

CRISI D'IMPRESA

Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura

Courmayeur, 20 – 21 settembre 2019

I profili penalistici

Alessandra Rossi

SOMMARIO: 1. Le scelte ‘di campo’ del legislatore. – 2. Illazioni critico-ricostruttive su alcune fattispecie, inalterate od innovate. – 3. Un rafforzamento nei contenuti delle posizioni di garanzia in campo societario?. – 4. Bancherotte e gruppi di imprese: cambiamenti ‘di rotta’ e possibile consolidamento delle opzioni esegetiche.

1. *Le scelte ‘di campo’ del legislatore.* – Già con la prima corposa riforma ‘civilistica’ delle procedure concorsuali che prese avvio nel 2005 non vennero introdotte dirette modifiche alle disposizioni penali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (la cosiddetta legge fallimentare), con le variazioni determinate soltanto di riflesso, a seguito della ricaduta di abrogazioni o revisioni ‘civilistico-fallimentari’ sulle fattispecie penali originarie: così, la riforma delle procedure concorsuali era venuta a rappresentare, per ‘dire comune’, la grande occasione mancata del diritto penale del fallimento, con la determinazione di ‘scontri’ e contraddizioni tra regole e violazioni e con scelte operative non più ‘condivise’, posto che la riforma del 2005 si sviluppava su una visione socio-economica dell’insolvenza imprenditoriale rinnovata, enucleata nel superamento della visione tradizionale, la quale demandava alle procedure concorsuali un compito meramente liquidatorio dell’impresa insolvente. Divenne già allora abissale la distanza che separava la parte penalistica dal contesto della legge fallimentare, che aveva ormai intrapreso la più moderna ed opportuna strada del (tentativo di) recupero/mantenimento dell’attività economica, mentre l’anteatta normazione aveva perseguito finalità essenzialmente liquidatorie dell’impresa insolvente, appunto finalità del pari ‘riprese’ ed allineate nella consequenziale sistematica punitiva. Non ultimo rilevandosi come si era finalmente evidenziata una precipua considerazione dell’imprenditore societario rispetto alla pregressa costruzione nel 1942 (peraltro, al tempo logica e rispondente alla realtà di impresa) del complesso legislativo, civilistico e penale, essenzialmente sulla figura dell’imprenditore individuale.

La attuale ‘rivoluzione’ del diritto delle procedure concorsuali a livello civilistico (di cui alla l. delega 19 ottobre 2017 – d. lg. 12 gennaio 2019, n. 14), tra il resto caratterizzata – e non è certo marginale – dalla opportunità della tempestività della rilevazione della crisi, secondo una logica preventiva di intervento e così da esplicita preferenza per gli strumenti di regolazione della crisi atti a consentire/agevolare la continuità aziendale, determina un rinnovato ed incrementato contrasto (che potremmo definire ‘elevato alla seconda potenza’) con la parte penale dello stesso, come ben noto esclusa dalla legge delega e pertanto ‘privata’, per una espressa scelta in tal senso dello stesso legislatore delegante, di quel opportuno *restyling* che, oltre a concretizzare un auspicato intervento su un complesso normativo penale economico risalente al 1942 e così obsoleto nel contesto del presente diritto dell’economia, avrebbe determinato quella doverosa sincronia e quella necessaria sinergia tra la parte fisiologica e la parte patologica della normazione: se per ‘sistema’ si intende un complesso di elementi interagenti – nel caso, normativi e ‘di scopo’ – caratterizzati da regole sostanziali, fisiologiche e se opportuno patologiche e processuali, è immediata l’opportunità di una struttura (normativa) come già indicato allineata nelle finalità. Ne risulta viepiù scontata l’incoerenza della parte penale (quantomeno, nei suoi principali risvolti) del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (CCII), con il ruolo del tutto negletto del diritto punitivo nella ‘regolamentazione’ più innovativa dell’economia, *id est* nel senso di ‘prevenzione’ della realizzazione del reato, nel quadro di una gestione e di un controllo del rischio appunto di realizzazione dello stesso, oltretutto in un

settore che tradizionalmente rappresenta l'originario nucleo del diritto penale commerciale e che ben avrebbe 'meritato' attenzione normativa.

Per quanto di interesse in questo scritto, il CCII entrerà in vigore, ai sensi dell'art. 389, comma 1, decorsi 18 mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 14 febbraio 2019 e pertanto il 15 agosto 2020. Sempre per quanto qui di interesse, è, tra gli altri, vigente dal 16 marzo 2019 l'art. 375 *Assetti organizzativi dell'impresa*, di modificazione, con l'inserimento nel disposto del comma 2, dell'art. 2086 c. c., oggi rubricato *Gestione dell'impresa*. Nell'eventualità di non improbabili, ulteriori interventi di modificazione, la l. 8 marzo 2019, n. 20 ha esteso al Governo per ulteriori due anni la delega sulla riforma concorsuale.

1.1. Nell'art. 349 del CCII si legge che *“nelle disposizioni normative vigenti, i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituiti, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie”*. Il legislatore pare manifestare la volontà (certamente in astratta linea di massima, attendendosi la prova della validità dell'asserzione allorquando si passerà al vaglio dell'operatività concreta) di evitare problematiche sull'esistenza di fenomeni abolitivi, stante appunto la 'forte' formula assunta. Con l'imperativo in linea con quanto caratterizzante al riguardo la legge delega, che ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), presenta quale *“principio generale”* con valenza diretta anche sulle disposizioni penali di cui al r. d. 267 del 1942, il fatto che, oltre alla sostituzione del termine 'fallimento' e dei suoi 'derivati' con l'espressione 'liquidazione giudiziale', comunque deve restare ferma la continuità normativa delle fattispecie criminose. Anticipo che nelle successive considerazioni verranno poste all'attenzione alcune 'sfasature' rispetto alla fissità dell'assunto; al riguardo, tuttavia, l'art. 1, comma 2 della l. delega 155 del 2017 stabilisce che nell'esercizio della delega il Governo *“cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie”*. Inoltre, la legge delega prende posizione circa la nuova costruzione delle fattispecie di cui agli artt. 344 e 345 CCII, disciplinanti le responsabilità penali dei soggetti esclusi dalla liquidazione giudiziale (e si veda al riguardo il dato corrispondente definitorio di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), e), o) CCII in riferimento all'impresa minore/imprenditore minore, al consumatore ed al professionista) e la responsabilità dei componenti dell'Organismo di composizione della crisi di impresa, come si 'occupa', tra i criteri direttivi, della previsione di misure 'favorevoli' per il soggetto attivo di alcuni reati.

Scusandomi per l'elencazione, le disposizioni penali del Codice sono state collocate negli artt. 322 – 347 (Titolo IX, Capi I – V). Si evidenziano i *Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale* (Capo I); i *Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale*; le *Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa* (Capo III); i *Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi* (Capo IV – per ciò che concerne gli artt. 344 e 345, si tratta di norme essenzialmente di nuova creazione, come *supra* evidenziato); le *Disposizioni di procedura* (Capo V). Altre disposizioni connesse al complesso penale sono contenute negli artt. 25, comma 2 (in relazione alle *Misure premiali*, con l'introduzione di una causa di non punibilità e di una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale) e 317 – 321, di cui al Titolo VIII *Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali* (reali, con specifico riferimento normativo al *Principio di prevalenza delle misure cautelari reali tutela dei terzi*, al *Sequestro preventivo* ed al *Sequestro conservativo*).

Mi preme fissare il 'perimetro operativo' dello scritto: in un quadro di interesse 'societario', una carrellata su alcune peculiarità delle norme penali del CCII, in un contesto comunque di 'lettura' generale ed una riflessione più 'mirata' dedicata alla realizzazione in concorso di persone/organismi

societari delle ipotesi conferenti, essenzialmente nel contesto dell'apporto omissivo atipico, a seguito della nuova e più sofisticata costruzione delle posizioni di garanzia appunto nell'ambito dell'omesso impedimento del reato ed alla possibile riconsiderazione dei parametri del rischio penale 'fallimentare' nelle operazioni infragruppo.

2. *Illazioni critico-ricostruttive su alcune fattispecie, inalterate od innovate.* – Il *cahier de doléance* ha ben poche pagine rimaste bianche, a fronte di reiterati appelli e richieste di interventi modificativi che ormai da più di settant'anni caratterizzano i vari commenti: interventi – mi piace ribadirlo – che avrebbero potuto trovare giusta collocazione nella parte penale del CCII. Così, in un contesto di globale valutazione, le disposizioni presentano e continueranno a presentare punti di criticità per struttura e formulazione.

Accanto ad alcune inesattezze sistematiche e terminologiche ed a difetti di coordinamento, si segnano negativamente soprattutto l'abuso del sistema casistico e quello dei rinvii a catena.

Il sistema casistico, caratterizzato dalla costruzione di fattispecie a minuziosa elencazione di plurime condotte, se si presenta apparentemente e formalmente preciso e tassativo, incontra in realtà il limite sostanziale dell'impossibilità di prevedere e ricondurre alle previsioni astratte, seppur appunto 'moltiplicate', tutte le possibili e mutevoli situazioni in concreto perfezionabili, che potrebbero trovare 'considerazione punitiva' soltanto in formulazioni normative a portata ed a contenuto più generale. E' così frequente conseguenza di tale sistema la difficoltà di sussumere il fatto concreto, nelle sue variabili operative, sotto una od altra delle modalità comportamentali, con consequenziali sperequazioni di giudizio e di 'risultato' processuale.

Quanto al rinvio, se ne fa ampio uso al fine di estendere norme incriminatrici dettate per un soggetto determinato (solitamente, l'imprenditore esercente un'attività commerciale dichiarato fallito/dichiarato in liquidazione giudiziale) ad altri soggetti (quali soci illimitatamente responsabili; amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite/in liquidazione giudiziale; institore di preponente imprenditore dichiarato fallito/dichiarato in liquidazione giudiziale), ovvero per determinare l'operatività di alcune fattispecie (solitamente, le bancherotte, alle quali il complesso delle disposizioni del Titolo VI della legge fallimentare/Titolo IX del CCII attribuisce una posizione centrale e dominante), 'pensate' e 'costruite' per il fallimento/la liquidazione giudiziale, alle altre procedure concorsuali/nuovi istituti del CCII, ontologicamente differenti e solitamente non 'congeniali' per la realizzazione di dette ipotesi di reato. Ne derivano importanti difetti di coordinamento; con le difficoltà che accrescono allorché si incontrino rinvii plurimi, 'rimbalzanti' da norma a norma. E se si pone mente alla nuova e massima considerazione nel CCII degli istituti 'salvifici', privilegiati rispetto alla procedura della liquidazione giudiziale, il *crash* normativo assume e presenta una rinnovata ed incrementata negatività. La conseguenza si identifica in un coordinamento impreciso sia in punto condotte, sia in punto oggetti materiali, sia ancora in punto soggetti attivi e soggetti passivi.

2.1. Ricollegandomi a quanto *supra* già assunto, la scelta normativa si è caratterizzata nel mantenimento delle disposizioni pregresse, in un quadro di intervento limitato a "*norme che riproducono, sul piano delle condotte incriminate, le corrispondenti previsioni della legge fallimentare*".

A titolo esemplificativo, il testo del CCII appare coerente con le premesse programmatiche poste dalla legge delega e dalla Relazione nella parte dedicata alla bancarotta propria, nonché nel comma 1 dell'art. 329 (bancarotta impropria societaria) ed in altre fattispecie penali, con il pensiero che corre all' art. 327 (denuncia di creditori inesistenti) od alle norme in tema di illeciti del curatore (artt. 334 ss.): in tutti questi casi il legislatore delegato ha proceduto effettivamente a riscrivere le norme soltanto sostituendo al termine 'fallimento' quello di 'liquidazione giudiziale' ed al termine 'fallito' quello di 'imprenditore in liquidazione giudiziale'. E così, ancorchè con riferimento ai reati del curatore se opportuna avrebbe potuto essere la modifica ai contenuti dell'art. 228 legge fall.

Interesse privato del curatore negli atti del fallimento, inalterato nel testo dell'art. 334 CCII *Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale*, posto che nell'esordio di cui alla clausola di riserva vengono richiamati articoli espunti dalla sistematica penalistica, forse ancora più logico sarebbe parso proprio l'intervento ablativo della rubrica dell'articolo, considerato che nella sistematica dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di cui alla codificazione penale fin dalla riforma del 1990 intervenuta su detti reati la fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio è stata abrogata, giusto il 'trasferimento' della rilevanza penale della condotta nell'art. 323 c. p *Abuso d'ufficio*.

2.2. È rimasto invariato anche il contenuto descrittivo della norma incriminatrice del *Ricorso abusivo al credito*: l'art. 325 CCII - come l'attuale art. 218 legge fall. - prevede quale segmento della condotta tipica la dissimulazione alternativa del dissesto o dell'insolvenza. La norma è stata modificata nel 2005.

Premessa a mio vedere la non necessità della sottoposizione a fallimento/ liquidazione giudiziale dei soggetti attivi per la punibilità del fatto nell'ipotesi di cui è causa ed a prescindere dalla problematicità del duplice oggetto della dissimulazione (ricordandosi al riguardo che il CCII, nell'esordio dedicato alle *Definizioni* non si caratterizza anche per la definizione del concetto di dissesto, ferma invece la definizione dello stato di insolvenza), continua a riscontrarsi nel testo normativo di cui all'art. 218 legge fall. una prima peculiarità circa i soggetti attivi, che sono evidenziabili nei 'classici' soggetti societari — con l'ovvia esclusione dei sindaci — e nell'imprenditore esercente un'attività commerciale. Il legislatore del 2005, quindi, riunisce in un'unica fattispecie categorie di soggetti da sempre tenute distinte nel generale complesso del diritto del fallimento e nello specifico del diritto penale del fallimento, sul giusto presupposto di una paritaria valutazione del disvalore di comportamento a prescindere dalla operatività individuale o 'societaria'. Peraltro, va rilevato che gli amministratori ed i direttori generali quali soggetti richiamati nell'art. 218 legge fall. erano già destinatari del reato — proprio quali 'soggetti attivi societari' — nella fattispecie di cui all'art. 225 legge fall. (sempre rubricata *Ricorso abusivo al credito*), che sanziona (*rectius*, sanzionava) il ricorso abusivo al credito in società dichiarate fallite. È evidente la 'svista' che ha segnato nel 2005 del legislatore della riforma, il quale, non essendosi premurato di abrogare espressamente l'art. 225, ha aperto incongruamente la strada ad una non indifferente problematicità esegetica, stante la duplicità di fattispecie con (parzialmente) analoghi destinatari: fattispecie delle quali la prima — l'art. 218 — non richiede (giova evidenziarlo) la presenza della clausola condizionante della sentenza dichiarativa di fallimento, presenza richiesta, invece, nella seconda. E se pur è chiaro che a fronte della nuova formulazione dell'art. 218, le ragioni della sopravvivenza del reato di cui all'art. 225 si palesino alquanto discutibili, tanto da non apparire arbitrario per una attenta dottrina il sostenere che la mancata abrogazione sia dovuta a mera disattenzione del legislatore nella stesura della l. 262 del 2005 ed altri Autori abbiano ritenuto, correttamente, ormai privo di rilevanza l'articolo in parola, non si può non rammaricarsi, in un quadro di certezza e di effettività di fattispecie penalmente rilevanti, della carenza di sistematicità della rivisitazione normativa del 2005 *in parte qua*. Anche oggi analogo si presenta il raffronto tra il testo dell'art. 325 CCII ed il testo dell'art. 331, con il primo che prevede quali soggetti attivi gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale ed il secondo che prevede quali soggetti attivi gli amministratori e i direttori generali di società sottoposte a liquidazione giudiziale. La norma considerata 'inoperativa' permane dunque nel nuovo testo, a fronte di una attesa espunzione: credo, un'occasione mancata in punto doverosa razionalizzazione.

2.3. Nel CCII permane la regola per cui la sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società con soci a responsabilità illimitata produce l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale anche nei confronti dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili (giusto il tenore dell'art. 256, comma 1, in riferimento all'art. 147, comma 1 legge fall.). Peraltro, ai sensi dell'art. 328 CCII *Liquidazione giudiziale delle società in nome*

collettivo e in accomandita semplice: “Nella liquidazione giudiziale delle società in nome collettivo e in accomandita semplice le disposizioni del presente capo [Capo I, Reati commessi dall’imprenditore in liquidazione giudiziale; specificazione aggiunta] si applicano ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili”, a prescindere dalla loro qualificazione di imprenditori commerciali, ma comunque soltanto allorquando soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo ed in accomandita semplice, con esclusione quindi, stante il costituzionalizzato divieto di analogia *in malam partem*, degli accomandatari delle società in accomandita per azioni, trattandosi di società non ricomprese nella rubrica e così nel perimetro operativo della fattispecie penale ‘di estensione’, per quanto gli amministratori/accomandatari anche di queste, per il disposto di cui all’art. 256, comma 1 CCII, siano dichiarati in liquidazione giudiziale, al pari degli altri soci illimitatamente responsabili, a seguito della liquidazione giudiziale della società.

Il difetto di coordinamento determina, già con presenza nella legge fallimentare (per il combinato disposto dell’art. 147, comma 1 con l’art. 222 *Fallimento delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice*, norma penale contenuta nel Capo I, *Reati commessi dal fallito*), un trattamento di favore dei soci illimitatamente responsabili delle società in accomandita per azioni in relazione alla realizzazione di ipotesi di bancarotta propria, potendo essere considerati autori, ma in quanto amministratori, soltanto delle bancherotte improprie societarie. Rimane così irrisolta la delicata questione, da più parti e da più anni evidenziata e ‘denunciata’.

2.4. I soggetti attivi delle ipotesi realizzabili in contesti societari sono indicati – per quanto qui di interesse – quali amministratori e sindaci, con espresso riferimento quindi alla *governance* di tipo classico/latino. Un problema interessante continua a porsi in relazione alla (imprescindibile) individuazione, quali soggetti attivi in campo societario, anche dei soggetti che svolgano funzioni di gestione o di controllo nelle società che abbiano assunto il sistema duale – e così i consiglieri di gestione ed i consiglieri di sorveglianza od il sistema monistico – e così gli amministratori ed i componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione – nonchè l’estensione ai soggetti che fattualmente/funzionalmente svolgano le medesime funzioni dei soggetti di diritto, in un quadro di ‘adesione’ alla teoria appunto funzionalistica *versus* la teoria formale-civilistica.

Ai sensi dell’art. 2639, comma 1 c. c. *Estensioni soggettive* si evince che: “Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.” I reati normativamente considerati sono le fattispecie di cui al Titolo XI del Libro V del codice civile *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*.

Nella prima equiparazione la connessione tra destinatario preindividuato e destinatario ‘equiparato’ si evidenzia nelle figure soggettive di cui alla riforma del 2003 del diritto civile delle società, in relazione alle alternative forme di governo societario, forme che trovano riconoscimento normativo nell’art. 2380 c. c., rubricato *Sistemi di amministrazione e di controllo*. Per ciò che concerne la seconda equiparazione prospettata, essa trasforma in regola normativa il postulato per cui quando la qualificazione di un soggetto dipende da un complesso di funzioni che gli sono proprie e la condotta tipica della fattispecie a soggettività ristretta da questi realizzata è legata e si riferisce alla violazione dei doveri inerenti a questa sfera di funzioni, chi svolge effettivamente dette funzioni, in modo sistematico e continuativo, si trova nella posizione soggettiva richiesta dalla norma penale in quanto ‘soggetto di fatto’.

L’esordio della disposizione, in uno con la costituzionalizzazione di principi garantistici del diritto penale nell’art. 25, comma 2 Cost. – ed il pensiero corre in prima battuta al divieto di analogia *in malam partem* quale ‘corollario’ operativo appunto del costituzionalizzato principio di stretta legalità – hanno determinato non poche perplessità nel diritto penale delle procedure concorsuali, perplessità che ancora una volta avrebbero potuto essere superate da un fattivo intervento normativo *ad hoc*. Ed allora continua a doversi dare atto della interessante impostazione sia dottrinale, sia giurisprudenziale – sia chiaro, esegetica e così non certo vincolante – che ha voluto riconoscere

l'operatività del disposto di cui al primo comma dell'art. 2639 c. c. anche in ambiti diversi rispetto ai reati societari codificati, quale tra gli altri proprio il settore penale fallimentare e pertanto privilegia l'assunto che l'art. 2639 si sia limitato a recepire un principio generale già consolidato in altri settori dell'ordinamento giuridico, così operando un'estensione non qualificabile nel senso di una preclusione, rappresentando invece una regola generale e 'di sistema'. Nel senso che si sostiene che, pur dettando il disposto di cui all'art. 2639 c. c. la disciplina propria dei reati societari, questa è suscettibile di estensione anche alle fattispecie penalfallimentari, per il suo portato essenzialmente interpretativo il quale sottolinea la significatività del potere esercitato per accertare l'esatta qualifica soggettiva, così apparendo "anche giuridicamente lecita l'attribuzione di responsabilità amministrativa al preposto a settori nevralgici della gestione, anche se formalmente sfornito della investitura gestoria"¹. "I destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 legge fall. vanno individuati in base alle concrete funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali, ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento alla qualifica ricoperta"². "L'amministratore di fatto, in relazione al quale deve intendersi valevole il principio dell'assoluta equiparazione all'amministratore di diritto quanto ai doveri, sulla base della disciplina dettata dall'art. 2639 c. c. è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto. In tal senso, pertanto, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili"³. "Il mancato espresso richiamo alla figura dell'amministratore di fatto negli artt. 216 e 223 legge fall. non esclude che anche tale soggetto rientri nel novero di quelli che possono essere chiamati a rispondere delle fattispecie incriminatrici di bancarotta fraudolenta ivi previste"⁴. Con la dottrina che si pone sulla medesima linea.

2.5. Una norma apparentemente estranea agli interventi del legislatore delegato del CCII è l'art. 341, che costituisce l'omologo del vigente art. 236 legge fall., *Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*. In realtà, a ben vedere, si pongono aspetti problematici.

Infatti, la nozione di crisi, contenuta all'art. 2, lett. a) CCII, non appare esattamente sovrapponibile al concetto oggi esplicitato dall'art. 160, comma 3 legge fall., con la nuova definizione che si incentra sullo stato di difficoltà economico-finanziario collegato alla probabilità di insolvenza del debitore, da valutare per le imprese in base all'adeguatezza dei flussi di cassa prospettici in relazione alle obbligazioni pianificate, i cui indicatori sono disciplinati dall'art. 13 CCII. Questa disposizione, nel delegare l'elaborazione di specifici indici al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti, ribadisce che la crisi emerge quando non vi è sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e mancano prospettive di continuità aziendale in un determinato lasso di tempo, comunque non inferiore a sei mesi. Diversamente, l'assetto normativo della legge fallimentare non prevede una definizione di crisi, ma, all'art. art. 160, comma 3, si limita a stabilire che per crisi si intende anche l'insolvenza. Di conseguenza, sebbene la definizione di crisi del CCII non ne abbia mutato il carattere prodromico rispetto all'insolvenza, pare corretto ritenere che la valenza del termine nella nuova normativa definisca una situazione temporalmente ancora distante dall'insolvenza, ove quest'ultima si pone come esito probabile e non come fase ulteriore, 'meramente' antecedente del

¹ Cfr. testualmente Cass., Sez. V, 13 aprile 2006, n. 19145, in *CED Cass. pen.* 2006, RV. 234428; Id., 14 aprile 2003, in *Cass. pen.* 2005, 945.

² Cfr. Cass. Sez. V, 26 giugno 2013, n. 45671, in *Leggi d'Italia*, 2013. V. anche Cass., Sez. V, 12 maggio 2006, n. 18464, in *CED Cass. pen.* 2006, RV. 234254.

³ Cass., Sez. V, 15 marzo 2013, n. 51891, in *Guida al diritto*, 2014, 15, p. 99; Cass., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 11649, in *Leggi d'Italia*, 2013. Cfr. Cass., Sez. V, 3 aprile 2013, n. 35249, *CED Cass. pen.* 2013; Cass., Sez. V, 2 marzo 2011, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 910 s., con nota di Castaldello. Cfr. però Cass., Sez. V, 3 febbraio 2011, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 911 s., con nota di Castaldello. ove si sostiene che gli elementi di prova ritenuti insufficienti per radicare la qualità di amministratore di fatto in capo all'estraneo non possono essere utilizzati come prova presuntiva della sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio del fallito.

⁴ Cass., Sez. V, 15 marzo 2013, n. 51891, cit. Cfr. anche Cass., Sez. V, 30 agosto 2016, n. 35755.

medesimo fenomeno. In questo assetto, prescindendo dalle questioni di successione di leggi penali, si pone qualche perplessità sulla immutata criminalizzazione delle ipotesi di bancarotta scaturenti non dall'ammissione alla liquidazione giudiziale, ma dall'apertura del concordato preventivo. Infatti, questa procedura potrebbe prendere avvio in una situazione di crisi emersa tempestivamente e, quindi, foriera di un mero rischio teorico di insolvenza. Simile eventualità vuota, 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. Ne discende, quantomeno, un dubbio sulla futura ragionevolezza del trattamento sanzionatorio equiparato alla bancarotta derivante dal provvedimento di apertura della liquidazione giudiziale, se non - addirittura - un'incertezza sulla legittimità dell'incriminazione *tout court*, in riferimento al canone irrinunciabile della necessaria offensività.

2.6. Con opzione differente rispetto alla scelta del mantenimento del dato normativo pregresso, nella fattispecie di cui all'art. 329, comma 2, lett. b) CCII il legislatore delegato, pur nel mantenimento delle condotte di causazione del fallimento con dolo o per effetto di operazioni dolose (di cui al pregresso art. 223, comma 2, n. 2, legge fall.), ha però voluto indicare quale evento naturalistico il dissesto invece della liquidazione giudiziale, come avrebbe dovuto essere nell'ottica della continuità con l'evento naturalistico tipico del fallimento. La nuova disposizione vede pertanto la condotta indicata nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che *“hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società”*. Questa non irrilevante – e soprattutto non priva di effetti – distonia potrebbe essere ricondotta, in prima battuta, ad una mera svista del legislatore delegato. Tuttavia, pare possibile escludere simile eventualità basandosi sulla lettura della norma in questione come aggiornata dai due diversi legislatori delegati che si sono succeduti nell'elaborazione dell'attuale CCII. Nei due testi licenziati dalla seconda Commissione Rordorf, l'equivalente del vigente art. 223, comma 2, n. 2 legge fall. era contenuto nell'art. 345, comma 2, n. 2, che così recitava: *“hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose la liquidazione giudiziale della società”*. Pertanto, appare evidente come il legislatore delegato dell'autunno del 2018 abbia scientemente deciso di intervenire su una norma che appariva perfettamente conforme al dettato della legge delega, sostituendo l'espressione *“liquidazione giudiziale”* con il termine *“dissesto”*.

La dottrina ha al riguardo evidenziato che *“nulla di strano”* è successo, considerato che *‘cagionare il fallimento’* significa *“provocare il dissesto destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa di fallimento”*, con la conseguenza, tra il resto, che la fattispecie (ovviamente, quale art. 223, cpv. n. 2 legge fall.) sussiste anche quando la situazione di dissesto sia stata aggravata dalle condotte, essendo il dissesto enucleabile *“come uno squilibrio tra attività e passività, quale dato quantitativo graduabile”* e pertanto appunto *“anche aggravabile”*.

Mi sento di dissentire su tale considerazione. Infatti, a mio vedere, nella fattispecie di cui all'art. 223, cpv. n. 2 legge fall. oggi ancora vigente è la sentenza dichiarativa di fallimento — e non già esclusivamente il dissesto sostanzialmente considerato — a costituire l'evento naturalistico del reato. Vero che il fallimento formalizzato può essere delittuosamente cagionato *‘operando’* attraverso il dissesto sostanziale, sul presupposto che l'evento naturalistico è rappresentato dal fallimento formalizzato, tuttavia, in detta ipotesi il dissesto può, indifferentemente, o essere stato effettivamente determinato, ovvero anche *‘semplicemente’* simulato, allorquando i soggetti *‘societari’* abbiano creato una apparenza di esso, in realtà insussistente. Con un disegno orientato che può addirittura essere concepito fin dalla costituzione della società

Va dato atto che la fattispecie di cui all'art. 223, cpv. n. 1 non ha richiamato in punto condotta l'aggravamento (del dissesto): il che, oltre ad avvalorare la qualificazione prescelta circa la valenza ed il contenuto del termine *‘fallimento’*, ne impedisce, ancora una volta in un quadro di rispetto dei costituzionalizzati principio di riserva di legge e divieto di analogia *in malam partem*, l'alternativa considerazione.

Gli assunti qui prospettati non manterranno uguale sostenibilità. Mentre ritengo continuerà ad essere criticabile e soprattutto negata, per rinnovata mancata previsione espressa, la *‘legittimazione’*

a punire anche la condotta di aggravamento del (nuovo evento naturalistico del) dissesto, rimanendo penalmente rilevante soltanto quella di causazione, in riferimento alla presenza del nuovo evento naturalistico, al contrario, giusta la modifica orientata ‘sul sostanziale’, con abbandono dell’evento quale ‘formalizzazione’ dello stato di insolvenza/dissesto nella sentenza di liquidazione giudiziale, con l’entrata in vigore del CCII non dovrebbero più essere considerate tipiche quelle operazioni dolose che abbiano determinato la liquidazione giudiziale senza peraltro paritaria verifica del dissesto, considerato che cagionare il dissesto – che si ritiene rapportabile ai contenuti definitivi dello stato di insolvenza – verrà a costituire l’evento naturalistico necessario per la consumazione del fatto, con la sentenza di liquidazione giudiziale che ‘perderà’ la natura giuridica appunto di evento naturalistico, mantenendo comunque il ruolo di condizione obiettiva di punibilità. Di tale che potrebbe presentarsi una ipotesi di *abolitio criminis* in riferimento a quelle situazioni in cui la condotta posta in essere abbia effettivamente determinato il fallimento della società, ma senza la pregressa determinazione dello stato di insolvenza/dissesto, soltanto nel caso simulato.

2.7. L’art. 322, comma 4 CCII prevede la comminatoria di pena accessorie per il caso di condanna per bancarotta fraudolenta. La disposizione *in parte qua* è opportunamente differente rispetto alla originaria formulazione di cui all’art. 216, comma 4 legge fall. Infatti, nell’ipotesi di cui alla legge fallimentare del 1942 si affermava che: “*Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*”. Pacifica la particolare afflittività della sanzione, il legislatore delegato si è adeguato alle ‘indicazioni’ (correndo il rischio di un eccesso di delega?) della più recente giurisprudenza costituzionale ed alle consequenziali indicazioni della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Nella sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 216, ultimo comma, nella parte in cui dispone: “*la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*”, anziché: “*fino a dieci anni*”. La durata fissa pari a dieci anni delle pene accessorie è stata ritenuta incompatibile con i principi di proporzionalità (e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost.) e di necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio (il quale impone che le pene possano essere calibrate dal giudice sulla situazione del singolo condannato, in attuazione non solo del mandato costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, comma 1 Cost., ma anche del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.). Ove l’illegittimità costituzionale della disposizione impugnata si è evidenziata non tanto in una carenza astratta di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta, bensì nel carattere fisso e indifferenziato di tale durata, con la consequenziale inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole fattispecie concrete di bancarotta che, seppur caratterizzate da un disvalore relativamente più lieve, ricevevano il medesimo severo trattamento sanzionatorio.

Riscontrato tale *vulnus* costituzionale – persistente nonostante il monito lanciato dalla stessa Consulta al legislatore con la precedente pronuncia n. 134 del 2012, con la quale la medesima questione era stata ritenuta peraltro inammissibile – la Corte costituzionale ha sostituito la previsione della durata fissa decennale della pena accessoria con la previsione di un limite massimo: “*fino a*” dieci anni. Nelle motivazioni della sentenza, la Consulta ha anche affermato che tale soluzione non avrebbe determinato l’applicazione della regola di cui all’art. 37 c. p., bensì avrebbe consentito al giudice di “determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall’art. 133 c. p.”.

Con la sentenza del 28 febbraio 2019 (dep. 3 luglio 2019), n. 28910, le Sezioni unite della Cassazione hanno risolto un contrasto giurisprudenziale in tema di commisurazione da parte del

giudice della durata delle pene accessorie temporanee, formulando il principio di diritto secondo cui “le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.”. La Suprema Corte ha così chiarito come vada calcolata la pena accessoria nei casi in cui la legge indichi esclusivamente un limite massimo di durata (“*fino a...*”) o una cornice edittale (“*da... a...*”).

2.8. Sempre nel quadro di parziali modificazioni, va considerata la disposizione di cui all'art. 324 *Esenzioni dai reati di bancarotta*, ai sensi della quale “*Le disposizioni di cui agli artt. 322, 3° comma e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 99, 100 e 101*”.

Le fattispecie penali considerate continuano ad essere la bancarotta preferenziale e la bancarotta semplice, ancora richiamate allorquando ‘realizzabili’ dal soggetto imprenditore in liquidazione giudiziale. E la formula, anche nelle sue criticità, ricalca la disposizione di cui all'art. 217 *bis* legge fall., anch'essa rubricata *Esenzione dai reati di bancarotta*. Non tutte le condotte tipiche descritte nella bancarotta preferenziale e nella bancarotta semplice sono idonee a rientrare nell'operatività dell'esenzione, non configurando pagamenti ed operazioni ‘rilevanti’. Così, nella bancarotta preferenziale rientrerà l'effettiva costituzione di titoli di prelazione, ma non la simulazione, in quanto artificiosa dell'atto costitutivo del titolo di prelazione e quindi ontologicamente estranea ad una rappresentazione fedele; nella bancarotta semplice non rientreranno le ipotesi di bancarotta documentale, né quelle patrimoniali di spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alle condizioni economiche dell'imprenditore e di inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

Va evidenziato, positivamente, l'inserimento tra le esenzioni dell'ipotesi in cui un pagamento o un'operazione di finanziamento sia stata autorizzata, ai sensi dell'art. 99, prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione. Del pari, occorre porre all'attenzione che non vi sono riferimenti normativi ‘civilistici’ alla generale considerazione degli istituti (con il pensiero che corre ad esempio ai disposti di cui agli artt. 48 e 56).

Gli artt. 100 e 101 si riferiscono rispettivamente alle autorizzazioni al pagamento di crediti pregressi nell'ipotesi di concordato ai sensi degli artt. 44 e 87, quando sia prevista la continuità dell'attività aziendale ed ai finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti ancora nel caso in cui sia prevista la continuazione dell'attività aziendale.

Entrata in vigore la nuova struttura della materia occorrerà riflettere anche sui rapporti tra detta disposizione e le altre misure premiali di cui agli artt. 24 e 25 del Codice.

2.9. Ancora, va considerata la disposizione di cui all'art. 342 *Falso in attestazioni e relazioni*, ai sensi della quale: “*1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 56, comma 4, 57, 58, commi 1 e 2, 62, comma 2, lett. 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 punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.*

2. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

3. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà”.

Come noto, la fattispecie anteatta è l'art. 236 *bis* legge fall., disposizione introdotta nel complesso punitivo a seguito della l. 7 agosto 2012, n. 134 e modificato ai sensi della l. 6 agosto 2015, n. 132. E si è trattato di incriminazione necessaria, stante la mancanza di presidi penali alla centrale funzione del professionista.

Oggi gli istituti considerati quali strumenti di regolazione della crisi sono, quali strumenti negoziali stragiudiziali, gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento; quali strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano, la convenzione in moratoria; quali procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, il piano di concordato, le modalità concernenti il trattamento dei crediti tributari e contributivi, le proposte concorrenti di concordato, le autorizzazioni al pagamento di crediti pregressi nel concordato preventivo

L'*identikit* del professionista indipendente si evince nell'art. 2, lett. o), norma a contenuto definitorio, che scandisce con minuzia le caratteristiche fisiologiche dell'indipendenza appunto.

Ai sensi dell'interpretazione della portata e delle modalità operative del disposto di cui all'art. 236 *bis* legge fall. l'oggetto dell'attestazione consisteva nel fornire una garanzia, frutto di un esame professionale seguendo metodologie tecniche, della veridicità (ma non solo) dei conti aziendali e quindi del presupposto sostanziale del piano e riguardo alla fattibilità del piano, ovvero alla possibilità concreta, considerate le opportune condizioni del mercato in cui opera l'impresa e le pertinenti variabili economiche, che il piano si sviluppi e raggiunga il suo obiettivo di offrire ai creditori un recupero migliore rispetto a quello che avrebbero ottenuto con la liquidazione dell'impresa. Con il CCII è stata opportunamente aggiunto lo specifico riferimento "*in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati*". Sembra pertanto espunto dalla possibile rilevanza penale quale 'contenitore' il giudizio di fattibilità, incentrandosi la condotta unicamente sul piano del giudizio di veridicità, con una consequenziale *abolitio criminis* parziale concernente appunto la rilevanza del falso nel giudizio di fattibilità. E così, ancorchè l'attestazione del professionista, sulla base dei contenuti dei disposti richiamati, si caratterizzi per riferirsi sia alla veridicità dei dati aziendali, sia per la fattibilità (giuridica ed economica) del piano.

Per contro, il requisito della 'rilevanza' continua a venir apparentemente previsto per la sola condotta omissiva (o commissiva mediante omissione), non estendendosi il requisito di cui è causa anche alla condotta commissiva. Permane, pertanto, la situazione di ambiguità sintattica, fermo restando che non si comprende la logica della limitazione della rilevanza del giudizio di veridicità limitata alla sola condotta omissiva.

3. *Un rafforzamento nei contenuti delle posizioni di garanzia in campo societario?* – Come 'programmato', una riflessione sulla realizzazione dei reati qui in esame in campo societario.

Già si è osservato che i soggetti attivi delle ipotesi di bancarotta impropria societaria sono indicati negli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori. L'apporto al risultato illecito si riconnette alla funzione svolta e ricoperta da ciascun soggetto societario. Nel diritto penale delle procedure concorsuali si verifica ciò che avviene per buona parte delle fattispecie penali societarie, le quali, astrattamente perpetrabili in esecuzione monosoggettiva dai diversi destinatari delle stesse, vengono tuttavia non di rado in concreto realizzate nell'ambito di organismi pluripersonali, con le ipotesi più frequenti che hanno riguardo proprio alla attività illecita realizzata in ed attraverso essi. Ne consegue la necessità di delimitare entro precisi confini la responsabilità penale dei singoli componenti degli organi societari – per quanto qui di interesse – di amministrazione e controllo, nel contesto del concorso di persone nel reato.

La soluzione delle problematiche appare più facilmente raggiungibile qualora i singoli componenti dei diversi organi pluripersonali direttamente partecipino ad un fatto di reato. Del pari, si perviene a risultati sufficientemente certi quando tutti i soggetti richiamati abbiano attivamente compiuto o volontariamente omesso comportamenti penalmente rilevanti, così come qualora quanto di penalmente rilevante compiuto dai componenti dell'organo gestorio sia stato dai componenti degli organi di controllo consapevolmente assecondato o condiviso: soccorreranno al riguardo i disposti degli artt. 110 e ss. del codice penale, unitamente alla norma penale 'fallimentare' in concreto violata.

Maggiore complessità riveste per contro l'ipotesi in cui soltanto alcuni componenti degli organi gestori e di controllo partecipano all'attività 'deliberativa' sfociata in un illecito penale, mentre

altri risultino inerti, siano assenti, con mancata partecipazione e mancata attuazione quindi della decisione criminosa. Si tratta di situazioni assai diverse fra loro, ma tutte non rare, né marginali, posto che la realtà societaria vede spesso la gestione collettiva e l'equivalenza decisionale dei componenti degli organi collegiali, soprattutto nel caso dell'organo gestorio, come un mero dato teorico, mentre in pratica pochi soggetti od uno soltanto detengono 'il potere' ed agiscono di conseguenza.

La posizione di garanzia, diversificata in riferimento alle diverse tipologie soggettive rende configurabile anche un concorso di persone nel reato 'di riferimento' per omesso impedimento appunto del reato commesso da altri soggetti qualificati e così intranei.

In termini schematici, si perfeziona il profilo oggettivo del concorso mediante omissione quando - primo requisito - attraverso un comportamento omissivo si fornisce un contributo ad un reato commissivo da altri posto in essere, a condizione che l'omissione sia 'condizione necessaria', per cui il fatto di reato in concorso non si sarebbe perfezionato se il soggetto avesse compiuto l'azione doverosa (che ha invece appunto omesso di realizzare). Quale secondo requisito, deve sussistere in capo all'omittente una posizione di garanzia/obbligo giuridico di impedire il fatto stesso, ove la mancanza di detto indefettibile presupposto esclude la partecipazione criminosa (con, al massimo, semplice connivenza o mera adesione morale, 'di regola' non punibili). Ciò, anche considerato che nel nostro sistema penale l'omissione penalmente rilevante non consiste in un generico 'non fare', ma nel non compiere un'azione doverosa.

La posizione di garanzia può essere inquadrata nella posizione di protezione e nella posizione di controllo. L'individuazione dei garanti nell'ambito delle imprese strutturate in forma societaria evidenziano due categorie di doveri di garanzia: i doveri relativi alla amministrazione ampiamente intesa, finalizzati alla protezione 'della società' e 'del patrimonio sociale'; i doveri correlati alla gestione tecnica, operativa e commerciale, che incombono su coloro che occupano i vertici dell'impresa e dell'organizzazione, ai quali la legge ed eventualmente lo statuto societario affidano il compito di organizzare la struttura dell'impresa in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi dei singoli e della collettività che possono essere messi in pericolo dall'attività di impresa.

Presupposto della qualificazione del contenuto della garanzia e della delimitazione della sua ampiezza è la preliminare individuazione del titolare della posizione, da prospettarsi in relazione allo specifico illecito concretizzatosi nel contesto societario, in prima istanza e nell'ambito dell'attività (di impresa), in seconda battuta.

La disciplina extrapenale ha una non indifferente forza 'formalizzatrice', idonea ad informare i contenuti e la portata delle posizioni di garanzia. In realtà il 'garante', per essere penalmente considerato tale, dovrà avere in concreto il potere di intervenire sulle fonti di pericolo, il cui mancato o cattivo governo ha determinato la realizzazione del reato. Al riguardo, un pensiero corre agli artt. 2392 e 2476 fondanti appunto gli obblighi giuridici di impedimento a connotato normativo in relazione agli amministratori in società per azioni od in società a responsabilità limitata, in uno con i contenuti dell'art. 2381 c.c., con importante riferimento ai 'flussi informativi' ed agli artt. 2403, 2403 bis e 2407 c.c. in relazione alla 'base' della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo.

In forza dell'art. 40, comma 2 c. p. il non impedimento di un evento - in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione - è equiparato alla sua attiva causazione, cioè ad un apporto attivo a carattere condizionalistico. Dalla formula 'di base' ai sensi della quale "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*", a mio vedere si perviene dunque, per *factio iuris*, alla formula 'evolutiva' ai sensi della quale (seppur appunto virtuale) "*non impedire un reato che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale permettere agli altri concorrenti di cagionarlo*".

I soggetti garanti vanno individuati con determinatezza, al fine di ovviare al rischio che, stanti le 'oscure' realtà delle dinamiche societarie, si disattenda l'accertamento concreto e si presuppongano, in relazione alla funzione ricoperta dai soggetti istituzionalmente garanti, astratte ed automatiche responsabilità, da qualificarsi 'di posizione'.

Occorre distinguere ruoli operativi e correlative responsabilità: se ‘principale’ è la posizione dei componenti esecutivi dell’organo collettivo, diversa è la posizione del consigliere gestorio privo di deleghe, come del componente dell’organo di controllo, i quali, pur formalmente investiti di una carica di massimo livello e sostanzialmente ‘presenti’, tuttavia soltanto marginalmente influenzano la strategia – anche ‘penalmente rilevante’ – dell’ente di riferimento. Ancora appurandosi, nel caso di mancato impedimento, che il prodromico mancato intervento del soggetto qualificato nella direzione segnalata dall’ordinamento non dipenda da fattori che escludono la stessa possibilità di attivarsi: di qui, la necessaria attualità delle mansioni, quale presupposto del dovere di intervento e conferma dello stesso.

Vanno valutati, anche con attenzione alle dimensioni ed alla complessità della società, la connessione ed il collegamento tra la decisione ‘illecita’ o l’inottemperanza all’impedimento della stessa rispetto alle mansioni del soggetto formalmente investito di queste, così accertando in concreto chi, rispetto ai diversi livelli dei centri decisionali, sia effettivamente destinatario degli obblighi.

Ancora, posto che comunque controllare non equivale ad impedire, debbono essere esattamente definiti i reali poteri di impedimento come corrispondenti alle differenti posizioni endosocietarie, nonché l’effettiva possibilità dei poteri in parola, quando correttamente esercitati, di impedire il fatto illecito penalmente rilevante.

Il reato (nel nostro caso, fallimentare) perpetrato deve essere il risultato di segnali di allarme a cui va riferito l’obbligo di impedimento - rimasto inadempito – del soggetto destinatario della specifica posizione di garanzia. E va escluso l’aprioristico assunto in forza del quale se taluno è rimasto inerte nonostante la rappresentazione dei fattori di pericolo che tale scelta avrebbe potuto determinare, ha accettato il rischio della verifica di un fatto illecito. Come non è corretto equiparare conoscenza con conoscibilità, ritenendosi ‘soddisfatto’ l’accertamento del momento soggettivo doloso nell’emersione di fattori di rischio percepibili solo potenzialmente dal soggetto garante.

Allorquando si tratti di soggetti attivi componenti dell’organo di amministrazione, particolare attenzione deve in ogni caso essere riservata all’eventuale esistenza di una delega di funzioni, in base agli *steps* di cui all’art. 2381 c.c. Interessante si presenta infatti la più circoscritta (almeno in astratto) responsabilità dell’amministratore senza delega, questione che la giurisprudenza di legittimità affronta con l’individuazione di criteri distintivi rispetto alla qualificazione contenutistica della responsabilità degli amministratori delegati/operativi, con precipuo riferimento al criterio dell’ ‘agire informati’ ed alla verifica del connesso e derivante diverso contenuto del momento soggettivo.

Evidenziati i contenuti di cui all’art. 13 CCII, disposizione rubricata *Indicatori della crisi*, oggi particolare attenzione va riservata anche all’art. 375 (una delle poche norme già in vigore) che ha riformulato la rubrica dell’art. 2086 c. c. divenuta *Gestione dell’impresa* (e non più *Direzione e gerarchia nella impresa*). Con importante disposizione, si impone all’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, obbligandolo ad “*attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*”. E si tratta di assunto nuovo ed ‘impegnativo’, che contribuisce a rendere ancor più netta la posizione di garanzia dell’amministratore, in un quadro di opportuna prevenzione della crisi.

Con riferimento alla responsabilità concorsuale omissiva dei componenti dell’organo di controllo societario, per fissare qualche ‘regola’, occorre innanzitutto che la violazione dell’obbligo di vigilanza abbia conseguenze appunto penali solo allorquando i fatti non impediti rientrino tra ipotesi ‘di diritto penale commerciale’, nell’ambito delle istituzionali attività gestorie dei componenti dell’organo di amministrazione sottoposte e sottoponibili al sindacato dell’organo di controllo, posto che la posizione di garanzia si perfeziona in una presa di posizione difensiva dell’ordinamento a favore degli interessi implicati nella gestione della società. Purtroppo, nella giurisprudenza di legittimità talora si è configurato un generale obbligo di esercizio dei poteri di vigilanza e di controllo,

con il conseguente dovere dei sindaci di intervenire ogniqualvolta gli amministratori della società violassero la legge penale, reputandosi oltretutto sufficiente a livello soggettivo il semplice dolo eventuale. Per contro, la già notevole ampiezza delle formule normative — giova ribadirlo, *in toto* da rispettare nella loro articolata struttura — non deve indurre in ulteriormente estensive esegesi, dovendosi opportunamente distinguere tra il generico — e in questa sede non rilevante — potere di vigilanza, dalla specifica — ed allora rilevante — previsione di un obbligo giuridico di impedire un determinato evento penalmente illecito. E grande attenzione dovrà essere dedicata al momento causale, con la prova che risulta complessa.

Si evidenzia anche in relazione ai componenti degli organi di controllo una nuova, importante disposizione: l'art. 14 CCII stabilisce che gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi. La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i sindaci e gli altri soggetti di cui al comma 1 devono informare senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, primo comma, c.c. quanto all'obbligo di segretezza. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Qui è la posizione di garanzia dei sindaci ad essere rafforzata.

4. *Bancherotte e gruppi di imprese: cambiamenti 'di rotta' e possibile consolidamento delle opzioni esegetiche.* - E' a mio vedere apprezzabile la 'considerazione' dei gruppi di imprese (in prima istanza, a livello definitorio) tra le novità del CCII. La lacuna in cui si era incorsi in passato (che era stata parzialmente superata in un primo tempo appunto con l'elaborazione di alcuni principi interpretativi da parte della giurisprudenza e della dottrina) oggi pare forse ovviata. Ai sensi dell'art. 2, lett. h) CCII si intende per "*gruppo di imprese: l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento*". Si intende per "*gruppi di imprese di rilevante dimensione: i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013*" (art. 2, lett. i)".

Nel contesto della definizione e della regolamentazione dei gruppi di imprese, un effetto concerne la rilevanza del 'fenomeno gruppi' nel contesto penalistico della bancarotta fraudolenta societaria. E pare così interessante ripercorrere, alla luce delle possibili esegesi innovative derivanti dalle norme conferenti di cui al Codice, le problematiche riferibili alla bancarotta fraudolenta societaria per precommissione del delitto di infedeltà patrimoniale e di bancarotta distrattiva infragruppo, nonché nel contesto del concorso tra amministratori della controllante ed amministratori delle controllate.

Il primo – e mi piace ritenere, più agevole e forse caratterizzato da maggior certezza argomentativa – richiamo concerne l’ipotesi di cui all’art. 329, cpv. n. 1 *Fatti di bancarotta fraudolenta*, ai sensi del quale sono puniti, con la pena della reclusione da tre a dieci anni, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che abbiano “*cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 c.c.*”.

In estrema sintesi, con un po' ‘di storia’, partendo dalla considerazione dei riconosciuti ‘intrecci’ di interessi in un gruppo societario, prima della riforma del Titolo XI del libro V del codice civile a mente del d. lg. 11 aprile 2002, n. 61 si sottolineava come l’introduzione di una generale figura incriminatrice di infedeltà patrimoniale avrebbe dovuto essere accompagnata da una specifica causa di esclusione della responsabilità penale ove si precisassero le condizioni in cui l’interesse sociale del gruppo potesse operare in materia. Il legislatore adottò allora la teoria dei vantaggi compensativi⁵: il terzo comma dell’art. 2634 c.c. - “*In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo*” – nell’occuparsi delle cosiddette infedeltà interagenti nel gruppo societario, è diretto a legittimare le istanze di gestione di un gruppo societario, quando esse contemplino operazioni contrassegnate non già da (egoistici) tornaconti di una singola società, bensì da logiche di un ‘aggregato’ che conosce reciproche interazioni (di controllo/partecipazione e di vantaggi), imponendosi immediati sacrifici per singole entità, in vista di un beneficio futuro. Dunque, occorre valutare gli interessi del gruppo e quelli delle singole società, bilanciando gli uni e gli altri in una logica di tipo compensativo, nel senso che l’interesse del gruppo non può presuntivamente essere considerato extrasociale e quindi generare una situazione di conflitto.

Davvero in sintesi, cercando di dare un contenuto operativo al concetto di ‘vantaggi fondatamente prevedibili’, il fulcro della valutazione non è la perdita di ricchezza, bensì il profilo del vantaggio perseguito, con la polarizzazione sul profitto, la quale fornisce giustificazione all’atto di apparente infedeltà patrimoniale e che postula una delicata equazione tra un accadimento reale (il danno) e quello perseguito da un disegno programmatico (il profitto). E’ peraltro noto come la clausola non sia stata ad oggi di facile lettura, con le questioni interpretative che hanno riguardano il riferimento al ‘collegamento’ ed alla ‘appartenenza’ al gruppo, la nozione di ‘compensazione dei vantaggi’ ed il concetto stesso di ‘vantaggi fondatamente prevedibili’. Si tratta in effetti di una formula indeterminata, che ha condotto la giurisprudenza ad assumere, in un contesto penal-societario ‘puro’, che la disposizione trova applicazione “in presenza di concreti vantaggi compensativi dell’appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano ‘conseguiti’ o ‘prevedibili’ fondatamente e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza”⁶.

Circa la caratterizzazione del giudizio, posto che ciò che deve essere verificato non è il risultato finale positivo o negativo, bensì il risultato complessivo che ci si poteva ragionevolmente (o meglio, fondatamente, come sancisce la norma) attendere, occorrerà effettuare un giudizio *ex ante*, intendendo la locuzione come una prognosi obiettivo-postuma, con valutazione concreta, di natura tecnico-economica, formulata in base agli elementi noti al momento in cui l’operazione è posta in essere ed il cui esito indichi non una mera probabilità, ma una quasi certezza sul futuro riequilibrio dei vantaggi tra le società collegate ed il gruppo.

⁵ La teoria è stata elaborata in sede civilistica come noto da P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p.710 ss.

⁶ Così Cass., 23 giugno 2003, n. 38110, in *Cass. pen.*, 2004, p. 457 ed in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 656. Cfr. altresì Cass., 10 dicembre 2013, n. 49787; Cass., 17 dicembre 2008, n. 1137, in *Fall.*, 2009, p. 1352; Cass. 15 luglio 2008, n. 39546, in *Soc.*, 2009, p. 919; Cass. 8 novembre 2007, n. 7326, in *Cass. pen.*, 2009, p. 292. Cfr. altresì Cass., 13 dicembre 2012, n. 48327. Circa i rapporti tra infedeltà patrimoniale e bancarotta distruttiva per operazioni infragruppo v. anche Cass., 9 maggio 2012, n. 29036.

‘Tornando’ a noi, ribadendosi che l’art. 2634 c.c. individua uno dei fatti tipici richiamati dall’art. 223, cpv. n.1 come individuerà uno dei fatti tipici richiamati dall’art. 329, cpv. n. 1 CCII, allorquando l’operazione risulti compensata e quindi tale da escludere il perfezionamento della fattispecie di infedeltà patrimoniale, anche il reato di bancarotta societaria impropria ‘nel gruppo’ e ‘di gruppo’ per infedeltà patrimoniale dovrà continuare a ritenersi escluso.

4.1. Dato atto che quanto previsto nell’art. 223 legge fall. in relazione alla bancarotta fraudolenta societaria – e, per quanto qui di interesse, in relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale societaria con condotta distrattiva – trova analogia operatività ai sensi dell’art. 329, comma 1 CCII, entrando nel fulcro della problematica più annosa, nel diritto penale delle procedure concorsuali da tempo ci si è interrogati se l’esistenza di un gruppo societario ponga la questione della ‘particolare’ e più circoscritta configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria rispetto alle condotte distrattive nelle operazioni infragruppo, con conseguente giustificabile ‘esportazione’ al di fuori dei confini della bancarotta fraudolenta impropria per infedeltà patrimoniale della clausola (di esclusione del dolo specifico e così della tipicità, ovvero, se di preferenza esegetica, esimente) dei vantaggi compensativi.

Con la formulazione del terzo comma dell’art. 2634 c.c. ci si chiesti se la clausola dei vantaggi compensativi in esso contenuta potesse essere estesa anche alla bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo, nel senso che la condotta di distrazione posta in essere dagli amministratori di una società del gruppo potesse essere considerata ‘atipica’/‘giustificata’ qualora essi abbiano avuto fondate ragioni di prevedere, sulla base di elementi pressoché certi e non meramente aleatori, che i danni da loro prodotti avrebbero potuto, in un futuro non lontano, trovare compensazione in un atto infragruppo di segno opposto dei cui vantaggi la stessa controllata avrebbe potuto giovare.

A mio vedere, occorre riflettere sul fatto che nell’ambito delle disposizioni del codice civile dedicate alla *Direzione e coordinamento di società* (Libro V, Titolo V, Capo IX), ai sensi dell’art. 2497 c.c. (rubricato *Responsabilità*), a fianco della previsione della responsabilità della *holding* nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali, la disciplina civilistica si caratterizza positivamente per l’affermazione dell’esclusione della responsabilità allorquando il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette: la formulazione si fonda, come ben noto, sulla teoria dei vantaggi compensativi. Quindi la disposizione civilistica, se punisce l’abuso di direzione e coordinamento che si traduca in un danno per la società del gruppo, contemporaneamente rende lecita l’operazione qualora essa non sia stata realizzata in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

La liceità del piano civile non può non avere riflessi sul piano penalistico a condizione che il sacrificio imposto a una società del gruppo trovi una ragionevole, anche se non immediata compensazione nei vantaggi che la stessa società o il gruppo potrà avere in futuro: alle stesse conclusioni si dovrebbe allora pervenire, sul versante penale ed appunto in riferimento alla bancarotta fraudolenta infragruppo a condotta distrattiva, in virtù proprio della clausola di cui all’art. 2634, comma 3 c.c. estesa a tale ipotesi. Ma al fine di evitarsi che la valorizzazione della politica di gruppo possa diventare un espediente ‘criminale’, andrebbe altrettanto attentamente verificato, nella capogruppo, il rispetto di ‘corretta gestione societaria ed imprenditoriale’. Di tale che il continuo sacrificio della controllata alle esigenze della capogruppo, senza il conseguimento di alcun beneficio derivante dall’appartenenza al gruppo, costituirebbe invece condotta distrattiva.

La giurisprudenza presenta il consolidato orientamento che, nel contesto delle operazioni societarie infragruppo, mira a sottolineare il carattere prettamente economico del collegamento societario e la conseguente conservazione di una autonoma personalità giuridica in capo alla diverse società⁷. Per contro, si sostiene, in un quadro limitativo della rilevanza penale, che “solo il saldo

⁷ Cass., Sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546, in *Fisco* on line.

finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo può consentire di ritenere legittima l'operazione temporalmente svantaggiosa per la società sacrificata, nel qual caso è l'interessato a dover fornire la prova di tale circostanza⁸. Occorrerà, pertanto, in un contesto appunto finalizzato a far emergere e riscontrare l'esclusione del reato, "la prova del concreto vantaggio compensativo tratto dalla società depauperata in favore degli interessi del gruppo societario"⁹.

Per concludere, l'interesse che esclude l'effettività della distrazione e la configurabilità del reato non può ridursi alla partecipazione al gruppo stesso, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, in quanto il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione patrimoniale. Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione resta escluso soltanto se, con valutazione *ex ante*, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, così da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società. E' tuttavia onere degli amministratori dimostrare l'esistenza di una realtà di gruppo, alla luce della quale quel atto assuma un significato diverso. Integra infatti un'ipotesi di distrazione il trasferimento di risorse tra società appartenenti allo stesso gruppo attuato senza adeguata controprestazione economica, da società che versino già in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società pure in crisi economica: in tal caso, infatti, nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita.

Oggi, credo si possa affermare che il CCII è intervenuto in maniera esplicita. L'espresso riconoscimento del valore giuridico del gruppo di imprese assume indubbia importanza, in quanto viene portato a compimento il percorso tracciato. Proprio in riferimento all'applicazione della clausola dei vantaggi compensativi, l'art. 290 CCII richiama espressamente l'art. 2497, comma 1 c.c., imponendo che nel valutare la dannosità di un'operazione infragruppo si deve tener conto degli eventuali vantaggi compensativi. Pertanto, la evidenziata problematicità relativa all'estensione all'ipotesi di bancarotta distrattiva infragruppo della clausola dei vantaggi compensativi in forma esimente della responsabilità, appunto prevista, in ambito penale, solo per il reato di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c. dovrebbe essere ormai risolta in senso positivo, in virtù dell'espresso riferimento all'art. 2497 c.c., laddove asserisce, mi permetto ripeterlo, che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

In questo nuovo contesto, accomunandosi l'art. 2634, comma 3 c.c. e l'art. 2497 c.c. in una identità di *ratio*, avvalorata proprio dalla definizione di gruppo, si potrà con cognizione di causa qualificare il principio di cui all'art. 2634, comma 3 c.c. quale principio generale operante nelle bancherotte infragruppo, malgrado la collocazione della formula in questione nell'ambito della disposizione di infedeltà patrimoniale, alla quale va riconosciuto soltanto più il ruolo storico, nel contesto penalistico delle procedure concorsuali, di matrice 'scatenante' le prime applicazioni estensive.

⁸ Cass., Sez. V, 5 maggio 2012, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 854 ss., con nota di M. Casellato. In detta decisione la Suprema Corte fissa anche i confini operativi tra l'ipotesi di distrazione infragruppo e la fattispecie di bancarotta fraudolenta societaria per premissione di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

⁹ Cass., Sez. V, 6 ottobre 2011, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 564. Si legge che "Per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo invocando il maturarsi di vantaggi compensativi non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata"⁹. Ancora, "l'applicazione della clausola presuppone che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano 'conseguiti' o 'prevedibili' 'fondatamente' e, cioè, basati su elementi sicuri pressochè certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi quindi di una previsione di sostanziale certezza". Essi "non possono essere successivi al fallimento".

Per meglio spiegarmi – ma non credo con un azzardo esegetico – la locuzione “*In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*” potrebbe appunto essere considerata ‘svincolata’ dalla presenza nell’art. 2634 c.c. per assurgere a regola ‘onnivalente’, determinata dalla norma definitoria sul gruppo e così operativa sui rapporti tra le società ad esso ‘legate’. Ed a prescindere dalla formula inserita nell’art. 2634, comma 3 c.c., in un contesto innovativo seppur limitato alle procedure di cui al CCII, si potrebbe anche aggiungere ed attribuire, quale finalità e valenza della clausola, un significato di maggiore ampiezza: mentre la formula nell’infedeltà patrimoniale incide sulla struttura del dolo, per dato normativo espresso, nelle ipotesi di liquidazione giudiziale potrebbe appunto avere autonomo e maggiore respiro, con rilievo penalistico ‘escludente’ collegato alla finalità di riequilibrio complessivo del gruppo, espressione di una politica di gruppo, valorizzandosi in termini di idoneità la finalizzazione oggettiva delle condotte al perseguimento al tempo della realizzazione delle stesse dell’interesse di gruppo.

Ben diverso continuerà ad essere il caso in cui il trasferimento di risorse avvenga allo scopo di pregiudicare gli interessi dei creditori, ove potrà essere applicata la disciplina penalistica. Come del pari, in chiave di esegesi ‘futura’, ma fondata sull’attuale elaborazione giurisprudenziale, non ci si potrà discostare dall’affermazione, oggi e domani ‘imperante’, che la presenza di un gruppo societario legittimi per ciò solo qualsiasi condotta di asservimento di una società all’interesse delle altre società del gruppo. Peraltro, una rilettura della bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo operativamente limitata alla luce della sinergia tra innovative indicazioni civilistiche e concretizzazione penale si presenta di importante sostenibilità e modernità, formulandosi voti affinché, nell’attesa dell’entrata in vigore del CCII, già l’interpretazione dei rapporti tra vantaggi compensativi e bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo si giovi della condivisione.

4.2. Non sembra modificato il tema della responsabilità penale degli amministratori della *holding* per concorso commissivo ai sensi dell’art. 110 c.p. nel reato di bancarotta commesso dagli amministratori della società controllata: seppur sotto l’impero della disciplina penale di cui alla l. 267 del 1942, bene è stato evidenziato che nei casi in cui le condotte distrattive depauperative degli amministratori della società controllata siano compiute in esecuzione di una specifica direttiva di gruppo, impartita dagli organi della *holding* nell’esercizio dei poteri di direzione e coordinamento, anche l’autore della direttiva potrà essere chiamato a rispondere per istigazione nel reato commesso in seno alla controllata.

Più problematica è la configurabilità di un concorso per apporto omissivo/omesso controllo ed omesso impedimento del reato di bancarotta ‘della controllata’ da parte degli amministratori della *holding*, concorso fondato sul combinato disposto degli artt. 110 e 40, comma 2 c.p. Come noto, presupposto è il riconoscimento, in capo agli amministratori della controllante, di una posizione di garanzia dalla quale appunto derivi un potere-dovere giuridico di impedire il reato fallimentare commesso dagli amministratori della controllata, per cui si giunga a sostenere che ‘*non impedire un fatto di reato che si ha l’obbligo giuridico di impedire equivale permettere ai concorrenti attivi di realizzarlo*’. E’ affermazione sufficientemente consolidata che la posizione di garanzia non vada desunta automaticamente né dall’esistenza del controllo societario, né dalla direzione unitaria del gruppo ai sensi dell’art. 2497 c.c. Tuttavia, proprio la presenza del CCII della diretta considerazione del ‘fenomeno gruppi’ se, come *supra* posto all’attenzione, potrebbe avere la ‘forza’ di comportare limitazioni di rilevanza penale per operazioni infragruppo, del pari, ma all’opposto, potrebbe indurre ad una rimediazione circa la oggi invece pressochè pacifica esclusione dell’obbligo impeditivo di cui è causa. Come, per fare un *blitz* nell’ambito operativo della bancarotta semplice societaria di cui attualmente all’art. 224, n. 2 legge fall. e con il CCII di cui all’art. 330, comma 1 lett. b) – norma a condotta ‘subordinata’ all’individuazione ed al rispetto degli obblighi imposti dalla legge ai diversi soggetti societari – che punisce, con la pena della reclusione da sei mesi a due anni, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che appunto abbiano

“concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge”, la previsione nella parte ‘civilistica’ del ‘fenomeno gruppi’ in uno con l’individuazione *ex lege* di precisi nuovi obblighi potrebbe creare nuove doverosità comportamentali a livello fisiologico che, allorquando colposamente disattese, rischierebbero forse di rientrare nell’astrazione normativa di cui è causa.

Si tratta di un personale dubbio, in un quadro puramente ipotetico: mi permetto rinviare all’entrata in vigore della normazione, nell’agosto del 2020, la doverosa riassunzione e, se del caso, la doverosa modificazione di queste, come di tutte le altre personali illazioni che, senza alcuna presunzione di certezza, ho prospettato in questo contributo.