

## **L'esperto facilitatore nella composizione negoziata della crisi d'impresa e dell'insolvenza: le responsabilità penali**

*The expert facilitator in the negotiated settlement of corporate crisis and insolvency: criminal responsibilities.*

Nicola Madia

Ricercatore in Diritto Penale nell'Università di Roma Tor Vergata

Sommario: 1. L'esperto facilitatore - 2. I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: inoperatività nei confronti dell'esperto facilitatore - 3. L'inapplicabilità dei delitti di falso e di quelli contro l'amministrazione della giustizia - 4. Il concorso nei delitti di bancarotta: condizioni - 5. Considerazioni conclusive

### **ABSTRACT**

L'Autore esamina i possibili profili di responsabilità penali collegati all'attività dell'esperto facilitatore nella composizione negoziata della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Si tratta di una delle procedure volte a prevenire il dissesto dell'impresa previste dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

\*\*\*

*The author examines the possible criminal liability profiles connected to the activity of the expert facilitator in the negotiated settlement of business crisis and insolvency. This is one of the procedures aimed at preventing business failure under the new Business Crisis and Insolvency Code.*

### **1. L'esperto facilitatore**

Il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (dopo solo CCII), istituito col d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è entrato in vigore il 15 luglio 2022 dopo un lungo periodo di latenza durante il quale ha subito integrazioni e correzioni.

Tra tali interventi si segnala quello dovuto al d.l. 04 agosto 2021 n. 118, interamente incorporato sul punto nel CCII, che ha delineato un istituto finalizzato a consentire all'imprenditore di risolvere situazioni di «squilibrio

patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza» (art. 12, comma 1 CCII).

Si tratta della c.d. composizione negoziata della crisi, ovvero di un *iter* prevalentemente stragiudiziale, che non comporta lo spossessamento del patrimonio e l'esclusione dell'imprenditore dalla gestione dell'azienda.

Tale istituto è perfettamente coerente con la logica che permea l'intero CCII<sup>1</sup>.

Questo corpo normativo si propone, infatti, di conciliare le due necessità che si affacciano con la crisi d'impresa: i) la protezione e il soddisfacimento dei creditori; ii) la preservazione degli organismi produttivi, ovvero il risanamento dell'impresa, senza mirare solo alla sua liquidazione<sup>2</sup>.

Tali obiettivi vengono perseguiti tramite: a) l'eliminazione dei fattori di crisi; b) la riorganizzazione dei complessi produttivi.

Simile logica aveva già peraltro interessato la l. fall. poiché, dopo l'attuazione del d. lgs. 09 gennaio 2006, n. 5, si erano progressivamente introdotti istituti (pensiamo agli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l. fall. e al piano di risanamento di cui all'art. 67 l. fall.) volti alla conservazione dell'impresa più che alla sua dissoluzione.

Il fallimento, del resto, aveva già perduto la sua centralità in favore della diversa procedura del concordato preventivo, di cui agli artt. 160 ss. l. fall., diventato poi l'asse portante nell'attuale CCII, nella sua forma di concordato in continuità aziendale, strutturato proprio nel senso di assicurare la prosecuzione dell'attività.

La logica che impernia il CCII determina un mutamento qualitativo dei doveri dell'imprenditore.

In particolare, come osservato in dottrina: «l'art. 374, comma 2, c.c.i. ha riformulato il titolo della rubrica dell'art. 2086 c.c. ("Gestione dell'impresa") e, in attuazione di uno specifico principio di delega, vi ha inserito un secondo comma. Quest'ultimo, da un lato, impone all'imprenditore di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile al fine di favorire l'emersione tempestiva della crisi; dall'altro lato, obbliga l'imprenditore ad attivarsi senza

---

<sup>1</sup> Sull'argomento, nella dottrina penalistica, A. MANNA – L. D'ALTILIA, *Manuale di diritto penale dell'economia*, Roma, 2024, p. 357 ss.

<sup>2</sup> Ha sottolineato questi aspetti, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, p. 183.

indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi»<sup>3</sup>.

Tra le procedure finalizzate all'uscita da situazioni di squilibrio compare, appunto, la composizione negoziata della crisi.

Nel contesto della procedura di composizione negoziata della crisi, l'art. 12, comma 1, CCII, prevede che l'imprenditore possa chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

L'esperto -stabilisce il comma 2 dell'art. 12- agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

L'esperto (secondo la sequenza della disciplina contenuta nel d.l. 118/ 2021, integralmente incorporata nel CCII) deve svolgere i suoi compiti in posizione d'indipendenza (art. 2 comma 1), imparzialità e terzietà (art. 4 comma 2). Non deve essere legato alle parti da relazioni di natura personale o professionale (art. 4 comma 1)<sup>4</sup>.

Dal canto suo, in un contesto in cui le parti sono obbligate a collaborare lealmente e in modo sollecito con l'esperto (art. 4, comma 5 d.l. 118/ 2021), l'imprenditore è gravato del dovere d'illustrare a quest'ultimo la propria situazione in modo completo e trasparente (art. 4, comma 5 d.l. 118/ 2021)<sup>5</sup>.

Come rilevato in dottrina, a questa figura professionale risultano in sostanza assegnati tre compiti: «in primo luogo quello di raccolta ed analisi dei dati aziendali per fotografare la situazione economico patrimoniale dell'impresa ed immaginarne prospetticamente l'andamento; in secondo luogo quello di

---

<sup>3</sup> Sono parole di M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 65. Ancora, sul punto, A. MANNA- L. D'ALTILIA, *Manuale di diritto penale dell'economia*, cit., p. 358.

<sup>4</sup> Questi concetti li ha già messi in evidenza, R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in *Dir. d. crisi*, 11 gennaio 2022, p. 2, il quale ha analizzato l'istituto per l'appunto in base all'articolato contenuto d.l. 118/ 2021, volto a immettere, a seguito della fase pandemica, misure urgenti in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale. Gli artt. 11 ss. CCII hanno integralmente recepito la disciplina del d.l. citato come convertito in legge.

<sup>5</sup> Ancora, sul tema, R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, cit., p. 2.

mediare con i possibili interlocutori un processo di risanamento che è certamente funzionale alla tutela posizione dell'imprenditore che si incammina lungo il percorso della composizione negoziata, ma che *ipso facto* presidia anche gli interessi delle altre parti coinvolte nella composizione negoziata, dacché ogni operatore economico trae beneficio dalla solidità dei propri interlocutori, in ragione del fatto che tale solidità offre garanzia di adempimento delle obbligazioni; in terzo luogo l'esperto è coinvolto in tutti i procedimenti giurisdizionali che si innestano nella composizione negoziata o che da essa promanano, in seno ai quali egli è chiamato a fornire al giudice il proprio punto di vista, completando il paniere delle informazioni di cui il Tribunale deve disporre per assumere la decisione richiestagli»<sup>6</sup>.

L'esperto, oltre agevolare le interlocuzioni tra imprenditore, creditori e, in generale, portatori d'interessi, deve anche fornire un aiuto qualificato al soggetto in difficoltà, al fine di orientarlo ad assumere scelte delicate ma consapevoli.

L'art. 17, comma 7, CCII, prevede che l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento della crisi. L'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale per invocare misure protettive o cautelari secondo gli artt. 19 e 22 CCII.

Il comma 8 dell'art. 17 CCII stabilisce che, al termine dell'incarico, l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19 CCII, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti.

L'esperto dovrà poi sottoscrivere, unitamente all'imprenditore, l'eventuale accordo raggiunto, a seguito delle trattative, con i creditori.

---

<sup>6</sup> R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, cit., p. 2.

## **2. I delitti dei pubblici ufficiale contro la pubblica amministrazione: inoperatività nei confronti dell'esperto facilitatore**

L'operatività del Titolo II (*Dei delitti contro la pubblica amministrazione*), Capo I (*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*) esige che il soggetto attivo del reato sia investito della qualifica di pubblico ufficiale o d'incaricato di pubblico servizio.

Ebbene, com'è a tutti noto, la l. n. 86 del 1990 ha ridefinito in chiave oggettiva le nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, collegando queste qualifiche alle concrete attività svolte da ogni soggetto, a prescindere dalla personalità giuridica, pubblica o privata, dell'ente di appartenenza<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sulle nozioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio si sono fronteggiate, fino all'entrata in vigore della l. n. 86 del 1990, due concezioni: una c.d. soggettiva ed un'altra c.d. oggettiva. Nell'ambito delle teorie soggettive vanno annoverate quelle elaborazioni che adottavano come dato di qualificazione diretto o indiretto dei pubblici agenti il rapporto di dipendenza dallo Stato, ovvero da altro ente pubblico e, quindi, il carattere pubblico o privato della persona giuridica al cui servizio si operava. Le teorie oggettive, invece, attraverso il riconoscimento della possibilità non solo dell'esercizio privato di una pubblica funzione, ma anche dell'esercizio da parte di un soggetto pubblico di attività privata, pervenivano a svincolare completamente la qualifica personale dalle caratteristiche dell'ente e a ricostruire le figure del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio attraverso l'esclusivo riferimento ai connotati oggettivi dell'attività da essi svolta. Tale ultima concezione ha trovato definitiva consacrazione nel testo novellato degli artt. 357 e 358 c.p. che normativamente attribuiscono la qualità di pubblico agente dal concreto esercizio di una "attività" pubblica, indipendentemente dalla natura giuridica dell'ente di appartenenza. In dottrina, aderivano alla concezione soggettiva, A. MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, 1951; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1950, p. 5; F. GRISPIGNI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, p.540; C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 349. Si erano schierati in favore di una visione oggettiva, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, 20; G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357- 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 507; M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico a proposito degli istituti di credito di diritto privato*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1951, I, p. 217; F. RAMACCI, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 861; F. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 3; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Pt. Spec., I, Milano, 1983, p. 6; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Pt. Spec., vol. I, Bologna, 1988, p. 130. Inoltre, A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 498. Infine, sul punto, A.M. CASTELLANA, *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia*, Padova, 1989, p. 137. Inoltre, per uno studio approfondito sul tema, si rinvia al lavoro monografico di V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.

Il legislatore ha optato per un'impostazione di tipo sostanziale e funzionale nell'enucleare i tratti penalistici di queste qualifiche, enfatizzando l'oggettiva tipologia degli specifici adempimenti di volta in volta assolti dall'agente, anziché considerare, come in passato, il dato formale afferente alla natura pubblica o privata dell'ente di appartenenza.

Pertanto, onde reperire negli uffici ricoperti da un soggetto i tratti caratteristici di una pubblica funzione è necessario, ai sensi dei "nuovi" artt. 357 e 358 c.p., individuare i connotati di un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi<sup>8</sup>.

Infatti, a seguito della riforma del 1990, come caldeggiato dalla dottrina prevalente<sup>9</sup>, il criterio distintivo per ascrivere un'attività all'area del pubblico piuttosto che a quella del privato si fonda sulla matrice giuridica delle diverse discipline di settore.

Sebbene si tratti di un problema ancora aperto, sul quale non esiste uniformità di vedute in ordine all'identificazione di utili criteri distintivi per discernere una regolamentazione pubblicistica da una privatistica, è universalmente riconosciuto che nel nostro diritto positivo devono essere riportate nell'alveo del diritto pubblico quelle attività assoggettate dalla legge a precise direttive guida e a penetranti controlli orientati a indirizzarle verso il perseguimento di interessi prestabiliti<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Sull'argomento, si veda anche M. GAMBARDILLA, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 4031.

<sup>9</sup> M. GALLO, *Pubblico ufficiale ed ente pubblico a proposito degli istituti di credito di diritto privato* cit., p. 336; G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357-358 c.p.* cit., p. 510; F. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio* cit., p. 7; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive* cit., p. 55. Tale ultima A. arriva all'accoglimento del criterio di disciplina dopo aver passato in rassegna, ed analiticamente criticato, i criteri c.d. ontologici della teoria degli interessi e della teoria della sovraordinazione. Inoltre, A.M. CASTELLANA, *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia* cit., p. 141. *Contra*, per tutti, C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica* cit., p. 379. L'A. ha sostenuto la necessità di fare leva su di un criterio distintivo che valorizzasse i profili organizzatori dell'ente.

<sup>10</sup> In questo senso, sono condivisibili le note di G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357-358 c.p.*, cit., p. 510. L'A. ha individuato il carattere essenziale dell'attività pubblica nel suo esercizio coattivo che esclude ogni intromissione dell'arbitrio privato nella sua gestione, con conseguente indisponibilità del fine oggetto di essa; indisponibilità stabilita per legge e derivante dall'impossibilità per i privati di porla in essere. In tale prospettiva, risulta altrettanto condivisibile la distinzione elaborata da F. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio* cit., p. 7. L'A. ha affermato che sono pubbliche le fattispecie di poteri

E invero, nel nostro diritto positivo esiste un'insanabile antinomia tra i vincoli caratteristici di attività strumentalizzate al soddisfacimento di finalità di rango collettivo e la nozione di attività privata<sup>11</sup>. Questa trova la sua essenza nella libertà d'iniziativa economica e *negoziale*, abiurando qualsiasi forma di limitazione finalizzata al raggiungimento di obiettivi predefiniti.

Posto quanto sopra, l'esperto facilitatore non pare sia investito di un *munus* pubblicistico, secondo la normativa di settore<sup>12</sup>.

Egli assolve a compiti da esercitarsi, nella fase delle trattative con il ceto creditorio e gli *stakeholders*, in base a esclusivi schemi *negoziali*.

L'esperto facilitatore svolge quindi un'attività privatistica, in cui non sono ravvisabili gli estremi di una pubblica funzione o di un pubblico servizio.

Peraltro, questa figura professionale, nel consigliare l'imprenditore, esercita certamente una qualificata e autorevole *moral suasion*.

Inoltre, l'esperto facilitatore deve verificare la possibilità di intraprendere e proseguire la procedura in base a una valutazione dei dati forniti dall'assistito.

Ebbene, nonostante tutto questo, egli non è dotato di poteri autoritativi e certificativi, come invece esige la definizione di pubblico ufficiale a fini penalistici incastonata nel comma 2 dell'art. 357 c.p.

A tale ultimo proposito, infatti, l'art. 16, comma 2, seconda parte, CCII, prevede che il professionista, nell'espletamento dell'incarico di cui all'articolo 12, comma 2, lungi dal dovere *attestare* qualcosa, debba soltanto acclarare la *coerenza* complessiva delle informazioni comunicate dall'imprenditore, chiedendo al medesimo e ai creditori tutte le ulteriori informazioni utili o necessarie<sup>13</sup>.

---

e di atti -tipiche in regime di monopolio- per le quali siano competenti soltanto determinati soggetti (c.d. fattispecie a soggetto vincolato); private, al contrario, le fattispecie a soggetto indifferenziato che, potenzialmente, possono essere compiute da qualsiasi soggetto dell'ordinamento, come avviene quando un'attività è esercitabile in un mercato concorrenziale e non in regime di monopolio legale.

<sup>11</sup> Si è espressa in questa direzione nel tratteggiare gli elementi discretivi tra l'attività di impresa, ascrivibili all'area del diritto privato, e la pubblica funzione, A.M. CASTELLANA, *Profili di soggettività penale degli interventi pubblici nell'economia* cit., p. 381.

<sup>12</sup> In questi termini, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi*, in *Dir. d. crisi*, 10 aprile 2024, p. 21 ss.

<sup>13</sup> Nel medesimo senso, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 22.

Il mandato dell'esperto si conclude, inoltre: «senza la necessità di certificare il suo operato attraverso una relazione di attestazione»<sup>14</sup>.

D'altronde, l'assistenza fornita dall'esperto è analoga a quella di un qualunque professionista, nonostante egli agisca in una posizione di terzietà rispetto a tutte le parti e sia titolare dell'obbligo d'imparzialità e indipendenza (art. 16, comma 2, prima parte, CCII).

Per di più, il comma 3 dell'art. 16 CCII stabilisce che, salvo quanto previsto dall'articolo 19, comma 4, CCII, l'esperto non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità.

Nella stessa disposizione si precisa che all'esperto si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p., ovvero quelle che attengono al segreto professionale, e non l'art. 201 c.p.p., che attiene al segreto d'ufficio.

Infine, nel CCII, la qualifica di pubblico ufficiale è espressamente assegnata al commissario giudiziale dall'art. 92, comma 1, al curatore dall'art. 127 e al commissario liquidatore dall'art. 302.

La legge nulla prevede, invece, in relazione all'esperto facilitatore, le cui funzioni non sono, per l'effetto, da ritenersi pubblicistiche<sup>15</sup>.

Se è così, non possono essere addebitati all'esperto i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione previsti nel Titolo II, Capo I, del codice penale (artt. 314 ss.)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> C. FERRIANI- A. VIGLIONE, *Quali rischi penali in capo all'esperto della "Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa"?*, in *Giur. pen. web*, 9, 2021, p. 3.

<sup>15</sup> Hanno sottolineato questo dato di carattere positivo, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 11.

<sup>16</sup> Esemplificando: l'esperto non potrà rispondere di corruzione (artt. 318 ss. C.p.), se riceve denaro o altre utilità, o ne accetta la promessa, al fine d'influire sul suo ufficio, o d'omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.), se non adempie alle sue funzioni, ovvero di peculato (art. 314 c.p.) O del delitto di nuovo conio d'indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314 bis c.p.), se, rispettivamente, si appropria di risorse detenute in ragione del suo incarico o se le usa per finalità diverse da quelle a cui erano destinate, ovvero, ancora, di concussione (art. 317 c.p.), se costringe i suoi interlocutori, con violenza o minaccia, a piegarsi ai suoi desiderata, oppure, infine, di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.), se comunica all'estero notizie riservate. Tutt'al più, l'esperto facilitatore potrà rispondere, se esistenti, delle corrispondenti fattispecie comuni, realizzabili da chiunque, a prescindere dalla ricorrenza di una qualifica pubblicistica. In particolare, il professionista potrà incorrere nel reato d'appropriazione indebita, ai sensi dell'art. 646 c.p. (assistito da un trattamento sanzionatorio nettamente più benevolo rispetto al quello collegato alla parallela figura del peculato), d'estorsione, ai sensi dell'art. 629 c.p. (punita in misura lievemente meno severa rispetto alla concussione), di rivelazione di segreti professionali ai sensi dell'art. 622 c.p. (condotta sanzionata in misura nettamente più indulgente rispetto alla figura della rivelazione di segreti d'ufficio). L'esperto, viceversa, non

### **3. L'inapplicabilità dei delitti di falso e di quelli contro l'amministrazione della giustizia.**

Poiché, come visto, l'esperto non è un pubblico agente e non è titolare di poteri attestativi o certificativi, non potranno integrarsi a suo carico le diverse fattispecie di falso in atto pubblico, enucleate negli artt. 476 ss. c.p.

Al più, egli, svolgendo un servizio di pubblica necessità, equiparabile a quello assolto dall'Avvocato (si noti che, ai sensi dell'art. 16, comma 2, seconda parte, CCII, all'esperto sono applicabili le garanzie riconosciute al difensore dall'art. 103 c.p.p.), potrebbe dovere rispondere del reato enucleato nell'art. 481 c.p., che punisce la falsità ideologica in certificati.

Nondimeno, attesa la mancanza di un disposto che attribuisca alle relazioni e, in generale, agli atti dell'esperto la funzione di provare la verità dei fatti indicati, non è possibile affermare, secondo la giurisprudenza della Cassazione, la ricorrenza del reato<sup>17</sup>.

I certificati sono stati definiti atti "quasi pubblici"<sup>18</sup>. Per essere tali occorre che ad essi si colleghi una funzione probatoria predeterminata dalla legge.

La giurisprudenza ha affermato come, in tema di falsità documentale, debba escludersi che una scrittura privata o un altro documento *ab origine* non costituente atto pubblico, possa essere considerato tale esclusivamente in virtù del suo collegamento funzionale a un atto amministrativo, per effetto dell'inserimento di esso nella pratica relativa all'*iter* occorrente per il provvedimento finale.

In quest'ottica, si è ad esempio affermato che le comunicazioni di inizio e fine lavori, avendo lo scopo evidente di agevolare l'accertamento, da parte dell'amministrazione comunale, dell'inizio e del completamento dell'intervento edilizio nei termini e di consentire una tempestiva verifica sull'attività posta in essere, non rappresentano una semplice formalità amministrativa, bensì un adempimento strettamente connesso ai contenuti e alle finalità del titolo abilitativo e agli obblighi di vigilanza imposti.

---

potrà essere chiamato a rispondere di corruzione, non esistendo una figura analoga a quelle contemplate negli artt. 318 ss. c.p., adattabile a questa fattispecie.

<sup>17</sup> Tra le tante, Cass. pen., sez., 07 luglio 2021 (dep. 03 agosto 2021), n. 30232, in *C.E.D.*, Rv. N. 281741.

<sup>18</sup> F. CARNELUTTI, *La teoria del falso*, Padova, 1935, p. 145.

E, tuttavia, si è aggiunto, la comunicazione resta comunque un atto del privato senza alcuna valenza probatoria privilegiata, che il documento non acquisisce per il mero dato di fatto che contenga un elemento dichiarativo estraneo al fine specifico della comunicazione medesima (la c.d. conformità al progetto, nel caso in esame), atteso che tale aggiunta non vale ad attribuire, per ciò solo, valenza fidefaciente ad un documento che mantiene la sua natura privata e, dunque, la sua inidoneità a trasformarsi in un certificato ai sensi dell'art. 481 c.p.<sup>19</sup>.

Atteso quanto sopra, l'attività dell'esperto facilitatore, anche laddove la procedura in cui s'innesta venisse ritenuta ammantata di connotati pubblicitari, in ragione dell'ente che lo nomina e dei possibili interventi "incidentali" del tribunale, comunque non è idonea a conferire ai suoi atti valore fidefaciente in assenza di una norma che li designi come tali.

Non è applicabile all'esperto facilitatore neanche l'art. 342 CCII (già art. 236 *bis* l. fall.), che prevede il reato di falso in attestazioni e relazioni. Questa norma, infatti, punisce il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, comma 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.

Si tratta di reato, quindi, che deve avere a oggetto alterazioni realizzate all'interno delle procedure relative ai piani di risanamento, di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Procedure diverse da quella esaminata nel presente contributo.

Pertanto, in forza del principio di riserva di legge e di tassatività, imperanti in materia penale ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., non si può estendere in via analogica questa disposizione incriminatrice agli abusi consumati in procedimenti differenti da quelli espressamente indicati, essendo, quindi, preclusa la sua operatività per i falsi commessi dall'esperto facilitatore nella gestione negoziale della crisi.

---

<sup>19</sup> Sono affermazioni formulate da Cass. pen., sez. IV, 07 luglio 2021 (dep. 03 agosto 2021), n. 30232, in *C.E.D.*, Rv. n. 281741, pp. 10 ss. della motivazione.

Infatti, il citato *caveat* costituzionale, insieme all'art. 14 delle Preleggi al c.c., impedisce, in ambito penale, di riempire vuoti di tutela ricorrendo all'*argumentum a simili* da parte del giudice.

L'assenza di tutele può essere sanata solo per il tramite di un intervento legislativo e non mediante operazioni improntate a estendere il contenuto di disposizioni incriminatrici oltre i casi in esse tassativamente stabiliti<sup>20</sup>.

Ostacoli insormontabili impediscono anche la configurabilità di taluni reati contro l'amministrazione della giustizia.

Si deve invero escludere la contestabilità all'esperto dei reati di cui agli artt. 361 c.p. (omessa denuncia da parte del pubblico ufficiale) e 362 c.p. (omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio), attesa, come detto, l'assenza delle relative qualifiche soggettive in capo all'agente.

Il professionista non dovrà rendere edotta l'A.G. degli illeciti commessi dall'imprenditore, come quando appuri che, in violazione dell'art. 16, comma 5, CCII, l'assistito abbia somministrato informazioni false o incomplete circa la sua situazione, non soltanto a lui, ma anche ai creditori e agli altri soggetti interessati, oppure quando abbia accertato elementi di mendacio nelle informazioni inserite all'interno della piattaforma telematica prevista dall'art. 17 CCII<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Tendenza, quest'ultima, viepiù censurabile alla luce di una recente e decisa presa di posizione della Consulta avverso esegesi della fattispecie incriminatrice che scivolano sul piano inclinato di interpretazioni analogiche in *malam partem*. La Corte, con la sentenza n. 98 del 2021, ha effettivamente ricordato come l'art. 25, comma 2, Cost. impedisca d'estendere il raggio d'azione di una disposizione incriminatrice a situazioni insuscettibili di iscriversi in alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore. E questo, hanno tenuto a sottolineare i giudici, in ossequio al principio della separazione dei poteri, che attribuisce al monopolio legislativo – e non all'ordine giudiziario – la prerogativa di descrivere i limiti operativi delle fattispecie di reato, nonché al fine di assicurare la prevedibilità per il cittadino dell'applicazione della legge penale; prevedibilità che sarebbe pregiudicata nel caso in cui il giudice potesse estendere i confini di una figura di reato, assegnandogli un significato nuovo e diverso rispetto a quello che emerge da una piana lettura del testo. Quella sopra citata è la sentenza 28 aprile 2021 (14 maggio 2021), n. 98, in *Giur. cost.*, 2021, 1797, con nota C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*. La sentenza è stata anche commentata da R. RAMPIONI, *Ragioni di giustizia Vs. divieto di analogia in malam partem. Il richiamo all'ordine del giudice costituzionale*, in *Dir. dif.*, 20 dicembre 2021.

<sup>21</sup> Questi concetti li abbiamo integralmente tratti dal contributo di M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 22.

#### **4. Il concorso nei delitti di bancarotta: condizioni**

L'esperto, dunque, non "beneficiando" di reati calibrati sulla sua persona, in relazione alle condotte tenute nella fase endoprocedimentale di gestione della crisi potrà eventualmente rispondere, in ossequio alle ordinarie regole sul concorso di persone nel reato (artt. 110 ss. c.p.), per i reati commessi dall'imprenditore o da altri soggetti con i quali abbia in ipotesi colluso.

Da questo punto di vista, l'art. 110 c.p., anche in relazione alla figura dell'esperto facilitatore, assolve sia una funzione incriminatrice, consentendo di attrarre nella morsa del diritto penale contributi alla realizzazione di un reato di bancarotta diversi da quelli tipizzati nei paradigmi contenuti nella legislazione speciale, ritagliati sull'autore individuale/imprenditore, sia una funzione di disciplina, aprendo la strada all'applicazione dello speciale statuto regolamentare del concorso di persone di reato.

E' invero agevole immaginare la possibilità che l'esperto possa incorrere nei rigori del diritto penale a titolo di bancarotta, in una delle svariate sottofattispecie in cui si manifesta questo delitto nella morfologia delineata negli artt. 216 ss. l. fall. e, oggi, con tratti praticamente identici, ribadita negli artt. 322 ss. CCII, come sottolineato nella *Relazione illustrativa al CCII*<sup>22</sup>.

Infatti, ove la procedura di gestione della crisi non porti a un esito positivo e si pervenga a una dichiarazione di fallimento, oppure, nel linguaggio del CCII, di liquidazione giudiziale, maturerebbero i presupposti per verificare la sussistenza di contegni rilevanti a titolo di bancarotta.

L'esperto potrebbe essere coinvolto in fatti di bancarotta quale coprotagonista della vicenda insieme all'imprenditore, se non, addirittura, come principale artefice e ideatore delle condotte illecite, atteso il suo ruolo di professionista qualificato e investito di particolari competenze tecniche.

L'esperto, anziché assistere l'imprenditore nelle interlocuzioni con le controparti al fine di provocare la definizione di un'intesa e la chiusura positiva delle negoziazioni per risolvere la crisi, potrebbe essere tentato di fornire consigli

---

<sup>22</sup> Cfr. p. 233 ss. del documento citato dove si precisa come le norme sulla bancarotta siano state riscritte nel CCII sostituendo al termine "fallimento" quello di "liquidazione giudiziale" e al termine "fallito" quello di "imprenditore in liquidazione giudiziale". Ha messo in evidenza la continuità normativa tra vecchia e nuova disciplina dei reati in materia di bancarotta, C. FARINA, *I reati nelle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, Torino, 2024, p. 251 ss.

e suggerimenti fraudolenti, al fine di nascondere, ad esempio, beni al ceto creditorio (bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva enucleata nell'art. 216, n. 1, 1. fall. e nell'art. 322, n. 1, CCII) o di manipolare le scritture contabili (bancarotta fraudolenta documentale di cui all'art. 216, n. 2, 1. fall. e art. 322, n. 2, CCII).

Oppure, si pensi all'ipotesi che l'esperto autorizzi una proposta transattiva conscio della sua impraticabilità con il segreto intento di differire artificiosamente la dichiarazione di fallimento ovvero, secondo la nomenclatura in voga nel CCII, la dichiarazione di liquidazione giudiziale<sup>23</sup>.

Se poi il contegno illecito del professionista viene posto in essere nel contesto di procedure riguardanti società, egli potrebbe dovere rispondere del delitto di bancarotta fraudolenta impropria connessa a operazioni dolose causative del fallimento realizzate in concorso con i vertici aziendali (art. 22, comma 2, n. 2, 1. fall., art. 329, comma 2, n. 2 CCII). E questo, sempre esemplificando, una volta accertato l'aumento del passivo, fino al collasso, quale conseguenza collegata all'abuso dell'istituto della composizione negoziata della crisi<sup>24</sup>.

In simili evenienze, sussiste una causa d'esenzione della responsabilità penale ai sensi dell'art. 24, comma 5, CCII (assimilabile all'art. 217 bis 1. fall.), secondo cui le sole ipotesi di bancarotte semplice e preferenziale non sono contestabili all'esperto in caso di pagamenti e operazioni coerenti con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa.

Questa disposizione intende prevenire il rischio che l'imprenditore (e con lui l'esperto nella procedura di gestione negoziata della crisi soggiungiamo noi) venga coinvolto in un'accusa di bancarotta nel momento in cui si prodiga per salvare l'attività. S'intende, insomma, anche in relazione all'intervento di soggetti estranei, che coadiuvano l'imprenditore in questo frangente, aggirare l'incognita di un procedimento penale per bancarotta in caso di sentenza di fallimento. Per tale via, in definitiva, si è inteso prevenire: «che pagamenti e operazioni posti in

---

<sup>23</sup> M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 25.

<sup>24</sup> In questo senso, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 24 ss., i quali hanno reputato applicabili all'esperto gli enunciati elaborati dalla giurisprudenza onde affermare la responsabilità, a titolo di concorso con l'imprenditore, del consulente il quale metta a disposizione le proprie competenze per realizzare contegni fraudolenti in danno dell'impresa e dei creditori.

essere in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali, qualora non raggiungano l'agognata finalità di risanamento dell'impresa e si arrivi invece al fallimento dell'imprenditore, siano sussunti sotto le norme penalfallimentari (bancafallimento preferenziale e semplice, anche nella forma societaria ex artt. 223 e 224 l. fall.), pur essendo comportamenti leciti sul piano civilistico. Assicurando al contempo certezza prognostica agli operatori economici che provano a intraprendere la via del risanamento dell'impresa»<sup>25</sup>.

I "pagamenti" sono forme di adempimento di un debito. Le "operazioni" sono condotte idonee a concretizzare una delle procedure di soluzione delle crisi e dunque tutti gli atti, negozi giuridici o fatti concretamente davvero strumentali a tale finalità<sup>26</sup>.

Tuttavia, è stato notato in dottrina, la norma rimette allo stesso esperto la valutazione circa la coerenza delle operazioni con l'andamento delle trattative e con la prospettiva di risanamento dell'impresa, ma nulla dovrebbe impedire al successivo curatore o, aggiungiamo noi, allo stesso giudice penale, d'interpretare in maniera differente gli atti compiuti, eccependo il compimento di un disegno delittuoso<sup>27</sup>.

Infatti, come osservato in dottrina con specifico riferimento all'analogo istituto enucleato nell'art. 217 bis l. fall., la giurisprudenza di legittimità riconosce la piena sindacabilità in capo al giudice penale di simili attività, in base al principio di piena autosufficienza della giurisdizione penale ai sensi dell'art. 2 c.p.p.; disposizione che conferisce al giudice la cognizione, *incidenter tantum*, su ogni questione da cui dipenda la decisione del processo<sup>28</sup>.

Ai sensi dell'art. 24, comma 5, seconda parte, CCII, i reati di bancafallimento semplice e fraudolento non potranno tendenzialmente essere imputati nel caso di operazioni autorizzate dal tribunale a norma dell'articolo 22 CCII.

Nondimeno: «Qualora il nominato curatore riuscisse però a provare l'esistenza di un disegno criminoso, conosciuto e avallato dall'Esperto, in cui si inseriscono gli atti che sono stati oggetto dell'autorizzazione conseguita, quest'ultimo di certo non sarebbe esente da responsabilità per il fatto in sé che il

---

<sup>25</sup> M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 273.

<sup>26</sup> F. MUCCIARELLI *L'esenzione dai reati di bancafallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1478.

<sup>27</sup> Così, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 24.

<sup>28</sup> M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 278 ss.

compimento degli atti in parola siano passati per autorizzazione del giudice. Ciò in quanto l'autorizzazione sarebbe stata ottenuta grazie a informazioni non corrispondenti al vero o comunque manipolate unicamente al fine di ottenere proprio l'autorizzazione, realizzando così il disegno criminoso con il formale avallo del tribunale»<sup>29</sup>.

Affermare la responsabilità dell'esperto per il reato di bancarotta a titolo di concorso con l'imprenditore postula, naturalmente, la rigorosa dimostrazione del suo ausilio alla consumazione del reato e, inoltre, la prova della rappresentazione e della volontà di commettere l'illecito in collaborazione col soggetto qualificato.

I reati di bancarotta sono anch'essi a "soggettività ristretta", potendo essere commessi soltanto dall'imprenditore, oppure, nell'ambito della bancarotta societaria, unicamente dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci e dai liquidatori di società dichiarate fallite, ovvero, nel lessico del CCII, dichiarate in liquidazione giudiziale.

L'esperto assume quindi il ruolo di concorrente *extraneus* all'impresa o alla società, laddove abbia deliberatamente apportato un contributo agli intranei alla perpetrazione dell'illecito.

L'elaborazione della giurisprudenza in materia di responsabilità dei consulenti e dei professionisti è utile a ricavare direttive operative anche nel contesto in disamina<sup>30</sup>.

Si tratta di pronunce che, in accordo con la dottrina in materia, si sono soffermate su attività *consulenziali* consapevolmente finalizzate a favorire la commissione d'illeciti altrui, che, come tali, esorbitano dall'esercizio di una legittima opera professionale, come tale scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p.<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 26.

<sup>30</sup> Anche M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 24 ss., hanno già reputato applicabili all'esperto gli enunciati elaborati dalla giurisprudenza onde affermare la responsabilità, a titolo di concorso con l'imprenditore, del consulente il quale metta a disposizione le proprie competenze per realizzare contegni fraudolenti in danno dell'impresa e dei creditori. Sulla tematica, in generale, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, Torino, 2018, in particolare, in relazione a come la questione viene affrontata in Italia dalla giurisprudenza, p. 173 ss. Con specifico riferimento all'elaborazione giurisprudenziale relativa al problema del concorso del professionista nel comparto penale- fallimentare, p. 193 ss.

<sup>31</sup> E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, cit., p. 233.

La Cassazione ha da tempo statuito, infatti, che: «In tema di reati fallimentari, i consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, *consapevoli dei propositi distrattivi dell'imprenditore o degli amministratori della società*, forniscano consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi ovvero ancora svolgano attività dirette a garantire l'impunità o a favorire o rafforzare, con il proprio ausilio o con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui proposito criminoso»<sup>32</sup>.

Occorre, dunque, la dimostrazione della sussistenza di un contributo alla realizzazione di un fatto rilevante a titolo di bancarotta e del dolo dell'esperto.

In proposito, si è altresì osservato come, in tema di concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, con particolare riguardo alla partecipazione del soggetto non qualificato (*extraneus*) nel reato proprio dell'imprenditore (o amministratore), il dolo consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto o sostegno a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni della classe creditoria, non essendo invece richiesta la specifica conoscenza dello stato di dissesto dell'impresa (società)<sup>33</sup>.

Si è poi aggiunto come il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'imprenditore richieda la consapevolezza della qualifica del soggetto *intraneus*, ma non la rappresentazione della sussistenza dei requisiti soggettivi di fallibilità, quali la tipologia e le dimensioni dell'impresa<sup>34</sup>.

In base a tali principi, e sempre considerando una figura professionale assimilabile a quella in disamina, la Cassazione ha ritenuto responsabile di concorso nel delitto di bancarotta societaria da aumento fittizio del capitale sociale, *l'esperto estimatore* il quale, investito della valutazione di un bene conferito dall'amministratore unico di un società in dissesto, lo sovrastimi falsamente e in misura rilevante nella consapevolezza dell'altrui progetto delittuoso, nonché della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cass. pen., sez. V, 18 novembre 2003 (dep. 12 gennaio 2004), n. 569, in *C.E.D.*, Rv. 226973.

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2010 (dep. 29 aprile 2010), n. 16579, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 246879.

<sup>34</sup> Cass. pen., sez. V, 11 luglio 2019 (dep. 05 settembre 2019), n. 37194, in *C.E.D.*, Rv. 277340.

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. V, 01 marzo 2024 (dep. 31 maggio 2024), n. 21854, in *C.E.D.*, Rv. 286457.

La rigorosa dimostrazione della mala fede dell'esperto facilitatore è viepiù necessaria alla luce della regola -ancorché non riconosciuta nell'elaborazione della giurisprudenza penalistica<sup>36</sup>- del cd. "*business judgement rule*"<sup>37</sup>, che impedisce al giudice di sindacare, in base agli eventuali risultati negativi, le scelte discrezionali di gestione dell'impresa, così come, nel nostro contesto, riteniamo, quelle del professionista, fondate su ragioni di carattere tecnico, economico e/o finanziario, naturalmente produttive di rischio per il patrimonio. In quest'ottica, se l'esperto agisce in buona fede, non è possibile assimilare una trattativa rischiosa o addirittura "razionalmente" azzardata (perché incerta e potenzialmente idonea a ritardare la dichiarazione di fallimento o di liquidazione giudiziale) all'inadeguata tutela delle posizioni creditorie se poi le negoziazioni falliscono, così da giustificare un'accusa di concorso in bancarotta.

Dal punto di vista causale, consigli o suggerimenti devono poi svolgere una funzione *decisiva* sulle scelte illecite dell'imprenditore. In particolare, in rapporto alle condotte di professionisti, è stato osservato anche in dottrina come costoro, onde essere coinvolti in un'accusa di concorso in bancarotta societaria per operazioni dolose, devono fornire pareri *decisivi* -secondo la logica della *condicio sine qua non*- in rapporto alla condotta tenuta dall'*intraeus*<sup>38</sup>. Non è sufficiente somministrare consigli di incerta valenza causale in merito ad un'operazione - di

---

<sup>36</sup> Da ultimo Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2025 (dep. 07 aprile 2025), n. 13299, in *Giur. pen. web*, 03 luglio 2025, ha testualmente osservato in sede di motivazione (cfr. p. 18 ss.): «(...) ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per dissipazione, non può trovare applicazione la regola del cd. "*business judgement rule*" – criterio di valutazione della responsabilità civile degli amministratori della società nei confronti dell'ente, di derivazione anglosassone, secondo cui si presume che questi agiscano su base informata, in buona fede e nell'interesse della società, con esonero da responsabilità del "*board of directors*" purché abbia assunto decisioni corrette secondo una serie di indici di diligenza – non potendo il giudice penale sindacare, alla luce degli eventuali risultati negativi, le scelte discrezionali, pur irragionevoli, di gestione dell'impresa, fondate ragioni di carattere tecnico, economico e/o finanziario, naturalmente produttive di rischio per il suo patrimonio, quanto, invece, la prospettazione delle conseguenze della soluzione adottata, del tutto macroscopica ed abnorme, ossia manifestamente confliggente ed incoerente, secondo un giudizio "*ex ante*" in relazione alle dimensioni ed alla complessità dell'azienda e delle specifiche condizioni economiche sussistenti, con la tutela del ceto creditorio e con la logica di impresa».

<sup>37</sup> In materia si rinvia alle note di R. LUGLI, *Il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte imprenditoriali*, in *Giur. pen.*, 9, 2021.

<sup>38</sup> E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"* cit., p. 204.

fatto aggravante il dissesto della società - di aumento fittizio del capitale sociale e di emissione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni<sup>39</sup>.

In simile ottica, in dottrina, sull'onda di indirizzi emersi nella letteratura nordamericana, si è opinato come, un conto è il caso del professionista che spieghi al cliente le conseguenze previste dalla legge connesse all'implementazione di un piano criminoso, un altro, è quello dell'esperto che indichi i mezzi per attuare quel progetto delinquenziale, accrescendo il bagaglio informativo del destinatario mediante la comunicazione di dati tecnici fondamentali per la perpetrazione del crimine. Solo in tale ultimo caso, l'attività di assistenza può risolversi in una forma di concorso nel reato; diversamente, difettando un nesso causale stretto tra condotta e fatto illecito, il contegno del professionista sarebbe, già a monte e a prescindere da qualsiasi valutazione sulla colpevolezza, atipico<sup>40</sup>.

La dottrina ha in prevalenza collocato il contributo del professionista realizzato tramite "consigli tecnici" nell'ambito del concorso *morale*<sup>41</sup>. Ebbene, tale tipologia di compartecipazione psicologica nei reati di bancarotta non potrà configurarsi in capo all'esperto nell'ipotesi di *omnimodo facturus*, cioè nel caso in cui l'individuo/imprenditore, destinatario del consiglio o suggerimento, sia già definitivamente e fermamente deciso a commettere il reato e la sua opera non offre nuove e valide motivazioni. In tali evenienze, non sussiste complicità morale per assenza di qualsiasi effettiva influenza sulla psiche altrui o sulla realizzazione del piano criminoso<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup>Cass., sez. V, 15 giugno 2022 (dep. 30 settembre 2022), n. 37101, in CED, Rv. 283597.

<sup>40</sup> E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"* cit., p. 204, il quale si è rifatto, tra gli altri, alle opinioni di M. FREEDMAN, A. SMITH, *Understanding Lawyers' Ethics*, Durham (North Carolina), 2016, p. 193.

<sup>41</sup> V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell'imprenditore)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 215; L. TROYER, *La responsabilità del professionista a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta: la Cassazione non scioglie i dubbi interpretativi*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, p. 406; I. CARACCIOLI, *Sui rischi penali e sanzionatori dei c.d. "avvocati d'affari"*, in *Arch. pen.*, 2009, p. 48; C. SANTORIELLO, *Responsabilità del consulente consapevole della condotta illecita di falsa fatturazione (nota a Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19335)*, in *Fisco*, 24, 2015, p. 2373. Ha teorizzato invece come il concorso del professionista possa atteggiarsi anche in senso materiale, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"* cit., p. 199 ss.

<sup>42</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano- Padova, 2017, p. 512.

Appare arduo, viceversa, che l'esperto possa essere ritenuto responsabile per il suo contegno omissivo di fronte a comportamenti integranti reati dei quali sia venuto al corrente<sup>43</sup>.

Infatti, nella legislazione in materia non paiono rinvenibili i tratti distintivi di una posizione di garanzia in capo all'esperto, rilevante ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., rispetto alla salvaguardia del patrimonio societario e delle garanzie dei creditori.

L'esperto non è invero titolare: i) di poteri di controllo e vigilanza sull'attività gestoria alla quale rimane estraneo, non venendo l'imprenditore scalzato dalla guida della società e dal possesso dei suoi beni, o sulla regolare tenuta delle scritture contabili<sup>44</sup>; ii) di poteri impeditivi di comportamenti illeciti<sup>45</sup>.

In questo senso, la figura professionale in disamina si distingue da quella, ovviamente, degli amministratori, ma altresì da quelle dei sindaci, dei revisori, del commissario giudiziale o del curatore fallimentare.

In effetti, l'esperto facilitatore, non soltanto non è investito di poteri di vigilanza e controllo, ma, soprattutto, al contrario di amministratori e anche sindaci, è sprovvisto di poteri impeditivi.

Mentre è infatti pacifico che dall'art. 2392 c.c. discenda la posizione di garanzia degli amministratori, così come, d'altronde, dagli artt. 2403 e 2407 c.c., laddove dispongono che a carico del sindaco sussiste l'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento<sup>46</sup>, derivi quella dei sindaci, non si rinviene una qualche disposizione analoga riferita all'esperto facilitatore<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Sull'assenza di una posizione di garanzia in capo al professionista per i fatti illeciti della clientela, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"* cit., p. 218 ss.

<sup>44</sup> In questo senso, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 23 ss.

<sup>45</sup> Analogamente, già, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"* cit., p. 221.

<sup>46</sup> Ripercorre la disciplina sulla posizione di garanzia dei sindaci, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale* cit., p. 65 ss.

<sup>47</sup> Si erano già espressi in questo senso, M. CESCHIN- M. PANELLI, *La responsabilità in capo all'esperto nella composizione negoziata della crisi* cit., p. 23 ss.

## **5. Considerazioni conclusive**

Ormai la crisi dell'impresa non è più un affare solo privato, investendo la stessa tenuta del sistema economico, attese le sue ripercussioni sull'estesa gamma di soggetti coinvolti.

Per questo, la legislazione in materia si è mossa in senso antitetico al passato.

Dalle procedure tese a gestire la dissoluzione dell'impresa, proprie della l. fall., si è transitati a procedimenti finalizzati a conservare i valori aziendali onde prevenire la crisi, assicurare la sopravvivenza dell'attività ed evitare che i portatori d'interessi vedano di fatto frustrate le loro aspettative nel contesto di *iter* meramente liquidatori.

In quest'ambito, sarebbe quindi necessaria una maggiore responsabilizzazione dei soggetti coinvolti in simili procedimenti, dalla cui attività dipendono le sorti di un gran numero di persone in rapporti con l'imprenditore.

Sarebbe quindi necessario prevedere delle disposizioni volte a sanzionare espressamente gli abusi dell'esperto facilitatore, figura centrale nella fase di composizione negoziale della crisi e oggi sostanzialmente sprovvista di un presidio penale apposito, se non nel momento in cui ormai gli interessi sottesi alla sua opera sono compromessi, ossia quando l'esito dei suoi sforzi è negativo e l'impresa viene dichiarata fallita, oggi posta in liquidazione giudiziale.

Potrebbe essere opportuno, in particolare, introdurre una disposizione volta a punire le falsificazioni in atti commesse dal professionista, nonché fattispecie pensate per colpire, in via attenuata ed autonoma rispetto alle previsioni contenute nello statuto penale della pubblica amministrazione, trattandosi di professionisti privati, le indebite collusioni e i traffici occulti in cui venissero coinvolti o le locupletazioni di risorse interne alla procedura.

D'altronde, l'inserimento di una disciplina sanzionatoria dedicata, potrebbe scoraggiare l'opposta tentazione collegata alla percepita esistenza di una "zona franca", ovvero quella di perseguire comunque l'esperto a titolo di concorso nei in bancarotta.

Nell'attuale contesto storico, in cui domina la logica del sospetto, il rischio, infatti, è che l'esperto, venendo costantemente chiamato a rispondere di bancarotta insieme all'imprenditore, divenga preda del c.d. effetto congelamento

(*chilling effect*)<sup>48</sup>; effetto che, inevitabilmente, distoglierebbe i migliori professionisti dall'accogliere simili mandati al fine di schivare il "rischio penale", potendoli altresì indurre a comportarsi secondo logiche "difensive" e burocratiche.

Il pericolo, connesso, in definitiva, all'estensione che potrebbe essere attribuita alla disciplina *in action* della bancarotta, è la creazione di fenomeni di *over – criminalization*, idonei a determinare un effetto deterrente sulla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria dei professionisti coinvolti in un procedimento penale, in ragione dello smarrimento che produce l'incertezza di potere incorrere nei rigori del diritto criminale per condotte invece fisiologiche, ma suscettibili di generare equivoci e attenzione da parte della magistratura, con perverse e perniciose conseguenze sistemiche<sup>49</sup>.

INC

---

<sup>48</sup> Sui rapporti tra diritto penale e *Chilling effect*, M. RECCHIA, *Diritto penale e chilling effect*, in AA.VV., *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. Galli- M. Recchia, Napoli, 2023, p. 73 ss. dove viene illustrata la portata generale della dottrina del c.d. effetto paralizzante sulla valutazione della proporzionalità delle scelte di criminalizzazione, non più relegata all'esclusivo ambito del diritto di manifestazione del pensiero in cui si nata e si è sviluppata negli USA in relazione al Primo Emendamento alla Costituzione. Sempre sul tema, L. CLEMENZI, *Chilling effect: una prospettiva terminologica*, in AA.VV., *Gli effetti cit.*, p. 91 ss. In particolare sulla nascita e lo sviluppo nella dottrina nordamericana della dottrina del *Chilling effect*, G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, Milano- Padova, 2024, p. 63 ss.

<sup>49</sup> Così, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 253 ss.