

Le ombre e gli specchi delle norme sul dissesto societario

I riflessi penali delle moratorie societarie del D.L. liquidità n. 23/2020

di Fabio DI VIZIO *¹

INDICE-SOMMARIO

— 1. Brevi premesse. — 1.1. Il mondo all'incontrario. — 1.2. Dove eravamo rimasti: dall'attesa del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza al decreto liquidità. — 1.3. L'obiettivo della ricerca e il punto fermo: *le fattispecie penal-fallimentari restano temporaneamente incise, ma non definitivamente travolte dal D.L. liquidità.* — 2. La crisi del capitale sociale e le fattispecie penal-fallimentari. — 2.1. Le previsioni del D.L. liquidità sui doveri funzionali a rimediare alla crisi di capitale e le ragioni delle "sospensioni" e delle "deroghe". — 2.2. Le ragioni delle regole sospese. — 2.3. Le deroghe già conosciute e quelle attese. — 2.4. Gli effetti penali temporanei. — 2.4.1. In linea generale. — 2.4.2. La bancarotta da operazioni dolose. — 2.4.2.1. *Nozioni generali.* — 2.4.2.2. *Operazioni dolose e doveri ex art. 2446-2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.* — 2.4.2.3. *Operazioni dolose e D.L. liquidità.* — 2.4.3. La bancarotta ex art. 224, comma 1, n. 2 L.fall. — 2.4.3.1. *Nozioni generali.* — 2.4.3.2. *Inosservanza degli obblighi imposti dalla legge generativi di dissesto e doveri ex art. 2446-2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.* — 2.4.3.3. *Inosservanza degli obblighi imposti dalla legge generativa di dissesto e D.L. liquidità.* — 2.4.4. La bancarotta ex art. 224, comma 1, 217, comma 1, n. 4 L.fall. — 2.4.4.1. *Nozioni generali.* — 2.4.4.2. *Ritardata richiesta di fallimento ex art. 217, comma 1, n. 4 L.fall. e doveri previsti dagli art. 2446-2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.* — 2.4.4.3. *Il D.L. liquidità ed il reato ex art. 217, comma 1, n. 4 L.fall.* — 3. Il rimborso dei finanziamenti soci e infragruppo realizzati in condizioni di incongruità del capitale e le fattispecie penali-fallimentari. — 3.1. La previsione del D.L. liquidità e le ragioni delle "sospensioni" e delle "deroghe". — 3.2. Le ragioni delle regole sospese e la distinzione tra versamenti in conto capitale e finanziamenti a titolo di mutuo. — 3.3. Le deroghe in vigore e quelle attese. — 3.4. Gli effetti penali temporanei. — 3.4.1. *Le bancarotte per distrazione e preferenziali.* — 3.4.2. *Il D.L. ed il rimborso dei finanziamenti soci quali possibili pagamenti preferenziali.* — 4. La continuità aziendale nella valorizzazione degli attivi. — 4.1. La presunzione del decreto liquidità. — 4.2. *Le ricadute sulla trasparenza dei bilanci e sulle fattispecie penali.* — 5. Brevi conclusioni.

—

— 1. Brevi premesse.

— 1.1. Il mondo all'incontrario.

«Lasciatemi così. Ho fatto tutto il giro e ho capito. Il mondo si legge all'incontrario. Tutto è chiaro»². Aveva forse ragione l'Orlando impazzito di Calvino, mentre si trovava appeso a testa in giù. Non di rado, del resto, la visione fantastica è solo profetica. Ebbene sì, sembrerebbe proprio che il mondo si debba leggere alla rovescia.

Chi lo avrebbe detto, solo qualche mese addietro, che una crisi sanitaria senza precedenti avrebbe riscritto in men che non si dica le regole delle relazioni economiche e schernito il tentativo di offrire, dopo "appena" ottanta anni, una nuova disciplina sistematica e moderna per gestire la crisi di impresa? Ma quale pretesa di evitare la silenziosa propagazione dell'insolvenza, responsabilizzando l'imprenditore ad organizzarsi per riconoscerne le avvisaglie e, principalmente, a non nascondere la realtà! Non solo l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ulteriormente differita, ma alcune regole societarie sono state ribaltate, in senso esattamente contrario a quella che si pensava, solo qualche tempo addietro, la direzione giusta. Non semplicemente adattate alla crisi, proprio capovolte. Quello che era "male", da combattere, è diventato "bene", da preservare.

¹* Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze.

² CALVINO, *Il castello dei destini incrociati*, Milano, 1973.

In nome della salvaguardia dei valori economici, la crisi economica sembra sia stata sospesa e celata, per legge. I bilanci non ancora chiusi sembrerebbero potersi formare su presupposti artificiali di continuità aziendale (che poi, al netto di prudenze espositive, vuol dire irrealistici per non arrivar a dire “finti”); di certo imprudenti; la cronica sottocapitalizzazione delle imprese italiane, poi, trasformata in condizione da conservare o comunque irrilevante per valutarne la solvibilità; l’invincibile ritrosia dei soci ad impiegare capitali di rischio - male atavico di un ceto imprenditoriale che azzarda fino in fondo solo con i capitali dei terzi, siano banche o diversi investitori - addirittura assecondata.

La crisi ha fagocitato il mondo di norme che ritenevamo oramai razionali. Come in un abile gioco di specchi, pienamente riuscito, quello che avevamo da una parte lo abbiamo visto raffigurato dall’altra e viceversa. Ad un modello di imprenditore competente, prudente e responsabile sembra esserne subentrato uno per il quale non pare disdicevole una certa dose di spregiudicatezza³. A stare alle regole sospese, per qualche tempo la crisi rischierà di scomparire dai bilanci, dai patrimoni netti negativi, dai debiti irrisolvibili.

Si sa, la crisi cambia i valori in campo, accelera le soluzioni e risolve le incertezze. Nel nostro caso, è stata capace di sospendere le regole concorsuali del futuro e di non applicare quelle del presente⁴.

La crisi ha cambiato tutto e scelto le “sue” regole⁵.

Eppure, volendo tentare una riflessione con qualche prospettiva di maggior stabilità, se il codice della crisi di impresa e dell’insolvenza muoveva dalla convinzione che l’emersione della crisi dovesse essere il principale interesse da tutelare, non si ritiene ora possibile che il D.L. *liquidità* possa offrirci un valore tanto opposto, quale la proprietà benefica dell’inutile temporeggiare nella crisi o nell’insolvenza; e men che meno quella del nascondere la realtà.

La crisi nascosta ai creditori non pare, davvero, un valore in alcun caso assecondata.

— 1.2. *Dove eravamo rimasti: dall’attesa del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza al decreto liquidità.*

A metà febbraio, ancora, si attendeva fiduciosi l’entrata in vigore del D.Lgs. 12/01/2019, n. 14⁶. Un apparato con buone ambizioni di organicità, la cui intitolazione (“codice”) appariva un po’ altezzosa ma in fondo coerente con l’aspirazione di offrire una disciplina efficiente per gestire le crisi di impresa. Consapevole di quanto ciò fosse essenziale per il buon funzionamento del sistema economico. La *tempestiva liquidazione* delle imprese non più produttive e l’*efficace ristrutturazione* di quelle in situazioni di temporanea difficoltà erano gli obiettivi cruciali di una riforma volta a *favorire l’erogazione responsabile del credito*, sostenendo un’efficiente riallocazione delle risorse. Da una veloce soluzione delle crisi d’impresa, infatti, attraverso la dismissione dei crediti deteriorati ed il rafforzamento della solidità delle banche, poteva scaturire la disponibilità di maggior credito, il

³ Osserva, in proposito, FERRO, *La sopravvivenza della legge fallimentare al Coronavirus: il limbo della giustizia concorsuale dopo il D.L. 23/2020*, in *Quotidiano giuridico*, 10 aprile 2020: «Si è invece assunto che la procedura concorsuale più adatta alla crisi sia rimessa all’iniziativa del debitore e che, nonostante l’elargizione di uno statuto di irresponsabilità, il corrispondente sacrificio dei creditori e di tutti i soggetti comunque coinvolti dagli effetti della crisi non si possa convertire nemmeno in un accrescimento dei livelli di diligenza richiesti al primo e tantomeno in un’interferenza sul modo di fare impresa sin qui adottato».

⁴ In tal senso, ancora, FERRO, *Codice della crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno e immediato cordone societario*, in *Quotidiano Giuridico*, 9 aprile 2020.

⁵ FERRO, *ult. op. cit.*, annota come difetti ogni criterio discrezionale, «com’è il riparo a pioggia dall’emergenza, in una legislazione eccezionale che oscilla tra solidarismo e non applicazione delle regole di responsabilità».

⁶ Il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, d’ora in poi, nel testo, per brevità, CCII.

contenimento dei costi e lo sviluppo della produttività dell'economia⁷. Anche in linea con questa ispirazione *meritocratica* – quasi rivoluzionaria parlando di economia – si era delineato un nuovo favore per le ragioni dei creditori di buona fede e dei terzi titolari di diritti non proprietari su beni del debitore interessati da coesistenti vincoli penali; l'anticipata considerazione di esse in seno al procedimento della cautela penale segnava una novità rilevante nel coordinamento, storicamente problematico, tra diverse procedure. Una decisa apertura verso le ragioni di sviluppo dei protagonisti dello Stato Comunità; un arretramento deciso della salvaguardia dell'esigenze catartiche e repressive dello Stato Apparato.

Era, si diceva, la *tempestività della rilevazione della crisi*, secondo una *logica preventiva e di intervento precoce*, lo snodo fondamentale della nuova impostazione. Non è casuale, del resto, che la porzione della disciplina riformata destinata ad entrare in vigore in tempi rapidi dovesse essere proprio quella funzionale a renderla possibile, per quanto in gran parte ulteriormente differita⁸. Nell'anticipazione del dissesto irrimediabile si individuava la possibilità di valorizzare l'attivo (se necessario, anche liquidandolo) in tempi contenuti; in generale, del resto, era dato di esperienza – si credeva ancor all'epoca ... - che a tale anticipazione fossero associati i migliori risultati delle procedure, «*in termini di maggiori tassi di recupero o di incremento delle probabilità di ripristino dell'equilibrio economico-finanziario*»⁹.

Erano direttamente funzionali alla celere emersione e all'adeguata gestione della difficoltà finanziaria i nuovi *sistemi di allerta* (con un'intensa e innovativa responsabilizzazione nella prevenzione dei dissesti irreparabili degli organi di controllo interno e dei creditori pubblici qualificati) e le nuove *procedure di composizione assistita della crisi*¹⁰; ma ancor prima era la nuova *governance* che delineava moderni contenuti della *diligenza gestoria*: l'obbligo di adottare misure ed assetti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte (art. 2086, comma 2, c.c.), che sopravanzava la tradizionale logica conservativa, più riduttiva, di non aggravare il dissesto. Un obbligo di portata generale che esorbitava anche dal semplice utilizzo degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. I doveri della tempestività della rilevazione e della prontezza dell'intervento, infatti, quali *doveri della prevenzione e della gestione appropriata della crisi* finivano per costituire *canoni generali della diligenza dell'imprenditore* (art. 3 del CCI) che ne anticipavano le ulteriori declinazioni nelle successive fasi secondo parametri tradizionali (art. 4 CCI). Un rafforzamento della complessiva responsabilizzazione degli amministratori che rappresentava la definitiva positivizzazione di orientamenti giurisprudenziali già consolidati¹¹. Tanto centrale era il rispetto della *ricognizione pronta e fattiva* della crisi che su di essa doveva concentrarsi anche l'attenzione specifica degli organi

⁷ Cfr. la memoria della Banca d'Italia del 26.11.2018 reperibile all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/media>; cfr. ANDREWS e CINGANO, 2014, *Public policy and resource allocation: Evidence from firms in OECD countries*, *Economic Policy*, n. 29, pp. 253-296.

⁸ Dovevano entrare in vigore in tempi anticipati gli artt. 363 e 364 CCI sulle certificazioni dei debiti contributivi, per premi assicurativi e dei debiti tributari, gli artt. 375 e 377 CCI sull'introduzione sugli assetti organizzativi dell'impresa e delle società, con generalizzazione dei doveri ex art. 2086, comma 2, c.c., l'art. 378 sulla responsabilità degli amministratori delle S.r.l., l'art. 379 CCI sulla nomina degli organi di controllo delle S.r.l. da operare entro il 16.12.2019 Per un aggiornamento sullo stato attuazione di questa parte della disciplina cfr. FERRO, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno 2020 e immediato cordone societario*, in *Quotidiano Giuridico*, 9 aprile 2020.

⁹ Così, ancora, la citata memoria della Banca d'Italia; cfr. BRODI, «*Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*», Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, n. 440, 2018.

¹⁰ RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia in Giustizia Insieme*, 8 aprile 2020: «*L'allerta e la composizione assistita della crisi non vanno concepite, né dovranno essere fatte funzionare, come una sorta di limatum rivolto all'imprenditore, minacciato di subire in futuro la liquidazione giudiziale della sua azienda, bensì come un mezzo di supporto che al medesimo imprenditore si offre per aiutarlo a superare, nei limiti del possibile, la situazione di crisi in cui versa e ad evitare il paventato esito liquidatorio*».

¹¹ Tra essi, si consideri: — la possibilità degli amministratori delle S.r.l. di rispondere verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (art. 2476 c.c.), senza che la rinuncia all'azione da parte della società ne impedisca l'esercizio da parte dei creditori sociali; — la definizione dei parametri del danno risarcibile, in caso di intempestiva attivazione degli amministratori, al sopravvenire di una causa di liquidazione, nel chiedere lo scioglimento della società allo scopo di preservare il valore del patrimonio sociale (art. 2486, comma 2, c.c.).

di controllo, accrescendone le responsabilità e le evenienze in cui ne è obbligatoria la costituzione nelle s.r.l. Nelle trattative, nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e nell'esecuzione degli accordi i parametri della diligenza gestoria erano costituiti dal dovere di *rappresentare* la propria situazione economica in modo completo, veritiero e trasparente (fornendo, in tal modo, ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto), dal dovere di assumere tempestivamente le iniziative idonee *alla rapida definizione* della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori, nonché dal dovere di *gestire* il patrimonio o l'impresa *durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori*.

Poi, d'improvviso, tutto è mutato. L'entrata in vigore della riforma è stata rinviata.

Il decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, recante «*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*» (in breve, il nostro decreto liquidità) ha inibito la vigenza di alcune regole coesistenziali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi di impresa. Le ragioni addotte sono note¹²; creduta, o meno, che sia la loro fondatezza o anche solo la corrispondenza con la realtà¹³. Certo è che dobbiamo parlare all'imperfetto di una riforma mai entrata in vigore. Non ancora, almeno, e chissà per quanto...

— 1.3. *L'obiettivo della ricerca ed il punto fermo: le fattispecie penal – fallimentare restano temporaneamente incise, ma non definitivamente travolte dal D.L. liquidità.*

Lo scopo dell'analisi è assai contenuto. Si tratta di verificare in termini più approfonditi la portata della "moratoria" di alcune regole societarie (artt. 6-8, 10 D.L. n. 23/2020), in modo da saggiarne i riflessi penalistici. Sullo sfondo, si mira a chiarire se la ricerca della certezza giuridica nel contesto societario – che poi è in grande parte rassicurazione agli imprenditori di poter disporre di tempo per assumere scelte ponderate, scopo dichiarato dell'intervento – costituiscano risultati conseguibili o se si pongano all'origine di un quadro normativo vieppiù confuso nel quale a nuovi valori civilistici si contrappongono vecchi disvalori penalistici. Occorre tralasciare l'analisi di altri temi spinosi, come quelli connessi all'erogazione del credito a favore di imprese immeritevoli e delle possibili responsabilità, non solo civili, degli operatori finanziari; per esse si rinvia ad altre riflessioni¹⁴, da calibrare alla luce della forte spinta normativa a finanziare rapidamente (art. 1 D.L. liquidità).

Senza anticipare gli esiti della verifica, si possono anteporre alcuni *punti fermi*.

Resteranno *insoddisfatti coloro che aspirano ad un ordinamento giuridico "coerente"*, nel quale le nuove tendenze del diritto civile siano assecondate inevitabilmente da quelle del diritto penale. Le

¹² Nella relazione illustrativa al D.L. *liquidità* si adduce: - l'incompatibilità del sistema delle c.d. misure di allerta con un quadro nel quale la preponderanza delle imprese è colpita dalla crisi; - la probabile necessità di gestire scelte liquidatorie contrastanti con la filosofia del nuovo sistema; - il bisogno di stabilità normativa; - il miglior adeguamento alla direttiva UE 1023/2019 in materia di ristrutturazione preventiva delle imprese.

¹³ Si rinvia a RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in Giustizia Insieme, 8 aprile 2020 per l'illustrazione delle ragioni contrarie ad un differimento. Lo stesso Autore osserva: «Non posso nascondere l'impressione che queste istanze di rinvio sottintendano un certo scetticismo, se non proprio una netta ostilità, nei confronti del nuovo codice. [...] Se si condivide la convinzione che il nuovo codice, pur con gli inevitabili difetti, rappresenta un progresso ed una significativa modernizzazione della disciplina concorsuale, anche e soprattutto perché segna il definitivo abbandono di un'antica concezione punitiva del fallimento a fronte di una maggiore propensione a favorire il più possibile soluzioni conservative dell'impresa e ad evitare la dispersione dei suoi valori, è logico auspicare che esso entri in vigore proprio in un momento in cui ci si sforza di impedire che la crisi generale provocata dalla pandemia travolga un gran numero di imprese altrimenti ancora sane».

¹⁴ DI VIZIO, *Il concorso del terzo nelle bancarotte improprie e la responsabilità penal-fallimentare degli organi gestori e di controllo degli istituti di credito*, giugno 2017, in <https://www.osservatorio-oci.org>, Sezione Papers.

ragioni o le colpe - punti di vista... - di questa situazione, però, non sono del legislatore della decretazione di urgenza; o comunque non solo.

La tutela penale della crisi di impresa, infatti, per tradizione nazionale, *non ha funzione esclusivamente sanzionatoria dei precetti civili*; anche quando si raccorda con essi, il diritto penale può fondare peculiari disvalori, che sopravanzano quelli scaturenti dal diritto civile. Per spiegarlo, basti dire che il diritto penale fallimentare contrasta concreti pericoli di pregiudizio delle aspettative dei creditori; senonché, quando le condotte che li generano si traducono in atti negoziali, il diritto penale si trova necessitato alla repressione (non si ravvisano reati a querela), mentre la normativa civilistica affida al creditore “frodato”, entro certe condizioni, la disponibilità della rimozione degli effetti, senza il corredo della sanzione più severa¹⁵. Un pagamento preferenziale, di rilievo penale, così, può non essere suscettibile di revocatoria fallimentare o civile, anche per volontaria inerzia del creditore leso. In definitiva, il diritto societario e quello civile (nei casi che si esamineranno, per la crisi rivelata dalla riduzione del patrimonio netto oltre soglie normativamente definite, degli artt. 2446-2447 c.c. per le s.p.a., o degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. per le s.r.l.) non sono le fonti esclusive dei criteri comportamentali nella materia; alcuni di essi originano direttamente dalle *fattispecie penali fallimentari* che si confrontano con i profili della crisi finanziaria ed in particolare con l’aggravamento del dissesto (cfr. art. 217, comma 1, n. 4, art. 223, comma 2, nn. 1, 224 L.F.) o con la causazione del fallimento (cfr. art. 223, comma 2, nn. 2, L.F.). I contenuti della diligenza e le condizioni della responsabilità dei gestori e dei tutori trovano, così, fonte nel diritto civile societario, ma non meno delle norme penal-fallimentari, indisponibili. Ed avviene anche il contrario¹⁶. Qui sta il punto. La disponibilità della tutela civile non facilmente convive con l’obbligatorietà della protezione penale.

I meccanismi di integrazione tra norma civile e norma penale sono assai complessi da definire ed ancor più da governare. In termini corrispondenti, complicati sono gli effetti della successione delle norme extrapenali sulle fattispecie penal-fallimentari. Partendo dalla necessità di condurre l’indagine facendo riferimento alla *fattispecie astratta*¹⁷, può rivelarsi arduo riconoscere per le norme extrapenali autentica natura integratrice del precetto penale¹⁸; piuttosto agevole è solo, forse, per le norme definitorie o quelle integratrici del norme penali in bianco; solo, in tal caso, infatti, in presenza di intervento demolitorio¹⁹, può ipotizzarsi un effetto abrogativo connesso al mutamento nella disciplina di un elemento costitutivo del fatto tipico.

¹⁵ Nella giurisprudenza civile consolidata è la *distinzione tra frode alla legge e frode ai creditori*, come la *non riconducibilità alla nozione di illiceità, nemmeno se basata su motivo determinante comune, dell'intento di frodare i creditori* (cfr. Cass. 29 maggio 2003, n. 8600; Cass. 10603/93; Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576; Cass. 7983/91; Cass. 20576/10; Cass. 11 ottobre 2013, n. 23158; Cass. n. 6239/1983; Cass. n. 4116/1986, Cass. 3905/1981. Per un’analisi più estesa di queste tematiche cfr. Cass. Civ. Sez. 3 n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633290; Cass. Ord. 14 dicembre 2010, n. 2522.

¹⁶ Ad esempio, se il ritardo con cui interviene la dichiarazione di fallimento può incidere sull’aggravamento del dissesto, è pur vero che proprio alcuni dei nuovi istituti di soluzione della crisi — ed adesso le nuove moratorie societarie, nonché il riscadenamento e la riproposizione di proposte, piani ed intese nei concordati preventivi e negli accordi ex art. 182 bis L. fall. previste dall’art. 9 del D.L. liquidità — valgono a rimodulare tempistiche e contenuti dei doveri dei gestori in caso di insolvenza dell’impresa. Sul punto cfr. GUERRIERI, *La responsabilità dell’amministratore nell’impresa in crisi (commento alla normativa)*, in Nuove Leggi Civ. Comm., 2016, 3, 571.

¹⁷ Cfr. Sez. un. *Magera* (n. 2451/2007, Rv. 238197). Cfr. anche Sez. un. *Niccoli* (n. 196601 del 28/02/2008, Rv.239400).

¹⁸ Le Sez. Un. *Magera* annotano come le norme extrapenali non svolgano tutte la stessa funzione integratrice nella fattispecie penale, sicura in presenza di disposizioni definitorie, o di norme penali in bianco.

¹⁹ Per le Sez. un. *Rizzoli* (n. 24468 del 26/02/2009, Rv. 243585) per accertare l’abolitio criminis deve procedersi al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte, senza ricercare conferme dell’eventuale continuità facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa; il primo confronto infatti, permette di *verificare se l’intervento legislativo posteriore assume carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato*, ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio comune alle fattispecie; nello stesso senso la successiva giurisprudenza di legittimità: Cass. Sez. 3, n. 28681 del 27/01/2017, *Peverelli*, Rv. 270335; Sez. 5, n. 11905 del 16/11/2015, *Branchi*, Rv. 266474; Sez. 3, n. 32797 del 18/03/2013, P.G., R.C., *Rubegni e altri*, Rv. 256665; Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, P.G. in proc. *De Masi e altri*, Rv. 252194.

Il campo delle fattispecie incriminatrici fallimentari è un campo elettivo per saggiare tale difficoltà: lo dimostrano i contrasti insorti nel settore nel qualificare le norme civili quali meri *elementi normativi*²⁰, o disposizioni *integratrici che non incidono sulla struttura* della fattispecie penale, insuscettibili di importare alcuna abrogazione; ovvero come norme appieno costitutive del precetto penale, la modifica delle quali può rivestire effetto abrogativo.

Così è stata esclusa l'*abolitio criminis* del reato di *bancarotta del piccolo imprenditore* (che il *d. lgs. n. 5/2006 ha sottratto alla procedura fallimentare*), in relazione a fatti commessi sotto la previgente normativa²¹. Parimenti, in relazione all'incidenza della *modifica dell'art. 2358 c.c.* ad opera del D.Lgs. 4 agosto 2008 n. 142 (relativa alla possibilità per la società di accordare prestiti o fornire garanzia per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni) sul reato di *bancarotta fraudolenta mediante operazioni dolose* è stata disconosciuta la retroattività della disciplina favorevole ex art. 2, comma 4, c.p. qualificandosi *norme integratrici del precetto penale ma non incidenti sulla struttura essenziale del reato* e quindi sulla fattispecie tipica; insomma, una variazione del contenuto del precetto penale²² non basta ad abrogarlo. Ancora, la soppressione, a seguito della *modifica dell'art. 2478 cod. civ.* recata dall'art. 18 del D.L. n. 185 del 2008 conv. nella l. n. 2 del 2009, dell'obbligo per le società a responsabilità limitata di tenere il libro dei soci, è stata ritenuta irrilevante ai fini della configurabilità del reato di *bancarotta fraudolenta documentale*, in relazione alle condotte tenute nel periodo precedente alla modifica normativa; le norme del codice civile che individuano gli obblighi contabili dell'imprenditore commerciale (cui implicitamente rinvia la *norma incriminatrice*), non sembrano integrare il precetto penale, ma definiscono un *elemento normativo* della fattispecie, cosicché i relativi fenomeni successori risultano irrilevanti²³. Inoltre, sono considerati tuttora rilevanti penalmente i fatti di bancarotta per i quali sia intervenuta la *dichiarazione d'ufficio del fallimento*, preclusa a dal D.Lgs. n. 5 del 2006²⁴ e non sono considerate norme integratrici del contenuto del precetto penale *le norme civilistiche degli artt. 10 e 11 R.D. 16 marzo 1942, n.267*²⁵; onde le vicende relative alle predette norme si stimano ininfluenti rispetto al fatto di reato anteriormente commesso.

L'effetto abrogativo, invece, può ipotizzarsi solo in caso di modifica sostanziale di un presupposto di base della condizione che conduce alla dichiarazione di fallimento, quale la qualità di imprenditore soggetto a fallimento o di un intero istituto a ciò preordinato. E' quanto riconosciuto per *l'abrogazione dell'amministrazione controllata quale presupposto del fallimento*²⁶ e del connesso reato di bancarotta societaria connessa.

Nel caso che occupa le previsioni del D.L. n. 23/2020 *non rivestono effetto abrogativo di nessun reato fallimentare*; non demoliscono alcun elemento costitutivo dei fatti tipici che interessano e delle quali ci occuperemo. Questo non significa che la loro operatività non resterà incisa per il tempo di vigenza dell'eccezionale intervento. Senza, dunque, ipotizzare modifiche mediate stabili, è certa una temporanea riduzione contenutistica della protezione penale. Vediamone, per quanto possibile, i termini più specifici.

²⁰ Cfr. anche Cass. n. 24468//2009, cit.

²¹ Cass., Sez. un. n. 19601 in data 28.02.2008, Rv. 239398, *Nicoli*; cfr. in tema di piccolo imprenditore Cass. Pen. Sez. 5 n. 19297 in data 20.03.2007, Rv. 237025, *Celotti*, che fa salve le procedure avviate prima della modifica normativa. Cfr., ancora Cass. Sez. 5, n. 44838 del 11/07/2014 - dep. 27/10/2014, *Nicosia*, Rv. 261309. Nel senso che nella struttura dei reati previsti dagli artt. 216 ss. L. fall. la dichiarazione di fallimento rileva quale provvedimento giurisdizionale e non per i fatti con essa accertati cfr. Cass. Sez. 5, n. 19889 del 24/10/2013 Ud. (dep. 14/05/2014) Rv. 259837; Id., n. 13910 del 08/02/2017 Ud., dep. 22/03/2017, *Santoro*, Rv. 269389, che considera la sentenza di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità.

²² Cass. Sez. 5, n. 11905 del 16/11/2015 Ud. (dep. 21/03/2016), *Branchi* e altri, Rv. 266474 – 01.

²³ Cass. Sez. 5, n. 26458 del 04/05/2015 Ud. (dep. 23/06/2015) Rv. 264008 – 01.

²⁴ Cass. Sez. 1, n. 27621 del 15/05/2012 Ud. (dep. 11/07/2012) Rv. 253329.

²⁵ Norme applicabili anche al socio illimitatamente responsabile di società fallita, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.66 del 1999.

²⁶ Sez. un. *Rizzoli*, n. 24468/2009, Rv. 243586 – 01.

– 2. *La crisi del capitale sociale e le fattispecie penalifallimentari* .

— 2.1. *La previsione del D.L. liquidità sui doveri funzionali a rimediare alla crisi di capitale e le ragioni delle “sospensioni” e delle “deroghe”*.

In base all'art. 6 del D.L. n. 23/2020 (*Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale*) «a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile».

Come segnala la relazione tecnica che ha accompagnato il D.L. liquidità la norma è tesa «ad evitare che le perdite di capitale, dovute alla crisi da Covid-19 e verificatesi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, pongano gli amministratori di imprese nelle condizioni di immediata messa in liquidazione, con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti e con il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486 del codice civile». La stessa relazione osserva che «resta comunque ferma la previsione in tema di informativa ai soci, prevista per le società per azioni» e dunque le previsione del primo comma dell'art. 2446 c.c. in casi di riduzione oltre il terzo che non importa la riduzione al di sotto del capitale sociale .

Inoltre l'art. 10 (*Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza*) del D.L. n. 23/2020 prevede: «[1] Tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili. [2] Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano alla richiesta presentata dal pubblico ministero quando nella medesima è fatta domanda di emissione dei provvedimenti di cui all'articolo 15, comma ottavo, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. [3] Quando alla dichiarazione di improcedibilità dei ricorsi presentati nel periodo di cui al comma 1 fa seguito la dichiarazione di fallimento, il periodo di cui al comma 1 non viene computato nei termini di cui agli articoli 10 e 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267». A tale riguardo, la relazione ministeriale illustrativa assume «indispensabile, per un periodo di tempo limitato sottrarre le imprese ai procedimenti finalizzati all'apertura del fallimento e di procedure anch'esse fondate sullo stato di insolvenza. Ciò per una duplice ragione: da un lato 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 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; dall'altro bloccare un altrimenti crescente flusso di istanze in una situazione in cui gli uffici giudiziari si trovano in fortissime difficoltà di funzionamento».

Misura eccezionale e temporanea di durata ristretta ma a valenza generale che, secondo la relazione illustrativa, si spiega alla luce della estrema «difficoltà, nella situazione attuale, di subordinare la riconducibilità o meno dello stato di insolvenza all'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19». Accertamento ritenuto nell'immediato incompatibile con la situazione di emergenza²⁷. L'improcedibilità si estende a tutte le ipotesi di ricorso, e quindi anche ai ricorsi presentati dagli imprenditori in proprio, «in modo da dare anche a questi ultimi un lasso temporale in cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di

²⁷ Prosegue la relazione: «Si è quindi optato per una previsione generale di improcedibilità di tutte quelle tipologie di istanze che coinvolgono imprese di dimensioni anche grandi ma tali da non rientrare nell'ambito di applicazione del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. "Decreto Marzano"), mantenendo il blocco per un periodo limitato, scaduto il quale le istanze per dichiarazione dello stato di insolvenza potranno essere nuovamente presentate».

insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni». L'improcedibilità opera anche per la richiesta del P.M., salvo che contenga la domanda di emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi di cui all'art. 15, comma 8, L. fall²⁸.

Allo scopo di evitare preclusioni irreversibili rispetto alla proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate o riflessi negativi sulle tutele della *par condicio creditorum*, il terzo comma dell'art. 10 cit. prevede la sterilizzazione del periodo di "blocco" sia ai fini del calcolo dell'anno decorrente dalla cancellazione dal registro delle imprese sia ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall'articolo 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 per la proposizione delle azioni revocatorie. Non senza suscitare qualche perplessità, ricollega tale effetto, almeno letteralmente, *alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso o della richiesta*, riconoscendo l'utilità della presentazione di ricorsi o richieste prive della pratica prospettiva di effettiva trattazione ma funzionali ad non incorrere nelle preclusioni anzidette²⁹.

— 2.2. Le ragioni delle regole sospese.

La disciplina della riduzione del capitale per perdite (artt. 2446-2447, 2482-bis-2482-ter c.c.) coinvolge tutti gli organi di governo e di controllo della società, già dal momento in cui insorge l'obbligo di convocazione dell'assemblea; ciò a rimarcare che *non è solo l'amministratore il beneficiario della moratoria*, ma una vasta platea di professionalità che lo assistono in una fase critica dell'impresa societaria. L'attività di tali soggetti viene vagliata secondo criteri di celerità (*"senza indugio"*)³⁰ per assicurarne una intensa responsabilizzazione che può avere anche sfoghi penali.

Le disposizioni sulla riduzione per perdite mirano ad assicurare la *corrispondenza tra il capitale sociale ed il patrimonio della società*, imponendo, in caso di *sensibile sopravvenuto squilibrio*, la riduzione del primo al fine di adeguarlo al secondo³¹ e, così, garantire, entro certi limiti, *l'effettività del capitale indicato*.

Che il capitale sia garanzia reale di solvibilità, a ben vedere, si potrebbe anche discutere, se è vero che lo stesso legislatore, nel 2014, ha ridotto, ad un terzo, quello minimo delle s.p.a., forma più complessa di società di capitale o addirittura previsto, con il D.L. liberalizzazione n. 1/2012, le s.r.l. semplificate con capitale pari ad un euro. Probabilmente, poi, pochi fornitori contraggono obbligazioni esaminando il capitale sottoscritto e versato, in luogo di altri indici significativi della redditività dell'impresa. La *ratio* della norma è pur sempre la doverosa tutela dei soci e dei terzi aventi causa³², anche per contrastare il pericolo di spregiudicate manovre da parte degli amministratori nel momento in cui la società è priva di tutto, o della maggior parte, del proprio capitale sociale³³. In ogni caso, la perdita dell'effettività del capitale indicato, per quanto nominalistica, può costituire condizione sintomatica di ben maggiori difficoltà finanziarie, come è noto considerando l'esperienza di *"manovre"* di bilancio volte a nascondere la realtà della perdita.

Ove lo squilibrio, a seguito di perdite, superi la soglia di tolleranza fissata, gli amministratori o il consiglio di gestione e, nel caso di loro inerzia, il collegio sindacale o il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio *convocare* l'assemblea affinché prenda gli opportuni provvedimenti. Chiarito che la perdita di oltre un terzo di rilievo non è quella risultante, come esercizio negativo, dal conto economico, ma quella che determina un disavanzo nella situazione patrimoniale³⁴, va precisato

²⁸ In questi casi, infatti, la radicale improcedibilità verrebbe ad avvantaggiare le imprese che stanno potenzialmente mettendo in atto condotte dissipative di rilevanza anche penale con nocumento dei creditori, compromettendo le esigenze di repressione di condotte caratterizzate da particolare gravità.

²⁹ In argomento cfr. FERRO, *op. ult. cit.*.

³⁰ Per un parametro normativo della tempestività della convocazione dell'assemblea cfr. art. 2631 c.c.

³¹ DI SABATO, *Diritto delle Società*, Milano, 2003, 399

³² App. Milano 31.1.2003.

³³ T. Grosseto 20.12.1999.

³⁴ Il riferimento è al rapporto fra capitale e patrimonio, cfr. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, 382,

che la stessa deve essere accertata al netto delle riserve (statutarie, facoltative e legali), che potrebbero essere esaurite o assorbite prima³⁵, oltre che degli utili non distribuiti³⁶.

Ove il capitale diminuisca di oltre un terzo in conseguenza di perdite, dunque, scattano a carico dei gestori e dei controllori delle società doveri informativi verso i soci: dovrà essere convocata senza indugio l'assemblea per gli opportuni provvedimenti³⁷, redatta una relazione sulla situazione patrimoniale della società³⁸ e dato conto in assemblea degli eventuali fatti rilevanti³⁹ avvenuti dopo la redazione della prima. La relazione dovrà essere integrata dalle osservazioni dell'organo di vigilanza⁴⁰ e i due documenti dovranno essere depositati nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'adunanza. Tali incombeni mirano ad assicurare la più ampia informazione dei soci ed innervano il primo comma dell'art. 2446, c.c., lasciato in vigore dal decreto liquidità, ma separato dai doveri di gestione fattiva della crisi di capitale. Si rammenta, in proposito, che, ai sensi dell'art. 2631 c.c., l'omessa convocazione dell'assemblea nei casi prescritti dalla legge concreta un illecito amministrativo.

Ad essere poste in temporanea quiescenza, infatti, sono le altre previsioni dell'art. 2446 c.c., che fondano i doveri di rimediare fattivamente alla sottocapitalizzazione. Ai soci convocati, non è fatto obbligo di procedere immediatamente alla riduzione del capitale di fronte alle perdite emerse, potendo non assumere la correlativa delibera ed adottare diversi provvedimenti (come, ad esempio, operazioni di ripianamento, quali l'accollo della perdita da parte dei soci, la remissione di crediti, e così via), ovvero rimanere inerti nella convinzione di un riassorbimento successivo. Tale libertà di scelta, tuttavia, trova un limite temporale costituito «dall'anno di grazia»⁴¹. Se, infatti, entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il comitato di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione alle perdite accertate. Nel caso di riduzione obbligatoria prevista dall'art. 2446 c.c., comma 2, c.c., secondo un primo indirizzo, la riduzione del capitale sociale e la successiva ricapitalizzazione spetterebbe all'assemblea ordinaria, mentre per diversa opinione andrebbe deliberata dall'assemblea straordinaria⁴². Nelle compagnie che abbiano emesso azioni senza valore nominale la riduzione del capitale può essere deliberata dal consiglio di amministrazione (art. 2446, comma 3, c.c.) ove ciò sia previsto dallo statuto, da una sua modificazione ovvero da una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria. In mancanza della delibera di riduzione obbligatoria, gli amministratori e i sindaci⁴³ dovranno chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in proporzione alle perdite accertate. Il tribunale, in composizione collegiale, provvederà, sentito il pubblico ministero, secondo le norme

³⁵ L'esistenza di riserve esclude la praticabilità della riduzione: in tal senso, DI SABATO, *op. cit.*, 399; BONACCORSI DI PATTI, *sub art. 2446*, in Comm. Sandulli, Santoro, Torino, 2003, 942.

³⁶ Prima la società deve assorbire le riserve e gli utili non distribuiti e poi può ridurre il capitale, nella misura pari all'eventuale perdita residua (Cass. 12347/1999; T. Ravenna 3.2.2006; T. Roma 20.2.2001; T. S. Maria Capua Vetere 31.7.2000; T. Roma 17.3.2000; T. Roma 17.2.2000; T. Napoli 11.5.1999).

³⁷ L'incombente è rimesso agli amministratori o, nel sistema dualistico, al consiglio di gestione o, in caso di inerzia, sul consiglio di sorveglianza; cfr. BONACCORSI DI PATTI, *op. cit.*.

³⁸ Si tratta di un bilancio infrannuale comprensivo dello stato patrimoniale e del conto economico; così CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 173

³⁹ Il concetto «di fatto rilevante» si identifica con quello di circostanze suscettibili di modificare la deliberazione assembleare rispetto a come la stessa avrebbe potuto essere in base ai dati forniti nella relazione; cfr. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 181.

⁴⁰ Il collegio sindacale nel sistema tradizionale, o il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico.

⁴¹ PESCATORE, *La Società per azioni*, in Buonocore (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 124.

⁴² La distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria non riposa su astratta qualificazione formale, ma è data dalla previsione di diverse maggioranze, nonché dalla circostanza che soltanto per quest'ultima il verbale deve essere redatto per atto pubblico (art. 2375 c.c., comma 2); Cfr., Cass., Sez. 1, n. 8222 del 02/04/2007 (Rv. 595813 - 01)

⁴³ Ai sensi dell'art. 223 *septies* disp. att. c.p.p. anche il consiglio di gestione o il consiglio di sorveglianza.

relative ai procedimenti in camera di consiglio, con decreto soggetto a reclamo che dovrà essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Ove in conseguenza delle perdite il capitale sia sceso addirittura al di sotto del minimo legale, vige la disciplina più rigorosa dell'art. 2447 c.c.⁴⁴; anch'essa ora sospesa dal D.L. liquidità. In tal caso, infatti, gli amministratori (o il consiglio di gestione) e, in caso di loro inerzia, il collegio sindacale⁴⁵ (o il consiglio di sorveglianza) dovrebbero, senza indugio, convocare l'assemblea per deliberare la *riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società*⁴⁶. L'assemblea convocata, qui certo quella straordinaria⁴⁷, accertate la perdita, dovrebbe deliberare, con le maggioranze previste per le modifiche statutarie, *la riduzione ed il contestuale aumento, ovvero la trasformazione della società*, essendole precluso qualsiasi temporeggiamento, in attesa dei risultati dell'esercizio successivo; l'integrità del capitale, infatti, è lesa in misura non tollerabile⁴⁸ o almeno, sinora reputata tale. I soci dovranno scegliere immediatamente, quindi, se assicurare la prosecuzione dell'attività, riportando il capitale sociale al di sopra del minimo legale, ovvero trasformare la compagine in un'altra tipologia societaria per la quale è prescritto un capitale minimo inferiore⁴⁹. In assenza di siffatte deliberazioni, la società si scioglierà (art. 2484, n. 4, c.c.)⁵⁰.

— 2.3. Le deroghe già conosciute e quelle attese.

Ai sensi dell'art. 182-sexies l.fall. (*Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*)⁵¹ «[1] Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. [2] Resta ferma, per il

⁴⁴ Le procedure previste dall'art. 2447 c.c. si applicano anche nell'ipotesi di perdita dell'intero capitale sociale (T. Grosseto 12.10.2001)

⁴⁵ In tal senso CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 174.

⁴⁶ Sebbene la norma taccia in proposito, il procedimento e gli adempimenti da osservare sono gli stessi previsti dall'art. 2446 cfr. Cass. 484/1969; A. Milano 19.9.2000; A. Firenze 18.12.1970; T. Pinerolo 4.2.1999; T. Udine 8.2.1996; T. Roma 10.6.1981; Cass. 13503/2007.

⁴⁷ Cass. 4923/1995

⁴⁸ PESCATORE, *La Società per azioni*, in Buonocore (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 124]

⁴⁹ A norma degli artt. 2500 *sexies* e 2500 *septies*, per la trasformazione in società di persone sarà sufficiente una delibera adottata con le maggioranze previste per le modifiche dello statuto, con il necessario consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata; per trasformazione eterogenea in consorzi, società consortili e cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni, la deliberazione dovrà essere assunta con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto, e comunque con il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata. La trasformazione non è incompatibile con lo stato di liquidazione della stessa, potendo la prima costituire un provvedimento idoneo (se congruamente motivato) a perseguire più proficuamente e con minor dispendio, nell'interesse di creditori, le finalità della liquidazione. Tale trasformazione, naturalmente, non sarà ammissibile qualora il capitale sociale residuo, o ricostituito *ex novo*, non sia almeno pari al capitale minimo richiesto per il tipo in cui la società intende trasformarsi (A. Milano 6.10.2000).

⁵⁰ Oggi appare superato l'orientamento ante riforma per il quale le cause operavano automaticamente e di diritto (*ex plurimis*, Cass. n. 9619/2009; Cass. n. 1035/1995); il verificarsi di una causa di scioglimento importa un obbligo a carico degli amministratori di accertare l'esistenza della causa, di procedere ai relativi adempimenti pubblicitari e, in particolare, di limitare la gestione al compimento di atti conservativi del patrimonio sociale. L'attuale terzo comma dell'art. 2384 c.c. prevede che gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi prevista dal numero 6) del medesimo comma, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.

⁵¹ Articolo inserito dall'art. 33, comma 1, lett. f), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134; per l'applicazione di tale disposizione, vedi l'art. 33, comma 3 del medesimo D.L. 83/2012.

periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile».

Viene in rilievo una protezione che si applica a *procedure concorsuali o comunque a situazioni di trasparente gestione delle crisi*, con coinvolgimento dei creditori e dell'autorità giudiziaria, alla quale vengono affidati diversificati spazi di controllo. Chiara la diversità di contesto e trasparenza rispetto alla previsione del D.L. liquidità.

La moratoria vige nel caso di concordati liquidatori o con continuità aziendale (ma secondo alcuni non per quelli con riserva⁵²) e spiega la sua efficacia dalla data del deposito della domanda di concordato sino alla sua omologazione; dopo di che, ovvero dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologazione, tornano pianamente in vigore le norme in tema di riduzione del capitale sociale per perdite, gli obblighi degli amministratori e l'operatività della causa di scioglimento⁵³. In altri termini la presentazione della domanda di concordato comporta il differimento dell'obbligo di intervenire sul capitale e determina la necessità di verifica della permanenza della causa di scioglimento solo all'esito della procedura di concordato⁵⁴. Analogamente avviene dal deposito della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'*articolo 182-bis* L. fall. ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione.

Un'altra deroga già in vigore, limitata al secondo comma dell'art. 2446 ed all'art. 2447 c.c., è prevista per le *start-up innovative*. Il *comma 1 dell'art. 26 del d.l. 179/2012*, in particolare, prevede per tali soggetti economici un'estensione di ulteriori dodici mesi del "rinvio a nuovo" delle perdite e, nelle ipotesi più gravi, nelle quali le perdite arrivino ad intaccare il minimo legale, consente il differimento della ricapitalizzazione alla chiusura dell'esercizio successivo. In pratica, per le imprese innovative: (i) in caso di perdite superiori a un terzo del capitale sociale, è possibile, senza ridurre il capitale, riportare la perdita sotto tale limite entro il secondo esercizio successivo a quello in cui si è verificata (anziché entro il primo esercizio successivo); (ii) in caso di perdite che riducano il capitale sociale al di sotto del minimo legale, le società innovative possono attendere la chiusura dell'esercizio successivo per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento dello stesso a una cifra non inferiore al minimo legale, oppure trasformare o liquidare la società (anziché farlo immediatamente).

Anche il D.Lgs. 12.1.2019, n. 14 (la cui vigenza è prorogata al 1° settembre 2021 dall' art. 5, D.L. 8.4.2020, n. 23, c.d. Decreto Liquidità) ipotizzava di conservare le deroghe espresse alle norme in esame. Per gli artt. 20, 64 e 89 CCII, nell'ambito rispettivamente delle procedure di composizione assistita della crisi, di accordi di ristrutturazione e di concordato preventivo, non avrebbero dovuto trovare applicazione l'art. 2446, comma 2, e 3, 2447, 2482 bis, 4° , 5° e 6° co., 2482 ter, 2484, 1° co., n. 4, e 2545 *duodecies* c.c.

— 2.4. Gli effetti penali temporanei.

— 2.4.1. In linea generale.

L'inosservanza dei doveri previsti dagli artt. 2446-2447, 2482-bis-2482-ter L.fall. viene all'attenzione del diritto penale fallimentare, in via elettiva, quale componente della condotta delle seguenti fattispecie penal-fallimentari: - la bancarotta impropria per effetto di *operazioni dolose* ex art. 223, comma 2. n. 2, L.fall.; - la bancarotta prevista a carico di amministratori, direttori generali e sindaci di società dall'art. 224, n. 2 L. fall.; - la bancarotta semplice prevista dall'art. 217, comma n. 4, richiamata dall'art. 224, n. 1, L. fallimentare.

⁵² T. Pistoia, 30/10/2012 Fallimento, 2013, 1, 74 nota di VELLA

⁵³ T. Monza Decreto, 11-11-2014 Dir. Fall., 2015, 6, 676 nota di VADALA'; T. Verona, 21/07/2016, Il caso.it, 2019.

⁵⁴ T. Ancona Sez. II, 12/04/2012 Fallimento, 2013, 1, 110 nota di ARIANI.

L'inosservanza ai doveri di cui si parla, d'altro canto, può costituire il terreno fertile per altre figure delittuose, come le due ipotesi di bancarotta semplice previste all'art. 217, comma primo, nn. 2 e 3, L.fall. (relative, rispettivamente, alla consumazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti ed al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento)⁵⁵, quando non quelle più gravi della *bancarotta fraudolenta*⁵⁶, anche per dissipazione⁵⁷, o preferenziale.

Restando all'immagine del terreno fertile, infatti, le iniziative dell'imprenditore vanno valutate con criteri diversi a seconda che concernano un'impresa in bonis o in stato prefallimentare. Infatti, «se nel primo caso la potenzialità offensiva (per il ceto creditorio) di quelle iniziative deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, da condurre - con giudizio ex ante - con criteri rigorosi e sulla base di elementi oggettivi (che tengano conto del livello dell'indebitamento, della consistenza patrimoniale dell'impresa e della sua capacità, anche prospettica, di produrre reddito) - poiché trattasi di giudizio che interferisce con i principi dell'autonomia privata, della libertà gestionale e della libera disponibilità dei beni da parte dell'imprenditore -, e deve investire in pieno la condizione soggettiva di quest'ultimo, di cui deve essere dimostrata la consapevolezza di recare offesa ai creditori; nell'impresa in stato pre-fallimentare quella valutazione deve necessariamente tenere conto della situazione precaria dell'impresa e della sua potenziale insolvenza. Ne consegue - nello scenario da ultimo delineato - che anche iniziative altrimenti legittime possono assumere, per il modo in cui sono attuate, il carattere della illiceità, per i riflessi che hanno sugli interessi del ceto creditorio». Da tali previsioni si trae conferma del fatto «che l'imprenditore in stato di crisi non ha più l'ampia libertà riconosciutagli dallo statuto dell'impresa, ma, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, deve, allorché pone in essere tentativi di risoluzione della crisi d'impresa, tenere conto del particolare contesto in cui si sviluppa la sua attività e delle "opportunità" a lui offerte dall'ordinamento (opportunità che rappresentano altrettanti indici della direzione in cui - secondo il legislatore - è auspicabile si muova); e comunque astenersi da comportamenti aventi impatto negativo sui diritti dei creditori: o nel senso di diminuire la garanzia per loro rappresentata dal patrimonio dell'impresa, o nel senso di attuare politiche discriminatorie tra coloro che hanno aspettative su quel patrimonio»⁵⁸.

— 2.4.2. La bancarotta da operazioni dolose.

— 2.4.2.1. Nozioni generali.

L'operazione dolosa richiamata nel corpo della fattispecie penale dell'art. 223, comma 2, n. 2, l.fall. si identifica con *abusi di gestione o infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo realizzati nell'esercizio della carica ricoperta e concretanti atti intrinsecamente*

⁵⁵ La prima fattispecie riguarda operazioni "in genere", aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore, *consumato*, in notevole parte, in operazioni aleatorie od economicamente scriteriate, il cui effetto conclusivo è la diminuzione della garanzia generica dei creditori, costituita dal patrimonio del debitore, ai sensi dell'art. 2740 cod.civ.; la seconda ipotesi riguarda, invece, *operazioni* finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti dell'ordinaria "imprudenza", che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative "coraggiose" al fine di scongiurare il fallimento. Mentre la seconda ipotesi ha carattere doloso, la prima è punibile a titolo di colpa (Cass., Sez. 5, n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003, Rv. 225938).

⁵⁶ La bancarotta fraudolenta sussiste «allorché si tratti di operazioni che comportino un notevole impegno sul patrimonio sociale, essendo quasi del tutto inesistente la prospettiva di un vantaggio per la società, mentre le operazioni realizzate con imprudenza costitutive della fattispecie incriminatrice della bancarotta semplice sono quelle il cui successo dipende in tutto o in parte dall'alea o da scelte avventate e tali da rendere palese a prima vista che il rischio affrontato non è proporzionato alle possibilità di successo, ma, in ogni caso, si tratta pur sempre di comportamenti realizzati nell'interesse dell'impresa» (Cass., Sez. 5, n. 6462 del 04/11/2004 Ud., dep. 22/02/2005, Rv. 231394)

⁵⁷ La dissipazione si distingue dalla bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranei alla medesima (Cass., Sez. 5, n. 47040 del 19/10/2011 Ud., dep. 20/12/2011, Rv. 251218; Id., n. 24231 del 20/03/2003 Ud., dep. 04/06/2003, Rv. 225938).

⁵⁸ Per Cass., Sez. 5, n. 24024 del 01/04/2015 Cc., dep. 04/06/2015, Rv. 263943,

*pericolosi per la salute economico-finanziaria della impresa. Non deve necessariamente trattarsi di fatti costituenti in sé reato, potendo consistere in qualsiasi comportamento del titolare del potere sociale che, abusando o rendendosi infedele alle funzioni o violando i doveri derivanti dalla sua qualità, cagioni lo stato di decozione al quale consegue il fallimento. L'operazione dolosa può tradursi anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa⁵⁹. E' richiesto però un *atto strutturalmente articolato* ovvero di un *complesso di atti*, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti da persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, che rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell'ente, dei soci, dei creditori e dei terzi interessati. Un *fatto di complessità strutturale* è riscontrabile in iniziative societarie implicanti un *procedimento* o, comunque, una *pluralità di atti coordinati* all'esito divisato⁶⁰. Ciò vale, inoltre, ad identificare la modalità del *pregiudizio patrimoniale* della fattispecie penale in esame, discendente non direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (come nel caso della distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione) ma, proprio, da un *fatto di maggiore complessità strutturale*. Diversamente dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale – in cui la condotta distrattiva (o dissipativa) deve consistere in una diminuzione del patrimonio sociale, a prescindere dalla circostanza che abbia determinato il fallimento, che è sufficiente intervenga – nella bancarotta impropria cagionata da operazioni dolose, queste ultime devono porsi in relazione eziologica con il fallimento; *non è necessario*, in particolare, *l'immediato depauperamento della società*, essendo sufficiente la *creazione, o l'aggravamento, di una situazione di dissesto economico che, prevedibilmente, condurrà al fallimento della società*⁶¹.*

Per queste ragioni, la Corte di Cassazione ha tradizionalmente qualificato come *operazione dolosa*: - il *protratto, esteso e sistematico inadempimento delle obbligazioni contributive*, che, aumentando ingiustificatamente l'esposizione nei confronti degli enti previdenziali, rende prevedibile il conseguente dissesto della società⁶²; - la condotta dell'amministratore che dopo aver *omesso il versamento delle imposte dovute*, gravando così la società di ingenti debiti nei confronti dell'erario, proceda alla distribuzione dei predetti utili a favore dei soci⁶³; - i reati societari non ricompresi nell'elencazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, L. fall.; - il ricorso abusivo al credito; - altri abusi, tra i quali la *dolosa omissione della convocazione dell'assemblea per gli opportuni provvedimenti nel caso di diminuzione del capitale sociale oltre un terzo* (art. 2446, comma 1, c.c.) e di *riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale* (art. 2447 c.c.)⁶⁴.

Se nell'ipotesi di causazione dolosa del fallimento, quest'ultimo è specificamente voluto, nel *fallimento conseguente ad operazioni dolose* lo stesso è l'effetto di una *condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio della stessa*. Nella prima fattispecie il dolo è specifico, nella seconda è generico, non richiedendo la volontà diretta a provocare lo stato di insolvenza, ma solo la coscienza e volontà del comportamento⁶⁵; si pensi al caso del sistematico inadempimento degli obblighi tributari e

⁵⁹ Cass., Sez. 5, n. 29586 del 15/05/2014.; Cass., n. 3506 del 23/02/1995, Rv. 201057; id., n. 40998/2014 Rv. 262188; Id. n. 43562/2019.

⁶⁰ Cass., Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti s.p.a.*, Rv. 247316.

⁶¹ In tal senso, Cass., Sez. 5, n. 40998 del 20/05/2014, *Concu*, Rv. 262188, secondo cui sussiste il delitto anche quando le operazioni dolose dalle quali deriva il fallimento della società non comportano una diminuzione algebrica dell'attivo patrimoniale, ma comunque un depauperamento del patrimonio non giustificabile in termini di interesse per l'impresa.

⁶² Cass., Sez. 5, n. 47621 del 25/09/2014, *Prandini*, Rv. 261684; Id, n. 15281 del 08/11/2016, dep. 2017, *Bottiglieri*, Rv. 270046; Id., n. 29586 del 15/05/2014, *Belleri*, Rv. 260492; Id., n. 24752 del 19/02/2018 Rv. 273337; Id., n. 15281 del 08/11/2016, Rv. 270046.

⁶³ L'assegnazione dell'utile senza la pre-deduzione dell'onere tributario e della conseguente penalità tributaria concreta una manomissione della ricchezza sociale, ovvero una distribuzione che eccede quanto di pertinenza dei soci: Cass. n. 17355 del 12/03/2015, *Casale*, Rv. 264080.

⁶⁴ Cass., Sez. 5, 49506/2018.

⁶⁵ Cass. Sez. 5, n. 2905 del 16/12/1998, dep. 1999, *Carrino G*, Rv. 212613.

contributivi. In altri termini, il fallimento determinato da operazioni dolose è un'eccezionale *ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale*, per la quale l'accusa deve unicamente dimostrare la consapevolezza e volontà dell'operazione alla quale segue il dissesto (e non di necessità l'immediato depauperamento), nonché *l'astratta prevedibilità* (e non inevitabilità altrimenti) *di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa*, ma non la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare⁶⁶.

Infine, quanto all'*interruzione del nesso causale* tra l'operazione dolosa e l'evento fallimento in presenza di *pregressa condotta distrattiva*, è escluso che quest'ultima possa ritenersi causa in sé efficiente del dissesto, valendo la disciplina del concorso causale delineata dall'art. 41 cod. penale. Del resto, l'operazione dolosa rileva anche in quanto abbia cagionato solo *l'aggravamento di un dissesto già in atto*, poiché la nozione di fallimento, collegata al fatto storico della sentenza che lo dichiara, è ben distinta da quella di dissesto, la quale ha natura economica ed implica un fenomeno in sé reversibile⁶⁷.

— 2.4.2.2. *Operazioni dolose e doveri ex art. 2446 – 2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.*

Venendo agli *obblighi funzionali al contrasto della crisi del capitale sociale*, significativa è una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁶⁸ che ha riconosciuto astrattamente configurabile il reato di *fallimento conseguente ad operazioni dolose* ex art. 223, comma 2, n. 2, L. fall. in evenienza nella quale agli amministratori erano contestate "omissioni" e attività materiali. Le prime consistevano nel non aver adottato le misure obbligatorie previste dall'art. 2447 c.c. (ossia, versandosi in un'ipotesi di totale azzeramento del capitale sociale, nel non aver, senza indugio, convocato l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al minimo, o la trasformazione della società, mancando altresì di sollecitare l'assemblea dei soci per l'adozione dei provvedimenti ex art. 2447 c.c.); le "attività materiali" consistevano nel *protrarsi delle attività della società*, rivendicata dagli stessi amministratori in nome del mantenimento del "valore" della società in vista dell'ingresso di nuovi soci finanziatori, senza alcun intento liquidatorio, in violazione del divieto per gli amministratori di intraprendere nuove operazioni (già art. 2449 c.c., ora art. 2486, comma 1,⁶⁹ c.c.); un comportamento che, andando ad aumentare ingiustificatamente l'esposizione della società nei confronti dei terzi, era idoneo a rendere prevedibile il dissesto⁷⁰. Avendo presente che nel concetto di *nuove operazioni vietate*, rientrano, in particolare, tutti gli atti gestori, diretti non a fini liquidatori, e quindi alla trasformazione delle attività societarie in denaro destinato al soddisfacimento dei creditori e, nei limiti del residuo dei soci, ma al conseguimento di fini diversi, quali ad esempio quelli preordinati al conseguimento di nuovi utili, essendo, invece, lecito il completamento di attività in corso destinate al miglior esito della liquidazione⁷¹.

Il reato previsto dall'art. 223, comma 1, n.2 L. fall. è stato ritenuto configurabile⁷² anche in evenienza all'amministratore veniva contestato di aver cagionato o concorso a cagionare il fallimento della società poiché, pur in presenza di una perdita di esercizio assai consistente, per sopravvenuta inesigibilità dei crediti, comportante l'azzeramento del capitale sociale, aveva *omesso di esporla nel bilancio e di convocare l'assemblea dei soci, consentendo così alla società di continuare ad operare, nonostante dovesse considerarsi in scioglimento automatico*.

⁶⁶ Cass., Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a.*, Rv. 247315; Id, n. 45672 del 01/10/2015, *Labrina*, Rv. 265510; cfr. anche Cass. Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, Rv. 269019.

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. 5, n. 40998 del 20/05/2014, *Concu*, Rv. 262189; Id., n. 8413 del 16/10/2013, dep. 2014, *Besurga*, Rv. 259051; Id., n. 17690 del 18/02/2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a.*, Rv. 247316.

⁶⁸ Cass., Sez. 3, n. 43562/2019.

⁶⁹ Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

⁷⁰ Cass. Civ. Sez. 1, n. 9619 del 22/04/2009, Rv. 608228.

⁷¹ Cass. Civ. Sez. 1, n. 9619/2009, Rv. 608228; Id., n. 3694/2007; Id., n. 6431/1982, Rv. 424062.

⁷² Cass., Sez. 5, 31650/2015.

Circa la distinzione con il reato previsto dall'art. 224, comma 1, n. 2 L.fall., è nota l'opinione per cui la convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447 c.c. rientra tra gli "obblighi imposti dalla legge" la cui inosservanza può dar luogo a responsabilità penale dell'amministratore ai sensi dell'art. 224, primo comma, numero 2, L. fall., laddove costituisca causa o concausa del dissesto ovvero del suo aggravamento⁷³. Tuttavia, laddove accanto all'omessa tempestiva convocazione dell'assemblea risultino contestate plurime attività, tra le quali la continuazione nell'attività sociale, viene in rilievo una complessità dell'agire amministrativo che integra un'operazione dolosa. In particolare il *protrarsi delle attività della società secondo impostazione non meramente conservativa o liquidatoria, in spregio del divieto per gli amministratori di intraprendere nuove operazioni*, può costituire comportamento idoneo a rendere prevedibile il dissesto, andando ad aumentare ingiustificatamente l'esposizione della società nei confronti dei terzi⁷⁴.

E' richiesto, però, che il fallimento sia direttamente causato o concausato dalle operazioni dolose dagli imputati, anche ove esse consistano nella violazione dei doveri imposti agli amministratori dagli artt. 2447 e 2449 c.c. "*ratione temporis*" vigenti e accompagnate dal dolo tipico. L'intervento di una inversione di tendenza, con netta ripresa in punto di redditività dell'impresa potrebbe porre in crisi la sussistenza del nesso causale e dell'elemento soggettivo tipico, contraddetto da volontà dell'organo amministrativo di garantire la ripresa della società, poi, effettivamente determinatasi.

— 2.4.2.3. Operazioni dolose e D.L. liquidità.

Ciò esposto, il D.L. liquidità è destinato ad avere effetti inibitori assai intensi sulla configurabilità del reato di *fallimento conseguente ad operazioni dolose* ex art. 223, comma 2, n. 2, L. fall.; per il tempo di vigenza dell'art. 6 cit. (dal 9 aprile al 31 dicembre 2020), infatti, la condotta tipica del reato fallimentare in esame non potrà essere innervata su omissioni degli obblighi collegati alla ricostruzione del capitale, o alla trasformazione o scioglimento sociale ex art. 2446, comma 2, 2447, 2482 bis, commi da 4 a 6, e 2482 ter c.c., ora temporaneamente sospesi. Sotto quest'ultimo profilo, è innocuizzato anche un effetto riflesso delle gravi condizioni di sottocapitalizzazione (il verificarsi di una causa di scioglimento della società e dunque l'obbligo di conegni gestori conservativi ex art. 2486, comma 1, c.c.), che importerebbe *ex sé* il pericolo di incriminazione in presenza di nuove operazioni⁷⁵.

Nondimeno, non va enfatizzato l'effetto inibitorio in commento. Gli obblighi gestori conservativi ex art. 2486, comma 2, c.c. conseguono anche al verificarsi di altre cause di scioglimento, come nel caso della *sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale* (art. 2484, comma 1, n. 2 c.c.)⁷⁶, situazione che, a sua volta, può seguire, almeno in via di fatti, alla sottocapitalizzazione ex art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.. Inoltre, integra criterio autonomo quello che impone la *prudenza*

⁷³ Cass., Sez. 5, n. 8863 del 09/10/2014 Rv. 263421.

⁷⁴ Così, l'inosservanza dei doveri imposti dalla legge all'amministratore e che abbia cagionato (o contribuito a determinare) il fallimento ricade nella fattispecie di bancarotta fraudolenta nel caso di "operazioni dolose", mentre torna applicabile il più lieve trattamento sanzionatorio previsto per la bancarotta semplice quando l'inosservanza è colposa

⁷⁵ Osserva P. FILIPPI, *Il decreto legge 8 aprile 2020 n. 23. Come ci si salva dalla crisi economica da pandemia: il rinvio del codice della crisi e altri rimedi*, in Giustizia insieme, 14.4.2020: «Nella malaugurata ipotesi che la crisi sia irreversibile e che venga emessa dichiarazione di fallimento ex art. 16 l.fall. (o la dichiarazione di insolvenza ex art. 195 l.fall., o la dichiarazione di insolvenza ex art. 8 l. amm. str.) o venga emesso decreto di ammissione al concordato preventivo ex art. 163 l.fall. dovrà tenersi conto della liceità civile della prosecuzione ai fini della valutazione della rilevanza penale del cagionamento o dell'aggravamento del dissesto. Sotto tale profilo la liceità della prosecuzione rende difficilmente configurabile la responsabilità penale con riferimento alle fattispecie di cui ai punti n. 3 e n. 4 dell'art. 217 l.f., nonché al cagionamento del dissesto per operazione dolose di cui al secondo comma n. 2 dell'art. 223 l.fall. e all'aggravamento con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge di cui al comma 2 n. 2 dell'art. 224 l.fall.. Ciò quando il dissesto abbia come causa esclusiva determinante l'evento la prosecuzione dell'attività nonostante la perdita del capitale».

⁷⁶ La sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale si configura nel caso in cui la società si viene a trovare, in modo oggettivo, definitivo ed irreversibile, nell'impossibilità di continuare a svolgere l'attività economica programmata dai soci come delineata nell'atto costitutivo, tale da precludere qualsiasi ulteriore attività operativa della società (Trib. Napoli, decr., 25 maggio 2011, Foro it., 2012, I, 1613; Trib. Lecco, 19 febbraio 2007, Soc., 2008, 1027; Cass. n. 14629/2001).

aggiuntiva per gli amministratori in crisi (eventualmente rivelata anche da crisi di capitale) scaturente dalle norme penali fallimentari che criminalizzano temporeggiamenti inutili o iniziative nuove idonee ad aggravare il dissesto fallimentare. Infine, non del tutto rare saranno falsità delle scritture contabili e nei bilanci finalizzate ad occultare la sottocapitalizzazione per proseguire nell'attività ordinaria che, come detto, possono integrare "operazioni dolose" suscettibili di concorrere a cagionare il dissesto fallimentare.

— 2.4.3. La bancarotta ex art. 224, comma 1, n. 2 L.fall.

— 2.4.3.1. Nozioni generali.

L'art. 224, comma 1, n. 2, RD 267/42 punisce la condotta dei soggetti della bancarotta impropria (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite), i quali abbiano concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge. Si tratta di un reato di *evento*, rappresentato dal *dissesto societario* (o dal suo *aggravamento*) causalmente riconducibile alle condotte, sia *attive che omissive*, poste in essere dagli autori tipici. E' stato in proposito efficacemente osservato che « l'art. 224 l.f. non è norma sanzionatoria degli obblighi di cui agli artt. 2482-bis e 2482-ter, in quanto considera l'inosservanza degli stessi non in quanto tale ma soltanto ove ne derivi il successivo dissesto. La condotta tipizzata dalla norma è allora identificabile con qualsiasi elusione sostanziale dell'obbligo che si ponga in termini causalmente efficienti rispetto all'evento»⁷⁷.

Tra gli obblighi di legge sono compresi anche i doveri imposti dall'atto costitutivo, dallo statuto, dalle deliberazioni assembleari prese in conformità alla legge e all'atto costitutivo e attinenti alla vita dell'ente sociale (si pensi allo scioglimento anticipato o la trasformazione della società, alla presentazione della domanda di concordato preventivo)⁷⁸. Deve trattarsi di *obblighi funzionali alla conservazione della garanzia patrimoniale*.

Tra le trasgressioni di obblighi rilevanti ai fini in analisi si annoverano: (i) per i sindaci, l'omesso controllo da parte dell'amministrazione della società ex art. 2403 c.c.; (ii) per i liquidatori, l'inadempimento dell'obbligo di *prendere in consegna i beni e i documenti sociali* ex art. 2277 c.c. o la trasgressione del divieto ex art. 2279 c.c. di intraprendere *nuove operazioni*; (iii) per gli amministratori, l'inadempimento degli obblighi previsti dagli artt. 2391, 2391-bis e 2392 c.c., dell'obbligo di *convocazione dell'assemblea dei soci* ex art. 2447 c.c. (riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale), l'inosservanza dell'art. 2344 c.c. (per il caso di mancato pagamento delle quote), l'esercizio di un'attività di *concorrenza* per conto proprio o di terzi ex art. 2390 c.c., l'omissione del controllo sull'andamento della gestione sulla base delle relazioni degli organi delegati.

Sul versante della distinzione con altre ipotesi delittuose, la trasgressione degli obblighi ex art. 224, comma 2, n. 2, cit. risulta collegata ad *comportamenti colposi*, ponendosi altrimenti problemi di delimitazione con la fattispecie della *bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose*, specie se l'inosservanza sia accompagnata dalla consapevolezza di porsi in contrasto con l'interesse della società e dei creditori sociali, in relazione a dissesto accertato, anche in via eventuale. Dubbi sussistono sul rapporto con la fattispecie prevista dal n. 4 dell'art. 217 L. fall. Si è ritenuto, in proposito, che l'art. 217 L. fall. fall. esige una colpa grave, mentre l'art. 224 L. fall. una colpa generica,

⁷⁷ Per Cass. 33895/2017 l'art. 2631 c.c. non permette all'amministratore di non convocare l'assemblea entro il termine previsto, semplicemente rinunciando al proprio incarico in favore di altro amministratore e ciò proprio al fine di sottrarsi a un suo dovere istituzionale; il termine di trenta giorni di cui all'art. 2631 c.c. vale soltanto nei confronti degli amministratori che intendono rimanere in carica oltre la scadenza predetta; viceversa devono, in ogni caso, anche se il termine di 30 giorni non è ancora scaduto, convocare prontamente l'assemblea prima di rassegnare le proprie dimissioni.

⁷⁸ Cass., Sez. 5, 3.12.2002, n. 40581, in *Cass. pen.*, 2003, 1046, in *Riv. pen.*, 2003, 317; in *CED*, 2002/223409.

vale a dire una imprudenza, negligenza o imperizia, per inosservanza di obblighi imposti dalla legge, realizzate con qualsiasi grado di intensità.

— 2.4.3.2. *Inosservanza degli obblighi imposti dalla legge generativa di dissesto e doveri ex art. 2446 – 2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.*

Per consolidata opinione la mancata attivazione dei rimedi previsti dall'art. 2447 cc. (in particolare l'omessa convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447 cod. civ. in presenza di una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale), rientrando tra gli "obblighi imposti dalla legge", può consentire la *prosecuzione dell'attività della società*, così da configurare responsabilità penale ai sensi dell'art. 224, comma 1, n. 2, L. fall. quale causa o concausa del dissesto ovvero del suo aggravamento⁷⁹.

Il reato sussiste anche quando la condotta illecita, consistente nell'omissione di adempimenti previsti dalla legge a tutela dell'integrità del patrimonio, abbia concorso a determinare solo un *aggravamento* del dissesto già in atto della società⁸⁰, non interrompendo il rapporto di derivazione causale l'intervento di fattori sopravvenuti *ex sibus* inidonei a determinare, in via esclusiva, l'evento ex art. 41 c.p.. E' punito, infatti, anche l'incremento di un *deficit* economico della società e non solo il causarne il dissesto nella misura originaria: l'omessa o intempestiva adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2482 *ter* c.c. può ben valere ad aggravare il dissesto già creato da altri⁸¹.

— 2.4.2.3. *Inosservanza degli obblighi imposti dalla legge generativa di dissesto e D.L. liquidità.*

Anche in tal caso il d.l. liquidità avrà effetto inibitorio assai intenso sulla configurabilità del reato in esame; il decreto esclude (almeno sino al 31.12.2020) l'antidoverosità delle omissioni che, più frequentemente possono aggravare il dissesto; vale a dire quelle corrispondenti ai doveri sospesi, più che a quelle informative (art. 2446, comma 1, 2482 – bis, comma 1, c.c.), tuttora vigenti.

Nondimeno, recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno riferito all'inadempimento degli doveri informativi l'attitudine a porsi quale causa di aggravamento dei dissesto ex art. 224, comma 1, n. 2, L. fall.. Nella sentenza n. 11311/2020 rispetto all'art. 2482 bis, c.c. si è rimarcato come il primo obbligo in ordine logico funzionale è quello di convocare l'assemblea dei soci, il quale, «per il rilievo che assume nella vita della società e per il valore di presidio anticipato delle ragioni dei creditori è annoverabile tra gli "obblighi imposti dalla legge", la cui inosservanza può dar luogo a responsabilità penale dell'amministratore ai sensi dell'art. 224, primo comma, numero 2, della legge fallimentare, quando costituisca causa o concausa del dissesto ovvero del suo aggravamento»⁸².

Con la sentenza n. 13/2020, poi, è stata confermata la condanna per il delitto ex art 224/1 n. 2 L. fall. integrato attraverso il mancato adempimento dell'obbligo di convocare l'assemblea per adottare i provvedimenti conseguenti alla perdita del capitale sociale, in presenza di attivo patrimoniale inesistente, in quanto indicato in bilancio senza tenere conto della necessaria

⁷⁹ Per Cass. Sez. 5, n. 154 del 26/5/2005, dep. 2006, *Zanchetta*, Rv. 233385 è tutelato l'interesse al regolare funzionamento degli organismi societari nonché all'operare della società in modo conforme alla legge ed in modo da assicurare l'integrità del patrimonio sociale, per garantire il ceto creditorio. Cfr. Cass. Sez. 5, n. 40581 del 26/9/2002, *Bussetti*, Rv. 223409; Id., n. 8863 del 09/10/2014, dep. 27/02/2015, *Varratta*, Rv. 263421; Cass., Sez. 7, n. 46987/2019; Cass. Sez. 5, n. 35793/2018.

⁸⁰ Cass., Sez. 5, n.29885 del 09/05/2017 Ud. (dep. 15/06/2017) Rv. 270877; Id., n. 17021 del 2013 Rv. 255090; Id., n. 15613 del 2015 Rv. 263803; Id. n. 3579/2018.

⁸¹ Cass., Sez. 5, 49212/2017. In altri termini, il mancato adempimento degli obblighi di legge può contribuire ad aggravare il dissesto della società, non occorrendo ai fini dell'integrazione dell'ipotesi delittuosa in questione che, al momento dell'omissione, la società versasse *in bonis*, ben potendo l'inadempienza dell'amministratore aver concorso all'aggravamento di una situazione di sofferenza già in atto.

⁸² Cfr. Cass. Sez. 5, n. 8863 del 09/10/2014 Ud. (dep. 27/02/2015) Rv. 263421; Id. n. 154 del 26/05/2005 Ud. (dep. 05/01/2006) Rv. 233385.

svalutazione di rimanenze e crediti poi operate successivamente al fine di accedere al concordato preventivo⁸³.

— 2.4.4. *La bancarotta ex art. 224, comma 1, 217 comma 1, n. 4 L.fall.*

— 2.4.4.1. *Nozioni generali.*

A norma dell'art. 217, comma 1, n. 4 L. fall., è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo 216 della stessa legge, ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa. L'art. 224, comma 1, n. 1, L. fall. estende la previsione agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci ed ai liquidatori di società dichiarate fallite.

L'incriminazione mira a evitare che l'esercizio continuato dell'impresa in presenza di una situazione di obiettiva impossibilità di fare fronte alle proprie obbligazioni possa prolungare e dunque aggravare lo stato di perdita. L'evento è l'aggravamento del dissesto⁸⁴ provocato per colpa grave o per la mancata richiesta di fallimento; rileva il deterioramento della complessiva situazione economico-finanziaria dell'impresa fallita, ma non basta l'aumento di alcune poste passive⁸⁵; d'altro canto, nel caso di ritardata richiesta di fallimento, è sufficiente che l'aggravamento del dissesto dipenda dal semplice ritardo nell'instaurare la concorsualità, non essendo richiesti ulteriori comportamenti concorrenti⁸⁶.

Per stimare la gravità della colpa del contegno omissivo serve individuare il momento in cui si è delineato lo stato di insolvenza, vale a dire l'incapacità di soddisfare con mezzi ordinari le proprie obbligazioni, secondo la previsione dell'art. 5 della L. fall., posta in rilievo dalle perdite e dall'inoperatività della società; da tale momento va calcolata la durata del comportamento omissivo. È stato a lungo discusso se il requisito della colpa grave fosse riferibile unicamente alle altre condotte – diverse dall'aver omesso o ritardato la richiesta tempestiva del fallimento – oggettivamente orientate all'aggravamento del dissesto, o se esso, invece, connotasse tutti i fatti riconducibili alla previsione incriminatrice delineata dall'art.217 L.fall. Da ultimo, nella giurisprudenza della Quinta sezione penale della Cassazione ha trovato spazio l'orientamento per il quale anche l'omissione della tempestiva richiesta deve essere sorretta dal coefficiente psicologico della colpa grave⁸⁷. Quest'ultima può essere desunta, in concreto, da dati fattuali sintomatici di un provato e consapevole atteggiamento di resistenza rispetto alla iniziativa dovuta di ricorrere alla dichiarazione di fallimento, in presenza di chiaro stato di dissesto o in una situazione di conclamata ed irrimediabile insolvenza della società, senza iniziative volte a risollevere

⁸³ In particolare, in presenza delle condizioni che imponevano all'amministratore di sollecitare i soci alla ricostituzione del capitale sociale o di adottare i provvedimenti alternativi dal codice civile, pur consapevole dei dati negativi illustrati, il gestore non aveva adempiuto a tale obbligo e concorso a cagionare il dissesto.

⁸⁴ Il dissesto avuto presente dall'art. 217, n. 4, L. fall., è stato inteso anche come «una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori» (Cass., Sez. 5, n. 32899/2011).

⁸⁵ Cass. Sez. 5, n. 27634/2019, *Bernardi*, Rv. 276920; Cass. 52057/2019. La Corte ha annullato con rinvio la decisione di condanna che aveva concentrato l'attenzione sul debito tributario e sui costi operativi accresciutisi per effetto della mancata richiesta di fallimento, senza considerare la progressiva riduzione delle perdite, il modesto utile e il sensibile risparmio dei costi per interessi bancari, risultanti dai bilanci depositati negli anni oggetto della contestazione

⁸⁶ Cass., Sez. 5 n. 28609/2017, Rv. 270874; Id. n. 13318/2013, Rv. 254986.

⁸⁷ Cass., Sez. 5 n.18108/2018, *Dolcemascio*, rv. 272823; Id., n. 38077/2015, *Preatoni*, Rv. 264743; Id., n. 43414/2013, Pg. N. proc. *Zille e altri*, rv. 257533..

le sorti dell'impresa⁸⁸. In tali condizioni, non è ostativa alla configurabilità del reato la condotta dell'amministratore che presenta un'istanza di rateizzazione del debito erariale⁸⁹.

— 2.4.4.2. *Ritardata richiesta di fallimento ex art. 217, comma 1, n. 4 L. fall. e doveri previsti dagli art. 2446-2447, 2482 bis e 2482 ter c.c.*

Le perdite che riducono in condizioni critiche il capitale sociale possono concorrere a rivelare la condizione di colpa grave in cui viene realizzata l'omissione della presentazione della richiesta di dichiarazione di fallimento, anche in ragione delle concomitanti omissioni consapevoli rispetto ai doveri previsti dagli art. 2446-2447, 2482 bis e 2482 ter c.c., causa dell'aggravamento del dissesto.

Il reato è stato ritenuto integrato in caso di gestione di impresa caratterizzata da costanti perdite di esercizio, dalla costituzione sino al fallimento, con risalente condizione di dissesto, avendo la società operato in regime di sottocapitalizzazione senza l'adozione di alcun provvedimento ex art. 2482 ter c.c.⁹⁰; ed ancora, in caso di difficoltà finanziarie risalenti alla costituzione di società, mai posta in liquidazione volontaria, che aveva ostinatamente proseguito nell'attività, senza mai versare l'IVA, in assenza di liquidità e con forte esposizione debitoria verso le banche; il patrimonio netto negativo aveva reso attuali le condizioni previste dagli art. 2446 - 2447 c.c. ed originato la sollecitazione del collegio sindacale all'amministratore circa la necessità di ripianare la perdita entro la fine dell'esercizio ovvero di procedere all'abbattimento del capitale sociale; invito trascurato dall'amministratore portando avanti l'attività, con inevitabile aggravio del dissesto⁹¹.

— 2.4.4.3. *Il D.L. liquidità ed il reato ex art. 217, comma 1, n. 4 L. fall.*

Gli artt. 6 e 10 del D.L. *liquidità* incidono sulla fattispecie penale. A ben vedere, l'inertizzazione dei doveri non informativi scaturenti dalla crisi del capitale sociale esclude l'antidoverosità di condotte inattive, non l'esigibilità del loro adempimento anche durante la vigenza della nuova disciplina. Parimenti, è a dirsi per il ricorso di auto-fallimento (improcedibile, ma non vietato).

I problemi verteranno sulla *perimetrazione temporale* di dette improcedibilità o sospensioni rispetto all'insorgere dell'insolvenza o della grave crisi di capitale sociale. Solo ove l'insolvenza sia insorta nel periodo dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020 (per i ricorsi di auto-fallimento) ovvero la crisi del capitale sociale si sia palesata tra il 9 aprile 2020 ed il 31 dicembre 2020 (per doveri riparatori e non meramente informativi) può dirsi sicura la garanzia dalla fattispecie penale in esame, esclusa dalla inertizzazione legislativa degli obblighi in argomento. Salvo abbracciare la tesi, francamente azzardata, per cui gli indebiti temporeggiamenti nella gestione delle insolvenze e delle crisi di capitale manifestatesi già prima delle moratorie covid-19 siano stati resi non punibili da queste ultime.

In prospettiva penale, le moratorie non dovrebbero rilevare per l'imprenditore che, da tempo risalente (*pre-covid-19*) era insolvente o in crisi di capitali e che venga a fallire *post covid-19*. Agli imprenditori resta possibile l'opzione volontaristica, rispetto alla ricapitalizzazione e alla presentazione del ricorso di autofallimento. Non è congetturale, in realtà, immaginare la presentazione di un ricorso - con piena consapevolezza della improcedibilità - quale rimedio per fuggire alle responsabilità di un bancarotta da ritardata richiesta di fallimento.

— 3. *Il rimborso dei finanziamenti soci e infragruppo realizzati in condizioni di incongruità del capitale e le fattispecie penali-fallimentari.*

⁸⁸ Cass. Sez. 5 n. 13318/2013, Rv. 254986; Id. n. 28609/2017, Rv. 270874; Id., 18108/2018 Rv. 272823 - 01.

⁸⁹ Cass. Sez. 5, n. 57757 del 24/11/2017 Ud. (dep. 28/12/2017) Rv. 271861 - 01.

⁹⁰ Cass. 1380/2018.

⁹¹ Cass. 40997/2017.

— 3.1. La previsione del D.L. liquidità e le ragioni delle “sospensioni” e delle “deroghe”.

Secondo l'art. 8 D.L. n. 23/2020 (*Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società*) «*Ai finanziamenti effettuati a favore delle società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile*».

Secondo la relazione illustrativa del decreto di urgenza «*l'esigenza di incentivare i canali necessari per assicurare un adeguato rifinanziamento delle imprese rende opportuna la temporanea disattivazione dei meccanismi di postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento*». Nell'attuale situazione congiunturale l'applicazione di tali meccanismi risulterebbe eccessivamente disincentivante a fronte di un quadro economico che necessita di maggior coinvolgimento dei soci nell'accrescimento dei flussi di finanziamento. La deroga è limitata cronologicamente ai soli finanziamenti effettuati entro il 31 dicembre 2020

— 3.2. Le ragioni delle regole sospese e la distinzione tra versamenti in conto capitale e finanziamenti a titolo di mutuo.

L'art. 2467 c.c. *contrasta la sottocapitalizzazione nominale*, situazione in presenza della quale la società dispone dei mezzi per l'esercizio dell'impresa, ma senza che siano per lo più imputati a capitale di rischio, essendo in massima parte concessi sotto forma di finanziamento. Le somme versate non sono qualificate come conferimento e, dunque, non sono imputate a capitale; possono essere diversamente denominate⁹². Posta tale *ratio* si ritiene che la disciplina si estenda dalle s.r.l. ad altri tipi di società di capitali qualora le condizioni della società siano note al socio, la cui posizione, per lo specifico assetto dell'ente o per la posizione da lui concretamente rivestita, sia assimilabile alla posizione del socio di una s.r.l.⁹³.

Fondamentale è la distinzione tra i *versamenti* del socio riconducibili ad un contratto di *mutuo*, parificati a quelli di qualsiasi creditore, e *versamenti diversi*, che determinano l'esclusione del diritto alla restituzione durante la vita della società e, in caso di fallimento, la postergazione rispetto alle ragioni degli altri creditori sociali (in quanto la restituzione viene subordinata al soddisfacimento integrale anche di tutti i creditori chirografari)⁹⁴.

Secondo le Sezioni civili della Cassazione⁹⁵ i *versamenti operati dai soci in conto capitale* (o con altra analoga dizione indicati), pur non incrementando immediatamente il capitale sociale, e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale (onde non occorre che siano conseguenti ad una specifica deliberazione assembleare di aumento dello stesso), hanno tuttavia una *causa* che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile a quella *del capitale di rischio*; per questa ragione, *non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società*, e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società, e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione. Tali versamenti non sono iscritti tra i debiti, ma confluiscono in apposita *riserva "in conto capitale"* (o altre simili denominazioni), connotandosi per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant*⁹⁶.

⁹² Tra le altre, «*versamento in conto aumento di capitale infruttifero*»; «*versamento soci in conto capitale*»; «*in conto futuro aumento di capitale*»; «*in conto copertura future perdite*»; «*in conto finanziamento soci infruttifero*».

⁹³ Cass. Civ., Sez. 1, n. 16291 del 20/06/2018 (Rv. 649534 - 01) ha ritenuto applicabile la previsione di cui all'art. 2467 c.c. nel caso in cui il socio, azionista di maggioranza di una s.p.a. ed anche presidente del consiglio d'amministrazione, aveva sottoscritto un prestito obbligazionario non convertibile, garantito da ipoteca, in favore della società.

⁹⁴ Cass. 2314/1996.

⁹⁵ Lo ricorda Cass. Pen. n. 8431/2019 che richiama Cass. Sez. civ. 1, n. 7692 del 31/03/2006, Rv. 588234; conf., *ex plurimis*, Sez. civ. 1, n. 25585 del 03/12/2014, Rv. 633810; Sez. civ. 1, n. 2758 del 23/02/2012, Rv. 621560; Sez. civ. 1, n. 21563 del 13/08/2008, Rv. 605073.

⁹⁶ Cass., Sez. civ. 1, n. 24861 del 09/12/2015, Rv. 637899.

Tra la società ed i soci, inoltre, può essere convenuta l'erogazione di *capitale di credito*, anziché di rischio; i soci possono effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi in tal modo il diritto alla restituzione anche durante la vita della società.

Per distinguere le diverse tipologie di versamenti in questione soccorrono le indicazioni rinvenibili dalle Sezioni civili della Corte. Stabilire se, in concreto, un determinato versamento tragga origine da un mutuo o se stato effettuato quale apporto del socio al patrimonio dell'impresa collettiva, è questione di interpretazione della volontà delle parti⁹⁷; più in particolare, «*i versamenti in conto capitale sono assoggettati all'onere di contabilizzazione nel patrimonio netto della società come riserve di capitale ed alla distinta indicazione di tale natura nella nota integrativa*», mentre «*l'individuazione della natura del versamento dipende dalla ricostruzione della comune intenzione delle parti, la cui prova va desunta in via principale dal modo in cui il rapporto ha trovato concreta attuazione, dalle finalità pratiche cui appare diretto e dagli interessi allo stesso sottesi, e solo in subordine dalla qualificazione che i versamenti hanno ricevuto in bilancio, la cui portata può risultare determinante, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà negoziale, in considerazione della sottoposizione del bilancio all'approvazione dei soci*»⁹⁸.

L'art. 2467 c.c., senza riqualificare autoritativamente le diverse forme di finanziamento-soci, garantisce la tutela dei terzi creditori, mediante la postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci; è bene chiarire che ciò è previsto solo *quanto il finanziamento sia avvenuto in un momento in cui la società si trovava in una situazione di disequilibrio finanziario*. Il legislatore ha, in definitiva, introdotto un trattamento di disfavore per tutte le operazioni che siano rivolte a perpetrare una situazione di *incongruità del capitale*.

Infatti, la norma si applica solo ai crediti sorti a seguito di finanziamenti dei soci concessi alla presenza di particolari condizioni della società finanziata: (i) un *eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto*; oppure (i) in una *situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*. La prima condizione impone di valutare la sussistenza di un eventuale squilibrio in relazione al «tipo di attività esercitata»; la *situazione di «eccessivo squilibrio» fra indebitamento e patrimonio netto, però, non coincide con lo stato di insolvenza della società*, art. 5, comma 2, L. fall. La seconda condizione impone di verificare se la situazione finanziaria, in luogo di un finanziamento, avrebbe richiesto un vero e proprio conferimento. Tale presupposto, previsto dalla norma come alternativo, *si affianca alla condizione dell'eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, costituendone ulteriore inquadramento definitorio*

Nelle condizioni patrimoniali indicate nell'art. 2467, comma 2, c.c. la postergazione del credito e la revoca del rimborso del finanziamento conducono, dunque, il socio finanziatore in una condizione assimilabile, in sostanza, a quello cui sarebbe stato soggetto qualora il suo apporto fosse stato eseguito a titolo di conferimento.

L'art. 2467 c.c. si applica, giusto il disposto dell'art. 2497 – *quinquies* c.c, anche ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti

— 3.3. Le deroghe in vigore e quelle attese.

Una prima deroga all'art. 2467 c.c. era già prevista dall'art. 182-*quater*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, aggiunto dall'art. 48, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122. Tale norma riconosce già attualmente natura prededucibile, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall. (e dunque *per il caso di successivo fallimento*), per alcuni *finanziamenti erogati prima della domanda di concordato* (comma 2), o *dopo l'omologazione* (comma 1). Il riferimento, dunque,

⁹⁷ Cass., Sez. civ. 1, n. 7692 del 31/03/2006, cit.

⁹⁸ Cass., Sez. civ. 1, n. 15035 del 08/06/2018, Rv. 649557.

è ai finanziamenti ponte⁹⁹ o relativi all'esecuzione di un concordato ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis L. fall. ai quali viene riconosciuto un titolo preferenziale nel soddisfacimento sulle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, in deroga al principio della *par condicio* (art. 2741 c.c.) ed agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.; la prededuzione, prevista dall'art. 182-*quater*, comma 3, L. fall., è riconosciuta ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare¹⁰⁰, anche quando il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo¹⁰¹.

Anche il D.lgs. n. 14/2019 (differito) immaginava di intervenire sulle previsioni dell'art. 2467 c.c.. *In primis*, in via generale, era prevista la soppressione dell'obbligo di restituzione del rimborso dei finanziamenti soci avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società (art. 384 CCII); unita alla previsione dell'inefficacia rispetto ai creditori dei rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore, con applicazione dell'articolo 2467, comma 2, c.c. (art. 164 CCII). In secondo luogo, consolidando il regime di deroga alla postergazione in relazione a procedure di risoluzione della crisi di impresa previsto con la prededuzione dell'art. 182-*quater*, comma 3, L. fall., estesa anche ai finanziamenti infragruppo. In particolare, se l'art. 292, comma 1, del Codice della CII confermava la postergazione del rimborso dei crediti da finanziamenti infragruppo, la escludeva nel caso di finanziamenti prededucibili dei soci previsti dall'articolo 102 CCI, quali *finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti*. Infatti, con il richiamo all'art. 102 CCI veniva esteso ai finanziamenti infragruppo il beneficio delle prededuzione ove finanziamenti – ponte o in esecuzione di procedure di regolazione della crisi. In particolare, in base all'art. 102 CCI «*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il beneficio della prededuzione previsto agli articoli 99 e 101 si applica ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'ottanta per cento del loro ammontare*». Il medesimo beneficio era previsto «*per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti*»¹⁰².

— 3.4. Gli effetti penali temporanei

⁹⁹ Si tratta più esattamente dei crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato; che opera anche per i *finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione*, a condizione che i finanziamenti siano previsti dal piano o dall'accordo e la prededuzione sia espressamente disposta dal tribunale in sede di ammissione del concordato o di omologa dell'accordo.

¹⁰⁰ Per parte dell'investimento, invece, il socio deve correre il rischio dell'insuccesso della procedura.

¹⁰¹ Si tratta di un terzo che interviene assumendo una partecipazione nella società da ristrutturare. E' stato in proposito osservato (CAIAFA— PANZANI, art. 182—*quater*, in *Commentario alla legge fallimentare*, 2016, p. 837 e ss.) che la posizione dei soci è passata dalla stalle della postergazione cui era erano stati confinati dalla riforma del 2003 (cfr. art. 2467 c.c. per le S.r.l. e 2497 *quinquies* c.c. per i gruppi di società) alle stelle della prededuzione riconosciuta dall'art. 182 *quater*, comma 3, l.fall..

¹⁰² Coordinando questa disciplina, dunque, può trarsi la conclusione che i *finanziamenti tra soci* — pure nel contesto di gruppi di imprese — realizzati nel rispetto delle condizioni previste negli artt. 99 (finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti) e 101 CCI (finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti) o con *acquisizione delle qualità di socio in esecuzione* di tali procedure di regolazione della crisi non solo si sottraggono alla postergazione ma “guadagnano” il *beneficio della prededuzione*.

— 3.4.1 Le bancarotte per distrazione e preferenziali.

La restituzione, in periodo di dissesto, delle somme versate dai soci a favore della società pone non secondari problemi di qualificazione penale. A fronte di un panorama giurisprudenziale non sempre perspicuo, occorre aver chiara consapevolezza delle differenze tra versamento *in conto capitale* e finanziamento a titolo di *mutuo* nonché delle condizioni ex art. 2647, comma 2 c.c. per la postergazione del finanziamenti soci (v. *supra*). La caratteristica fondamentale che orienta a qualificare il rimborso, avvenuto in periodo di dissesto, di un versamento del socio, nei termini di bancarotta fraudolenta per distrazione o di bancarotta preferenziale è l'*inesigibilità assoluta*, o meno, del diritto alla restituzione della somme versate.

L'esigibilità del rimborso, infatti, non è attribuito dei versamenti in conto capitale (con funzione di capitale di rischio e non di credito), costitutivi di una generica aspettativa, da verificare al momento della liquidazione, in presenza di un attivo residuo sufficiente; credito (sia pure in senso lato) peraltro successivo alla dichiarazione di fallimento. Lo stesso è a dirsi per i versamenti in conto futuro aumento di capitale¹⁰³. L'inesigibilità del rimborso dei finanziamenti avvenuti nelle condizioni ex art. 2467 comma 2, c.c., poi, è imposta dalla postergazione prevista dall'art. 2467, comma 1, c.c.¹⁰⁴. La restituzione di una somma inesigibile, dunque, integra appieno la base materiale di una bancarotta per distrazione¹⁰⁵.

L'esigibilità, invece, può ricorrere nel caso di rimborso di finanziamento a titolo di *mutuo*, allorché l'erogazione originaria alla società sia realizzata in periodo non attratto dalla postergazione; in tal caso, il profilo problematico riguarda una restituzione avvenuta in periodo di dissesto, con eventuale indebita preferenza rispetto ad altri creditori provvisti di pozione o equivalente titolo di soddisfazione, onde la scelta solutoria potrà trovare riprovazione nella bancarotta preferenziale.

Quello esposto è il criterio interpretativo da ultimo venutosi chiarendo nella giurisprudenza della Cassazione; con preferenza rispetto a diverse letture volte a incentrare, nel caso di rimborso ai soci di somme in fase di dissesto, la distinzione tra distrazione e preferenziale: (i) sul rapporto di contraddizione con gli interessi della fallita¹⁰⁶; (ii) sulla contestuale qualità gestoria del beneficiario rimborsato, valorizzando la funzione tutoria degli interessi del ceto creditorio dell'amministratore, anche quando socio-creditore sociale¹⁰⁷; (iii) sul dolo che accompagna il pagamento¹⁰⁸.

— 3.4.2 Il D.L. ed il rimborso dei finanziamenti soci quali possibili pagamenti preferenziali.

¹⁰³ Cfr. Cass. 26211/2019; Id, n. 42568 del 19/06/2018, E, Rv. 273925, non massimata sul punto.

¹⁰⁴ Osserva puntualmente Cass., Sez. 5, n. 50188 del 10/05/2017, *Mascellani*, Rv. 271775, *rel. De Marzò*: «la disciplina della postergazione, la cui ratio è stata sopra delineata, non individua un diverso grado del credito restitutorio ma rende inesigibile la pretesa alla restituzione, proprio perchè il legislatore espressamente intende che le somme erogate devono essere vincolate al perseguimento dell'oggetto sociale e non possono essere restituite se non quando, ormai soddisfatti tutti i creditori, viene meno la stessa esigenza di garanzia delle loro ragioni»; nello stesso senso Cass. 12186/2019; Cass. 19247/2019; Cass. 29041/2019.

¹⁰⁵ Lo ricorda ancora Cass. 8431/2019.

¹⁰⁶ E' l'impostazione della sentenza Ribatti (Cass. Sez. 5, n. 23672 del 15/04/2004 Ud., dep. 20/05/2004, Rv. 229032).

¹⁰⁷ Secondo un primo orientamento, infatti, integra l'ipotesi di bancarotta per distrazione, la condotta dell'amministratore di una società, che, quale socio creditore della stessa, recupera, in periodo di dissesto, finanziamenti da lui in precedenza concessi (Sez. 5, n. 41143 del 20/05/2014, *Zavaroni*, Rv. 261250; conf., ex plurimis, Sez. 5, n. 34505 del 06/06/2014, *Marchesi*, Rv. 264277; Sez. 5, n. 42710 del 03/07/2012, *De Falco*, Rv. 254456; Sez. 5, n. 25292 del 30/05/2012, *Massocchi*, Rv. 253001; Sez. 5, n. 2273 del 06/12/2004 - dep. 2005, *Martella*, Rv. 231289, nonché, più di recente, Sez. 5, n. 37053 del 21/05/2018, *Sandrini*; Sez. 5, n. 11053 del 13/11/2017 - dep. 2018, *Ancona*; Cass. sez., 5 49506/2018; per diversa opinione (da ultimo, Cass., 2902/2019) è configurabile la bancarotta preferenziale, dal momento che la qualità di amministratore, sussistente in capo al creditore, non è idonea a mutare la qualificazione della fattispecie (Cass., n. 48017 del 10/7/2015; conf. Sez. 5, n. 5186 del 02/10/2013 - dep. 2014, *Giamundo*, Rv. 260196; n. 28077 del 15/4/2011). Tale regola vale anche quando "il pagamento" sia eseguito sotto forma di compensazione, poiché anche in tal caso l'effetto finale è quello di alterare la par condicio in favore di uno dei creditori (Cass., n. 24324 del 15/4/2015; n. 14380 del 14/10/1999); cfr. anche Sez. 5, n. 1793 del 10/11/2011 - dep. 2012, Rv. 252003; Sez. 5, n. 10117 del 22/01/2018, *Bartolini*).

¹⁰⁸ Cass., Sez. 5, n. 14908 del 07/03/2008 Ud., dep. 09/04/2008, Rv. 239487; Id., n. 1793 del 10/11/2011 Ud., dep. 17/01/2012, Rv. 252003; Id., n. 13318 del 14/02/2013 Ud., dep. 21/03/2013, Rv. 254985..

L'art. 8 del D.L. n. 23/2020 ha inertizzato, a tempo, la regola della postergazione per i finanziamenti «effettuati a favore delle società dalla data di entrata in vigore del presente decreto - 9 aprile 2020- e sino alla data del 31 dicembre 2020». In tal modo è venuta meno l'inesigibilità del rimborso di somme corrisposte a titolo di mutuo o comunque quale capitale di credito (non per quelle versate come capitale di rischio), a condizione che i rimborsi, anche avvenuti dopo il 31.1.2020, riguardino finanziamenti sorti nel "tempo di grazia", intercorrente tra il 9.4.2020 al 31.2.2020. L'astratta esigibilità permette di escludere per tali rimborsi la configurabilità della bancarotta per distrazione. Per contro risulta potenzialmente operativo il presidio della bancarotta preferenziale.

Infatti, la fattispecie di cui all'art. 216, comma 3, L. fall. punisce il fallito che esegue pagamenti o simula titoli di prelazione allo scopo di favorire, a danno di altri creditori, alcuni di essi. Essenziale è la violazione della *par condicio creditorum* (espressione del principio inteso ad evitare disparità di trattamento che non trovino giustificazione nelle cause legittime di prelazione fatte salve dall'art. 2741 c.c.) e, in relazione all'elemento psicologico, il dolo specifico, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per gli altri¹⁰⁹. Se ne è arguito che l'offesa non consiste nell'indebito depauperamento del patrimonio del debitore, ma nell'alterazione dell'ordine, stabilito dalla legge, di soddisfazione dei creditori.

Le restituzioni dei "finanziamenti" dei soci con le caratteristiche del mutuo o di altro negozio equivalente sono pienamente legittime durante l'ordinaria vita societaria ma possono integrare la bancarotta preferenziale allorché avvengano in periodo di dissesto societario, che lasci intravedere l'evoluzione dell'impresa verso il fallimento; la restituzione, in tal caso, è indebita ove alteri l'ordine, stabilito dalla legge, di soddisfazione dei creditori¹¹⁰.

Sotto il profilo penalistico, dunque, l'iscrivibilità, o meno, nella categoria di quelli postergati di cui all'art. 2467 c.c. del credito rimborsato ai soci di impresa fallita perde di significato. Ciò che rileva è che il rimborso del finanziamento sia avvenuto in una fase in cui la società era in condizioni che lasciavano intravedere come prossima che i crediti rimborsati non erano assistiti da titoli di prelazione che consentivano di preferirli a quelli degli altri creditori sociali di pari grado e che, ciò nonostante, essi siano stati soddisfatti con precedenza rispetto a questi ultimi¹¹¹.

- 4. *La continuità aziendale nella valorizzazione degli attivi.*
- 4.1 *La presunzione del decreto liquidità.*

In base all'art. 7 del D.L. n. 23/2020, sotto la rubrica «Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio» viene statuito che «nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423-bis, comma primo, n. 1), del codice civile può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati».

La relazione illustrativa si diffonde sull'opportunità della previsione. Essa, infatti, deriverebbe «dalla consapevolezza degli effetti dirompenti ed abnormi dell'epidemia di COVID-19, ed in particolare delle ricadute, profonde ma temporanee, che essa può determinare sulle prospettive di continuità. La **situazione anomala** che si è determinata comporterebbe (ove si applicassero regole elaborate con riferimento ad un

¹⁰⁹ Cass., Sez. 5, n. 15712/2014, *Consol e altri*, Rv. 26022.

¹¹⁰ Cass., Sez. 5, n. 42568/2018, E., Rv. 273925, in motivazione; Id. n. 13318/2013, *Viale*, Rv. 254985; Id., n. 1793/2011, rv 252003; Id., n. 14908/2008, rv 239487.

¹¹¹ Cass., n. 21747/2019.

panorama fisiologico e non patologico) l'obbligo per una notevolissima quantità di imprese di redigere i bilanci dell'esercizio in corso nel 2020 secondo criteri deformati, ed in particolare senza la possibilità di adottare l'ottica della continuità aziendale, con grave ricaduta sulla valutazione di tutte le voci del bilancio medesimo. Si rende, quindi, necessario neutralizzare gli effetti devianti dell'attuale crisi economica conservando ai bilanci una concreta e corretta valenza informativa anche nei confronti dei terzi, consentendo alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020, ed escludendo, quindi, le imprese che, indipendentemente dalla crisi COVID-19, si trovavano autonomamente in stato di perdita di continuità. La norma mira, quindi, a favorire la tempestiva approvazione dei bilanci delle imprese (in quanto anche nel contesto attuale tale approvazione mantiene un'essenziale funzione informativa), consentendo alle imprese di affrontare le difficoltà dell'emergenza COVID-19 con una chiara rappresentazione della realtà, operando una riclassificazione con riferimento alla situazione fisiologica precedente all'insorgere dell'emergenza medesima. Il dato temporale di riferimento è stato collegato alla situazione esistente al 23 febbraio 2020, e cioè alla data di entrata in vigore delle prime misure collegate all'emergenza (decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13) ed al conseguente maturarsi degli effetti di crisi economica, il secondo comma della norma prevede l'estensione della regola di cui al comma 1 anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati».

La difficoltà di redigere questa porzione della relazione appare evidente. Come spiegare, invero, che, per legge, la crisi ed i suoi effetti, realtà tangibili, non devono essere tenute presente nella rappresentazione dei valori dell'impresa nella redazione dei bilanci per gli esercizi non chiuso a febbraio 2020? Come spiegare che si sarebbe potuto valorizzare ratei, risconti, rimanenze ed immobilizzazioni secondo il criterio della continuità, iscritti in bilancio non tanto per la loro ragionevole utilità futura ma per titolo di eredità della risalente situazione fisiologica (per quanto ora dissolta)? Non era facile, come non è semplice, invero, scrivere le norme in tempi di emergenza.

Risulta ingiustificato, però, dedurre che chi adotterà criteri di rappresentazione liquidatori utilizzerà "criteri deformati"; o attribuire solo alla previsione, eccezionale, la funzione di conservare ai bilanci «una concreta e corretta valenza informativa anche nei confronti dei terzi».

Non dovrebbe essere la legge a formulare anticipatamente il giudizio sulla continuità aziendale al posto dell'imprenditore. Il bilancio conserva un'autentica valenza formativa quando l'impiego dei criteri viene realizzato a seguito di ricognizione onesta da parte del redattore della realtà economica dell'impresa. Legittimare alla continuità per eredità di condizione passata non prelude a rappresentazioni veritiere ma allude al nascondimento di imprudenze.

Si potrebbe dire, in altre parole, che la continuità (come la verità) non si impone per legge, ma si riconosce quale fatto. Se non c'è, non la si può "inventare" per decreto legge.

— 4.2. Le ricadute sulla trasparenza dei bilanci e le fattispecie penali interessate.

Consapevoli dell'ingenuità di ogni aspirazione alla coerenza sistematica, a fronte del pragmatismo degli interventi eccezionali, per comprendere il riflesso penalistico della previsione non vanno trascurati alcuni principi fondamentali in materia.

Ai sensi dell'art.2423, comma 2, c.c. il bilancio deve essere redatto con *chiarezza* e deve rappresentare in modo *veritiero e corretto*¹¹² la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio. Se le informazioni richieste da specifiche disposizioni di legge non sono sufficienti a dare una rappresentazione veritiera e corretta, i redattori devono fornire le

¹¹² La *verità* impone la ricerca di risultati oggettivi, neutrali e coerenti con i criteri tecnici imposti dalla legge; la *correttezza* richiede una rappresentazione basata su criteri tecnicamente corretti e una comunicazione dei dati non decettiva.

informazioni complementari necessarie allo scopo (art. 2423, comma 3 c.c.)¹¹³. Preservando l'irrinunciabile funzione informativa del bilancio, i commi 4 e 5 dell'art. 2423 c.c., poi, autorizzano la deroga ai criteri legali di redazione del bilancio per assicurarne la correttezza e la veridicità, introducendo il parametro della rilevanza, declinato nei principi di completezza e di non superfluità informativa. Come ricorda la Suprema Corte¹¹⁴, «la "rilevanza", a sua volta, è concetto relativo [...]»¹¹⁵, in quanto essa deve essere apprezzata in rapporto alla funzione precipua dell'informazione, cui sono preordinati i bilanci e le altre comunicazioni sociali, dirette ai soci ed al pubblico. Vale a dire che l'informazione, per essere giudicata corretta, non deve essere tale da influenzare, in modo distorto, le decisioni dei destinatari, non deve, cioè, essere ingannevole e fuorviante. Dunque, l'informazione è rilevante «quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa», con la precisazione che «la rilevanza delle singole voci è giudicata nel contesto di altre voci analoghe».

In virtù dell'art.2423 bis, n.1, c.c., poi, la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuità aziendale, tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto. Il criterio della prudenza (art. 2423 bis nn. 1,2, 4, c.c.) orienta «l'atteggiamento del compilatore del bilancio, che deve esporre gli utili quando sono certi e le perdite se sono ragionevolmente probabili»¹¹⁶ e si saldandosi con gli altri, a principiari da quello di continuità aziendale¹¹⁷, sul quale ha inteso incidere il D.L. liquidità.

A tale ultimo proposito, per il principio contabile OIC n. 11¹¹⁸ l'articolo 2423-bis, comma 1, n. 1, c.c. prevede che la prospettiva della continuazione dell'attività implica la considerazione dell'azienda quale complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito (§ 21). Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio. *Nei casi in cui, a seguito di tale valutazione prospettica, siano identificate significative incertezze in merito a tale capacità, nella nota integrativa dovranno essere chiaramente fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi ed incertezze. Dovranno inoltre essere esplicitate le ragioni che qualificano come significative le incertezze esposte e le ricadute che esse possono avere sulla continuità aziendale (§ 22).* Ove, poi, la valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito porti la direzione aziendale a concludere che, nell'arco temporale futuro di riferimento, non vi sono ragionevoli alternative alla cessazione dell'attività, ma non si siano ancora accertate ai sensi dell'art. 2485 del codice civile cause di scioglimento di cui all'art. 2484 del codice civile, la valutazione delle voci di bilancio è pur sempre fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività, tenendo peraltro conto, nell'applicazione dei principi di volta in volta rilevanti, del limitato orizzonte temporale residuo. *La nota integrativa dovrà descrivere adeguatamente tali circostanze e gli effetti delle stesse sulla situazione patrimoniale ed economica della società (§ 23).*

¹¹³ Il principio di chiarezza implica la necessità di completezza ed esaustività, imponendo l'obbligo di fornire informazioni complementari integrative rispetto agli standard legislativi minimali in relazione alla pluralità di funzioni del bilancio ed al destinatario fruitore (Trib. Milano, 5 novembre 2001).

¹¹⁴ Cass. Sez. un. n. 22474 del 31/03/2016 Ud. (dep. 27/05/2016), *Passarelli*, Rv. 266803 – 01.

¹¹⁵ Principio di origine comunitaria: cfr. art. 2, punto 16, della Direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio, ai bilanci consolidati ed alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, direttiva recepita nel nostro ordinamento con decreto legislativo 14/08/2015, n. 136, entrato in vigore il 16/09/2015.

¹¹⁶ BIANCHI, *Tecnica di consolidamento*, Milano, 1995, 115.

¹¹⁷ Cfr. il principio contabile OIC n.11 (Finalità e postulati del bilancio d'esercizio), paragrafi 21-24.

¹¹⁸ Sulla valenza dei principi OIC quali criteri di valutazione normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati di rilievo anche per valutare la rilevanza penale di false valutazioni cfr. Cass. Sez. 5, n. 46689/2016, Rv. 268672.

In altri termini, un bilancio che aspiri alla chiarezza, verità e correttezza, non raggiungerebbe tale obiettivo se l'ipotesi di continuità aziendale fosse dubbia o, addirittura, esclusa; la ragionevolezza della liquidazione prima della scadenza del prossimo esercizio, infatti, preclude di redigere il bilancio a valori di funzionamento¹¹⁹. La "continuità aziendale" è principio contabile che guida il redattore del bilancio nella valutazione delle poste nella prospettiva - se realisticamente formulabile - della prosecuzione dell'attività aziendale. Se «è peraltro fuori discussione che il rispetto del suddetto principio consenta l'appostazione di dati mendaci»¹²⁰, deve riconoscersi che la sua violazione è, quantomeno, parimenti predisponente alla falsità.

Il D.L. liquidità sembrerebbe aspirare a mutare alcune di queste regole, autorizzando, in particolare, ad una redazione del bilancio secondo un criterio "artificiale" di continuità aziendale, presunta, se non scontata, per i soggetti già non in fase liquidatoria. Se è richiesta l'illustrazione specifica del criterio di valutazione nella nota informativa, ad immediata rassicurazione della superfluità di un dovere di spiegazione estesa, è stimato sufficiente il semplice richiamo delle risultanze del bilancio precedente. Ciò ha indotto a ritenere, in prime letture, che l'art. 7 del D.L. «rileva con riguardo al reato di false comunicazioni sociali evidentemente non ipotizzabile nel caso dell'utilizzo dei criteri appena indicati»¹²¹.

Questa soluzione non convince, se intesa in senso assoluto. Il criterio dell'art. 7 *cit.* apre null'altro che a una possibilità, non a un obbligo, né ad un diritto di mentire; la facoltà riconosciuta in tanto potrà essere utilizzata in quanto il redattore sia consapevole che essa vale a preservare l'irrinunciabile funzione informativa del bilancio (la rappresentazione *veritiera* e *corretta* della situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico dell'esercizio della società), richiamata anche dalla relazione illustrativa. Rispetto a questo dato funzionale identitario ed irrinunciabile – pena la completa vanificazione della sua attitudine informativa del bilancio – la valutazione sulla continuità aziendale non andrà stimata in maniera atomistica rispetto agli altri principi (verità, correttezza, chiarezza, necessità di informazioni complementari, rilevanza, completezza e non superfluità informativa) e criteri (come quello della prudenza), tutti, ancora, pienamente vigenti. Il legislatore dell'emergenza, dunque, ha offerto una semplificazione, della quale, però, dovrà farsi impiego accorto e non frettoloso. A tal fine possono rilevare certo le prospettive di accesso a linee di credito previste dall'art. 1 del D.L. liquidità, avendo, anche in tal caso, presente le significative condizioni presenti nel dettato normativo; prime fra tutte, nel caso di erogazioni con la garanzia di SACE S.p.A., le esclusioni rispetto alle imprese in difficoltà al 31.12.2019¹²² o con esposizioni deteriorate presso il sistema bancario alla data del 29 febbraio 2020.

In difetto di queste condizioni, in carenza di liquidità o di impossibilità di accesso ad altre forme di finanziamento, l'incapacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro non potrà che essere doverosamente tenuta in conto nella valutazione delle voci di bilancio.

— 5. Brevi conclusioni

L'analisi svolta conduce a riconoscere che il D.L. liquidità, attraverso le "moratorie" societarie passate in rassegna, non ha stravolto il volto del diritto penale fallimentare, il cui contenuto protettivo resta sostanzialmente intatto, con lieve contrazione. Non lo aveva fatto neppure un

¹¹⁹ Diversa è la cd. *continuità formale* (art. 2423 *bis*, n. 6 c.c.), che esclude la legittimità dell'adozione di metodi di valutazione diversi da un anno all'altro, ove non se ne dia adeguatamente conto nella relazione degli amministratori; criterio che giustifica il protrarsi di metodi di redazione che, in base alle mutate situazioni dell'impresa, non più attuali, o sono poco chiari e imprecisi (Cass., Sez. 1, n. 4874/2006, Rv. 590240).

¹²⁰ Cass., Sez. 5, 31974/2019.

¹²¹ P. FILIPPI, *Il decreto legge 8 aprile 2020 n. 23. Come ci si salva dalla crisi economica da pandemia: il rinvio del codice della crisi e altri rimedi*, in Giustizia insieme, 14.4.2020.

¹²² Ai sensi del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, del Regolamento (UE) n. 702/2014 del 25 giugno 2014 e del Regolamento (UE) n. 1388/2014 del 16 dicembre 2014

intervento di ben diversa organicità come il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, realizzando una scelta variamente apprezzata¹²³.

A fronte di qualche eccesso di entusiasmo per i fautori della "politica economica della dilazione" (sempre e comunque), non è mutata, inoltre, la nozione *a-causale dell'insolvenza* ex art. 5 L.fall.; non vi è stata, in particolare, l'introduzione di ipotesi di *insolvenza incolpevole* (dovuta a *causa di forza maggiore*) insuscettibile di condurre a dichiarazione di fallimento e irrilevante per la rappresentazione di bilancio. L'insolvenza resta un dato oggettivo quale «*situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti*»¹²⁴. Di tale dato oggettivo l'imprenditore dovrà continuare a tener conto nei doveri informativi e gestori anche per il presidio penale apprestato contro le relative infedeltà e i corrispondenti abusi.

Certo, a regime ordinario, si stima auspicabile un miglior coordinamento tra tutela civile e tutela penale. Il diritto penale dovrà smettere ogni autoreferenzialità, innestandosi in una visione unitaria dell'ordinamento economico. Così, a fronte della lettura penalistica, tradizionalmente severa, di molte operazioni straordinarie funzionali alla protezione degli attivi dovranno essere trovate soluzioni originali. Non il confino alla funzione meramente sanzionatoria dei precetti extrapenali, ma una tutela complementare che non sopravvanti la tutela civile o amministrativa, ove logicamente progressive. Se la sorte infausta, più che l'irragionevolezza originaria, dovesse rivelarne la punibilità, troppo intense sarebbero le remore ad assumere l'inevitabile rischio in molte operazioni d'impresa, ora necessitate dalla crisi.

Occorre dire, però, che le condizioni per realizzare questa risistemazione tardano ad arrivare e sono allontanate proprio da interventi che rendono assai "lasco" il presidio extrapenale di infedeltà gestorie o informative; ciò, indirettamente, consolida l'indispensabilità di una tutela penale di stampo antico.

¹²³ Sul tema cfr. MINICUCCI, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *disCrimen*, rivista on line, 24 aprile 2020; MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1190; cfr. A.ROSSI, *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 *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1159 ss.; GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 494 ss.; DI VIZIO, *Codice della crisi d'impresa: tra novità e ricadute penali*, in *Quotidiano Giuridico*, 13.3.2019; DI VIZIO, *Codice della crisi d'impresa: gli effetti penali "riflessi" della riforma*, in *Quotidiano Giuridico*, 20.3.2019.

¹²⁴ Cass. civ., Sez. un. n. 115 del 13/03/2001 (Rv. 544708 - 01); Cass. civ. n. 441/2016.