentare consentirebbe di superare «le perplessità ... in merito all'eccessivo valore esimente che, soprattutto nell'ambito dei piani attestati, verrebbe così ad essere attribuito al mero giudizio di un soggetto privato – che potrebbe costituire uno scudo penale di cui sarebbe sin troppo facile abusare –.... Tale fattispecie incriminatrice, colmando il vuoto di tutela puntualmente denunciato in dottrina, costituisce attualmente il coerente contraltare sanzionatorio del delicato ruolo di responsabilità attribuito al professionista nell'ambito della disciplina degli istituti di gestione della crisi d'impresa»⁶⁷. In particolare, il delitto di cui al citato art. 236 *bis* potrebbe essere richiamato con diverse modalità a seconda delle concrete circostanze della vicenda presa in esame, potendosi sostenere che di questo delitto debbano rispondere *ex art.* 110 c.p. tanto l'imprenditore che il professionista i quali si sono accordati perché il secondo nella attestazione del piano di risanamento non evidenziasse le menzogne ivi presenti ovvero il reato potrebbe essere contestato al solo

⁶⁶ ALESSANDRI, "Profili penali delle procedure concorsuali", cit., 78 (corsivo dell'autore).

⁶⁷ SCOLETTA, "La specialità della causa di esenzione dai reati di bancarotta", cit., 422.

debitore il quale abbia ingannato (oltre che i creditori ed il giudice, anche) l'attestatore inducendolo così *ex art. 48 c.p.* a dichiarare il falso nella sua relazione così come la responsabilità potrebbe essere riferita in capo al solo professionista che, avvedutosi di incongruenze nei dati comunicati (in buona fede, ch  altrimenti si rientra nell'ipotesi considerata in precedenza) dal debitore, taccia tale circostanza e ne dichiara falsamente la correttezza ed veridicit ⁶⁸.

A nostro parere, tuttavia, il riferimento alla fattispecie di falso in attestazioni e relazioni   poco aderente al caso in esame in quanto tale delitto non pu  essere richiamato o comunque non   pertinente nel caso, assolutamente frequente (se non addirittura ineluttabile), in cui alla scoperta della portata menzognera del piano si accompagna la revoca del provvedimento di ammissione del concordato e poi la dichiarazione di fallimento della societ .   evidente infatti che pu  muoversi una contestazione di falsit  alla relazione del professionista che ha attestato il piano di risanamento solo quando emerga la falsit  dei dati presenti nel programma stesso; orbene, se il concordato preventivo ha esito positivo e viene infine omologato, difficilmente la circostanza che nel piano fossero presenti menzogne riesce ad emergere: nessuno ha interesse a soffermarsi su tale profilo quando comunque l'intento del risanamento aziendale   stato efficacemente perseguito ed inoltre proprio l'intervenuta omologazione della procedura sar  indice incontestabile della lealt  e correttezza del comportamento assunto dal debitore. Diverso il caso in cui all'omologazione del piano non ci si arrivi e si debba dichiarare il fallimento dell'impresa: in questi casi, alla dichiarazione di insolvenza si perviene proprio perch  le prospettive indicate nel programma di risanamento, le passivit  e le attivit  ivi indicate, le potenzialit  aziendali ecc., erano riportate in maniera fallace e menzognera, sicch  l'esito "fallimentare" della procedura concordataria ("fallimentare" nel duplice senso che la stessa non raggiunge l'obiettivo indicato ai creditori e che la societ  viene, per l'appunto, dichiarata fallita) consente di far emergere come l'accesso alla stessa fosse stato perseguito in maniera fraudolenta dall'imprenditore ed eventualmente da altri soggetti in concorso con lui, come l'attestatore, i professionisti che hanno redatto il piano ecc..

In sintesi, alla predisposizione di un piano concordatario falso – circostanza che isolatamente considerata pu  essere sussunta nella fattispecie di cui all'art. 236 *bis* citato – nella prassi si accompagna, in maniera quasi automatica, non solo la revoca del concordato ma anche la dichiarazione di fallimento dell'impresa (ed anzi, come detto, l'emersione delle falsit  presenti nel piano di risanamento presuppone che dapprima sia accertata la non fattibilit  del concordato e la conseguente insolvenza della societ ). Ci  posto, un fallimento che segua alla revoca di un concordato preventivo in ragione della insostenibilit  del piano relativo, alla cui approvazione si   giunti solo in virt  di una falsa rappresentazione della situazione economica dell'azienda,   vicenda che una ha rilevanza penale, ed in caso di caso di risposta affermativa, quale?

⁶⁸ SCOLETTA, "La specialit  della causa di esenzione dai reati di bancarotta", cit., 423.

È evidente che nel caso considerato potrà parlarsi di bancarotta fraudolenta in relazione alle condotte distrattive e criminali assunte dai vertici aziendali prima dell'ammissione al concordato e durante l'esecuzione dello stesso: il dato è pacifico e non vale la pena di soffermarvisi oltre. Tuttavia, a prescindere da tali rilievi, è la stessa ammissione a concordato in virtù di un piano mendace (e, prima ancora, la stessa presentazione della relativa istanza accompagnata da un programma che espone elementi oggettivi falsi) a rivestire rilevanza penale ed in particolare ad integrare, a seconda delle circostanze, la causazione dolosa del fallimento di cui all'art. 223, comma 2 n. 2, R.D. n. 267 o l'ipotesi di bancarotta semplice di cui all'art. 224, n. 2.

Per comprendere il perché di tale conclusione occorre riprendere le riflessioni (in tale circostanza pertinenti) in tema di distinzione fra stato di crisi, che consente all'imprenditore di accedere alla procedura del concordato in continuità, ed insolvenza, la quale va gestita con la liquidazione giudiziale dell'impresa. Chi nel rappresentare ai creditori ed al giudice le condizioni economico, finanziarie e patrimoniali della propria azienda, ne nasconde l'irrimediabile stato di decozione dando conto falsamente nel piano della sussistenza di una mera difficoltà superabile mediante il ricorso a procedure alternative di risoluzione della crisi evidentemente sposta in avanti l'arresto dell'operatività aziendale e l'espulsione dell'impresa dal mercato consentendone la prosecuzione dell'attività: quando tale mancato arresto della deficitaria produttività aziendale comporta un aggravamento del dissesto che viene registrato in sede di dichiarazione di fallimento – esito questo dell'aggravamento del dissesto che si registra immancabilmente in presenza di una pronuncia di insolvenza che segue alla revoca di un concordato preventivo ammesso sulla base di un piano redatto in maniera fraudolenta: basti solo pensare ai costi, tutt'altro che indifferenti, che la società deve sostenere per la predisposizione della documentazione richiesta – allora non pare ci siano difficoltà a rinvenire le ipotesi delittuose sopra indicate⁶⁹.

Nel caso la inveridicità del piano dipenda da un atteggiamento negligente, colposo dell'imprenditore (si pensi all'amministratore che non abbia saputo adeguatamente strutturare il settore contabile sì da ricavare dallo stesso dati corretti da inserire nel piano) si verserà nell'ipotesi di bancarotta semplice colposa *sub* art. 224, n. 2, che espressamente punisce chi, colposamente come si è detto nel capitolo sesto, abbia «concorso a cagionare o ad aggravare il dissesto della società». Nel caso invece di volontaria e consapevole falsificazione del contenuto del programma di risanamento l'applicazione del disposto di cui all'art. 223, comma 2 n. 2, non è impedita dalla circostanza che tale norma punisce chi ha «cagionato ... con operazioni dolose il

⁶⁹ Nel senso che anche l'eventuale inidoneità del piano per sproporzione quantitativa delle garanzie concesse ai creditori o per sperequazione nel trattamento dei diversi creditori può essere imputata a titolo doloso o colposo – in presenza di formale attestazione od omologazione – quando la sproporzione presenti caratteri talmente manifesti e irragionevoli (e dunque assenza di qualsivoglia giustificazione economico – finanziaria) da poter essere considerata indubbiamente sintomatica di un preciso elemento soggettivo in capo al soggetto attivo, i professionisti attestatori dovrebbero essere chiamati a rispondere a titolo di concorso nel fatto di bancarotta, oltre che di false attestazioni *ex* art. 236 *bis* l. fall., MUCCIARELLI, "L'esenzione dai reati di bancarotta", cit., 1475.

fallimento della società», posto che la circostanza che sia la dichiarazione giudiziale di insolvenza e non il dissesto l'evento del reato certo non comporta l'irrelevanza delle conseguenze pregiudizievoli che dalle condotte dolose (da individuarsi in questo caso nel ricorso fraudolento alla procedura di concordato, anziché presentare istanza di fallimento) sono derivate in capo al patrimonio sociale giacché la sentenza di fallimento accerta e presuppone il dissesto dell'impresa, dissesto che, nella sua consistenza numeraria espressiva delle perdite patrimoniali ed economiche sopportate, è, per l'appunto, anche il risultato dei comportamenti censurabili tenuti dagli amministratori e dai vertici dell'azienda.

Un'ultima precisazione. La situazione che stiamo esaminando non va confusa con quella in cui l'inadeguatezza del piano o dell'accordo poggi non su dati aziendali oggettivamente non veritieri ma su una valutazione tecnica che, benché abbia poi condotto all'attestazione o all'omologazione in sede civilistica, sia viceversa ritenuta «incongrua» dal giudice penale nell'esercizio dei propri poteri di sindacato. A prescindere, cose si è detto, dalla difficoltà di riconoscere in capo al giudice penale il potere di discostarsi dal giudizio positivo che del programma di risanamento hanno fornito i creditori ed il giudice civile, è palese che la rilevanza penale *ex art. 223, comma 2 n. 2, R.D. n. 267 del 1942* di una dichiarazione di fallimento che segua alla revoca del concordato preventivo precedentemente ammesso non può che passare dalla prova di un accordo tra il professionista e l'imprenditore funzionale a veicolare positivamente il giudizio di idoneità/fattibilità/ragionevolezza, che altrimenti avrebbe avuto esito negativo: quando tale prova sia raggiunta, allora non solo si potrà parlare, come detto, di responsabilità dell'imprenditore per il cagionamento del fallimento dell'impresa, ma di tale delitto dovrà rispondere chiunque (ed in particolare, oltre ovviamente al professionista attestatore, anche i professionisti che abbiano contribuito alla redazione del piano di risanamento) abbia in qualche modo collaborato alla predisposizione strumentale e fraudolenta dell'istanza di concordato.

In mancanza invece della dimostrazione di un tale accordo criminale fra l'imprenditore ed i diversi soggetti che lo hanno assistito nella formulazione dell'istanza di concordato, salvo eventualmente configurare la fattispecie di bancarotta da dissesto nella sua forma colposa *ex art. 224 n. 2*, si dovrà riconoscere efficacia esimente all'affidamento che l'imprenditore possa nutrire sulla correttezza nella valutazione attestata od omologata: anche nelle ipotesi in cui si possa sospettare un atteggiamento compiacente e benevolo del professionista incaricato di redigere i piani di risanamento poi rivelatisi inefficaci, e giudicati incongruenti all'esito del giudizio di prognosi postuma, non si potrà rimproverare all'imprenditore fallito (che pure abbia fatto opera di convincimento o comprensibili ma lecite pressioni per ottenere l'attestazione di adeguatezza) la fiducia riposta nella valutazione espressa nello svolgimento dell'attività tecnica da un soggetto terzo, esperto e indipendente.

6. Bancarotta da dissesto e il falso in attestazioni e relazioni.

Considerazioni analoghe a quelle che si sono formulate nel precedente paragrafo possono essere formulate con riferimento alla posizione dell'attestatore che renda nell'ambito delle relazioni ed attestazioni da lui redatti dichiarazioni mendaci.

Come è noto, a tale condotta criminosa il legislatore, dopo numerose sollecitazioni⁷⁰, ha dedicato una specifica disposizione incriminatrice, l'art. 236-bis R.D. n. 267 del 1942⁷¹ che punisce «il professionista attestatore che nelle relazioni o attestazioni degli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinques e 186 bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti»⁷², ma tale previsione incriminatrice ha avuto scarsissima applicazione nel corso di questi anni⁷³. La poca attenzione ricevuta da tale disposizione si spiega in

⁷⁰ In proposito, TROYER, *“Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d’impresa”* Riv. Dott. Comm., 2008, 111.

⁷¹ Su tale disposizione, D’ALESSANDRO, *“Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236-bis l. fall.), tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche”*, *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 537; PIVA, *“Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista”*, *ibidem*, 565; MAZZOLENI, *“Verità o correttezza nell’attestazione dei progetti di risanamento della crisi d’impresa”*, *ibidem*, 493; CONSULICH, *“Nolo cognoscere. Il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236-bis l. fall.”*, Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 2012, 613; BORSARI, *“Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate della crisi d’impresa. Una primissima lettura”*, Dir. Pen. Cont., 6 novembre 2012; GUERINI, *“La responsabilità penale del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa”*, *ivi*; FIORE, *“Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d’impresa”*, Fall., 2013, 1184; CERQUA, *“La tutela penale del concordato e dei piani attestati”*, *ivi*, 2014, 1116; MUCCIARELLI, *“Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni”*, Ind. Pen. 2014, 129; Id. *“Il ruolo dell’attestazione e la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni”*, *Ilfallimentarista.it*; BERSANI, *“La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236-bis l. fall.”*, Arch. Pen., 2014, 129; MEZZETTI, *“Falso in attestazioni o relazioni”*, *ivi*, 2015, n. 1; BAFFI *“Attestare stanca”*, Dir. Pen. Cont., 25 giugno 2015; BRUNO – CALETTI, *“L’art. 236-bis l. fall: il reato di falso in attestazioni e relazioni”*, in Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa (a cura di), *Diritto penale dell’economia*, Torino 2016; PANTANELLA, *“Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione temporale e spaziale dell’art. 236-bis l. fall.”*, Cass. Pen., 2019, 809.

⁷² Si noti che la fattispecie incriminatrice, ma con una significativa modifica, nel Codice della crisi il quale all’art. 342 punisce «il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, commi 2 e 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati». È scomparso quindi ogni riferimento ai profili attinenti alla fattibilità del piano, per riferire il profilo della falsità, alla sola esposizione di dati materiali.

Sulla nuova disposizione MUCCIARELLI, *“L’informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi e dell’insolvenza dell’impresa”*, Dir. Pen. Proc., 2020, 539.

⁷³ Tra le poche sentenze reperibili nella giurisprudenza di merito si richiamano: Trib. Torino, Sez. G.i.p., ord., 16 luglio 2014, in Cass. pen., 2014, 2422, con nota di GROTTO, *“Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d’impresa”*; Trib. Pescara, 30 settembre 2019, il cui testo è consultabile sul portale www.leggiditalia.it; Trib. Alessandria, 14 ottobre 2019, commentata da PONTEPRINO, *“Falso in attestazioni e relazioni: i labili confini della responsabilità penale del professionista attestatore”*, *Sistema Penale*, 6 marzo 2020.

ragione del fatto che in quanto il citato art. 236 *bis* attribuisce rilevanza penale ad un comportamento che, ben lungi dall'esaurirsi in un illecito di falso, integra un altro e più grave illecito: la condotta fraudolenta del professionista attestatore è infatti il più delle volte una forma di concorso nella fattispecie di bancarotta da dissesto, delitto che, come abbiamo detto al termine del precedente paragrafo nono, tipicamente si registra in caso di fallimento dichiarato a seguito di revoca di un concordato preventivo supportato da una falsa rappresentazione della situazione dell'azienda e delle sue potenzialità di ripresa⁷⁴.

Detto altrimenti, considerate le diverse modalità con cui può essere integrato il reato di bancarotta *sub specie* di aggravamento del dissesto a mezzo di operazioni dolose *ex art.* 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267 del 1942 è agevole avvedersi come nella gran parte dei casi la scelta dell'attestatore di predisporre documentazioni menzognere, lungi dal porsi come episodio criminoso isolato ed autonomo all'interno di una procedura concorsuale regolarmente instaurata, si iscriva all'interno del disegno criminoso dell'imprenditore che cerca di ottenere l'ammissione di un concordato preventivo pur in assenza dei requisiti di fattibilità e fornendo una mendace rappresentazione dell'effettiva situazione aziendale⁷⁵.

Questa conclusione è palese in caso di comprovato accordo fra debitore e professionista perché questi dichiara l'affidabilità di un piano di risanamento insostenibile⁷⁶, ma non ci pare che la conclusione cambi nel caso in cui l'attestatore svolga il proprio compito in maniera *intenzionalmente* sciatto e disattento, non verificando analiticamente i dati contenuti nel programma di risanamento, tacendo della circostanza di non aver proceduto ad autonoma valutazione degli elementi fornitigli dall'imprenditore, ecc.. In questa ipotesi, infatti, il professionista, pur se non pienamente consapevole della falsità dei dati attestati, sa che la negligenza con cui opera è circostanza che può consentire il concretizzarsi di un aggravamento del dissesto conseguente alla dichiarazione di fallimento dell'impresa dopo che si è riscontrata l'insostenibilità dello sforzo concordatario – insostenibilità relativamente alla quale l'attestatore manifesta assoluta indifferenza quando, ad esempio, porti a

In sede di legittimità, si richiama la sola decisione Cass., Sez. V., 2 dicembre 2015, n. 9542 (si veda il commento di FONTANA, "Ai fini penali, il professionista attestatore del concordato non è un pubblico ufficiale", *Dir. & Giust.*, 2016, fasc. 13, 56), in cui si è che al professionista attestatore possa essere conferita la qualifica di pubblico ufficiale. Sull'impatto della fattispecie *de qua* nella prassi applicativa, JANNUZZI – REGI, "Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma", *Dir. Pen. Cont.*, 12 maggio 2017.

⁷⁴ Così, GUERINI, "La responsabilità penale", cit., 19, il quale tuttavia ritiene che il reato che con maggiore frequenza andrà contestato all'attestatore è il concorso nel reato di bancarotta preferenziale".

BORSARI, "Il nuovo reato di falso in attestazioni", cit.; INSOLERA, "Il concorso di persone nei reati fallimentari", *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 817. Per la configurabilità di una posizione di garanzia, rilevante ai fini dell'art. 40 c.p., in capo all'attestatore, SCHIAVANO, "Il professionista 'attestatore' nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: la sua qualifica penalistica", *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2010, 282.

⁷⁵ Nel senso che in tale caso può parlarsi solo di concorso nei reati di bancarotta e non di falso in attestazioni e relazioni, GUERINI, "La responsabilità penale del professionista", cit., 19.

⁷⁶ MUCCIARELLI, "L'informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa", *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 539; PIVA, "Vecchie soluzioni", cit., 565, che però riferisce il concorso con il debitore al solo reato di bancarotta fraudolenta documentale.

termine frettolosamente il suo incarico per ottenere quanto prima il compenso o sia ingiustificatamente benevolente nei confronti delle dichiarazioni del debitore per non entrare in contrasto con colui che dovrà corrispondere il compenso pattuito.

7. La (problematica figura della) bancarotta nel piano di risanamento di cui all'art. 67 e negli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria.

Diversamente da quanto sostenuto con riferimento al concordato preventivo, è invece incongrua – e destinata ad essere inoperante, come vedremo – la scelta di ritenere configurabili reati fallimentari anche nel caso in cui la procedura di gestione della crisi sia affidata ad un piano di risanamento o ad uno degli accordi indicati dall'art. 182 *septies* dell'attuale legge fallimentare (oggi artt. 48 e 61 del Codice della crisi).

A prescindere dalla circostanza che trattasi (specie il piano di risanamento) di istituti di natura schiettamente privatistica che non necessitano di alcuna omologa giudiziale ai fini della loro efficacia o che rimandano il sindacato del giudice ad un momento successivo (se non eventuale, come nel caso della moratoria) rispetto alla conclusione dell'accordo⁷⁷, il profilo problematico del previsto raccordo fra tali due procedure ed i reati di bancarotta è rappresentato dal fatto che il contenuto della previsione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 236 R.D. n. 267 del 1942, quando riferito al piano di risanamento ed agli accordi di ristrutturazione o convenzioni di moratoria, pecca in maniera ingiustificabile di determinatezza e tassatività. Nei reati di bancarotta la dichiarazione giudiziale di insolvenza si pone come condizione di punibilità dell'illecito, il quale a sua volta si considera consumato al momento della pronuncia della sentenza; ciò posto, non si vede come calare queste affermazioni in caso, ad esempio, di conclusione di un accordo di ristrutturazione, essendo dubbio quando tale convenzione possa dirsi definitiva – rileva la conclusione del primo accordo con alcuni degli intermediari o il termine può spostarsi in avanti quando altri soggetti scelgano di aderire alla convenzione? E laddove alcuni soggetti si oppongano all'accordo che alcuni intermediatori abbiano formulato, la condizioni di punibilità andrà rinvenuta nel momento in cui in sede giurisdizionale l'opposizione è respinta?

Tale situazione di incertezza, che riverbera i propri effetti non solo su profili (certo non irrilevanti) quali quello di individuazione del luogo di commissione del reato o del tempo di consumazione dello stesso ma anche sulla determinazione del momento in cui va valutata la portata offensiva delle diverse condotte tenute dall'imprenditore, rende a nostro parere destinata ad essere inoperante in *parte qua* la previsione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 236 – e d'altronde non si rinvencono decisioni sul punto.

Inoltre, il Codice della crisi presenta un'ulteriore innovazione che aggrava i già numerosi profili di incoerenza sistematica di cui si è detto. L'art. 341, ultimo comma,

⁷⁷ DI MARZIO, "Crisi d'impresa", cit., 520.

nel trasporre il disposto dell'attuale art. 236 l. fall. nell'ambito degli accordi di ristrutturazione e della convenzione di moratoria, ha sostituito gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (182 *septies*) con il nuovo e diverso istituto dei cd. accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (di cui all'art. 61 del nuovo codice), così creando una nuova incriminazione la quale, però, non risulta in alcun modo ricompresa nella delega conferita dal Parlamento al Governo: in particolare, gli accordi ad efficacia estesa hanno portata ben più ampia di quelli di cui all'art. 182 *septies* l. fall., specialmente con riguardo alla figura degli accordi di ristrutturazione a efficacia "generalizzata" (art. 61, commi da 1 a 4), che, riproducendo il modello del concordato in continuità, possono essere conclusi con creditori appartenenti a qualunque tipologia (e non soltanto intermediari finanziari, come nel caso del quinto comma dell'art. 61 CCII e come già oggi prevede l'art. 236, comma 3, l.fall.). Analogo effetto di non consentita introduzione di una nuova fattispecie di reato si osserva anche in relazione agli accordi di ristrutturazione omologati *ex* art. 48, comma 5, CCII che – innovando profondamente rispetto alle previsioni della legge fallimentare – stabilisce che qualunque tipo di accordo di ristrutturazione può essere omologato (a determinate condizioni) anche senza l'adesione dell'Amministrazione Finanziaria, se tale adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze prescritte per l'approvazione degli accordi: il mancato richiamo di tale forma di accordo all'interno dell'art. 236, comma 3, l.fall. ne esclude(va) la potenziale rilevanza ai fini dell'applicazione delle fattispecie di bancarotta, per cui anche in questo caso il codice della crisi darà vita a una nuova incriminazione, essa pure, però, non supportata da espressa delega da parte del Parlamento⁷⁸.

⁷⁸ D'ALESSANDRO, "La bancarotta da concordato", cit., 1222; ALESSANDRI, "Novità penalistiche", cit., 1835.