



Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

**I DELITTI DI BANCAROTTA ALLA LUCE DEL NUOVO
CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

Relatore

Chiar.mo Prof. Loris Tosi

Laureanda

Valentina Sederino

Matricola 864379

Anno Accademico

2020 / 2021

Ringraziamenti

A mamma e papà che con il loro amore mi hanno accompagnato in questo lungo viaggio di studio supportandomi sempre... e spesso volte anche sopportandomi. Grazie di aver reso possibile tutto questo e spero che possiate sempre essere orgogliosi di me.

A Sara, molto più di una sorella, la mia migliore amica per sempre. Grazie di aver ascoltato ogni mio sfogo, aver sfoderato i migliori consigli con la tua piccola saggezza, di essere la mia compagna di vita e di scegliere sempre me.

Un grazie al resto della mia famiglia che, anche se molto lontana, non ha mai smesso di farmi sentire il suo sostegno interessandosi sempre dei miei piccoli traguardi.

A Davide con cui ho condiviso ogni secondo di questo percorso, che con il suo amore ha sempre creduto in me e non ha mai pensato che non fossi all'altezza del percorso di studi scelto. Grazie di esserci sempre e di essere cresciuto con me.

Ad i miei innumerevoli amici, a chi c'è da sempre ed a chi ho conosciuto da poco ma diventato ugualmente importante. Grazie di aver reso questi cinque anni leggeri e spensierati con il vostro buon umore e la vostra voglia di divertirvi e di essere stati la mia seconda famiglia.

Un doveroso grazie va al mio relatore, il Professore Loris Tosi, per aver riposto la sua fiducia in me ed aver reso possibile la conclusione di un ciclo. Al Dott. Bolis che con professionalità e chiarezza è stato un ulteriore supporto alla stesura dell'elaborato.

Un piccolo ringraziamento a Venezia, sfondo silenzioso di questi anni, città splendida e stimolante che ci ha accolti in molti, ci ha saputo coccolare e far divertire!

INDICE

ABSTRACT	1
-----------------------	----------

INTRODUZIONE	3
---------------------------	----------

CAPITOLO I - L'EVOLUZIONE STORICA DEL SISTEMA PENAL-FALLIMENTARE	7
-------------------------------------------------------------------------------	----------

1.1 LA SPECIALITÀ DEL DIRITTO FALLIMENTARE	7
---------------------------------------------------------	----------

<i>1.1.1 Le ragioni all'origine del diritto fallimentare</i>	<i>9</i>
--------------------------------------------------------------------	----------

1.2 L'EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE	10
-----------------------------------------------------------------------	-----------

<i>1.2.1 Il diritto romano e l'età comunale</i>	<i>12</i>
-------------------------------------------------------	-----------

<i>1.2.2 L'origine della bancarotta documentale</i>	<i>14</i>
-----------------------------------------------------------	-----------

<i>1.2.3 Distinzione tra condotte dolose, colpose e incolpevoli</i>	<i>15</i>
---------------------------------------------------------------------------	-----------

1.3 IL PROFONDO DIVARIO TRA IL DIRITTO CIVILE FALLIMENTARE E IL DIRITTO PENALE	16
---------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

<i>1.3.1 La Legge Fallimentare del 1942</i>	<i>17</i>
---------------------------------------------------	-----------

<i>1.3.2 L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese</i>	<i>20</i>
-------------------------------------------------------------------------	-----------

<i>1.3.3 L'incessante necessità di riforma: le nuove soluzioni concorsuali della crisi</i>	<i>22</i>
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

<i>1.3.4 La legge sul sovraindebitamento</i>	<i>29</i>
----------------------------------------------------	-----------

<i>1.3.5 Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza</i>	<i>30</i>
----------------------------------------------------------------------	-----------

CAPITOLO II - I REATI DI BANCAROTTA ALL'INTERNO DEL "NUOVO" CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA	37
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1 I DELITTI DI BANCAROTTA	38
------------------------------------------	-----------

2.2 GLI INTERESSI TUTELATI	40
-----------------------------------------	-----------

2.3 I SOGGETTI ATTIVI	41
------------------------------------	-----------

2.4 IL RUOLO DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E L'INSINDACABILITÀ DA PARTE DEL GIUDICE PENALE	43
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.5 LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA	47
--------------------------------------------	-----------

<i>2.5.1 Bancarotta fraudolenta patrimoniale</i>	<i>47</i>
--------------------------------------------------------	-----------

<i>2.5.2 Bancarotta fraudolenta documentale</i>	<i>52</i>
-------------------------------------------------------	-----------

2.5.3	<i>Bancarotta fraudolenta preferenziale</i>	53
2.6	LA BANCAROTTA SEMPLICE	56
2.6.1	<i>Bancarotta semplice patrimoniale</i>	56
2.6.2	<i>Bancarotta semplice documentale</i>	59
2.7	BANCAROTTA COMMESSA DA PERSONE “DIVERSE” DALL’IMPRENDITORE IN LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE	61
2.7.1	<i>Fatti di bancarotta fraudolenta</i>	61
2.7.2	<i>Fatti di bancarotta semplice</i>	64

CAPITOLO III - GLI EFFETTI PENALI INDIRETTI SULLA DISCIPLINA DEI DELITTI DI BANCAROTTA ED EVENTUALI RIFLESSIONI SU FENOMENI DI SUCCESSIONE DI NORME PENALI..... 67

3.1	LA MANCATA RIFORMA DEI DELITTI DI BANCAROTTA: NORME “IN PERFETTA CONTINUITÀ”	69
3.2	LA SOSTITUZIONE DEI TERMINI E APPARENTI FENOMENI ABROGATIVI	70
3.3	LA MANCATA DEFINIZIONE DI DISSESTO	73
3.4	I SOGGETTI ATTIVI NEI DELITTI DI BANCAROTTA	75
3.5	IL SISTEMA DI ALLERTA	77
3.5.1	<i>Alla base delle procedure di allerta e prevenzione</i>	79
3.5.2	<i>La responsabilità penale degli amministratori e dell’imprenditore</i>	81
3.5.3	<i>La responsabilità penale dei sindaci</i>	82
3.6	MISURE PREMIALI	84
3.7	IL “NUOVO” RUOLO DEL PM	86
3.8	ESENZIONE DAI REATI DI BANCAROTTA	89
3.9	PENE PRINCIPALI E ACCESSORIE	92
3.10	GRUPPI DI IMPRESA ED INSOLVENZA	94
3.11	MISURE CAUTELARI PENALI	95

CAPITOLO IV - IL DESTINO DEL NUOVO CODICE E DEI REATI FALLIMENTARI ED IL NUOVO MODO DI “FARE IMPRESA” 99

4.1	VERSO DOVE STIAMO ANDANDO?	99
4.1.1	<i>La bancarotta fa “un passo indietro”</i>	100
4.1.2	<i>Crisi e bancarotta: implicazioni</i>	102
4.2	LA CRISI ECONOMICA DA PANDEMIA E IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL’INSOLVENZA	104
4.2.1	<i>Il decreto liquidità</i>	105

4.3	IL CAMBIO DI FILOSOFIA PER LE IMPRESE	108
4.3.1	<i>Gli indicatori di allerta</i>	<i>108</i>
4.3.2	<i>L'importanza del controllo di gestione e della pianificazione.....</i>	<i>110</i>
4.3.3	<i>Cosa cambia per le S.r.l?.....</i>	<i>113</i>
4.3.4	<i>Costi e benefici del nuovo Codice della crisi d'impresa</i>	<i>114</i>
 CONCLUSIONI		117
 BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA		123
 SENTENZE.....		129

Abstract

La Riforma del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha stravolto il versante civilistico del diritto fallimentare, ma allo stesso tempo ha volutamente trascurato la disciplina dei reati di bancarotta. Quest'ultima, infatti, rimane ancorata ad un contesto storico e sociale tipico della prima metà del Novecento, risultando del tutto "sconnessa" con la realtà che ci circonda e con le nuove finalità, intrinseche alla Novella, di emersione tempestiva della crisi e di risanamento dell'impresa.

Il seguente elaborato si propone di evidenziare come una riforma apparentemente destinata al solo campo civilistico abbia avuto, al di fuori di alcuni premeditati cambi di terminologia, anche dei risvolti penali sulle fattispecie criminose in esame. Per poter arrivare al cuore dell'elaborato sarà necessario focalizzarsi sia sull'evoluzione storico-normativa della disciplina fino ad oggi, che su una breve, quanto fondamentale, disamina dei reati di bancarotta all'interno del Codice. Si concluderà con alcune riflessioni sull'impatto che il Codice avrà sul nostro ordinamento, anche in relazione alle incertezze che si stanno attraversando in questo difficile periodo storico.

Introduzione

I reati fallimentari trovano la loro attuale disciplina nel Regio Decreto n. 267 del 1942, una legge molto datata che, a partire dall'inizio del nuovo Millennio, ha visto il susseguirsi di molteplici riforme. Ancora più datato è il fenomeno della bancarotta, reato principe tra i reati fallimentari, che infatti vede le sue radici nel lontano Medioevo. È a tale epoca storica che si fa risalire la sua etimologia, in quanto al banchiere dichiarato insolvente si usava rompere il banco o la panca di legno che usava per l'erogazione del suo servizio.

Se negli anni la disciplina fallimentare è cambiata nel tempo, come detto poc'anzi, cercando di seguire inevitabilmente l'evoluzione culturale, la disciplina penale, legata fortemente ai reati di bancarotta, è rimasta pressoché immutata ed ancorata ad un regime sanzionatorio duro tipico della metà del Novecento.

Stessa trascuratezza è ravvisabile anche all'interno del nuovo d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, meglio denominato "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", emanato in attuazione della legge delega n. 155 del 2017 e che, ad oggi, entrerà in vigore integralmente nel settembre 2021.

Destinato a sopperire l'ormai ottantenne legge fallimentare ed a incanalare al suo interno tutte le confuse riforme che si sono susseguite negli ultimi anni (dal 2005 al 2017), il Codice della crisi di impresa e di insolvenza, attraverso il disegno di riforma organica della materia concorsuale, è portavoce di grandi cambiamenti culturali e di una più moderna concezione dello stato di insolvenza. Quest'ultimo, infatti, pone al centro della disciplina la visione della crisi d'impresa come un evento fisiologico nella vita di un'azienda e, per dar voce a questa nuova visione, introduce una serie di strumenti che permettano di far emergere tempestivamente la crisi, di intercettarla quanto prima per provare a superarla, nonché di concentrarsi sul risanamento dell'azienda in crisi e la conservazione del patrimonio.

Si è cercato così di "lasciarsi alle spalle" l'approccio sanzionatorio del debitore insolvente, caratterizzante il R.D. 267/1942, e diretto alla liquidazione e all'espropriazione, in cambio di un nuovo modo di vedere l'impresa: un valore da proteggere e preservare fin dove possibile, offrendo allo stesso imprenditore di rimettersi in gioco. Per dar voce a questo obiettivo, il nuovo Codice della crisi e

dell'insolvenza si propone anche di armonizzare le varie procedure concorsuali accanto a quella che è la procedura classica: il fallimento. Considerato l'archetipo della disciplina fallimentare, ad oggi l'ormai *ex* "procedura maggiore" prende il nome di liquidazione giudiziale. Se è vero, infatti, come disse Nanni Moretti, che "*le parole sono importanti*", il legislatore per meglio enfatizzare le finalità intrinseche al Codice, è intervenuto anche a livello terminologico. L'eliminazione dei termini "fallimento" e "fallito" è volta ad evitare il c.d. effetto stigmatizzante ed a dar voce ad uno degli aspetti principali e più importanti introdotti dalla Novella: privilegiare le procedure di risanamento alla liquidazione giudiziale, quest'ultima *extrema ratio* della disciplina e per la quale si auspica una lenta estinzione.

Il diritto civile fallimentare, con l'introduzione della Novella, ha ulteriormente aumentato le distanze con legge fallimentare del '42, con l'importante conseguenza di essersi allontanato ulteriormente anche dal versante penalistico. La continua mancata rivisitazione dei reati fallimentari, edificati attorno all'insolvenza ed alla procedura concorsuale del fallimento, ora estremamente mutate dal già citato cambio di prospettiva, non permette così una visione organica della disciplina e dà il via a numerosi interrogativi. Si noti infatti che, nonostante la legge delega al Codice affermi con premura che "*le norme riproducono sul piano delle condotte incriminatrici le corrispondenti previsioni della legge fallimentare*", le stesse disposizioni sulla bancarotta appaiono modificate portando i penalisti ad chiedersi se vi siano problemi di continuità tra la vecchia e la nuova normativa.

Lo scopo del seguente elaborato è quello di portare alla luce l'impatto che la Novella avrà sulla disciplina dei reati di bancarotta e sulla loro visione all'interno di questo contesto totalmente mutato.

Più in concreto, il lavoro, diviso in quattro parti, si proporrà di evidenziare *in primis* l'evoluzione storico-normativa del diritto fallimentare, sia con riguardo il versante civilistico che quello penalistico, in modo da evidenziarne la già citata discrasia.

In un secondo momento, essendo l'elaborato incentrato sui reati di bancarotta, si assisterà ad una disamina delle fattispecie criminose così per come compaiono nella Novella.

Il terzo capitolo, invece, ci porrà di fronte ai risvolti penali della stravolgente riforma del diritto fallimentare, interrogandosi su eventuali fenomeni di *abolitio criminis*.

Infine, il capitolo conclusivo è dedicato a qualche riflessione sul tema, nello specifico ci si interrogherà sull'impatto che questa normativa avrà nell'ordinamento italiano e sui reati di bancarotta... *sono destinati ad estinguersi? Sarà il concordato preventivo la nuova "procedura maggiore"? E ancora, il periodo di profonda incertezza che stiamo vivendo impatterà sulla Novella? Cosa cambia nel modo di fare impresa?*

CAPITOLO I - L'EVOLUZIONE STORICA DEL SISTEMA PENAL-FALLIMENTARE

Prima di addentrarsi nella trattazione delle novità che ha portato con sé il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza alla disciplina dei reati fallimentari, è necessario soffermarsi su una breve cronologia storico-normativa in grado di evidenziare i motivi per il quale sono nate necessità di Riforma nel tempo. Non è, infatti, possibile, per la comprensione della Novella¹ e per un'analisi dell'evoluzione normativa, tralasciare il contesto storico e sociale.

Si vuole sottolineare che lo scopo di questo breve *excursus* non è quello di spiegare nello specifico le singole disposizioni e l'intera materia, ma ci si vuole soffermare proprio su quei punti chiave che aiutino chi legge a comprendere i motivi dei cambiamenti del sistema fallimentare.

1.1 La specialità del diritto fallimentare

La storia di un'attività d'impresa attraversa diverse fasi che più comunemente, nel gergo economico-aziendale, vengono riconosciute nei quattro momenti di introduzione, crescita, maturità e declino. Il diritto fallimentare trova la sua collocazione nella fase finale dell'impresa e si occupa, nel ruolo di branca secolare del diritto commerciale, di disciplinare il fallimento e gli aspetti ed esso connesso.

L'inizio e la fine di un'attività di impresa non seguono necessariamente "le vicende biologiche di chi la esercita"²: basti pensare come il ciclo di vita dell'impresa possa essere stravolto da operazioni (cosiddette straordinarie) in grado di mutare, smembrare, trasformare la stessa o trasferirla in capo ad un diverso soggetto economico che ne assicuri la continuità.

¹Riferimento al D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, detto "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155.

²CETRA A., CIAN M., & altri 11 (2019), *Diritto Commerciale. Volume II*, Giappichelli Editore, Padova, pg. 1

Allo stesso modo però, la vita dell'attività d'impresa si può intrecciare a quella di chi la esercita e questo può accadere con la cessazione dell'attività a causa della morte dell'imprenditore, se l'attività non viene rilevata da eventuali successori, o per motivi del tutto estranei, come una decisione spontanea di non tener più in vita un'attività³.

Al di fuori di queste situazioni, disciplinate dal diritto comune e che come tali comportano diversi adempimenti in capo all'imprenditore, è necessario soffermarsi anche su quei momenti in cui un'impresa è costretta, o rischia di essere costretta, ad intraprendere la strada che porti verso la sua cessazione⁴. Si vuole fare riferimento alla sopravvenienza di uno stato di profonda crisi o insolvenza, che può derivare tanto da motivi economici (es. scarsa domanda sul mercato), quanto finanziari (es. ricorso ad un indebitamento eccessivo) e che non permette al soggetto preposto di adempiere regolarmente ai propri debiti e di generare valore⁵.

Tali situazioni di difficoltà si identificano nel presupposto del diritto fallimentare. Situazioni di crisi ed insolvenza pongono l'impresa dissestata a dover individuare la strada da percorrere: una più spiacevole che porta alla sua cessazione con la conseguenza di ripagare i propri debiti con il patrimonio residuo ed una, meno drastica, che vede il cercare una soluzione che gli permetta di rimanere sul mercato. Quest'ultima può concretizzarsi anche nel "passaggio di mano" dell'azienda a chi si dimostra capace di proseguire nell'attività.

Se ad oggi questa seconda via, che porta al risanamento e alla ristrutturazione dell'impresa dissestata, è la favorita dal legislatore, bisogna anche riconoscere che non è sempre stato così. Questa mentalità, infatti, non è altro che il frutto di una serie di Riforme che il diritto fallimentare civilistico ha subito negli ultimi anni e di cui si parlerà a breve nella trattazione.

³CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 1

⁴CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 1-2

⁵CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 2

1.1.1 Le ragioni all'origine del diritto fallimentare

Diretto dalla sua nascita alla regolazione dello stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale, il diritto fallimentare è possibile catalogarlo come un diritto *speciale* in quanto indirizzato a particolari soggetti ed utilizzato in presenza di particolari condizioni disciplinate dalla legge fallimentare, per le quali il diritto comune non è in grado di proporre soluzioni.

Alla base di tale specialità vi è, *in primis*, la necessità di creare una procedura *ad hoc* in grado di regolamentare la complessità insita allo stato di insolvenza del debitore, ovvero una procedura che permetta "l'attuazione coattiva e simultanea di tutti i debiti insoluti"⁶. Si noti che senza di essa il soddisfacimento dei creditori avverrebbe attraverso una moltitudine di azioni esecutive individuali che permetterebbero al solo creditore più veloce e furbo di riuscire nell'impresa. Con lo scopo di evitare tale disparità di trattamento, in contrasto con il principio cardine della disciplina fallimentare della *par condicio creditorum*, ha preso piede nell'ordinamento italiano una procedura collettiva, considerata più efficace e meno dispendiosa.

Apprendosi con un concorso di tutti i creditori su tutto il patrimonio del fallito⁷, la procedura fallimentare ha proprio come scopo la soddisfazione degli stessi in egual misura, salvo cause di legittima prelazione. È necessario sottolineare che la soddisfazione paritetica è alla base della procedura fallimentare in quanto un'integrazione totale del credito non solo si presenta di difficile attuazione, ma spesso comporta anche un'insoddisfazione generale dei creditori.

Quanto appena detto, ci riporta ad un altro motivo rilevante del perché è nato il diritto fallimentare: non era necessaria la sola ideazione di una procedura, ma risultava opportuno anche il riuscire ad instaurare un procedimento veloce, che prediligesse proprio la celerità sull'integrale soddisfazione dei crediti⁸. Trovare un perfetto connubio tra queste esigenze richiedeva schierare una serie di organi caratterizzati da spiccate conoscenze tecniche del diritto commerciale e la creazione, attorno ad essi, di un

⁶CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 3

⁷Procedura da qui considerata collettiva, perché in grado di coinvolgere tutti i creditori esistenti, ed universale (su tutti i beni dell'imprenditore insolvente).

⁸ CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 5

procedimento “sommario” che vedeva lo svilupparsi di due principali fasi, eccezioni rispetto al diritto comune e il diritto processuale⁹:

- la fase di accertamento del passivo, di individuazione di tutti i creditori del fallito;
- la fase di liquidazione dell’attivo, di ripartizione di tutte le attività dell’impresa nel miglior soddisfacimento dei creditori.

Infine, uno dei principali motivi per cui negli anni si è sentita la necessità di creare un diritto *ad hoc* per le imprese in difficoltà è la dispersione di valore, la quale interessa anche l’economia generale. Non si deve dimenticare, infatti, che una singola impresa, nel corso della sua attività, intraprende rapporti con molteplici realtà economiche, risultando una particella connessa ad un sistema molto più grande. Da questa rappresentazione è facile intuire che, nel momento in cui un’attività d’impresa attraversa uno stato di profonda insolvenza, lo stesso si riversa sull’intero sistema economico danneggiandolo economicamente e moralmente in termini di reputazione ed affidabilità¹⁰.

1.2 L’evoluzione storica del diritto penale fallimentare

Il diritto penale dell’economia è una parte speciale del diritto penale ricomprendente tutti gli illeciti che hanno ad oggetto condotte di aggressione e beni economici ritenuti dall’ordinamento meritevoli di tutela¹¹. In particolare, si tratta di una disciplina che nasce con l’intento di sanzionare tutti quei reati qualificati come economici, ovvero come ci suggerisce Cesare Pedrazzi, di tutti quei reati “*strumentalmente connessi all’esercizio di un’attività economica*” ed “*offensivi di interessi economici*”¹².

Data questa definizione può essere ricondotto nell’alveo del diritto penale dell’impresa il diritto penale fallimentare, comprendente tutte quelle fattispecie criminose che attengono alla responsabilità penale dell’imprenditore commerciale o da altri soggetti e

⁹CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg. 6

¹⁰CETRA A., CIAN M., & altri 11, *cit.*, pg.5

¹¹ZANOTTI R. (2008), *Il nuovo diritto penale dell’economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè Editore, Milano,pg. 7-8;

¹²RAMPIONI R. (2016), *Diritto penale dell’economia*, Giappichelli Editore, Torino, pg. 1

che si sono compiute precedentemente alla dichiarazione di fallimento, ovvero consumate nel corso della procedura concorsuale. Si tratta di tutti quei comportamenti che hanno messo a rischio il corretto svolgimento della procedura e la conseguente soddisfazione dei creditori sociali.

Definito in dottrina “un argomento alla moda”¹³, il diritto penale dell’economia vede con i reati fallimentari, ma soprattutto con la fattispecie del reato di bancarotta, un forte connotato storico risalente al diritto romano arcaico, essendo la storia dei reati fallimentari intrecciata a quella del fallimento.

Considerato nell’antica Roma un crimine¹⁴, il fallimento per anni è stato caratterizzato da ingiurie verso la persona e pesanti pene tanto fisiche, quanto psicologiche. Il fallito eguagliato ad un frodatore (dal latino “*fallere*”, “ingannare”) nel corso degli anni, vide “la tortura, la rottura del banco, la perdita della cittadinanza o degli uffici pubblici, la prescrizione di contrassegni di pubblica infamia, il mandato di cattura, l’arresto per debiti”¹⁵.

Destinata questa correlazione reato-fallimento a scemare negli anni, soltanto in tempi più recenti si è cercato di cancellare lo stigma che da sempre ruota intorno alla figura del fallimento e del fallito e di “liberare” la procedura concorsuale da una funzione prettamente afflittiva e sanzionatoria.

Questo obiettivo trova un suo raggiungimento grazie alle incessanti riforme in ambito civilistico, le quali hanno attribuito alla continuità aziendale, nell’ottica di preservare l’organizzazione dell’impresa nella prosecuzione dell’attività, il ruolo centrale della disciplina. Passa così in secondo piano la procedura fallimentare, una volta procedura principe della legge fallimentare, e la necessità di eliminare l’impresa “malata” dal mercato.

Con il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza trova una sua finale concretizzazione la volontà e la speranza di un cambio di mentalità e di un ammodernamento dell’ordinamento italiano grazie all’eliminazione dei termini “fallito” e

¹³ZANOTTI R., *cit.*, pg. 3

¹⁴ALESSANDRI A. (2019), *Diritto penale commerciale. Vol. IV. I reati fallimentari*, Giappichelli, Torino, pg. 2

¹⁵MINUCCI G. (2018), *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, pg. 19

“fallimento”, che fino ad oggi investivano di “*un’aurea di negatività e di discredito*”¹⁶, seppur ingiustificata, un soggetto che ha subito un epilogo infelice e del tutto non prevedibile, correlato al rischio intrinseco di ogni attività d’impresa¹⁷.

Lo stesso ammodernamento non si può riscontrare nella disciplina penale che, non avendo visto una riforma sostanziale, rimane ancorata a connotati rigidi tipici di un’età diversa da quella moderna, ma per meglio comprendere quest’ultima riflessione è necessario immergerci in un breve *excursus* sulle origini del diritto penale fallimentare e sull’evoluzione della disciplina fallimentare civilistica fino ad oggi.

1.2.1 *Il diritto romano e l’età comunale*

Come di recente anticipato, le origini storiche del sistema fallimentare vedono le loro radici già nell’antica Roma, quando proprio con il diritto romano arcaico si diede una prima visione del debitore insolvente. Solo una parte della dottrina ritiene che la nascita del fallimento sia da annoverare al diritto romano¹⁸; infatti, una seconda parte afferma che si tratti invece di un istituto affermatosi con l’età comunale¹⁹.

Indipendentemente dai diversi punti di vista sulla questione, vi sono prove che l’accezione negativa del fallimento risalga al diritto romano in quanto il debitore inadempiente cadeva, con la sua persona e i suoi beni, nel potere assoluto del suo creditore²⁰. Ciò significa che, chi non pagava o si era astenuto dal farlo, per colpa o meno, poteva essere ucciso o venduto come schiavo, per garantire un soddisfacimento al creditore con le sue spoglie o il suo patrimonio. Questa pratica era disciplinata proprio nella Roma delle XII Tavole (ca 453 a.C.) dove, per l’appunto, figurava la regola che “*Qui non habet in aere, luat in corpore*”, ossia “chi non possiede danaro, paghi con il proprio corpo”. Il ricavato veniva comunque diviso, in presenza di più soggetti in posizione

¹⁶ Relazione illustrativa al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, pg. 2

¹⁷ È possibile che l’insolvente sia responsabile di qualche comportamento illecito e quindi punibile, ma non è sempre così: l’insolvenza, infatti, non viene più connotata da una naturale illiceità, nè vista come motivo di dura sanzione per il debitore incorso in fallimento.

¹⁸ Tra cui si vuole fare riferimento ad ALESSANDRI A., cit., pg. 2

¹⁹ PANZANI L. (2012), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali I*, Torino, pg. 32 ss.

²⁰ ALESSANDRI A., cit., pg. 2

creditizia, segnando anche l'origine del principio dell'attuale *par condicio creditorum*²¹ ed improntando già l'istituto verso una miglior soddisfazione per tutti gli aventi causa.

Dal mondo antico al Medioevo, il sistema fallimentare continua ad evolversi, facendo emergere nuove sfaccettature. Il solo diritto romano, infatti, essendo lontano dai giorni nostri, non può aiutare nella trattazione, in quanto l'istituto del fallimento e il reato di bancarotta iniziano a delinearsi con maggiore concretezza nell'età comunale delle città mercantili.

Sono gli anni in cui si inizia ad individuare nelle vesti di debitore, e quindi di presupposto soggettivo del fallimento, colui che apparteneva al mondo mercantile²²: poteva fallire solo chi doveva sottoporsi alle regole della *lex mercatoria*, antenata del diritto fallimentare e non il comune cittadino.

Inoltre, nelle città più sviluppate, come era la Venezia del Tredicesimo secolo, si iniziò a configurare il fallimento attraverso una procedura collettiva, sottoposta a sorveglianza di un giudice, con la quale tutti i creditori venivano soddisfatti in proporzioni uguali dopo l'avvenuto spossessamento di tutti i beni in capo al debitore²³. Non era, più concesso, in questo modo, ai singoli creditori di ricorrere alla pratica delle azioni esecutive, cercando di soddisfare il credito vantato in modo autonomo, pratica che portava al prosciugamento del patrimonio dai primi arrivati.

Lo svilupparsi della cessione dei beni²⁴ ai creditori porta alla nascita della comparazione, sul piano delle sanzioni criminali, della scomparsa dei beni stessi o del loro mancato ritrovamento con l'insolvenza, specialmente nei confronti dei debitori che fuggivano o si nascondevano²⁵.

A chi fuggiva o occultava beni e libri contabili, era previsto di prassi il fallimento e quindi, più in generale, a chi raggirava i cittadini non rispettando le regole comuni e non tutelando la garanzia dei creditori, spettavano ingiurie e sanzioni di ogni tipo. Punizione

²¹È curioso sottolineare come, in età romana, questa pratica veniva per lo più associata alla distribuzione equa dei resti del debitore e non al patrimonio dello stesso, come avviene ai giorni nostri.

²²FABBIANI M. (2015), *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 15

²³ALESSANDRI A., *cit.*, pg.2-3.

²⁴ Attualmente, nel nostro ordinamento, la nozione di "cessione dei beni" la troviamo all'art. 1977 del Codice Civile: "*la cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti*"

²⁵ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 3

di particolare menzione è la distruzione materiale e pubblica del banco in cui svolgeva la propria attività il mercante divenuto insolvente, che rotto in mille pezzi, diede origine al termine “bancarotta” che ad oggi connota il reato fallimentare per eccellenza.

Motivo sottostante a tale accezione negativa del fallimento e le sue conseguenti pene era l’equiparazione dello stesso ad un reato: ogni condotta che potesse mettere in pericolo la tutela dei creditori veniva sanzionata pesantemente su un piano tanto psicologico quanto fisico. Le pene fisiche, inoltre, erano giustificate dalla vicinanza del concetto di fallimento a quello di furto²⁶ ed era visto come un segno di chiara frode, raggiro ed inganno alla comunità, alla Corporazione, che ne dichiarava l’espulsione immediata, e al mercato. In tali consuetudini e riferendosi alle pene pesanti nei confronti dei falliti, Baldo degli Ubaldi, giureconsulto del Trecento, riconosceva con la celebre frase “*decoctor, ergo fraudator*” la natura fraudolenta del fallimento²⁷.

1.2.2 *L’origine della bancarotta documentale*

Le incriminazioni a gusto economico più risalenti nel tempo sono proprio quelle fallimentari: dal rito della rottura del banco medievale, infatti, nasce e va consolidandosi la bancarotta.

Andando più nello specifico, a spingere verso la nascita della bancarotta documentale furono le grandi innovazioni in ambito economico da annoverare all’età delle Corporazioni. Prima fra tutte fu l’avvento della lettera di cambio, scritta a mano e sigillata, che modernizzò la vita dei commercianti e cittadini ed eliminò i rischi e i disagi annessi al trasferimento di denaro come il furto, la distruzione di denaro ed il peso della moneta. Si trattava di una lettera che impegnava colui che la riceveva a pagare una somma in un altro luogo e, se necessario, anche con un’altra moneta. In questi anni, infatti, andò a consolidarsi nella Firenze medievale anche l’Arte del cambio che permetteva, ai cosiddetti “cambiatori”, di effettuare le prime operazioni di cambio di valute.

²⁶*Fallere* in latino non significava solo ingannare, ma anche sfuggire

²⁷RORDORF R. (2019), “Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza”, in “I Contratti”, n. 2, pg. 5

I banchieri e i cambiatori, nell'eseguire al meglio i loro doveri e per far in modo che gli stessi risultassero efficaci per i commerci, annotavano giorno per giorno, seduti ai propri banchi e su un apposito registro le transazioni avvenute, la consistenza dei beni e la loro collocazione, nonché gli affari portati a termine e quelli ancora in esecuzione²⁸.

Frutto del cambiamento repentino che il commercio stava subendo in quegli anni, grazie alla dematerializzazione delle monete, all'incremento degli scambi commerciali, all'affacciarsi del cambio di monete, ai prestiti d'oro, ecc., è anche il metodo della partita doppia. La nascita e la diffusione dello strumento più ampiamente riconosciuto nelle scienze economico-aziendali sono da attribuire a Luca Pacioli (1494), religioso e matematico italiano, che avendo cura di come il mondo intorno a lui fosse cambiato, dedicò un capitolo intero alla trattazione del metodo della partita doppia nella sua *Summa de arithmetica, geometria, proporzioni et proporzionalità*²⁹.

1.2.3 Distinzione tra condotte dolose, colpose e incolpevoli

Solo in epoca rinascimentale e una volta lasciato alle spalle il Medioevo inizia a cambiare la concezione che girava attorno al fallimento, instaurandosi una sottile linea di demarcazione tra lo stato di insolvenza e l'esistenza di una frode.

Nel XVI secolo, grazie all'intervento del giurista Benvenuto Stracca (1509-1578)³⁰, infatti, si iniziarono a distinguere l'insolvenza dovuta a casi fortuiti e negligenza, da quella dovuta da veri e propri raggiri. Viene a meno l'espressione "*decoctor ergo fraudator*" che lascia spazio all'individuazione di tre diverse categorie di falliti: i fraudolenti, i colposi e gli incolpevoli ("*Tria decoctorum esse genera: primum, illorum qui fortuna evitio decoquunt, secundum, illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes. Et illud tertium, illorum qui suo partim fortuna evitio processerunt*") facendo spostare il focus dell'istituto dallo stato di insolvenza allo studio delle condotte realizzate dal debitore.

Da ciò nasce l'esigenza di individuare e quindi, per la prima volta, di categorizzare quali fatti sono da definirsi fraudolenti: la mancanza o distruzione delle scritture contabili e la

²⁸ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 5-6

²⁹Enciclopedia Treccani

³⁰ALESSANDRI A., *cit.*, 6

falsificazione delle stesse; la sottrazione e dissimulazione delle mercanzie; il compimento di atti in periodi sospetti; nonché il compimento di attività volte a dissimulare e procrastinare il fallimento.

Tale catalogo delle condotte venne ancor di più consolidandosi con l'avvento degli Stati Assolutisti: Francia, con l'ordinanza di Luigi XIV del 1773, ed Inghilterra, con il *Bankruptcy Act* del 1571³¹, si ritrovano quelli che ancor'oggi sono i fatti tipici di bancarotta e che permettono di differire la bancarotta patrimoniale da quella documentale e la bancarotta fraudolenta da quella semplice. A differire quest'ultime è l'apporto psicologico del soggetto attivo, cioè se la condotta è compiuta con l'intenzione di raggirare il normale soddisfacimento dei creditori o se per mera colpa.

Tali ipotesi, nonostante risalgano all'Antico Regime, sono state assorbite anche dall'ordinamento italiano grazie all'aiuto di Napoleone. Si pensa, infatti, che la distinzione tra bancarotta fraudolenta e semplice fu consolidata all'interno del codice francese del 1807 e che da qui divenne spunto per numerose altre legislazioni europee³².

È facile intuire che è in questo contesto storico che nasce il modello casistico, caratteristico dell'ordinamento italiano e per il quale i fatti di bancarotta, siano essi semplici o fraudolenti, non si risolvono in una sola figura comprensiva, ma è possibile individuare diverse ipotesi in base alle condotte tenute. Questo risulterà più chiaro quando si introdurranno le varie fattispecie di bancarotta ad oggi esistenti e disciplinate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1.3 Il profondo divario tra il diritto civile fallimentare e il diritto penale

Se le procedure concorsuali sono state, soprattutto negli anni più recenti, interessate da lunghe stagioni riformatrici che hanno portato all'ammodernamento dell'ordinamento italiano e alla liberalizzazione degli stessi istituti, lo stesso non si può dire delle disposizioni penali della legge fallimentare che non hanno mai visto una riforma sostanziale, ma nel complesso sono state innovate in modo marginale o comunque l'innovazione è riconducibile a pochi casi circoscritti, si vedrà ad esempio l'introduzione

³¹ALESSANDRI A., *cit.*, pg.7

³²ALESSANDRI A., *cit.*, pg.7

dell'istituto delle "esenzione dai reati di bancarotta" previste per la prima volta dall'art. 217-bis³³.

Anche con l'approvazione del Codice della crisi e dell'insolvenza, che incanala una serie di modifiche alla procedura civilistica "*ferma restando la continuità delle fattispecie criminose*"³⁴, con il rammarico dei primi commentatori, non si arrivò ad una riforma o ad una riflessione di come tali cambiamenti possano influire sul versante penalistico. I reati fallimentari e, più nel nostro interesse, i reati di bancarotta rimangono nuovamente nell'ombra restando ancorati ad una disciplina anacronistica rispetto ai tempi moderni. Infatti, i problemi e i difetti legati ai reati di bancarotta, dovuti alle innumerevoli modifiche, risultano aggravati dal mutamento del versamento civilistico e richiedono una nuova mentalità. Ad oggi, le disposizioni penali vengono spesso viste come "un armamentario penalistico arretrato", caratterizzate "da severità "esemplare" nelle sanzioni"³⁵, nonché come portavoce di una concezione ed una cultura lontana.

Davanti alla necessità di Riforma si è rimasti ancora una volta ancorati allo *status quo ante* lasciando la disciplina civilistica correre su una retta parallela che al momento non vede possibilità di incontro. Andiamo quindi a vedere più nel concreto di cosa stiamo parlando.

1.3.1 La Legge Fallimentare del 1942

La disciplina fallimentare, in Italia, è stata originariamente contenuta nel Codice di commercio del 1882 per poi essere collocata all'interno del Regio Decreto del 16 marzo 1942 n. 267, o meglio conosciuto come *legge fallimentare*, e che si presentava come un complesso normativo volto alla "*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*".

Volendo dare una descrizione della legge fallimentare del 1942 è necessario ricordare che la stessa nasce in un Paese, figlio dell'era fascista, e come tale fortemente arretrato,

³³MAZZACUVA N., AMATI E. (2020), *Diritto penale dell'economia. Quinta edizione*, Wolters Kluwer, Vicenza

³⁴Espressione prevista dall'art. 2 della Legge Delega 155/2017. Questo argomento verrà in ogni caso trattato in maniera più approfondita lungo la trattazione.

³⁵ALESSANDRI A., *cit.*, pg.15

repressivo e caratterizzato da un sistema autoritario che utilizzava il fallimento come sanzione contro l'imprenditore incapace e inadatto a rimanere sul mercato.

Diretta a tutti gli imprenditori esercenti un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori³⁶ (art. 1 l. fall.), poneva al centro l'istituto del fallimento e solo al suo intorno si sviluppano le cosiddette "procedure minori" (il concordato preventivo e l'amministrazione controllata). Tale collocazione non era casuale, ma frutto dell'ideologia del '42 profondamente sanzionatoria che, nel tutelare la massa creditoria, voleva espellere dal mercato l'impresa insolvente, considerata capace di "ammalare", con il suo dissesto, altre imprese del sistema economico³⁷.

Tra tutte le procedure solo il fallimento portava alla liquidazione del patrimonio del debitore ed a una successiva ripartizione proporzionale (*par condicio creditorum*) dell'attivo ai creditori, ad opera di un curatore nominato dal Tribunale, con conseguente cancellazione dell'impresa dai registri; infatti, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata cercavano di arrivare ad un epilogo differente. Questa procedura concorsuale, in ogni caso, presupponeva uno stato di insolvenza, ovvero un'impossibilità, da parte del debitore, di far fronte alle proprie obbligazioni (art. 5 l. fall.).

Nel rispetto sempre della soddisfazione dei creditori si sviluppavano attorno al fallimento, come abbiamo precedentemente detto, altre due procedure: il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, che avevano in comune la volontà di mantenere salda l'impresa e di non vederla "morire"³⁸.

Accedere alle procedure minori però non era immediato e scontato, anzi risultava quasi impossibile perché l'entrata era subordinata a precisi requisiti di meritevolezza, essendo la loro apertura considerata un vero e proprio beneficio. A poter godere di questa via salvifica era, infatti, il solo "imprenditore onesto, ma sfortunato", ossia colui che, nonostante lo stato di insolvenza, aveva mantenuto un comportamento consono in

³⁶ Per piccoli imprenditori ci si riferiva a coloro che non avevano investito più di novecentomila lire (464,81€) ed a coloro richiamati dall'art. 2083 del Codice Civile: "*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*".

³⁷GIANESINI N.(2016), *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli Editore, Torino, pg. 4

³⁸GIANESINI N., *cit.*, pg.6

relazione, ad esempio, alla regolare tenuta delle scritture contabili e alla mancata commissione di illeciti.

Il concordato preventivo si presentava come una procedura, volontaria ed alternativa al fallimento, che vedeva la possibilità di stipulare un accordo promettendo quantomeno ai creditori chirografari una soddisfazione pari al 40 per cento o la possibilità, dove possibile, di cedere i beni pignorabili che garantissero la medesima soddisfazione delle pretese creditorie³⁹. Il procedimento si sviluppava in modo semplice: posta l'esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi e depositata la domanda di concordato, spettava al Tribunale deliberare sull'accordo. Una volta accolta la domanda scaturivano una serie di effetti sul debitore e sui creditori: *in primis* il debitore godeva di uno "spossessamento attenuato", in quanto conservava l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa; mentre, in capo ai creditori scattava il divieto di proseguire tramite azioni esecutive individuali e cautelari⁴⁰.

L'amministrazione controllata, invece, presupponeva che, nella durata di massimo due anni ed al termine della procedura, l'imprenditore tornasse *in bonis*, ovvero in grado di adempiere le proprie obbligazioni. Finalizzata al risanamento dell'impresa, l'amministrazione controllata coinvolgeva l'imprenditore che, non ancora in stato di insolvenza, non era in grado di adempiere temporaneamente alle proprie obbligazioni. L'amministrazione controllata, abrogata per effetto dell'art. 147 d. lgs. n. 5/2006, permetteva all'imprenditore in difficoltà, previo accordo con la maggioranza dei creditori, di proseguire la sua attività d'impresa, chiedendo una dilazione dei pagamenti, sotto il controllo di un giudice o di un commissario nominato da quest'ultimo. Nell'eventualità in cui l'imprenditore dimostrasse di riuscire a superare il periodo di difficoltà poteva continuare il normale esercizio d'impresa; in caso contrario, era necessario promuovere la dichiarazione di fallimento⁴¹.

In conclusione, se il concordato preventivo chiedeva un sacrificio ai creditori per salvare l'azienda, questo non accadeva con l'amministrazione controllata che presupponeva che i creditori venissero integralmente soddisfatti, seppur il pagamento subiva delle dilazioni, e che l'impresa venisse tenuta in vita.

³⁹GIANESINI N., *cit.*, pg. 7

⁴⁰ I creditori, allo scattare di una procedura concorsuale, ancor'oggi, sono chiamati a soddisfarsi sul patrimonio del debitore, senza possibilità di tutelarsi individualmente. Si noti che tali effetti sul debitore e sui creditori si verificano tutt'ora.

⁴¹GIANESINI N., *cit.*, pg. 7

Nel novero delle procedure concorsuali e come alternativa al fallimento, la legge fallimentare del '42, prevedeva la liquidazione coatta amministrativa. Come si evince dal nome, il suo scopo è di rinvenire nella liquidazione del patrimonio, ma ciò che cambia rispetto al fallimento è il presupposto soggettivo. La liquidazione coatta amministrativa vede come protagoniste categorie speciali di imprese, espressamente previste dalla legge, la cui attività è rilevante “per l’economia nazionale, per gli enti pubblici o per gli enti con partecipazione pubblica”⁴². Dal 1942 ad oggi è aumentato il numero delle imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa: se originariamente era pensata per sole banche, assicurazioni e cooperative, ad oggi vede protagoniste tutte le imprese del mercato finanziario. Con riguardo al presupposto oggettivo, non è da rinvenire esclusivamente nello stato di insolvenza, infatti, essa può venire predisposta anche per altre “ragioni patrimoniali (es. perdite di eccezionale gravità) oppure per la soppressione dell’ente, irregolarità o violazione di norme legali o statutarie o, addirittura, su richiesta dell’assemblea dei soci”⁴³.

In ogni caso, secondo il nostro legislatore, per meglio tutelare gli interessi a connotazione pubblicistica tale procedura deve districarsi sotto il controllo dell’Autorità amministrativa⁴⁴.

Con il provvedimento, inoltre, si verifica in capo al debitore lo spossessamento dei beni dell’impresa, le assemblee e gli organi della società cessano la loro funzione, mentre in capo ai creditori si verificano i medesimi effetti del fallimento⁴⁵.

1.3.2 *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese*

Nel 1979 le crisi di alcuni importanti gruppi di imprese italiani indussero il legislatore a varare una nuova legge che aveva come protagonista una nuova procedura concorsuale: l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95, c.d. “legge Prodi”).

⁴²GIANESINI N., *cit.*, pg. 9

⁴³GIANESINI N., *cit.*, pg. 9

⁴⁴DE ANGELIS L. (2017), *Diritto Commerciale. Vol. II*, CEDAM, Vicenza, pg. 365

⁴⁵Si fa riferimento al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali. Il fallimento, infatti, apre il concorso dei creditori sul patrimonio del soggetto insolvente.

Diretta alla conservazione del complesso aziendale e alla continuazione dell'attività d'impresa da parte di un commissario straordinario, nominato dall'Autorità amministrativa⁴⁶, la Legge Prodi fece emergere i primi problemi che portava con sé il testo del 1942. Quest'ultimo, abbiamo potuto vedere, non permetteva all'imprenditore insolvente di proseguire con facilità verso un via salvifica che non sfociasse nella liquidazione. Questo tipo di concezione, che preferiva l'espulsione dell'impresa "malata" dal sistema economico, iniziava a essere stretta rispetto all'evoluzione del mondo negli anni più recenti. Ci si rese conto che affrontare una crisi di una grande impresa significava anche affrontare le disastrose conseguenze che ne derivavano, soprattutto a livello di tasso occupazionale.

Inizialmente erano sottoponibili ad amministrazione straordinaria, con esclusione del fallimento, le imprese insolventi (art. 5 l. fall.) o che avevano omesso il pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione ai dipendenti, qualora avessero, da almeno un anno, un numero di "addetti" non inferiore a trecento ed un ammontare di debiti verso aziende di credito, istituti speciali di credito, istituti di previdenza e di assistenza sociale non inferiore a trentacinque miliardi di lire e superiore a cinque volte il capitale versato risultante dall'ultimo bilancio⁴⁷.

Dal 1999 risultò però necessaria una rivisitazione della normativa sia perché entrata in contrasto con l'ordinamento comunitario, sia perché si affacciarono, negli anni seguenti, ulteriori crisi che scossero l'ordinamento italiano⁴⁸. Il presupposto soggettivo mutò prevedendo che a tale procedura possano ricorrere le imprese, anche individuali, considerate "grandi", ovvero che ricoprano i seguenti parametri: non meno di duecento dipendenti, dal almeno un anno ed un'esposizione debitoria per un ammontare non inferiore di due terzi del totale attivo patrimoniale e dei ricavi. Con riguardo il presupposto oggettivo nulla cambia: si tratta di imprese in stato di insolvenza, ma che nel complesso abbiano prospettive di recupero. Si dà, infine, maggior rilievo alla concreta possibilità di salvaguardia dell'attività d'impresa, istituendo che il programma debba salvaguardare i livelli occupazionali nei limiti del possibile⁴⁹.

⁴⁶DE ANGELIS L., *cit.*, pg.374-375

⁴⁷DE ANGELIS L., *cit.*, pg.375

⁴⁸Si vuole far riferimento allo scandalo Parmalat (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, c.d. "Decreto Marzano", modificato dal d.l. del 29 novembre 2004) e agli stati di insolvenza di compagnie quali Alitalia (d.l. 28 agosto 2008, n. 134).

⁴⁹GIANESINI N., *cit.*, pg. 11

Dato l'esito positivo del Tribunale, la procedura si snoda sotto il controllo dei commissari nominati dal Ministero che predispongono un programma di risanamento che tuteli i creditori e tenga conto degli indirizzi generali di politica industriale; il decreto può anche disporre "la continuazione dell'attività di impresa, (sempre in capo al) commissario, per un periodo massimo di due anni prorogabile di altri due"⁵⁰. Al commissario si applicano le norme disposte per il curatore, nonché sui creditori gravano gli effetti tipici dell'istituto del fallimento e del concordato preventivo.

Si ricordi che questa disciplina non esclude l'applicazione della legge fallimentare infatti, laddove non si verificano i presupposti di cui sopra o gli strumenti previsti non abbiano successo, tornano ad applicarsi gli strumenti ordinari.

1.3.3 *L'incessante necessità di riforma: le nuove soluzioni concorsuali della crisi*

L'impianto del Regio Decreto del 1942 è considerato dalla dottrina di stampo *darwiniano* in quanto solo le imprese più forti sono destinate a sopravvivere. Su questa filosofia la necessità di eliminare dal mercato l'impresa insolvente poneva al centro del diritto fallimentare l'istituto del fallimento. La concezione di un'impresa considerata un *virus* capace di infettare le imprese sane intorno a sé, rifletteva quell'attuale impostazione in cui la stessa era considerata un complesso di beni di sola proprietà dell'imprenditore. Riassumendo quanto detto precedentemente, concordato preventivo ed amministrazione controllata, inoltre, "scontavano lo scoglio dell'alta percentuale di crediti di cui garantire la soddisfazione"⁵¹, nel rispetto del principio di *par condicio creditorum*, impedendo all'impresa in difficoltà di procedere per altre vie.

Questo venne meno dalla fine degli anni Settanta, quando la legge fallimentare del '42 iniziò a mostrare tutte le difficoltà e debolezze ad essa intrinseche. Avanzava una realtà sociale ed un sistema economico che, caratterizzate da connotati del tutto diversi, richiedevano a gran voce un cambiamento. Queste profonde novità si tradussero nell'introduzione di quello che è stato considerato l'"uso alternativo delle procedure

⁵⁰GIANESINI N., *cit.*, pg. 14

⁵¹NORDECCHIA G.B. (2019), "La continuità aziendale nelle procedure concorsuali", in *Questione e Giustizia*, pg. 193

concorsuali”, per evitare le conseguenze negative del fallimento⁵², e nella predisposizione della predetta specifica disciplina per le grandi imprese.

Il legislatore si accorse, infatti, che l’eliminazione dell’impresa insolvente dal mercato non portava a reali benefici economici, come invece si riscontrava nella salvaguardia della stessa e nella prosecuzione dell’attività d’impresa. Di principale preoccupazione era inoltre il dato fornito dal tasso occupazionale, segnale di un Paese stabile, ricco e in salute, che tendeva a diminuire di fronte alla sola via fallimentare.

A mutare inoltre fu anche la concezione di impresa, non più vista come unicamente di proprietà dell’imprenditore, ma come un complesso autonomo “suscettibile di vicende giuridiche unitarie, non identificatosi né con le vicende dell’azienda, (intesa) come mero complesso di beni e rapporti giuridici destinati all’attività imprenditrice, né con le vicende giuridiche dell’imprenditore”⁵³. L’impresa diventava un centro di interessi capace di coinvolgere molteplici soggetti e, come tale, necessitava di un ordinamento fallimentare che promuovesse strumenti “finalizzati al suo risanamento e reintegrazione sul mercato”⁵⁴, anche per mani diverse dall’imprenditore originario. Si inizia a inquadrare l’impresa come un bene da preservare⁵⁵, non solo per scopi che attengano alla sola tutela dei creditori, ma anche in relazione al quadro politico-economico.

L’istituto del fallimento inizia così un processo che pare portarlo verso la sua estinzione⁵⁶ lasciando spazio alle procedure concorsuali che fino al ’42 erano considerate “minori”, marginali e dei soli “satelliti” intorno all’istituto principe. Per dar voce a questo, però, la legge fallimentare passò una fase di ristrutturazione che non vide mai una vera fine, arrivando fino ad i nostri giorni.

A lavorare per la prima volta sulla ristrutturazione della legge fallimentare del ’42 e sulla creazione di una modifica organica fu la Commissione Trevisanato. Cercando invano di apportare novità concrete già a fine anni ’60, riuscì nel vero tentativo solo nel 2004 con

⁵²GIANESINI N., *cit.*, pg.16-17

⁵³GAMBINO A. (1980), “Profili dell’esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese”, in *Giur. comm.*, n. 1, pg. 564 ss.

⁵⁴GIANESINI N., *cit.*, pg. 17

⁵⁵Entrano in gioco tutti i valori connessi all’avviamento, ovvero di quel valore aggiuntivo rispetto alla somma dei valori dei singoli fattori produttivi utilizzati per il suo funzionamento (Treccani).

⁵⁶Si vedrà che con il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, oltre a cercare di evitare la liquidazione dell’impresa con nuovi istituti ed interventi, verrà eliminato il termine “fallimento”, considerato dispregiativo.

la composizione della c.d. “seconda Commissione Trevisanato” che incanalò, in un disegno legge, tutte le ipotesi emerse negli anni⁵⁷. Solo con il d.l. n. 35/2005, convertito dalla l. n. 80/2005, e successivamente modificato e integrato dal d. lgs. n. 5/2006 e dal d. lgs. n. 169/2007, il legislatore intervenne in modo massiccio dando vita a delle profonde innovazioni. Così facendo, attraverso la pratica della novellazione, si è creato un ordinamento che, nonostante si trovasse incanalato nel severo “contenitore” del Regio Decreto, seguiva la visione moderna di conservazione delle componenti positive dell’impresa e dell’azienda⁵⁸. Il concordato preventivo così come i nuovi accordi di ristrutturazione e il piano attestato di risanamento prendevano ideologicamente il sopravvento sul fallimento, ma la desiderata riforma organica faticò ad emergere. Nonostante le buone intenzioni, infatti, il numero di domande di accesso alle procedure giudiziarie⁵⁹ non è mai decollato⁶⁰, trovando una scarsa efficacia applicativa.

Per una migliore comprensione delle innovazioni è necessario proseguire con ordine, tracciando una sorta di linea del tempo dall’inizio del Millennio ad oggi. Con la stagione di riforme che abbracciava gli anni dal 2005 al 2007 le procedure concorsuali diventano cinque:

- fallimento,
- concordato preventivo,
- accordi di ristrutturazione dei debiti,
- piano attestato di risanamento,
- amministrazione coatta amministrativa.

Il concordato preventivo, disciplinato dagli artt. 160 e ss. l. fall., è una procedura concorsuale, giudiziaria, volta ad evitare il fallimento, che si fonda sullo stato di crisi e che, in via prioritaria e attraverso un accordo tra debitore e creditori, ricerca il soddisfacimento dei crediti vantati e la prosecuzione del complesso aziendale⁶¹. Il presupposto oggettivo, quindi, non viene rappresentato dal solo stato di insolvenza,

⁵⁷GIANESINI N., *cit.*, pg. 21 ss.

⁵⁸Si vuole ribadire che prende il sopravvento la conservazione del know-how, dei beni produttivi, dei livelli occupazionali, ecc.

⁵⁹Con l’espressione “procedure giudiziarie” si vuole intendere la procedura concorsuale del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, ovvero quelle procedure che attraversano un vaglio giudiziario.

⁶⁰DISEGNI G. (2014), *L’impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Giappichelli Editore, Torino

⁶¹DE ANGELIS L., *cit.*, pg.300

come nel vecchio testo dell'art. 160 l. fall., ma anche da un concetto di "crisi", situazione anteriore e pandromica allo stato di insolvenza, che nel 2005 non aveva ancora trovato una definizione.

A richiedere il concordato è l'imprenditore commerciale "non piccolo" (presupposto soggettivo) che in forma del tutto libera⁶², cerca una via salvifica per la sua attività d'impresa. L'intento di creare una procedura veloce e flessibile si è tradotto nell'eliminazione dei requisiti di meritevolezza, che impedivano al debitore di accedere con facilità a tale procedura, e delle soglie minime di soddisfazione dei crediti chirografari pari al 40 per cento.

Nonostante l'imprenditore è ora più libero di stabilire il contenuto del piano (art. 160 l. fall.), non dovendo sottoporsi alle stringenti regole della vecchia procedura concorsuale, bisogna ricordare che lo stesso deve ugualmente essere accompagnato dall'attestazione di un professionista che ne verifichi i dati aziendali e la fattibilità.

Essendo un processo giudiziario, la domanda di concordato preventivo deve essere proposta dall'insolvente al Tribunale, il quale ha la facoltà di valutare l'ammissibilità del ricorso e, di conseguenza, di dichiarare aperta la procedura. In ogni caso, la domanda di concordato, prima di essere omologata, deve anche essere approvata dalla maggioranza dei creditori ammessi al voto. Nel caso in cui il concordato viene respinto, il Tribunale, su richiesta dei creditori o del pubblico ministero e valutati i presupposti, dichiara il fallimento del debitore (art. 183 l. fall.).

La novità più significativa apportata dalla stagione di riforma è senza dubbio l'introduzione di due nuovi strumenti: i già citati accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.) e i piani attestati di risanamento (art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.). Il primo è un accordo "ibrido" in quanto si svolge davanti al Tribunale solo nel momento di omologa dell'accordo, al contrario i secondi sono degli accordi stragiudiziali, non vedendo coinvolti in nessuna fase nessuno degli organi della procedura.

Tra le altre novità significative vi è l'abolizione della procedura di amministrazione controllata, la modifica della disciplina dell'azione revocatoria e l'introduzione della possibilità di un "*fresh start*" post procedura di liquidazione, ovvero di una seconda

⁶²Vi era la possibilità da parte del debitore di suddividere i creditori in classi, in base alla loro posizione giuridica ed i loro interessi economici, con trattamento differenziato. Nonostante all'interno della classe vigeva il trattamento uguale per tutti, questo tendeva ad affievolire il principio della *par condicio creditorum*.

occasione per l'imprenditore. Quest'ultima possibilità si presenta sotto il nome di procedura di esdebitazione (o *discharge*) e consiste in una domanda rivolta dal debitore in grado di permettere la liberazione dai debiti concorsuali residui non soddisfatti integralmente⁶³. È errato pensare che tale procedura sia ammessa per tutti, infatti per la sua ammissione il debitore deve possedere specifiche caratteristiche, tra cui non deve essere marchiato da atti fraudolenti o deve essere riuscito a soddisfare una significativa percentuale di crediti chirografari (25 per cento)⁶⁴.

Cambia anche il presupposto soggettivo per l'istituto del fallimento. Con l'avvento della nuova moneta, infatti, si è sentita la necessità di ridefinire i connotati che caratterizzano il "piccolo imprenditore", il quale continuava ad essere escluso dalla procedura fallimentare.

La stagione delle Riforme però non si esaurisce tra il 2005 e il 2007, in quanto il legislatore ha ritenuto di procedere con una serie di altri interventi, cosiddetti "a pioggia"⁶⁵, sulla normativa vigente provocando una profonda discontinuità ed allontanandosi dalla volontà di vedere compiuta una riforma organica. La filosofia di base sottolineava la prosecuzione della continuità aziendale, con innovazioni volte a far emergere lo stato di crisi in modo anticipato, permettendo l'utilizzo di strumenti negoziali che evitino il fallimento dell'impresa.

Ad appena tre anni di distanza dal cd. "decreto correttivo" del 12 settembre 2007, n. 169, è stato varato il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 ("*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*"), convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e che ha introdotto l'art. 182-*quater* in tema di crediti prededucibili per l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo⁶⁶. Viene introdotto anche il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive durante la trattazione e la formalizzazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, nonché un primo accenno alla disciplina dell'"*Esenzione dai reati di bancarotta*" (art. 217-*bis*),

⁶³DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 354

⁶⁴GIANESINI N., *cit.*, pg. 25

⁶⁵GIANESINI N., *cit.*, pg. 26

⁶⁶Si tratta di una norma volta a contenere i costi delle procedure e che permette la soddisfazione di alcuni crediti in via preferenziale. Con tale articolo si vuole evitare che la procedura concorsuale consumi tutte le risorse attive per pagare le sue spese, prosciugando il patrimonio su cui i creditori possono soddisfarsi.

primo intervento in ambito penal-fallimentare⁶⁷. Di particolare menzione sono le necessarie novità introdotte proprio dall'art. 217-*bis* in quanto le profonde innovazioni in tema di procedure concorsuali, volte alla gestione in modo rapido ed efficace della crisi, andavano a scontrarsi con le mancate modifiche delle disposizioni penali. Si trattava di una disposizione in grado di definire una "zona franca", ovvero un'area irrilevante dal punto di vista penale per una serie di atti che posti in esecuzioni degli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa⁶⁸.

Tutto ciò fu poi raccolto e sviluppato nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con la legge del 7 agosto dello stesso anno, n. 134 (c.d. "Decreto sviluppo") e integrata dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con la legge n.98 del 9 agosto 2013 ("Decreto del Fare").

Tra le principali novità di questa seconda ondata di riforme vi è, *in primis*, la possibilità per il debitore insolvente di proporre la c.d. domanda di concordato "in bianco", con la quale l'imprenditore si riserva di presentare il piano concordatario, la proposta concordataria e la restante documentazione alla scadenza del termine (di massimo 120 giorni, prorogabili di ulteriori 60)⁶⁹.

Sempre con riguardo il concordato preventivo venne introdotto dall'art. 186-bis, l. fall. la possibilità di intavolare con i propri creditori un concordato con continuità aziendale, ovvero idoneo a facilitare la prosecuzione dell'attività d'impresa per mano dell'imprenditore in stato di difficoltà (concordato in continuità diretta) o di un altro soggetto capace di riportare vigore agli *asset* aziendali, tramite operazioni di cessione d'azienda, usufrutto, conferimento d'azienda anche verso una società di nuova costituzione e d'affitto (concordato in continuità indiretta).

Venne istituita anche la possibilità di presentare un accordo di ristrutturazione dei debiti anche dopo aver presentato una domanda di concordato, per garantire piena libertà decisionale sulla procedura da intraprendere⁷⁰.

⁶⁷GIANESINI N., *cit.*, pg.28

⁶⁸BONATO F. (2018), "How to get away with bankruptcy, ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217*bis* l.fall.", in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuale*, n.3, pg. 269

⁶⁹DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 301

⁷⁰Dal sito della Camera dei deputati ("La riforma del concordato preventivo (decreto-legge n. 83 del 2012)" in www.temi.camera.it)

Le riforme continuano con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 con lo scopo di continuare ad incentivare l'utilizzo delle "altre procedure concorsuali" e la conseguente risoluzione della crisi.

Si interviene ulteriormente sulla disciplina del concordato preventivo con l'introduzione dell'art. 163-bis. In omaggio del principio di competitività, il legislatore riconosce, in presenza di una domanda completa di concordato preventivo, l'opportunità a uno o più creditori, rappresentanti almeno il 10 per cento della massa creditoria risultante dalla situazione patrimoniale depositata, di presentare una proposta "concorrente". La proposta non è ammissibile quando il debitore abbia già garantito il 40 per cento dei creditori chirografari in un concordato con cessione dei beni o liquidatorio. La logica sottostante a tale istituto è da riscontrare nel fatto che la competitività è in grado di massimizzare i risultati conseguiti dalla procedura stessa, spingendo il debitore a compiere il "massimo sforzo" per non perdere la propria attività⁷¹.

Vennero inoltre ristabilite delle percentuali minime di soddisfacimento dei crediti chirografari, pari al 20 per cento, ma solo per il concordato in liquidazione (senza continuità aziendale). Si tratta di una tipologia di concordato in cui l'imprenditore mette a disposizione della soddisfazione dei creditori tutto il patrimonio, anche attraverso la cessione di beni.

Altre innovazioni videro modifiche alla disciplina del curatore fallimentare, per accelerare le procedure, in quanto non è più il solo vigilante e consulente dei creditori e del Tribunale, ma viene investito anche del ruolo di esecutore del concordato quando il debitore risulta inerte.

Il decreto-legge ha infine inserito l'art. 182-*septies* in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, con specifico riferimento alla stipula di tali accordi anche con banche ed intermediari finanziari. Sostanzialmente, si mira a togliere a banche che vantino crediti di modesta entità il potere di interdizione in relazione ad accordi di ristrutturazione che vedano l'adesione delle banche creditrici maggiormente esposte⁷².

⁷¹DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 306

⁷²Dal sito della Camera dei deputati ("La riforma del concordato preventivo (decreto-legge n. 83 del 2012)" in www.temi.camera.it)

1.3.4 La legge sul sovraindebitamento

Il continuare a riservare le procedure concorsuali esclusivamente all'imprenditore commerciale non piccolo ha comportato negli anni una forte discrasia, soprattutto in un contesto minato da difficoltà economiche e finanziarie. L'alto indebitamento del debitore-civile consumatore, un po' per congiunture sfavorevoli economiche (vedi tasso di disoccupazione) un po' per motivi strettamente personali (quali divorzio, malattia, ecc.), è in grado di influenzare negativamente il sistema macroeconomico abbattendo i consumi e riducendo il PIL, esistendo una stretta correlazione tra debito del settore privato e debito pubblico⁷³.

I soggetti non considerati fallibili, infatti, erano sottoposti alla sola azione esecutiva individuale, senza avere la possibilità, in alcun modo, di liberarsi dei propri debiti come previsto per l'imprenditore commerciale persona fisica, con l'istituto della già citata esdebitazione, grazie alla prima stagione di riforme⁷⁴. La ragione di tale scelta risiedeva nella concezione comune per cui solo l'imprenditore commerciale non piccolo, con la sua insolvenza, potesse provocare pesanti ripercussioni sull'economia generale tali da farlo risultare l'unico soggetto meritevole di poter accedere a procedure concorsuali e di poter godere di un eventuale *fresh start*.

Con la grande crisi del 2008 emersero numerose perplessità dovute all'eccessivo indebitamento da parte delle famiglie italiane che portarono il legislatore italiano, seppur in ritardo rispetto agli altri Stati europei, ad introdurre, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, immediatamente riformata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, una serie di strumenti di regolazione del sovraindebitamento dei soggetti non fallibili.

Per soggetti non fallibili, non si deve pensare al solo debitore-consumatore (ai sensi dell'art. 6, comma 2°, lettera b)), ma sono tutti quei soggetti che non sono ricompresi all'interno della legge fallimentare, ovvero l'imprenditore sotto soglie fissate dall'art. 1 l. fall.; l'imprenditore agricolo; il professionista intellettuale; le associazioni, le fondazioni e i comitati non esercenti attività d'impresa; l'ente pubblico; la "start-up innovativa" (art.

⁷³PACILEO P. (2018), *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli Editore, Torino, pg. 5 ss.

⁷⁴DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 384

31, d.l. n. 179/2012); il socio illimitatamente responsabile di società fallibili se e fino a quando la società non sia insolvente.

Quanto all'imprenditore agricolo è necessario sottolineare che è soggetto anche alla procedura giudiziaria prevista dalla legge fallimentare, quando gli è data la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti⁷⁵.

Quanto al presupposto oggettivo, la definizione di sovraindebitamento è data dall'art. 6, comma 2, l. 3/2012 e viene identificata come *“la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero alla definitiva capacità di adempierle regolarmente”*. Come è possibile notare, dietro a tale definizione ci sono gli stessi concetti che vivono intorno alla nozione di crisi ed insolvenza dei debitori fallibili.

La seguente legge prevede tre procedure *ad hoc*, del tutto volontarie⁷⁶ e destinate al soddisfacimento dei creditori secondo diverse vie: l'accordo di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti destinato a tutti i soggetti non fallibili (imprenditori e non); il piano del consumatore e la liquidazione dei beni alla quale può conseguire l'esdebitazione⁷⁷.

1.3.5 Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Le novità in ambito concorsuale non finiscono qui e proseguono fino ai giorni nostri con l'introduzione, nell'ordinamento italiano, del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, conosciuto come il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”.

Nato da un Disegno di Legge del 19 ottobre 2017, n. 155 e non ancora totalmente in vigore⁷⁸, il Codice è destinato a sopperire l'attuale legge fallimentare attualmente in

⁷⁵DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 385

⁷⁶ Solo il debitore può decidere in merito all'inizio dell'iniziativa.

⁷⁷ DE ANGELIS L., *cit.*, pg. 384

⁷⁸Nonostante, una parte del Codice è in vigore già dal 16 marzo 2019, la parte più cospicua vedrà una sua attuazione, salvo ulteriori differimenti, dal 1° settembre 2021 (“Decreto Liquidità”). La data di entrata in vigore ha visto repentine modificazioni a causa dei problemi causati dalla Pandemia globale Covid-19.

vigore, contenuta del R. D. 16 marzo 1942, n. 267, e la c.d. crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili, di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3 con lo scopo di istituire un unico *corpus* normativo sistematico, razionale e autosufficiente che si occupi di disciplinare eventuali situazione di crisi ed insolvenza dell'imprenditore commerciale e non. Rimane estranea alla riforma l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese che continua ad essere disciplinata in modo autonomo dalla c.d. Legge Prodi, vista l'esigenza di tutela di interessi pubblici particolari capaci di incidere profondamente sull'economia nazionale⁷⁹.

Compito di elaborare la delicata Legge Delega 155/2017, o meglio conosciuta come "*Delega al Governo per la riforma delle discipline delle crisi di impresa e dell'insolvenza*", fu una commissione istituita dal Ministero della Giustizia, con Decreto del 28 gennaio 2015: la c.d. Commissione Rordorf, dal cognome del suo presidente Renato Rordorf.

L'aspirazione del legislatore del disegno di legge è da concretizzarsi nella necessità di una rivisitazione dell'intero ordinamento italiano concorsuale, che frammentato da innumerevoli riforme, cercava ormai da anni un'organicità della materia e da un'esigenza di adeguarsi ai quadri normativi dei più rilevanti Paesi Europei. Non dobbiamo infatti dimenticare che l'Italia è uno Stato Membro dell'Unione Europea e come tale deve rispondere a sollecitazioni della stessa.

Si vuole far riferimento a quanto previsto dal Regolamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio e alla Raccomandazione della Commissione n. 2014/135/UE: la prima, considerata un'affluente della seconda, ha lo scopo di indirizzare il debitore in stato di crisi verso l'accesso a soluzioni di ristrutturazione preventiva e di recupero dell'impresa, cercando di evitare l'epilogo puramente liquidatorio e favorendo una seconda opportunità (già citato *fresh start*); mentre l'ultima è stata varata con l'intenzione di far emergere la crisi imprenditoriale con anticipo (*early warning*) per poter sanarla prima che sfoci in insolvenza⁸⁰.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che la Commissione ha anche dovuto tener conto dei principi di *Model law* elaborati in tema di insolvenza dall'UNCITRAL (acronimo di *United*

⁷⁹È necessario inoltre sottolineare che tale ultima disciplina è molto sensibile alla politica essendo le procedure co-gestite dall'autorità giudiziaria e dal Ministero dello sviluppo economico.

⁸⁰CETRA A., CIAN M., & altri 11, cit., pg. 16

Nations Commission on International Trade Law) a cui hanno aderito numerosi Paesi anche extraeuropei.

Con l'obiettivo quindi di gestire in modo più efficiente le crisi d'impresa, punto focale dell'opera riformatrice è la predominanza di un risanamento dell'impresa sulla sua liquidazione, nonché le necessità di porre in essere degli strumenti in grado di fare emergere lo stato di crisi in modo anticipato, che permettano una prospettiva di continuità aziendale ed un riposizionamento del debitore sul mercato. L'approccio verso l'insolvenza, infatti, appare mutato rispetto al passato: l'insolvenza e il fallimento che ne consegue non vengono più considerati alla stregua di un mero fenomeno illecito da contrastare a tutti i costi e che porta all'eliminazione dell'imprenditore fallito dal mercato.

Alla luce di quanto detto, avendo evidenziato la necessità di una Riforma in grado di dare unitarietà al diritto concorsuale, mossa anche da questi ultimi fili conduttori, è necessario individuare quali sono i principali profili innovati che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza incardina nei suoi 391 articoli.

Nel ricordare che la novella si occupa di disciplinare lo stato di crisi ed insolvenza degli imprenditori e non⁸¹, per la prima volta nella storia del diritto concorsuale lo stato di crisi vede una propria definizione. Per stato di in crisi si intende quindi *“uno stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*(art. 2, lett. a), CCII). Il concetto viene quindi distinto da quello di insolvenza che, al contrario, era già stato definito dall'art. 5 della l.fall. come lo stato del *“debitore che non è più in grado di adempiere regolarmente e tempestivamente con mezzi normali alle proprie obbligazioni e che si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori”*(art. 2, lett. b) CCII).

Nel codice non si parlerà più di “fallimento”. Il termine, considerato dispregiativo e portatore di una mentalità lontana da quella del XXI secolo, verrà sostituito dall'espressione “liquidazione giudiziale”; così come la parola “fallito” vedrà la sua

⁸¹Sono soggetti alle regole del Codice tutti debitori, con l'esclusione dello Stato e degli enti pubblici e delle grandi imprese assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria. Con riguardo le imprese assoggettate alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, il Codice rimanda a quanto previsto dagli artt. 293-316 CCII.

eliminazione dando spazio ad una nuova rappresentazione del soggetto-debitore, il “debitore assoggettato a liquidazione giudiziale”⁸².

Viene introdotto un nuovo istituto extragiudiziale⁸³ denominato “Procedura di allerta⁸⁴ e di composizione assistita della crisi” necessario per concretizzare l’idea di una più veloce emersione dello stato di crisi e “finalizzate ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditore” (art. 4 della l. 155/2017). Si tratta di una procedura che vede in un primo momento una fase di allerta preventiva, all’emersione di fondati indizi della crisi espressamente previsti dal Codice⁸⁵, da parte degli organi di controllo societari e dei revisori contabili o da creditori pubblici qualificati (INPS, Agenzia delle entrate e Agenzia della riscossione) dapprima all’organo amministrativo e successivamente, in caso di inerzia di quest’ultimo, ad un nuovo organismo detto OCRI (acronimo di Organismo di composizione della crisi), costituito presso ogni Camera di commercio territorialmente competente. Con l’ausilio di quest’ultimo nuovo organismo e solo su istanza del debitore è, inoltre, possibile ricercare una soluzione concordata della crisi, aprendo una fase di trattative tra un debitore e creditore (procedimento di composizione assistita della crisi). Si noti che il debitore vi può accedere anche prima dell’attivazione della fase di allerta.

Per meglio agevolare l’utilizzo di questa procedura di allerta e composizione della crisi e per meglio indirizzare l’imprenditore al cambio di mentalità previsto dal Codice, che vede la possibilità di salvaguardare i valori di un’impresa in difficoltà a discapito dell’epilogo liquidatorio, sono state istituite tanto delle “misure premiali”, patrimoniali e legali, per chi senza indugio si presenta davanti all’OCRI per una mediazione (art. 24 CCII).

⁸²Il tema verrà ampiamente ripreso nel Capitolo 3.2 in quanto presenta spunti e riflessioni di rilevanza penale. Al momento ci basta sapere che tale cambiamento è l’incarnazione di una diversa filosofia orientata a far lentamente diminuire l’accesso a procedure di stampo liquidatorio.

⁸³Gli imprenditori avranno nuove soluzioni per la composizione assistita della crisi fuori dalle aule del Tribunale.

⁸⁴Gli strumenti di allerta (art. 12, comma 1) di distinguono in obblighi organizzativi posti a carico dell’imprenditore (art. 3 e art. 375 CCII, quest’ultimo ha modificato l’art. 2086 c.c.) ed in oneri di segnalazione posti a carico di soggetti qualificati (art. 14 e 15).

⁸⁵Indizi della crisi rilevabili grazie ad una serie di indici di cui all’art. 13, comma 2, CCII. L’articolo assegna al Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti Contabili il compito di elaborare degli elementi in grado di rilevare uno stato di crisi (es. patrimonio netto negativo).

Nell'intervenire a livello preventivo e per tutelare la continuità aziendale, il Codice della crisi e dell'insolvenza ha predisposto anche una serie di principi generali idonei ad impostare una gestione differente dell'impresa, ovvero una gestione capace di cogliere tempestivamente i segnali di crisi in modo da affrontarla e superarla anche grazie agli strumenti di ricomposizione offerti dal Codice. A questo riguardo si è voluto introdurre un particolare principio che impone agli imprenditori collettivi l'obbligo *“di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale”* (art. 2086 c.c.). A ben vedere, il principio di corretta gestione imprenditoriale introdotto dal nuovo articolo 2086 c.c. era già presente nel sistema, ma veniva esclusivamente applicato dalla realtà maggiormente strutturata delle società per azioni; mentre, ad oggi viene correttamente esteso a tutti i modelli societari e quindi a tutti gli imprenditori collettivi⁸⁶. È necessario sottolineare che il principio di adeguatezza organizzativa è relativo, in quanto deve essere parametro in base alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Per incentivare la commissione negoziale e stragiudiziale della crisi, il Codice continua a prevedere la possibilità di stipulare dei piani attestati di risanamento che portino al rientro dell'esposizione ed assicurino il riequilibrio della situazione finanziaria. Per la prima volta questa procedura stragiudiziale trova una sua specifica disciplina all'interno del diritto concorsuale, che gli dedica un intero articolo (art. 56 del CCII).

Novità per gli accordi di ristrutturazione, ora estesi anche a creditori diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee (accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, art. 61 CCII). Viene, inoltre, ridotto al 30 per cento il limite previsto dall'art. 182-bis l. fall. per l'omologazione giudiziale, per il debitore che non ricorre alla moratoria del pagamento dei creditori, ovvero che soddisfi integralmente e tempestivamente i creditori estranei alla procedura⁸⁷, e che rinunci alle misure

⁸⁶L'imprenditore è qui inteso come capo dell'impresa in senso gerarchico. Ovviamente, nelle realtà strutturate ove la gestione spetta all'organo amministrativo sarà compito di quest'ultimo sopperire all'obbligo, inoltre compito dell'amministratore delegato è quello di rispondere dinanzi ai creditori sociali ed ai soci dell'eventuale inadeguatezza degli assetti istituiti.

⁸⁷Per gli accordi di ristrutturazione “standard” è previsto dall'art. 57, comma 3, CCII, che devono *“assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti*

protettive sul suo patrimonio, come la sospensione delle eventuali azioni cautelari ed esecutive (accordi di ristrutturazione agevolati).

In tema di concordato preventivo, il Codice distingue in maniera più netta il concordato liquidatorio, dove il soddisfacimento dei creditori avviene attraverso la liquidazione del patrimonio, da quello in continuità aziendale diretta o indiretta, che favorisce il soddisfacimento dei creditori attraverso proventi derivanti dalla prosecuzione dell'attività. Il maggior *focus* sulla disciplina del concordato in continuità evidenzia il *favor* da parte del legislatore nei riguardi di questo istituto che mira alla prosecuzione dell'attività aziendale. Questo favoritismo è riscontrabile anche nel voluto peggioramento del concordato senza continuità che ora prevede che per la sua applicazione debbano essere offerti apporti esterni in grado di assicurare una migliore soddisfazione, concreta ed effettiva, rispetto al fallimento ferma restando la percentuale di soddisfacimento del 20 per cento.

Tutte le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza, proposte dai soggetti legittimati, quali il debitore, i creditori o il pubblico ministero, sono trattate in via d'urgenza e riunite in un unico procedimento in modo tale che, dopo una prima fase comune, lo stesso potrà sfociare in una procedura conservativa o liquidatoria⁸⁸. Introducendo il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il legislatore ha tentato di risolvere il problema della pluralità di domande in una situazione di crisi dando espresso compito al Tribunale competente territorialmente di trattare in via prioritaria quelle dirette a soluzioni negoziali e solo se quest'ultime non hanno esito positivo dichiarare l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale (art 7 CCII). Si vogliono, inoltre, semplificare le regole processuali "riducendo le incertezze, anche di natura giurisprudenziale", che tendono a minare la celerità delle procedure concorsuali⁸⁹.

Viene semplificato l'istituto dell'esdebitazione, "per le insolvenze di minore portata", ove non è prevista la pronuncia da parte del giudice attraverso un apposito provvedimento,

non ancora scaduti alla data di omologazione". Ricordiamo che, nella loro forma standard, gli accordi di ristrutturazione devono essere conclusi con tanti creditori che rappresentino almeno il 60 per cento dei crediti.

⁸⁸SALERNO M. (2021), *La riforma della crisi d'impresa*, Key Editore, pg. 116

⁸⁹Vedi il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, 2018, pg.5

ma diviene immediata conseguenza alle procedure di liquidazione giudiziale, “fatta salva la possibilità di un’eventuale opposizione da parte dei creditori”⁹⁰.

Ultima novità vede affrontare per la prima volta la crisi del gruppo societaria con disposizioni volta a consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell’insolvenza delle plurime imprese del gruppo⁹¹.

⁹⁰Vedi il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, 2018, pg.3

⁹¹SALERNO M., *cit.*, pg.33

CAPITOLO II - I REATI DI BANCAROTTA ALL'INTERNO DEL "NUOVO" CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Come abbiamo potuto notare precedentemente, i reati di bancarotta sono tra i più antichi all'interno dell'ordinamento italiano in quanto risalgono alla tradizionale rottura del banco dei mercanti insolventi nella piazza pubblica delle Signorie e dei Comuni.

L'insolvenza, anche all'epoca, era penalmente rilevante: il solo fatto che un soggetto fosse fallito implicava l'aver agito in maniera fraudolenta e che fosse meritevole di una sanzione. In realtà le situazioni di insolvenza sono ad oggi all'ordine del giorno e spesso connaturate allo stesso esercizio dell'attività d'impresa, determinandosi attraverso un fatto che di per sé non comporta un rimprovero penale.

Alla luce di questo ed a causa del fatto che negli anni il termine fallimento ha acquisito una connotazione stigmatizzante⁹², il legislatore è stato portato ad un *restyling* della normativa sostituendo la parola "fallimento" con il termine "liquidazione giudiziale". Motivo principale di questo cambiamento risiedeva nel voler meglio sottolineare come il solo essere riversato in insolvenza non implichi l'aver agito in maniera fraudolenta. Il presidio sanzionatorio penale, infatti, non scatta con il fallimento in sé, ma nei comportamenti via via descritti dalle norme che individuano quale sia il nucleo di illiceità tenuta dall'imprenditore.

Si vuole ora proporre una breve disamina sulla disciplina dei reati di bancarotta così come presentati dalla novella. Le fattispecie penali, già presenti nell'*ex* Regio Decreto 267/1942, non vengono in realtà alterate in modo significativo, conservando le stesse caratteristiche nel tempo. Vedremo, nel corso della trattazione, come alcuni interventi presenti nella Novella si siano riversati nella disciplina penale-fallimentare e come, allo stesso tempo, le fattispecie siano state riportate "*in perfetta continuità normativa con le precedenti norme contenute nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267*"⁹³.

⁹²Si noti che i primi ad orientarsi verso questa nuova cultura volta a considerare il fallimento una sfortuna ("*unvoidable misfortunes*"), piuttosto che un atto di frode, fu l'Inghilterra già agli inizi del Settecento. L'introduzione nello scenario normativo inglese dello *Statute of Anne* (1705) permise proprio il concretizzarsi di questa nuova concezione, che raggiunse successivamente tutti gli altri Paesi anglosassoni. Il fallimento inizia a spogliarsi del suo disvalore: non si tratta di "colpa", ma di un possibile effetto collaterale dell'attività d'impresa.

⁹³Sent. Cass., 10 dicembre 2019, n. 4772

2.1 I delitti di bancarotta

Collocato ora nel Titolo IX “Disposizioni penali” (artt. 322 - 347) del nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, il reato di bancarotta si articola in diverse tipologie delittuose che non permettono di dare una sua tipizzazione. È noto, infatti, che il legislatore utilizza per la formulazione di questa norma incriminatrice la tecnica legislativa di tipo “casistico”, ove vengono predisposte varie ipotesi di legge.

Il Titolo in questione si suddivide, in ogni caso, in cinque capi:

- *Capo I Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale, ovverosia reati in cui vi è perfetta coincidenza tra l'autore dell'illecito e il soggetto dichiarato in liquidazione giudiziale;*
- *Capo II Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale, ove non vi è coincidenza tra autore dell'illecito e il soggetto dichiarato in liquidazione giudiziale, poiché sarà la società ad essere assoggettata alla procedura liquidativa, mentre a compiere l'illecito sarà una persona fisica titolare di un potere gestorio o di controllo;*
- *Capo III Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa;*
- *Capo IV Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi*
- *Capo V Disposizioni di procedura.*

Capo I e Capo II, di rilevanza per la trattazione, presentano norme del tutto simmetriche: si hanno, dunque, la bancarotta fraudolenta dell’imprenditore individuale (art. 322, ex art. 216 l. fall.) e la bancarotta fraudolenta dell’imprenditore collettivo (art. 329, ex art. 224 l. fall.); così come, gli artt. 323 e 330, rispettivamente, disciplinano la bancarotta semplice dell’imprenditore individuale e la bancarotta semplice dell’imprenditore collettivo.

Più nel dettaglio:

- La bancarotta dell’imprenditore individuale è definita “bancarotta propria” (semplice o fraudolenta), mentre quella dell’imprenditore collettivo è definita “bancarotta impropria” (semplice o fraudolenta). Fondamentale per la distinzione è in questo caso il soggetto attivo, ovverosia chi commette la condotta criminosa, se da una parte vi è l’imprenditore individuale, dall’altra compaiono

una serie di soggetti a cui la legge di frequente pone in posizioni di garanzia, nonché affida la funzione di gestione o di controllo della gestione all'interno di organizzazioni complesse. Merita una particolare menzione la bancarotta delle società di persone, più precisamente delle società ad accomandita semplice e delle società in nome collettivo, che accostandosi alla bancarotta dell'imprenditore individuale, punisce i soci illimitatamente responsabili delle stesse;

- L'elemento soggettivo del reato permette di distinguere la bancarotta "fraudolenta" da quella "semplice", laddove la prima è riconducibile a condotte volte a danneggiare le pretese dei creditori sociali, mentre la seconda può essere caratterizzata da mera colpa o comunque imprudenza⁹⁴;
- Si distingue poi la bancarotta "pre liquidazione giudiziale" dalla bancarotta "post liquidazione giudiziale" a seconda che la condotta delittuosa intervenga prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale o successivamente alla sentenza del Tribunale;
- Ulteriore distinzione si ha tra la bancarotta patrimoniale e quella documentale. Qui a mutare è l'oggetto del reato: da un lato la bancarotta cade sulla sostanza economica su cui potranno rifarsi i creditori, dall'altro la bancarotta riguarda le scritture contabili che andranno trasmesse al curatore fallimentare. Esiste, infine, la bancarotta preferenziale la quale consiste nel preferire taluni creditori ad altri.

⁹⁴Si noti che a tal riguardo si è espressa la Cassazione Penale con la Sentenza n. 27598 del 6 ottobre 2020 evidenziando che in tema di bancarotta semplice e fraudolenta documentale le stesse vengono distinte in base *"all'elemento soggettivo del reato che, ai fini dell'integrazione della bancarotta semplice può essere indifferentemente costituito dal dolo o dalla colpa, ravvisabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili, mentre per la bancarotta fraudolenta documentale l'elemento soggettivo del reato deve essere individuato esclusivamente nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione del patrimonio sociale"*.

2.2 Gli interessi tutelati

La *ratio* dei reati fallimentari è quella di rafforzare, attraverso la minaccia di una sanzione penale⁹⁵, quelli che sono gli interessi meritevoli di tutela all'interno di una procedura concorsuale. Le teorie a riguardo sono molteplici, tant'è che l'individuazione dell'oggetto di tutela del reato di bancarotta è in continua discussione.

Una prima corrente di pensiero riteneva che la bancarotta si qualificasse come reato contro l'economia pubblica, poggiando sul fatto che il fallimento di un'impresa sia in grado di generare un effetto domino negativo sull'intero sistema economico. Inoltre questo viene accentuato dalla stretta connessione tra impresa insolvente e gli istituti bancari, i quali concedendo crediti ad un'impresa dissestata compromettono un'intera rete di relazioni⁹⁶.

Secondo Nuvolone, invece, la bancarotta è un reato contro l'amministrazione della giustizia, poiché impedisce il corretto svolgimento di una procedura esecutiva concorsuale, avente come scopo la soddisfazione di tutti i creditori nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*⁹⁷.

La teoria più largamente apprezzata dagli Autori è, in realtà, quella per la quale la bancarotta si ascrive come reato contro il patrimonio. Alessandri, promotore di tale ipotesi, afferma come il bene giuridico tutelato sia per l'appunto l'interesse patrimoniale dei creditori, ove "ciò che conta è il concreto interesse dei creditori ad essere soddisfatti nella maggiore misura possibile" e come tale è necessario punire tutti quei comportamenti "che erodono la garanzia patrimoniale sulla quale i creditori contavano al momento di concedere il credito"⁹⁸.

Non sfugge l'idea di identificare, infine, il reato di bancarotta come plurioffensivo: ove accanto ai diritti dei creditori sociali, rileverebbero anche, ad esempio, le ipotesi di offesa all'economia pubblica, all'amministrazione della giustizia, etc.

⁹⁵La pena è la sanzione giuridica irrogata dall'Autorità giudiziaria a colui che viola un precetto della legge penale. L'irrogazione della pena può assolvere a diverse funzioni: a) rieducativa se è tesa alla rieducazione ed al reinserimento sociale del condannato e con ciò non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità; b) di prevenzione generale se segue il fine di distogliere i consociati dalla commissione di atti criminosi, sia attraverso la sua minaccia come conseguenza della violazione di un determinato precetto, sia tramite la sua applicazione.

⁹⁶MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 197

⁹⁷MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 197, cit. NUVOLONE P. (1955), *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè Editore, Milano.

⁹⁸ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 34

2.3 I Soggetti attivi

Il reato di bancarotta viene identificato come un reato proprio e come tale può essere commesso soltanto da soggetti che posseggono una determinata qualifica.

Alla luce di questo, punibile per i fatti di bancarotta fraudolenta e semplice è l'imprenditore individuale "se dichiarato in liquidazione giudiziale" (artt. 322 e 323 CCII), nonché i soci illimitatamente responsabili di società ad accomandita semplice o in nome collettivo dichiarate in liquidazione giudiziale (art. 328 CCII). Ricordiamo che, a poter accedere alla procedura concorsuale fallimentare è l'imprenditore commerciale, non piccolo - per la cui individuazione si rimanda alla necessaria compresenza di determinate soglie minime - e di tutti gli altri soggetti non sottoposti per legge a liquidazione giudiziale, ad esempio gli imprenditori agricoli e le *start-up* innovative⁹⁹, nonché lo Stato e gli altri enti territoriali¹⁰⁰.

Il discorso si complica con la disciplina dei reati di bancarotta "impropria" (o societaria), in quanto la punibilità si estende agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale (artt. 329 e 330 CCII).

Pur trattandosi di un reato proprio, il reato di bancarotta non si sottrae alle regole generali del concorso di persone (artt. 110 ss. c.p.), che può avvenire tanto tra soggetti

⁹⁹Impresa minore e impresa agricola sono a loro volta assoggettate a liquidazione controllata del sovraindebitamento.

¹⁰⁰Come già predisposto dalla Legge Fallimentare non è possibile per lo Stato e gli enti pubblici essere assoggettati al fallimento e al concordato preventivo in ragione della loro natura pubblica e delle finalità che perseguono e che non consentono di poter fare affidamento, nella regolazione di uno stato di crisi o insolvenza, sul potere giudiziario. Inoltre, in ottica di fallimento si assiste ad un "freezarsi" dell'attività, il che non si sposa con la necessità per gli enti pubblici di garantire sempre una certa continuità tale da non ledere alcun interesse della collettività. Non solo, a permettergli la non fallibilità è anche il loro svolgimento di attività nell'ambito territoriale di riferimento in piena assenza di concorrenza (sul tema PANACCIULLI F. (2021), "Società a partecipazioni pubblica: possono fallire?", in www.iusitineri.it). Sulla base di quanto appena enunciato, sorge spontaneo chiedersi perché, al contrario, le imprese sociali possono essere sottoposte a liquidazione coatta amministrativa (art. 14, d. lgs. 112/2017), così come le società cooperative possono essere assoggettate alla disciplina del fallimento. Si noti che tali enti del Terzo settore, nonostante perseguano fini altruistici e abbiano lo scopo di soddisfare bisogni della collettività, esercitano attività commerciale, anche in forma d'impresa (impresa sociale), tale da non permettere la loro esclusione dal diritto concorsuale e di far sorgere una forte esigenza di tutela dei soggetti coinvolti. Sulle società cooperative la Corte di Cassazione ha, infatti, definito che "*Una cooperativa a scopo mutualistico che, in concreto e sistematicamente, svolge attività commerciale - la quale, per natura e complessità, è incompatibile, nello specifico, con la finalità mutualistica, non essendo a questa strumentale o circoscritta a singole condotte gestionali - è soggetta a fallimento*" (Sent. Cass., 29 maggio 2017, n. 9567).

che sono tutti qualificati (c.d. intranei), tanto tra soggetti qualificati e non. I concorrenti non qualificati, c.d. “esterni”, sono coloro che, nonostante siano privi di qualifica, collaborano materialmente o moralmente nella messa in atto della condotta criminosa.

Rientrano nella categoria dei soggetti “esterni” il dipendente, l’impiegato, il collaboratore e l’istitutore, nonché il professionista, sia esso commerciale ovvero legale, che esegue attività di consulenza e assiste l’imprenditore nello svolgimento dell’attività economica¹⁰¹. Quanto a quest’ultimo di recente si è affermato che risponderà sia quando avrà contribuito materialmente, che per mero consiglio o suggerimento sui mezzi giuridici idonei per la realizzazione della condotta, sia quando assiste l’imprenditore nella conclusione di negozi giuridici idonei “*a sottrarre i beni ai creditori*”, ovvero ancora quando “*svolga un’attività diretta a garantire l’impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l’altrui progetto delittuoso*”¹⁰².

Inoltre, di particolare menzione è il concorso tra l’amministratore e l’organo di controllo che può realizzarsi attraverso un comportamento commesso (materiale o morale), ma anche omissivo, in virtù della loro posizione di garanzia qualora abbiano mancato di vigilare sull’operato degli amministratori, impedendo la verifica dell’evento costitutivo del reato (ex art. 40, cpv., c.p.)¹⁰³. Anche gli amministratori privi di delega rispondono penalmente per non essersi attivati contro la condotta illecita dell’amministratore delegato, pur essendone a conoscenza.

A lungo si è discusso se nel novero dei soggetti attivi del reato sia possibile farvi rientrare anche l’amministratore di fatto, in quanto sicuramente concorrente. L’amministratore di fatto è quel soggetto che, pur non essendo investito formalmente della carica di amministratore della società, gestisce l’impresa in modo continuativo ed esercita tutti quei poteri in capo all’amministratore di diritto. È possibile estendere la punibilità anche a questi soggetti rimandando alla disciplina societaria che, ritenuta valida anche in tema di reati fallimentari, prevede proprio l’estensione della punibilità ai soggetti che, pur non avendo l’investitura formale, esercitano i poteri connessi ad una determinata qualifica in modo continuativo (non occasionale) e significativo (art. 2639 c.c.). Alla luce di ciò è punibile per i fatti di bancarotta anche l’amministratore occulto,

¹⁰¹MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 200

¹⁰²Sent. Cass., 17 febbraio 2021, n. 6124

¹⁰³La responsabilità penale dei sindaci e degli amministratori verrà tratta più specificamente all’interno del Capitolo 3, più precisamente ai paragrafi 3.5.1 e 3.5.2

ovverosia colui che dirige la società nell'ombra di amministratori regolarmente nominati, con l'intento di non esporsi a terzi.

2.4 Il ruolo della sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale e l'insindacabilità da parte del giudice penale

I reati fallimentari hanno tutti il presupposto comune di basarsi su una formale dichiarazione di apertura di una procedura concorsuale che per i reati di bancarotta si concretizza nella sentenza dichiarativa di fallimento, *rectius* sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale.

Si è parlato impropriamente di “presupposto” in quanto in dottrina si è a lungo dibattuto sull'inquadramento della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità o come elemento costitutivo di un reato. In realtà, il dibattito interessa le sole ipotesi di reati di bancarotta prefallimentare in quanto è pacifico il ruolo del fallimento come evento del reato in quella postfallimentare¹⁰⁴.

Fino al 22 marzo 2017, data in cui le Sezioni Unite si sono espresse sul tema, non c'è mai stata un'unanimità di vedute circa il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento. Secondo quanto previsto dalla Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione con la sentenza n. 13910, “*la dichiarazione di fallimento costituisce, rispetto al reato di bancarotta prefallimentare, condizione obiettiva di punibilità (estrinseca¹⁰⁵), ai sensi dell'art. 44 c.p.*” contrastando il versante giurisprudenziale degli anni passati. La sentenza delle Sezioni Unite n. 2 del 25 gennaio 1958, infatti, collocava la sentenza

¹⁰⁴AMATI E., MAZZACUVA N., *cit.*, pg. 201, *cit.* PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Zanichelli, Bologna, 1995

¹⁰⁵Vi è una disputa interna alla dottrina per cui taluni inquadrano la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità intrinseca mentre altri la qualificano come condizione obiettiva di punibilità estrinseca. Si qualifica come condizione oggettiva di punibilità *estrinseca* la condizione che è atta solo a restringere l'area del penalmente rilevante (così facendo le condotte di bancarotta patrimoniale, documentale e preferenziale divengono punibili solo dopo la pronuncia di fallimento). Il disvalore del fatto tipico esiste al di fuori del verificarsi della condizione. Si qualifica come condizione oggettiva di punibilità *intrinseca* quella condizione che, pur non essendo elemento costitutivo dell'illecito, prevede un evento (consistente la condizione) che condivide lo stesso nucleo di disvalore veicolato dal fatto tipico. Tale posizione è in contrasto con la disciplina costituzionale, in quanto sembra veicolare un'ipotesi di responsabilità oggettiva (in contrasto con il principio di personalità ex art. 27 co.3).

dichiarativa tra gli elementi costitutivi della fattispecie del reato e fino ai tempi più recenti non vi sono state pronunce diverse.

Alla base di questo discutere della dottrina giurisprudenziale vi è una clausola rinvenibile agli artt. 216 e 217 del Regio Decreto del '42, che qualificava come soggetto punibile per fatti di bancarotta fraudolenta e semplice l'imprenditore individuale "*se dichiarato fallito*".

Per lungo tempo la dottrina minoritaria ha ritenuto che si potesse far leva sul criterio formale che dichiarava di trovarsi davanti ad un'ipotesi di condizione obiettiva di punibilità tutte le volte in cui il legislatore adoperava delle forme particolari quali "*se dal fatto deriva che*", "*se previsto che*", etc. Tale criterio risultò inidoneo e fallace perché non sempre adattabile a tutte le ipotesi giurisprudenziali, portando il solo affidarsi sulla nomenclatura delle norme a poter trarre in inganno l'interprete. Si è per altro messo in risalto che l'utilizzo di questo criterio formale sia quasi inutile, in quanto giri intorno al problema senza far emergere, dal punto di vista sostanziale, la differenza tra condizione obiettiva ed elementi costitutivi.

In realtà per una più puntuale ricostruzione, dal '42 la giurisprudenza tendeva ad identificare la sentenza dichiarativa di fallimento come una condizione obiettiva di punibilità, a fronte di una dottrina "che propendeva più verso la stessa come elemento costitutiva del reato"¹⁰⁶.

Definire la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità significa qualificarla come un evento estraneo alla condotta illecita, non necessariamente voluto dall'agente, ma ad essa successivo o concomitante¹⁰⁷.

Al contrario, abbracciare l'orientamento proposto dalle Sezioni Unite del 1958 significa ammettere che vi è un nesso causale fra la condotta e il dissesto e che le condotte previste dalle norme incriminatrici non esprimerebbero, in assenza della sentenza, un disvalore a prescindere, ma sarebbero espressione della libertà di iniziativa economica

¹⁰⁶RECCIA E. (2020), "La dichiarazione di fallimento è sì un elemento costitutivo del reato, ma anche una condizione obiettiva di punibilità", in *Archivio Penale*, n. 2

¹⁰⁷Il codice penale non dà una definizione di condizione obiettiva di punibilità, ma è possibile ricavarla dall'art. 44 c.p. "*Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto*".

privata (art. 41 Costituzione)¹⁰⁸. Sulla base di ciò le stesse condotte diventeranno illecite solo nel momento in cui si apre la procedura concorsuale fallimentare.

Pochi anni dopo dalla pronuncia delle Sezioni Unite del '98, un orientamento successivamente "affluente" ha affermato che la dichiarazione di fallimento, pur rappresentando un elemento costitutivo del reato di bancarotta, non ne identifica l'evento e non è collegata da un nesso psicologico al soggetto agente¹⁰⁹. Si arrivò così un terzo orientamento, seppur minoritario in dottrina, che guarda la sentenza dichiarativa di fallimento come un elemento costitutivo "improprio" del reato.

Tale orientamento risultò poco adeguato alla filosofia che si dispiegava nel nuovo millennio¹¹⁰, tant'è che nel 2012, con la c.d. sentenza Corvetta (n. 47502/2012) si sanciva nuovamente la dichiarazione di fallimento come evento del reato di bancarotta da sottoporre in un rapporto di causalità oggettiva e soggettiva con la condotta criminosa¹¹¹. Questa pronuncia è per così dire rimasta "sola", criticata dalla dottrina e non seguita dalla giurisprudenza successiva, sebbene sia stata apprezzata la sua coerenza intrinseca, ma non le conclusioni cui perviene. La sentenza dichiarativa di fallimento torna per qualche tempo ad essere condizione di esistenza del reato.

Il cambio di rotta vero e proprio avvenne con la sentenza delle Sezioni Unite n. 22474/2016 del 31 marzo 2016 (c.d. Sentenza Passarelli) quando a farsi spazio è la posizione che qualificava la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità "estrinseca". Seppur non in modo esplicito, si affermò, con riferimento alla condotta di distrazione prefallimentare, che "non è necessario alcun nesso (causale o psicologico) tra il comportamento dell'agente e lo stato di insolvenza; che la condotta criminosa trova un suo perfezionamento con il compimento di uno dei fatti di bancarotta previsti dalla legge; ed infine, che la punibilità del fatto è subordinata alla dichiarazione di fallimento, evento successivo ed estraneo alla condotta"¹¹².

Tale principio venne espresso e consolidato successivamente con la già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 13910 del 22 marzo 2017: il fallimento è visto come un *quid*

¹⁰⁸AMATI E., MAZZACUVA N., *cit.*, pg. 202

¹⁰⁹AMATI E., MAZZACUVA N., *cit.*, pg. 202

¹¹⁰CONSULICH F. (2020), "Il diritto fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio", in www.lalegislazionepenale.it, issn 2421-552X, pg. 15

¹¹¹Sent.Cass., 24 settembre 2012, n. 47502 (emessa in relazione al fallimento della u.s. Ravenna Calcio s.p.a)

¹¹²AMATI E., MAZZACUVA N., *cit.*, pg. 204

pluris, un elemento estraneo “ad un reato già completo di elemento soggettivo e oggettivo, successivo alla condotta criminosa”¹¹³. In sostanza, fino a che l’impresa è in grado di onorare le sue obbligazioni, queste norme non possono entrare in gioco, ma una volta dichiarato fallito, i fatti già perfettamente compiuti e rilevanti agli occhi del diritto penale sostanziale, divengono punibili.

L’aver affermato che la condotta può essere realizzata in qualsiasi momento anche anteriore al fallimento, quando l’impresa non sia in dissesto, ha portato la Corte di Cassazione a pronunciarsi nuovamente sulla sindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento. In particolare la Suprema Corte con la sentenza del 1° marzo 2017, n. 10033 ha ribadito ciò che le Sezioni Unite decisero con la sentenza del 28 febbraio 2008, n. 19601, ovverosia che il giudice penale, davanti ad un caso di bancarotta, non ha il potere di sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento né per quanto attiene lo stato di insolvenza dell’impresa né con riguardo “*i presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell’imprenditore*”. Le Sezioni Unite, sul tema, specificarono inoltre che “*in quanto atto della giurisdizione richiamato dalla fattispecie penale, la sentenza dichiarativa di fallimento è insindacabile in sede penale*” e “*vincola il giudice penale (purché esistente e non revocata) come elemento della fattispecie criminosa, e non quale decisione di una questione pregiudiziale implicata dalla fattispecie*”. Aggiungono nuovamente “*quando un atto giuridico è assunto quale dato della fattispecie penale (non importa se come elemento costitutivo del reato o come condizione di punibilità), esso è sindacabile dal giudice penale nei soli limiti e con gli specifici mezzi previsti dalla legge*”. Il giudice penale, quindi, trovandosi di fronte ad un provvedimento giudiziale si deve limitare “*a verificare l’esistenza dell’atto e la sua validità formale*”.

Con tale nuova pronuncia, la Suprema Corte ha tenuto a precisare come la sentenza di fallimento non è sindacabile davanti al giudice penale neppure per eventuali errori commessi nel procedimento che porta alla sua emanazione, in quanto gli stessi devono essere fatti valere dinanzi alla Corte d’Appello (“*il giudice penale non è abilitato a compiere alcuna valutazione, neppure incidentale, sulla legittimità di essa, perché le sentenze, a prescindere dalla loro definitività, hanno un valore erga omnes che può essere messo in discussione solo in via principale, con i rimedi previsti dall’ordinamento per gli*

¹¹³AMATI E., MAZZACUVA N., *cit.*, pg. 205; CONSULICH F., *cit.*, pg. 16

errori giudiziari (e cioè con i mezzi ordinari o straordinari di impugnazione previsti dalla disciplina processuale)”) ¹¹⁴.

2.5 La bancarotta fraudolenta

Lasciandoci alle spalle quelli che sono gli aspetti generali dei reati di bancarotta passiamo ad una veloce, ma esaustiva rassegna delle fattispecie incriminanti così come previste nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tale esame risulta necessario in previsione del prossimo capitolo, che si occuperà di analizzare i cambiamenti diretti al versante penale-fallimentare e gli effetti penali indiretti che la Novella ha portato alla disciplina dei delitti di bancarotta.

Focalizzandoci sulla disamina della bancarotta fraudolenta propria (art. 322 CCII), quest'ultima racchiude in sé, come abbiamo già potuto notare, una serie di condotte che l'imprenditore individuale mette in atto con lo scopo di raggirare, frodare e recare danno ai creditori.

L'art. 322 CCII (*ex art. 216 l. fall.*), rubricato "*Bancarotta fraudolenta*", prevede tre distinte ipotesi a seconda dell'oggetto materiale del reato:

- La bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 322, comma 1, lettera a));
- La bancarotta fraudolenta documentale (art. 322, comma 1, lettera b));
- La bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 322, comma 3).

2.5.1 Bancarotta fraudolenta patrimoniale

Partendo dall'analisi della prima fattispecie è prevista la reclusione dai tre ai dieci anni per l'imprenditore individuale che dichiarato in liquidazione giudiziale commette una delle condotte elencate dall'art. 322, comma 1, lettera a), vale a dire "*ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti*". In realtà, l'imprenditore potrebbe anche trovarsi ad ingoiare una pillola più amara a causa della

¹¹⁴Sent. Cass., 1° marzo 2017, n. 10033

previsione di cui al comma 4 dello stesso articolo, valida per tutte le diverse ipotesi di bancarotta fraudolenta propria. Con tale menzione, si dà la possibilità di applicare una pena accessoria che prevede *“l’inabilitazione all’esercizio dell’attività d’impresa e l’incapacità a ricoprire uffici di direzione in ambito imprenditoriale”* per una durata *“fino a dieci anni”*¹¹⁵.

In generale la bancarotta fraudolenta prevede una serie di comportamenti capaci di incidere sul patrimonio del debitore, depauperandolo e sottraendolo al normale soddisfacimento dei creditori. Alla luce di questo il patrimonio, inteso come l’insieme dei beni in capo all’imprenditore soggetto in liquidazione giudiziale, risulta essere l’oggetto materiale del reato. Più nello specifico la dottrina identifica il patrimonio come *“l’insieme di tutti i beni su cui l’imprenditore vanta un diritto reale di qualsiasi specie, dei diritti sui beni immateriali e dei crediti di qualsiasi natura”*¹¹⁶, vale a dire come il complesso dei rapporti giuridici di rilevanza economica in capo allo stesso.

Nel sottolineare che le condotte possono essere commesse sia prima che dopo il sopraggiungere della dichiarazione di liquidazione giudiziale in qualità di reato di bancarotta post liquidazione giudiziale (art. 322 CCII, comma 2), proseguiamo con l’analisi delle sei condotte previste nella fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Per una più facile trattazione è possibile dividere in due parti l’articolo in questione facendo rientrare, in una prima parte, una serie di comportamenti che incidono in modo materiale (distruzione, dissipazione) o fittizio (distrazione, occultamento, dissimulazione) sulle componenti attive del patrimonio; mentre, in una seconda parte, è possibile trovare una serie di condotte che mirano a “gonfiare” il passivo, ovvero sia vedono l’imprenditore esporre o riconoscere passività inesistenti¹¹⁷.

La principale e più frequente condotta è quella che rimanda all’ipotesi della *distrazione*, definita dalla giurisprudenza e da parte della dottrina come l’insieme di tutti quei

¹¹⁵Per un approfondimento su questo tema si rimanda al Capitolo 3.9 “Le pene principali e accessorie”.

¹¹⁶CASAROLI G. (1991), “Qualche riflessione sull’oggetto materiale del delitto di bancarotta”, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, pg. 403

¹¹⁷MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 207

comportamenti che provocano una fuoriuscita dei beni dal patrimonio del soggetto sottoposto a liquidazione giudiziale senza una corrispondente entrata, ovvero riguarda tutti quegli atti di destinazione delle risorse aziendali a finalità estranee rispetto a quelle tipiche dell'attività d'impresa¹¹⁸. È necessario specificare che la definizione di distrazione è data in modo residuale rispetto alle altre condotte e per questo risulta molto ampia; non è, infatti, facile elencare tutti i casi in cui è possibile rimandare a tale condotta essendo essa a forma libera e con ciò realizzabile sia attraverso un comportamento omissivo che commissivo¹¹⁹. Inoltre, la condotta distrattiva può essere compiuta tanto utilizzando “strumenti giuridici che con operazioni materiali”¹²⁰.

La Suprema Corte ha di recente affermato che nella nozione di distrazione rientrano anche “quelle condotte che, pur non determinando una fuoriuscita fisica o giuridica di risorse, determinano un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene o comunque idonee a riflettere sul patrimonio nella sua globalità”¹²¹; si veda ad esempio, sul tema, come costituiscono condotte idonee ad integrare un fatto distrattivo l'affitto dei beni aziendali per un canone incongruo o la prestazione di fidejussioni¹²².

Possono, in ogni caso, essere oggetto di distrazione “*non solo i beni in proprietà del fallito, ma anche tutte le componenti attive del suo patrimonio, ivi inclusi i diritti reali e personali di godimento*”¹²³, anche di provenienza illecita, nonché tutti i diritti soggetti a valutazione economica. Non può essere considerato oggetto di distrazione “*l'avviamento commerciale dell'azienda*”¹²⁴, ove questo venga identificato con fattori aziendali inidonei a

¹¹⁸ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 40

¹¹⁹MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 210

¹²⁰MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 210

¹²¹MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 210, cit. Sent. Cass., 20 giugno 2017, n. 35591; da ultimo, Sent. Cass., 24 luglio 2020, n. 22486

¹²²MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 210

¹²³Sent. Cass., 30 maggio 2019, n. 38434

¹²⁴L'avviamento si configura come il maggior valore (*goodwill*) di un'impresa derivante tanto dall'utilizzo di fattori oggettivi (avviamento oggettivo), quanto da fattori soggettivi (avviamento soggettivo). Essendo basato anche su aspetti che non permettono di calcolare oggettivamente il loro valore, la determinazione dell'avviamento risulta poco facile e poco intuitiva. Bisogna tenere a mente, infatti, che parte di questo maggior valore deriva dalle competenze manageriali in capo all'imprenditore e che come tali non permettono una valutazione che non preveda stime o congetture. Inoltre, è necessario sottolineare che non è possibile scindere la valutazione dell'avviamento da quella dell'azienda essendo ad essa indivisibile. Sul tema esistono numerosi metodi di calcolo del valore aziendale e sarà compito del perito definire quello più adatto all'impresa in questione: vi sono metodi che si basano sul patrimonio netto, sul reddito o su entrambi, come è possibile scegliere anche tra i metodi c.d. finanziari o quelli “dei multipli”.

rappresentare una posta di bilancio"¹²⁵. Si è però affermato che possa fa scattare il reato di bancarotta per distrazione l'avviamento aziendale "*senza adeguata contropartita*"¹²⁶.

Le altre condotte risultano di più facile intuizione. La seconda ipotesi da considerare è quella dell'*occultamento*, vale a dire del nascondimento materiale dei beni del patrimonio, in un luogo conosciuto o meno, tale da impedire il loro reperimento da parte degli organi della procedura di liquidazione giudiziale. Quest'ultima condotta si differenzia dalla *dissimulazione* cui nascondimento avviene solo in modo apparente attraverso l'utilizzo di artifici di tipo giuridico, ovverosia per mezzo di una pattuizione negoziale meramente formale mediante il quale il bene viene sottratto alla garanzia del creditore, pur rimanendo in realtà nella disponibilità fattuale dell'imprenditore.

La condotta di *distruzione* si concretizza nella smaterializzazione di un bene, nonché nel suo materiale annientamento, tanto da provocare l'annullamento del valore economico del bene¹²⁷. Diversa ancora è la *dissipazione* che, dovendosi confrontare con la condotta di cui all'art. 323 CCII, comma 1, lettera a), relativa alla bancarotta semplice, che punisce chi "*ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica*", indica lo sperpero irrazionale di beni per scopi voluttuari estranei all'impresa¹²⁸.

L'imprenditore può pregiudicare i creditori anche aumentando fittiziamente il passivo. "*Esporre o riconoscere passività inesistenti*" significa, infatti, decrementare volutamente il

Nonostante l'ampio ventaglio, la scelta del metodo è molto delicata e deve al meglio valorizzare la singola tipologia d'impresa. Si deve tenere a mente, infatti, che il metodo patrimoniale, nonostante sia in grado di restituire una valutazione oggettiva basata su dati certi, dà un'immagine dell'impresa statica; o ancora, che esistono difficoltà connesse anche al metodo reddituale rinvenibili nel calcolo del rischio di mercato per le imprese non quotate. Altro aspetto importante dell'avviamento è la sua iscrizione tra le poste attive patrimoniali, infatti, "*può essere iscritto con il consenso, ove esistente, del collegio sindacale, se acquisito a titolo oneroso (frutto delle c.d. operazioni straordinarie), nei limiti del costo per esso sostenuto e deve essere ammortizzato entro un periodo di cinque anni*" (art. 2426 c.c.). In estrema sintesi, quindi, l'avviamento che compare tra le poste in bilancio risulta essere la differenza tra il prezzo di acquisto di un'azienda o ramo d'azienda e il patrimonio netto, inteso come differenza tra attivo e passivo. È ascrivibile solo il valore residuo, poiché in primis è necessario destinare la differenza positiva ad un maggior valore di immobili, se ad esso riconducibile, o a plusvalenze latenti.

¹²⁵MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 213; Sent. Cass., 4 aprile 2017, n. 3167

¹²⁶MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 213; Sent. Cass., 11 dicembre 2012, n. 3817; da ultimo, Sent. Cass. 27 giugno 2019, n. 28186

¹²⁷ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 37

¹²⁸MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 217

patrimonio che funge da garanzia ai creditori, “gonfiando” le voci del passivo che lo compongono attraverso la creazione di “nuovi creditori fittizi, siano essi di pura fantasia o esistenti ma che non hanno mai eseguito la prestazione (es. inserimento di fatture inesistenti)”¹²⁹.

Distruzione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione sono considerati, nonostante esistano in dottrina alcuni dibattiti sul tema, reati che richiedono come elemento soggettivo il dolo generico. Tali condotte, per essere punibili, non richiedono la conoscenza dello stato di insolvenza dell’impresa, né che vi sia lo scopo ultimo di recare pregiudizio ai creditori, ma la volontà di mettere in atto tali comportamenti delittuosi e l’accettazione delle conseguenze derivanti. Lo stesso non è possibile affermarlo con riguardo le ultime due tipologie di bancarotta patrimoniale, “*esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti*”, caratterizzate dal dolo specifico di danneggiare gli interessi dei creditori (*quid pluris*)¹³⁰.

Si vuole sottolineare che le fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale hanno natura di reato di pericolo concreto, ciò significa che per il loro perfezionamento non è previsto alcun nesso casuale tra i fatti di bancarotta e il fallimento successivo. Le condotte criminose, infatti, possono anche essere commesse quando l’impresa si trovi in condizioni ottime, ma è comunque necessario che il depauperamento dell’impresa esponga il patrimonio della società ad un serio pericolo in relazione agli interessi dei creditori¹³¹.

¹²⁹ALESSANDRI A., *cit.*, pg.39; Sent. Cass., 3 dicembre 2013, n. 12427

¹³⁰Sul tema del dolo è possibile aprire un piccolo spunto di riflessione sul concorso di reati in ambito di reati finanziari e tributari. La Corte di Cassazione ha, ad esempio, sentenziato che è possibile per il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione concorrere con il reato tributario di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d. lgs. 74/2000), in virtù delle loro marcate differenze non solo strutturali, ma anche riferitosi proprio all’elemento soggettivo. Se il primo è un reato di danno ed è stato istituito per tutelare gli interessi dei creditori, il secondo si presenta come un reato di pericolo posto a presidio dell’effettivo soddisfacimento della pretesa erariale e del corretto funzionamento della procedura di esecuzione (Sent. Cass., 27 gennaio 2016, n. 3539). Facendo sempre affidamento al fatto che taluni reati perseguono differenti fini, presentano elementi materiali diversi, differiscono strutture e proteggono beni giuridici diversi, è stato di recente ammesso che possono concorrere formalmente anche i delitti di bancarotta fraudolenta documentale e il reato fiscale di cui all’art. 10 del d. lgs. 74/2000, ovvero sia il reato di occultamento e distruzione delle scritture contabili (Sent. Cass., 24 luglio 2020, n. 22486). Su quest’ultimo la Cassazione ha, inoltre, sottolineato come non vi sia alcun problema con riguardo il principio del *ne bis in idem* non essendovi, come specificato, punti di vicinanza tra le due fattispecie.

¹³¹Sent. Cass., 1° agosto 2017, n. 38396

2.5.2 Bancarotta fraudolenta documentale

Al comma 2, lett. b) del medesimo art. 322 CCII troviamo la c.d. fattispecie della bancarotta fraudolenta documentale. Stessa punizione è prevista per l'imprenditore individuale che *"ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li abbia tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari"*. Stessa pena si applica anche quando la condotta è stata commessa durante la procedura di liquidazione giudiziale (bancarotta post liquidazione giudiziale), ma solo per quanto riguarda la sottrazione, la distruzione e la falsificazione dei libri e le scritture; non viene, quindi, contemplata dall'art. 322, co. 2, la cattiva tenuta dei documenti contabili perché, una volta aperta la procedura, il soggetto sottoposto a liquidazione non ne avrà più immediata disponibilità dei documenti contabili¹³².

Oggetto del reato non sono più i beni dell'impresa, ma i libri e le scritture contabili previste (art. 2214 c.c.) o meno dalla legge e che siano comunque funzionali alla ricostruzione del patrimonio o del movimento d'affari. Non bisogna, quindi, considerare i soli libro giornale o libro degli inventari, ma anche tutte quelle scritture poste in ausilio alle scritture obbligatorie, la contabilità prevista ai soli fini fiscali e la contabilità in nero, nonché i supporti informatici o magnetici utilizzati per la gestione contabile¹³³.

Sulla base di questo è intuitivo affermare che il legislatore, con tale disposizione, ha voluto tutelare la regolarità delle scritture contabili poste a garanzia dei creditori, i quali devono sempre avere esatta conoscenza di quello che è il patrimonio del soggetto caduto in insolvenza. Le scritture contabili sono il punto di partenza per l'attività del curatore ed una loro qualsiasi alterazione impossibilita lo stesso a svolgere in modo efficace il proprio ruolo a tutela dell'interesse del credito.

Configurandosi come condotte poste a creare l'indisponibilità materiale delle scritture contabili, *"sottrazione, falsificazione e distruzione"* compongono un primo gruppo di atti criminosi. Per *sottrazione* si intende il nascondimento delle scritture contabili, in modo

¹³²MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 226

¹³³MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 228-229

da non rendere possibile il loro rinvenimento agli organi della procedura. Differente è la *distruzione* che prevede la materiale eliminazione, in tutto o in parte, dei libri e delle scritture contabili o dei dati ad essi riferibili salvati “nella memoria del *computer* o del *server*”¹³⁴. Rientra all’interno del campo della distruzione anche l’omessa tenuta della contabilità¹³⁵.

La condotta di *falsificazione* prevede l’alterazione delle scritture contabili, con duplice modalità: confezionando scritture false dall’inizio (falsità ideologica) oppure alterando e/o manomettendo successivamente le scritture contabili originariamente veritiere (falsità materiale). Ovviamente, la condotta della falsificazione presume che gli organi dalla procedura siano riusciti a rinvenire i documenti contabili, anche se non riportano la verità.

Ultima condotta menzionata dall’articolo, posta come clausola di chiusura, è la *cattiva tenuta* dei libri e delle scritture contabili tale da impedire la ricostruzione del patrimonio della società o del movimento di affari. Non indica una semplice sbadataggine, ma una voluta e patologica caoticità.

Le prime tre condotte devono essere sorrette da un dolo specifico ottenere un profitto per sé o per altri o recare pregiudizio ai creditori; per l’ultima condotta relativa alla tenuta contabile è sufficiente il dolo generico, ovverosia la sola conoscenza e volontà che una scorretta tenuta metta in difficoltà gli organi della procedura nella ricostruzione del patrimonio o dell’andamento degli affari.

2.5.3 *Bancarotta fraudolenta preferenziale*

Più lievemente sanzionata è la bancarotta fraudolenta preferenziale. Disciplinata dal terzo comma dell’art. 322, prevede “*la reclusione da uno a cinque anni l’imprenditore in liquidazione che, prima (c.d. pre liquidazione giudiziale) o durante (c.d. post liquidazione giudiziale) la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione*”. Si tratta di una fattispecie autonoma di reato e

¹³⁴ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 72

¹³⁵MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 231

ciò è possibile intravederlo dall'individuazione di una cornice edittale differente rispetto alla fattispecie incriminante base e soprattutto anche dall'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela. A differenza delle ipotesi precedenti, qui le prerogative creditorie vengono offese sotto il profilo del mancato rispetto dell'ordine di soddisfazione previsto *ex lege*. La bancarotta assume la denominazione di “*preferenziale*” proprio perché il delitto incide sull'ordine attraverso il quale i creditori vengono soddisfatti nel corso della procedura di ripartizione dell'attivo. Si vede violata quindi la c.d. *par condicio creditorum*, tale per cui tutti i creditori devono essere soddisfatti a parità di condizioni, salvo che il credito vantato non sia assistito da un titolo che lo renda privilegiato rispetto agli altri (es. ipoteca su un immobile, privilegio sui crediti da lavoro, privilegio sui crediti erariali).

Il legislatore punisce l'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale che alteri l'ordine di soddisfazione dei creditori:

- eseguendo pagamenti;
- simulando titoli di prelazione.

Con il termine “*pagamento*” si intende qualsiasi atto per cui viene estinta, anche in modo parziale, un'obbligazione nei confronti di un titolare di un credito reale¹³⁶. Non rileva solo il pagamento tramite denaro, ma è possibile anche che l'effettuazione avvenga per compensazione, ad esempio, oppure sottoforma di restituzione ai soci di conferimento, finanziamenti e versamenti “in conto capitale”, etc.¹³⁷.

L'esecuzione di pagamenti è, di per sé, una questione delicata dal punto di vista ontologico in quanto si tratta non solo di un atto lecito, ma anche di un atto dovuto nei confronti del creditore. Tale condotta, di per sé, risulta quindi neutra da punto di vista del disvalore, ma che, unita allo scopo del soggetto agente di favorire taluno dei crediti in danno degli altri, ricade sul versante penale alterando l'obiettivo della *par condicio creditorum*.

¹³⁶Si noti che se il credito non fosse esistente, ma simulato si ricadrebbe nella fattispecie più grave della bancarotta fraudolenta patrimoniale.

¹³⁷MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 239 ss.

La seconda condotta consiste nella *simulazione di titoli di prelazione*, vale a dire nella costituzione su un credito esistente¹³⁸ di un'apparente ipoteca, pegno o di qualsiasi altra causa di privilegio. In realtà, non bisogna pensare alla "simulazione" in senso civilistico, in quanto costituisce reato di bancarotta preferenziale anche la trasformazione di un credito chirografario in privilegiato quando per l'appunto l'impresa riversa in insolvenza e con tale agire si alteri la "*par condicio creditorum*"¹³⁹.

Nell'architettura originaria della legge fallimentare, il sistema era propenso a limitare le responsabilità penali al solo imprenditore dichiarato fallito lasciando le sorti del creditore favorito nelle mani del curatore. Quest'ultimo, infatti, con il potere di esperire l'azione revocatoria, è in grado di ottenere la restituzione di quanto ricevuto per poter reintegrare la somma nell'attivo fallimentare. Con il susseguirsi delle riforme la giurisprudenza ha ritenuto che non fosse condivisibile l'interpretazione per cui la responsabilità penale fosse riservata al solo debitore fallito tant'è che ad oggi il delitto di bancarotta preferenziale rientra nella categoria dei reati plurisoggettivi impropri: il creditore favorito può concorrere con il debitore nel reato di bancarotta a condizione che vi sia un contributo causale, materiale o morale, tale da poter rilevare giuridicamente (*ex art. 110 c.p.*).

Per ultimo, l'elemento soggettivo è da ricercare nel dolo specifico composito¹⁴⁰: la norma contiene tanto la volontà da parte del soggetto agente di favorire alcuni creditori (*c.d. animus favendi*), quanto la contemporanea accettazione di recare un pregiudizio agli altri creditori (*c.d. animus nocendi*). In ogni caso, essendo un reato a pericolo concreto¹⁴¹ non è necessario per la sua sussistenza che si verifichi l'evento "danno" per gli altri creditori, ma è sufficiente che si presenti la possibilità di ledere i creditori non favoriti.

¹³⁸Anche in questo caso se il credito fosse simulato si ricadrebbe nella fattispecie più grave della bancarotta fraudolenta distrattiva.

¹³⁹Sent. Cass., 2 marzo 2004, n. 16688

¹⁴⁰ALESSANDRI A., *cit.*, pg.88

¹⁴¹ALESSANDRI A., *cit.*, pg.88

2.6 La bancarotta semplice

Di origini risalenti nel tempo, la bancarotta semplice nasce per scindere i fatti commessi con l'intento di frode da quelli contraddistinti da negligenza, imprudenza ed imperizia. La norma attuale, infatti, si apre con una clausola sussidiarietà "*fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente*" che si propone di evidenziare una nuova serie di condotte penalmente punibili, anche se in misura residuali rispetto a quelle più gravi di bancarotta fraudolenta¹⁴².

Contenuta all'interno dell'art. 323 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è possibile suddividere anche la bancarotta semplice in:

- Bancarotta semplice patrimoniale (art. 323, co.1, CCII) posta sempre a tutela dell'integrità del patrimonio destinato a garanzia dei creditori e che distingue le prime quattro condotte, che prevedono la diminuzione del patrimonio, dall'ultima che consiste in un mancato adempimento degli obblighi assunti in sede di concordato preventivo o liquidatorio.
- Bancarotta semplice documentale (art. 323, co. 2, CCII) che tutela sempre la regolarità delle scritture previste dalla legge e la conseguente esatta conoscenza per i creditori del patrimonio del debitore.

2.6.1 Bancarotta semplice patrimoniale

La bancarotta semplice patrimoniale vuole punire con la reclusione da sei mesi a due anni, l'imprenditore, se dichiarato in liquidazione giudiziale, che abbia messo in atto una delle cinque condotte previste al comma 1, ovvero:

- a) "ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;*
- b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*
- c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale;*

¹⁴²MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 251

- d) *ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa;*
- e) *non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale”.*

Le condotte dell'art. 323 CCII possono essere suddivise in due gruppi: le prime quattro condotte hanno a che fare con una gestione scorretta dell'impresa, mentre la quinta condotta affonda le radici in una vicenda imprenditoriale precedente (anch'essa conclusosi in senso negativo con concordato preventivo o fallimentare, nell'ambito del quale l'imprenditore non ha poi soddisfatto le obbligazioni nascenti da quell'accordo).

Come prima ipotesi rilevano così le “*spese personali o per la famiglia considerate eccessive*” e come tali capaci da intaccare il patrimonio posto a soddisfacimento per i creditori. Per valutare la loro eccessività è necessario tenere conto delle condizioni economiche dell'imprenditore, cioè rilevano penalmente le spese compiute quando il patrimonio ha raggiunto “un limite minimo necessario per far fronte alla massa creditori”¹⁴³. In contrapposizione con la condotta fraudolenta di dissipazione prevista dall'art. 322 CCII, le spese personali o per la famiglia sono considerate incongrue rispetto alla condizione economica dell'imprenditore, ma sempre fatte con una certa razionalità.

Uscendo dalla sfera personale, sono, inoltre, punite le operazioni imprenditoriali definite di “*pura sorte o manifestamente imprudenti*”. Con la locuzione “*pura sorte*” si intendono una serie di operazioni il cui esito non è influenzabile dall'imprenditore, che ne sopporta l'incalcolabile rischio annesso. Non si tratta quindi di attività per cui l'imprenditore abbia predisposto una fondata analisi costi-benefici, ma di scelte affidate alla sorte. Si discute sull'inclusione dei giochi d'azzardo, delle lotterie e simili: la giurisprudenza maggioritaria li riconduce all'interno della condotta di dissipazione nell'ambito della bancarotta fraudolenta¹⁴⁴ ritenendo che a configurare ipotesi di bancarotta semplice siano le sole operazioni imprenditoriali ed i soli investimenti in attività d'impresa per cui l'imprenditore rischi il proprio patrimonio. Per *manifesta imprudenza* si intende

¹⁴³ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 97

¹⁴⁴MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 254

l'assunzione di un rischio non ragionevole in alcun modo, come l'appoggiare attività imprenditoriali in un momento particolarmente sfavorevole per il mercato.

Alla lettera c) si fa riferimento alle *operazioni di grave imprudenza*, le quali si distinguono dalle operazioni appena citate alla lettera b) per essere caratterizzate dal fine ultimo di *ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale*. Il legislatore, con tale fattispecie, si aspetta che il soggetto sappia individuare il momento in cui risulti necessario prendere atto che l'iniziativa economica è stata sfortunata. Quando l'insuccesso, considerato fisiologico e più che possibile, viene rilevato in tempo non è prevista alcuna sanzione per l'imprenditore che verrà semplicemente dichiarato in liquidazione giudiziale; ma, qualora il soggetto, conscio dello stato di insolvenza che incombe nell'attività di impresa, realizzi operazioni rischiose volte a ritardare l'apertura della procedura (ma che evidentemente non danno il risultato sperato), la condotta assume rilevanza penale.

L'aggravamento del dissesto può essere conseguenza sia di un ritardo o astensione nel chiedere l'apertura della procedura liquidatoria, nonché di condotte messe in atto con *grave colpa* (es. ricordo al credito usurario, assunzione di enormi impegni finanziari, ecc.). Rilevano penalmente tutti quei comportamenti manifestamente imprudenti che vengono tenuti dall'imprenditore consapevole del rischio verso cui va incontro e della propria situazione individuale. Si vuole quindi far riferimento all'avvio di nuove iniziative in piena insolvenza o al normale svolgimento dell'attività d'impresa senza preoccuparsi di un risanamento.

Anche qui vige la differenza tra comportamento lecito e illecito: rileva penalmente l'imprenditore che una volta compreso il dissesto continua nella gestione e lo aggrava con la propria condotta; condotta che non sarà più penalmente punibile quando l'imprenditore, pur continuando la gestione, si rende conto del dissesto e attivi una procedura concorsuale per garantire il patrimonio dei creditori.

L'ipotesi di cui alla lett. e) dell'art. 323 CCII punisce penalmente l'imprenditore che, nonostante si attivi in maniera diligente alla procedura concorsuale, non ne rispetta gli obblighi previsti.

In merito all'elemento psicologico del reato sembra, in realtà, non rilevare se il fatto sia stato commesso con dolo o con colpa, anche se tale tema è ancora molto discusso. Se da una parte la bancarotta semplice si considera esclusivamente di natura colposa, dall'altra si ritiene che ad essere colpose sono le sole condotte di cui alle lett. b) e d) dell'articolo appena analizzato. Natura dolosa spetta alle condotte descritte dalle lettere c) ed e) dell'art. 323, mentre, infine, la lettera a) può assumere entrambe le ipotesi di dolo e di colpa.

2.6.2 Bancarotta semplice documentale

Il secondo comma dell'art. 323 del Codice della crisi e dell'insolvenza prevede la fattispecie della bancarotta semplice documentale, che pone a tutela la regolarità delle scritture contabili prescritte dalla legge. È punito sempre con una reclusione dai sei ai due anni, l'imprenditore in liquidazione giudiziale che *"non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta"*. Non bisogna trascurare il fatto che l'imprenditore è obbligato dalla legge di curare in modo puntuale le scritture contabili e di attivarsi per la loro conservazione delle stesse, adottando un comportamento diligente che gli permetta di perseguire l'interessi della società¹⁴⁵.

Si tratta, quindi, di condotte che violano espressamente ciò che prevede la legge, infatti, diversamente dalla bancarotta fraudolenta l'oggetto del reato è rappresentato dalle sole scritture obbligatorie di cui all'art. 2214 c.c.

In relazione alle condotte vengono in rilievo:

- la *completa omissione della tenuta* delle scritture contabili;
- la sua *irregolare tenuta*, che si configura quando la stessa si presenta in modo non conforme a quanto previsto dal legislatore;

¹⁴⁵A tale riguardo potrebbe essere interessante notare la stretta correlazione su tale tema e i nuovi obblighi dell'imprenditore. Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, come vedremo, sollecita gli imprenditori ad adottarsi di assetto organizzativo, amministrativo e contabile idoneo alla prevenzione della crisi d'impresa (art. 2086, co. 2, c.c.). Da qui è intuibile capire che la corretta tenuta delle scritture contabili è necessaria per poter lavorare con dati esatti, i quali rappresentano l'unico modo per mantenere un'impresa sana e agevolano l'emersione anticipata di un'eventuale crisi d'impresa.

- ed infine, la *tenuta incompleta* delle scritture le quali risultano lacunose e come tali ostacolano la ricostruzione della situazione patrimoniale dell'impresa.

Per ovviare all'avvento della digitalizzazione, tutt'ora non considerata dal legislatore, si è disposto, tramite sentenza della Cassazione, che configura il reato anche la perdita dello strumento informatico¹⁴⁶. Inoltre, rileva penalmente anche il comportamento dell'imprenditore che, avendo delegato un commercialista per la tenuta delle scritture contabili, non abbia sorvegliato sull'operato¹⁴⁷.

La bancarotta semplice documentale è l'unica fattispecie di bancarotta che prevede un limite di tempo entro il quale deve avere rilevanza la condotta criminosa, ovverosia il compimento deve avvenire nei *“tre anni prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale oppure dall'avvio dell'impresa se la stessa ha avuto una minore durata”*.

In tema di bancarotta semplice documentale, la Cassazione ha precisato che l'elemento soggettivo *“può indifferentemente essere costituito da dolo o da colpa”*¹⁴⁸. Alcuni autori, in realtà, non considerano la colpa come elemento soggettivo nella bancarotta semplice documentale in quanto la norma non pare fare riferimento a condotte non volute (ovvero colpose). Tale corrente di pensiero si basa sul fatto che l'omissione, l'irregolarità e l'incompletezza sembra debbano essere previste, nonché desiderate e volute ed essendo la colpa (art. 42 c.p.) un criterio di imputazione eccezionale dove non è prevista alcuna previsione, allora il fatto è per loro punibile solo se commesso con dolo. Secondo altri, se davvero il fatto fosse solo doloso, sarebbe ben difficile distinguere questa forma di bancarotta da quella fraudolenta.

Per concludere, l'orientamento giurisprudenziale dominante ritiene che il delitto di bancarotta semplice documentale sia un reato di pericolo presunto¹⁴⁹, che si configura per la semplice possibilità che l'omissione, l'irregolarità o l'incompletezza delle scritture contabili pregiudichi l'interesse dei creditori ad una pronta ed esatta ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore sottoposto a liquidazione giudiziale, essendo irrilevante che non vi sia stato un concreto pericolo di sottrazione dell'attivo.

¹⁴⁶ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 104; Sent. Cass., 13 giugno 2016, n. 32382

¹⁴⁷ALESSANDRI A., *cit.*, pg. 104

¹⁴⁸MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 262-263; cit. Sent. Cass., 6 ottobre 2011, n. 48523

¹⁴⁹MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 261

2.7 Bancarotta commessa da persone “diverse” dall'imprenditore in liquidazione giudiziale

Gli artt. 329 e 330 aprono il Capo II del Titolo IX del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dedicato ai “*reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale*” e disciplinano rispettivamente le ipotesi di bancarotta fraudolenta e semplice c.d. impropria (o societari).

Cambiano i soggetti attivi del reato, così come cambia l'oggetto materiale del reato. A commettere le condotte incriminate sono ora gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che gestiscono e controllano il patrimonio della società, che ben si differenzia da quello loro personale, e si occupano dei libri sociali. Abbiamo già potuto notare che, nonostante si è di fronte ad un reato proprio, per cui i soggetti devono rivestire, al momento della commissione del fatto, una determinata qualifica affinché possano essere puniti ai sensi di tali disposizioni, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria hanno evidenziato che rispondo ai sensi dell'artt. 329 e 330 anche i soggetti privi di investitura formale esercitanti di fatto le funzioni di amministratore, direttore generale, sindaco e liquidatore (art. 2639 c.c.).

Per disposizione di legge rispondono ai sensi degli artt. 329 e 330 anche i soci illimitatamente responsabili delle società ad accomandita per azioni, in quanto considerati al pari di amministratori della società.

Quanto al fallimento delle società di persone valgono, invece, per i soci illimitatamente responsabili, le disposizioni del Capo I (art. 322 e 323) riferitesi all'imprenditore individuale. La *ratio* è quella descritta dall'ex art. 147 l. fall. per cui il fallimento di una società con soci illimitatamente responsabili determina automaticamente il fallimento delle persone fisiche (c.d. fallimento sincrono).

2.7.1 Fatti di bancarotta fraudolenta

Il primo comma dell'art. 329 CCII estende le pene previste dall'art. 322 CCII “*agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale*”. In virtù del richiamo, quindi, ai fatti compiuti dai soggetti previsti dalla

norma si applica la reclusione da tre a dieci anni (co. 1 e co. 2: fatti di bancarotta patrimoniale e documentale) o la reclusione da uno a cinque anni (co. 3: fatti di bancarotta preferenziale). Il riferimento è a tutte le condotte criminose previste dall'articolo e il requisito psicologico rimanere sempre il medesimo richiesto nelle singole ipotesi; ciò che cambia è l'oggetto materiale del reato: quando parliamo di beni, qui non rilevano i beni personali di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori ma i beni della società. Per quanto concerne la bancarotta documentale, l'oggetto materiale del reato è da individuare nei libri contabili, aventi funzione di rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società.

Assodato che per quanto riguarda la disamina delle condotte criminose non vi sia altro da aggiungere poiché rileva ciò che già è stato detto precedentemente, è necessario precisare la tecnica del rinvio, utilizzata dal legislatore, desta in ogni caso alcuni problemi degni di menzione. Non dimentichiamo, infatti, che l'art. 322 CCII è strutturato per l'imprenditore individuale e non tutto ciò che è stato disegnato su di lui è possibile riversarlo nei nuovi soggetti attivi. Si pensi, ad esempio, come per direttori generali e sindaci sia pressoché impossibile realizzare una delle condotte di bancarotta fraudolenta documentale, essendo compito dell'amministratore di una società, o come solo l'amministratore e il liquidatore potranno essere puniti per fatti di bancarotta preferenziale.

La norma prevede altre due ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria al comma 2, *“Si applica alle persone suddette la pena prevista dall'articolo 322, comma 1, se:*

a) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile.

b) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società.”

La prima ipotesi elenca una serie di fatti di per sé già punibili ma, che affiancati al dissesto societario, vengono puniti e riclassificati come reato più grave nella bancarotta fraudolenta societaria. Necessario per la sussistenza di tale reato è il nesso causale tra il reato societario e l'aggravamento del dissesto: il reato societario deve aver contribuito al dissesto aggravandolo (facendo sì, ad esempio, che le passività crescessero esponenzialmente determinando a lungo termine l'insolvenza dell'imprenditore).

Questa ipotesi di bancarotta non è strutturata, a differenza delle altre, come un reato di pericolo, ma si tratta di un reato di danno con evento¹⁵⁰ per cui sarà necessaria la prova del nesso casuale tra condotta (reato) e evento (dissesto).

I reati richiamati dalla norma sono: false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.); false comunicazioni sociali nelle società quotate (art. 2622 c.c.); indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.); illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.); illecite operazioni sulle azioni o sulle quote societari della società controllante (art. 2628 c.c.); operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.); formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.); indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.); infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Ci si è spesso interrogati cosa accade al reato di bancarotta se qualcuno di questi reati si estingue. Secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza si applicherebbe l'art. 170, co. 2 c.p., per il quale si prevede che la causa estintiva di un reato che è l'elemento costitutivo o una circostanza aggravante di reato complesso (art. 84 c.p.) non si estende a tale reato complesso. Così disponendo, il reato di bancarotta non si estinguerebbe e il disvalore cancellato tornerebbe a rivivere sottoforma di bancarotta societaria da reato. Il disvalore del fatto di per sé estinto e che abbia contribuito ad aggravare il dissesto, diviene infatti effettivamente coercibile solo in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento (in quanto condizione obiettiva di punibilità).

Per quando riguarda la terza condotta (lett. b)) vengono puniti i soggetti sopra menzionati, con la reclusione da tre a dieci anni, *“che abbiano cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società”*.

La locuzione *“con dolo”* va intesa come volontà dell'agente di riversare l'impresa in dissesto attraverso la condotta omissiva o commissiva (dolo specifico); mentre, *“per effetto di operazioni dolose”* significa che il dissesto non è voluto, ma si pongono in essere una serie di comportamenti che producono degli effetti depauperativi del patrimonio tali da portare ad un aggravamento. Quest'ultima condotta prevede che l'agente riconosca, in ogni caso, il rischio di incappare in dissesto e preveda, quindi, la probabilità che si verifichi (dolo generico).

¹⁵⁰MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 281

Va rimarcato che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha sostituito il termine "fallimento", costituente l'evento del reato all'art. 223 *ex l. fall.*, con il termine "dissesto". In generale, se l'insolvenza è la situazione giuridica e statica in cui l'imprenditore non è più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni, si è provveduto ad identificare il dissesto come un grave e dinamico squilibrio tra attivo e passivo. Si vuole far notare come in realtà il Codice non definisca il termine "dissesto". Tale mancata definizione ha provocato alcune asprezze nei primi commentatori della Novella, i quali si aspettavano di vedere colmata una lacuna con cui il sistema penale-fallimentare ha a che fare da anni e che non permette a pieno la comprensione di questa fattispecie¹⁵¹.

2.7.2 *Fatti di bancarotta semplice*

L'art. 330 della Novella estende le pene di cui all'art. 323 "agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale, i quali:

- a) *hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo;*
- b) *hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge."*

Optando nuovamente per la tecnica del rinvio, il legislatore rimanda per una prima condotta alle fattispecie descritte dall'art. 323 e precedentemente esaminate. Anche qui vi sono delle incompatibilità: solo gli amministratori e i liquidatori potranno essere puniti per l'ipotesi di aggravamento del proprio dissesto dovuto dall'astenersi al richiedere la liquidazione giudiziale; nessun soggetto potrà, inoltre, rispondere per spese personali eccessive con il loro patrimonio essendo oggetto del reato il patrimonio della società, ma i soggetti incaricati dell'attività gestoria possono rispondere per aver consumato una notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente impudenti o per aver compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale.

La seconda condotta prevede alla lett. b) tutti quei comportamenti non conformi alla legge, messi in atto dai soggetti, e capaci di cagionare o aggravare il dissesto. Ad

¹⁵¹ Sul tema si veda il Capitolo 3.3 "La mancata definizione di dissesto"

esempio, vi è “*inosservanza degli obblighi imposti dalla legge*” quando l’amministratore non convoca, involontariamente e senza indugio, l’assemblea dei soci di fronte ad una riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo stabilito dalla legge.

Vi è nuovamente la necessità per la sussistenza della fattispecie di un nesso eziologico tra condotta del soggetto attivo e dissesto, mettendoci di fronte ad un reato di evento. L’inosservanza di obblighi imposti dalla legge si riferisce a ipotesi di colpa specifica (ossia di precise regole cautelari); anche se secondo parte della giurisprudenza si è di fronte ad ipotesi di colpa generica, necessariamente involontaria quando ad essere violato sia il generale obbligo di diligenza, prudenza e imperizia¹⁵².

¹⁵²MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 305

CAPITOLO III - GLI EFFETTI PENALI INDIRETTI SULLA DISCIPLINA DEI DELITTI DI BANCAROTTA ED EVENTUALI RIFLESSIONI SU FENOMENI DI SUCCESSIONE DI NORME PENALI

Ognuna delle discipline contemplate dal diritto penale commerciale rimanda ad un settore extrapenale di riferimenti. La base su cui poggiano i reati fallimentari è il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Nel suo assetto originario, il diritto penale fallimentare ed il suo versante civilistico dialogavano in modo perfetto: a fronte di un'aspirazione del legislatore di improntare la disciplina concorsuale attorno alla figura del fallimento e alla conseguente espulsione dal mercato dell'impresa decotta, rispondeva un approccio sanzionatorio capace di punire qualsiasi condotta avesse aggravato la soddisfazione del ceto creditorio.

Dagli inizi del nuovo Millennio cambia la filosofia su cui poggia tanto il diritto concorsuale, quanto il diritto penale fallimentare: l'impresa viene vista come un valore da preservare e si fa vivo tra la disciplina un nuovo concetto di crisi. Il nostro ordinamento, infatti, inizia ad uniformarsi ai principali Paesi europei, identificando come conseguenza di uno stato di crisi anche motivazioni estranee all'impresa. Per far sì che tale impianto funzioni, il legislatore: ha previsto nuove procedure, alternative al fallimento, che consentano la ristrutturazione dell'impresa (accordi di ristrutturazione e il piano di attestato di risanamento), ha modificato la disciplina del concordato preventivo improntandolo in ottica di una continuità aziendale nonché ha introdotto il delicato ma necessario per non disincentivare l'uso di queste procedure *ex art. 67, co. 3, l. fall. sulla revocatoria fallimentare*.

In un contesto in cui il diritto della crisi si evolve portando con sé profonde novità, il diritto penale fallimentare appare immutato dimostrandosi così poco coerente con il sistema extrapenale con cui va a completarsi e con cui compone l'ordinamento. Risulta a tratti un'appendice sanzionatoria priva di autonomia e quasi totalmente sganciata dal contesto, dai beni giuridici e dai valori che va a presidiare con una delle sanzioni massime previste dall'ordinamento italiano.

Versante civilistico e versante penalistico che una volta apparivano in equilibrio perfetto parlano ad oggi una lingua diversa, infatti nulla cambia nemmeno con l'introduzione del

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza¹⁵³. Il legislatore opta ancora per la fissità della legge penale fallimentare e di ciò fa chiaro riferimento nella legge delega al d. lgs. 14/2019 prevedendo espressamente che la parte penale rimanga invariata, se non per le modifiche terminologiche e per le misure premiali di cui all'art. 25 CCII.

Il problema che si potrebbe venire a creare a causa di questa dicotomia è la violazione del principio di sussidiarietà del diritto penale, secondo il quale solo di fronte ad un'inefficacia degli altri rami dell'ordinamento nel tutelare adeguatamente il bene giuridico, è possibile intervenire facendo ricorso agli strumenti penalistici. Si pensi che con le recenti riforme il versante civilistico si è trovato a "fare un passo indietro": il fallimento non è più una colpa, né unico motivo per punire l'imprenditore che in esso è inciampato. Questo cambio però non è avvenuto nelle fattispecie che ad esso rimandano; la norma penale così facendo "*perde (...) la sua sussidiarietà; non è più extrema ratio ma strumento principale*"¹⁵⁴ con il rischio di punire condotte lecite.

Nonostante la disciplina penale fallimentare sia ancorata all'ordinamento del '42 non vantando alcun rimaneggiamento, giunti a questo punto della trattazione è necessario chiedersi se i delitti di bancarotta non abbiano risentito in alcun modo della travolgente riforma del versante civilistico. Difatti, il modo in cui la disciplina civilistica degli istituti fallimentari innerva, con un continuo rimando, la portata tassativizzante del precetto penale fa intendere che non è possibile immaginare che il versante penale non risentirà delle modificazioni previste.

¹⁵³Si noti che nel 2018 è stato introdotto il c.d. principio della "riserva del codice" il quale, inserito all'interno all'art. 3-bis c.p., prevede che "*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*". La ratio sta nel fatto che riconducendo nel codice penale tutti i reati, che fino ad allora erano sparsi nell'ordinamento, la consultazione riesca ad apparire più agevole. Nonostante tale previsione, è stato reputato necessario mantenere l'apparato penale in questione organicamente inserito nella Legge Fallimentare, in virtù proprio di una più totale comprensione della materia. I reati fallimentari restano all'interno del proprio "sottosistema organico" in quanto non si vogliono comunque imporre opzioni rigide, ma ragionevoli.

¹⁵⁴BRICCHETTI R. (2011), Le esenzioni dei reati di bancarotta preferenziale e semplice nel nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?, in SGUBBI F.; FONDAROLI D. (2011), Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali, CEDAM, Padova, pg. 82

3.1 La mancata riforma dei delitti di bancarotta: norme *“in perfetta continuità”*

Si tratta di una *“lacuna da colmare”* così risponde il Commissario Rordorf di fronte alla mancata modifica del versante penalistico dell’insolvenza¹⁵⁵. Incaricato di dar vita ad uno schema di legge delega destinato a cambiare il diritto fallimentare-concorsuale, Renato Rordorf si rende portavoce delle asprezze dei giuristi che sollecitano una rivisitazione delle norme penali, soprattutto in vista del cambiamento di vedute sullo stato di crisi ed insolvenza¹⁵⁶. Egli sottolinea, inoltre, che in ogni caso non rientrava nel compito della Commissione occuparsi della revisione delle disposizioni penali e che sul tema è stata incaricata per il solo *“già accennato adeguamento terminologico delle disposizioni penali in conseguenza della scomparsa dell’espressione “fallimento” e dei suoi derivati, nonché per una specifica previsione riguardante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi di cui pure è detto”*¹⁵⁷.

La Relazione illustrativa del Codice ribadisce che *“la legge delega esclude(...) la bancarotta dal capo di intervento del decreto attuativo”*, così come gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, e che nella stessa *“manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare”*¹⁵⁸. Ancora si esprimeva sottolineando che *“le norme del Codice riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare”*¹⁵⁹. Quest’ultima frase appare erronea in quanto davanti alle prime analisi delle fattispecie di reato sono state rilevate dalla dottrina alcune modificazioni, che tuttavia sono avvenute senza delega.

Non solo una *“lacuna da colmare”*, ma è considerata da parte della dottrina¹⁶⁰ anche un’*“occasione perduta”*¹⁶¹ in quanto è difficile accettare un mancato ammodernamento delle fattispecie penali, soprattutto del reato di bancarotta, di fronte ad una nuova concezione del fallimento, procedura su cui gli stessi pongono la loro base.

¹⁵⁵Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, pg.39

¹⁵⁶Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, pg.39

¹⁵⁷Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, pg.39

¹⁵⁸Relazione illustrativa al Codice della crisi e dell’insolvenza, pg. 179

¹⁵⁹Relazione illustrativa al Codice della crisi e dell’insolvenza, pg. 179

¹⁶⁰GAMBARDELLA M. (2018), *“Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale”*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

¹⁶¹SISIA S., TREMOLADA C. (2019), *“Il nuovo Codice della crisi e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta”*, in *ifallimentarista*

Si allontana ancora di più una possibilità di dialogo tra il versante civilistico e quello penale dove il primo va verso un dispiegarsi sempre più snello e veloce, incentrato a far emergere tempestivamente uno stato di crisi in ottica di un risanamento altrettanto tempestivo o, nei casi più spiacevoli, ad una pronta apertura della procedura di liquidazione giudiziale; ed il secondo non al passo con i tempi.

In ogni caso, il legislatore che ha programmaticamente rinunciato ad intervenire sui reati di bancarotta, affermando un principio di continuità normativa tra le vecchie figure e le figure transitate nel Codice della crisi dell'insolvenza¹⁶², ha però ignorato come le norme incriminatrici avrebbero ugualmente risentito dell'introduzione di uno stravolgimento nelle norme extra penali. Infatti, nonostante non fosse prevista alcuna modifica del versante penale-fallimentare possiamo affermare con certezza che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ne abbia mutato alcuni aspetti, non passando del tutto inosservato.

3.2 La sostituzione dei termini e apparenti fenomeni abrogativi

Sparisce il termine "*fallimento*" in favore dell'espressione più morbida "*liquidazione giudiziale*". Questa sostituzione lessicale costituisce il suggello dello spirito di questa riforma improntata ad evitare il discredito sociale e personale che storicamente si accompagna alla parola "*fallimento*". Si è, infatti, potuto notare come per secoli la disciplina della crisi d'impresa è stata ispirata dall'esigenza di una rapida espulsione dal circuito economico del soggetto insolvente, per il quale erano previste severe sanzioni penali.

Oggigiorno, al contrario, si assiste ad una modifica dello spirito delle disposizioni in materia concorsuale e, in continuità degli interventi che negli anni si sono susseguiti nella legge fallimentare, ad un cambio di prospettiva. Infatti, negli ultimi anni si esalta la

¹⁶²A fronte di grandi novità introdotte dalla riforma sul piano civilistico, poco cambia per il penalista rispetto alla disciplina previgente per quanto riguarda la previsione delle norme incriminatrici da un punto di vista formale e di enunciazione di principio. Quindi, all'interno del Codice vi saranno norme ed incriminazioni che risultano uguali al previgente ordinamento, ma alle quali vengono aggiunte due nuove fattispecie di reati agli artt. 344 e 345 CCII in riferimento ai "*Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi*".

salvaguardia dell'impresa in crisi mediante la sua ristrutturazione finanziaria¹⁶³. Si parla di una crisi che non deve più essere vista come un evento eccezionale che nasce forzatamente da un comportamento sbagliato dell'imprenditore, ma come un evento fisiologico che può verificarsi in qualsiasi tipo di impresa in un certo punto della sua vita.

È all'art. 2, co. 1, lett. a) della legge delega 155/2017, nei "principi generali", che si è predisposto di *"sostituire il termine «fallimento» e i suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale», adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose"*. All'interno del Codice tale predisposizione è stata tradotta dall'art. 349 CCII che, intuitivamente rubricato *"Sostituzione dei termini fallimento e fallito"*, prevede come *"nelle disposizioni normative vigenti i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie"*.

Si noti che nonostante tale disposizione, il legislatore non ha sempre ben adattato tali modificazioni: l'intitolazione al Capo I dice ora *"Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale"* in sostituzione dell'espressione *"Reati commessi dal fallito"*¹⁶⁴; tale adeguamento avviene però in modo erroneo in quanto il termine *"fallito"* doveva vedere il suo mutamento nell'espressione *"debitore soggetto a liquidazione giudiziale"*. Nulla cambia di fatto: si tratta di una sottigliezza che però dà l'idea di come il diritto penale sia stato trascurato dalla Novella.

È necessario sottolineare che il solo rinnovamento lessicale delle fattispecie di bancarotta non sembri comportare un'ipotesi di *abolitio criminis*. Ciò è stato preventivamente dichiarato dalla Relazione illustrativa al Codice e dalla stessa Novella proprio con lo scopo di evitare che si verificassero situazioni ambigue. L'intenzione del

¹⁶³Questo è stato fatto con l'introduzione di istituti quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani di risanamento e il potenziamento del concordato preventivo.

¹⁶⁴Nel '42 si scrisse *"Reati commessi dal fallito"* perché non vi era solo l'imprenditore individuale, ma anche il socio accomandatario della s.a.s. che falliva in proprio, come il socio illimitatamente responsabile della s.n.c.

legislatore risulta proprio quella di traslare i reati fallimentari all'interno di una nuova realtà, rivestiti di un nuovo lessico, ma tutto ciò in piena continuità.

Inoltre, la Suprema Corte si è già espressa¹⁶⁵ a riguardo ricordando che le disposizioni penali, non ancora entrate in vigore¹⁶⁶, “*appaiono in perfetta continuità normativa con le precedenti norme contenute nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267*” (*Legge fallimentare*), questo perché “*non vi è [...] alcuna discontinuità del precetto penale (né la risposta sanzionatoria risulta diversa) che subentrerà all'attuale disciplina*”; inoltre, “*non si ravvisano elementi concreti – e certo non possono esserlo la diversa distribuzione di compiti e poteri del giudice delegato, del curatore, dei creditori e del soggetto interessato e le diverse scansioni processuali – tali da mutare il presupposto, l'“insolvenza dell'impresa”, su cui si fondano le norme penali, che, difatti, sono rimaste immutate, tranne nell'aggiornamento del lessico dei nuovi presupposti di applicabilità*”.

Se è vero che si è di fronte ad un fenomeno di *abolitio criminis* quando l'intento del legislatore è quello di demolire l'elemento costitutivo del reato, possiamo affermare con certezza che, sul tema, per i reati di bancarotta non si è corso alcun rischio. Chiara è la posizione del legislatore (*volutas legis*) di solamente riformulare le disposizioni penali, come è chiaro che nulla è cambiato in tema di insolvenza, che permane presupposto oggettivo del fallimento, *rectius* liquidazione giudiziale, né vi siano differenze tra la sentenza dichiarativa di fallimento (*ex art. 16 l. fall.*) e la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale (art. 40 CCII)¹⁶⁷.

In realtà, per poter verificare se vi sono effetti abolitivi sarà necessario aspettare come tali risvolti si dispiegheranno nella realtà non potendo l'interprete fermarsi davanti al mero confronto normativo.

¹⁶⁵Sent. Cass., 10 dicembre 2019, n. 4772

¹⁶⁶Si vuole ricordare che, l'art. 389 CCII ha previsto l'entrata in vigore anticipata per i soli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 e che, in ogni caso, “*i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3.*” (art. 390 CCII).

¹⁶⁷GAMBARDELLA M. (2019), “Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento”, in *Cassazione Penale*, pg. 494

Per concludere si vuole lanciare uno spunto di riflessione sul tema. Se è vero che “le parole sono importanti” e di conseguenza il Codice fa sparire il termine “*fallimento*” perché portatore di una colpa spesso immeritata, è necessario chiedersi: quali sono le ragioni per cui per cui non si è provveduto anche ad un cambio del termine “*bancarotta*”? La parola *bancarotta*, come già visto, evoca la rottura del banco del mercante, nonché l’umiliazione che lo stesso doveva subire per le vie dei Comuni poiché non meritevole di credibilità e fiducia. Di fatto dietro al concetto di *bancarotta* vi è, come già visto, ancora l’idea di “*decoctor ergo fraudator*”, espressione che impedisce il cambiamento di mentalità a cui tanto si auspica.

3.3 La mancata definizione di dissesto

Se il Codice si è riservato di definire in modo puntuale il concetto di “*crisi*” (art. 2, lett. a) CCII) ed “*insolvenza*” (art. 2, lett. b) CCII), non è possibile attribuirgli lo stesso merito con riguardo la situazione di “*dissesto*”, che continua a non trovare una sua definizione. La mancata definizione si pone in conflitto con il principio di tassatività del diritto penale, corollario del principio di legalità, per il quale le norme penali devono essere formulate in modo chiaro e determinato: deve essere tassativamente stabilito cosa è penalmente rilevante e cosa è penalmente irrilevante¹⁶⁸.

Normalmente, onde evitare interpretazioni errate, nell’ambito dei reati fallimentari, si è cercato di definire il dissesto come uno “squilibrio tra attività e passività quale dato quantitativo graduabile” e quindi capace di aggravarsi in funzione di quelle che sono le condotte dell’imprenditore¹⁶⁹.

Tale occasione mancata da parte del legislatore di inserire, citando il Bricchetti, nel suo “impeto definitorio”¹⁷⁰ la situazione di dissesto, ha sollevato ugualmente alcuni dubbi in

¹⁶⁸È facile comprendere che se la norma penale non fosse sufficientemente determinata dalla norma penale, l’interprete non saprebbe effettivamente quale sia un comportamento penalmente rilevante e lo stesso giudice verrebbe arrecarsi dei problemi che non gli competono, in quanto dovrebbe “creare” tramite il suo giudizio la fattispecie penale. Per evitare ambiguità, come nel caso dei reati fallimentari, quindi il testo dovrebbe essere redatto in modo chiaro evitando il più possibile l’uso di concetti difficili da interpretare.

¹⁶⁹GAMBARDELLA M., cit., pg. 499

¹⁷⁰BRICCHETTI R. (2019), Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7-9, pg. 80

relazione a talune disposizioni penali. Si vuole far riferimento alla fattispecie di cui all'art. 329 co. 2, lett. b) CCII¹⁷¹ dove il legislatore delegato ha indicato come evento naturalistico, al posto del “*fallimento*”, il “*dissesto*” invece della “*liquidazione giudiziale*”, come avrebbe dovuto essere in previsione della disposizione sulla sostituzione dei termini. La dottrina, davanti a questo voluto mancato adempimento, ha esortato evidenziando che non vi è “nulla di strano” in quanto con la formula “*cagionare il fallimento*” si voleva intendere da tempo “provocare il dissesto destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa del fallimento”¹⁷². Non si parlava quindi del fallimento come procedura concorsuale, ma come una situazione di forte incertezza che da lì a poco avrebbe portato all'apertura della procedura liquidatoria. Questa visione appare in linea con quella parte della dottrina che identifica nei tre momenti di dissesto, insolvenza e fallimento una continua *escalation* di gravità; ma, se è vero quanto appena detto, a parere di chi scrive, sarebbe stato più opportuno identificare lo stato di insolvenza come evento del reato.

Parte della dottrina, alla luce di tale modifica lessicale, esalta come “non dovrebbero più essere considerate tipiche quelle operazioni dolose che abbiano determinato la liquidazione giudiziale senza (...) la relativa verifica del dissesto”¹⁷³, come nel caso in cui ci si trovasse di fronte ai casi di dissesto simulato, dal momento che “cagionare il dissesto verrà a costituire l'evento naturalistico necessario per la consumazione del fatto”¹⁷⁴, a fronte della sentenza di liquidazione giudiziale che costituirà condizione obiettiva di punibilità; da ciò se ne consegue una possibile “ipotesi di *abolitio criminis* in riferimento a quelle situazioni in cui la condotta posta in essere abbia effettivamente determinato il fallimento della società, ma senza la pregressa determinazione dello stato di insolvenza/dissesto”¹⁷⁵.

Si noti che il concetto di dissesto compare, al posto del termine “*fallimento*”, anche ai sensi dell'art. 329, co. 2, lett. b) CCII in merito alla bancarotta societaria (c.d. preterintenzionale) nei panni di evento.

¹⁷¹Si vuole ricordare che tale norma punisce gli imprenditori, i sindaci, i direttori generali ed i liquidatori che “*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società*”.

¹⁷²BRICCHETTI R., cit., 2019, pg. 80

¹⁷³ROSSI A., cit., pag. 1170 e ss.

¹⁷⁴ROSSI A., cit., pag. 1170 e ss.

¹⁷⁵ROSSI A., cit., pag. 1170 e ss.

3.4 I soggetti attivi nei delitti di bancarotta

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si rivolge ad un'ampia platea di soggetti. Si è visto, infatti, che l'aspirazione del legislatore è di recuperare un aspetto di sistematicità, razionalità ed autosufficienza ricomprendendo in un testo unitario una disciplina che fino ad oggi appariva frastagliata. Tale aspirazione è resa palese dalla norma di apertura del Codice che indirizza il suo contenuto al "*debitore sia esso consumatore o professionista ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti territoriali*" (art. 1 CCII).

È necessario però ricordare che non tutti questi soggetti sono assoggettabili a liquidazione giudiziale e, di conseguenza, possono essere soggetti attivi nei delitti di bancarotta, in quanto per taluni di essi è prevista la procedura della liquidazione controllata. A poter rispondere per reati di bancarotta, infatti, è l'imprenditore individuale commerciale non di piccole dimensioni, dichiarato in liquidazione giudiziale (bancarotta propria) ovvero gli amministratori, i sindaci, i direttori generali, i liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale (bancarotta impropria). Possono essere penalmente perseguibili anche i soci illimitatamente responsabili di s.a.s. ed s.n.c.

Alla luce di quanto detto pare non esservi alcuna differenza tra i soggetti attivi dei reati di bancarotta della legge fallimentare con quelli previsti dalla Novella. Il Gambardella, in realtà, nelle sue prime riflessioni sulle ricadute del Codice nel versante penalistico, rileva un "ampliamento dei soggetti fallibili" a causa di un cambio di sintassi nella definizione di "impresa minore"¹⁷⁶. Emerge, infatti, nella definizione di cui all'art. 2, co. 1, lett. d) che nel valutare se un'impresa possa essere sottoposta alla procedura di liquidazione giudiziale non si debba guardare più all'ammontare di "*ricavi lordi*", ma ai "*ricavi*" intesi in modo civilistico, ovverosia al netto di sconti, abbuoni, premi e imposte (artt. 2425 e 2425-bis c.c.), il che aumenta la soglia di fallibilità¹⁷⁷.

Anche in questo caso ci si è interrogati su un possibile fenomeno di *abolitio criminis*, che come tale avrebbe avuto ripercussioni sui processi in corso e su quelli sentenziati come

¹⁷⁶GAMBARDELLA M., cit., 2019, pg. 496

¹⁷⁷GAMBARDELLA M., cit., 2019, pg. 496

irrevocabili. Occorre domandarsi quindi se è possibile punire un soggetto per la commissione di reato di bancarotta se, dopo la commissione del fatto, sono mutati i requisiti di fallibilità tanto da non essere più considerato un *reo* dalla nuova disciplina. Se si considera quanto affermato nella giurisprudenza precedente, ovverosia che il giudice penale non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento con riguardo i presupposti soggettivi¹⁷⁸, tale specifica modifica sembra non esercitare alcuna influenza ai sensi dell'art. 2 c.p.¹⁷⁹

Si noti, infatti, che stesso problema di successione delle leggi penali fu sollevato quando con la Riforma del diritto fallimentare del 2007, che andava a toccare lo soglie di fallibilità, si ristrinse notevolmente la platea dei soggetti potenzialmente fallibili portando a chiedersi se una nuova disposizione potesse riversarsi sugli imprenditori considerati falliti prima di quell'anno¹⁸⁰. Alcuni giudici di merito ritennero che si trattasse proprio di un caso di successione di legge penali, secondo l'art. 2. co. 4, c.p., per cui gli imprenditori "sotto-soglia" dovessero essere assolti, in virtù di una sopravvenuta normativa più favorevole¹⁸¹. Altra giurisprudenza e maggioritaria, invece, negò qualsiasi accenno ad una successione penale di legge basando le proprie convinzioni, come riportato, sulla non sindacabilità del giudice penale con riguardo la sentenza dichiarativa di fallimento.

Con riferimento al tema, Alessandri sostiene come "la questione (sia) intricata poiché coinvolge temi discussi nella dottrina e nella giurisprudenza penalistica"¹⁸²: la natura della sentenza dichiarativa, la modifica di elementi integrativi del tipo penale che porterebbe ad un'eventuale successione di legge, nonché il ruolo del giudice dinnanzi a tali provvedimenti.

¹⁷⁸Sul tema si erano espresse le Sezioni Unite penali per risolvere un contrasto giurisprudenziale sorto, a seguito della Riforma del 2006 che aveva mutato i requisiti per fallire, affermando che "*il giudice penale non ha alcun potere di sindacato [sulla sentenza dichiarativa di insolvenza], dovendo limitarsi a verificare l'esistenza dell'atto e la sua validità formale*"; Sent. Cass., 28 febbraio 2008, n. 19601 (c.d. Sentenza Niccoli)

¹⁷⁹GAMBARDELLA M, cit., 2019, pg. 498

¹⁸⁰ALESSANDRI A., cit., 2019, pg. 25

¹⁸¹Si veda ad esempio Trib. Bari, 5 febbraio 2007, n. 308; Trib. Bassano del Grappa, 3 aprile 2007; Trib. Pordenone, 2 ottobre 2007

¹⁸²ALESSANDRI A., cit., 2019, pg. 26

3.5 Il sistema di allerta

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza chiede che si sviluppi una nuova cultura portando l'azienda a non guardare più il passato, ma a programmare il suo futuro e soprattutto la sua continuità aziendale per non far "scattare" i semafori di allerta. Si tratta di una vera e propria rivoluzione: basti pensare che da sempre il mondo economico è stato abituato a ragionare a posteriori, trovandosi ora davanti ad una normativa che promuove la prevenzione e che vuole rilevare lo stato di crisi con enorme anticipo, prima che diventi irreversibile. L'impresa diventa un valore da preservare fin dove possibile e che, anche in situazione di crisi, deve essere rilanciata attraverso una serie di strumenti dettati dalla disciplina civilistica. La topografia stessa del Codice enfatizza questo punto rilegando la liquidazione giudiziale all'ultimo posto, come una sorta di "ultima spiaggia" (*extrema ratio*).

Per dar voce a questa importante "rivoluzione copernicana"¹⁸³ vengono introdotte, per la prima volta nell'ordinamento, le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (art. 12 CCII). Sono istituti dell'allerta sia gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli artt. 14 (organi di controllo, revisore contabile e società di revisione, c.d. sistemi di allerta interni) e 15 CCII (creditori pubblici qualificati Agenzia delle Entrate, INPS e Agente della riscossione, c.d. sistemi di allerta esterni), che i doveri imposti agli imprenditori individuali e collettivi di cui all'art. 3 CCII.

Quanto alla procedura di composizione assistita, essa viene gestita da un apposito collegio istituito presso l'OCRI (organismo di composizione della crisi di impresa)¹⁸⁴ e si può aprire sia a seguito di un'istanza del debitore che si è reso conto della sussistenza di indizi della crisi, che delle segnalazioni pervenute dai soggetti di cui sopra.

¹⁸³CECCHIELLA C. (2020), *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, CEDAM, Padova, pg. 83

¹⁸⁴L'Organismo di composizione della crisi d'impresa, disciplinato all'art. 16 CCII, ha il dovere "di ricevere le segnalazioni e di gestire la fase allerta, nonché il procedimento della composizione assistita della crisi per le imprese diverse da quella minore". Si tratta di un organismo costituito presso le Camere di Commercio territorialmente competenti e si articola in vari organi: un referente, un ufficio del referente ed un collegio degli esperti che varia per ogni segnalazione. A tale collegio fanno parte: un tecnico designato dal Presidente della sezione specializzata; uno nominato dalla Camera di Commercio, iscritto agli appositi albi; un tecnico nominato dal referente della Camera di Commercio su indicazione di una terna da parte del debitore.

Per aiutare a cogliere gli indizi di crisi, il legislatore ha predisposto dei criteri per l'elaborazione di indici della crisi di cui all'art. 13, co. 1, attribuendo al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti il compito di elaborare il catalogo.

La disciplina della procedura di allerta prevede la convocazione del debitore e degli stessi organi di controllo davanti all'OCRI entro quindici giorni dalle ricezioni delle segnalazioni. Si tratta di un'audizione che avviene, come dice il legislatore, "*in via privata e confidenziale*" per evitare che i soggetti terzi vengano a conoscenza dell'esistenza di una procedura non ancora di crisi conclamata e la diffusione di allarmismi, ad esempio da parte delle banche che intimorite chiudono l'accesso al credito¹⁸⁵.

Con l'audizione sono previste due strade: l'archiviazione nel momento in cui risulta infondata la crisi o l'avvio di una soluzione concordata della crisi.

Tale ultima strada implica, in caso di non raggiunta di un accordo, entro il termine assegnato, l'invito da parte del Collegio ad accedere alla procedura giurisdizionale. Si noti che in un primo momento sarà possibile valutare le sole procedure che prediligono un risanamento dell'impresa, nell'ottica di una sua continuità aziendale; solo se queste non sono applicabili sarà necessario avviare la liquidazione giudiziale.

Quando l'imprenditore resta inerte davanti alle direttive dell'OCRI, quest'ultimo segnalerà il persistere della situazione di crisi o di insolvenza al Pubblico Ministero, che dovrà valutare se si è di fronte ad un necessario o meno inizio della procedura di liquidazione giudiziale.

¹⁸⁵In ogni caso la legge prevede, all'art. 12, co., CCII che né la segnalazione né la presentazione di un'istanza per la procedura di composizione assistita possono essere considerate cause di risoluzione dei contratti in corso di esecuzione, né tantomeno posti a base di una decisione da parte delle banche di revocare o revisionare gli affidamenti concessi. In aggiunta, viene combinata la sanzione di nullità per i patti contrari ad essi. Ma fino a che punto si può parlare di "*riservatezza*" rispetto alla sfera penale? Si noti che quest'ultima è strettamente correlata al successo della procedura di composizione della crisi: il clima di riservatezza e confidenzialità che dovrebbe circondare la procedura di composizione assistita cede il passo davanti ad un insuccesso quando la documentazione acquisita nelle trattative può essere utilizzata tanto in un processo penale, quanto nello stesso procedimento di liquidazione giudiziale.

3.5.1 *Alla base delle procedure di allerta e prevenzione*

L'introduzione delle procedure di allerta e prevenzione è una grande novità per l'ordinamento italiano, che per la prima volta architetta degli istituti volti alla rivelazione tempestiva della crisi d'impresa.

È possibile definire le misure di allerta anche come una sorta di motivo principale per il quale il Codice deve entrare in vigore: i c.d. meccanismi di *early warning* (o di allerta precoce), infatti, non sono opera del solo legislatore italiano, ma nascono per rispondere ad uno degli obblighi dell'Unione Europea di uniformarsi in tema di gestione delle crisi. Il sistema dell'allerta trae occasione dal Regolamento unitario, a partire dalla Raccomandazione del legislatore europeo n. 135/2014, che presuppone come obiettivo principale quello di consentire "*alle imprese sane in difficoltà finanziaria (...) di ristrutturarsi in una fase precoce per evitare l'insolvenza*"¹⁸⁶ e, quindi, di consentire all'impresa di proseguire l'attività.

Si noti che, il voler anticipare l'entrata in procedura per l'impresa in crisi, in realtà, è un obiettivo in parte già riconosciuto da tutti gli ordinamenti, in quanto se ne allude tra i principi elaborati dall'UNCITRAL e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi di impresa.

L'importanza di quanto enunciato è evidente in vista della possibilità di salvaguardare i valori dell'impresa, in relazione ad un concetto altrettanto innovativo di tempestività di intervento per il suo risanamento.

Il ritardo alla percezione dello stato di crisi, infatti, è da sempre una delle ragioni dell'esito negativo anche dei procedimenti di ristrutturazione: più tardi l'imprenditore affronta la crisi, più la stessa diventa irreversibile, mutandosi in insolvenza, e di conseguenza più difficile diventa affrontare la sua soluzione. In effetti, lo stesso legislatore del Codice della crisi d'impresa, nella Relazione di illustrazione, evidenzia "l'incapacità delle imprese italiane di promuovere in autonomia processi di ristrutturazione precoce per una serie di fattori, quali il sottodimensionamento delle imprese, il capitalismo di tipo familiare, la debolezza degli assetti di corporate governance, le carenze di sistemi operativi, l'assenza di monitoraggio e pianificazione,

¹⁸⁶Raccomandazione 2014/135/UE

anche a breve termine”¹⁸⁷ dei percorsi decisionali all’interno delle società, ovverosia tutti quei fattori in grado di minare la competitività dell’impresa, nonché fattori di fallimento dei processi di ristrutturazione stessi.

Alla luce di quanto detto, con il sistema delle misure di allerta, introdotto dall’ordinamento francese, il legislatore della Novella mira a creare un luogo di incontro tra contrapposte esigenze, tra esse non necessariamente divergenti, di ristrutturazione dei debiti per il debitore e dei creditori di vedere salda la loro posizione. La logica di questo procedimento è di mediazione e composizione, non solitaria, ma che come abbiamo visto, è assistita da un organo di composizione (OCRI) che si dedica alla ricerca di una soluzione negoziata della crisi.

Sul tema è necessario considerare anche la Direttiva dell’Unione Europea n. 1023/2019¹⁸⁸, che si occupa dei quadri di ristrutturazione preventiva e soprattutto dei meccanismi di allerta precoce, e che mira a rimuovere gli ostacoli *“garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare”*¹⁸⁹. Entrando nel merito di quello che prevede tale ultima direttiva, è possibile rendersi conto della distanza che li separa dalla prospettiva adottata dall’ordinamento italiano. L’art. 3, par. 1, della Direttiva prevede che *“Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue:*

- a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento;*
- b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private;*

¹⁸⁷Relazione illustrativa al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, pg. 5

¹⁸⁸Essa si basa sulle linee guida presentate dalla Proposta di Direttive della Commissione del 22 novembre 2016, ma non le ricalca interamente (per approfondimento sul tema PANZANI L. (2019), “Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze”, in www.dirittobancario.it). La direttiva UE 2019/1023 deve essere recepita da tutti gli Stati membri entro il 17 luglio 2021.

¹⁸⁹ La raccomandazione invita gli Stati ad adottare una serie di interventi normativi che mettano l’imprenditore in condizioni di poter beneficiare di una seconda *chance (fresh start)*, ovvero abbiano la possibilità di ripartire dopo una crisi o un’insolvenza attraverso dei procedimenti esdebitori.

c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi.”

Da una prima analisi i nostri istituti di allerta e prevenzione appaiono sostanzialmente allineate alle previsioni della Direttiva. Si noti però che tale Direttiva presenta un testo molto più “amichevole” nei confronti del debitore rispetto a quanto previsto dall’ordinamento italiano, in quanto tenta di mettere lo stesso debitore nelle condizioni di salvarsi da sé piuttosto che di consegnarlo nelle mani di un organismo (OCRI) che, seppur non giurisdizionale, ha poteri coercitivi, ovvero sia è in grado di segnalare al pubblico ministero il potenziale stato di insolvenza e di chiedere l’apertura della liquidazione giudiziale.

3.5.2 La responsabilità penale degli amministratori e dell’imprenditore

Accanto a quest’anima volta a tutelare gli *asset* produttivi delle aziende compare un ulteriore aspetto su cui è necessario soffermarsi: il tema della responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nella gestione ordinaria dell’impresa.

All’art. 3 della Novella il legislatore ha previsto l’obbligo per l’imprenditore individuale di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed incentiva l’imprenditore collettivo a predisporre un adeguato assetto organizzativo, contabile ed amministrativo in conformità con l’art. 2086 c.c., ovvero sia un assetto che, seguendo le connotazioni dell’impresa in termini di natura e dimensioni, sia capace di rilevare tempestivamente lo stato di crisi o la perdita di continuità aziendale. È previsto inoltre che l’imprenditore, rilevato il momento di squilibrio, debba procedere richiedendo “*senza indugio*” l’accesso ad una delle procedure previste dal Codice, scegliendo a seconda della gravità, “*per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*”.

Tale nuova disposizione appare così funzionale al canone guida della riforma che vede nella gestione procedimentalizzata della crisi lo strumento fondamentale per assicurare le migliori prospettive di sviluppo e di recupero del valore dell’impresa e che richiede la tempestività massima nella rilevazione degli elementi segnaletici della crisi.

Il nuovo art. 2086 c.c., modificato proprio dal Codice in previsione di quanto disposto dall'art. 375 CCII, appare, per parte della dottrina, inevitabilmente destinato ad ampliare il contenuto e la portata dei doveri propri degli amministratori. Si contempla quindi la possibilità di essere dinanzi ad un potenziamento della posizione di garanzia dell'amministratore, comportando l'estensione della possibilità di contestare un concorso in forma omissiva nei delitti di bancarotta (*ex art. 40 cpv. c.p.*)¹⁹⁰. È noto, infatti, che gli amministratori sono titolari di una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 2392 c.c. ("*Responsabilità (civile) verso la società*"), rispondendo in solido ogniqualvolta che, venuti a conoscenza di un "*fatto pregiudizievole*", non si siano attivati per eliminarne l'evento di reato. Con riguardo quest'ultimo aspetto, ad esempio, si vuole far riferimento alla figura dell'aggravamento del dissesto "*per omessa richiesta della dichiarazione giudiziale o per altra colpa grave*" (art. 323, co. 1, lett. d), CCII) ovvero alla fattispecie di cui all'art. 330, co. 1, lett. b), CCII per "*aver concorso a cagionare o aggravare il dissesto con l'inosservanza degli obblighi disposti dalla legge*".

Altra dottrina, invece, ritiene che la nuova disposizione operi in una "mera ricognizione" di quanto precedentemente esposto in quanto "tra i doveri degli amministratori vi erano già e vi sono anche quelli, ovvi nella natura primaria, di tenere sotto controllo lo stato di salute dell'impresa, al fine di adottare le iniziative più opportune per salvaguardarla e recuperarla"¹⁹¹.

3.5.3 La responsabilità penale dei sindaci

All'art. 14 della Novella l'organo di controllo societario, il revisore contabile e la società di revisione si vedono investiti dell'obbligo di segnalazione immediata all'organo amministrativo davanti all'esistenza di "*fondati indizi di crisi*" e all'inadeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile predisposto dall'organo decisionale, nonché ad eventuali squilibri finanziari della società. Di fronte ad una mancata ovvero

¹⁹⁰MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 21, cit. GAMBARDELLA M. (2020), "Condotte economiche e responsabilità penali", Giappichelli Editore, pg. 64 ss.; MUCCIARELLI F. (2019), "Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali", in *Diritto penale e processo*, pg. 1192 ss. e BRICCHETTI R., *cit.*, 2019 pg. 100 ss.

¹⁹¹MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 21, cit. ALESSANDRI A. (2019), "Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pg. 1838

inadeguata risposta dell'amministratore, nonché davanti all'inerzia, passati trenta giorni, dello stesso deve informare senza indugio l'OCRI.

Ci si è domandati se anche in questo caso ci si trovi di fronte ad un ampliamento della posizione di garanzia¹⁹² di tali soggetti, precedentemente desunta, dalla maggior parte della giurisprudenza, agli artt. 2403 e 2407 c.c.¹⁹³ e di conseguenza all'estensione della possibilità di contestare un concorso in forma omissiva nei reati di bancarotta. Si vuole ricordare, infatti, che l'organo di controllo potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente ed in concorso con l'amministratore per fatti ad esso attribuibili, quando ha procrastinato dall'esercitare i suoi poteri di vigilanza. È necessario sottolineare che l'inosservanza di tali nuovi obblighi assume rilevanza penale solo se l'inerzia del sindaco abbia un nesso eziologico con la commissione del reato e, quindi, con il fatto di non aver impedito la commissione di talune ipotesi di bancarotta da parte degli amministratori¹⁹⁴. Il Codice ha previsto, inoltre, che nel caso di tempestiva segnalazione, all'organo amministrativo *in primis* e all'OCRI *in secundis*, costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale civile per la prosecuzione delle conseguenze pregiudizievoli

¹⁹²Il codice penale all'art. 40, co. 2, sancisce che *"non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*. L'obbligo giuridico di impedire un evento deriva dalla posizione di garanzia che un determinato soggetto ha nei confronti di beni ritenuti dall'ordinamento meritevoli di tutela, infatti con tale espressione si intende *"uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità totale o parziale del titolare di proteggerlo autonomamente"*. I reati omissivi propri, quindi, presuppongono che ad un soggetto sia attribuito dall'ordinamento giuridico il compito di proteggere determinati interessi, rilevandosi a tal fine necessaria l'esistenza di un particolare rapporto di protezione tra il soggetto (c.d. garante) ed un dato bene giuridico. È necessario sottolineare che tra la condotta omissiva e l'evento lesivo deve sussistere un nesso di causalità e sarà compito del giudice l'andare a verificare che tale evento sia stato cagionato da un'inattività del soggetto agente. Egli dovrà quindi effettuare un giudizio prognostico, chiedendosi se l'evento lesivo fosse venuto meno al compiersi della condotta onerosa (*conditio sine qua non*).

¹⁹³Si noti che il Collegio Sindacale, ai sensi dell'art. 2403 c.c., ha l'obbligo di vigilare *"sull'osservanza della legge e dello statuto (controllo di legalità), sul rispetto di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (controllo sulla gestione). Esercita, inoltre, il controllo contabile nel caso previsto dall'articolo 2409-bis, terzo comma"*. I doveri imposti dall'art. 2403 sono strettamente collegati a quanto previsto dall'art. 2403-bis c.c. che attribuisce al sindaco il potere di procedere con *"atti di ispezione e controllo"*, potendo chiedere informazioni agli amministratori *"sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati fatti"*. L'art. 2407 c.c. statuisce, in linea con quanto previsto dall'art. 2392 c.c. riferito agli amministratori, la responsabilità dei sindaci *"per i fatti o le omissioni"* degli amministratori, *"quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica"*.

¹⁹⁴ALESSANDRI, cit., 2019, pg. 1840

derivanti dalle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'amministratore (art. 14 CCII, co. 3).

È possibile affermare, inoltre, che l'esenzione civilistica si ripercuoterà, nel senso positivo e scriminante della parola, sul piano penalistico per evidenti ragioni di coerenza sistematica. Tale previsione normativa, quindi, ricadendo all'interno del versante penalistico, è in grado di circoscrivere la posizione di garanzia, se non di escludere del tutto la responsabilità penale¹⁹⁵. Sulla base di questo, il sindaco potrebbe essere ulteriormente sollevato dalla responsabilità concorsuale penale di cui all'*ex art. 40 cpv. c.p.* per fattispecie criminose di bancarotta fraudolenta e semplice eventualmente riconducibili agli amministratori.

3.6 Misure premiali

Si è visto che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza predispone tanto degli obblighi di segnalazione da parte di soggetti interni ed esterni all'impresa, quanto l'ipotesi che autonomamente l'imprenditore si muova per predisporre l'avvio di una procedura di composizione. Al fine di incentivare questi comportamenti virtuosi, il legislatore ha ideato delle misure premiali strettamente collegate ad un particolare concetto di "tempestività": ad accedervi è l'imprenditore che chiede entro tre mesi di tempo la composizione assistita o entro sei mesi l'accesso alle altre procedure previste dal Codice al verificarsi di determinati presupposti, vale a dire quando emergono debiti per salari e stipendi scaduti *"da almeno sessanta giorni, per un ammontare pari ad oltre la metà"* del monte salari complessivo; quando si verifichi *"l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni, per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti"* ovvero ancora quando si verifichi *"il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3"* (art. 24 CCII).

Gli incentivi, previsti all'art. 25 della Novella, sono rappresentati in parte da una riduzione degli interessi e delle sanzioni dei debiti tributari, in parte da un eventuale aumento dei termini per proporre il concordato preventivo nell'ambito del relativo

¹⁹⁵GAMBARDELLA, *cit.*, 2019, pg. 511

procedimento, anche se il maggiore effetto premiale riguarda l'ambito penale attraverso un'introduzione di una causa di non punibilità di tenuità speciale ed una circostanza attenuante di effetto speciale.

Per chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'OCRI o nei sei mesi richiesto l'accesso ad altra procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 24 CCII) è prevista la non punibilità con riferimento a tutte le fattispecie di bancarotta¹⁹⁶ fraudolenta o semplice, se il danno è di speciale tenuità (*causa di non punibilità di speciale tenuità*).¹⁹⁷

Il rimando al "danno" di speciale tenuità ha ulteriormente lasciato perplessi i primi penalisti che si sono imbattuti in una rassegna sui risvolti penalistici della Novella. Come si è detto i reati di bancarotta, al di fuori delle fattispecie causalmente orientate al dissesto, sono reati di pericolo (concreto) in quanto il danno si cristallizza successivamente, quando la fase della crisi culmina nella liquidazione giudiziale. La spiegazione dell'uso di tale terminologia potrebbe risiedere nell'idea per cui "anche la bancarotta fraudolenta dovrebbe essere ricostruita quale delitto di danno, anziché di pericolo concreto come asserisce oggi la giurisprudenza di legittimità e una parte consistente della dottrina"¹⁹⁸.

Se il danno non è di speciale tenuità, non integrandosi le condizioni previste dall'art. 131-bis c.p., la pena è ridotta fino alla metà (*circostanza attenuante ad effetto speciale*) purché sussistono contemporaneamente due condizioni alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi ovvero dell'insolvenza:

- L'attivo inventariato messo a disposizione dei creditori deve assicurare il soddisfacimento di almeno il 20 per cento del debito chirografario;
- Il danno derivante dalle condotte delittuose non deve superare i 2 milioni di euro.

¹⁹⁶Si noti, in realtà, che la legge delega 155/2017, all'art. 4, aveva previsto l'inserimento di una nuova causa di non punibilità per "*il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentari*" creando confusione sull'inclusione della fattispecie di bancarotta fraudolenta. Per ovviare a questo problema il Codice, con l'art. 25, co. 2, CCII ha previsto l'applicazione a tutte le figure di bancarotta.

¹⁹⁷L'istituto sembra costituire una declinazione della figura generale di cui all'art. 131-bis c.p. anche se priva dei vincoli che connotano quest'ultima.

¹⁹⁸GAMBARDELLA M., cit., 2019, pg.503

Si discute sul campo di applicazione di questa circostanza attenuante. Dal Codice è possibile dedurre, non essendo previste limitazioni, che si possa applicare a tutte la fattispecie di bancarotta. Discutibile è, inoltre, la soglia massima del danno che appare accessibile per le piccole-medie imprese, ma risulta “angusta” per quelle di grandi dimensioni che sembrano escluse dalla fruizione di questo beneficio; soprattutto se si rimanda al fatto che la Novella, nonostante preveda che gli strumenti di allerta non possano essere utilizzati dalle grandi imprese, dai gruppi di impresa di rilevante dimensione e dalle società quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico, permette loro di godere ugualmente delle misure premiali predisposte dal legislatore.

In concreto, con le misure premiali, la riforma mira chiaramente a responsabilizzare l'imprenditore incentivando l'uso di strumenti alternativi per la risoluzione della crisi; come è chiaro l'intento strumentale delle misure premiali a indurre l'imprenditore “ad attraversare, senza timore di naufragio, lo stato di crisi, prima che lo tsunami dell'insolvenza lo travolga definitivamente senza più ambizioni di salvataggio”¹⁹⁹.

3.7 Il “nuovo” ruolo del PM

Come visto l'impostazione legislativa che sta alla base del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è quella di anticipare i meccanismi di intervento ad una fase antecedente al ricorrere della situazione dell'insolvenza. Il concetto di tempestività risulta essere il *leitmotiv* del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la cui disciplina ruota attorno alla priorità di offrire all'imprenditore delle soluzioni che consentano il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, nonché l'accertamento tempestivo dei sintomi della crisi.

Con queste premesse appare spontaneo chiedersi che cosa cambierà nella posizione del Pubblico Ministero in relazione alla sua doppia veste sia per quanto riguarda il suo ruolo civilistico di parte delle procedure giudiziarie di regolazione delle crisi, che con riferimento a quello di organo di inquirente penale. Con il Codice, infatti, si pone un netto

¹⁹⁹CROCE R. (2018), “Le misure premiali ex art. 4 l. 155/2017: ponti per il futuro o salvacondotto per il passato?”, in *Il diritto penale della globalizzazione*, lavoro presentato al Convegno “Presentazione del volume “Corso di diritto penale dell'impresa”, a cura di Adelmo Manna”, Torino, 2 luglio 2018.

cambio di passo portando la Magistratura a prendere maggior consapevolezza del suo ruolo ed a comprendere la sua importanza in riferimento alla salvaguardia della tenuta complessiva del sistema socio-economico.

Il P.M. risulta avere oggi un ruolo potenziato rispetto ai suoi compiti di controllore e svelatore giudiziale, dovendo porre attenzione anche a situazioni di difficoltà dell'impresa che precedono l'insorgere di una vera e propria insolvenza. Il Codice gli ha attribuito, infatti, il ruolo di destinatario delle segnalazioni proveniente dall'OCRI, il quale davanti a trattative non riuscite di composizione assistita della crisi ha quindi l'obbligo di mettere al corrente la procura.

Ricevute tali notizie il P.M., qualora ritenga fondata la notizia di insolvenza, avrà a sua volta l'obbligo di sollecitare l'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale tempestivamente o comunque entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della notizia da parte dell'OCRI. Si noti che nel verificare la fondatezza della notizia dello stato di insolvenza, il P.M. ha la possibilità di svolgere delle indagini e delle verifiche, seppur in modo celere tenendo conto del già citato termine per presentare il ricorso di sessanta giorni dalla notifica. Sembra trattarsi di un termine nato da una sfiducia nei confronti delle procure di adempiere ai propri doveri, infatti risulta perentorio, privo di decadenza e sanzione processuale.

Il P.M. appare così rivestito di un generalizzato potere di iniziativa giudiziale, il quale viene altresì messo al centro di una serie di canali informativi che gli attribuiscono il compito di interloquire costantemente, mediante l'utilizzo di memorie e pareri, con il Tribunale.

In realtà, occorre sottolineare che le procedure di allerta e di composizione della crisi, che si dispiegano davanti all'OCRI, sono sottratte all'intervento e al controllo del P.M., vincolando l'iniziativa di quest'ultimo alla sola presenza di una notizia vera e propria di insolvenza, quindi non meramente prospettica o ipotetica²⁰⁰. Tale apertura è possibile notarla anche all'art. 38 CCII che induce il P.M. a presentare un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale *"in ogni caso"* in cui viene a sapere di uno stato di insolvenza. L'espressione *"in ogni caso"* sottolinea ulteriormente come il P.M. venga investito del già citato autonomo potere di iniziativa per l'apertura della liquidazione

²⁰⁰Risulta necessario che la crisi d'impresa, inizialmente reversibile, si sia evoluta in una concreta ed attuale situazione di insolvenza (irreversibile).

giudiziale²⁰¹: si noti, infatti, che la procura può venire allertata, anche ai soli fini civilistici, da un creditore qualunque (privato o pubblico), fuori dai meccanismi di allerta, dalla composizione della crisi, dalla segnalazione dell'OCRI.

Sul versante del diritto penale sostanziale, il nuovo Codice ha introdotto delle nuove fattispecie di reato che consistono in altrettante condotte illecite poste in essere dall'imprenditore o dai componenti degli organismi di composizione della crisi, durante lo svolgimento delle trattative finalizzate al risanamento dell'impresa. Risulta, dunque, modificata, sotto questo profilo, anche la funzione penale del P.M., che per accertare sia i nuovi reati commessi nell'ambito delle procedure di composizione della crisi, che i "classici" reati di bancarotta e gli altri reati concorsuali, dovrà sottoporre a verifica una serie di comportamenti. Gli artt. 341 e ss., infatti, puniscono diverse condotte fraudolente simulatorie poste in essere dall'imprenditore per ottenere l'apertura di un concordato preventivo o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione a cui si aggiungono specifiche fattispecie delittuose dei componenti dell'OCRI nell'ipotesi di false attestazioni (art. 345 CCII). La Novella in questo modo ha aperto una serie di nuovi ambiti operativi per il P.M. che viene chiamato a svolgere indagini in relazione alla fase di componimento della crisi della singola impresa, accertando eventuali falsità, simulazioni, dissipazioni o altre azioni od omissioni illecite poste in essere dal debitore o dai componenti dell'OCRI.

Tuttavia, quindi, anche se la procedura di composizione della crisi non prevede l'intervento *in itinere* del P.M.²⁰², è evidente che l'accertamento dei reati potrà essere compiuto solo a posteriori, ovvero solo dopo l'apertura di una procedura di regolazione della crisi ovvero della liquidazione giudiziale²⁰³.

²⁰¹Parte della dottrina aveva interpretato in tale senso estensivo anche l'ex art. 7 della Legge Fallimentare, stabilendo che l'insolvenza potesse emergere da un qualsiasi procedimento penale, anche se scritto a carico di soggetti terzi rispetto al *fallendo*, dando importanza al solo fatto che la notizia *decotiois* venisse appresa nel corso di analisi legittimamente svolte dalla procura. Nonostante questa fosse l'interpretazione per così dire prevalente, in giurisprudenza non mancavano interpretazioni di segno stringente, che predisponessero l'esigenza di una notizia di insolvenza che fosse vincolata ad un procedimento penale.

²⁰²Ricordiamo, infatti, che non vi è traccia del Pubblico Ministero durante la procedura di composizione assistita della crisi se non nel momento in cui la stessa subisce un'evoluzione patologica o un'anomala interruzione che pone l'OCRI a segnalare, con una relazione motivata, l'esito negativo al P.M.

²⁰³È possibile intuire che questo potere di intervento, seppur anticipato ma comunque postumo alla conclusione delle trattative, espone il P.M. al rischio di subentrare troppo tardi senza poter

3.8 Esenzione dai reati di bancarotta

Come si è visto l'imprenditore ha lo scopo di prevenire ed identificare la crisi, nonché procedimentalizzare le scelte successive ad uno stato di crisi ed insolvenza adottando, a seconda della gravità della situazione verificatosi, una delle diverse procedure individuate dal Codice. Si tratta di strumenti che mettono imprenditori e gli altri soggetti (si pensi alle banche) davanti a scelte di gestione della crisi impegnative e rischiose, vista la possibilità di poter essere puniti per reati di bancarotta. Queste scelte, in realtà, hanno anche dei vantaggi in termini penali, grazie alla presenza di talune norme di coordinamento penalistico che consentono un dialogo tra la disciplina penale e fallimentare, ovverosia tra il momento fisiologico di gestione di impresa e quello patologico. Si vuole fare riferimento al fondamento dell'*ex art. 217-bis*, che si occupa di disciplinare le c.d. "esenzioni" dai reati di bancarotta, norma fondamentale in quanto dà un indirizzo netto all'imprenditore e al giudice penale affermando che tutte le operazioni ed i pagamenti, effettuati nell'ambito degli istituti di gestione della crisi, non danno luogo a bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, portando il giudice a fare "un passo indietro" nella valutazione.

Tale istituto, introdotto dall'*art. 48 della l. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione, con modificazioni, del d. l. 31 maggio 2010, n. 78 recante "Misure urgenti di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, nasce proprio dalla necessità di impedire che comportamenti civilmente leciti possano essere ricondotti all'area del penalmente rilevante. Questo vuoto normativo, infatti, si poneva come deterrente all'utilizzo degli strumenti di risoluzione della crisi non consentendo la protezione della continuità di impresa, filosofia che in quegli anni iniziava a prender vita all'interno dell'ordinamento fallimentare.

In concreto, con tale nuovo istituto si è stabilito che le operazioni ed i pagamenti compiuti in favore di un creditore, seppur a danno degli altri, cessano di avere carattere preferenziale nella misura in cui siano compiuti in esecuzione di un programma volto al ripristino d'impresa. Va detto che, nella sua impostazione originale, i pagamenti e le operazioni esentati sono quelle poste in essere in esecuzione di un concordato preventivo, sia esso nella sua forma tradizionale (*artt. 160 ss. l. fall.*) che in continuità

intervenire nel momento in cui il reato è *in fieri*, ma solo in un momento in cui la condotta viene consumata o portata al massimo della sua gravità concreta.

(art. 186-bis l. fall.); di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182-bis l. fall.); di un piano di risanamento (art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.); di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3; ovvero di un pagamento dei crediti pregressi e l'accesso al finanziamento in esecuzione del piano (art. 182-quinques l. fall.).

È necessario porre attenzione, nell'ambito delle modifiche che la disciplina civilistica ha apportato nel tempo, all'art. 67 l. fall., richiamato dall'art. 217-bis, che si occupa del tema dell'azione revocatoria, strumento utilizzato dal curatore per ricomporre il patrimonio del fallito e che priva di effetto alcuni atti posti in essere dai soggetti prima che sia subentrata la dichiarazione di fallimento. Con tale disposizione il legislatore ha voluto affermare che gli atti, i pagamenti o le garanzie poste in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento, di un concordato preventivo e di un accordo omologato non sono suscettibili a revocatoria²⁰⁴, pur essendo compiuti in una situazione di insolvenza. La *ratio* sta nel fatto che il legislatore cerca ancora una volta di incentivare gli strumenti di risoluzione della crisi a discapito del fallimento, *rectius* liquidazione giudiziale. Si noti che, non essendo i piani attestati di risanamento sottoposti al vaglio giudiziale, il legislatore prevede una loro messa in discussione solo a posteriori, sottolineando che l'esenzione da revocatoria non opera se il debitore o il professionista lo pongano in essere dolosamente o per colpa grave, pur che vi sia una prova che il creditore ne era a conoscenza.

Alla luce di quanto appena detto, è facile notare come la disciplina dell'azione revocatoria, prettamente civilistica, e l'esenzioni dai reati di bancarotta, la quale al contrario opera su piano penalistico, vadano a braccetto avendo la stessa finalità intrinseca di tutela della *par condicio creditorum*.

L'art. 324 CCII che disciplina le "esenzioni" dai reati di bancarotta all'interno del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza mantiene, in ogni caso, lo stesso assetto dell'art. 217-bis²⁰⁵, in quanto richiama il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, gli accordi di esecuzione del piano attestato

²⁰⁴Vale a dire che non possono essere considerati inefficaci.

²⁰⁵Per completezza si riporta l'art. 324 CCII "*le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101.*"

ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 CCII, i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice ai sensi degli artt. 100 e 101 CCII²⁰⁶. Dunque i "pagamenti" e le "operazioni" che rientrano in tale perimetro delineato dal legislatore non possono comportare le fattispecie di bancarotta preferenziale, in particolare non possono mai integrare pagamenti preferenziali volti a favorire alcuni creditori sugli altri, né operazioni svolte dall'imprenditore in modo imprudente e intaccandone in modo consistente il patrimonio ovvero operazioni volte a ritardare il fallimento e condotte gravemente colpose che ne aggravano il dissesto.

Di particolare rilevanza, in questa sede, è il problema di coerenza che fa emergere il Gambardella tra la previsione della norma di cui all'art. 324 CCII e il "volto che sembra assumere la disciplina della crisi di impresa"²⁰⁷ caratterizzato dalla ricerca di ampliare il "momento giurisdizionale" piuttosto che gli strumenti dotati di natura prettamente privatistica. Con quest'ultima espressione si è inteso fare un chiaro accenno ai piani attestati di risanamento (art. 56 CCII, ex art. 67, c. 3, lettera d) l. fall.), ovvero strumenti che non vendono in nessun momento, sia esso per lo sviluppo che per l'approvazione degli stessi piani, la presenza dell'Autorità giudiziaria.

Ciò che cambia rispetto al vecchio dettato (art. 217-bis l. fall.) è inoltre il mancato riferimento ai singoli articoli che disciplinano e specificano le operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione di debiti omologati e dei piani attestati di risanamento. Lo stesso non è possibile affermarlo per i pagamenti autorizzati dal giudice in quanto il nuovo articolo sostituisce a pieno tutte le operazioni di cui agli all'ex art. 182-quinquies l. fall. con gli artt. 90, 100, 101. Da qui prende piega un ulteriore spunto di riflessione in quanto l'istituto di "esenzioni fallimentari" non contempla tutte le operazioni permesse in ambito civilistico, ma ne esclude alcune come quelle all'art. 182-septies l. fall. ed all'art. 67, comma 3, a) b) c) f) g) l. fall²⁰⁸. Si continuano, quindi, a non considerare le ulteriori ipotesi di esclusione da revocatoria, alcune chiaramente strumentali alla gestione dell'impresa e all'accesso a procedure di regolazione della crisi, creando incoerenza con la filosofia intrinseca al Codice di prediligere quest'ultime alla procedura liquidatoria.

²⁰⁶GAMBARDELLA M., cit., 2018, pg.10

²⁰⁷GAMBARDELLA M., cit.,2019, pg. 511-512

²⁰⁸GAMBARDELLA M., cit., 2018, pg. 10

Ciò su cui ci si continua ad interrogare è, inoltre, l'introduzione "anomala"²⁰⁹ all'interno dell'art. 217-bis l. fall. e ancora oggi all'art. 324 CCII del rimando alla legge 27 gennaio 2012, n. 3. (oggi il rimando è al concordato minore omologato di cui all'art. 80 CCII). Ci si chiede infatti perché venga inserito all'interno delle esenzioni fallimentari un richiamo al sovraindebitato che, come già visto, non è un soggetto che per legge possa rispondere dei reati di bancarotta preferenziale e semplice.

Si tratta, in ogni caso, di interventi poco sostanziali ed in continuità normativa²¹⁰. Questa mancata modifica della norma porta il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a confermare, se non amplificare, i dubbi e le perplessità di applicazione sulla natura dell'istituto. Sul tema il Mucciarelli ha infatti dichiarato di essere di fronte ancora ad una "occasione mancata" in quanto "il legislatore avrebbe potuto far chiarezza sulla natura dell'istituto, precisarne l'ambito di applicazione sostituendo l'equivoco sintagma "*in esecuzione*"²¹¹, riflettere sulla eventuale estensione dell'istituto stesso a ulteriori fattispecie incriminatrici, evitando in tal modo di imporre all'interprete un esercizio ermeneutico disagiata (al cospetto di una esplicita limitazione normativa) e dagli esiti comunque incerti, approdo tutt'altro che raccomandabile in materia penale"²¹².

3.9 Pene principali e accessorie

Se sul piano delle condotte le disposizioni penali dei reati di bancarotta corrispondono alle equivalenti previsioni della legge fallimentare, sul piano sanzionatorio è necessario porre attenzione ad una piccola, ma rilevante modifica. Si vuole fare riferimento al principio di durata variabile delle pene accessorie per la bancarotta fraudolenta (art. 322, co. 4, CCII); novella necessitata da una recente sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 2018. La sentenza appena citata ha rimesso in discussione la legittimità costituzionale, richiamando gli artt. 3, 4, 27, 41, 117 co. 1 (con riferimento agli artt. 8 e 1 prot. 1 Cedu) della Costituzione, dell'automatismo sanzionatorio delle pene accessorie

²⁰⁹BRICCHETTI R, cit., 2019, pg. 78

²¹⁰BRICCHETTI R, cit., 2019, pg. 79

²¹¹Si noti che l'espressione "in esecuzione del concordato preventivo" fa riferimento all'omologa dello stesso e tende a non considerare tutte quelle operazioni preventive all'avvio del piano. La dottrina maggioritaria concorda nell'inserire anche talune operazioni all'interno del perimetro dell'esenzione, ma il legislatore non si è espresso a riguardo.

²¹²MUCCIARELLI F., cit., 2019, pg. 1196-1197

afflitte ad alcuni condannati protagonisti del c.d. *Crack Parmalat*, per aver commesso fatti di bancarotta impropria semplice e fraudolenta. In particolare, si è fatto leva sulla funzione special-preventiva della pena e sul fatto che l'automatismo non rispecchi l'auspicato principio di proporzionalità costituzionale, anche in ottica di una rieducazione del *reo*.

Si è visto che all'imprenditore che compie taluna delle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale ovvero documentale spetta la reclusione "da tre a dieci anni". Più lieve è la pena prevista per colui che metta in atto condotte che rimandino al contenuto lesivo della bancarotta preferenziale, dove infatti la pena della reclusione varia "da uno a cinque anni". Ancora si vuole ricordare che con riferimento alla bancarotta semplice si è invece puniti con la reclusione "da sei mesi a due anni".

Non si tratta delle uniche pene cui il *reo* può trovarsi a sopportare. L'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. prevedeva che la condanna delle ipotesi di bancarotta fraudolenta comportasse le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale, nonché dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di "dieci anni"; durata considerata fissa ed inderogabile, sottolineando il rigido regime sanzionatorio che caratterizzava tale fattispecie.

Negli anni si è cercato di mitigare tale previsione, ma solo con la già citata sentenza n. 222/2018 si è riconosciuta l'illegittimità costituzionale della parte riguardante la forma fissa della durata delle pene accessorie di "dieci anni", in quanto "non compatibile con i principi costituzionali in materia di pena, e segnatamente con i principi di proporzionalità e necessaria individuazione del trattamento sanzionatorio"²¹³, promuovendo al contrario l'utilizzo della clausola "fino a dieci anni".

Sul tema è, inoltre, risultato necessario il successivo intervento delle Sezioni Unite in quanto con la sentenza n. 222 del 2018 della Corte Costituzionale, relativa alla determinazione in concreto per le pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta, ci si è interrogati se le stesse dovessero essere considerate pene con durata "non predeterminata" (art. 37 c.p.) ovvero con durata "predeterminata" (art. 133 c.p.). Con la sentenza del 28 febbraio 2019, n. 28910, le Sezioni Unite hanno risolto tale contrasto giurisprudenziale affermando che "le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai

²¹³Sent. Cass., 5 dicembre 2018, n. 222

criteri di cui all'art. 133 c.p.". Gli Ermellini hanno così deciso di non optare per il meccanismo che prevede l'equiparazione della durata della pena accessoria a quella della pena principale afflitta, ma di lasciare al giudice la piena discrezionalità entro la cornice edittale prevista dalla fattispecie.

Resta comunque ferma la possibilità di affliggere pene accessorie superiori a quella detentiva in quanto la sua funzione si allontana da quello della pena detentiva principale *"essendo finalizzate a impedire al condannato di continuare le attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati"*²¹⁴.

Il Codice della crisi d'impresa si è in questo modo adeguato a tale disciplina all'art. 322, co. 4, abbandonando ogni canone fisso ed adottando la formulazione elastica (*"fino a dieci anni"*) relativa alla durata delle pene accessorie²¹⁵.

3.10 Gruppi di impresa ed insolvenza

Oltre al dato importante costituito dalle definizioni normative di gruppo di imprese e di gruppi di imprese di rilevanti dimensioni, di cui all'art. 2 lett. h) e lett. i) CCII, che assicurano il positivo riconoscimento sul piano giuridico di queste realtà che finora erano state indirettamente considerate attraverso una serie di richiami ad altre norme, il Codice della crisi prevede una disciplina organica, ispirata dal Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera n. 2015/848, riconoscendo la presenza di un procedimento unitario per la gestione dello stato di crisi o dell'insolvenza che riguardano una pluralità di imprese appartenenti ad un medesimo gruppo.

Pur rimanendo invariato il principio dell'autonomia delle masse attive e passive delle singole società appartenenti al gruppo (art. 284, co. 3, CCII), l'art. 290 del Codice della crisi e dell'insolvenza, nel prevedere la possibilità per il curatore di agire per ottenere la declaratoria di inefficacia per atti che abbiano comportato lo spostamento di risorse a favore di un'impresa appartenente al medesimo gruppo, cita espressamente l'art. 2497, co. 1, del Codice Civile (*"non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette"*). Viene così richiamata la teoria dei

²¹⁴Sent. Cass., 5 dicembre 2018, n. 222

²¹⁵MAZZACUVA N., AMATI E., *cit.*, pg. 311-312

c.d. vantaggi compensativi; disposizione che, collocata nell'ambito della disciplina civilistica dell'attività di direzione e collegamento delle società collegate, impone di tenere conto dei vantaggi compensativi che si sono prodotti a favore di una società del gruppo quale contropartita di operazioni dannose che la stessa abbia eventualmente subito²¹⁶.

Il richiamo alla norma civilistica che fino ad ora, dal punto di vista penale, era menzionato espressamente solo all'art. 2634 c.c. a proposito del reato di infedeltà patrimoniale, ha ora un'influenza anche sulla configurabilità della c.d. bancarotta infragruppo e sull'applicabilità della teoria dei vantaggi competitivi anche in questo ambito. Di recente, la giurisprudenza si è espressa sul tema sottolineando quindi che *"il reato di bancarotta patrimoniale resta escluso se con valutazione ex ante i benefici indiretti per la fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società"*²¹⁷.

3.11 Misure cautelari penali

Le misure cautelari reali hanno lo scopo di garantire il pagamento di importi ricollegabili al reato e di prevenire l'aggravamento delle sue conseguenze o la commissione di nuovi illeciti. Nel dettaglio le misure cautelari sono provvedimenti che incidono sul patrimonio, realizzando un vincolo di disponibilità di una *res*; ciò avviene per due principali finalità cautelari:

- 1) Garantire il pagamento delle pene pecuniarie, delle spese di giustizia ed eventuali risarcimenti danni (c.d. sequestro conservativo);
- 2) Impedire che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso, ovvero agevolare la commissione di altri reati (c.d. sequestro preventivo).

²¹⁶La teoria dei vantaggi competitivi, quindi, è rinvenibile all'art. 2634, co. 3, c.c. quando in merito al reato di infedeltà patrimoniale si stabilisce che *"in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo"*.

²¹⁷Sent. Cass., 10 giugno 2020, n. 17620

La confisca subentra ogniqualvolta si assiste ad un'ablazione della proprietà di determinati beni che passano dalla proprietà del privato a quella dello Stato, in forza di un provvedimento giudiziario o di una norma di legge che la prevede. Qualora non sia possibile applicare il provvedimento ablativo sul prezzo o sul profitto del reato è consentito procedere su somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o profitto del reato.

La confisca per equivalente, però, non è prevista per tutti gli illeciti, ne sono esclusi proprio i reati fallimentari, in quanto oltre alle pretese dello Stato è necessario rispondere anche agli interessi dei creditori dell'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale, ovvero della società decotta.

Con riguardo tale argomento il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, agli artt. 318, 319 e 320, posti all'interno del Titolo VIII intitolato "Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali", disciplina i rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari reali e risponde a quanto predisposto dalla legge delega. All'art. 13, co. 1, della legge delega 155 del 2017, infatti, si richiedeva di stabilire *"condizioni e criteri di prevalenza, (...), delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza"* coordinandosi con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.l. 6 settembre 2011, n. 159), nonché di disciplinare, in coordinamento con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con riguardo *"le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale"*.

Alla luce di quanto detto, l'art. 317 CCII prevede preventivamente che *"le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 (ovverosia i beni del debitore compresi nella liquidazione giudiziale) sono regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159"* rimandando in questo modo al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, salvo per gli articoli successivi e precedentemente citati. Va delineandosi così il rapporto tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali, tra Codice antimafia e Codice della crisi e dell'insolvenza, nonché il ruolo del Codice

antimafia come garanzia per i terzi oltre che di strumento contro la criminalità organizzata²¹⁸.

Con tali articoli pare affermarsi la tendenziale immunità della procedura di liquidazione rispetto al sequestro preventivo e conservativo, così come disposti nel processo penale. Gli artt. 318 e 319 CCII prevedono, quindi, la prevalenza della liquidazione giudiziale sulle misure cautelari reali, vale a dire che i beni del debitore non sono sottoposti a sequestro conservativo o preventivo, in quanto si mettono in primo piano gli interessi dei creditori e così la tutela della *par condicio creditorum*. Nello specifico l'art. 318 CCII prevede che il sequestro preventivo delle cose cui è prevista la confisca, ai sensi dell'art. 321, co. 1, c.p.p. non si applica sulle cose di cui all'art. 142 a meno che *“la loro fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato e salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa”*. Così come l'art. 319 CCII prevede che anche il sequestro conservativo *“ai sensi dell'art. 316 c.p.p. non può essere disposto sulle cose di cui all'art. 142”*, specificando che nemmeno in quest'ultima situazione ci si trovi di fronte ad interessi degni di prevalere su quelli dei creditori²¹⁹.

All'art. 320 CCII si attribuisce, infine, al curatore la legittimazione ad agire per l'impugnazione dei provvedimenti emessi in questa materia.

Sul tema si è espressa più volte la dottrina: si noti, a tal riguardo, che a destare perplessità fu, *in primis*, una sentenza delle Sezioni Unite. Gli Ermellini, pronunciandosi con riferimento all'impossibilità per il curatore fallimentare di proporre impugnazioni contro provvedimenti cautelari successivi alla dichiarazione di fallimenti, affermarono

²¹⁸BONTEMPELLI M., ROBERTO P. (2019), “La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza “Focarelli” e “Uniland” al nuovo codice della crisi d'impresa”, in *Diritto penale contemporaneo*, n.2

²¹⁹Si noti che sul tema, prima dell'introduzione del Codice Antimafia, una parte giurisprudenza riteneva che a prevalere fosse il sequestro preventivo sul fallimento, indipendentemente dal fatto che la procedura si fosse aperta prima o dopo dell'emanazione del provvedimento; altra giurisprudenza riteneva vi fosse una prevalenza del fallimento sulle misure di prevenzione. Il Codice Antimafia si uniformò alla prima ipotesi all'art. 63, co. 4 dello stesso d. lgs. 159/2017 per cui *“Quando viene dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare”*, con la conseguenza che *“Se nella massa attiva del fallimento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro, il tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento con decreto ai sensi dell'articolo 119 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni”* (art. 63, co. 6, d. lgs. 157/2017). Con la riforma del Codice si dà al giudice fallimentare (civile) l'opportunità di verificare i crediti e i diritti dei beni per cui è intervenuta la confisca o il sequestro, permettendogli di sentenziare in materia prettamente penale.

come lo stesso fosse un “*soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, non titolare di diritti sui beni in sequestro, senza potere di azione di rappresentanza dei creditori*”²²⁰, poiché nemmeno questi ultimi si identificano come proprietari dei beni prima che la procedura liquidatoria giunga a conclusione²²¹. Si noti che tale conclusione, riferitasi ad un’ipotesi di confisca-sanzione di cui all’art. 19 d. lgs. 231/2001, veniva estesa anche a tutti i casi di confisca per equivalente²²².

Tale decisione non fu accolta in modo benevolo tant’è che si iniziarono ad evidenziare motivazioni contrarie a quanto disposto dalle Sezioni Unite. Si tratta di una corrente di pensiero che con il tempo portò il Codice della crisi ad armonizzarsi con quanto previsto dal Codice di procedura penale: gli artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p., infatti, ammettono anche a soggetti estranei al proprietario la legittimazione a revocare il sequestro preventivo. Alla luce di questo, si iniziò a pensare che anche il curatore sarebbe potuto rientrare tra il novero dei soggetti legittimati nelle vesti di “detentore” dei beni della procedura²²³.

A questo è necessario aggiungere che il curatore agisce con il suo potere anche in termini di recupero dei beni anteriormente alienati, il che di conseguenza gli permette di richiedere la restituzione delle cose sequestrate. Si ricordi, infatti, che tale organo della procedura è incaricato di ricostruire l’attivo dell’impresa fallita, in ottica di tutela dei creditori, nonché del soddisfacimento delle loro pretese.

Infine sul tema emerse che le Sezioni Unite nel 2014, escludendo il curatore tra i soggetti legittimati ad impugnare provvedimenti, andarono contro una loro stessa presa di posizione risalente al 2004 quando, con la sentenza n. 29951, prevedevano che il curatore fallimentare avesse piena facoltà “*di proporre sia l’istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo, sia quella di revoca della misura, ai sensi dell’art. 322 cod. proc. pen., nonché di ricorrere per cassazione ai sensi dell’art. 325 stesso codice avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame*”, nelle vesti di soggetto posto alla ricostruzione dell’attivo fallimentare.

²²⁰ Sent. Cass., S.U., 25 settembre 2014, n. 11170

²²¹ BASILE E. (2017), “I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza”, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, pg. 328

²²² BASILE E., cit., pg. 329

²²³ Secondo l’art. 42 l. fall. La dichiarazione di fallimento trasferisce agli organi della procedura fallimentare, e quindi anche al curatore, la disponibilità dei beni del fallito. Il fatto che il curatore detenga i beni del fallito gli permette di poter impugnare, ai sensi dell’art. 322-bis c.p.p. i provvedimenti cautelari e di avere la loro restituzione.

CAPITOLO IV - IL DESTINO DEL NUOVO CODICE E DEI REATI FALLIMENTARI ED IL NUOVO MODO DI “FARE IMPRESA”

Non è facile parlare del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in un momento di “sospensione del tempo” come quello che stiamo vivendo oggi.

È quasi surreale studiare le novità apportate da questa Novella in quanto non vi è alcuna certezza sulla sua entrata in vigore in termini di tempo e di formulazione. Si noti che, oltre alla Pandemia Covid-19, anche la previsione di nuovi correttivi fa intendere che la materia subirà rimaneggiamenti prima della sua effettiva entrata in vigore portando con sé un senso di incertezza sulla materia.

Nel frattempo siamo come *freezati*. Si pensi che le istanze di fallimento, in questo momento di pandemia, non possono essere esaminate e che probabilmente, alla fine di questo “incubo”, si dovranno affrontare delle dure conseguenze dovute alla crisi economica. Sono sospese anche le regole di diritto societario che sanzionano gli effetti delle perdite del capitale sociale, determinando gli effetti dello scioglimento delle società con le connesse responsabilità degli amministratori che non si adeguano allo *standard* della gestione conservativa.

Proviamo ora a riflettere su quale sarà il destino dei reati fallimentari all'interno del nostro ordinamento, sui cambiamenti apportati al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza causa pandemia Covid-19, nonché su come cambieranno le imprese e il modo di fare impresa quando la Novella, dopo numerosi rinvii, entrerà interamente in vigore.

4.1 Verso dove stiamo andando?

Verso dove stiamo andando? Quale sarà il destino della procedura principe della legge fallimentare? E del reato di bancarotta? Seguendo l'impostazione del Codice è facile affermare come si stia andando verso l'estinzione totale del fallimento, tant'è che molti studiosi collegano a tale conseguenza la mancata rivisitazione del delitto di bancarotta

ad esso ancorato²²⁴. Non si parla solo di un'eliminazione lessicale, ma di un vero e proprio allontanamento della procedura: la liquidazione giudiziale appare come un'isola lontana su cui approdare solo quando non si hanno più speranze, nonché quando si è tentata la risoluzione della crisi o dell'eventuale insolvenza attraverso tutte le altre procedure concorsuali. Anche l'insolvenza sembra destinata a non presentarsi con estrema facilità, a fronte della nuova aspirazione del legislatore di rilevare la crisi in modo tempestivo e in tempi precoci. Si vuole, infatti, risanare l'impresa quanto prima per non farla sfociare nell'irreversibilità che una situazione di questo calibro potrebbe avere come conseguenza.

Analizzando il contesto in cui doveva inserirsi il Codice della crisi e dell'insolvenza possiamo notare come verosimilmente si stesse andando già verso questa strada: i dati al 2018 hanno infatti registrato un calo dei fallimenti del 7 per cento rispetto all'anno precedente ("Guardando ai primi tre trimestri si tratta del valore più basso osservato dal 2011")²²⁵. Ad oggi, procedere con una stima di questo genere potrebbe risultare del tutto distorto: è vero che i fallimenti continuano a diminuire, ma questo grazie alle moratorie e a dei specifici provvedimenti governativi per far fronte alla pandemia in atto. Nonostante la situazione abbia posto tutte le carte in regola per snellire le pratiche accumulate, i tribunali non sono riusciti nell'intento anche a causa delle innumerevoli chiusure. Ciò che preoccupa è la situazione che si creerà al termine delle moratorie: i tribunali si troveranno ad affrontare ingenti somme di pratiche in un Paese dove le procedure fallimentari sono lente e faticose.

4.1.1 La bancarotta fa "un passo indietro"

Il profondo impatto sociale derivante dall'uscita di un'impresa insolvente dal mercato, soprattutto dovuto a causa del coinvolgimento di diversi soggetti che sono parte di quella particolare attività d'impresa (fornitori, dipendenti, ecc.), ha portato il legislatore negli anni a far retrocedere il fallimento, a spostarlo "dietro le quinte", a beneficio di procedure alternative volte ad una composizione della crisi.

²²⁴SISIA S., TREMOLADA C., cit., pg. 6-7

²²⁵ORLANDO L. (2019), "Giù i fallimenti. Con nuove incognite nel 2019", in *Il Sole 24 ore*

Alla luce di quanto appena detto appare opportuno porre maggiore attenzione ai reati che si svolgono in questo momento giurisdizionale.

Nonostante con l'introduzione del Codice poco cambia per il penalista, almeno da un punto di vista formale e di principio, rispetto alla disciplina previgente in materia di norme incriminatrici, emblematica in questo senso è comunque l'introduzione di nuovi reati agli articoli 344²²⁶ e 345 CCII. Questi ultimi, collocati all'interno del Titolo IX, Capo IV rubricato "*Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi*", disciplinano rispettivamente le "*Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi*" e il "*Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI*". Con tale introduzione si vuole dimostrare, *in primis*, come di fatto l'assetto penalistico non sia rimasto così immutato come sperato dalla Relazione al Codice. Infatti, nel promuovere la continuità delle fattispecie criminose, si è affermato che si tratta di "*norme (...) [che] non hanno (...) contenuto di novità in relazione alle condotte punite, (...) perché derivano da disposizioni analoghe già vigenti*", ma la stessa affermazione ha lasciato in dottrina molteplici perplessità²²⁷.

In tale sede di riflessioni conclusive, lo scopo non è quello di esaminare tali nuove disposizioni e le loro molteplici ripercussioni sull'ordinamento in tema di *abolitio criminis* ed eccesso di delega, ma di esaminare quali potrebbero essere, a detta di chi scrive, le ragioni di tale introduzione. È intuitivo come il legislatore, attraverso l'introduzione tra il novero dei reati fallimentari di altre due disposizioni incriminatrici, abbia sentito la necessità di disciplinare, anche dal punto di vista penale, tutto ciò che accade in un momento prima in cui un'impresa riversa in insolvenza e acceda alla procedura liquidatoria, ovvero di punire anche quei soggetti meritevoli (in generale qualificati come "debitori") pur non essendo a loro consentito l'accesso alla liquidazione giudiziale²²⁸, nonché quei soggetti che seppur diversi dal debitore assumono un ruolo di grande importanza nella fase di composizione della crisi. Non è quindi effettivamente pensabile non punire ciò che di illegale accade nella nuova procedura di composizione della crisi in relazione a taluno dei componenti dell'OCRI.

²²⁶È necessario sottolineare che l'art. 344 CCII, in realtà, ripropone in gran parte la previsione incriminatrice di cui all'art. 16 l. n. 3/2012

²²⁷Sul tema si veda BRICCHETTI R., cit., 2019, pg. 76 e pg. 89-95

²²⁸Si vuole fare riferimento ai soggetti che rispondono all'OCC (Organismo di composizione della crisi da sovra indebitamento), gemello dell'OCRI.

Non sono gli unici articoli a dover essere messi in risalto. Ancora più evidente è l'importanza che ruoterà attorno all'art. 341 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (ex art. 236 l. fall.), recante la disciplina della c.d. bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione.

Se prima delle innovazioni apportate al diritto concorsuale lo studio della bancarotta veniva connesso al solo fallimento e allo stato di insolvenza, procedendo all'apertura delle procedure "minori" solo in rari casi, oggi non è possibile incanalare gli studi penali a tale solo aspetto, proprio in ragione delle recenti modifiche in tema di gestione della crisi d'impresa²²⁹.

L'uso del concordato preventivo, come strumento riparatore di un'eventuale situazione di crisi ed insolvenza, è stato fino ad oggi per lo più limitato; l'auspicio del legislatore del Codice è quello di aumentare l'accesso a tale procedura, ovvero alle altre procedure alternative, portando ad una lenta estinzione della procedura di liquidazione giudiziale e delle implicazioni negative ad essa collegata.

È alla luce di quanto detto che si può comprendere come l'attenzione si debba spostare anche sul versante penale. Modificare il diritto concorsuale nella sua impronta civilistica comporta traslare l'attenzione anche alle disposizioni penali ad esso collegato: il realizzarsi del disegno del legislatore, che vede il risanamento del bene impresa come cardine, porta in primo piano procedure che fino a quel momento non avevano visto grande risvolti. L'utilizzo più massiccio non può prescindere da un'attenzione anche da parte del diritto penale nel punire il *reus* anche in questa fase di risanamento.

4.1.2 Crisi e bancarotta: implicazioni

Si è visto come la Novella si snodi attorno al concetto di "crisi", che inevitabilmente assume rilevanza anche sul piano penalistico, più precisamente nell'ambito dei reati di bancarotta²³⁰. Affiancare il termine "crisi" alla disciplina dei reati di bancarotta potrebbe dar vita ad un ossimoro, in quanto a presupposto di queste fattispecie

²²⁹SANTORIELLO C. (2020), "Alcune indispensabili precisazioni sulla bancarotta da concordato preventivo", in www.sistemapenale.it, pg. 2

²³⁰ALESSANDRI A. (2019), "Novità penalistiche della crisi d'impresa", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, pg. 1829

criminose vi è lo stato di insolvenza, nonché la dichiarazione d'insolvenza da considerare ormai come condizione obiettiva di punibilità.

A tal proposito tra i reati fallimentari spicca anche l'art. 341 del Codice della crisi e dell'insolvenza (art. 236 l. fall.²³¹) che si occupa di disciplinare, dal punto di vista penale, il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

L'articolo in questione si snoda in tre commi, di cui il primo punisce con una reclusione da uno a cinque anni, l'imprenditore individuale che, per ottenere l'apertura di una delle procedure sopra indicate, *“si sia attribuito attività inesistenti”* ovvero allo scopo di influire sulla formazione delle maggioranze *“abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti”*.

Il secondo comma, invece, rimanda in toto alle fattispecie di bancarotta societaria di cui all'artt. 329 e 330 CCII estendendole al concordato preventivo e punendo, quindi, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società. Si tratta, ovviamente, di società che non è detto che si siano riversate in uno stato di insolvenza, in quanto presupposto oggettivo per il ricordo all'apertura di un concordato può essere tanto lo stato di crisi, che quello di insolvenza (art. 85 CCII).

Il terzo comma prevede che le disposizioni di cui al secondo comma siano estese anche *“nel caso di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa o di convenzione di moratoria, nonché nel caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 48, comma 5, si applicano le disposizioni previste al comma 2, lettere a), b) e d)”* ovverosia altrettante procedure che non vedono come presupposto la sola insolvenza, ma alternativamente lo stato di crisi o di insolvenza.

È intuibile comprendere l'irrazionalità con cui sono state affiancate procedure destinate ad un'impresa non ancora decotta, riversata in uno stato di crisi e che dovrebbe avere come unico obiettivo il suo risanamento o la sua ristrutturazione, a norme che nel proprio impianto conservano una filosofia volta *“alla polverizzazione del patrimonio e alla espulsione dell'entità decotta”*²³². Reati che, essendo caratterizzati da una sanzione particolarmente pesante, poiché considerato strumento punitivo necessario per

²³¹Già con la previgente Legge Fallimentare il legislatore aveva affiancato i reati di bancarotta ad ipotesi che nulla avevano a che fare con la procedura fallimentare (art. 236 l. fall., *“Concordato preventivo (e amministrazione controllata)”*).

²³²ALESSANDRI A., cit., 2019, pg. 1832

eliminare dal mercato l'impresa, non riflettono invece la situazione di crisi insita a tali altre procedure²³³.

Se lo scopo del Codice della crisi e dell'insolvenza è quello di far emergere i percorsi alterativi, tanto da posporre la liquidazione giudiziale ad un ultimo momento, questo potrebbe pregiudicarne l'efficacia, distogliendo le imprese dalle stesse in quanto minacciate dall'incombere delle figure di bancarotta²³⁴.

4.2 La crisi economica da pandemia e il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

L'idea del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza viene travolta dalla pandemia da Covid-19 e il punto di svolta del cambiamento della filosofia è definito all'interno del d. l. n. 23/2020 dell'8 aprile "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*" (c.d. Decreto Liquidità).

Previsioni sull'andamento del nostro Paese post pandemia mostrano come sia inevitabile una caduta dell'attività economica ed una contrazione della produttività per i prossimi anni e come, di conseguenza, si prospetti una recessione più forte di quella che pervenne nel dopoguerra e con la grande crisi finanziaria del 2008.

In questo drammatico contesto va emergendo, inoltre, come la sovrapposizione delle norme della vecchia legge fallimentare del '42, delle nuove norme già operanti e di quelle che lo saranno del nuovo Codice dell'impresa e del recente decreto liquidità crei una disomogeneità normativa di difficile coordinazione. Ciò che più di tutto appare problematico è come l'attuale quadro normativo sembri totalmente inadeguato ad affrontare gli effetti dell'eccezionale crisi economica che vi è alle porte²³⁵.

²³³ALESSANDRI A., cit., 2019, pg. 1832

²³⁴ALESSANDRI A., cit., pg. 1832

²³⁵Si pensi, ad esempio, alla stessa struttura organizzativa fondata di fatto sulla continuità aziendale e come proprio l'introduzione del nuovo e già operante art. 2086 c.c. appare oggi in contraddizione con la realtà da affrontare. Ci si chiede, infatti, se è possibile valutare la permanenza della continuità aziendale in un contesto che vede e vedrà nel tempo il perdurare di uno stato di insolvenza per molte imprese; quesito che appare ancora più lecito se ci si sofferma sul fatto che la continuità aziendale costituisce il presupposto per ogni forma di accesso al

4.2.1 Il decreto liquidità

Questo quadro tuttavia non impedisce di apprezzare lo sforzo e l'intervento del già citato decreto liquidità sulle procedure concorsuali, che *in primis* posticipa l'entrata in vigore della Novella al 1 settembre del 2021 (art. 5, d.l. 23/2020). Tale decisione è stata presa soprattutto in vista delle profonde innovazioni che il Codice porterebbe con sé: non è facile poter adattare gli indicatori di allerta, progettati in un contesto di stabilità economica, in una situazione di incertezza; così come l'apertura delle procedure alternative al fallimento, che con la Novella acquisiscono sempre più importanza, richiederebbe interventi di ristrutturazione ed investimenti finanziari non facilmente applicabili nella situazione in cui si sta vivendo oggi²³⁶. Inoltre, quando viene introdotta una nuova normativa è necessaria una conseguente fase di sperimentazione per meglio adattarla al contesto di riferimento ed è intuibile capire che tale delicato momento non è ora agevole a concretizzarsi²³⁷.

Tra le novità spicca anche un provvedimento straordinario, seppur comprensibile, il quale prevede l'improcedibilità delle istanze di fallimento fino al 30 giugno 2021²³⁸ (art. 10, co. 1, d.l. 23/2020)²³⁹, assicurando così la tutela dei creditori attraverso la sospensione dei termini previsti dall'art. 69-bis l. fall. per la proposizione delle azioni di revocatoria. Si tratta di una decisione presa, come prevede la Relazione Illustrativa al decreto liquidità, *“per evitare di sottoporre il ceto imprenditoriale alla pressione crescente delle istanze di fallimento di terzi e per sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui*

credito e che al suo venire meno conseguono molteplici responsabilità sia civili che penali nei confronti degli esponenti aziendali.

²³⁶MUCCIARELLI F. (2020), la crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020, in www.sistemapenale.it

²³⁷MUCCIARELLI F. (2020), “La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020”, in www.sistemapenale.it

²³⁸ In vista del perdurare della Pandemia da Covid-19, con l'approvazione della Legge di Bilancio 2021 (Legge 30 dicembre 2020, n. 178; art. 1 c. 244), le misure di sostegno alle imprese previste dal Decreto liquidità sono state prorogate fino al 30 giugno 2021.

²³⁹Tale moratoria sui fallimenti unita al rallentamento generale dell'attività nei tribunali a causa del *lockdown* hanno portato il numero dei fallimenti a scendere ulteriormente. Tale riduzione appare però effimera in ragione delle conseguenze disastrose che la pandemia farà emergere nei prossimi anni (“il numero dei fallimenti potrebbe aumentare di circa 6500 casi (quasi il 60 per cento di quelli registrati nel 2019), entro il 2022, di cui una parte preponderante già nel 2021”; GIACOMELLI S., MOCETTI S., RODANO G. (2021), “Fallimenti d'impresa in epoca Covid”, in www.bancaditalia.it, pg. 2)

lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari, con il correlato pericolo di dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato” nonché per “bloccare un altrimenti crescente flusso di istanze in una situazione in cui gli uffici giudiziari si trovano in fortissime difficoltà di funzionamento”²⁴⁰.

Non sfuggono novità anche in ambito societario con l'introduzione di una disposizione che prevede l'esonero dall'obbligo di assumere iniziative in caso di perdita del capitale sociale (art. 6 d.l. 23/2020), dando l'opportunità di continuare a “fare impresa” anche in caso di azzeramento del capitale sociale. Si tratta di una previsione che, prima di questo momento, sarebbe risultata impensabile: il diritto societario, infatti, insegna che quando un imprenditore perde capitale sociale deve automaticamente “fermarsi”, in quanto, qualunque attività svolta in disobbedienza a tale obbligo potrebbe andare a costituire un'operazione dolosa capace di aggravare il dissesto (non può quindi violare quanto previsto dall'art. 2447 c.c.).

Tale disposizione straordinaria appare come un'estensione dell'art. 182-sexies della l. fall. per cui la presentazione di una domanda di concordato in bianco sospende l'applicazione delle norme che prevedono la capitalizzazione o la liquidazione in caso di perdita superiore al dovuto del capitale sociale²⁴¹.

L'obiettivo di tale disposizione è comunque quello di evitare di mettere l'amministrazione in condizioni in cui debba rispondere civilmente e penalmente, in un'eventuale prospettiva fallimentare, per non aver adottato una gestione conservativa, specie in una situazione in cui la perdita di capitale potrebbe derivare per cause estranee all'effettiva capacità e potenzialità dell'impresa²⁴².

Non vengono applicati, in questi ultimi tempi, neppure gli art. 2467 (“Finanziamenti dei soci”) e 2497-quinquies c.c. (“Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento”) per prevenire fenomeni di sottocapitalizzazione nominale.

²⁴⁰Relazione illustrativa del decreto liquidità n. 23, pg. 10

²⁴¹Si noti però che si tratta di una norma di carattere emergenziale che non può che essere limitata nel tempo in quanto si consente ad un'impresa di proseguire la propria attività nonostante la perdita del capitale sociale, senza alcun controllo da parte di un'Autorità come al contrario prevede l'art. 182-sexies.

²⁴²MUCCIARELLI F. (2020), “La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020”, in www.sistemapenale.it

L'art. 7, co. 1, del Decreto liquidità prevede che *“la valutazione della continuità deve essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2019”*. Ad oggi si dà per assodato la continuità aziendale sulla base di una presunzione fondata su quello che era la situazione dell'impresa pre-Covid. Ciò permette di approvare i bilanci in modo tempestivo, *“assicurandone la essenziale funzione informativa in quanto le voci verranno apprezzate con riferimento alla situazione fisiologica precedente all'insorgere dell'emergenza”*²⁴³.

Per le imprese in fase di ristrutturazione, ovverosia per le imprese che in questa fase hanno in corso o dei concordati preventivi o degli accordi di ristrutturazione, sono previste una serie di novità:

- Per i concordati ancora senza piano è possibile fare istanza di allungamento dei termini per la redazione dello stesso, anche se si è già ottenuta la proroga del primo termine concesso;
- Parimenti per un concordato con un piano presentato, ma non ancora sottoposto al voto, è possibile richiedere un differimento per l'adunanza dei creditori dando l'opportunità di predisporre un piano aggiornato alla situazione attuale;
- Per i concordati con piano già votato ed in fase di omologazione sono previste due distinte possibilità: a) differire di sei mesi i tempi di esecuzione del piano; o b) presentare istanza per ottenere un nuovo termine per rimodulare il piano e la sua omologazione;
- È possibile posporre, dinanzi a concordati ed accordi di ristrutturazione già omologati, i propri adempimenti di sei mesi di tutti i termini di esecuzione previsti dal 23.2.2020 al 31.12.2021;
- Infine, è stato previsto che concordati, accordi di ristrutturazione e piani attestati successivi al 31 dicembre 2019 possono ottenere finanziamenti garantiti, purché l'impresa non sia stata classificata già prima all'8 di aprile 2020 *“a sofferenza”*. È vero che chi accede ad un concordato spesso si trova già in una situazione critica, ma non è sempre così, soprattutto in relazione agli accordi di ristrutturazione. In questo modo si dà la possibilità di accedere ai sostegni finanziari, già citati, all'interno di una procedura di ristrutturazione.

²⁴³MUCCIARELLI F. (2020), *“La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020”*, in www.sistemapenale.it

Tali procedure di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione, si ricordi, rientrano tra quelle considerate dall'art. 217-bis l. fall. "esenzioni dai reati di bancarotta", con ciò non si può escludere, infatti, che tale disciplina "temporanea" potrebbe nel tempo avere ripercussioni anche in sede penale²⁴⁴.

4.3 Il cambio di filosofia per le imprese

L'obiettivo principale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è quello di mutare l'impianto su cui gli economisti erano abituati a ragionare: non si è più orientati ad una situazione di insolvenza già avvenuta, ma ad una previsione futura cogliendo i segnali premonitori della crisi.

Tale riforma pone, quindi, dinnanzi ad una necessità di cambiamento, soprattutto culturale, che incide sul mondo dell'impresa, dei professionisti che la assistono, degli organi di controllo, ma anche sul mondo di alcuni creditori dell'impresa e della giurisdizione.

La salute dell'azienda diventa un obiettivo primario del fare impresa: il controllo si intensifica nell'ottica di garantire una maggiore stabilità per il sistema economico-fiscale.

Il Codice della crisi d'impresa deve essere visto come un'opportunità, in quanto permette le imprese a guardare sempre avanti nel futuro e non al passato, come avveniva con la vecchia normativa.

4.3.1 Gli indicatori di allerta

Che cosa il Codice della crisi definisce come "indicatori"? Che cosa serve all'imprenditore e agli organi di controllo al fine di verificare lo stato di crisi dell'azienda? Si è visto che la "crisi" del Codice ha natura finanziaria, in quanto si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici di sostenere i debiti attuali e prognostici dell'impresa e, soprattutto, deve essere inoltre intercettata nei termini corretti.

²⁴⁴MUCCIARELLI F. (2020), "La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020", in www.sistemapenale.it

Per meglio mettere in atto il sistema di allerta, i soggetti coinvolti possono contare su degli indici che hanno il compito di presumere l'esistenza di uno stato di crisi e consentono di verificare *“la sostenibilità dei debiti nei sei mesi successivi nell’ottica di una prospettiva di continuità aziendale”* (art. 13 CCII, co. 1), nonché consentono di rilevare la presenza dei c.d. indicatori di crisi (*“costituiscono indicatori di crisi squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario”*, art. 13 CCII, co. 1)²⁴⁵.

Il compito di elaborare e pubblicare gli indici di allerta della crisi di impresa è stato affidato, dal governo, al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC). Gli stessi esperti hanno così previsto che chiari segnali di crisi sono:

- Patrimonio netto negativo o inferiore al minimo legale (con riferimento alle società per azioni);
- Il DSCR (*Debt service coverage ratio*), ovvero sia l'indice di copertura del fabbisogno finanziario, prospettico a 6 mesi, se inferiore a 1.

Gli indici, infatti, si esplicano su tre livelli e sono caratterizzati da una struttura gerarchica, dove *in primis* è stato considerato di andare a verificare che il patrimonio netto sia positivo e, in un secondo momento, che i flussi finanziari necessari a coprire i debiti siano superiori al debito stesso.

Il fatto che il DSCR si basi sui bilanci previsionali e rendiconti finanziari, essendo il suo studio incentrato sui flussi di cassa prospettici, ha portato il Consiglio Nazionale ad elaborare una terza serie di indici, c.d. *“indici settoriali”* (o *“di terzo livello”*) alternativi al DSCR in quanto si basano su bilanci a consuntivo²⁴⁶. Questi sono stati riassunti in cinque *step*:

- Gli indici di sostenibilità degli oneri finanziari (oneri/ricavi);
- Gli indici di adeguatezza patrimoniale (Patrimonio netto/Debiti totali);
- L'indice di ritorno di liquidità nell'attivo (Attività a breve/Passività a breve);

²⁴⁵Si tratta di situazioni che fungono da *“campanellini di allarme”* che pongono gli organi di controllo e l'imprenditore stesso ad un'attività di continua revisione. Se gli indici rilevano una situazione *“gestibile”* il risanamento può avvenire anche internamente attraverso delle politiche interne da parte degli amministratori in accordo con gli organi di controllo; nel momento in cui i segnali sono nettamente negativi si passa ad una fase più *“aspra”* di controllo degli organi societari che eventualmente devono avvisare l'OCRI. Tutto ciò, si vuole ricordare, nasce dall'intenzione del legislatore di prevenire lo stato crisi ed insolvenza.

²⁴⁶Infatti, in una realtà come quella italiana, dove queste due parole chiave, *“bilancio previsionale”* e *“rendiconto finanziario”*, non sono nello *slang* comune, il legislatore è inconscio che può generare problematiche nella ricostruzione di questo indice.

- L'indice di liquidità (Attività a breve/Passività a breve);
- L'indice di indebitamento previdenziale e tributario (indebitamento previdenziale e tributario/ Attivo).

L'intento del legislatore tramite l'introduzione di questi indici formulati è di evitare i c.d. "falsi positivi", ovverosia di situazioni di ingiustificata segnalazione.

In generale, gli indici non devono essere considerati come risultati *standard* in quanto ad incidere in modo importante è il settore di appartenenza dell'impresa. Data proprio la varietà di situazioni presenti nei singoli settori, gli indici non sono vincolanti, ma possono essere modificati per essere più vicini alla realtà dell'azienda. In questa seconda ipotesi sarà necessario specificare in nota integrativa del bilancio di esercizio, che sarà redatto, i motivi che hanno portato alla scelta di indici differenti ed il perché vengono considerati più idonei.

Gli indici devono essere, infine, sottoposti ogni tre mesi al controllo degli organi della società; ciò significa che le imprese dovranno essere impostate attraverso *report* trimestrali, dando il via ad una nuova idea di fare impresa orientata al futuro e sempre sotto le strette di un controllo.

4.3.2 *L'importanza del controllo di gestione e della pianificazione*

Carenze nell'area di controllo di gestione possono condurre a conseguenze anche rovinose: la ricerca accademica, la pratica aziendale e perfino la cronaca hanno talvolta sottolineato come il controllo di gestione sia una funzione critica nell'azienda.

Il d. lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, come si è visto lungo la trattazione, attribuisce all'imprenditore l'obbligo di dotarsi di strumenti atti alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi e alla conseguente assunzione di idonee iniziative. Lo stato di crisi nel Codice è definito, come si è visto, attraverso uno momento di difficoltà economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Il presupposto di questa nuova definizione di crisi è, quindi, da riscontrare nella necessità, da parte dell'imprenditore, di dotarsi di strumenti di controllo di gestione atti a determinare tanto i flussi di cassa prospettici, quanto a

gestire al meglio la cassa, nonché ad affrontare tali momenti di incertezza. Strumenti quali i budget, infatti, sono in grado, tramite il rendiconto finanziario, di stimare in anticipo i flussi di cassa prospettici per andare ad indagare, insieme agli indici di allerta, possibili manifestazioni di crisi in anticipo.

Gestire un'azienda vuol dire creare un sistema integrato di pianificazione, analisi e controllo al fine di garantire la realizzazione degli obiettivi aziendali, permettendo al *management* di percepire preventivamente, ancor prima di attuare talune scelte, le conseguenze che le stesse potrebbero generare sull'azienda. Controllare i risultati delle strategie che si mettono in pratica, misurandone i risultati, porterebbe infatti numerose aziende a riuscire ad aggredire il mercato e prevenire situazioni di crisi.

Implicitamente il legislatore del Codice vuole promuovere, quindi, un cambio culturale all'interno delle imprese sia per permettere alle stesse di crescere sia per evitare che aziende di piccole dimensioni si trovino in pochi anni a dover affrontare una procedura di liquidazione giudiziale, nonché una cessione di attività.

Ciò che ha sempre disincentivato l'utilizzo di strumenti di controllo di gestione è l'abitudine per l'imprenditore medio italiano di controllare l'azienda basandosi su dati passati, di non guardare al futuro, ma di essere per lo più interessato e concentrato alla produzione e alle vendite effettive. Tale approccio però non permette all'impresa di controllare il proprio stato di salute, di far fronte a cambiamenti anche esterni alla stessa e di prevenire eventuali situazioni di squilibrio economico-finanziario destinate a peggiorare nel tempo, diventando irreversibili.

Il controllo di gestione è essenziale per ogni genere di attività, sia essa di produzione, di commercio o di servizi che si traduce in un vero e proprio processo, in quanto si tratta di un'attività strategica dove l'imprenditore deve riuscire a raccogliere i numeri di cui ha bisogno, a monitorarli e ad interpretarli di volta in volta.

Lo strumento quantitativo per eccellenza del sistema di controllo è il *budget* (o bilancio di previsione), al quale fanno capo la pianificazione, la programmazione e il controllo dell'attività. Il suo scopo è di rappresentare una previsione dei bilanci futuri con una logica simile a quella del bilancio d'esercizio che, a sua volta, fotografa il passato. Così come il bilancio d'esercizio, il *budget* è formato da tre prospetti: il *budget* economico,

patrimoniale e finanziario²⁴⁷ e che assieme hanno lo scopo di evidenziare gli obiettivi economico-finanziari da raggiungere e le risorse da impiegare per conseguire i risultati previsti. Tracciando il futuro andamento della gestione, questo importante strumento è in grado di aiutare lo stesso *management* anche in termini di monitoraggio di uno stato di crisi, diventando uno degli strumenti portavoce del cambio di vedute insito all'interno del Codice²⁴⁸. Il *budget*, quindi, non è altro che il cuore dell'impresa, fondamentale per giocare d'anticipo, prevedere eventuali cali di lavoro e per pianificare gli obiettivi dell'azienda.

In conclusione, si vuole precisare che il ventaglio di strumenti di pianificazione è molto ampio e non si riduce intorno alla figura del *budget*. È possibile includere, ad esempio, anche la *Balance Scorecard*; i processi di valutazione degli *asset* immateriali; gli indicatori qualitativi sulla formazione del personale o sulla fidelizzazione dei clienti; approfondire lo studio di aree di marketing; *business plan* ed altri strumenti che permettano di definire gli obiettivi strategici come piani di tesoreria e di cassa, di *forecast* infrannuali. Seppur necessario è intuibile capire, anche dalla mole di strumenti a disposizione, che il cambio di gestione da un'impresa che si basa sulla sola contabilità all'utilizzo di tecniche più moderne di gestione aziendale non è comunque un passaggio immediato: è necessario che cambi la cultura aziendale e che si dedichi del tempo a formare i propri dipendenti.

²⁴⁷Il Budget economico, ed in particolare la previsione sui ricavi, permettono di meglio avvalorare le decisioni relative ai costi con lo scopo di comprendere se l'organizzazione attuale di un'impresa sia o meno adeguata oppure sarà necessario sostenere nuove spese. Per poter redigere un ottimo budget economico è necessario partire dagli anni precedenti a quello corrente. Per il Budget patrimoniale, invece, le previsioni riguardano le rimanenze di magazzino, i crediti ed i debiti commerciali, gli investimenti, mutui bancari e le altre voci di strato patrimoniale sempre partendo dall'analisi del passato. Infine, vi è il budget finanziario che riguarda i flussi di cassa: le entrate e le uscite sommate alla liquidità iniziale consentono di calcolare la liquidità finale. Esso ha uno schema simile al rendiconto dove confluiscono tanto i dati del conto economico previsionale che dello stato patrimoniale.

I dati previsti verranno poi confrontati con i risultati ottenuti, con una verifica a consuntivo, per poter meglio apprezzare la correttezza della strategia messa in atto o per poter ridefinire la stessa attività di pianificazione perché scorretta.

²⁴⁸Come precedentemente accennato, incentivare l'utilizzo di strumenti che permettono di guardare al futuro è una vera e propria rivoluzione copernicana: nella nostra realtà economica le imprese che utilizzano il *budget* sono sempre meno di quelle che non applicano alcuna pianificazione; una scelta "pericolosa" visto l'incisivo interesse che ruota intorno alla pianificazione non solo per "aggreire" il mercato, ma anche in ottica di prevenzione della crisi.

4.3.3 Cosa cambia per le S.r.l.?

Il d. lgs. 14/2019 ha previsto come obbligatoria la nomina del collegio sindacale o del revisore per la maggior parte delle società a responsabilità limitata (art. 379 CCII). Fino ad oggi l'organo di controllo, quindi il Collegio Sindacale e l'organo di revisione, erano infatti appannaggio delle sole S.r.l. più strutturate. Con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa si costringono anche le S.r.l. più piccole a dotarsi di questi strumenti di controllo, ristrutturando in parte il proprio statuto.

Si tratta di una decisione sintomatica della volontà di riuscire ad intercettare in modo anticipato i segnali di crisi ed ha previsto, infatti, che si intervenisse sull'art. 2477 c.c., rubricato "*Nomina degli organi di controllo*", con un abbassamento delle soglie originarie. In questo modo il numero delle imprese tenute a dotarsi di un organo di controllo interno o dei revisori è aumentato notevolmente. Sono ora obbligate le società che "*per due esercizi consecutivi, abbiano superato uno dei seguenti limiti:*

- 1) *Totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro;*
- 2) *Ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro;*
- 3) *Dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.*"²⁴⁹

In realtà, pare che tale decisione sia stata presa anche per garantire la credibilità e la solvibilità di una S.r.l. nei confronti dei terzi. Una società di questo tipo, si vuole ricordare, risponde in proprio per le proprie obbligazioni cosicché i terzi hanno nel suo patrimonio la loro unica garanzia: più la gestione aziendale diventa deficitaria, la conduzione aziendale carente e mancante fino a generare situazione di insolvenza più questi soggetti terzi non vengono tutelati nei propri diritti e nelle proprie aspettative di recuperare i loro crediti.

Con tale obbligo gli imprenditori, abituati da sempre a muoversi in perfetta autonomia nella conduzione della loro attività, ora dovranno cominciare a condividere le proprie decisioni e le proprie scelte anche con questi organismi. Revisori e sindaci hanno, infatti,

²⁴⁹Si noti che al fine di contrastare gli effetti negativi derivanti dalla Pandemia Covid, il Decreto Rilancio (D.l. n. 34 del 19.05.2020) ha rinviato l'obbligo di nomina del revisore o dell'organo di controllo nelle S.r.l. e nelle società cooperativa al 2022. Ciò significa che la verifica del superamento dei limiti non dovrà più essere fatta con riferimento agli esercizi 2017 e 2018, ma viene traslata al biennio 2020 e 2021.

delle responsabilità molto precise nei confronti dell'amministrazione e all'interno del più vasto campo del controllo della gestione aziendale, in quanto devono evitare il determinarsi delle condizioni che possono portare l'impresa in uno stato di insolvenza.

4.3.4 Costi e benefici del nuovo Codice della crisi d'impresa

Dietro all'introduzione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si celano dei benefici non di poco conto, anche se a fronte di alcuni investimenti. Come detto precedentemente, le PMI del nostro Paese dovranno adeguarsi a specifici obblighi, dovranno introdurre nella propria idea di "fare impresa" dei sistemi di *Enterprise Risk Management* (ERM) e vedranno l'introduzione di molteplici soluzioni di risanamento al determinarsi di una situazione di incertezza tanto reversibile, quanto irreversibile.

La rivista *Cerved Know*, in relazione a questo, ha stimato, attraverso la stesura del Rapporto 2019 dedicato alle PMI, che "gli investimenti che le aziende dovranno sostenere per adeguarsi alla normativa sarebbero di 6 miliardi all'anno, contro ritorni vicini ai 10 miliardi"²⁵⁰.

I costi che le aziende dovranno sostenere sono per lo più collegati all'adempimento degli obblighi organizzativi posti in capo all'amministratore, ovvero all'imprenditore, e al calcolo degli indici di allerta, attraverso l'implementazione di attività di pianificazione strategica, nonché costi legati alla nomina di organi di controllo o dei revisori in capo alle S.r.l. in seguito all'abbassamento delle soglie. Da non dimenticare, inoltre, sono tutti quei costi che permeranno all'impresa stessa di cambiare filosofia, si tratta principalmente di costi di formazione, anche per il personale, che deve essere in grado di maneggiare nuove tecnologie di ERM e gestione della tesoreria, in un ottica del calcolo del DSCR²⁵¹.

A fronte di costi e di un cambio di mentalità non facile, la Novella porta con sé molteplici benefici, tant'è che il Report *Cerved* ha provato, attraverso un'analisi *what if*, di portarli alla luce. Primo fra questi è legato alla possibilità per le imprese, attraverso le procedure

²⁵⁰ANGELINO A., BALDA F., EMILIANI D., ROMANO G., SAMPOLI L., SCHIVARDI F. (2019), "Rapporto Cerved PMI 2019", Cerved, Roma

²⁵¹ANGELINO A., BALDA F., EMILIANI D., ROMANO G., SAMPOLI L., SCHIVARDI F., cit., 2019, pg.128 ss.

di allerta, di tornare *in bonis* evitando situazioni irreversibili. Più nello specifico si tratta di benefici in termini di continuità aziendale: nonostante una fase di ristrutturazione che implicherà dei costi e dei compromessi, l'epilogo è rintracciabile nella possibilità di tornare a produrre²⁵². Quanto più le imprese sono proiettate verso la continuità tanto più il sistema economico si vede rafforzato evitando eventuali "effetti a spirale" tipici dei fallimenti e risulterà, inoltre, migliorato grazie all'introduzione di una cultura finanziaria e di una più ampia digitalizzazione all'interno delle imprese.

Altri benefici sono legati ad un minor costo del credito da parte delle banche di fronte ad una maggiore trasparenza, indipendenza e reputazione da parte delle imprese stesse, ad un aumento dei tassi di recupero degli attivi per le imprese fallite, che ora si affaccerebbero all'OCRI²⁵³, nonché al salvataggio di posti di lavoro.

²⁵²ANGELINO A., BALDA F., EMILIANI D., ROMANO G., SAMPOLI L., SCHIVARDI F., cit., 2019, pg 137 ss.

²⁵³ANGELINO A., BALDA F., EMILIANI D., ROMANO G., SAMPOLI L., SCHIVARDI F., cit., 2019, pg 137 ss.

CONCLUSIONI

Giunti a conclusione dell'elaborato è arrivato il momento di "tirare le somme". Lungo la trattazione si è cercato di evidenziare i cambiamenti che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è destinato ad apportare, *in primis*, al nostro ordinamento giuridico, soprattutto con riguardo i reati di bancarotta, per poi soffermarsi brevemente sull'impatto della riforma sulla nostra realtà economica più in generale. Il d. lgs. 14/2019, infatti, non è destinato a dare una svolta al solo modo in cui affrontare situazioni di crisi ed insolvenza di imprese, ma a modificare in toto la filosofia insita alle stesse.

Si è visto, attraverso il primo capitolo, come i due versanti civilistico e penale del diritto concorsuale siano sempre più lontani e viaggino seguendo due linee parallele.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza nasce come conseguenza di un movimento di riforma iniziato nel 2005 e che, attraverso più fasi, ha permesso al legislatore di introdurre delle modifiche sostanziali, revisionate in modo organico. Il Codice, infatti, cerca di incanalare una serie di nuovi obiettivi: *in primis*, si propone di riformare in modo organico unitario tutta la materia delle procedure concorsuali e delle crisi da sovraindebitamento; in seguito, di semplificare il sistema normativo per superare difficoltà applicative ed interpretative; ed infine, di migliorare l'efficienza del sistema economico in modo da renderlo più competitivo, cercando di anticipare l'intervento per la soluzione della crisi d'impresa lasciando la fase di liquidazione giudiziale come *extrema ratio* della nuova disciplina.

Ciò che la grande Riforma della crisi d'impresa non si è proposta di dare, per un difetto di delega, è un'altra luce ai secolari reati di bancarotta. Interessato a stravolgere il solo versante civilistico, il legislatore non si è effettivamente preoccupato delle conseguenze in ambito penale dei cambiamenti in atto o di ammodernare le fattispecie secondo la nuova filosofia che negli ultimi anni, ed ora con la Novella, va concretizzandosi.

I reati di bancarotta appaiono immutati, se non per operazioni di *maquillage*: sono cambiate le definizioni normative in quanto non si parla più di "fallimento", ma di "liquidazione giudiziale", è cambiata la numerazione degli articoli, ma non è cambiata la normativa penale, dando origine ad una serie di discrasie ed a momenti di interpretazione.

A fronte delle grandi novità introdotte dalla riforma sul piano civilistico e concorsuale, quindi, poco cambia per il penalista rispetto alla disciplina previgente... *Ma è veramente così?* Dopo una breve digressione attorno al secondo capitolo su come sono disciplinati i reati di bancarotta all'interno del Codice, ci si è chiesti infatti se tali fattispecie criminose non abbiano realmente risentito dei cambiamenti.

Il terzo capitolo si apre annunciando la più grande novità della Novella. Già previsto dalla legge delega e cambiamento di primaria importanza è da riscontrarsi, proprio, nell'abbandono del termine "fallimento" lasciando spazio ad un nuovo modo di chiamare la procedura concorsuale: entra in gioco la "liquidazione giudiziale" lasciandosi indietro anni di negatività intorno alla figura dell'imprenditore riversatosi in insolvenza e cambiando le vesti di quella che era la procedura "maggiore". Si è cercato, inoltre, con tale cambiamento di compiere il disegno che da anni era sul piano di lavoro: non si guarda più all'espulsione dal mercato dell'impresa in difficoltà economica e finanziaria, ma si cerca un suo immediato salvataggio.

Altri cambiamenti e perplessità sono emerse durante l'elaborato. Si noti come nonostante l'intenzione del cambio lessicale fosse chiara, così come le previsioni secondo le quale lo stesso sarebbe dovuto avvenire, il legislatore non si è attenuto a pieno alle "istruzioni". Emblematico è il caso in cui emerge lo stato di "dissesto", al posto del "fallimento", all'art. 329 CCII ("*Fatti di bancarotta societaria*") come nesso causale di operazioni dolose; situazione di dissesto che, inoltre, non trova definizione all'interno dell'ordinamento e non permette una sua più chiara comprensione. Si lascia all'interprete il lavoro di snodare alcuni punti chiave a riguardo, soprattutto in tema di *abolitio criminis*.

È apparsa assai significativa, rispetto alla disciplina penale, l'introduzione di due misure premiali di cui all'art. 25, co. 2, CCII.

La prima prevede la non punibilità dei reati di bancarotta nel caso in cui sia presentata una tempestiva istanza (art. 24 CCII) all'organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI), ovvero una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza individuate dal Codice. Riguarda le sole condotte poste in essere prima dell'apertura a tali procedure ed a condizione che il danno cagionato sia di speciale tenuità. La seconda misura premiale prevista dall'art. 25, co. 2, è costituita da una circostanza attenuante: la pena per i reati di bancarotta, in tutte le sue accezioni, è

ridotta fino alla metà quando, fuori dai casi che ricadono nella clausola di non punibilità, *“alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza, il valore dell’attivo inventariato offerto ai creditori”* supera *“almeno un quinto dell’ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l’importo di 2 milioni di euro”*.

Vere novità della Novella, le misure premiali permettono di mitigare così il trattamento sanzionatorio, se non di escludere la pena quando si verificano determinati presupposti. L’introduzione, quindi, di misure di allerta e della rilevazione tempestiva della crisi risultano in perfetta coerenza con quello che è il principio di sussidiarietà per cui la sanzione penale non può essere posta se non come *extrema ratio*.

Occorre, inoltre, dare conto anche alle modifiche apportate al codice civile, ad oggi già in vigore, e che appaiono avere ricadute penalistiche. Si fa riferimento all’art. 2086 c.c. *“Gestione dell’impresa”* in cui si richiede che, per far emergere tempestivamente la situazione di crisi, obiettivo ispiratore della riforma, l’imprenditore, che operi tanto in forma individuale o societaria, istituisca *“un assetto organizzativo, amministrativo e contabile anche in funzione, adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d’impresa e della perdita della continuità”*, nonché *“di attivarsi senza indugio per l’attuazione e l’adozione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*. La nuova disposizione appare così funzionale al canone guida della riforma che vede nella gestione procedimentalizzata della crisi lo strumento fondamentale per assicurare le migliori prospettive di sviluppo e di recupero del valore dell’impresa; così come si uniforma alla necessità di rilevare tempestivamente gli elementi segnaletici della crisi. Questa disposizione appare destinata ad ampliare il contenuto e la portata dei doveri propri degli amministratori, nonché dei relativi profili di responsabilità penale.

Analoghe ricadute si prospettano nella posizione dei sindaci con riguardo i loro obblighi di segnalazione e di attivazione delle procedure della crisi. Si tratta di nuovi doveri che ampliano l’ambito di operatività della posizione di garanzia dell’obbligo di controllo interno. Posizione che appare sempre *“problematica”*, ma che se adempiuta permette allo stesso organo di essere scriminato dal punto di vista civilistico e penale, in termini di esenzione di responsabilità per azioni ed omissioni poste in essere dall’imprenditore successivamente. Infatti, richiamando l’art. 14 del Codice, si vede l’organo di controllo

obbligato a segnalare in relazione all'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, al suo equilibrio e più in generale all'esistenza di indici di crisi.

Cambia il ruolo del P.M. che vede l'ampliarsi dei suoi poteri di iniziativa e controllo: l'art. 38 CCII prevede che la procura presenti il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, quando ha notizia di uno stato di insolvenza e ad essa fanno capo le segnalazioni di qualsiasi autorità giudiziaria che rilevi uno stato di insolvenza o dell'OCRI; entro 60 giorni lo stesso dovrà indagare sullo stato di insolvenza e decidere se archiviare il caso o presentare ricorso al tribunale. Si è visto, infatti, che rimane fuori dal campo d'azione del P.M. tutto ciò che riguarda la procedura di composizione assistita della crisi e la tempestiva rilevazione dello stato di crisi.

In tema di esenzioni dai reati di bancarotta poco è cambiato: l'art. 324 CCII ricalca quasi a pieno l'art. 217-bis l. fall. richiamando nella "zona franca" le stesse procedure della disciplina previgente. Ciò per cui lascia perplessi l'art. 324 CCII è, *in primis*, il rimando al piano attestato di risanamento, in quanto entra in contrasto con la volontà del legislatore del Codice di privilegiare gli strumenti stragiudiziali su quelli privatistici.

Il mancato riferimento ai singoli articoli che disciplinano le operazioni, infine, sembra escludere da esenzione gli accordi di ristrutturazione e gli accordi in esecuzione del piano attestato, in quanto non più limitati ai solo art. 48 e 56 CCII, destando ulteriore sconcerto in relazione a quanto previsto dal Codice di preferire le procedure di risanamento a quella liquidatoria.

Infine, a non sembrare coerente è il rimando al concordato minore di cui all'art 80 CCII, procedura destinata al soggetto sovraindebitato che per definizione non rientra tra i soggetti punibili per le fattispecie di bancarotta semplice e preferenziale.

Le disposizioni penali, quindi, corrispondono alle equivalenti previsioni dell'attuale legge fallimentare ("*perfetta continuità*") sul piano delle condotte incriminatrici. Piccola osservazione è però stata fatta in merito alle previsioni sanzionatorie, con riferimento ai principi di durata variabile ("*fino ai dieci anni*") per la bancarotta fraudolenta (art. 322, co. 4, CCII); novella che è stata necessitata, come visto, in seguito alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 222/2018.

Un cenno è stato fatto anche con riguardo la disciplina del gruppo di impresa, in quanto per la prima volta all'interno del nostro ordinamento trovano una definizione giuridica

nel Codice, venendo riconosciute sul piano giuridico. Il quesito per il penalista però è un altro: alla luce dell'introduzione della nozione di gruppo d'impresa, è configurabile il reato di bancarotta fraudolenta, nella sua forma distrattiva, qualora a fronte di tale condotta il gruppo ne risulta vantaggiato? Si richiama così alla teoria dei vantaggi competitivi (art. 290 CCII) che funge da esimente.

Ultima osservazione è stata fatta sul piano processuale, menzionando la disciplina dei rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari reali di cui agli artt. 318, 319 e 320 CCII. Con tali disposizioni pare affermarsi la tendenziale immunità della liquidazione rispetto al sequestro preventivo e conservativo disposti nel processo penale. Inoltre, si attribuisce al curatore la legittimazione ad agire in relazione ai provvedimenti emessi in questa materia, con affermazione pertanto del rilievo della considerazione difesa degli interessi patrimoniali dei creditori rispetto alle misure adottate in sede penale a tutela di interessi penalistici.

In ultimo, si è proseguito con qualche riflessione finale tanto di carattere giuridico, quanto prettamente economico. Come detto in apertura, il Codice si propone di stravolgere il diritto fallimentare (*rectius* concorsuale) proponendo anche un cambio di mentalità all'interno delle imprese.

Andando per ordine si è potuto notare come la procedura liquidatoria stia regredendo, lasciando spazio alle procedure alternative proprio a dar voce agli obiettivi insiti nella Novella. Con esse acquisiscono importanza anche gli altri reati fallimentari, diversi dalla bancarotta. Nell'evitare il più possibile il riversarsi in uno stato di insolvenza, i reati di bancarotta tendono a perdere importanza e necessitano di un ammodernamento. In rilievo è ora la bancarotta nel campo del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, ma al contempo suscita qualche perplessità rilegare condotte che presuppongono uno stato di insolvenza a procedure che si vedono per lo più interessate da uno stato di crisi. Non solo bancarotta da concordato ed accordi di ristrutturazione, il legislatore ha sentito il bisogno di disciplinare anche condotte illecite in merito alla procedura di composizione assistita della crisi, gestita dall'OCRI.

Un cambio di veduta non da poco considerando la posizione che il "fallimento" ha da sempre all'interno del nostro ordinamento, ma non l'unica grande rivoluzione. La richiesta da parte del Codice di far emergere lo stato di crisi in modo tempestivo porta

gli imprenditori italiani a doversi riorganizzare. Le PMI del territorio, infatti, devono ora integrare, all'interno del proprio "fare impresa", strumenti di controllo di gestione che le permettono di tenere sotto controllo la cassa e di prendere decisioni nel modo più ottimale possibile. Le imprese, inoltre, se non già dotate, hanno ora l'obbligo di istituire un organo di controllo, con la conseguenza di dover imparare a condividere decisioni ed a collaborare con altri soggetti interni ed esterni alla stessa; soggetti che, inoltre, ad oggi sono posti a controllare la salute dell'impresa costantemente grazie all'aiuto di specifici indici di allerta.

Non è possibile affermare che non vi siano costi da sostenere per potersi allineare agli obiettivi del Codice, ma a fronte di essi i benefici saranno sicuramente maggiori: non solo in termini di denaro, ma anche di mentalità.

Tutti questi cambiamenti però non hanno trovato facile applicazione. La pandemia in atto ha rallentato l'entrata in vigore del Codice, così come ha richiesto dei necessari adattamenti della normativa. La disciplina appare, così, in corso d'opera lasciandosi indietro alcuni dubbi e perplessità... forse, questo rallentamento potrebbe permettere di sistemare le incongruenze, che sono emerse soprattutto come si è visto in ambito penale. Ciò di cui siamo certi è che il Codice non è poi rimasto così inerte dinnanzi al versante penalistico, come invece si proponeva.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

ALESSANDRI A. (2019), *Diritto penale commerciale. Vol. IV. I reati fallimentari*, Giappichelli Editore, Torino.

ALESSANDRI A. (2019), "Novità penalistiche della crisi d'impresa", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4.

ANGELINO A., BALDA F., EMILIANI D., ROMANO G., SAMPOLI L., SCHIVARDI F. (2019), "Rapporto Cerved PMI 2019", Cerved, Roma.

BASILE E. (2017), "I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza", in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4.

BARBERO F. (2019), "Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta: l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite", in *Giurisprudenza Penale*, n. 7-8.

BELLAGAMBA F. (2020), "La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", in www.lalegislazionepenale.it

BELLISSIMO G. (2021), "Le misure premiali di natura penale del nuovo Codice del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in www.camminodiritto.it

BONATO F. (2018), "How to getaway with bankruptcy, ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217bis l.fall.", in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuale*, n. 3.

BONTEMPELLI M., ROBERTO P. (2019), "La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa", in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2.

BRICCHETTI R. (2011), "Le esenzioni dei reati di bancarotta preferenziale e semplice nel nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?", in F. SGUBBI; D. FONDAROLI

(2011), *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova.

BRICCHETTI R. (2019), “Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare”, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7-8.

CARRARO L. (2019), “Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori”, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4.

CASAROLI G. (1991), “Qualche riflessione sull’oggetto materiale del delitto di bancarotta”, in *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*.

CECHELLA C. (2020), *Il diritto della crisi dell’impresa e dell’insolvenza*, CEDAM, Padova.

CETRA A., CIAN M., & altri 11 (2019), *Diritto Commerciale. Volume II*, Giappichelli Editore, Padova.

CHIARAVIGLIO P. (2018), “Osservazioni penalistiche che a prima lettura sul progetto del codice della crisi e dell’insolvenza”, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5.

CONSULICH F. (2020), “Il diritto fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio”, in www.lalegislazionepenale.it

CROCE R. (2018), “Le misure premiali ex art. 4 l. 155/2017: ponti per il futuro o salvacondotto per il passato?”, in *Il diritto penale della globalizzazione*, lavoro presentato al Convegno “Presentazione del volume “Corso di diritto penale dell’impresa”, a cura di Adelmo Manna”, Torino, 2 luglio 2018.

DE ANGELIS L. (2017), *Diritto Commerciale. Vol. II*, CEDAM, Vicenza.

DE FLAMMINEIS S. (2019), “Il “nuovo” ruolo del P.M. tra crisi e perdita della continuità aziendale. Alcune osservazioni al codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2.

DISEGNI G. (2014), *L’impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Giappichelli Editore, Torino.

Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza

FABBIANI M. (2015), *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna.

GAMBARDELLA M. (2018), “Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale”, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

GAMBARDELLA M. (2020), *Condotte economiche e responsabilità penali*, Giappichelli Editore, Torino.

GAMBARDELLA M. (2019), “Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento”, in *Cassazione Penale*, n. 2.

GAMBINO A. (1980), “Profili dell’esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese”, in *Giur. comm.*, n. 1.

GATTA G.L. (2019), “Approvato il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: scompaiono i concetti di 'fallimento' e di 'fallito'”, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

GIACOMELLI S., MOCETTI S., RODANO G. (2021), “Fallimenti d’impresa in epoca Covid”, in www.bancaditalia.it

GANESINI N. (2016), *Il rischio penale nella gestione della crisi d’impresa*, Giappichelli Editore, Torino.

GIAMBERSIO R. (2019), “Fenomeni di successione di norme penali dopo il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: una riflessione de jure condito”, in *Sistema penale*, n. 9

MAZZACUVA N., AMATI E. (2020), *Diritto penale dell’economia, IV ed.*, WoltersKluwer, Vicenza.

MINUCCI G. (2018), *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze.

MUCCIARELLI F. (2019), “Risvolti penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: lineamenti generali”, in *Diritto penale e processo*.

MUCCIARELLI F. (2020), “I reati fallimentari nello scenario della pandemia”, in *Diritto penale processuale*.

MUCCIARELLI F. (2020), “La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d’impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020”, in www.sistemapenale.it

NORDECCHIA G.B. (2019), “La continuità aziendale nelle procedure concorsuali”, in *Questione e Giustizia*.

NORDECCHIA G.B. (2021), “Il Pm può chiedere l’apertura della procedura liquidatoria”, in *Il Sole 24 ore*, focus “Crisi d’impresa – Le novità del codice”

NUVOLONE P. (1955), *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè Editore, Milano.

ORLANDO L. (2019), “Giù i fallimenti. Con nuove incognite nel 2019”, in *Il Sole 24 ore*.

PACILEO P. (2018), *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli Editore, Torino.

PANACCIULLI F. (2021), “Società a partecipazione pubblica: possono fallire?”, in www.iusinitinere.it

PANZANI L. (2019), “Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze”, in www.dirittobancario.it

PANZANI L. (2012), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali I*, Utet Giuridica, Torino.

PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Zanichelli, Bologna, 1995.

PACCHI S., AMBROSINI S. (2020), *Diritto della crisi e dell’insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 (“Decreto Liquidità”)*, Zanichelli, Bologna.

PANACCIULLI F. (2021), “Società a partecipazioni pubblica: possono fallire?”, in www.iusinitinere.it

RAMPIONI R. (2016), *Diritto penale dell’economia*, Giappichelli Editore, Torino.

RAPPELLA G. (2021), "Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale", in *Sistema Penale*, n. 2

RECCIA E. (2020), "La dichiarazione di fallimento è sì un elemento costitutivo del reato, ma anche una condizione obiettiva di punibilità", in *Archivio Penale*, n. 2.

Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali

Riforma delle procedure di insolvenza, in www.temi.camera.it

RINALDI P. (2021), "La chiave è nei flussi di cassa futuri", in *il Sole 24 ore*, Focus "Crisi d'impresa - Le novità del codice"

ROSSI A. (2019), "I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

RORDORF R. (2019), "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", in "I Contratti", n. 2

SALERNO M. (2021), *La riforma della crisi d'impresa*, Key Editore, Milano.

SANTORIELLO C. (2020), "Alcune indispensabili precisazioni sulla bancarotta da concordato preventivo", in www.sistemapenale.it

SGUBBI F.; FONDAROLI D. (2011), "Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali", CEDAM, Padova

SISIA S., TREMOLADA C. (2019), "Il nuovo Codice della crisi e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta", in *il Fallimentarista*.

TOPPAN A., LORIS T. (2017), *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, CEDAM, Padova.

ZANOTTI R. (2008), *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè Editore, Milano.

SENTENZE

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 gennaio 1958, n. 2 (c.d. Sentenza Mezzo)

Corte di Cassazione, Sez. V, 2 marzo 2004, n. 16688

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 24 maggio 2004, n. 29951

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 febbraio 2008, n. 19601 (c.d. Sentenza Niccoli)

Corte di Cassazione, Sez. V, 9 ottobre 2008, n. 44891

Corte di Cassazione, Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 48523

Corte di Cassazione, Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502 (c.d. Sentenza Corvetta)

Corte di Cassazione, Sez. V, 11 dicembre 2012, n. 3817

Corte di Cassazione, Sez. V, 3 dicembre 2013, n. 12427

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 settembre 2014, n. 11170

Corte di Cassazione, Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 3539

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 marzo 2016, n. 22474 (c.d. Sentenza Passarelli)

Corte di Cassazione, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 32382

Corte di Cassazione, Sez. V, 1° marzo 2017, n. 10033

Corte di Cassazione, Sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910

Corte di Cassazione, Sez. V, 4 aprile 2017, n. 3167

Corte di Cassazione, Sez. V, 20 giugno 2017, n. 35591

Corte di Cassazione, Sez. V, 29 maggio 2017, n. 9567

Corte di Cassazione, Sez. V, 1° agosto 2017, n. 38396

Corte di Cassazione, Sez. V, 5 dicembre 2018, n. 222

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 febbraio 2019, n. 28910

Corte di Cassazione, Sez. V, 30 maggio 2019, n. 38434

Corte di Cassazione, Sez. V, 27 giugno 2019, n. 28186

Corte di Cassazione, Sez. V, 10 dicembre 2019, n. 4772

Corte di Cassazione, Sez. V, 10 giugno 2020, n. 17620

Corte di Cassazione, Sez. V, 24 luglio 2020, n. 22486

Corte di Cassazione, Sez. V, 6 ottobre 2020, n. 27598

Corte di Cassazione, Sez. V, 17 febbraio 2021, n. 6124