

L'autovalutazione del rischio da insolvenza e da reato. Benefici premiali per le imprese: normative a confronto.

di **Lorenzo Rutolo**

Sommario. Premessa. - **1.** La responsabilità organizzativa dell'impresa. - **2.** Il rischio di impresa in chiave civile e penale. - **3.** La premialità nel D. Lgs. 231/2001 e nel D. Lgs. 14/2019: presupposti ed ambiti applicativi a confronto. - **3.1** Misure premiali penali previste dal CCI: i vantaggi per l'imprenditore virtuoso. - **3.2** Aspetti applicativi problematici. - **4.** Osservazioni conclusive.

Premessa

Nell'ultimo ventennio il filo conduttore dell'attività legislativa nel settore imprenditoriale, considerato nelle sue fasi più critiche, è stato quello di affiancare, agli ordinari e collaudati istituti sanzionatori, nuove forme di intervento volte altresì alla salvaguardia dei complessi produttivi.

Tale linea di tendenza si può rinvenire, per il settore penale, già nelle disposizioni del D. Lgs. 231/2001 ma soprattutto in quelle contenute nel Codice Antimafia del 2011 e, per quello civile, nel recentissimo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza.

Le leggi sopraindicate hanno tutte in comune, pur nella diversità dei campi di intervento, una visione dell'impresa quale esercizio di un'attività costituzionalmente tutelata esposta sempre più frequentemente, oltre al rischio connaturato alla sua natura, a molteplici altri: dalle infiltrazioni mafiose al dover rispondere di reati, nel caso sia esercitata in forma collettiva; dall'incidenza del diffondersi della corruzione alle conseguenze di una crisi finanziaria idonea a degenerare nell'insolvenza.

Innanzitutto a tale quadro, che mostra peraltro una certa fragilità del sistema produttivo italiano, il Legislatore si è fatto carico da tempo di individuare strumenti volti a superare la finalità repressiva, sia in campo penale sia civile, attraverso la responsabilizzazione delle imprese nell'ottica di prevenire i rischi, siano essi da reato o da insolvenza. Dalla logica della mera repressione/estromissione delle imprese dal mercato, in caso di commissione di reati o di fallimento, si è passati in modo sempre più convinto a quella della prevenzione, attraverso misure idonee a salvaguardare la parte sana dell'attività imprenditoriale, anche in considerazione dell'esigenza di tutelare posti di lavoro e le legittime aspettative di quei soggetti che, in vario modo, entrano in contatto con le imprese.

L'accostamento tra diverse normative non è casuale e si è parlato, invero, ad esempio nel settore delle misure di prevenzione, dell'introduzione di



strumenti tipici della legge fallimentare mutuando istituti da un settore all'altro: si pensi ai creditori il cui diritto è oggetto di verifica in relazione ai beni soggetti a confisca oppure al regime della prededuzione.

Proprio nell'ambito delle misure di prevenzione, peraltro, si è manifestata con plurimi istituti la volontà di risanare le imprese, superando la logica ablatoria, mediante la riforma dell'*amministrazione giudiziaria* e la creazione del meno invasivo *controllo giudiziario*, strumenti ulteriori rispetto al sequestro ed alla confisca, il cui fine è quello di sottrarre le imprese al condizionamento mafioso, salvaguardandone la continuità.

Altra importante modifica legislativa, espressione dell'esigenza della tutela dell'impresa, che si affianca a quella tradizionalmente prioritaria della salvaguardia delle ragioni dei creditori, è data dal nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza che presenta un vasto ventaglio di possibilità di gestione, anche stragiudiziale, nonché di soluzione della crisi prima che degeneri nell'insolvenza, con notevoli benefici sul piano penale subordinati tuttavia alla tempestività dell'intervento dell'imprenditore.

Viene a profilarsi, quindi, una visione della gestione anticipata del rischio d'impresa che richiama immediatamente, sotto molti profili, l'impianto normativo della responsabilità da reato dell'ente ex D. Lgs. 231/2001.

Il fine del presente studio è quello di evidenziare taluni punti di contatto e di influenza tra le discipline vigenti per settori tra loro diversi, esaminando altresì le *misure premiali* penali previste dal CCII.

1. La responsabilità organizzativa dell'impresa.

Il Decreto n. 14 del 2019 alla Parte Seconda si apre con le modifiche al Codice Civile: in specie l'art. 375 modifica la rubrica dell'art. 2086 c.c., introducendo al contempo un secondo comma di significativa importanza.

Viene ivi previsto l'obbligo per l'imprenditore, sia che operi in forma collettiva o societaria, di istituire *un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa* idoneo anche alla rilevazione tempestiva della crisi ed alla sua gestione, nell'ottica di assicurare la continuità aziendale.

Tale dovere era declinato, nel testo antecedente alle modifiche apportate dal c.d. Decreto correttivo (D. Lgs. 147/2020, in vigore dal 20.11.2020 per alcune disposizioni), nel senso che in campo societario la gestione fosse esercitata nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 2086 c.c. dagli amministratori, con una commistione fra gestione ed istituzione degli assetti organizzativi che non considerava le discipline specifiche per i diversi tipi di società. Opportunamente, quindi, il Legislatore ha mutato gli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c. stabilendo che l'istituzione degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile spetta agli amministratori, salvaguardando tuttavia i diritti dei soci, nella società a responsabilità limitata ed in quelle di persone, nella gestione operativa.

L'istituzione di adeguati assetti organizzativi non è un dovere nuovo per gli amministratori societari: è sufficiente sul punto ricordare l'art. 123 *bis* del T.U.F.¹, gli artt. 69 *quater* e *quinquies* del T.U.B.², l'art. 6 del T.U.S.P.³ ed, infine, la riforma del diritto societario del 2003 limitatamente alle società per azioni, attuata con la formulazione dell'art. 2381 c.c., commi 3 e 4⁴.

Appare utile segnalare come la problematica e l'individuazione degli assetti organizzativo amministrativo e contabile appartengano alla scienza aziendalistica e che questi possano, in estrema sintesi, definirsi come l'insieme di procedure, direttive e prassi operative finalizzate a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente ed in modo efficace il proprio *business*; ai fini dell'applicazione delle disposizioni del CCII quel che rileva è, tuttavia, il giudizio di loro adeguatezza che va rapportato al rispetto di alcuni specifici doveri: la stima del prevedibile andamento aziendale, la valutazione prospettica della sostenibilità del debito, quella costante dell'equilibrio economico finanziario e quella della continuità aziendale nell'orizzonte temporale minimo di sei mesi e, infine, la verifica della situazione debitoria sotto il profilo della tempestività dei pagamenti⁵.

A ben vedere si tratta di doveri che puntano tutti all'emersione degli indici della crisi come individuati dall'art. 13 del CCII, anch'esso oggetto di modifica ad opera del Decreto correttivo che oggi li qualifica in negativo, rispetto all'originaria formulazione: non sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi, assenza di prospettive di continuità aziendale (*going concern*), la non sostenibilità dell'indebitamento con i flussi di cassa, l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi nonché i ritardi reiterati e significativi nei pagamenti.

Gli indici altro non sono che gli strumenti di riferimento per accertare gli stati di squilibrio reddituale, patrimoniale o finanziario dell'impresa.

Il nuovo testo dell'art. 2086 c.c. da un lato amplia la platea dei soggetti tenuti

¹ Vedi, per un approfondimento sul punto, F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. Comm.*, fasc. n. 2/2020, 297 e ss..

² Per una completa illustrazione sul punto, vedi A. SACCO GINEVRI, *Il Gruppo bancario nella direttiva BRRD*, in AA.Vv., *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di V. TROIANO – G.M. UDa, Padova, 2018, 309 e ss..

³ Per un'esaustiva disamina in materia vedi M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6 D. Lgs. 175/2016)*, in AA.Vv., *Le nuove società partecipate in house providing*, a cura di S. FORTUNATO – F. VESSIA, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2017, 45 e ss..

⁴ Sul punto: E. GINEVRA – C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, fasc. n. 5, 2019, 1209 e ss..

⁵ S. AMBROSINI, *Procedure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di S. PACCHI e S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 66 e ss..

ad adeguate scelte organizzative (tutte le società), dall'altro impone anche all'imprenditore individuale di adottare misure idonee alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi (art. 3 comma 1 CCII).

Con la riforma apportata del Decreto correttivo, detto stato viene individuato nello squilibrio economico-finanziario (e non più in quello di difficoltà economico finanziaria) che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (art. 2 CCII).

È necessario tener presente che l'istituzione di adeguati assetti è attività ben diversa dalla gestione dell'impresa, il che trova conferma anche nelle già richiamate modifiche apportate dal Decreto correttivo agli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c..

Le scelte gestionali sono insindacabili secondo il principio del c.d. *business judgement rule*, fatta salva, secondo la giurisprudenza di legittimità, la valutazione della loro ragionevolezza con un giudizio *ex ante* e secondo i parametri della diligenza del mandatario⁶, il che implica, ad esempio, che un'impresa ben potrà decidere liberamente di aprire una sede all'estero o diversificare la sua attività nei mercati ma l'assetto interno dovrà sempre prevedere la concreta possibilità di esplicazione di un efficace controllo finalizzato all'emersione tempestiva dello stato di crisi.

La legge impone, quindi, all'imprenditore degli specifici doveri nella predisposizione della struttura organizzativa della sua attività, fortemente orientata al controllo interno, il che costituisce già un punto di contatto con le disposizioni di cui al D. Lgs. 231/2001: per la prevenzione del rischio-reato esiste, infatti, il dovere di organizzare la propria impresa come previsto dalla normativa, con la differenza che se l'adozione di un MOG 231 non è obbligatoria per l'ente⁷, che può anche assumersi il rischio derivante da reato, l'imprenditore ha invece ora il dovere di dotare la società di *un assetto*

⁶ Vd. Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470, con nota di E. MUGNAI – P. CELLINI, *Il criterio della "ragionevolezza" quale limite all'operatività della regola della business judgement rule*, in *Il Societario*, 06 febbraio 2018; più in generale vedi S. SISIA, *L'art. 375 CCII: gestione degli assetti organizzativi societari e business judgment rule alla luce di recenti pronunce giurisdizionali*, in *Il Fallimentarista*, 7 dicembre 2020.

⁷ Lo studio di Confindustria pubblicato nell'anno 2017 segnalava che su un campione di 45 imprese di dimensioni medio-piccole solo 16 avevano adottato il Modello 231 «tutte le imprese di dimensioni maggiori (con oltre 250 dipendenti o con fatturato superiore a 250 milioni di euro) lo adottano; per quanto riguarda le imprese più piccole, tutte quelle con meno di 10 dipendenti sono prive di modello organizzativo e, tra quelle con meno di 2 milioni di euro di fatturato, ne è dotata solo una su sette (14%)», Confindustria, in *Indagine Modelli Organizzativi 231 e anticorruzione*, aprile 2017. Giova rammentare, tuttavia, come la logica preventiva, che dovrebbe caratterizzare il "sistema 231", proprio in forza della sua non obbligatorietà, non trova spesso applicazione, anche in ragione del non sempre ben valutato rapporto costi-benefici dell'adozione del MOG.

organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, anche funzionale a prevenire la crisi.

L'organizzazione finalizzata al suddetto fine è divenuta oggi la base dell'attività imprenditoriale per operare correttamente nel mercato e per andare esenti da conseguenze sanzionatorie; per adempiere a detti doveri è certamente indispensabile il ricorso a forme efficaci di controllo interno e proprio in questo campo assume rilevanza l'esperienza maturata nell'ultimo ventennio dall'applicazione delle disposizioni del Decreto 231⁸.

2. Il rischio di impresa in chiave civile e penale.

Il rischio aziendale può essere definito come un evento incerto idoneo ad incidere in senso negativo (*minaccia, downside risk*) o positivo (*opportunità, upside risk*) sul raggiungimento degli obiettivi di un'impresa.

In una visione c.d. assicurativa il rischio è sempre un evento negativo e, come tale, viene preso in considerazione sia dal CCII – rischio insolvenza – sia dal D. Lgs. 231/2001 – rischio reato – nell'ottica di prevenirlo.

L'attività imprenditoriale è per sua stessa definizione un'attività rischiosa ma è altrettanto indubbio che attualmente le legislazioni, nazionale ed europea, hanno individuato molteplici fattori di rischio ulteriori, oltre a quelli oggetto del presente studio, ad esempio: il rischio da trattamento dei dati personali (Regolamento Generale per la protezione dei dati o GDPR⁹), quello in ambito di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (D. Lgs. 81/2008) senza dimenticare il rischio reputazionale¹⁰ che riveste particolare importanza per ogni impresa, soprattutto per quelle che operano su più mercati.

Per evitare un impatto devastante per la continuità aziendale il rischio va individuato e gestito ma a tal fine è indispensabile un'adeguata organizzazione finalizzata a tale rilevazione ed il fulcro di questa attività è il

⁸ Sul punto vedi D. QUARTO, *Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà*; R. DE LUCA, *Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa*, entrambi in *Giurisprudenza Penale WEB*, 2021, 1-bis, 304 e ss.

⁹ Sul punto M. CIRIGLIANO, *Dal D. lgs. 231/2001 al GDPR (Regolamento UE 2016/679) attraversando il D. lgs. 81/2008: il modello di organizzazione gestione e controllo integrato, avanguardia di un progetto di attuazione normativa combinata, un'opportunità per le aziende da intuire e cogliere*, in *Giurisprudenza Penale WEB*, 2021, 1-bis, 236 e ss.

¹⁰ L'art. 85 comma 10 D. Lgs. 50/2016 prevede l'istituzione presso l'ANAC del sistema del Rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese e «l'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice».

controllo interno, inteso quale sistema di presidi idonei ad evitare o limitare le ripercussioni negative del rischio¹¹.

Il *Principio di revisione internazionale ISA Italia 315*¹² qualifica il controllo interno come «processo configurato, messo in atto e mantenuto dai responsabili delle attività di *governance*, dalla direzione e da altro personale dell'impresa al fine di fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi aziendali con riguardo all'attendibilità dell'informativa finanziaria, all'efficacia e all'efficienza della sua attività operativa ed alla conformità alle leggi e ai regolamenti applicabili».

Si tenga presente che i MOG 231 se assumono rilievo in chiave giuridico-processuale come esimenti, in chiave aziendalistica vanno inquadrati nel più ampio contesto dei sistemi di controllo interno proprio per la loro struttura data dall'insieme di risorse e disposizioni atte a vagliare, gestire ed eventualmente mitigare il rischio reato.

Il CCII e il D. Lgs. 231/2001 hanno in comune la logica del *risk approach* o progressivo approccio integrato della gestione del rischio: l'efficiente gestione imprenditoriale richiede un'adeguata organizzazione che, attraverso il corretto svolgimento delle attività appartenenti ai vari *organi* e alle *funzioni*¹³ aziendali, sia in grado di individuare, prevenire e gestire il rischio specifico.

In campo penale lo strumento previsto dal Legislatore è il MOG – Modello Organizzativo di Gestione – mentre nel settore concorsuale rilevano le procedure di allerta della crisi (artt. 12-15 CCII) ed entrambi gli strumenti operano mediante il ricorso all'autovalutazione del rischio attribuito all'imprenditore collettivo, nel primo caso, ed anche a quello individuale, nel secondo (art. 3 comma 1 CCII).

Il MOG, nella sua composizione, costituisce il documento che esplicita l'attività di prevenzione da specifici reati svolta grazie ad un'organizzazione ben collaudata e da organi individuati dalla normativa; gli strumenti di allerta, diversamente, sono definiti obblighi di segnalazione a carico dei soggetti interni e pubblici previsti dal Codice, finalizzati alla tempestiva rilevazione

¹¹ Per l'esame delle diverse forme di controllo interno, in specie quelli di merito, di correttezza gestionale e di legalità, vedi P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1/2018, 76 e, dello stesso Autore, *Modello 231 e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *N. dir. soc.*, fasc. n. 2/2014, 8.

¹² in <https://www.revisionelegale.mef.gov.it>.

¹³ All'interno di una società solitamente si distingue tra *organi*, quali – ad esempio – il Collegio Sindacale, l'OdV, Comitato Controllo e Rischi, e *funzioni* quali quelle di Internal Audit, Compliance, Risk Management, Pianificazione finanza e controllo.

degli indizi di crisi ed alla sollecita adozione delle più idonee misure funzionali alla sua soluzione (art. 12 CCII)¹⁴.

MOG 231 e strumenti di allerta sono, quindi, indissolubilmente connessi agli obblighi organizzativi.

Dai due sistemi, in particolare dagli assetti organizzativi caratterizzati dall'efficienza ed adeguatezza del MOG¹⁵ e dalla tempestiva iniziativa dell'imprenditore, consentita dalla rilevazione degli indizi di crisi, discendono importanti benefici premiali in campo penale: è questo – forse – l'elemento di maggior legame tra le discipline.

3. La premialità nel D. Lgs. 231/2001 e nel D. Lgs. 14/2019: presupposti ed ambiti applicativi a confronto.

La premialità è la chiave di volta del sistema preventivo basato sull'autovalutazione del rischio: l'incentivo ad organizzarsi adeguatamente, voluto dal Legislatore, è frutto della consapevolezza che la repressione ed i soli mezzi di soluzione finale della crisi economico finanziaria patrimoniale sono non solo insufficienti ma hanno costi sociali altissimi, poiché coinvolgono soggetti – si pensi agli *stakeholders* delle imprese – che a loro volta vengono penalizzati, spesso senza alcun rimedio soddisfacente.

Si può ben sostenere che la politica criminale si è evoluta, estendendo il campo della non punibilità, secondo le prospettive della giustizia riparativa¹⁶ e della rilevanza dell'esiguità dell'illecito, superando la visione della premialità quale beneficio connesso al comportamento processuale o eliminativo dell'offesa *post delictum*¹⁷.

In campo concorsuale la premialità ha trovato applicazione con gli artt. 24 e 25 CCII, che rispettivamente disciplinano la tempestività dell'iniziativa di prevenzione dell'insolvenza e le misure a beneficio degli imprenditori; si

¹⁴ Sul ruolo centrale della circolazione delle informazioni fra organi di controllo ed amministrativi delle società vedi V. DE SENSI, *Lineamenti di governance della crisi: organi di controllo e circolazione delle informazioni*, in *Commento al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Quaderni di *In executivis*, n. 3/2019, 64 e ss.

¹⁵ Va ricordato comunque che l'efficienza e l'adeguatezza di un MOG 231 dipendono dal suo costante e continuo aggiornamento, si tratta di un'operazione ciclica che potrebbe riassumersi secondo lo schema *plan – do – check – act*, meglio noto come c.d. *ciclo di Deming*, dal nome del suo ideatore William Edwards Deming. Vedi anche, sul punto, M. BRAMIERI – M. GARLASCHELLI – P. SANTORO, *Prevenzione reati nelle società, enti e P.A.*, Padova, 2018, 210.

¹⁶ Vedi M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, fasc. n. 2/2015, 236 e ss..

¹⁷ Sulla premialità vedi C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di A. Tanzi*, 2009, 519 e ss.; L. PELLEGRINI, *Le misure premiali del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Sist. Pen.*, 7 luglio 2020.

completa così il quadro delineato dal CCII: i doveri di organizzazione e di vigilanza nell'esercizio della propria impresa si traducono anche in benefici, se adempiuti correttamente, giunti all'epilogo della crisi.

Confrontando il sistema premiale previsto dal Legislatore per gli Enti e quello del Codice della crisi e dell'insolvenza emerge subito una differenza centrale: nel sistema delineato dal Decreto 231 sono assenti strumenti che incentivino l'autodenuncia dell'ente o una sua forma di collaborazione proattiva finalizzata all'accertamento del presunto reato presupposto a fronte di una piena garanzia di non punibilità mentre, al contrario, l'impianto del CCII prevede un comportamento diligente dell'imprenditore, collettivo o individuale, per l'emersione della fase critica quale presupposto indispensabile per i benefici previsti.

L'unica forma di collaborazione valutabile per l'ente è stata introdotta dalla L. 3/2019 che, a fronte di un inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati di cui all'art. 25 del Decreto 231 del 2001, ha previsto che, qualora l'ente si adoperi *"per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o di altre utilità"*, le soglie delle misure interdittive applicabili siano quelle previste in via generale dall'art. 13 del Decreto¹⁸.

Affinché l'impianto previsto dal "sistema 231" possa esprimere la sua massima funzione – l'esenzione da responsabilità – si richiede, come è noto, che laddove venga posto in essere un reato nell'interesse od a vantaggio¹⁹ dell'ente, quest'ultimo sia in grado di provare: l'adozione e l'efficacia del MOG 231²⁰, idoneo a prevenire reati di quello della specie verificatosi, l'istituzione di un organo di vigilanza²¹ dotato di pieni poteri (autonomia di

¹⁸ Secondo C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2019, 536 e ss., la riforma si pone tuttavia come un regime speciale di *carrot and stick* tale, tuttavia, da "scompaginare" la coerenza originaria del sistema delineato dalla Decreto 231/2001.

¹⁹ Per le nozioni di *interesse* o *vantaggio*, vedi *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. IV, 23.05.2018, n. 38363 e, più in generale, E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti*, Torino, 2007, 33 e ss.; A. PRESUTTI e A. BENASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti – Seconda Edizione*, Milano, 2018, 68 e ss.

²⁰ In dottrina si è ampiamente dibattuto circa la natura del Modello, vedi in tal senso T. EPIDENDIO, *Art. 6*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER – E.M. MANCUSO – G. VARRASO, Milano, 2007, 68. L'Autore precisa come la dottrina lo abbia qualificato, anche nel tentativo di delineare la colpa di organizzazione, in modo diverso a seconda dei casi: quale scusante, ovvero come una causa di esclusione della punibilità oppure, ancora, come elemento impeditivo dell'illecito dipendente da reato.

²¹ Si tratta dell'OdV, considerato come «il motore della struttura complessiva del MOG 231», vedi A. LIONZO, *Parte I - Il D. Lgs. 231/2001 e le disposizioni accessorie - profili aziendalistici*, in Aa.Vv., *Compliance Responsabilità da Reato degli Enti Collettivi*,

azione e spesa) nonché, da ultimo, la condotta fraudolenta²², dunque elusiva del MOG, dell'autore del reato presupposto.

Appare utile ricordare che l'adeguatezza di un MOG 231 è valutata sulla base di un doppio giudizio: sull'idoneità dell'assetto organizzativo e gestionale di prevenire reati e sull'effettiva attuazione²³, intesa come la concreta messa in opera di quanto previsto in astratto dal MOG 231, che si traduce anche nel ruolo centrale svolto dall'OdV.

Inoltre, il Modello deve sempre rispondere alle necessità concrete del *core business* dell'ente: si procede pertanto a quello che viene comunemente definito come un approccio *tailor made* che, peraltro, dovrebbe rendere il Modello stesso concretamente efficace quale esimente da responsabilità²⁴.

Vero è, inutile negarlo, che la prassi giurisprudenziale ha difficilmente ritenuto la piena capacità esimente del MOG 231 così come individuata dal Legislatore, benché, sia chiaro, risulti pressoché impossibile ipotizzare la costruzione di un modello idoneo a «precludere in termini assoluti la commissione di illeciti»²⁵.

Il sistema delineato dal Legislatore italiano vede, nel D. Lgs. 231/2001, il primo tentativo di una regolamentazione congiunta statale-privata che punta ad incoraggiare l'ente ad un'attività di autocontrollo ed

a cura di C. CATRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, Milano, 2019, 324.

²² Per un'approfondita disamina sul concetto di "elusione fraudolenta" di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), vedi N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in AA. Vv., *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'AVIRRO – A. DI AMATO, Padova, 2009, 166 e ss; vedi anche P. MAGRI e M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in AA. Vv., *Diritto penale delle società*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, Padova, 2016, 883 e ss. In giurisprudenza, vedi Cass. Pen., Sez. V, 30.01.2013, n. 4677, noto come "il caso Impregilo".

²³ Vedi in tal senso M. SCOLETTA, *Parte I - Il D. Lgs. 231/2001 e le disposizioni accessorie – profili penali*, in AA.Vv., *op. cit.*, a cura di C. CATRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, Milano, 2019, 147.

²⁴ Il fondamento della responsabilità dell'ente si rinviene in quella che viene definita "colpa di organizzazione" che, in buona sostanza, è il criterio delineato per imputare il fatto di reato alla persona giuridica, rispettando al contempo i principi costituzionali. Per un approfondimento: C.E. PALIERO e C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 169 e ss; più recente, F. D'ARCANGELO, *Il criterio di imputazione sul piano soggettivo*, in *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, a cura di T. EPIDENDIO – A. BASSI – F. D'ARCANGELO, Milano, 2020, 155 e ss. In giurisprudenza si veda, su tutti, Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343

²⁵ Vedi C. SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, fasc. n. 2/2019, 195.

autorganizzazione, secondo una logica “punitivo-premiante”²⁶. L’incentivo per l’adozione di condotte virtuose, che poi si traducono, a livello pratico, nella predisposizione preventiva dei modelli organizzativi di gestione e controllo, è, o dovrebbe essere, come visto, la piena esenzione da responsabilità; ulteriori benefici premiali, desumibili dal complesso normativo del Decreto, possono essere applicati laddove il modello venga adottato *post delictum*.

Si assiste, in buona sostanza, ad una logica premiale a scalare²⁷ che, peraltro, non è dissimile da quella che si riscontra anche dalla lettura del CCII, all’art. 25 comma 2, segnatamente nel rapporto causa di non punibilità ed attenuante speciale.

Nel Decreto 231, si parla, in caso di adozione successiva alla contestazione di reato, di c.d. “modello riparatore” il cui scopo, purché adottato prima dell’apertura del dibattimento, è quello di importare per l’ente indagato: la riduzione della sanzione pecuniaria – ex art. 12 – l’esclusione dalla sanzione interdittiva – ex art. 17 – l’inapplicabilità, quale conseguenza delle prime, della sanzione della pubblicazione della sentenza – ex art. 18; inoltre, la sospensione o revoca della misura cautelare a fronte di una dichiarazione di voler adottare un MOG 231 – ex art. 49²⁸.

La premialità, tuttavia, nel caso dell’adozione del modello *post delictum*²⁹, non risponde più, ovviamente, ad una logica preventiva bensì ad una compensativa in cui le contro-condotte poste in essere dall’ente, intese quali forme di ravvedimento operoso, riducono l’offesa dallo stesso cagionata, inducendo così il Legislatore a “premiare” l’ente sanzionandolo meno duramente.

26 Vedi sul punto V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/20021: l’incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2011, 70 e ss.

27 Per una disamina, vedi S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, 60 e ss. L’autore precisa come tale logica a scalare si riscontri anche nell’applicazione delle misure cautelari, così, ad esempio, l’art. 49 del Decreto.

28 Un ulteriore beneficio, giova ricordarlo, previsto nel caso di adozione del modello *post delictum*, è quello di cui dall’art. 78 del Decreto, dove è individuata la possibilità di convertire la sanzione interdittiva, comminata con la sentenza di condanna, in sanzione pecuniaria.

29 Vedi Cass. Pen., Sez. III, 09.02.2016, n. 11209 con nota di G. VARRASO, *Un utile “approfondimento” della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel D. Lgs. 231/200*, in *Cass. pen.*, 9/2016, 3393, l’Autore ritiene – analizzando il caso specifico – come anche il modello adottato *ex post* svolga una funzione preventiva, al pari di quello adottato *ante factum*, sussistendo «una identità strutturale tra gli stessi».

Il carattere premiale penale che emerge dal CCII si sviluppa intorno a precise figure di reato³⁰ previste dall'art. 25 comma 2, in particolare in relazione a quelle condotte antecedenti all'apertura di una procedura concorsuale ed alle iniziative per porvi rimedio a disposizione dell'imprenditore: gli strumenti premiali previsti dal CCII, meglio precisati nel prosieguo, scattano in presenza di una condotta proattiva del debitore. Benché «l'onere di *discovery* in capo all'imprenditore»³¹ e la successiva gestione della crisi con i creditori in modo tempestivo, di fatto prima che la situazione tramuti nel patologico stato di insolvenza, rimangono una decisione individuale, essa è sicuramente agevolata dall'assetto organizzativo predisposto: il rispetto delle procedure di allerta e l'attività dell'organo di controllo sono infatti funzionali a porre l'impresa nella condizione di agire con consapevole sollecitudine nell'adempimento di quei doveri previsti dai *principi generali*³² che, corre l'obbligo di ricordarlo, sono divenuti la base del suo operato.

Ecco quindi che si comprende come sia centrale l'adeguatezza dell'assetto organizzativo: essa si misura con la concreta possibilità di emersione tempestiva degli indizi di crisi³³, grazie ad una struttura amministrativa e contabile che consenta la circolazione delle informazioni e l'efficace esplicazione dell'attività di controllo, con gli strumenti dati dallo stesso CCII (obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo, del revisore e della società di revisione sull'andamento della gestione aziendale e delle banche ed intermediari finanziari in caso di modifiche del regime degli affidamenti – art. 14 – e per i soggetti pubblici ex art. 15).

3.1 Misure premiali penali previste dal CCII: vantaggi da cogliere per l'imprenditore virtuoso.

Le misure in esame integrano il quadro dei benefici attribuiti all'imprenditore virtuoso, anche a carattere tributario oltreché concorsuale³⁴, e si completano fra loro poiché l'una trova il suo campo di applicazione in via residuale – *fuori*

³⁰ Per completezza espositiva si rende opportuno precisare che si è preferita un'interpretazione estensiva del disposto previsto dall'art. 4, lett. h) della Legge Delega, intendendosi la locuzione "altri reati" come inclusiva anche dei reati più gravi di bancarotta fraudolenta, in questo modo si è ridotta l'area di ciò che è penalmente rilevante; in tal senso vedi *Relazione Illustrativa* alla Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, 48.

³¹ Vedi S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. n. 10/2019, 1335.

³² Vedi artt. 3 e ss. del Decreto n. 14 del 2019.

³³ Vedi E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Le Soc.*, fasc. n. 3/2020, 283.

³⁴ Per un quadro completo delle misure premiali, anche patrimoniali, accordate all'imprenditore vedi L. GAMBI, *Le misure premiali nel Codice della Crisi*, in *Il Fallimentarista*, 12 luglio 2019.

dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, recita l'ultima parte del comma 2 dell'art. 25 CCII – rispetto all'altra: si tratta, invero, di una causa di non punibilità in presenza di un danno di speciale tenuità e di una circostanza attenuante ad effetto speciale³⁵.

Si rende opportuno, innanzitutto, individuare i presupposti affinché le misure premiali possano produrre i loro effetti: l'art. 24 CCII specifica i termini entro cui l'iniziativa del debitore può considerarsi tempestiva, ai fini della loro applicazione, in presenza di tre distinte criticità.

Orbene, in relazione ai termini, si prevede che l'imprenditore agisca con sollecitudine presentando, entro tre mesi, *istanza* di composizione assistita della crisi, oppure *domanda*, entro sei mesi, di accesso ad una delle procedure di regolazione disciplinate dal CCII³⁶. Quanto al termine di decorrenza dei predetti, l'articolo 24 individua tre condizioni aventi ad oggetto soglie quantitative di rapporti debitori scaduti nonché di superamento degli indici fissati dal CNDCEC³⁷.

I presupposti appena illustrati hanno generato una prima riflessione fra gli interpreti secondo cui accertare la tempestività dell'iniziativa impone di poter individuare l'effettivo momento in cui l'imprenditore ha preso coscienza dello stato di crisi³⁸, il che appare alquanto problematico e potrebbe costituire un fattore ostativo alla concreta applicazione dell'esimente.

Il problema è, in estrema sintesi, se colui che risulti imputato di reati concorsuali possa o meno dar prova dell'esistenza di ostacoli oggettivi alla

³⁵ Per una ricognizione generale del ruolo del CCII in campo penale: F. DI VIZIO, *Codice della Crisi d'impresa: tra novità e ricadute penali*, in *Leggi d'Italia*, 13 marzo 2019. Sulla natura dell'esimente vedi anche L. PELLEGRINI, *op.cit.*, 75 e ss.

³⁶ L'alternatività tra i due presupposti (*istanza* – *domanda*) per accedere alle *misure premiali* è determinata non solo dal fatto che la disciplina degli strumenti di allerta di cui agli artt. 14 – 15 non trova applicazione in relazione a tutte le imprese (art. 12 commi 4 e 5), per le quali dunque la premialità è determinata dalla domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dal Codice ma anche dalla sussistenza di un ampio ventaglio di possibilità per la gestione della fase critica, anche giudiziale.

³⁷ Nello specifico l'art. 24 prevede che i termini inizino a decorrere da quando si verifica "a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13 commi 2 e 3".

³⁸ Vedi, in questo senso, C. SANTORIELLO, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 20 febbraio 2019, secondo l'Autore tale difficoltà si tramuterà, di fatto, in una scarsa applicazione dell'esimente; D.M. SCHIRÒ, *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 2/2019, 3 e ss..

comprensione dei fenomeni indicativi dello stato di crisi per giovare ai benefici o se, di contro, la decorrenza dei termini costituisca un dato non suscettibile di essere superato.

Se si considera che tutto il sistema premiale poggia sugli adeguati assetti organizzativi è necessario concludere che non vi sia spazio per valutazioni ulteriori, poiché il giudizio di adeguatezza si fonda proprio sulla capacità di individuazione tempestiva dei segnali di crisi che sono ben specificati dalla legge, in via alternativa: l'esistenza di debiti scaduti per retribuzioni, di debiti verso fornitori nonché il superamento degli indici ex art. 13 CCII.

Si rileva, inoltre, che appare difficile immaginare che chi gestisce un'impresa di modeste dimensioni non sia a conoscenza dei propri debiti mentre per le imprese medio-grandi un'adeguata organizzazione aziendale ha la finalità di consentire il monitoraggio proprio di eventi quali quelli considerati dalla norma: coloro che operano nei *processi aziendali* che si occupano di *amministrazione finanza e controllo* o di *contabilità* all'interno delle grandi imprese, anche alla luce della riforma del 2019, debbono informare costantemente il vertice – con esso si intende, in questo caso, chi ha la rappresentanza legale – ovvero l'organo di controllo dell'eventuale esposizione debitoria.

La finalità del sistema voluto dal Legislatore è quella della massima responsabilizzazione dell'imprenditore, sia esso individuale o collettivo o societario, verso una condotta attenta e virtuosa, funzionale ad una corretta acquisizione e gestione delle informazioni interne, sì da poter agevolare la tempestività dell'iniziativa di cui all'art. 24 del Codice della Crisi.

Va comunque ricordato che soccorre, all'accertamento della tempestività, l'attestazione che il presidente del collegio nominato dal referente dell'OCRI rilascia su richiesta del debitore a tal fine, anche se essa è valida limitatamente all'applicazione delle misure premiali ottenute previo ricorso ai procedimenti di composizione assistita della crisi e non certo per le diverse procedure previste dal Codice, cui detto organismo, come è noto, rimane estraneo.

In ordine al ricorso ad una delle procedure regolate dal Codice – artt. 56 e ss. – peraltro, potrebbe osservarsi come la *ratio* degli istituti premiali, volti ad incentivare la prevenzione del dissesto, sembri disattesa.

Ed invero, va segnalato come l'accesso, ancorché tempestivo, ad una delle altre procedure previste dal Codice – si pensi alla *domanda* di concordato preventivo, fondato su uno stato di insolvenza (ex art. 85 CCII) – risulti contraria a quella funzione anticipatoria atta a gestire, non lo stato di insolvenza, bensì quello meno grave di crisi.

Ciò detto, la scelta sia del Legislatore delegante sia, poi, di quello delegato è stata quella di includere nella possibilità di beneficiare delle misure premiali imprenditori le cui attività versano in situazioni tra loro molto diverse, probabilmente sulla base del fatto che il sistema organizzativo predisposto dovrebbe, se funzionante, intercettare tempestivamente lo stato critico.

È indubbio tuttavia che già l'inclusione fra gli indicatori dello stato di crisi dei ritardi nei pagamenti reiterati e significativi (art. 13 ultima parte del comma 1 CCII), ripresi poi dall'art. 24, comporta un immediato richiamo all'insolvenza, quindi alla situazione peggiore che si vorrebbe prevenire e che il Codice qualifica come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori che dimostrino, in buona sostanza, che il suddetto non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2 comma 1)³⁹.

Si aggiunge anche che gli obblighi di allerta esterna della situazione critica, posti a carico dei creditori pubblici qualificati (art. 15 CCII), scattano quando sono superate soglie di mancati pagamenti per importi elevatissimi, ad esempio fino ad un milione di euro per le imprese collettive nei riguardi dell'Agenzia delle Entrate, e si verte nel campo di quegli indicatori sintomatici dello stato di insolvenza da sempre utilizzati dalla giurisprudenza per la declaratoria fallimentare⁴⁰.

Alla luce di quanto illustrato sino ad ora si conferma, in ogni caso, che nell'ottica del Legislatore l'assetto organizzativo approntato dall'imprenditore ex art. 2086 c.c. dovrebbe assicurare la rilevazione dello stato di crisi prima del suo aggravarsi, così permettendo di individuare il momento effettivo in cui l'imprenditore ha preso conoscenza della situazione interna alla sua attività.

3.2 Aspetti applicativi problematici.

Sono presupposti dell'applicazione delle misure premiali l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, oppure l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti nonché il verificarsi di un danno di speciale tenuità.

Sul punto deve evidenziarsi che l'art. 25 CCII pone una distinzione fra procedure, richiedendo che nel caso di *istanza* tempestiva rivolta all'OCRI si siano anche seguite con *buona fede* le indicazioni date, mentre per le altre (artt. 56 e ss. CCII) occorre che non vi sia stata pronuncia di inammissibilità.

In verità non appare agevole interpretare la norma in relazione al primo requisito, posto che non risulta che l'OCRI dia indicazioni al debitore: l'art. 18 CCII prevede, infatti, che il collegio individui con questi le possibili misure per porre rimedio alla crisi e vigili sulla loro attuazione; va altresì aggiunto che il richiamo alla *buona fede* appare espressione assai generica.

³⁹ Sulla declinazione più recente, anche giurisprudenziale, della nozione di insolvenza si richiama M. MONTELEONE, *L'incidenza del diritto emergenziale sullo stato di crisi e di insolvenza: la dirompente "insolvenza reversibile"*, in AA. VV., *Crisi di Impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. PACCHI – S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 144.

⁴⁰ Sul punto vedi S. AMBROSINI, *Procedure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *op. cit.*, a cura di S. PACCHI e S. AMBROSINI, Bologna, 2020, 69 e ss.

L'art. 25 del Codice menziona espressamente quale soggetto beneficiario delle misure in esame l'imprenditore, tuttavia il comma 2 fa riferimento anche a soggetti diversi, visto il richiamo agli artt. 329, 330 e 341 CCII; tali fattispecie di reato coinvolgono la posizione, fra l'altro, dei sindaci delle società per i reati di bancarotta nella procedura di liquidazione giudiziale e per quelli commessi in relazione al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria.

Occorre dunque chiedersi in presenza di quali presupposti scatti l'esenzione da responsabilità in base alla prima parte dell'art. 25 comma 2.

Al fine di rispondere a tale quesito va ricordato, innanzitutto, che fra i doveri degli organi di controllo vi è quello di segnalazione immediata ex art. 14 CCII dell'esistenza di *fondati indizi della crisi*.

L'iter procedimentale del sistema di allerta interna è il seguente: l'organo di controllo assegna termine non superiore a 30 giorni all'organo amministrativo per comunicare le iniziative che intende assumere che, se non adempiute nei 60 giorni successivi o in caso di omessa risposta, comportano l'obbligo di informare l'OCRI dello stato critico. Recita il comma 3 che 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 dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI».

L'assenza di responsabilità incide sul piano civilistico ma, come si può evincere, ha risvolti anche sul piano penale: in particolare nella misura in cui in presenza di una tempestiva iniziativa di segnalazione pare che nessun altro potere impeditivo di eventi dannosi possa essere attribuito ai sindaci (che non risponderanno penalmente ex art. 40 cpv. c.p.).

Tuttavia, occorre anche tener presente che la funzione di vigilanza non cessa con la fase iniziale della crisi, ma deve proseguire: non a caso l'art. 37 comma 2 CCII prevede altresì che i sindaci, e comunque l'organo di controllo, siano fra i soggetti legittimati a richiedere la liquidazione giudiziale ed in questo caso la tempestività andrà verificata in base al disposto dell'art. 24 del Codice. La causa di non punibilità in esame richiede inoltre che il danno cagionato dalle condotte poste in essere prima dell'apertura di una fra le procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sia di speciale tenuità.

La Relazione Illustrativa del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, in ordine alla causa di non punibilità, segnala che l'intenzione del Legislatore è quella di ridurre l'area dell'incidenza penale di condotte depauperative modeste o con minima rilevanza rispetto alle ragioni dei creditori, con la specificazione che per l'applicazione dell'attenuante il criterio di riferimento è il raffronto fra attivo e passivo delle procedure.

L'estensione dell'esimente anche alla bancarotta fraudolenta, ritenuta inclusa fra "gli altri reati" fallimentari di cui all'art. 4, lett. h) della legge delega n. 155/2017, è stata effettuata considerando che per la bancarotta semplice, a parte l'attenuante prevista dall'art. 219 comma 3 L.F., poteva già operare l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. in presenza di condotte non abituali, il che avrebbe reso superflua la delega sul punto. Si può dunque sostenere che il CCII abbia optato per l'estensione massima della causa di non punibilità, di fatto permettendone l'applicazione a tutte le figure di bancarotta⁴¹.

Di talché diviene centrale, per l'applicazione delle misure premiali, l'accertamento del danno, sia esso o meno di speciale tenuità ma comunque idoneo a garantire l'applicazione della riduzione della pena, come individuato dall'art. 25 CCII.

Tale aspetto non è nuovo ed è stato oggetto di plurime pronunzie giurisprudenziali rispetto alla circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 219 comma 3 L.F. (oggi art. 326 CCII), non sempre uniformi nei criteri per la quantificazione.

Ed invero, se da una parte⁴² si è ritenuto che la quantificazione del danno dovesse considerare la diminuzione patrimoniale cagionata alle ragioni dei creditori, sotto il profilo del *quantum* disponibile in sede di riparto, dunque non considerando il singolo rapporto tra fallito e creditore ammesso o l'entità di singole operazioni commerciali o speculative, dall'altra⁴³, si è operata una relativizzazione di quanto sopra, valutando altresì, ai fini della tenuità, anche le dimensioni dell'impresa, il movimento di affari e l'ammontare dell'attivo e del passivo.

Senza contare poi come si presenti alquanto ambiguo, sulla scorta di quanto sostenuto in dottrina⁴⁴, il richiamo al solo "danno" in un contesto di reati aventi prevalente natura di pericolo.

In ogni caso, va detto che l'accertamento della speciale tenuità è lasciata alla valutazione discrezionale del giudice, a differenza di quanto previsto per l'applicazione dell'attenuante ad effetto speciale che richiede di soddisfare criteri rigidi e che si pone «in un'area di chiara continuità di presupposti (e

⁴¹ Vedi N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2020, 321.

⁴² Cfr. *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. I, 10 ottobre 2000, n. 12087 e più recentemente Cass. Pen., Sez. V, 01 aprile 2019, n. 19981.

⁴³ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 09 aprile 2003, n. 21353 e Cass. Pen., Sez. V, 02 marzo 2015, n. 17351.

⁴⁴ Vedi, per un approfondimento in argomento, M. GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 2/2019, 502 e ss. L'Autore ritiene che una spiegazione sia desumibile dalla Relazione Illustrativa alla Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, ove si (ri)costruiscono i reati di bancarotta fraudolenta secondo lo schema dei reati di evento, benché forse sarebbe stato più opportuno, per evitare l'insorgere di dubbi, utilizzare il generale termine "offesa".

contiguità di applicazione)»⁴⁵ rispetto all'esimente, trovando spazio laddove il danno non sia di particolare tenuità.

La circostanza in parola, che si lega ad un criterio quantitativo confrontando l'attivo ed il passivo della procedura, segnatamente richiedendo che l'attivo inventariato ovvero quanto offerto ai creditori sia sufficiente a soddisfare un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari, indica anche una soglia di tolleranza entro cui l'importo complessivo del danno – inferiore a due milioni di euro – può ammettere l'applicabilità dell'attenuante che porta ad una riduzione della pena fino alla metà. L'importo entro cui deve essere contenuto il danno viene considerato in modo «indifferente per imprese medio piccole quanto per quelle di grandi dimensioni»⁴⁶.

Ebbene, non può che suscitare perplessità che questa cifra sia imposta in modo così rigido senza operare nessun distinguo a seconda della dimensione e della capacità economica dell'impresa; è certamente vero, però, in senso contrario, che una diversa formulazione, magari caratterizzata dal ricorso ad ulteriori indici valutativi dell'impresa, avrebbe esposto la norma, quindi il riconoscimento della circostanza, ad ulteriori problematiche interpretative ed a scelte maggiormente discrezionali.

Quanto al primo requisito previsto per l'applicazione della circostanza attenuante, emerge la volontà del Legislatore di tutelare anche quei creditori privi di garanzie, che solitamente rimangono insoddisfatti, ma la formulazione della norma pone alcune problematiche.

Il raffronto fra attivo e passivo dovrebbe essere eseguito con riguardo, al momento dell'apertura della procedura, all'attivo *inventariato* – nell'ambito della liquidazione giudiziale – ed all'attivo offerto ai creditori – espressione che richiama la procedura di concordato preventivo; stando al tenore letterale della norma, tuttavia, occorre evidenziare che, se nelle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale è lo stesso debitore che deve indicare l'ammontare dei debiti, nella prima procedura l'accertamento è soggetto alle regole dell'insinuazione al passivo e della verifica dei crediti.

Opportunamente dunque si è provveduto a modificare l'originaria previsione sulla predisposizione della relazione del curatore fallimentare (art. 33 L.F.) che ora è sostituita da plurimi oneri di comunicazione: una prima informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti circa le cause dell'insolvenza e sulla responsabilità del debitore, da depositare entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, ed una successiva relazione particolareggiata da depositarsi entro sessanta giorni dal decreto di esecutività dello stato passivo che dovrà contenere anche

⁴⁵ Vedi R. ALAGNA, *La nuova causa di non punibilità dei reati fallimentari e la correlata ipotesi attenuante*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia, Tomo II*, a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Torino, 2019, 2735.

⁴⁶ Vedi F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. n. 9/2019, 1197.

quanto di interesse ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 130 CCII).

È in tale momento che quindi maturerà la consapevolezza del divario fra attivo e passivo, quando, in concreto, si sarà verificata la portata dell'effettivo ammontare dei debiti e si sarà ricostruito il completo quadro della condotta del debitore.

Va rilevato, in relazione a quanto si potrà ripartire fra i creditori chirografari, che il giudizio fondato sulla sola scorta del valore dei beni inventariati pare prescindere dalle operazioni di liquidazione dell'attivo, solitamente lunghe (entro 5 anni prorogabili a 7, ex art. 213 comma 5 CCII) ma che potrebbero anche portare a raggiungere, se non addirittura superare, la soglia del 20%, ad esempio per effetto dell'esito positivo di azioni recuperatorie, revocatorie o risarcitorie. Non è necessario peraltro attendere i tempi della liquidazione: infatti, già la predisposizione del progetto di liquidazione, da depositarsi entro sessanta giorni dall'inventario, e comunque non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura giudiziale (art. 213 CCII), offre chiare indicazioni sul patrimonio del debitore in cui rientrano certamente le azioni giudiziali a contenuto recuperatorio.

Orbene, se l'intenzione del Legislatore è premiare chi consente il soddisfacimento delle ragioni creditorie nella misura indicata, è necessario che si superi la distinzione che la norma sembra porre fra diverse procedure mediante il richiamo ad attivo inventariato od offerto e si tenga invece presente, quale canone applicativo, la più redditizia potenzialità soddisfattoria del patrimonio del debitore comunque acquisibile.

Venendo al secondo requisito previsto dall'attenuante, ossia la richiesta della sussistenza di un danno complessivo cagionato non superiore a due milioni di euro, si impone poi di accertare effettivamente il suo ammontare e tale operazione difficilmente sarà attuata concretamente dalla giurisprudenza mediante il solo raffronto fra attivo e passivo, essendosi ormai affermato l'orientamento, come già ricordato, secondo cui il danno deve essere verificato avendo invece riguardo alla diminuzione patrimoniale cagionata alle ragioni dei creditori dalle condotte depauperative dell'imprenditore, sotto il profilo del *quantum* disponibile in sede di riparto. L'accertamento dell'ammontare del danno dovrebbe essere determinato, in buona sostanza, anche considerando l'esito, ad esempio, di eventuali azioni di responsabilità verso gli amministratori per le ragioni già esposte in precedenza in relazione al danno di speciale tenuità o meno.

Ciò che si vuole affermare, in conclusione, è che l'applicazione della circostanza non sarà affatto agevole per la difficoltà di individuazione dei relativi presupposti, sia in relazione alle modalità di determinazione della percentuale attribuibile ai creditori sia sotto quella dell'accertamento dell'ulteriore condizione dell'entità del danno.

Le condotte del debitore che sono suscettibili di valutazione ai fini delle misure premiali sono, a norma dell'art. 25 comma 2 CCII, quelle poste in essere prima dell'apertura della procedura che sostanzia i reati ivi elencati. Si è posto, fra gli interpreti, il problema se sia implicito nel sistema, come delineato dal Legislatore, che siano esclusi dai benefici quei reati commessi eventualmente nello spazio temporale intercorrente fra la domanda di accesso ad una delle procedure o l'istanza ex art. 19 CCII e l'apertura della procedura concorsuale di liquidazione giudiziale, di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti. In senso favorevole all'esclusione si è osservato che la norma non vuole garantire impunità a condotte spregiudicate⁴⁷ fino all'apertura delle procedure concorsuali ma va altresì osservato che il tenore letterale della norma non pare per nulla escludere tale possibilità anche perché la tempestività dell'iniziativa dell'imprenditore, unita alla lieve tenuità del danno (ai fini dell'esimente) o alla concreta soddisfazione dei crediti chirografari nella circostanza attenuante, costituisce il presupposto per l'operatività delle misure premiali, mentre non pare rilevante ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti*. Non a caso è stato osservato che il disposto dell'art. 25 CCII concorre a definire un nuovo parametro della diligenza dell'imprenditore nell'ottica di non limitare condotte gestorie dinamiche finalizzate alla risoluzione della crisi⁴⁸. Sarà solo l'applicazione pratica della norma, quindi la giurisprudenza, a dare risposta alla problematica esaminata.

4. Osservazioni conclusive.

Nell'esaminare istituti posti a presidio della continuità aziendale in parallelo con i collaudati sistemi di prevenzione del rischio da reato si è fatta menzione del rischio *insolvenza* che pare espressione più adeguata, a quella che spesso si incontra, di prevenzione del rischio *crisi*. La crisi economico patrimoniale finanziaria per un'impresa può avere le più varie ragioni – l'attuale periodo caratterizzato dalla pandemia di COVID Sars 2 lo dimostra – e non è sempre prevenibile mentre è possibile una sua gestione in chiave anticipatoria rispetto all'insolvenza.

I sistemi di prevenzione previsti dal CCII e dal D. Lgs 231/2001 possono interagire fra loro anche se i reati di bancarotta e le altre fattispecie richiamate dall'art. 25 CCII non rientrano nel catalogo dei reati presupposto per i quali si dovrebbe adottare il MOG 231.

Vi sono tuttavia fattispecie penali idonee ad incidere sull'equilibrio economico patrimoniale di un'impresa, basti pensare ai reati tributari, attesa

⁴⁷ P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2018, 98 e ss.; in senso adesivo L. PELLEGRINI, *op.cit.*

⁴⁸ Vedi, sul punto, F. DI VIZIO, *op cit.*

la previsione della L. 19 dicembre 2019, n. 157, e capita di frequente nella prassi giudiziaria di assistere a procedimenti per reati di bancarotta in cui si contestano, nello stesso oppure in diverso processo, figure di reato previste dal D. Lgs. 74/2000.

L'attuale situazione pandemica poi pone specifici obblighi organizzativi in capo alle imprese per la prevenzione dal contagio che si inseriscono nella tutela della salute dei lavoratori, la cui violazione rientra certamente fra gli illeciti previsti dall'art. 25 *septies* del D. Lgs. 231/2001⁴⁹, mentre va rilevato che in relazione ai reati societari – art. 25 *ter* del Decreto 231– varie figure sono già incluse nelle fattispecie penali concorsuali (art. 329 CCII) ed altre, quali ad esempio il reato di impedito controllo (art. 2625 c.c.), ben possono essere realizzate nell'ottica di non far emergere gli indici della crisi e ritardare l'accesso alle misure risolutive⁵⁰.

Quanto precede implica la rilevanza, già più volte ricordata, dell'implementazione dei sistemi di controllo e dell'importanza della circolazione delle informazioni rilevanti per la gestione dell'attività d'impresa ma anche della necessità che ogni modalità organizzativa sia sempre aderente ed adeguata alle concrete esigenze aziendali parametrata sugli obiettivi imprenditoriali.

Attualmente le imprese sono soggette a plurime normative che impongono un approccio preventivo a varie categorie di rischi, il che prova che l'attività di *compliance*, che «fa riferimento a quelle attività preventive che le organizzazioni sono chiamate ad implementare per essere conformi alla normativa, agli *standards*, alle procedure interne ed ai codici organizzativi»⁵¹ se può essere un'opportunità per le imprese, come nel caso dei MOG 231, in molti casi sta divenendo un obbligo, la cui osservanza è indotta, dal Legislatore, anche mediante la predisposizione di importanti benefici premiali.

⁴⁹ Per una casistica completa dei nuovi rischi da reato derivanti dalla legislazione anche emergenziale si veda *Deloitte Legal – Coronavirus Legal Tips*, in <https://www.deloitte.com>, 24 aprile 2020.

⁵⁰ Si richiama l'analisi di E. PERUSIA – C. SANTORIELLO, *La valutazione dell'idoneità del modello organizzativo alla luce delle innovazioni in tema di crisi di impresa*, in *Rivista 231*, 3/2019, 26 e ss.

⁵¹ *XX International Congress of Penal Law 2019 - "Criminal Justice and Corporate Business"*, Roma 13 - 16 Novembre 2019, evento organizzato dall'Associazione Internazionale di Diritto Penale (A.I.D.P.).