Università degli Studi di Cagliari
Facoltà di Scienze Economiche, Giuridiche e Politiche
Corso di Laurea Magistrale in Economia Manageriale

Dal fallimento alla crisi d'impresa: verso un nuovo diritto penale dell'impresa?

Analisi della riforma dal punto di vista dei reati di bancarotta

Relatori:
Prof. Cristiano Cincotti
Proc. Agg. Dott. Paolo De Angelis

Tesi di Laurea di:
Luca Mura

Anno Accademico 2020/2021

Alla mia famiglia.

«Finché mi rimanga qualcosa da fare, non avrò fatto nulla»
CAIO GIULIO CESARE

SOMMARIO

Introduzione....1

CAPITOLO I

Ambito giuridico della criminalità economica. Il diritto penale dell'impresa.

1. Contesto della tutela penale....5
   1.1. Costituzione....7
   1.2. Fattispecie....8
2. Responsabilità penale della persona fisica....9
   2.1. Soggetti attivi e imputazione della responsabilità....10
   2.2. Elemento soggettivo del reato. Principio di colpevolezza....11
   2.3. Posizione di garanzia....13
   2.4. Rischio e posizione del garante....15
   2.5. Organo collegiale societario. Profili di responsabilità....17
3. Responsabilità penale della persona giuridica e degli enti privi di personalità giuridica....18
   3.1. Tipicità dei soggetti e delle condotte....19
   3.2. Vantaggio e interesse....21
   3.3. Difetto di organizzazione come colpa di organizzazione....22

CAPITOLO II

Ambito aziendalistico della criminalità economica. La decozione dell'impresa.

1. Premessa....25
2. Capitale d'impresa....26
   2.1. Generazione del valore e principio di c.d. economicità aziendale....29
3. Rischio. Relazioni con la struttura patrimoniale dell'impresa....35
   3.1. Analisi e progettazione della struttura finanziaria. Brevi cenni....38
   3.2. Flessibilità finanziaria e struttura finanziaria ottimale....41

4. Ciclo di vita delle imprese. Crisi e dissesto 43
4.1. Crisi. Perdita dell'economicità aziendale 45

CAPITOLO III

Ruolo delle procedure concorsuali nel diritto d'impresa e riflessi di tutela penale.

1. Le procedure concorsuali come rimedio alle dinamiche del libero mercato 51
2. Scopo della procedura concorsuale 54
3. Cenni storici 56
4. Bancarotta. Universo del reato 58
4.1. Bene giuridico protetto 61

CAPITOLO IV

Legge fallimentare. Insolvenza e reati di bancarotta. Il paradigma del diritto penale dell'impresa.

1. Bancarotta fraudolenta patrimoniale 65
2. Fatti di bancarotta e *deminutio patrimonii* 66
3. Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento 70
3.1. Profilo eziologico, i fronti opposti. La sentenza *Corvetta* e la sentenza *Santoro*….. 71
3.2. La regressione temporale 73
4. Dissesto e lesività concreta 74
4.1. Dolo generico e dolo specifico nell'elemento psicologico 76
4.2. Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza 77
5. Bancarotta fraudolenta documentale 80
5.1. *Ratio puniendi* e rilievo probatorio della contabilità 80
5.2. Oggetto materiale della condotta 81
5.3. Condotte tipiche 83
5.4. Elemento psicologico del reato 86
6. Bancarotta semplice 89

6.1. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 1. Bancarotta semplice patrimoniale....90
6.2. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 2. Bancarotta semplice documentale. 93
7. Bancarotta fraudolenta impropria 97
7.1. Beni e avviamento 98
7.2. Autori dell'illecito. I soggetti tipici 100
7.3. Fattispecie penali societarie. Art. 223, c. 2, n. 1), l. fall. 102
7.4. La trasmutazione in reato di evento. Art. 223, c. 2, n. 2), l. fall. 105
8. Bancarotta semplice impropria 107
9. I centri gravitazionali della disciplina attuale. Fallimento e insolvenza 110
9.1. Il sentiero di un nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa 112

CAPITOLO V

Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Crisi, dissesto e reati di bancarotta. Il nuovo paradigma in definizione.

1. Dal disegno di legge al decreto legislativo della riforma 118
2. Il retroterra civilistico 119
2.1. Stato di crisi, di insolvenza, di sovraindebitamento 120
2.2. Nuovo art. 2086, cod. civ. Obblighi organizzativi 122
2.3. Procedure di allerta e procedure di composizione assistita della crisi 126
2.4. Indicatori della crisi e ruolo del professionista indipendente 134
3. Il versante penalistico. La (dis)continuità delle fattispecie criminose 138
3.1. Una prima stonatura. Soci illimitatamente responsabili e bancarotta .140
3.2. Le nuove incriminazioni implicite *sine delega* 141
3.3. Il dissesto. La smarcatura del diritto a favore delle scienze aziendalistiche. 144
3.4. Bancarotta e soggetti attivi del reato 146
4. Concordato preventivo e reati di bancarotta 147
4.1. L'incertezza storica in punto di *tempus commissi delicti* 149

4.2. La riformulazione del presupposto oggettivo. Estensione dell'ammissibilità alla procedura e caducazione degli automatismi del fallimento…… 150

4.3. Funzione del concordato e riflessi sul reato pre e post-concorsuale ... 152

5. Bancarotta fraudolenta propria. L'archetipo del reato ex artt. 216, l. fall. e 322, CCII al banco di prova 156

5.1. Premialità. Cause di non punibilità e attenuante ad effetto speciale ... 157

5.2. Il presupposto della crisi come ambientamento tipico del reato 160

5.3. La bancarotta riparata per arginare il rischio di regresso all'infinito. Un'occasione mancata 164

6. L'ostensibilità patrimoniale e finanziaria in punto di accesso alle procedure di composizione assistita della crisi. Quali conseguenze ai fini della bancarotta documentale? 169

6.1. L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi *in corso* di condotte documentali 174

6.2. *Nemo tenetur se detegere*. L'inapplicabilità del principio 178

7. Responsabilità degli enti. La disciplina del d. lgs. 231/2001 all'alba della riforma…..... 181

7.1. La prevenzione del rischio di reato nel sistema dei modelli 231 e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo ai sensi dell'art. 2086, cod. civ..... 182

7.2. L'equilibrio (solo apparentemente) precario della volontarietà del *modello 231* 184

7.3. Interazione tra le discipline. Quando l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo integra la responsabilità para-penale dell'ente 187

7.4. Il *modello 231* per ottemperare all'obbligo ex art. 2086, cod. civ. 190

Conclusioni..... 193

Bibliografia..... 199

Giurisprudenza 207

Introduzione

La ricerca è rivolta ad analizzare l'impianto normativo della legge fallimentare, introdotta dal r.d., 16 marzo 1942, n. 267, con particolare attenzione all'attuale paradigma della tutela penale, incentrato sui reati di bancarotta e sull'insolvenza quale principale linea di confine tra il normale esercizio dell'attività economica e i comportamenti illeciti lesivi dei legittimi interessi coinvolti, siano essi dell'impresa piuttosto che dei creditori stessi. Sono stati approfonditi gli elementi materiali e psicologici che permettono di integrare le varie tipologie di reato di bancarotta, sia essa fraudolenta o semplice, propria o impropria, patrimoniale ovvero documentale, allo scopo di meglio comprendere la configurazione che il legislatore ha voluto dare al diritto penale dell'impresa, nonché gli interessi che ha inteso perseguire e i beni giuridici che la disciplina stessa si propone di proteggere.

Successivamente, è stato analizzato il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, introdotto dal d. lgs., 12 gennaio 2019, n. 14, per osservare come il paradigma della tutela penale stia dando segni di mutamento, spostandosi dall'insolvenza dell'impresa alla sua crisi, ovverosia il dissesto economico-finanziario che dovrebbe, a tutti gli effetti, allertare l'impresa e spingerla verso adeguate procedure di ricomposizione volte a ripristinare l'equilibrio di economicità e, più in generale, riportare l'attività economica in condizioni di prosperare nuovamente. A fronte di questa nuova visione del legislatore, l'analisi si è soffermata sui reati di bancarotta, e sulla timida evoluzione che questi sembrano sperimentare, pur tuttavia non essendo il diritto penale dell'impresa stato coinvolto dalla riforma, la quale ha "importato" tutti gli articoli penali dalla legge fallimentare, apportando poche modifiche meramente lessicali, ai fini di riadattare gli stessi alla terminologia usata dal CCII. Il lavoro approfondisce quindi le relazioni tra la nuova ratio legis e i reati di bancarotta, talune vulnerabilità dell'attuale legge fallimentare e il modo in cui queste sono state affrontate – o non affrontate – dalla riforma, ivi inclusi i riflessi che quest'ultima produce nell'ambito dei reati ascrivibili alle persone giuridiche e agli enti privi di personalità giuridica, grazie alle relazioni tra il d. lgs., 8 giugno 2001, n. 231, il nuovo art. 2086, cod. civ., e il CCII stesso.

Per lo sviluppo della ricerca, la riflessione è doverosamente partita dagli insegnamenti dei Maestri più illustri del diritto penale dell'impresa: Pedrazzi, Sgubbi, Mucciarelli, Marinucci, Delitala, Alessandri, Cavallini, Antolisei, Nuvolone, e molti altri, il cui contributo si dimostra, ora come allora, una preziosa fonte in grado di condurre il Lettore entro gli aspetti più cruciali della disciplina, non senza critiche rivolte al legislatore. Alla luce della riforma emergono vecchie e nuove problematiche del diritto penale dell'impresa, che impongono una riflessione a tutto campo sulle fattispecie incriminatrici e sul modo in cui queste si posizionano entro un contesto di riferimento che pare investito di un cambiamento epocale: un nuovo bilanciamento tra la crisi d'impresa e i reati di bancarotta si presenta quanto mai necessario al fine di conferire organicità e razionalità a questo

delicato sistema, che oscilla tra diritti costituzionalmente garantiti, interessi legittimi, criminalità economica e rischio d'impresa.

The research aims to analyse the normative structure given by the so known "legge fallimentare", introduced by the r.d., 16th march 1942, n. 267, with particular attention to the actual criminal protection paradigm, focused on the bankruptcy crimes and the corporate insolvency, seen as the main border line between the regular excercise of the economic activity and the exclusive pursuit of the creditors' interests. The material and psychological aspects have been deepened, for which they allow the interpreter to adequately place the conducts inside the scheme of the various kinds of bankruptcy crimes, fraudulent or simple, personal or impersonal, asset or documental, with the main goal to better understand the configuration that the legislator has meant to give to the criminal corporate law, as well as the interests that he aimed to pursue and the legal assets that the discipline itself aims to protect.

Subsequently, the new "codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", introduced by the d. lgs., 12th january 2019, n. 14, has been analysed, in order to observe how the paradigm of the criminal protection is giving signs of a slight change, moving from the corporate insolvency towards the corporate crisis, this last one being the economic and financial distress that should, by all means, alert the company and push it to adequate recomposition procedures finalized to restore the intrinsic economic balance and, more in general, reconduct the economic activity towards a condition that allows it to reflourish again. Given this new legislator's vision, the analysis has stressed the bankruptcy crimes' standpoint, and the evolution that they seem to be bashfully attempting, even if the whole criminal corporate law has not formally been involved by the reform, which has "imported" the related criminal articles from the previous legge fallimentare, eventually giving them some mere lexical changes and adaptations, in order to align them to the new terminology and lexical structure used by the CCII. The research then digs on to the relationships between the new ratio legis and the bankruptcy crimes, some of the most known vulnerabilities belonging to the actual legge fallimentare and the way they have been – or have been not – faced and resolved by the reform, thereby including the aftermath that said reform produces towards the attributable crimes to legal persons and legal entities without liable legal persons, thanks to the interrelations between the d. lgs., 8th June 2001, n. 231, the new art. 2086, cod. civ., and the CCII itself.

In order to develop the present research, the reflection had to mandatorily start from the teachings of criminal corporate law's most illustrious Masters: Pedrazzi, Sgubbi, Mucciarelli, Marinucci, Delitala, Alessandri, Cavallini, Antolisei, Nuvolone, and many more, whose contribution is shown, now as then, as one of the most precious resources able to conduct the Reader in between the most crucial aspects of the whole discipline, not without some note of criticism to the legislator's work. In the light of the given reform,

criminal corporate law's ancient and newest asperities arise, whom impose an all-round reflection about the criminal offences and the way they place themselves in a frame of reference that appears to be subject to an epochal change: a new balance between corporate crisis and bankruptcy crimes presents itself as necessary as never before, in order to confer organicity and rationality to this delicate system, which historically fluctuates in between constitutional rights, legitimate interests, white collar crimes and overall enterprise risk.

CAPITOLO I

Ambito giuridico della criminalità economica. Il diritto penale dell'impresa.

SOMMARIO: 1. Contesto della tutela penale – 1.1. Costituzione – 1.2. Fattispecie – **2.** Responsabilità penale della persona fisica – 2.1. Soggetti attivi e imputazione della responsabilità – 2.2. Elemento soggettivo del reato. Principio di colpevolezza – 2.3. Posizione di garanzia – 2.4. Rischio e posizione del garante – 2.5. Organo collegiale societario. Profili di responsabilità – **3.** Responsabilità penale della persona giuridica e degli enti privi di personalità giuridica – 3.1. Tipicità dei soggetti e delle condotte – 3.2. Vantaggio e interesse – 3.3. Difetto di organizzazione come colpa di organizzazione

1. Contesto della tutela penale

Il **diritto penale dell'impresa** si mostra, già dalla sua denominazione, quale disciplina strettamente legata tanto al mondo giuridico quanto a quello economico, la cui «funzione […] nello Stato di diritto non può che essere di placare le ansie collettive di fronte all'insuccesso economico che, per quanto doloroso, rappresenta pur sempre un possibile esito»[1] del rischio d'impresa[2].

Necessario punto di partenza per qualunque riflessione sul tema della tutela penale applicata all'economia è costituito dalle ragioni che giustificano tale inferenza nell'ordinamento. Il diritto penale s'inserisce nel contesto privatistico dell'esercizio dell'impresa

[1] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Introduzione,* in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 1, 1995.

[2] Le dottrine sia in ambito economico-aziendalistico che in ambito giuridico, come d'altronde l'ordinamento, da sempre pacificamente riconoscono il predominante ruolo del rischio nell'attività d'impresa, sì che per quest'ultima «il rischio ne sia l'eminente carattere distintivo. L'impresa sarebbe una forma complessa di eliminazione o almeno di compensazione dei rischi». Così G. ZAPPA, *Il rischio d'impresa,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo primo,* cit., p. 226, 1956.

quale essenziale strumento di tutela per i consociati dall'utilizzo distorto degli istituti economici forniti dal legislatore per l'espletamento dell'attività economica: è in tali circostanze che lo strumento dell'impresa diviene lo strumento per la realizzazione di illeciti, comportamenti scorretti di rilevanza tale da esondare la violazione delle norme civilistiche e invadere l'ambito delle norme penali. Posto che una delle caratteristiche più evidenti della tutela penale è la restrizione della libertà personale del soggetto, ben si capisce che il sistema penale nel suo complesso, e quello dell'impresa nello specifico, si pone nell'ordinamento quale sistema della c.d. *extrema ratio,* per via della severità della sua pena associata ad altrettanto pronunciata gravità della condotta posta alla sua base, da un lato, e rilevanza dell'interesse giuridico tutelato, dall'altro lato. L'ambito di applicazione che qui interessa è tuttavia quello tipico delle imprese, al cui interno l'autonomia privata, unitamente alle regole del mercato, costituiscono le colonne portanti di un sistema regolatorio in grado di fornire l'architrave della tutela per i consociati. Numerose sono le disposizioni di natura amministrativa e civilistica poste a tutela del contesto economico, cui si accompagnano sanzioni pecuniarie ed accessorie, finanche di tipo interdittivo; il legislatore ha tuttavia ritenuto opportuno l'ausilio di strumenti più incisivi, sia per la delicatezza degli interessi coinvolti – si pensi, fra gli altri, alla variegata composizione qualitativa degli stakeholders coinvolti con le imprese, caratterizzati da posizione più o meno debole a seconda del loro coinvolgimento diretto con l'attività economica – sia perché l'autoregolamentazione del mercato ha sovente evidenziato la necessità di una previsione penale a presidio dell'economia.

Il diritto penale dell'impresa può essere considerato una disciplina *diffusa* nell'ordinamento, nella misura in cui non si dota di un testo unico che ne racchiuda tutte le norme, bensì queste possono rinvenirsi entro il codice civile, il codice penale, la legge fallimentare, e le altre fonti che, in occasione dello sviluppo della materia, col tempo si sono determinate a seguito dei numerosi interventi del legislatore. Ciò che tutte le accomuna non è già l'appartenenza a un unico *corpus* normativo, bensì l'**influsso** che queste producono sull'**impresa:** in questo terreno, attacchi e offese perpetrati a danno dei soggetti presenti nel mercato permettono di colorarsi entro un quadro di fenomenologie criminose particolarmente variopinto, tutte tra loro intrecciate in un contesto di interessi direttamente o indirettamente tutelati, i quali vedono l'impresa come il **contesto giuridico di commissione dell'illecito.** A questa frammentazione si accompagna l'ovvia problematica interpretativa, poiché i vari termini che caratterizzano il mondo delle imprese, riproducendo i concetti derivanti dall'economia aziendale e dalla dottrina economico-aziendalistica, provengono di fatto dal corpus del diritto commerciale, societario, civilistico, e pertanto si presentano spesse volte accompagnati da molteplici interpretazioni possibili, essendo compito dell'interprete orientarsi verso la definizione più appropriata per il contesto

d'analisi[3]. A ciò, si aggiunge agevolmente la considerazione per la quale la logica da un lato, e un approccio garantista dall'altro lato, impongano l'applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento per cui si debba considerare lecito un comportamento che, per quanto riconducibile al "tipo" di un reato, è altrettanto espressamente consentito da una diversa norma[4]. Senza volersi addentrare ulteriormente in questo aspetto, è sufficiente qui ribadire che le problematiche interpretative rivestono non secondaria importanza nell'ambito della disciplina in esame, e non mancano occasioni in cui l'intervento del legislatore finisce – senza la pretesa di voler qui esprimere giudizio alcuno – per rendere ulteriormente complesso l'esercizio ermeneutico dell'interprete.

1.1. Costituzione

La Costituzione fornisce le fondamenta essenziali per la legittimazione del diritto penale nel contesto dell'impresa. D'altronde, la disciplina penale nella sua totalità non può che avere stretti legami con la Costituzione, in ragione delle sanzioni capaci di limitare la libertà personale dei soggetti, e dunque dell'importanza del bene giuridico tutelato. L'analisi prende avvio dall'**art. 2, Cost.** che, delineando il c.d. **principio di solidarietà,** riconosce i diritti inviolabili dell'uomo sia quale individuo che quale parte essenziale delle aggregazioni sociali, entro cui è senz'altro rinvenibile l'impresa stessa. La Costituzione richiede dunque l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà intesa nella sua triade dimensionale politica, economica e sociale. Contestualizzando il precetto appena descritto nell'ambito dell'esercizio dell'impresa, si può dunque affermare che la Costituzione garantisce il diritto inviolabile dell'intrapresa economica, esigendo al contempo l'adempimento dei doveri di solidarietà appena menzionati. Il successivo **art. 3, Cost.** si concentra invece sul c.d. **principio di uguaglianza,** declinabile nelle due dimensioni espresse rispettivamente dal primo e secondo comma: *formale,* in quanto tutti i cittadini sono uguali tra loro e dinanzi alla legge; *sostanziale,* in quanto la Repubblica si impegna a rimuovere gli ostacoli sociali ed economici che limitano lo sviluppo dei consociati e conseguentemente dell'intero contesto Paese nelle sue dimensioni sociale, politica ed economica, entro cui essi operano e di cui essi fanno parte.

L'articolo che può essere considerato quale fattore unificante della disciplina è sicuramente l'**art. 41, Cost.,** dedicato all'impresa, per la cui analisi è doveroso procedere per singoli commi: il *primo* comma stabilisce che l'iniziativa economica privata sia **libera;** il *secondo* comma pone dei **limiti** a tale ampia, e preziosa, libertà: questa non può svolgersi

[3] Fra le altre, si pensi alla definizione di *piccolo imprenditore,* la quale è civilisticamente fornita dall'art. 2083, cod. civ., mentre ai sensi della legge fallimentare la medesima va necessariamente colta per il tramite della lettura dell'art. 1, l. fall.; ancora, la legge fallimentare fa esplicito richiamo al concetto di *dissesto,* di stampo intrinsecamente economico, per quanto non ne fornisca una definizione in chiave giuridica.

[4] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale,* rif. 270 ss., 2017.

in contrasto all'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana; il *terzo* comma stabilisce infine che l'attività pubblica si occupa di coordinare ovvero indirizzare l'attività economica coerentemente con i fini sociali. Trattasi di un tenore letterale particolarmente incisivo, in quanto il legislatore intende "guidare" l'impresa sì che quest'ultima non vada a ledere gli interessi dei terzi. Ivi si discorre dunque di **utilità sociale** quale scopo ed al contempo limite ultimi all'esercizio dell'impresa, da intendersi nel senso che questa non deve esplicitamente perseguirla ma al contempo non deve entrarvi in conflitto. Essendo la predetta utilità sociale un bene collettivo di natura economica, il legislatore si cura dunque di procedere alla c.d. personificazione dei principi sanciti dagli artt. 1 e 2, Cost., definendo così un vero e proprio principio fondante e legittimante l'azione penale: allorquando l'attività d'impresa dovesse tradursi in un danno agli interessi collettivi tutelati[5], ivi si prevede l'applicazione della tutela penale in difesa e presidio di questi ultimi.

È bene a questo punto ribadire dunque come il diritto penale dell'impresa non si occupa di intervenire a seguito di qualunque violazione purché compiuta e rilevante, infatti sono principalmente i meccanismi restitutori e riparatori del diritto civile a disciplinare la maggior parte delle controversie, anche nell'ambito delle imprese. La tutela penale, nell'ordinamento, svolge una funzione protettiva di *extrema ratio,* individuando un momento unificante con la tutela civile e intervenendo allorquando la violazione considerata esondi entro i confini di un interesse collettivo protetto. La previsione di una specifica fattispecie incriminatrice riesce pertanto a cogliere la dimensione dell'interesse effettivamente leso dall'illecito commesso.

1.2. Fattispecie

Proiettata l'adeguata luce nei confini della disciplina in esame, pare opportuno nonché doveroso un breve cenno per ciò che attiene alla struttura della fattispecie. Gli illeciti investiti dalla tutela penale del diritto penale d'impresa sono caratterizzati dalla natura di **reati propri,** pertanto collegati ad una specifica qualificazione dell'agente che li pone in essere, ed espressamente individuato dalle norme. Minimo comune denominatore dei soggetti attivi è sicuramente la relazione che questi portano avanti ovvero rivestono con l'impresa e, in via logica e consequenziale, con il sistema economico: la **vicinanza al bene giuridico** protetto è dunque il faro che aiuta il legislatore ad individuare l'agente. Uno dei problemi principali nel presente ambito è la formale assunzione della qualifica

[5] Fra gli altri, l'ordine economico, la tutela dei rapporti commerciali e contrattuali, la tutela del patrimonio, la concorrenza nel mercato, l'affidamento dei terzi nel sistema economico, giuridico e sociale, la trasparenza ed il regolare andamento della gestione degli enti, ecc. Si può dunque parlare di **immaterialità dei beni tutelati.**

giuridica soggettiva. È chiaro, a questo punto, che la fattispecie incriminatrice richieda all'agente di rivestire la qualifica espressamente individuata – cui è poi ricollegata la responsabilità per i reati – ma possono tuttavia venire in rilievo le situazioni più eterogenee di soggetti che, pur non rivestendo formalmente la qualifica, ne abbiano di fatto esercitato le funzioni: amministratori di fatto[6], amministratori occulti, soggetti assenti nei libri sociali ed al contempo onnipresenti nel contesto del potere volitivo da loro esercitato. Non è pensabile riepilogare i molteplici schermi edificati talvolta dai soggetti che, per sfuggire alla sanzione penale, posizionano prestanome formalmente investiti delle funzioni, curandosi poi di esercitare poteri che di fatto non gli competono per difetto di attribuzione. La questione è stata affrontata e risolta dal legislatore per il tramite dell'art. 2639, cod. civ., il quale prevede, per tutti i reati societari, l'estensione delle qualifiche soggettive al soggetto formalmente investito e a chi esercita in modo *continuativo* e *significativo* i poteri collegati alla qualificazione stessa, applicandosi dunque il principio di **prevalenza della sostanza** sulla forma. A tal fine, l'attività deve essere esercitata in modo "continuativo" e non in modo occasionale ovvero isolato nel tempo, richiedendosi una sostanziale sovrapposizione tra l'attività d'impresa e l'ingerenza del soggetto; l'apporto deve essere "significativo" poiché può procedersi alla tutela penale nell'ambito di rilevanti questioni per l'impresa, proprio in ragione di tale rilevanza.

La maggioranza delle fattispecie oggetto della disciplina verte sulla tipologia del **reato di pericolo,** ma non mancano – specialmente negli illeciti societari – le figure dei reati di evento. A sua volta, è possibile distinguere tra pericolo *astratto* e pericolo *concreto:* il primo si presenta in modo implicito entro la fattispecie cui si accompagna, ed è presunto nella stessa condotta; il secondo si pone invece quale elemento costitutivo della fattispecie, da accertarsi in sede giudiziale caso per caso. Imprescindibile fattore distintivo della responsabilità penale da quella civile è chiaramente l'**elemento psicologico:** mentre in quest'ultima rileva meramente la produzione del danno, nella prima a ciò deve accompagnarsi la volontarietà del soggetto. I reati di cui nel prosieguo saranno (e dovranno) essere caratterizzati dal **dolo,** poiché ai fini della responsabilità dovrà dimostrarsi che il fatto materiale si è verificato per volontà del soggetto – aspetto che, come si evidenzierà, si accompagna a non poche problematiche interpretative ovvero applicative.

2. Responsabilità penale della persona fisica

Essendo nell'ambito dei reati propri, non può che sottolinearsi lo speciale rapporto intercorrente tra l'agente ed il bene protetto, utile a delineare il disvalore specifico

[6] In dottrina A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società,* rif. p. 37, 2002; F. MUCCIARELLI, in *Le Società,* rif. p. 121 ss., 1989.

realizzato e guidare quindi l'incriminazione di fatti che sarebbero altrimenti soggetti a pene meno incisive. La punibilità viene dunque ricollegata alla violazione di doveri sanciti dalla legge e relativi agli atti di gestione o controllo necessariamente fondati sulla qualifica soggettiva dell'agente. Non si può dunque limitare l'analisi della responsabilità in termini commissivi, in quanto questa può essere declinata anche in termini omissivi ogniqualvolta vi siano obblighi di impedimento di eventi lesivi desumibili dai doveri di vigilanza e controllo gravanti sui soggetti stessi; in tale prospettiva dunque, i «reati propri […] sono fondati sulla violazione di doveri funzionali»[7]. Detti doveri funzionali discendono sia dalla qualifica dell'agente, sia dalla posizione da lui ricoperta in relazione al bene oggetto della tutela. In questo senso si possono inquadrare due situazioni distinte:

- Reati propri di violazione, in cui il destinatario del precetto giuridico è l'unico in condizione di poterlo offendere per il tramite di un abuso dei suoi poteri ovvero di una violazione dei suoi doveri, a lui espressamente attribuiti in ragione del suo specifico ruolo o di sue specifiche qualità. In siffatto scenario l'interesse protetto può essere offeso solo da tali persone specifiche;
- Reati propri di posizione, in cui il destinatario del precetto giuridico si può individuare grazie alla sua qualifica ed alla posizione da lui ricoperta, entro la quale si realizzano presupposti che *consentono* la lesione del bene. In questo scenario, contrariamente al precedente, l'interesse protetto è aggredibile da tutti coloro che, di fatto, sono in grado di offenderlo.

La distinzione appena menzionata riveste un'importante ruolo anche nell'accertamento della responsabilità: i **reati di violazione** fondano la responsabilità alla luce dell'**obbligo di protezione** del bene, ricondotto al dovere evidentemente violato, ben potendosi individuare il caso di responsabilità per omesso impedimento dell'evento; nei **reati di posizione** la responsabilità può essere eccepita previo accertamento della concreta esistenza di un obbligo di protezione.

2.1. Soggetti attivi e imputazione della responsabilità

I soggetti attivi individuati dal legislatore sono riassumibili nella qualificazione di "soggetto apicale", essendovi dunque inclusi in primo luogo l'imprenditore, nonché gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori. Non di rado, essendo nell'ambito dell'impresa per sua natura organizzata in modo gerarchico, la condotta tipica viene realizzata da un sottoposto in ottemperanza alle direttive dei superiori: il tema è dunque comprendere se si possa parlare di concorso nel reato, per cui sono chiamati a rispondere tutti coloro che hanno fornito un contributo alla realizzazione dell'illecito, ovvero se la

[7] Così A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *La nozione di reato proprio nel diritto penale commerciale,* in *Diritto penale commerciale. Volume I. I principi generali,* cit., p. 44, 2018.

responsabilità debba essere legata indissolubilmente al soggetto qualificato. Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza tende a seguire un processo di imputazione che si propone di individuare il "vero" colpevole, ideatore dell'illecito ed al contempo destinatario della norma incriminatrice: lo sforzo è quello di cercare la chiave della punibilità per applicarla senza lasciare "spazi vuoti" che espongono l'interesse primario alle offese degli agenti. L'**individuazione** del soggetto destinatario della responsabilità penale può concludersi non solo nelle persone fisiche, bensì anche nelle persone giuridiche o negli enti privi di personalità giuridica[8], purché si tenga sempre presente che l'attribuzione della responsabilità scaturisce, in ottica garantista nonché riconosciuta dall'ordinamento[9], in quanto volta a sanzionare un fatto proprio causato dalla condotta dell'agente stesso. Il processo non può ignorare ovviamente la specifica trama che costituisce l'organizzazione dell'impresa nell'ambito della cui attività economica si è verificato l'illecito, in modo quindi da vincolare la discrezionalità di tale processo di individuazione del soggetto attivo, e imputando la responsabilità alla *mala gestio* di quei soggetti che hanno violato i poteri loro attribuiti ovvero hanno mal gestito le fonti di pericolo in danno delle interessenze di terzi.

In quest'ottica non ci si può limitare alla forma ma occorre volgere lo sguardo alla sostanza della realtà: la posizione attribuita al soggetto deve essere concretamente assunta ovvero devono essere assunte le funzioni anche a discapito della posizione attribuita, ciò corollato da una concreta disposizione di poteri decisionali e di spesa[10] che rimarcano la posizione di *dominus* di fatto dell'organizzazione economica considerata.

2.2. Elemento soggettivo del reato. Principio di colpevolezza

Poiché la giurisprudenza[11] in materia ne riconosce il ruolo predominante all'interno dell'intero sistema penale, pare doveroso soffermarsi brevemente su due disposti del codice penale che sanciscono i «principi generali […] che costituiscono l'ossatura della responsabilità penale personale del nostro ordinamento»[12]. Punto di partenza del ragionamento in materia è quindi l'**art. 42, cod. pen.,** che riveste un'importanza cruciale nell'intero sistema giuridico italiano, e di cui si riporta il testo nelle parti che qui più interessano:

---

[8] Sul punto, v. § 3. *Responsabilità penale della persona giuridica e degli enti privi di personalità giuridica,* infra. presente Capitolo.

[9] Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1988, rif. p. 686 ss., con nota di D. PULITANÒ. Nella sentenza in oggetto la Corte afferma il **principio di colpevolezza** di cui al § 2.2. *Elemento soggettivo del reato. Principio di colpevolezza,* del presente Capitolo.

[10] Cass. Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005.

[11] Cass. Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 47502.

[12] Così Cass. Sez. V, 1 agosto 2017, n. 38396, *Diritto Penale,* a cura di F. PALAZZO, in *Giurisprudenza Italiana,* cit., p. 189, 2018.

Tabella 1. Art. 42, cod. pen.

Art. 42, codice penale *Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva*	Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione.

Il *primo* comma richiede che, per potersi configurare il reato, siano presenti la coscienza e la volontà della condotta da parte del soggetto: l'agente deve dunque caratterizzarsi di un **elemento psicologico** per cui il fatto si verifica tutte le volte in cui la condotta è posta in essere volontariamente, e in ogni circostanza in cui, con uno sforzo della volontà, la condotta che integra il reato poteva essere evitata dal soggetto. Il *secondo* comma sottolinea che alla base della responsabilità penale debba ravvisarsi il **dolo,** salvo deroga del legislatore al regime della colpa. Il *terzo* comma si riferisce, invece, all'ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva, per la quale i soggetti rispondono della loro condotta in base al mero rapporto di causalità materiale (ex art. 40, cod. pen.) e senza che sia necessario provare la sussistenza della colpevolezza. La norma in esame fornisce una chiara spiegazione degli elementi soggettivi del reato, alla cui presenza è subordinata la colpevolezza del soggetto e, conseguentemente, la sua rimproverabilità dal punto di vista penale. In questo senso, il **dolo** rappresenta la forma massima di colpevolezza e funge pertanto da criterio generale di imputazione: tutti i reati addebitabili al colpevole devono essere stati compiuti con coscienza e volontà, salvo i casi espressamente stabiliti dalla legge – fra questi, la responsabilità oggettiva, connotata dall'assenza del dolo o colpa in relazione all'evento, e imputata ex art. 40, cod. pen. all'agente in base al nesso causale intercorrente tra la condotta e il danno[13].

Il **principio di colpevolezza** così delineato e più volte ribadito nell'ordinamento, esprime il fondamento di qualsiasi responsabilità penale, con tendenziale emarginazione della responsabilità oggettiva cui consegue punibilità anche in mancanza di dolo o colpa.

[13] Quest'ultima specie pare in contrasto con il principio di responsabilità per fatto proprio, sì che sia necessario interpretare le fattispecie alla luce di una **responsabilità per colpa,** sanzionando il soggetto solo se questi si sia trovato in una situazione in cui non abbia adottato quei criteri di diligenza media che avrebbero scongiurato la realizzazione del fatto sanzionato.

Di altrettanta importanza è rivestito il successivo **art. 43, cod. pen.,** così come di seguito (parzialmente) riportato:

Tabella 2. Art. 43, cod. pen.,

Art. 43, codice penale *Elemento psicologico del reato*	Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione. […] È colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Pur se oggetto di ampio dibattito in dottrina – il quale decisamente esula il presupposto del presente lavoro ma, soprattutto, le competenze dello scrivente – l'individuazione di cosa debba intendersi per "dolo" viene, per semplicità espositiva, riassunta nella formulazione della c.d. teoria della volontà, secondo la quale il dolo debba essere inteso quale coscienza e volontà sia del fatto costitutivo che dell'evento tipico, includendo in tale definizione il dolo eventuale. Il soggetto deve rappresentarsi gli elementi a presupposto della sua condotta, e ciò risulta accompagnato dalla volizione sia della condotta che dell'evento. Importante distinzione sul punto è quella tra dolo:

- **Generico:** ipotesi in cui il reato viene integrato con il fatto descritto dalla norma incriminatrice;
- **Specifico:** ipotesi in cui la legge fa espresso rimando a determinate finalità, per le quali è bastante la loro astratta persecuzione;
- **Eventuale:** ipotesi in cui l'agente non vuole un certo evento, ma ne accetta la possibilità ponendo in atto la condotta: tale scenario implica l'accettazione del rischio che l'evento stesso si verifichi.

La colpa, invece, richiede che da un lato la condotta sia attribuibile alla volontà dell'agente, dall'altro lato non è necessario che l'evento sia voluto: è necessaria l'imprudenza, la negligenza, l'imperizia e l'inosservanza di leggi o regolamenti. Ciò che qui rileva è pertanto la prevedibilità dell'evento e la sua evitabilità, cui evidentemente l'agente stesso si è sottratto.

2.3. Posizione di garanzia

Essendo nell'ambito dei caratteri generali del diritto penale dell'impresa, ed avendo dunque definito, pur sommariamente, i soggetti attivi destinatari delle norme penali, una sintesi può essere fatta sul tema delle "posizioni di garanzia", derivante dal fatto che in molteplici casi la persona titolare di un bene tutelato non è in grado di proteggerlo autonomamente o adeguatamente, a causa dell'impossibilità di conoscere e controllare le fonti

di rischio[14]: scenario tipico è proprio quello dell'attività d'impresa. Il "garante", originariamente confinato all'ambito dei reati omissivi, è progressivamente stato utilizzato anche nell'ambito dei reati commissivi, principalmente a seguito della riflessione circa le innumerevoli fonti di pericolo che colorano l'attività d'impresa, rispetto alle quali si ravvede l'esigenza di individuare la persona specifica cui ricondurre la responsabilità penale per un risk management inappropriato. Il garante è pertanto quel soggetto, vincolato per legge, al controllo dei pericoli che sorgono dall'impresa rispetto a soggetti indeterminati. Primo fra tutti, è garante l'imprenditore, poiché tenuto al generico obbligo di sicurezza declinato dall'art. 2087, cod. civ., che richiede comunque di esser meglio specificato da norme puntuali ed espressive di regole cautelari precise e tarate sulla concreta organizzazione dei fattori produttivi.

Indubbiamente riveste i tratti della posizione di garanzia il soggetto in una posizione di controllo e dotato di:

- Obblighi di protezione, volti a proteggere soggetti determinati rispetto all'intero universo di rischi cui possono essere esposti – responsabilità nell'ambito del consiglio di amministrazione;
- Obblighi di sorveglianza, tradizionalmente intesi come la gestione di rischi originati dall'attività d'impresa nei confronti di soggetti indeterminati – responsabilità nell'ambito del collegio sindacale.

A questa posizione, fatta salva la presenza delle altre condizioni a ciò necessarie, si potrà eccepire la responsabilità per mancato impedimento di un reato altrui. L'imputazione della responsabilità in capo al garante per i reati commissivi ovvero omissivi, non è automatica, bensì assume vigore e rilievo giuridico qualora il garante disponga dei **poteri** necessari ad esercitare un effettivo controllo sulla fonte di rischio. Questi ultimi devono essere declinati in una dimensione gestionale ed economica, in termini di concreta autonomia di spesa e capacità di impegno di risorse necessarie a gestire, neutralizzare o minimizzare la pericolosità dell'attività d'impresa. Ovviamente, il comportamento impeditivo non deve essere solo astrattamente possibile, ma deve essere concretamente possibile ed esigibile, essendo pienamente circoscritto entro la sfera dei poteri del garante.

Un breve riferimento è spendibile relativamente alla concreta possibilità di tenere il comportamento imposto dalle regole cautelari di cui si discorre, ed alla sua estensione ai concetti di colpa e dolo appena percorsi nel § 2.2. del presente Capitolo: in capo al garante deve ravvedersi sia l'attribuzione dei poteri che lo rendono effettivamente in grado di scongiurare l'evento, sia la **conoscenza** dell'evento stesso. In tal modo, l'eventuale inerzia potrà essere contestata in termini di responsabilità che, diversamente, non sussisterebbe, almeno nella misura in cui il comportamento astrattamente doveroso non è in concreto esigibile.

[14] Volutamente tralasciando, sul punto, la causa di incapacità naturalistica caratterizzante la minore età.

2.4. Rischio e posizione del garante

Conoscere i rischi è chiaramente requisito fondamentale per prevenirli. La **valutazione del rischio** assume un'importanza sempre più pervasiva nel diritto penale dell'impresa[15], per la cui definizione si può affermare che sia il procedimento di analisi e valutazione posto in essere dal top management delle grandi imprese, in modo da gestire efficientemente il rischio. Conoscere i rischi significa conoscere i processi c.d. sensibili dell'attività d'impresa, ovverosia quelli realmente suscettibili di generare rischi per l'impresa stessa e per i terzi: queste attività caratterizzate da genoma potenzialmente lesivo devono essere governate e disciplinate in prima battuta mediante procedure operative ispirate alla segregazione delle funzioni, tracciabilità delle operazioni, implementazione di sistemi informativi adeguati unitamente a valutazioni interne ed esterne a seguito di opportuni controlli. L'intero percorso di valutazione del rischio è prerogativa dell'organo gestorio, perché intrinsecamente dotato di poteri originari cui vengono certamente fatti discendere i generali obblighi di garanzia[16].

Il percorso per individuare su chi debba ricadere la responsabilità deve necessariamente partire dal reato commesso, per poi accertare in primo luogo la causa naturalistica – condizione necessaria al verificarsi dell'evento in quella specifica situazione. Fatto ciò, si può individuare l'area di rischio e dunque il soggetto che ne aveva il controllo in ragione delle sue conoscenze della rischiosità, o alla luce del fatto che questi fosse concretamente tenuto a conoscerle e pertanto provvisto di adeguati poteri per gestire

[15] Sul punto, in materia di responsabilità degli enti, d.lgs. 231/2001, art. 6, c. 2, lett. *a.* In materia di corporate governance, Codice di autodisciplina redatto dal Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana Spa, art. 1, c. 1, lett. *b*, e in ambito internazionale il progetto di aggiornamento dell'ERM-*Integrated Framework* ad opera del codice COSO elaborato dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission.* Ulteriore richiamo proviene dalle autorità pubbliche di vigilanza come Banca d'Italia, in Istruzioni per la vigilanza in tema di *corporate governance.*

[16] Nella prassi l'accertamento del rischio non è comunque svolto dal consiglio di amministrazione, organo il quale sovente incarica soggetti terzi dotati di ampie e specifiche competenze tecniche in materia, limitandosi poi ad una sostanziale verifica e ratifica del lavoro da questi prodotto. Per contro, nell'ambito delle entità maggiormente strutturate, la funzione è esercitata dal Comitato controllo e rischi, interno all'organo amministrativo, cui vengono conferite specifiche deleghe gestorie atte proprio a presidiare tale aspetto dell'attività. Tale organo è solitamente composto da soli amministratori indipendenti ovvero amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali è indipendente. Suo importante compito è quello di assistere il Consiglio di amministrazione nel definire linee di indirizzo del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, per cui le sue valutazioni contribuiscono ad assicurare regole, procedure e strutture organizzative che permettano adeguati processi di identificazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi cui l'impresa è evidentemente sottoposta, sì da giungere ad una conduzione dell'attività sana e corretta. Si vede come le sue funzioni siano spesso coincidenti con le aree sottoposte alla vigilanza del collegio sindacale, la cui contiguità si riscontra ancor di più nella prassi che vede entrambi gli organi sviluppare riunioni congiunte e collaborare attivamente, costruttivamente e coordinatamente.

adeguatamente la fonte del rischio, e quindi assumere decisioni idonee a ridurne al minimo le probabilità di evoluzione in danno. L'accertamento di cui si discorre si presenta alquanto delicato e complesso, poiché impone di far luce su quali fossero le conoscenze del soggetto, durante lo svolgimento della carica, e conseguentemente comprendere cosa fosse effettivamente esigibile dal garante.

In presenza di **delega di funzioni,** la giurisprudenza senza eccezioni concorda che il conferimento di tale strumento squisitamente espressivo dell'autonomia privata e consistente in un trasferimento di competenze e attribuzioni, non ha effetto liberatorio del delegante, in capo al quale residua un dovere di sorveglianza sull'attività del delegato, da svolgersi non in modo puntuale e specifico su ciascun atto, ma in modo sintetico e generale a consuntivo. Alternativa alla sorveglianza appena descritta, il modello di organizzazione e gestione, che tuttavia non smentisce la portata della previsione appena descritta bensì ne trasferisce l'onere in capo ad un organizzato sistema di controlli, pur sempre riconducibile all'organo gestorio. Posto che l'imprenditore determina le articolazioni che ritiene più idonee allo svolgimento dell'attività d'impresa, il legislatore conferisce particolare rilievo agli interessi dei terzi sì che questi debbano essere tutelati gravando il primo dell'obbligo di sicurezza. L'imprenditore pertanto è certamente libero di impiantare relazioni e meccanismi volti ad ottemperare ai suoi obblighi, pur mantenendo sempre il dovere di sorvegliare il complesso affinché possa intervenire per mutarlo – strutturalmente, ovvero sostituendo i soggetti rivelatisi inadatti. La delega e la sorveglianza sono quindi espressione dello sforzo dell'imprenditore atto a edificare l'attività d'impresa rispettando gli interessi tutelati dall'ordinamento.

La **diligenza** richiesta all'imprenditore viene quindi trasferita automaticamente in capo ai soggetti da lui individuati per la realizzazione dei suoi obblighi: idoneità, poteri adeguati, autonomia decisionale, sono tratti tanto dell'imprenditore quanto dell'organizzazione da egli articolata, e promettono puntuale adempimento degli obblighi appena descritti.

Ecco che, in materia di responsabilità penale della persona, una profonda breccia si apre qualora tali posizioni di garanzia vengano assunte *de facto* non già per il tramite di una regolare investitura formale, bensì in virtù di una presa in carico effettiva della posizione stessa, senza che alla sua base possa ravvisarsi contratto di autonomia privata alcuno[17].

[17] Sulla figura dell'amministratore di fatto, v. § 7.2. *Autori dell'illecito. I soggetti tipici,* infra. Capitolo IV.

2.5. Organo collegiale societario. Profili di responsabilità

Parlando di soggetti penalmente responsabili, uno dei temi più dibattuti nel diritto penale dell'impresa è quello della responsabilità negli organi collettivi che caratterizzano la gestione dell'impresa societaria. Pur se inizialmente la società si presentava composta da pochi organi collegiali, l'organizzazione ha seguito un processo evolutivo che l'ha portata (anche a seguito dell'emanazione dei codici di autodisciplina, fra tutti quello emanato da Borsa Italiana Spa) a dotarsi oggi di numerosi comitati di tipo consultivo, ma aventi grande importanza sulle decisioni del consiglio di amministrazione. Questo processo virtuoso è accompagnato da due problematiche principali:

- Reato commesso mediante delibera, nella ipotesi che la commissione dell'illecito sia avvenuta in sede consiliare – esempio emblematico, la redazione di un bilancio falso.
- Reato commesso nello svolgimento dell'attività d'impresa, nella ipotesi che l'illecito non sia direttamente riconducibile ad una delibera dell'organo gestorio, dovendosi quindi stabilire se quest'ultimo, o i suoi membri *uti singuli,* avesse l'obbligo e la possibilità di impedirlo.

Parlando della prima specie, non vi sono profili particolarmente ostici in caso di reato commissivo al quale abbiano partecipato tutti i membri dell'organo i quali, ad ogni buon conto, saranno chiamati a risponderne. La prassi vede tuttavia l'ampio ricorso del consiglio di amministrazione alla delega di funzioni a favore di un *comitato esecutivo* ovvero a *uno o più dei suoi componenti*[18], aprendosi dunque il tema dei rapporti tra amministratori *executive* (delegati) e amministratori *non executive* (sprovvisti di delega) ossia non esecutivi. Coerentemente al disposto dell'art. 2392, cod. civ., volendo riassumere quanto finora affermato sul tema, si può affermare che:

i. Gli amministratori *tutti* sono dotati di una posizione di garanzia, declinabile in obblighi di protezione e sussumibile in una posizione di controllo;
ii. I *delegati* rispondono delle condotte attive od omissive da loro poste in essere nell'esercizio delle loro funzioni e costituenti reato;
iii. I non delegati – e, pertanto, *deleganti* – rispondono dei reati dei primi se, essendone a conoscenza, non si sono attivati per impedirli.

Prima della riforma del diritto societario intervenuta con il d.lgs. 6/2003, la giurisprudenza affermava una responsabilità penale sostanzialmente oggettiva, senza riguardo alla concreta possibilità di conoscere le condotte illecite da parte degli amministratori privi di delega. La responsabilità si individuava dunque nell'amministratore che non aveva vigilato, risolvendo quasi in via automatica il problema della concreta possibilità di impedire

[18] Così ai sensi dell'art. 2381, cod. civ., rubricato *Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati.*

l'evento. Era la mancata o carente vigilanza esercitata sulla gestione (per assenteismo o superficialità nell'esercizio delle funzioni, che finiva quindi per produrre "cecità totale o parziale" riguardo ai fatti gestionali) a comportare l'**assunzione consapevole del rischio** che dalla gestione stessa potessero verificarsi eventi pregiudizievoli, e agli amministratori non delegati veniva contestata la responsabilità a titolo di **dolo eventuale,** rispettando in maniera pressoché ineccepibile gli schemi della c.d. teoria della *willful blindness*[19] dell'esperienza statunitense. Sostanzialmente, si addebitava il reato commesso in base al mero accertamento del comportamento negligente dell'amministratore, espandendo il dolo eventuale fuori dai suoi confini caratterizzanti.

Tale deriva oggettiva della responsabilità si poneva, ora come allora, in contrasto con il principio di **colpevolezza** e **materialità** del fatto, nella misura in cui la responsabilità era sostenuta da valutazioni relative al comportamento dell'amministratore evidentemente non conforme ai suoi doveri, configurando il profilo non del dolo bensì della **colpa,** e rimproverando all'amministratore la mancata diligenza della condotta in ragione dell'inadeguata attenzione prestata alla gestione sociale. L'intervento del legislatore risalente al 2003 ha scardinato tale impostazione modificando l'art. 2392, cod. civ., sì che questo affermi l'obbligo di impedire i fatti pregiudizievoli essendo gli amministratori a conoscenza degli stessi, fatto salvo quanto disposto dall'art. 2381, cod. civ., Quest'ultimo disposto codicistico disciplina ora i due cruciali aspetti della **delega** e dei **flussi informativi,** che si sostanziano nell'obbligo di agire informati in capo ai delegati tanto quanto ai non delegati – ivi traducibile nel diritto-obbligo di richiedere informazioni ai delegati stessi.

3. Responsabilità penale della persona giuridica e degli enti privi di personalità giuridica

A questo punto della trattazione, brevi cenni si fanno per ciò che attiene alla responsabilità delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, introdotta in Italia dal **d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,** in ratifica ed esecuzione degli atti comunitari intervenuti nell'Unione Europea. Trattasi di un intervento probabilmente improrogabile, in quanto la criminalità d'impresa è certamente pericolo d'incidenza superiore rispetto alla criminalità individuale per ciò che ovviamente rileva nell'ambito dei reati contro il patrimonio, o comunque dei reati offensivi di interessi patrimoniali. Il criterio ispiratore della responsabilità degli enti è inquadrabile sotto un duplice aspetto:

[19] Per approfondimenti, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza),* in *Rivista delle società*, rif. p. 344, 2012.

- *Ratio* strutturale: i reati di impresa si caratterizzano sovente da vere e proprie politiche criminali raramente riconducibili esclusivamente al singolo reo, bensì frutto di complessi processi decisionali scaturenti da strutture organizzate in modo tale da potersi ben prestare alla "cultura del crimine"[20].
- *Ratio* pratica: se si ammette che la società nell'ambito della cui attività sono commessi gli illeciti, risulta spesse volte collegata (e collegabile) a strutture imprenditoriali caratterizzate da molteplici tratti criminosi, è necessario impegnare gli stessi enti collettivi a favore dell'attiva riduzione di tale pericolo e dunque dell'impedimento alla commissione di reati da parte dei propri organi gestori e dei dipendenti.

Il legislatore definisce la responsabilità penale degli enti quale «amministrativa», per quanto venga declinata in una duplice finalità repressiva e preventiva, conseguente ai reati e pertanto indissolubilmente legata all'ambito penale[21]. Il d.lgs. n. 231 definisce in tal modo una responsabilità penale dall'anima **ibrida,** che nella materia economica diviene penale-criminale e penale-amministrativa traendo ispirazione dall'uno e dall'altro settore punitivo. Lungi dall'esprimere un parere personale in tal senso, con buona pace per l'ampio dibattito squisitamente giuridico venutosi a costruire sul tema, certamente autorevole sul punto è la conclusione del Marinucci il quale qualifica come **«para-penale»** la responsabilità dell'ente, inquadrandola più propriamente entro la natura amministrativa della species[22].

3.1. Tipicità dei soggetti e delle condotte

Il legislatore si è occupato di indicare i soggetti destinatari della responsabilità, individuandoli negli enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica, con esplicita esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Ivi si discorre dunque di soggetti destinatari dotati di **personalità giuridica,** entro

---

[20] Della medesima impostazione logica, in dottrina, A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo,* rif. p. 89 ss., 2002; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I. I principi generali,* rif. p. 88 ss., 2018; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* rif. p. 745 ss., 2018.

[21] La Relazione al d.lgs. n. 231 afferma che si è dato luogo alla nascita di un *tertium genus,* quale connubio tra sistema penale e tratti tipici del sistema amministrativo, pur scostandosi sensibilmente dal paradigma dell'illecito amministrativo, ma che comunque cerca di bilanciare il tentativo di efficacia preventiva con quello della massima garanzia applicabile. Nel par. 3 riconosce esplicitamente la «tendenza più generale, forse irreversibile, (…) verso la progressiva assimilazione dei due modelli, che tendono a confluire in una sorta di diritto sanzionatorio unitario, soprattutto in materia economica».

[22] F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi,* rif. p. 309, 2003; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale,* rif. p. 811, 2017.

cui è possibile individuare certamente (ma non solo) le società di capitali e cooperative, e di società e associazioni **prive** di personalità giuridica ma espressamente incluse nella responsabilità in oggetto. Il focus per la loro individuazione è pertanto non già la personalità giuridica ex se, in quanto questa può anche non essere presente, bensì la loro capacità di costituire **centri di imputazione autonomi** rispetto alla persona fisica che effettivamente compie il reato sanzionato, e proprio per questo dotati di una soggettività propria che viene intesa quale condizione necessaria e sufficiente affinché la responsabilità venga imputata, pur con le sue criticità[23]. Tuttavia, a tale impostazione pare doveroso accompagnare gli elementi desumibili dall'art. 27, c. 1, d.lgs. n. 231/2001, il quale sancisce che la responsabilità per l'obbligazione al pagamento della sanzione pecuniaria ricada solo sul patrimonio dell'ente[24], con ciò aggiungendosi il requisito di una seppur limitata **autonomia patrimoniale propria,** in grado di giustificare l'imputazione in oggetto, ed accogliendo dunque la disposizione del legislatore volta a impedire che la sanzione riferita all'ente possa ricadere sulla persona fisica autrice del reato in violazione del principio del *ne bis in idem.*

Volendo concludere la sommaria disamina degli enti, questi ultimi devono essere operanti entro il territorio dello Stato, a nulla rilevando l'istituzione della sede legale all'estero – purché il giudice competente per il reato commesso dalla persona fisica sia quello italiano – nel qual caso la sanzione sarà confinata all'attività svolta in Italia.

Si può parlare di **condotte tipiche** in quanto la responsabilità deriva dalla commissione dei soli reati espressamente indicati negli artt. 24 ss., d.lgs. n. 231/2001, salvo pochi casi rinvenibili nel Codice dell'Ambiente. I reati sanzionati sono stati notevolmente ampliati nel corso del tempo, e ad oggi includono i reati societari previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società da parte di soggetti qualificati – fra cui, si ricomprendono la falsità nel bilancio e le violazioni delle disposizioni in materia di svolgimento di operazioni con parti correlate; l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione

---

[23] Sul punto, C. PIERGALLINI, in *Diritto penale e processo,* rif. p. 1358, 2001, in cui l'Autore, partendo dalla condizione per cui il legislatore abbia previsto l'applicabilità del d.lgs. n. 231 anche alle società con socio unico, evidenzia alcune problematiche inerenti il rischio di violazione del ***ne bis in idem*** **sostanziale,** a tenor del quale non sarebbe lecito chiamare lo stesso soggetto a rispondere due volte per il medesimo fatto di reato. Ulteriore approfondimento sul tema della Responsabilità degli enti a firma dello stesso è altresì presente in *Id., Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 2002.

Altro tema abbraccia invece l'**impresa individuale,** per la quale il par. 2 della Relazione al d.lgs. n. 231 stabilisce come criterio guida per l'imputazione della responsabilità la condizione per cui gli enti, «seppur sprovvisti di personalità giuridica, possono comunque ottenerla», mentre Cass., sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, basa l'applicabilità del d.lgs. n. 231 alle imprese individuali in virtù della loro assimilabilità alle persone giuridiche per ciò che concerne la complessità organizzativa; per la critica a tal proposito, C.E. PALIERO, in *Le società,* rif. p. 1078 ss., 2011.

[24] Il tenore letterale dell'art. 27, c.1, d.lgs. n. 231 recita: «dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune».

del mercato; reati connessi alla sicurezza e alla salute sul lavoro; reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali illeciti; delitti informatici, delitti di criminalità organizzata e delitti contro l'industria e il commercio; reati contro la pubblica amministrazione, ecc. Tutti questi vengono definiti c.d. **reati presupposto** poiché la loro sanzionabilità in capo all'ente non preclude la sua sanzionabilità in capo alla persona autrice dell'illecito, affatto: è proprio tale rimproverabilità a titolo di responsabilità personale che costituisce la base per l'estensione della responsabilità autonoma e non solidale in capo all'ente.

3.2. Vantaggio e interesse

In tema di responsabilità degli enti, ritorna il concetto di soggetto apicale di cui al § 2.1. del presente Capitolo, nella misura in qui quest'ultima è conseguente alla commissione dei reati da parte di quelle persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione, ivi inclusi i loro sottoposti e, pertanto, soggetti alla loro vigilanza. Il **presupposto** della responsabilità dell'ente sorge dunque nel caso in cui detti soggetti abbiano agito **nell'interesse o a vantaggio** dell'ente stesso, escludendo così lo scenario in cui il reato sia stato commesso nell'interesse esclusivo dell'agente o di terzi. Per evitare l'imputazione di una responsabilità oggettiva che non sia fondata su criteri di colpevolezza, il legislatore si adopera nell'accertare la presenza dell'interesse o del vantaggio dell'ente come segue. Il concetto di "interesse" deve essere valutato a priori in quanto criterio guida del fatto illecito, mentre il "vantaggio" è necessariamente da accertarsi a posteriori poiché attinente alle utilità conseguite per effetto del reato stesso; ciò significa che si ammette l'esistenza dell'interesse in via anche potenziale, indipendentemente dal fatto che questo poi si realizzi sotto forma di vantaggio successivo ed oggettivamente riscontrabile, a seguito del reato. Emerge subito il problema della relazione intercorrente tra vantaggio e interesse, affrontato in dottrina[25] mediante il richiamo della teoria monistica secondo la quale, ai fini della responsabilità, il solo vantaggio dell'ente non è sufficiente, poiché si richiede che il reato sia stato compiuto anche nel suo interesse. Il vantaggio così delineato diviene dunque un accessorio dell'interesse, la cui presenza del primo potrebbe essere indicativa della presenza di quest'ultimo, senza che per ciò solo possa desumersi automaticamente il sussistere del secondo[26].

A dimostrazione di quanto appena affermato, basti considerare che il tenore dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 231/2001 sancisce che non sorga la responsabilità dell'ente nel caso in

[25] L. FOFFANI, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi,* rif. p. 253 ss., 2003; M. PELISSERO, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* rif. p. 756 ss., 2018; F. MUCCIARELLI, in C. PARODI, *Diritto penale dell'impresa,* rif. p. 71 ss., 2017.

[26] Così G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione,* in *Diritto penale contemporaneo,* rif. p. 34, 2010.

cui l'autore del reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, aggiungendo successivamente all'art. 12, c. 1, lett. *a)* un trattamento sanzionatorio attenuato qualora al prevalente interesse dell'autore corrisponda un vantaggio minimo o assente per l'ente, a dimostrazione incontrovertibile che il vantaggio e l'interesse dell'ente giacciono su piani differenti: l'interesse è visto quale *conditio sine qua non,* laddove il vantaggio è inquadrato in via eventuale – come volevasi dimostrare, accessoria.

La definizione di interesse, per contro, deve essere intesa in senso oggettivo nella sua dimensione di tendenza obiettiva e riconoscibile, favorevole all'ente, evitando di evocare il dolo specifico della persona fisica, col rischio insito nel rovescio della medaglia rappresentato però dal fatto che diviene potenzialmente interesse anche il più casuale ed effimero vantaggio per l'ente, senza che si possa parametrare all'organizzazione di quest'ultimo. Limite a questa impostazione logica è pur sempre l'esclusione della responsabilità quando l'autore abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, riconducendo dunque la responsabilità entro i binari differenti rispetto a quelli propri delle condotte estranee alle politiche societarie e d'impresa: queste ultime presenterebbero cause assolutamente esterne rispetto alle strategie e gli indirizzi di gestione della società, essendo riconducibili appunto al perseguimento di un fine squisitamente personale o di terzi.

3.3. Difetto di organizzazione come colpa di organizzazione

Ulteriore presupposto all'imputazione della responsabilità in capo all'ente è l'ascrizione del reato a un difetto di organizzazione, direzione o vigilanza, per cui la responsabilità varia a seconda che il reato sia stato commesso dal soggetto apicale ovvero da un suo sottoposto, soggetto all'altrui vigilanza. Per ciò che concerne i **soggetti apicali** si verifica un'inversione dell'onere della prova, in quanto l'ente deve dimostrare che:

i. L'organo gestorio ha adottato e concretamente attuato modelli di organizzazione e gestione astrattamente idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi;
ii. La vigilanza sul funzionamento e la concreta adozione del modello di cui sopra è affidata a un organo dotato di poteri autonomi di iniziativa e controllo;
iii. Non si è verificata omessa o insufficiente vigilanza in capo al suddetto organo;
iv. Le persone fisiche autori del reato hanno fraudolentemente eluso il modello.

Alla luce di quanto appena affermato, sarà l'accusa a dover provare la sussistenza del requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente, pertanto la prova di tali requisiti comporta la sottrazione dell'ente dalla responsabilità, e la mera confisca dei profitti illeciti eventualmente realizzati.

Spostando l'attenzione ai **soggetti sottoposti** all'altrui vigilanza e direzione, la responsabilità dell'ente sorge quando la commissione del reato è stata resa possibile

dall'inosservanza degli obblighi di vigilanza. Non si verifica qui l'inversione dell'onere della prova: grava sull'accusa il compito di provare il sussistere della responsabilità, che viene comunque esclusa se si verifica la condizione di cui al punto *i.* del precedente, ossia la circostanza in cui l'ente abbia adottato e concretamente attuato modelli di organizzazione e gestione astrattamente idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.

La personalizzazione del reato sarebbe qui garantita alla luce del fatto che l'illecito commesso, nel perseguimento dell'interesse o vantaggio dell'ente, da parte dell'autore, è comunque svolto in un *tempus commissi delicti* in cui quest'ultimo faceva parte della compagine della *societas,* e pertanto la tal menzionata personalizzazione si origina «in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito della sua competenza societaria, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questa distinta»[27]. Tale visione è criticata in dottrina, per via del fatto che siffatta impostazione condurrebbe a una dimensione prettamente oggettiva della responsabilità poiché derivata dal reato della persona fisica ex se, mentre il d.lgs. n. 231/2001 stabilisce che la responsabilità debba dipendere dall'adozione di modelli di organizzazione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. A prima vista banale, in realtà tale specificazione risulta cruciale in quanto il reato della persona fisica costituisce il presupposto, mentre l'oggetto della responsabilità si fonda su una «**"colpa di organizzazione dell'ente"** legata all'omissione di misure atte a impedire quel tipo di reati»[28]. L'ente, infatti, riveste una funzione preventiva in ottica sistemica, e deve adottare dei modelli comportamentali calibrati sul rischio-reato finalizzati all'impedimento della commissione dei reati. L'adozione, in un tempo antecedente alla commissione del fatto, di un modello organizzativo adeguato esclude pertanto la responsabilità dell'ente: l'adozione diviene causa di esclusione della punibilità (reati commessi dai soggetti apicali) ovvero la sua assenza integra un elemento costitutivo dell'illecito dell'ente (reati commessi dai sottoposti). La colpa di organizzazione dell'ente si esprime pertanto all'interno di questo duplice binario, secondo cui in presenza di un modello organizzativo idoneo, il soggetto apicale sia riuscito a commettere il reato eludendo fraudolentemente tale modello; per contro, il soggetto sottoposto sia riuscito a commettere il reato grazie all'inosservanza degli obblighi di vigilanza e direzione dei soggetti apicali, oppure grazie all'assenza di un idoneo modello organizzativo a presidio dell'attività di impresa.

---

[27] Cass. Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735. Sul punto, A. ALESSANDRI, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* rif. p. 54, 2002.

[28] Così A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Volume I. I principi generali,* cit., p. 98, 2018. Della medesima impostazione, la giurisprudenza in Cass. Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, la quale esprime che «nel concetto di "rimproverabilità" è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale». Molteplici i riferimenti in dottrina, *ex multis:* F. MUCCIARELLI, in C. PARODI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa,* rif. p. 56 ss., 2017; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* rif. p. 167 ss., n. 3, 2006.

Una ricostruzione della responsabilità dell'ente in chiave ibrida appare la più idonea a definire la species in esame; questa è per certi versi **colposa,** permettendo di rispettare pienamente la colpa di organizzazione di cui si discorre, poiché l'imputazione dell'evento-reato commesso dalla persona fisica avviene a titolo di imprudenza o negligenza o per la violazione di regole cautelari. Acquisito che il reato commesso dalla persona fisica concretizza il rischio che l'ente avrebbe dovuto prevenire, l'omissione della prevenzione acquista un nesso causale con il reato stesso; l'omissione è però irrilevante se si dimostra che l'evento si sarebbe comunque verificato, anche in presenza del modello, proprio alla luce della fraudolenza con cui il soggetto, elusivamente, ha commesso il fatto-reato. Per altri versi, è invece legata al **pericolo,** perché l'ente è chiamato a rispondere non già per il reato commesso dalla persona fisica, bensì «in relazione» a tale reato, non rilevando la sua condotta sul piano della causalità rispetto al reato – cosa che invece sarebbe richiesta da una costruzione squisitamente colposa della responsabilità – ma rilevando per l'omessa predisposizione di misure preventive che ampliano il contenuto della colpevolezza e quindi il presupposto su cui si basa il rimprovero para-penale.

CAPITOLO II

Ambito aziendalistico della criminalità economica. La decozione dell'impresa.

SOMMARIO: 1. Premessa – **2.** Capitale d'impresa – 2.1. Generazione del valore e principio di c.d. economicità aziendale – **3.** Rischio. Relazioni con la struttura patrimoniale dell'impresa – 3.1. Analisi e progettazione della struttura finanziaria. Brevi cenni – 3.2. Flessibilità finanziaria e struttura finanziaria ottimale – **4.** Ciclo di vita delle imprese. Crisi e dissesto – 4.1. Crisi. Perdita dell'economicità aziendale

1. Premessa

Quanto finora trattato, pur superficialmente e senza pretesa di esaustività alcuna, è sufficiente a fornire una sorta di quadro generale, dal punto di vista marcatamente giuridico, che permetta al Lettore di addentrarsi poi in quello che è il *corpus* principale del presente lavoro, ovverosia il contesto della **criminalità economica e delle sue relazioni con la decozione dell'impresa.** L'opinione di chi scrive è che non ci si possa relazionare altrettanto proficuamente con tale dimensione, senza aver previamente delineato alcuni aspetti aziendalistici particolarmente rilevanti per poter circoscrivere – dal punto di vista economico-aziendalistico, appunto – l'ambiente in cui i reati d'impresa vengono compiuti, si manifestano, e producono i loro effetti ablativi sul patrimonio, ancor più evidenti quando posti sotto la prospettiva più consapevole delle quantità economiche rinvenibili entro quel *complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*[1].

Oggetto del presente Capitolo sarà pertanto una contestualizzazione della crisi, utile poi per lo sviluppo dell'analisi delle fattispecie di reato approfondite nel prosieguo della trattazione, e del modo in cui l'impianto legislativo, vigente e prospettico, si propone di prevenirle, investigarle, affrontarle, gestirle, sanzionarle. Avendo poc'anzi ricordato la

[1] Così ai sensi dell'art. 2555, cod. civ., rubricato *Nozione* (di azienda).

definizione giuridica di *azienda,* ricavabile dal codice civile e di stampo squisitamente patrimoniale (giacché pone l'accento sulla dimensione quantitativa del complesso di beni strumentali all'esercizio dell'attività economica), questa non corrisponde alla definizione di *azienda* nella dottrina economico-aziendalistica, la quale stabilisce che «l'azienda è un istituto economico destinato a perdurare che, per il soddisfacimento dei bisogni umani, ordina e svolge in continua coordinazione la produzione, o il procacciamento e il consumo della ricchezza»[2]. Senza con ciò volersi soffermare sulle differenze derivanti dal tenore letterale e concettuale delle due definizioni appena proposte, nel presente lavoro si cerca per quanto possibile di utilizzare il termine coerentemente con la sua definizione giuridica così come viene espressa dal codice civile, tuttavia sarà talvolta imprescindibile traslare nella sua dimensione aziendalistica qualora la trattazione richieda un esercizio linguistico più conforme alla dottrina contabile.

2. Capitale d'impresa

Per poter definire un concetto ampio come quello del capitale, obbligatorio punto di partenza è rappresentato dalle autorevoli parole di Gino Zappa, annoverato tra i padri fondatori della disciplina aziendalistica italiana, il quale afferma che il «capitale d'impresa, ossia il suo patrimonio, è, secondo una vasta e vaga nozione generalmente accolta, l'insieme delle ricchezze a disposizione di quella impresa in un dato istante. Sovente si specifica che il capitale d'impresa è costituito solo da ricchezze materiali. Questa nozione in economia di azienda deve respingersi, perché affatto impropria»[3]. Il capitale, pertanto, è costituito da elementi sia materiali che immateriali[4], a disposizione dell'impresa in un dato momento, e si trova espresso nello Stato patrimoniale, all'interno del bilancio. Essendo lo Stato patrimoniale un prospetto contabile, va da sé che il capitale possa essere determinato sia con i principi contabili nazionali OIC, emanati appunto dall'Organismo Italiano della Contabilità, che con i principi contabili internazionali IAS/IFRS, emanati dall'organismo contabile internazionale IASB *(International Accounting Standards Board).* Il capitale d'impresa può essere declinato sotto vari punti di vista, a seconda dei fini conoscitivi e degli obiettivi perseguiti: fra le altre, è *capitale di funzionamento* quello il quale presuppone la continuazione dell'attività d'impresa nel tempo, redatto dunque

[2] G. Zappa, *L'azienda,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo primo,* cit., p. 37, 1956.

[3] G. ZAPPA, *Il capitale d'impresa,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo secondo,* cit., p. 447, 1957.

[4] Corollario della definizione appena fornita, la nozione si arricchisce con la specifica che al suo interno vi si ricomprendono, più in generale, le ricchezze che consentono al suo detentore di conseguire un incremento di reddito in forza di istituti giuridici concernenti la proprietà della ricchezza. Così G. MASCI, *Corso di economia politica,* rif. p. 170 ss., 1940.

secondo il criterio del c.d. *going concern* che domina la redazione del bilancio d'esercizio in normali condizioni di funzionamento dell'attività economica; è *capitale economico* quello il quale presuppone la vendita dell'impresa, da intendersi in questo ambito quale trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni nell'impresa mediante la stipulazione di una cessione. Il capitale è una **quantità astratta** che, come detto, presuppone determinati fini conoscitivi e determinate ipotesi: queste ultime sottendono la determinazione del capitale stesso (si pensi, fra le altre, alla vita utile dei fattori strutturali *immobilizzazioni* per la definizione delle quote di ammortamento, ovvero al valore di presunto realizzo dei crediti *attivo circolante,* che richiede l'esposizione in bilancio di importi sovente differenti al valore nominale dei crediti sottostanti), sì che il valore del capitale, coerentemente alla sua natura congetturata, sia necessariamente destinato a variare in ragione di queste «così che per esso è possibile formulare giudizi di razionalità delle ipotesi stesse e di coerenza di calcolo rispetto a queste e mai di esattezza assoluta e "verità"»[5]. Pertanto, se si ipotizza il *going concern,* si può determinare il capitale di funzionamento, per contro sarà l'ipotesi di cessione a permettere un'adeguata determinazione del capitale economico, e così via. L'astrattezza del capitale deriva altresì dal fatto che la sua determinazione è permeata dall'applicazione di criteri di valutazione da parte del soggetto tenuto alla sua determinazione, il quale svolge la propria attività sottoponendo le quantità economiche d'azienda a stime e congetture, coerentemente con quanto stabilito dal codice civile e dai principi contabili adottati.

Il **capitale di funzionamento** viene rilevato nel bilancio d'esercizio delle aziende in funzionamento, funzionale fra le altre cose alla determinazione del reddito d'esercizio, ossia la quantità di reddito da sottoporre a tassazione coerentemente con il regime tributario applicabile. Reddito d'esercizio e capitale di funzionamento presuppongono un'operazione di scissione arbitraria della gestione[6] nel tempo – poiché la gestione è unitaria nel tempo, protraendosi senza soluzione di continuità, questa viene dunque, in via convenzionale, scissa in esercizi ossia periodi amministrativi, nella maggior parte dei casi coincidenti con l'anno solare. Il capitale di funzionamento è quindi esposto in bilancio in base ad un corpo di principi contabili, in funzione della determinazione del reddito d'esercizio rinvenibile nel prospetto contabile di Conto economico, e permette in ultima analisi di far emergere eventuali risultati positivi ovvero negativi, rispettivamente Utile o Perdita d'esercizio. Il **capitale economico** prevede, come detto, l'ipotesi di fondo della vendita dell'attività economica mediante cessione delle partecipazioni ovvero cessione dell'azienda. Scopo della determinazione del capitale economico è pertanto quello di

[5] Così A. PAVAN, *Capitale di funzionamento, di liquidazione ed economico,* in *L'amministrazione economica delle aziende,* cit., p. 141, 2008.

[6] Qui intesa nella sua dimensione economica, inerente alla *gestione dell'attività d'impresa,* e dunque utilizzando il termine "gestione" come onnicomprensivo dei fatti e delle operazioni gestorie di qualunque tipologia e natura, poste in essere durante lo svolgimento dell'attività economica.

comprendere l'ipotetico **prezzo di cessione** per lo svolgimento dell'operazione: tal fatta quantità di capitale economico potrà quindi essere espressiva del presunto valore attribuibile al complesso economico considerato, in ipotesi di operazione straordinaria. Ai fini della sua determinazione, ciò che sicuramente può rappresentare una base di partenza è proprio la quantità capitale di funzionamento che, seppur molto vaga in tal senso, può consentire quantomeno delle basi logiche di comparazione con il capitale economico propriamente determinato. La determinazione del capitale economico non ammette una soluzione univoca, sì che i metodi riconosciuti dalla dottrina[7] per la sua determinazione sono molteplici e di tipologia differente, appartenenti a scuole di pensiero nazionali e internazionali, e per la cui disamina si rimanda alle più opportune sedi[8], bastando nel presente confermare la validità di ciascuno di questi ad affrontare la problematica della c.d. valutazione aziendale, fatti salvi i pregi e i difetti evidentemente associabili a ciascuno dei modelli stessi. Punto d'incontro fra le varie metodologie è senza dubbio la considerazione per la quale queste si curino di determinare un valore ragionevole benché **non obiettivamente certo:** giacché ci si trova nell'ambito di una ipotetica operazione di cessione, evidentemente l'unico valore di capitale economico assoluto, certo, ed obiettivamente incontrovertibile sarà quello determinato dall'incontro della domanda e dell'offerta; non appena una parte cessionaria si esponga per la realizzazione dell'acquisto, a fronte della manifestazione della volontà di alienare da parte del cedente, e tale acquisto venga dunque realmente perfezionato, solo allora si potrà affermare con certezza che il valore del capitale economico dell'impresa oggetto dell'operazione era effettivamente quello per cui lo scambio è fattualmente avvenuto. Il capitale economico di un'azienda esprime quindi il suo **congruo valore di scambio,** tenuto conto di due aspetti cruciali e imprescindibili per lo sviluppo del modello valutativo adoperato:

- Entità e composizione delle sue attività e passività;

---

[7] Per determinare il valore del capitale economico ci sono molteplici metodi, e solitamente se ne utilizzano due: uno *principale,* e uno *di controllo* (per la c.d. quantificazione di verifica). La discrezionalità risiede nel valutatore per ciò che riguarda la scelta dell'uno o dell'altro metodo relativamente alla tipologia principale ovvero di controllo, ovviamente coerentemente con la realtà economica da sottoporre a valutazione, fatte salve tutte le altre specifiche caratteristiche dell'operazione in esame. I risultati dei due metodi non saranno mai identici, ma se saranno simili significa che la valutazione fatta con il metodo principale risulta attendibile. Alcuni metodi di determinazione del valore del capitale economico sono: metodo finanziario c.d. *DCF (discounted cash flow),* metodo reddituale, metodo patrimoniale, metodo misto reddituale-patrimoniale, metodo c.d. *EVA (economic value added),* metodo dei coefficienti moltiplicativi, metodo analitico con determinazione autonoma dell'avviamento.

[8] *Ex multis,* v. G. ZAPPA, *Il capitale,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo secondo,* rif. pp. 474 ss., 1956; A. PAVAN, P. PAGLIETTI, *La teoria del valore,* in *Il valore dell'impresa nelle operazioni straordinarie,* rif. pp. 16 ss., 2017; M. LALLAI, *Elementi per il calcolo del capitale economico,* in A. PAVAN, *L'amministrazione economica delle aziende,* rif. pp. 150 ss., 2008; L. BRUSA, *Sistemi manageriali di programmazione e controllo,* rif. pp. 409 ss., 2012; G. FORESTIERI, *Corporate & Investment banking,* rif. pp. 61 ss., 2018.

- Attuale e futura[9] capacità di reddito (quantità astratta, soggetta a stime e congetture) e capacità di generazione di flussi di cassa (quantità oggettiva e, come tale, misurabile).

L'analisi prospettica volta alla valutazione della capacità futura di generazione di reddito e di flussi di cassa non può (e non deve) ovviamente protrarsi fino a superare soglie temporali che trascendono l'ambito della ragionevolezza; essendo le previsioni pregnate di incertezza, a nulla varrebbero quelle riferite a periodi futuri troppo remoti, pertanto il valutatore convenzionalmente si limiterà ad approfondire l'analisi nel medio termine (tre, cinque anni a partire dall'anno di valutazione), per poi giungere infine ad un reddito d'esercizio "normalizzato"[10], espressivo cioè di una pluralità di condizioni medie che si suppone caratterizzeranno l'impresa nell'arco temporale considerato per la previsione, le quali vengono quindi poste alla base di tutti gli esercizi posteriori a tale momento; di tale reddito d'esercizio normalizzato si dovrà dunque tener conto ai fini della valutazione del capitale economico[11].

Le forme giuridiche di trasferimento dell'azienda sono strettamente connesse alla forma giuridica assunta dall'azienda stessa: una società di capitali può trasferire l'azienda mediante cessione delle partecipazioni (rappresentate da quote o azioni) ovvero cessione diretta del complesso dei beni ricompresi nell'azienda stessa – in tal caso, la società continua a esistere, ma cambia totalmente la sua natura in quanto dispone, al termine dell'operazione, di un mero capitale liquido, rappresentato dal prezzo corrisposto dal cessionario, ed eventualmente utilizzabile per avviare nuove attività d'impresa o per rimborsare i soci.

2.1. Generazione del valore e principio di c.d. economicità aziendale

L'indeterminatezza del prezzo di cessione deriva dal fatto che l'impresa, in sede di valutazione, è vista come un bene unico per il quale non è presente un mercato di riferimento propriamente inteso[12]. Inoltre, comprare un'azienda – così come giuridicamente intesa – è cosa ben diversa dal comprare un qualunque altro bene reperibile sul mercato

[9] In tema di capitale economico, la riflessione deve necessariamente svolgersi considerando *anche* la redditività futura dell'impresa, poiché «parametro dal quale non si può prescindere». D'altronde, l'impresa in questo ambito viene valutata in quanto «complesso economico atto a gettare redditi futuri. Il capitale economico non può valutarsi consapevolmente che sul fondamento dei presunti redditi futuri». Così G. ZAPPA, *La nozione di capitale economico,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo secondo,* cit., p. 474, 1957.

[10] Rif. L. GUATRI, *Il metodo reddituale per la valutazione delle aziende,* 1996.

[11] A. PAVAN, *L'amministrazione economica delle aziende,* rif. p. 147, 2008.

[12] Ovviamente con esclusione delle Borse valori e mercati similari, evidentemente riferibili solo a quelle realtà imprenditoriali quotate nei mercati regolamentati.

stesso: l'azienda (purché sana) è portatrice della potenzialità di **generare valore,** ragione quest'ultima che giustifica l'operazione ex se, ancor più comprensibile allorquando nessuno intraprende tale acquisto allo scopo di ammirare l'oggetto della compravendita o per dilettarsi della sua mera proprietà. L'azienda viene acquistata dai soggetti in quanto evidentemente interessati alla sua potenzialità di generare reddito futuro, flussi di cassa positivi e, ultimo ma non meno importante, valore. L'azienda allo stato attuale è la base della creazione del valore in futuro, e tra gli obiettivi dell'impresa intesa quale investimento, senz'altro è rinvenibile quello di generazione del valore espresso dall'aumento del suo capitale economico, ossia dal valore dell'impresa intesa quale investimento. Ecco che, alla luce del valore dell'impresa così inquadrato, ben si comprende come la quantità in oggetto possa essere accostata al valore attuale dei suoi flussi di cassa e flussi di reddito futuri: elementi questi, che consentono un preliminare inquadramento della dimensione quantitativa del prezzo di cessione di cui si discorre.

Per quanto sin qui proiettati in ottica di cessione, la dottrina ammette l'utilizzo del capitale economico quale fondamentale strumento di **valutazione gestionale**[13]**.** Ammesso l'obiettivo, razionale e ragionevole, dei soggetti coinvolti nell'attività di impresa alla generazione di valore e dunque non solo il perseguimento del legittimo *scopo di lucro,* il capitale economico può e deve essere utilizzato quale indicatore del **buon andamento** della gestione, nonché base quantitativa per la ripartizione dei dividendi ispirata ai giusti criteri di equità finanziaria, che tengano conto del *reale* valore delle partecipazioni da ciascun socio vantate nei confronti dell'impresa. È evidente che il reddito d'esercizio non sia affatto adeguato a rappresentare un esaustivo parametro valutativo della gestione, per via dei suoi connaturati limiti a tale scopo: i principi contabili che si adottano per la sua determinazione sono, coerentemente alle disposizioni del codice civile, ispirati ad una *prudenzialità* giudicabile come eccessiva o quantomeno superflua nella specifica sede valutativa in cui ci si posiziona; ancor più rilevante, il reddito d'esercizio è riferito ad un anno specifico (quello nell'ambito del quale è stato conseguito). Evidentemente, lo stesso principio di **economicità aziendale** – su cui nel seguito ci si sofferma – stabilisce che il buon andamento dipende non già dalla mera prospettiva consuntiva della realtà economica osservata, bensì anche e soprattutto dalla sua prospettiva futura e previsionale: ragionare limitatamente ad un anno specifico sarebbe palesemente incongruo e porterebbe inevitabilmente ad inficiare l'analisi svolta ai fini della determinazione del valore dell'impresa, il quale come sin qui ampiamente affermato e sul punto viene ribadito, deve tener conto del buon andamento futuro, sì che il valutatore non possa fossilizzare la propria prospettiva ad un unico esercizio.

[13] Per tutti, A. PAVAN, P. PAGLIETTI, *La teoria del valore,* in *Il valore dell'impresa nelle operazioni straordinarie,* rif. pp. 12 ss., 2017.

Pacifico dunque, che sia il valore un aspetto chiave per la vita dell'impresa, la quale è suscettibile di generarlo per la proprietà ed il "soggetto economico"[14], per i dipendenti, e per qualunque altro portatore di legittimi interessi c.d. *stakeholder,* ivi inclusa la collettività nel suo complesso, i sistemi d'impresa considerano le imprese non nella loro individualità bensì come parte integrante di un complesso avente l'insostituibile funzione sociale (intesa quale ruolo assunto all'interno della collettività di riferimento) di distribuzione della ricchezza[15]. Nell'assolvere questo compito, arduo non solo al pronunciarsi ma senza dubbio alcuno ancor di più nel perfezionarsi, le imprese necessitano di uno stato di salute ottimale che permetta loro un'adeguata ed ordinata attività economica: quasi alla stregua di un atleta che necessita di un'ottimale forma fisica e stato di salute per prendere parte alla competizione, così l'impresa necessita di uno **stato di equilibrio** che le permetta di interfacciarsi correttamente con l'ambiente competitivo in cui essa opera.

Il determinante c.d. **equilibrio di economicità aziendale** delinea pertanto la stabilità dell'impresa nella sua capacità di operare sul libero mercato; concetto all'apparenza elementare, ma che affatto si presenta banale, in quanto «la cosiddetta situazione stabile delle aziende è però talora intesa, per astrazione meno impropria, non già come espressione di un ipotetico stato di irreale immobilità, ma come espressione di un **equilibrio dinamico** nel quale, pur in un movimento continuo, le modificazioni suscitate dalle forze incidenti interne ed esterne non si manifestano che in ordine quasi continuo in aderenza ai movimenti economici generali o di settore, in una tendenza perenne verso l'equilibrio, ossia verso una meta non mai raggiungibile»[16]. L'equilibrio di economicità è caratterizzato da intrinseco dinamismo (poiché dinamico e turbolento è l'ambiente in cui le imprese

---

[14] Inteso quale individuo, o gruppo di individui, siano essi persone fisiche ovvero giuridiche, che di fatto ha ed esercita il supremo potere volitivo nell'impresa. Distinto dal c.d. "soggetto giuridico" identificabile quale la persona nel cui nome l'impresa viene esercitata, e in cui capo ricadono i diritti e gli obblighi derivanti dall'esercizio dell'attività economica d'impresa. A. PAVAN, *I soggetti aziendali,* in *L'amministrazione economica delle aziende,* rif. pp. 18 ss., 2008.

[15] P. ONIDA, *Economia d'azienda*, rif. pp. 78 ss., 1968, in cui l'Autore ribadisce la sua **teoria dei massimi simultanei,** per la quale l'impresa concorre al benessere collettivo mediante la distribuzione della ricchezza da un lato, e si pone quale "sistema aperto" dall'altro lato, in modo che i modi di essere dell'ambiente in cui questa opera sono suscettibili di influenzare significativamente i modi di essere interni dell'impresa stessa. Coerentemente con tale visione, non è possibile contrapporre la prosperità della singola unità di produzione con la ricchezza diffusa nell'ambiente; nel breve termine la ricchezza dell'ambiente potrebbe apparire totalmente dipendente dalla prosperità delle unità produttive le quali ivi esercitano la propria attività, tuttavia ponendosi in una prospettiva di più ampio respiro la ricchezza ambientale diviene condizione necessaria per il benessere delle unità produttive: in tale ottica, il benessere distribuito è destinato a trasformarsi subito in domanda dei prodotti delle imprese. Tutto ciò si pone in coerenza con il concetto di equilibrio dinamico il quale ribadisce perentoriamente la ricerca di condizioni generali di armonia nell'esercizio dell'attività economica, anche e non solo per far sì che le imprese godano di un generale atteggiamento di consenso nei loro confronti da parte della comunità in cui esse operano.

[16] G. ZAPPA, *I momenti dell'amministrazione economica, la tendenza verso l'equilibrio,* in *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo primo,* cit., p. 96, 1956.

operano) e si colora di sue manifestazioni ascrivibili a tre differenti dimensioni della realtà economica considerata, ognuna attinente ad uno specifico ambito della gestione. Ecco che, in questa chiave, è possibile distinguere **sub-equilibri** di economicità che costituiscono condizione necessaria e sufficiente al raggiungimento dell'equilibrio stesso, e sono l'equilibrio *economico-reddituale,* l'equilibrio *patrimoniale,* l'equilibrio *monetario.* I primi due possono essere definiti come equilibri strutturali di lungo periodo, alla luce del fatto che la loro dimensione rileva certamente in una prospettiva temporale che si ammette più ampia del mero esercizio unitario, laddove invece il terzo si presenta con un respiro temporale di portata decisamente inferiore, volendo preferibilmente riscontrarlo puntualmente non solo durante ogni anno di attività, ma in occasione di ogni singola operazione in grado di generare un'uscita di cassa effettiva – da cui la sua definizione di equilibrio derivato di breve periodo. Prima di approfondire brevemente i tre concetti, già da quanto espresso è possibile comprendere come l'equilibrio di economicità – declinato nei suoi tre sub-equilibri – sia una condizione che necessita una **costante tensione dell'impresa** al raggiungimento degli equilibri stessi, i quali non possono mai considerarsi raggiunti in via definitiva, dovendosi sempre ricercare il loro mantenimento in modo costante e senza soluzione di continuità.

L'equilibrio **economico-reddituale** è ricavabile dal documento di sintesi espresso dal Conto economico, il quale dovrà far emergere una buona correlazione tra i ricavi di esercizio ed i correlati costi di esercizio il cui sostenimento è funzionale al conseguimento dei primi. Poiché l'impresa è atta a perdurare, la sua condizione di autosufficienza economica più elementare vede l'eguaglianza tra i costi ed i ricavi di periodo, essendo comunque tale livello non etichettabile quale soddisfacente: il management perseguirà quindi la remunerazione di tutti i fattori produttivi mediante i ricavi di vendita, spingendosi oltre tale soglia così da generare risultati positivi Utile d'esercizio ascrivibili ad incremento del Patrimonio netto. Uno squilibrio del Conto economico nel breve periodo è spesse volte fisiologico all'impresa, specie se nelle sue prime fasi del ciclo di vita[17], e pertanto di per sé non è sufficiente a sentenziare il disequilibrio della gestione, fatta salva la necessità di porre rimedio a tale disallineamento; per contro, risultati positivi nel breve periodo non necessariamente sono indicativi di una sana e scrupolosa gestione dell'ente economico considerato, nella misura in cui questi possano essere eventualmente attribuibili a contesti ambientali particolarmente favorevoli ed irripetibili.

L'equilibrio **patrimoniale** si può individuare dal documento di sintesi espresso dallo Stato patrimoniale, all'interno del quale si deve riscontrare la copertura del fabbisogno finanziario[18] coerentemente con la dinamica monetaria prevista (in termini di entrate e

[17] In punto di ciclo di vita delle imprese, v. § 4. *Ciclo di vita delle imprese. Crisi e dissesto,* infra. presente Capitolo.

[18] Coerentemente con la dottrina economico-aziendale, si definisce il **fabbisogno finanziario** (evidenziato dall'attivo dello Stato patrimoniale, da un punto di vista prettamente contabile) come il fabbisogno

uscite monetarie relative alle poste di crediti e debiti in maturazione ovvero in scadenza), sotto una duplice prospettiva quantitativa e qualitativa: la prima *quantitativa* richiede che l'Attivo di Stato patrimoniale (Impieghi) sia coperto da un'altrettanta composizione del Passivo di Stato patrimoniale (Fonti), unitamente alla seconda *qualitativa* che riguarda il tempo del vincolo rispetto alla durata del fabbisogno stesso; ecco che le attività del capitale circolante e delle liquidità immediate dovrebbero trovare adeguata copertura tramite le passività a breve termine, viceversa le attività immobilizzate dovrebbero trovare copertura per mezzo dei mezzi propri e delle passività a medio-lungo termine. I disallineamenti dell'equilibrio patrimoniale di cui al presente si presentano particolarmente insidiosi, identificandosi in due scenari particolarmente significativi:

- *Punta finanziaria,* rinvenibile presso quell'impresa che fronteggi impieghi di capitale di tipo durevole con finanziamenti da rimborsare in tempi brevi, sopportando una forma di rischio finanziario derivante dal fatto che le scadenze dei debiti non troveranno contropartita in corrispondenti riduzioni di attività. Tale ipotesi di **deficienza di liquidità** andrà fronteggiata reperendo ulteriori entrate monetarie dai ricavi ovvero da ulteriori finanziamenti. Questa situazione sottende una sostanziale inadeguatezza delle risorse monetarie disponibili ovvero copertura di fabbisogni durevoli con fonti a breve, sottoponendo l'impresa a notevoli difficoltà nella gestione dei pagamenti e culminando nel rinvio di spese strettamente necessarie al mantenimento della capacità produttiva e reddituale;
- *Stasi finanziaria,* nella quale l'impresa si trovi a coprire fabbisogni di tipo temporaneo con l'impiego di capitali durevolmente vincolati all'economia dell'impresa, presentando sovente **eccedenza di liquidità** unitamente al rischio che quest'ultima non trovi impieghi adeguatamente remunerativi, e magari subisca una gestione meno oculata e, eventualmente, caratterizzata da decisioni di spesa poco o mal ragionate. Questa situazione vede l'apparentemente felice circostanza di un eccesso di risorse monetarie disponibili ovvero copertura di fabbisogni a breve con fonti durevoli, il che conduce inevitabilmente ad un difficile reperimento di rendimenti di tesoreria adeguati e ispirati alla razionalità economica che guida le scelte imprenditoriali.

L'equilibrio **monetario,** strettamente collegato ai precedenti, è rinvenibile dai prospetti contabili del Rendiconto finanziario unitamente a quello dello Stato patrimoniale,

---

che nasce dal sostenimento dei costi anticipato rispetto al conseguimento dei ricavi: le **uscite monetarie anticipano le entrate monetarie.** Il fabbisogno finanziario è coperto dalle fonti di finanziamento (passivo dello Stato patrimoniale). Come il fabbisogno finanziario esplicitato dall'attivo di Stato patrimoniale può distinguersi in durevole e di breve periodo, così anche le fonti di finanziamento sono suscettibili della medesima classificazione, da cui quindi la necessaria correlazione Impieghi-Fonti. C. CARAMIELLO, *Il circuito dei valori: A) Il finanziamento,* in *Capitale e reddito. Operazioni di gestione e "dinamica dei valori",* rif. pp. 77 ss., 1993.

e si basa dunque sul continuo susseguirsi di decisioni di spesa e scadenze di pagamento che richiedono liquidità immediata o differita in tempi adeguati, pertanto è necessaria un'armonia tra i flussi monetari in entrata e le liquidità disponibili, e i flussi in uscita, in modo tale da poter assumere decisioni di spesa basate su corrette valutazioni piuttosto che soggiogate alla pressione delle emergenze di tipo monetario.

La seguente si propone di fornire un'estrema sintesi del concetto di economicità aziendale, il quale si dimostrerà particolarmente utile nella valutazione delle situazioni di decozione dell'impresa:

Tabella 3. Equilibrio di economicità aziendale

Economicità aziendale	
Equilibri strutturali di lungo periodo	Equilibrio derivato di breve periodo
1. Economico-reddituale. Costi e ricavi di conto economico sono correlati tra loro. La gestione riesce a fornire adeguata remunerazione ai fattori della produzione e agli apporti di capitale di rischio. **2. Patrimoniale.** I fabbisogni finanziari e le fonti di finanziamento sono equilibrati in termini quantitativi e in termini qualitativi con riferimento alla scadenza: i fabbisogni durevoli sono coperti da fonti durevoli, mentre quelli brevi sono coperti dalle fonti a breve, garantendo la sostenibilità della struttura finanziaria dell'impresa.	**3. Monetario.** I flussi di cassa garantiscono il pagamento dei debiti in scadenza, e il Rendiconto finanziario e la composizione dello Stato patrimoniale garantiscono la capacità della gestione di assumere decisioni di spesa coerenti con le necessità del complesso aziendale.

Alla luce di quanto appena esposto, è dunque possibile affermare che l'equilibrio di economicità si pone quale criterio cui debbano essere informate le scelte dell'impresa, affinché questa possa sopravvivere nel tempo e contestualmente soddisfare gli interessi legittimi che su di essa convergono, costituendo un fattore di benessere e sviluppo economico, e permettendo in sede consuntiva di valutare la bontà dei risultati raggiunti[19]. Svolto dunque il necessario preambolo sul tema, il punto di caduta che ben si ricollega al valore ed al concetto di capitale economico pare adesso di tutta evidenza: il raggiungimento dell'equilibrio di economicità, a sua volta composto dai tre sub-equilibri strutturali di lungo periodo e derivato di breve periodo, permette di misurare il valore mediante

[19] A. PAVAN, *L'economicità,* in *L'amministrazione economica delle aziende,* rif. p. 169, 2008.

(anche, e non solo) opportune tecniche di **valutazione del capitale economico.** In ottemperanza ad una migliore pianificazione dell'attività economica, e per una sana conduzione d'impresa ispirata ai principi di economicità di cui sopra, è auspicabile che i vertici gestori determinino il valore economico dell'impresa con cadenza almeno annuale, in sede di redazione del bilancio d'esercizio, quale misura di controllo della generazione del valore, a prescindere dalle eventuali intenzioni del soggetto economico di intraprendere la strada di una effettiva cessione.

3. Rischio. Relazioni con la struttura patrimoniale dell'impresa

Le considerazioni finora svolte sono sufficienti ad affermare – senza che sul punto debbano essere espresse ulteriori argomentazioni a supporto di tale considerazione – che, nell'ambito della corretta gestione d'impresa, sia necessario effettuare una pianificazione strategica strumentale al supporto decisionale dell'organo amministrativo, con ciò ricongiungendosi alle opportune valutazioni in ambito di gestione del rischio che gli amministratori devono ovviamente effettuare. Nel momento in cui sia necessario diagnosticare lo **stato di salute dell'impresa,** o si stia procedendo a valutare il suo business plan per poter esprimere un giudizio sulle capacità di una data impresa di continuare ad operare sul libero mercato, ivi incluse le valutazioni inerenti al suo capitale economico, tale capacità dell'impresa deve essere ricondotta non già al mero *status quo,* bensì anche e soprattutto al futuro. Fra le altre, le valutazioni sul merito creditizio svolte dagli istituti di credito ovvero da soggetti terzi potenziali finanziatori a titolo di credito, si svolgono anche per saggiare quale potrebbe essere l'esito del finanziamento stesso, in termini di puntuale rimborso delle rate coerentemente con le scadenze pattuite, inclusive della quota capitale maggiorata degli interessi di competenza. È chiaro che dovendo tale circostanza realizzarsi in un momento logicamente e temporalmente successivo alla concessione del prestito, il soggetto finanziatore chiaramente sarà interessato a investigare la futura capacità di remunerazione della gestione, verificando anche se il valore dell'impresa rimarrà stabile nel tempo, ovvero sopporterà modificazioni positive o negative.

Occorre quindi comprendere quali sono gli aspetti di rischiosità dell'impresa: fattori di rischio che incidono su eventi i quali a loro volta possono compromettere la continuità aziendale e il buon funzionamento del complesso produttivo, pacifico che un'impresa che sia in grado di gestire i suddetti profili di rischio sia più in grado di affrontare e reagire alle avversità del mercato, rispetto ad un'altra che invece non riesce in tale opera gestoria. Punto di partenza della riflessione è la distinzione tra condizioni di *incertezza* e condizioni di *rischiosità,* posto che entrambe hanno a che fare con eventi che si possono verificare in futuro. L'**incertezza** si riferisce a condizioni di *avversità* per le quali è difficile procedere verso una adeguata misurazione: fenomeni incerti, caratterizzati da volatilità più o

meno pronunciata, risultano dunque difficilmente individuabili e prevedibili. La **rischiosità** è invece quella parte di incertezza che si riesce a misurare e quantificare, attraverso un processo di misurazione generale, sì che il rischio possa essere definito quale componente misurabile dell'incertezza. L'impresa si trova costantemente dinanzi a fenomeni sia ordinari che straordinari: se i primi generano variabilità nei risultati aziendali, i secondi certamente contribuiscono in larga parte alla volatilità di questi ultimi. Il vertice apicale dell'organizzazione deve interrogarsi su quali siano le implicazioni della manifestazione negativa di un evento avverso, nonché le possibili conseguenze delle manifestazioni positive, poiché il fattore di rischiosità potrebbe impattare sul risultato d'esercizio in entrambe le sfaccettature[20]. La competente compagine manageriale si curerà di cercare di comprendere quali siano i profili economico-finanziari maggiormente esposti al rischio, così da capire dove risiedano gli elementi di rischiosità all'interno dell'impresa.

Sostanzialmente, uno dei fattori che sicuramente impatta nell'economia delle imprese, nei loro piani previsionali, e nel loro valore di capitale economico, sono gli eventi denominati quali **cigni neri** c.d. *black swan*, per rimarcare la loro intrinseca rarità di accadimento[21]. Questi eventi sconquassano l'impresa e quindi vanno tenuti particolarmente in considerazione nella valutazione dell'impresa, perché ometterne la considerazione equivarrebbe ad accogliere un'impostazione totalmente miope alle dinamiche turbolente dell'ambiente in cui l'impresa opera. Ricollegato agli eventi coda così descritti, l'impresa in equilibrio di economicità potrà, dopo aver subito gli shock derivanti da questi ultimi, sopportare meglio l'impatto e porre in essere una maggiore capacità di reazione rispetto alle imprese che non vantino il medesimo equilibrio economico: le prime potranno aspirare a tornare in equilibrio in tempi il più contenuti possibile, mentre le seconde potranno subire conseguenze talmente incisive da decretarne la rovina attuale ovvero immediatamente prospettica.

Detta **capacità di assorbimento** si può ricondurre in primo luogo alla patrimonializzazione dell'impresa, alla luce del fatto che i risultati economici negativi Perdita d'esercizio registrati in Conto economico andranno ad esercitare i loro effetti sulle poste del Patrimonio netto, sì che maggiore sia la dotazione di mezzi propri a disposizione dell'impresa, e maggiore sarà la sua capacità di assorbimento degli eventi avversi che potrebbero verificarsi durante la gestione[22]. Si potrebbe erroneamente pensare che ampie

[20] Ipotizzando, semplicisticamente, di essere in presenza di stime sui ricavi di vendita per € 100, taluni fattori di rischiosità potrebbero manifestarsi in eventi che produrranno un impatto sui ricavi di vendita, posizionandoli a un valore consuntivo di € 80 ovvero € 120; il primo scenario sarà da prevedere e scongiurare per quanto possibile, mentre il secondo potrebbe costituire obiettivo verso cui è tesa la gestione.

[21] Volendo rappresentare l'universo degli eventi di cui si discorre entro una funzione probabilistica caratterizzata da una distribuzione normale, i black swan rappresenteranno gli "eventi coda" posizionati alle due estremità della curva, al di fuori dell'intervallo di confidenza utilizzato per la sua determinazione.

[22] La considerazione è strumentale per una corretta esecuzione dell'analisi di bilancio ai fini dell'individuazione dell'impresa in decozione. Sul punto, la ricerca di un valore ritenibile quale "congruo" del

disponibilità di liquidità immediata possano costituire la soluzione a tutti i mali del mondo, ma così non è in quanto non è detto che il contenimento e la gestione di taluni eventi avversi possa essere svolta mediante iniezioni di liquidità: ci possono essere eventi con impatto principale sul Conto economico, che non intaccano la liquidità o le giacenze di liquidità in maniera diretta, e che quindi sono in grado di produrre effetti devastanti nonostante l'impresa considerata abbia, magari, ampie risorse liquide disponibili sul conto corrente bancario. Bisogna sempre tener distinti quindi gli aspetti economico patrimoniali dagli aspetti finanziari, pur riconoscendo che una maggior dotazione di liquidità possa comunque aiutare a far fronte alle proprie obbligazioni ed alle scadenze di pagamento. Fatto salvo quanto appena affermato, la capacità di assorbire gli shock avversi è strettamente collegata da un lato alla dotazione di Patrimonio netto e dunque mezzi propri apportati a favore dell'impresa o da questa maturati a titolo di capitale di rischio, e dall'altro lato alla sua dotazione di liquidità. Questo attiene quindi alla capacità di attutire ed assorbire lo shock. Per ciò che concerne invece la **capacità di reazione,** quest'ultima è più facilmente ricollegabile ad altre caratteristiche, fra cui la capacità dell'impresa di innovarsi, di attrarre nuovi finanziamenti e, più in generale, di generare flussi finanziari positivi, provenienti sia dalla gestione operativa c.d. autofinanziamento in senso stretto, sia dalla gestione degli investimenti e dei finanziamenti a titolo di capitale di rischio ovvero di credito.

rapporto Equity/Debt sarebbe in grado di indicare, in prima approssimazione, il *quantum* vero e proprio della capitalizzazione da considerarsi quale *adeguata* per l'impresa sottoposta a procedura di analisi finanziaria. In dottrina economico-aziendalistica, sovente la consistenza *adeguata* dei mezzi propri apportati dai soci a titolo di capitale di rischio si attesta a un valore indicativo del 30% rispetto al totale delle disponibilità dell'impresa, che includono i mezzi apportati dai terzi a titolo di capitale di credito. Tale soglia percentuale non è comunque da ritenersi valida in senso assolutistico, giacché necessita di essere ritagliata sulle specificità dell'impresa considerata.

La seguente riassume sinteticamente alcuni aspetti di interesse sul punto:

Tabella 4. Elementi di adeguatezza patrimoniale, economica, finanziaria

Elementi di adeguatezza	Elementi di inadeguatezza
Adeguata patrimonializzazione	Scarsa patrimonializzazione
Diversificazione del portafoglio clienti e del portafoglio prodotti	Portafoglio clienti e/o portafoglio prodotti dominato da pochi clienti/prodotti
Adeguata dotazione di liquidità	Scarsa dotazione di liquidità
Adeguata capacità di generare flussi finanziari	Scarsa capacità di generare flussi finanziari
Adeguata struttura del patrimonio in termini di costi fissi e costi variabili	Composizione patrimoniale fortemente sbilanciata sui costi fissi
Capacità di innovazione	Scarsa capacità di innovazione
Capacità di attrarre finanziamenti (meglio se a capitale di rischio)	Scarsa capacità di attrarre finanziamenti

3.1. Analisi e progettazione della struttura finanziaria. Brevi cenni

Utile a saggiare tali caratteristiche, l'**analisi di bilancio** che, al di là della sua dimensione quantitativa ispirata a principi di obiettività matematica e razionalità contabile, non solo osserva gli indicatori emergenti dal bilancio d'esercizio, ma si propone di comprendere se l'impresa in oggetto presenti i tratti distintivi appena menzionati, provando a investigare quali siano le poste contabili che maggiormente potrebbero variare a seguito di eventi avversi, e così permettendo la formulazione di un giudizio il più possibile onnicomprensivo e informato. Le analisi di bilancio così svolte non saranno meramente statiche e limitate agli indici, ma saranno analisi dinamiche nell'ambito delle quali, mediante l'utilizzo di opportune tecniche e di c.d. stress-test[23], verranno fatti approfondimenti sulla

[23] Per utilizzo degli stress-test all'interno delle analisi di bilancio si intende quel processo in base al quale si ipotizzano, si individuano e si applicano dei "fattori di stress" alla struttura economico-patrimoniale dell'impresa: diminuzioni di fatturato, aumento di costi d'esercizio, contrazione del mercato o del portafoglio clienti, peggioramenti del contesto tecnologico, politico ovvero normativo, ecc., in modo tale da poter poi investigare come l'impresa in oggetto potrebbe reagire a tali eventi. È cruciale in questo ambito comprendere quali siano le variabili – e le poste contabili – da sottoporre a stress, e ciò dipende strettamente dall'impresa considerata. Evidentemente un'impresa agricola sarà più esposta ad elementi atmosferici piuttosto che ad eventi di mercato, qualora raffrontata ad un'impresa di servizi, per esempio. Se la politica di mercato dell'impresa in oggetto si materializza entro un portafoglio clienti in cui il 30% degli stessi sostiene

capacità di sopportazione dell'impresa delle tensioni esterne unitamente alle sue capacità di resistere alle forze negative esterne, in modo da verificare i punti di "rottura" dell'entità economica considerata. La valutazione e la quantificazione dei mezzi propri assume in questo contesto un ruolo molto cruciale, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi non sarà quindi riassumibile in un mero calcolo degli indici di struttura ma diverrà un calcolo dinamico strumentale a meglio comprendere sia lo stato dell'arte della composizione patrimoniale, sia la sua dimensione ideale per permettere all'impresa di resistere e rispondere adeguatamente alle avversità degli eventi black swan. Questo non significa necessariamente dover prontamente procedere a una ripatrimonializzazione dell'impresa, ma almeno essere consapevoli dei rischi che si corrono non ripatrimonializzandola[24] – ammesso che sia necessario farlo, ovviamente è ben plausibile che la dotazione patrimoniale dell'impresa sia adeguata, anzi ci si auspica tale scenario. Sul tema, è ragionevole affermare che l'impresa costituita in forma societaria di società di capitali, la quale si limiti a capitalizzarsi entro il limite minimo così come stabilito dal codice civile, senza curarsi minimamente delle proprie specificità, si espone ad un rischio maggiore rispetto a quella che invece effettua un'adeguata analisi del rischio, così da poter apportare un coerente livello di risorse finanziarie esposte nel Patrimonio netto, da porre al servizio dell'attività di impresa.

La **struttura finanziaria** dell'impresa può costituire una leva strategica di governo, dovendo essere necessariamente integrata nei processi decisionali dell'organo gestorio poiché funzionale allo sviluppo e buon andamento dell'impresa. Modigliani e Miller[25] inquadravano la struttura finanziaria quale elemento immodificabile, sostenendone la sua irrilevanza ai fini dei ragionamenti finora svolti; al giorno d'oggi ben si comprende, invece, l'importanza di questo aspetto, per cui questa non è certamente da intendersi quale immodificabile, anzi, deve essere oggetto di un'attenta valutazione mediante approcci razionali e finalizzati alla sua ottimizzazione.

---

ben il 70% dell'intero fatturato complessivo, è sicuramente lecito interrogarsi su quali conseguenze vi sarebbero nel caso in cui uno dei clienti major venisse meno, quali sarebbero i riflessi sul volume d'affari, sulla sostenibilità del business, sui flussi di cassa generati e sulla possibilità che tale perdita di clientela metta o meno a repentaglio la **capacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni in modo normale e puntuale.** Le variabili da stressare sono pertanto peculiari a ciascuna impresa, ritagliate sul profilo di quella specifica realtà economica.

[24] Senza per ora addentrarci nelle disposizioni legali che impongono a tutti gli effetti un'azione da parte dell'organo gestorio, la cui omissione è fonte di responsabilità, ex artt. 2482-bis e 2482-ter, cod. civ. Sul punto, v. nota n. 78 *infra.* § 7.3. *Fattispecie penali societarie. Art. 223, c. 2, n. 1), l. fall.,* di cui al Capitolo IV.

[25] F. MODIGLIANI, M. H. MILLER, *The cost of capital, corporation finance and the theory of investment,* in *The American economic review, vol. 48, n. 3,* rif. pp. 261-297, 1958.

Ciò che probabilmente può essere identificato quale indicatore più importante in questo contesto è il **rapporto Equity/Debt** dell'impresa oggetto d'analisi, espresso dalla seguente:

Tabella 5. Equity/Debt ratio

KPI index	Formula
Equity/Debt ratio	$\frac{Capitale\ proprio\ a\ titolo\ di\ rischio}{Passivit\grave{a}\ finanziarie\ a\ titolo\ di\ credito}$

L'indice fondamentale esprime la partecipazione del capitale proprio al rischio d'impresa. Un suo rapporto basso indica un elevato rischio che, in ultima analisi, contribuisce ad aumentare il costo medio del capitale reperibile presso i terzi finanziatori a titolo di credito; un rapporto elevato, per contro, indica un rischio contenuto andando quindi, *ceteris paribus*, a ridurre l'incidenza degli oneri finanziari che l'impresa dovrà sopportare, con ciò evidenziando nel primo caso la progressiva trasformazione del rischio del finanziatore a rischio d'impresa. Tutte le decisioni relative al mix E/D influenzano il costo del capitale, pertanto le sue modificazioni produrranno significativi riflessi su tutte le decisioni d'investimento adottate non solo dall'organo gestorio, ma anche dai soggetti terzi.

Un buon dimensionamento e una buona selezione delle fonti di finanziamento devono passare dall'analisi dei flussi finanziari, così da meglio supportare il processo decisionale e permettere ai soggetti apicali di capire se quel determinato mix E/D sia o meno compatibile con i flussi generati dall'impresa. Ciò che si ribadisce in questa sede è pertanto il concetto consolidato per il quale esista un **trade-off del debito,** in quanto bisogna bilanciare gli aspetti positivi cui il debito si accompagna, con quelli negativi, posto che qualunque fonte di finanziamento possa annoverare pro e contro non appena la si contestualizzi entro l'impresa oggetto d'analisi. La presenza della componente debitoria può essere positiva in quanto in grado di esercitare una sorta di **meccanismo disciplinare** intrinseco nelle scelte gestorie, spingendo il Consiglio di amministrazione ad un uso più attento e oculato dei flussi di cassa disponibili: se in presenza di cash flow consistente e tasso d'indebitamento marcatamente contenuto, il management dispone di una sorta di protezione avverso gli "errori" di gestione nella misura in cui questi possono essere agevolmente coperti dall'utilizzo del cash flow medesimo, in una situazione inversa nella quale quest'ultimo sia di pari importo ovvero inferiore, accompagnato ad un indebitamento più consistente, la rete di protezione appena menzionata viene meno, poiché una gestione disattenta del cash flow rischierebbe immediatamente di compromettere le capacità di adempimento dell'impresa relativamente sia al rimborso del debito, che al pagamento degli oneri finanziari ad esso collegati. Il rischio collegato al debito aumenta l'attenzione alla redditività dei progetti, i quali dovranno essere redditizi al punto tale da poter

quantomeno sopperire alla superiore onerosità connessa con una struttura finanziaria più appesantita dall'indebitamento in essere.

Contemporaneamente, ponendosi quindi all'esterno del perimetro di codesto meccanismo disciplinare, un'esposizione debitoria elevata certamente può limitare lo sviluppo dell'attività economica, per paura delle perdite che ne deriverebbero in caso di esito negativo. I costi impliciti del debito vanno infatti considerati qualora ci si ponga in ottica di valutazione del livello ottimale del rapporto Equity/Debt, giacché all'incremento dell'esposizione debitoria verso i terzi si accompagna una sostanziale perdita di **flessibilità finanziaria** da parte della struttura patrimoniale, al punto che l'affermazione "un euro di indebitamento aggiuntivo equivale a un euro di vulnerabilità addizionale" non può che essere – almeno in parte, e nel profilo che qui importa – dallo scrivente condivisa e pertanto esplicitata: all'indebitamento si accompagnano gli eventuali **costi del dissesto[26],** da intendersi quale ingresso in situazioni di crisi aziendale (culminanti eventualmente nel fallimento o in altre procedure concorsuali), alla luce del fatto che aumentando l'indebitamento aumenta senz'altro la probabilità di insolvenza; un'impresa con indebitamento pari a *zero* presenta certamente probabilità di insolvenza maggiori di *zero*, ma assolutamente minimali, poiché le crisi sarebbero circoscritte alla stabilità del modello di business. Comprensibilmente, a questo punto della trattazione, la probabilità che il dissesto possa manifestarsi aumenterà con l'aumento delle condizioni che possono generare il dissesto di per sé considerato, sì che non pare sia ulteriormente necessario affermare la vulnerabilità che inevitabilmente accompagna l'esposizione debitoria – la quale *deve* essere gestita dall'organo amministrativo, non solo per buona prassi bensì anche e soprattutto per volontà di legge.

3.2. Flessibilità finanziaria e struttura finanziaria ottimale

Date queste premesse, ci sono delle implicazioni in merito alla struttura finanziaria qualificabile come "ottimale" per la specifica impresa in oggetto. Si è visto sin qui come possa ritenersi positivo il fatto che grazie al debito si riescano a reperire risorse per supportare lo sviluppo della gestione, ma ovviamente, oltre a quelli sullo Stato patrimoniale in tema di composizione strutturale e qualitativa, non mancano gli ovvi riflessi sul Conto economico dell'impresa considerata. Quando l'impresa si indebita oltre la sua capacità di debito, ciò che avviene è la sua perdita di flessibilità anche con riferimento alla futura capacità di reperimento delle risorse atte a finanziare gli ulteriori progetti pianificati o che evidentemente si presentano dal momento che l'ente opera sul libero mercato. Detta flessibilità finanziaria consentirebbe all'impresa di intraprendere validi progetti futuri quando

[26] Il concetto è poi ripreso nel § 4.1. *Crisi. Perdita dell'economicità aziendale* del presente Capitolo, in cui si analizzano le fasi del ciclo di vita delle imprese e, nello specifico, le caratteristiche della fase di crisi.

questi si manifestano, mettendo l'organo amministrativo in condizione di poter valutare l'opportunità di parteciparvi in relazione all'obiettivo ultimo di massimizzare il valore dell'impresa, già precedentemente inteso quale incremento del suo capitale economico. Se il Conto economico risulta particolarmente appesantito dagli oneri finanziari ricollegati all'esposizione debitoria in essere, la contrazione di ulteriore debito potrebbe comportare uno sforamento della capacità dei flussi finanziari, spingendo l'impresa verso quello stato di decozione – almeno preliminare – cui già si è fatto cenno. *Rebus sic stantibus,* maggiore è l'incertezza sul futuro finanziario dell'impresa e sui successivi progetti, minore sarà il livello accettabile di debito per finanziare i progetti futuri. Ancora una volta, l'analisi della dinamica finanziaria attuale e prospettica sarà pertanto fondamentale per comprendere l'adeguatezza dei flussi finanziari a coprire il fabbisogno dell'impresa in modo coerente con la sua struttura finanziaria.

I vertici aziendali si impegnano pertanto a condurre il proprio indice di indebitamento, e dunque il **rapporto Equity/Debt,** entro i livelli ottimali per l'impresa che questi amministrano e gestiscono, stabilendo un valore benkchmark da porre quale obiettivo da raggiungere, tenuto conto anche dello specifico sistema di vincoli giuridici, tecnici e di governance cui l'impresa è sottoposta. Ciò stabilito, si esamina la composizione del debito e dell'equity attuale, per protendere tale stato dell'arte verso l'intero processo di sviluppo da seguire per il raggiungimento degli obiettivi strutturali prefissati; cruciale, in questo senso, il buon **equilibrio patrimoniale** in termini di debito a lungo termine, debito a breve termine, e composizione dell'attivo immobilizzato e dell'attivo circolante dell'impresa: le modalità temporali e tecniche di finanziamento, per poter comprendere come raggiungere il livello di indebitamento target, devono quindi considerare tutte le dimensioni della pianificazione d'impresa: economica, industriale, commerciale, finanziaria.

Ammesso l'utilizzo di numerosi indicatori di bilancio estremamente utili – cui si farà riferimento successivamente all'interno della presente trattazione[27] – si possono, qui ed in generale, affermare alcune indicazioni di massima per il raggiungimento di un'ottimale struttura finanziaria:

a) Le imprese che operano in settori con utili e cash flow marcatamente volatili, dovrebbero indebitarsi di meno rispetto ad imprese caratterizzate da contesti stabili. Se il comparto di mercato è complesso e influenzato da variabili esogene molto forti – come per esempio il mercato agricolo – allora la volatilità sui risultati dell'impresa sarà maggiore, pertanto le imprese necessiteranno di maggior capitale proprio per incrementare la loro flessibilità finanziaria.

b) Se le imprese possono instaurare una correlazione temporale adeguata tra il cash flow negativo sul debito, ed il cash flow operativo sulla gestione caratteristica, possono di riflesso permettersi una maggiore incidenza del debito sulla

[27] V. § 2.4. *Indicatori della crisi e ruolo del professionista indipendente,* infra. Capitolo V.

loro composizione patrimoniale. Tal fatto bilanciamento della dinamica finanziaria permette quindi un buon livello di autofinanziamento interno, perciò sarà possibile aumentare ulteriormente l'indebitamento alla luce del fatto che la dinamica finanziaria della gestione operativa consente la copertura dei costi a ciò riconducibili.

c) Le imprese con attività immateriali particolarmente significative sulla composizione patrimoniale dell'attivo immobilizzato, le quali generano elevati costi diretti, saranno necessariamente costrette ad un livello di indebitamento più contenuto, anche e non solo per via del fatto che la loro c.d. bancabilità (meritevolezza creditizia) sarà giudicata inferiore dagli istituti di credito tradizionali.

d) Le imprese che utilizzano servizi a lungo termine dovrebbero indebitarsi di meno rispetto a quelle meno esposte a tali dinamiche di funzionamento, poiché la modalità di svolgimento dell'attività d'impresa è forzata verso proiezioni temporali di più ampio respiro, così aumentando la possibilità di riscontrare, lungo il percorso, delle situazioni di avversità le quali richiedono maggior prudenza nel dimensionare lo stock di indebitamento, e garantire quindi una maggiore flessibilità alla struttura finanziaria.

e) Qualora sia presente un'entità esterna che protegge l'impresa dai costi impliciti del dissesto, l'indebitamento di quest'ultima tenderà a crescere. Ivi si discorre di soggetti ovvero imprese terze, i quali garantiscono per il debito contratto dall'impresa in esame.

Non è superfluo né banale sottolineare come le valutazioni debbano essere fatte anche in relazione alla particolare fase del **ciclo di vita** in cui versa l'impresa, le quali sono molteplici e, naturalmente, ricomprendono anche la fase di crisi. È proprio in quel momento che si ravvede il contesto di riferimento della **decozione** e dei reati che ivi possono trovare manifestazione.

4. Ciclo di vita delle imprese. Crisi e dissesto

Pur essendo l'impresa un istituto economico atto a perdurare[28], come tutti gli istituti dell'uomo questa è caratterizzata da varie fasi che ne scandiscono la vita, componenti ciò che in dottrina viene definito il c.d. ciclo di vita: l'impresa nasce, si sviluppa, e giunge eventualmente ad una fase di maturità in cui l'attività economica è consolidata e non necessita di particolari investimenti per il suo sostenimento, quantomeno quando la si voglia comparare con le altre fasi che ne caratterizzano la vita. Nel prosieguo si farà una breve

[28] A. PAVAN, *L'amministrazione economica delle aziende,* rif. p. 13, 2008

disamina di queste fasi per poi soffermarsi sulla fase della crisi, approfondendone i presupposti e le manifestazioni dal punto di vista aziendalistico e contabile.

La prima fase è quella di **avvio** o di start-up, durante la quale dei soggetti convengono intorno ad un'idea di impresa e decidono pertanto di porre in essere i negozi giuridici finalizzati alla sua formale costituzione ed all'avvio dell'attività economica. Senza dilungarsi ulteriormente sulle dinamiche di questa fase, segue successivamente quella dello **sviluppo** che merita invece qualche considerazione addizionale, in ragione delle problematiche che questa comporta. Nella fase di sviluppo si manifesta una crescita del fatturato che, se da un lato è sicuramente positiva in quanto permette l'aumento dei volumi reddituali, dall'altro lato questa inevitabilmente si accompagna ad una corrispondente crescita del fabbisogno finanziario: il capitale circolante aumenta, crescono le poste relative al magazzino a riflettere la necessità dei fattori produttivi, e la capacità produttiva deve essere aumentata per sostenere l'incremento delle vendite. Il Conto economico e il Rendiconto finanziario generano però, in questa fase, poca liquidità: i flussi di liquidità operativa derivanti dalla gestione reddituale sono sovente negativi, poiché assorbiti dalla crescita del capitale circolante. Lo sviluppo dunque, per definizione, si accompagna generalmente ad una congiunturale situazione di tensione finanziaria, giacché l'impresa può incorrere in enormi difficoltà se l'organo gestorio non sia in grado di aumentare consistentemente i mezzi propri apportati a titolo di capitale di rischio, ovvero aumentare consistentemente i debiti finanziari di lunga scadenza, ciò al fine di sostenere lo sviluppo della capacità produttiva appena menzionata. In questo contesto, il **valore di capitale economico** è di difficile determinazione poiché dal punto di vista economico e strategico l'impresa sta andando bene, ma dal punto di vista finanziario (e talvolta addirittura monetario) l'impresa versa in un certo grado di difficoltà. Intervenuti dunque gli apporti finanziari appena menzionati, ecco che l'impresa supera la fase di sviluppo per giungere alla fase di maturità.

La **maturità** vede una maggiore stabilità delle dinamiche reddituali, con le vendite che hanno abbandonato i tassi di crescita repentini tipici della fase precedente e che si assestano su andamenti costanti, siano essi di mantenimento ovvero di crescita moderata – manifestandosi comunque con trend altalenanti al rialzo e al ribasso, ma senza mai raggiungere soglie problematiche nell'uno o nell'altro verso. La redditività è giunta qui a livelli significativi, e il fabbisogno finanziario ha smesso di crescere. In tale contesto la gestione operativa genera liquidità sufficiente a produrre autofinanziamento grazie alle c.d. linee di cash cow della produzione, le quali garantiscono una certa stabilità per il Consiglio di amministrazione nell'ambito delle sue operazioni di gestione, in quanto derivanti da linee produttive ormai affermate e riconosciute sul mercato. L'indebitamento si suppone generalmente sotto controllo, e il **valore economico** è, in questo momento, elevato e in crescita. Molto facilmente questa situazione determina un rilassamento del soggetto economico e della compagine apicale: è proprio in questa fase che le **crisi**

trovano del terreno fertile per imporsi sull'impresa. La condizione di maturità non è eterna e ancor meno è durevole nel caso in cui non venga minuziosamente presidiata, manifestandosi in una staticità precaria e, per certi versi fasulla in quanto tale, che va gestita adeguatamente in modo da garantire siffatta situazione gestionale nel lungo termine.

La fase successiva alla maturità, che in modo strisciante può iniziare a permeare la gestione dell'entità economica considerata, è quella del **declino.** Il declino è caratterizzato da una particolare **difficoltà di diagnosi,** perché non è del tutto diverso dalla maturità: quest'ultima ha infatti, come detto, trend altalenanti nell'ambito dei quali è ben plausibile che le vendite (per esempio) si riducano, ma senza mai mettere in concreto pericolo la redditività del medio termine. Tuttavia, tali contrazioni possono in realtà sottendere talune criticità embrionali che, se accompagnate da leggerezza da parte del management per ciò che rileva ai fini della loro adeguata valutazione, possono portare l'impresa all'effettivo ingresso nella fase di crisi. In questo senso, la redditività si riduce tendendo a *zero*, il fabbisogno finanziario decresce per riflettere la minore necessità evidenziata dal contesto interno e dal calo della domanda di mercato (segnalando contestualmente un eccesso di capacità produttiva), e la generazione di cash flow operativo si riduce, pur mantenendosi moderatamente positiva. Ad aggravare la già ben chiara difficoltà di rilevazione, l'indebitamento tendenzialmente si dimostra sotto controllo, ingerendo falsi convincimenti presso l'organo amministrativo che potrebbe essere portato a pensare che si tratti di una fase temporanea atta a "risolversi da sola". Una più attenta analisi della situazione rivelerebbe, invece, che il **valore economico comincia a decrescere:** il declino costituisce, a tutti gli effetti, una reale **anticamera della crisi.**

4.1. Crisi. Perdita dell'economicità aziendale

Giunta l'impresa nella fase della crisi, quest'ultima si palesa in quanto le vendite calano sensibilmente, la redditività della gestione diventa negativa, e il **fabbisogno finanziario rincomincia a crescere,** quantomeno in termini relativi se confrontato alle disponibilità finanziarie effettive: i crediti in pancia sono pochi, il magazzino è divenuto più statico a seguito della contrazione delle vendite, la generazione di liquidità operativa è modesta o addirittura negativa. In questo contesto, il valore economico decresce significativamente. Sovente aggravio della fase in esame, la circostanza per la quale i vertici aziendali, avendo capito che l'impresa si trova nella fase di crisi anche e soprattutto per via della loro minore capacità di avere liquidità a disposizione, nel malriposto tentativo di tenere l'indebitamento sotto controllo e contestualmente garantire l'**adempimento dei debiti** alla scadenza, mettono in atto condotte che ritardano le decisioni di spesa: evitano di intraprendere progetti d'investimento redditizi, ovvero sospendono le manutenzioni straordinarie degli impianti, se non addirittura quelle ordinarie, sospendono le

campagne pubblicitarie, riducono o azzerano gli investimenti in ricerca e sviluppo. Tutte queste operazioni non hanno eventualmente effetti negativi nel breve termine, tuttavia possono certamente essere qualificate come **devastanti** nella prospettiva di generazione del valore, affossando ancor più maggiormente il valore del capitale economico già in pronunciato declino.

Quadro apocalittico e volutamente drammatico, quello delineato può legittimamente indurre l'attento Lettore a domandarsi *perché la crisi si è manifestata,* e *da dove sono arrivati i segnali della sua incombenza?* Alla luce della enorme complessità e delicatezza delle problematiche qui esposte, e delle innegabili specificità che giustamente caratterizzano ciascuna entità economica, la risposta a tale quesito, come spesso piace agli economisti ed i giuristi in tali contesti esercitanti, non può che essere generica, ed al contempo problematica[29]: *dipende.*

Ciò che rileva in prima battuta è sicuramente l'**ambiente** in cui opera l'impresa. La globalizzazione dei mercati determina una sempre crescente turbolenza dei contesti economici che spinge le imprese a competere in ambienti sempre meno controllabili e più imprevedibili. La dinamicità dell'ambiente competitivo è dunque ciò che maggiormente caratterizza lo scenario economico globale. All'epoca dell'emanazione della legge fallimentare, nel 1942, la crisi d'impresa era vista come un evento eccezionale e anche vergognoso, tuttavia al giorno d'oggi è più riconducibile ad un evento ordinario nei confronti del quale il legislatore non deve più associare stigmi sociali. Nell'ambito della pianificazione stessa, l'organo gestorio deve svolgere le sue analisi per scenari[30], andando dunque ad includere anche l'ipotesi di crisi estrema sì da poter tener conto di eventi che non possono essere ignorati nell'ambito dell'intrapresa economica: l'**elasticità della gestione** è fondamentale per poter sopportare gli shock esogeni, garantendo una pronta reazione della struttura e dell'organizzazione per adattarsi alle intervenute condizioni, le quali possono assumere le più svariate vesti. Le cause della crisi possono quindi essere **esterne** e riconducibili ad elementi come crisi generale o di settore, calo della domanda o eccesso

[29] La problematicità cui ci si riferisce è quella relativa all'applicazione del sano principio della regola del dubbio, per il quale sarebbe meglio non avere false certezze, bensì verificare, caso per caso, seguendo una metodologia standard.

[30] I piani d'impresa risultano oggigiorno opportuni oltre che necessari, e cercano di definire gli scenari più probabili del futuro (non uno, ma molteplici), incluso lo scenario della crisi estrema. Ignorare lo scenario relativo alle crisi equivale a ipotizzare che non vi saranno crisi nei prossimi anni: è uno scenario possibile, ma sicuramente non è uno scenario probabile. Le imprese possono disporre dunque di **opzioni di comportamento reale** differenti, con ciò riferendosi alle concrete possibilità di attuazione di politiche e strategie per affrontare gli scenari ipotizzati – possibilità di cambiare il modello di business, per esempio. Le opzioni reali sono collegate all'elasticità della struttura, e consentono di modificare in tutto o in parte i modelli di produzione e i modelli di commercializzazione. Il vaglio delle opzioni reali deve avvenire in sede di pianificazione, così da poter ricollegare ad ogni scenario possibile le più adeguate evoluzioni della gestione aziendale.

di capacità produttiva in relazione all'intervenuto contesto, scarsità di materie prime e altri fattori produttivi, tutela dei sistemi ambientali ovvero eventi catastrofici. Con riferimento a questi aspetti si può parlare di **cause oggettive,** per quanto sono fatte salve le "responsabilità" degli organi amministrativi per non essere riusciti a contrastare tali fenomeni. Altra ipotesi sono le cause **interne** riconducibili invero ad errori di strategia, carenze organizzative o inadeguatezza dei vertici aziendali. Detti esempi **cause soggettive,** certamente non esaustivi dell'universo causale possibile, sono sostanzialmente determinati dalla **incapacità di gestire i rischi.** È chiaro che difficilmente una crisi d'impresa avviene solo per cause esterne: la crisi ha sempre *anche* cause interne riconducibili appunto ad un povero risk management in termini sia quantitativi di concreta implementazione di processi di prevenzione, rilevazione e gestione dei rischi, che qualitativi di effettive modalità e metodologie di concreta attuazione di tali processi.

Ciò che sicuramente rappresenta un minimo comune denominatore della crisi è la **perdita delle condizioni di economicità aziendale** e lo sforamento dei sub-equilibri di economicità, rilevabile non solo – e certamente – dall'organo amministrativo, ma probabilmente anche da parte di altri soggetti, magari gli istituti finanziari i quali, resosi conto del deterioramento dell'attività economica, "chiudono i rubinetti" del credito e collocano l'impresa nella lista delle attività non più bancabili. Ecco che la presenza della crisi, dal punto di vista aziendalistico, si può desumere con riferimento a ciascuno dei sub-equilibri fondamentali che compongono il complessivo equilibrio di economicità aziendale:

Tabella 6. Manifestazioni della crisi nell'equilibrio di economicità aziendale

Equilibrio economico-reddituale	
a)	**Ricavi di vendita** sono in costante calo, o sono inadeguati.
b)	**Conto economico** chiude in perdita in modo costante e/o crescente.
Equilibrio patrimoniale	
c)	**Patrimonio netto** è esiguo rispetto al totale di Stato patrimoniale, ovvero rispetto alle poste dell'attivo immobilizzato.
d)	**Fonti consolidate,** rappresentate dalla somma del Patrimonio netto e delle passività a media e lunga scadenza, sono inadeguate rispetto all'attivo immobilizzato.
e)	**Crediti** commerciali, magazzino, e in generale il **capitale circolante,** hanno un valore abnorme rispetto ai ricavi di vendita.
Equilibrio monetario	
f)	**Gestione operativa** assorbe molta cassa, o genera cash flow inadeguato.
g)	Valore di **EBITDA** (MOL) presenta un valore modesto rispetto alla posizione finanziaria netta che considera il totale delle passività finanziarie detenute a titolo di debito, al netto delle liquidità immediate e differite a disposizione dell'impresa.

Fatte salve queste considerazioni, è evidente che l'impresa si trovi certamente in crisi quando manca l'equilibrio reddituale **prospettico,** e non solo quello meramente attuale, unitamente al fatto che non sono prevedibili significativi flussi di liquidità operativa a titolo di autofinanziamento; la struttura finanziaria è inadeguata e la capacità di assumere decisioni di spesa nella prospettiva di generazione duratura del valore è totalmente persa, pertanto il valore del capitale economico decresce inesorabilmente come già precedentemente affermato. La misurazione del capitale economico evidenzierebbe infatti che **non si genera valore** o, peggio ancora, che la gestione **erode il valore** precedentemente generato, ciò manifestandosi negli utili decrescenti ovvero nella perdita d'esercizio registrati nell'ambito della gestione reddituale, nello Stato patrimoniale che mostra equilibri finanziari e strutturali di composizione totalmente assenti o precari se presenti, nell'indebitamento a breve termine che cresce fino a diventare precario ovvero insostenibile, specie alla luce del Rendiconto finanziario che mostra livelli di autofinanziamento negativi, con generazione di cash flow operativo assente o negativa, dunque certamente insufficiente. Si ribadisce in tal senso, e come precedentemente affermato, buona prassi quella di procedere a misurare, ogni anno in sede di redazione del bilancio d'esercizio, il valore del capitale economico mediante le opportune tecniche di valutazione.

Nella normativa italiana il concetto di crisi anticipa l'insolvenza irreversibile: il **dissesto** in questo ambito è prima di tutto un concetto economico, che si può tradurre nella perdita degli equilibri di economicità coerentemente con quanto appena sviluppato. L'insolvenza, invece, è un concetto sia economico che giuridico, attinente alla incapacità strutturale e patologica del patrimonio del debitore, di far fronte alle obbligazioni regolarmente e puntualmente. I costi del dissesto, resi ancor più evidenti dai flussi di cassa inadeguati o negativi, mostrano progressivamente situazioni di *illiquidità, incaglio finanziario, insolvenza,* partendo dalla prima per poi peggiorare progressivamente verso l'ultima. Queste tre fasi di peggioramento della situazione finanziaria dell'impresa decretano in maniera incontrovertibile il suo ingresso nella fase di crisi.

Per affrontare la crisi delle imprese è fondamentale inquadrare i problemi principali consistenti nel comprendere quando l'impresa possa essere considerata in crisi, come questa si manifesta, e quali strumenti è possibile utilizzare per effettuare non solo una sua diagnosi precoce bensì anche una sua adeguata gestione. Giunta la crisi, questa può svilupparsi fino al dissesto e all'insolvenza, al punto tale che la strada percorribile dall'impresa in decozione sia circoscritta a quella della liquidazione (volontaria ovvero giudiziale) e cessazione, oppure al suo rilancio mediante adeguati strumenti privatistici a ciò preposti, ma che non necessariamente garantiscono il totale soddisfacimento dei debiti. Qualora vi siano creditori insoddisfatti – ancor meglio, prima ancora che ciò si verifichi, e dunque eseguendo una corretta pianificazione dell'attività economica in ottica di previsione futura – e la crisi si sia ormai palesata, evidentemente il tentativo dell'organo

gestorio sarà quello di eseguire una ristrutturazione dei debiti in modo pacifico tra le parti, sì da scongiurare il ricorso a procedure più incisive e caratterizzate dall'**eterogestione** (più o meno marcata) della soluzione perpetrata. Allorquando tali alternative d'intervento non si concretizzino positivamente, allora l'unico strumento disponibile saranno le soluzioni concordatarie della legge fallimentare, con l'ipotesi più drastica culminante nel **fallimento** della società.

CAPITOLO III

Ruolo delle procedure concorsuali nel diritto d'impresa e riflessi di tutela penale.

SOMMARIO: 1. Le procedure concorsuali come rimedio alle dinamiche del libero mercato – **2.** Scopo della procedura concorsuale – **3.** Cenni storici – **4.** Bancarotta. Universo del reato – 4.1. Bene giuridico protetto

1. Le procedure concorsuali come rimedio alle dinamiche del libero mercato

Quanto finora trattato sembra delineare un quadro complessivo in cui i soggetti privati, grazie all'esercizio dei principi del buon governo societario e della sana conduzione dell'attività di impresa, riescono a regolare le loro relazioni operando entro un contesto economico caratterizzato dal libero mercato, in cui le leggi della domanda e dell'offerta premiano i virtuosi ed allo stesso tempo "sanzionano" i meno competenti escludendoli dal mercato stesso, il tutto sotto il vigile presidio delle norme codicistiche che regolano tutti i rapporti patrimoniali tra privati. In un contesto così delineato sembrerebbe non vi sia spazio per una normativa dedicata all'insolvenza, giacché ogni interesse coinvolto risulta perfettamente tutelato da siffatte dinamiche caratterizzanti l'ordinamento. Questa conclusione però sarebbe errata, poiché l'insolvenza caratterizza una situazione in cui una molteplicità di creditori si trovano lesi da un unico soggetto debitore, e data la difficoltà che si accompagna a tale situazione sembra giusto e doveroso prevedere una normativa speciale a presidiare gli interessi coinvolti e così aumentare la probabilità che i creditori possano ricevere il massimo possibile di quanto sia loro spettante[1], date le condizioni in

[1] S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano,* rif. pp. 1 ss., 1937, in cui l'Autore introduce affermando come il c.d. *concursus creditorum* trovi riconoscimento già ai tempi del Diritto romano, per

cui versa il debitore insolvente. Trascendendo il ragionamento complessivo appena fatto e volendo addentrarsi più nel particolare, basti pensare alla posizione dei creditori minori, i quali in un contesto regolato dalle norme ordinarie in materia di inadempimento si ritroverebbero inevitabilmente surclassati dai creditori major e costretti pertanto a soccombere sotto il peso di accordi che vedono i secondi ricevere trattamenti nettamente più favorevoli dei primi in virtù della loro maggiore forza di contrattazione. Senza dover necessariamente fare una distinzione in termini di dimensione del credito vantato, anche una mera classificazione tra creditori commerciali (fornitori) e creditori finanziari (banche ed istituti di credito) è sufficiente a mettere in evidenza quanto questi ultimi siano dotati di un'organizzazione interna, un know-how ed una struttura tali da permettere loro una dimestichezza ben maggiore in termini di tutela del credito. Altri creditori addirittura sono "involontari": il fisco sicuramente non ha liberamente scelto di diventare creditore, così come non lo ha scelto il creditore da fatto illecito.

Le ricadute dell'assenza di una normativa speciale dedicata all'insolvenza si rifletterebbero anche sul costo del credito, nella misura in cui i costi impliciti derivanti dall'incertezza a seguito dell'inadempimento farebbero certamente lievitare il premio per il rischio che gli operatori richiederebbero alle imprese per l'ottenimento delle risorse finanziarie. È pertanto cruciale avere una disciplina che consenta ai creditori di ottenere il massimo di quanto è possibile ottenere, nell'interesse del buon andamento del sistema economico in generale, e quindi dell'intera economia del Paese.

Le dinamiche appena descritte fanno riferimento ad una più efficiente attuazione del rapporto di finanziamento tra le parti, ma l'esigenza della disciplina speciale sull'insolvenza non trova in questo aspetto la sua unica ragion d'essere. L'ordinamento prevede l'esercizio dell'impresa mediante la responsabilità limitata, la quale si basa sulla circostanza per cui «i creditori, accettando di far credito a una società i cui soci siano limitatamente responsabili, accettano una condizione loro imposta dagli stessi soci, seppure con la cooperazione della legge»[2]: il patrimonio sociale è destinato alla loro soddisfazione, ed alla remunerazione dei soci in via postergata, ma in caso di insolvenza i creditori non possono aggredire il patrimonio personale dei soci. Potendo i soci essere gli unici destinatari del surplus allorché i creditori siano stati interamente soddisfatti[3], questi legittimamente vantano il diritto di **controllo** che permette loro la nomina dell'organo gestorio. Soci e creditori sono quindi posizionati lungo due estremi opposti di un'ideale filo

quanto questi trovavano soddisfazione alle loro pretese con modalità assai diverse rispetto a quelle affermatesi in epoca storica successiva.

[2] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia,* cit., p. 36, 2007.

[3] La peculiare posizione soggettiva dei soci appena descritta li qualifica quali c.d. *residual claimants,* ovverosia soggetti che vantano il diritto di ricevere la totalità dell'attivo residuale a seguito dell'integrale pagamento del capitale di credito. I soci sono pertanto titolari di una pretesa finanziaria alla stregua dei creditori stessi, ma collocata nell'ultimo gradino della scala gerarchica delle priorità.

conduttore delle pretese nei confronti della società: i creditori vantano una pretesa fissa e dunque priva di poteri gestionali, mentre i soci vantano una pretesa meramente eventuale, garantita però dai poteri gestionali. In aggiunta, i soci possono soddisfarsi anche prima dell'integrale soddisfazione dei creditori nel caso in cui l'impresa in salute consegua risultati economici positivi e possa darsi luogo alla distribuzione degli utili[4] – operazione, quest'ultima, svolta in base al bilancio d'esercizio redatto dagli amministratori, si ribadisce, nominati dai soci.

Il problema principale relativo a questa dinamica interviene nel caso in cui l'impresa non si trovi in normali condizioni di esercizio, versando appunto in insolvenza. Il fenomeno del c.d. **risk shifting** si materializza nella misura in cui il creditore, per effetto di atti gestori (leciti o illeciti) realizzati dagli amministratori nominati dai soci, si trova adesso intrappolato nella crisi del debitore, ma non può comunque porre in essere alcuna operazione di gestione volta alla tutela del patrimonio, rischiando quindi che il debitore aggravi ulteriormente la situazione. È ampiamente riconosciuto fra i cultori della materia[5], che l'insolvenza spesse volte comporti un incentivo per il debitore ad intraprendere progetti a rischio elevatissimo: i benefici ricadranno su di lui, permettendogli nel miglior scenario di riallineare le proprie posizioni debitorie, mentre le perdite ricadranno solo sui creditori in quanto il capitale sociale risulta già fortemente leso, se non addirittura azzerato. Non risulta utile a risollevare le sorti dell'impresa neanche la sfrenata corsa dei creditori, *uti singuli*, intenzionati a far valere il loro credito in sede giudiziale, poiché il recupero forzato dei singoli crediti può di fatto comportare sicuramente un beneficio individuale da un lato, ma certamente un aggravio del dissesto dall'altro lato e conseguentemente un deterioramento di tutte le altre posizioni individuali che non godevano della medesima tutela o non si sono tempestivamente attivate per realizzarla[6]. Le

[4] Nel sistema attuale, basato sul capitale sociale, ciò che legittima la distribuzione degli utili è l'esistenza di un surplus di bilancio, senza che debba svolgersi il c.d. **solvency test,** una verifica dalla quale emerga che la società rimanga solvibile anche dopo il pagamento dei dividendi. Con l'adozione del solvency test, gli amministratori non dovrebbero porre il focus sull'accertamento del surplus di bilancio, ma sulla solvibilità della società stessa, seguendo la scia delle economie nordamericane che prescindono dal capitale sociale. A livello comunitario, c'è chi auspica una transizione in questa direzione, segnalata in particolare nel rapporto redatto dal Gruppo di esperti di diritto societario istituito dall'Unione Europea. Sul punto, rif. *A modern regulatory framework for company law in Europe,* a cura del comitato High Level Group of Company Law Experts, p. 86 ss., 2002.

[5] Fra gli altri, K.H. DAIGLE, M. T. MALONEY, *Residual claims in bankruptcy: an agency theory explanation,* in *Journal of law & economics,* rif. p. 157 ss., 1994. Gli Autori dimostrano, al termine di una ricerca empirica, che nel periodo immediatamente precedente all'apertura delle procedure di insolvenza, spesso vengono compiuti numerosi atti pregiudizievoli per i creditori, incluso il pagamento di dividendi eccessivi. Quest'ultima condotta integra, nell'ordinamento nazionale, la bancarotta fraudolenta ex art. 223, c. 2, n. 1, l. fall., in caso di successivo fallimento della società.

[6] Basti pensare all'ipotesi in cui il creditore privilegiato che vanti l'ipoteca su beni strumentali all'attività dell'impresa possa dare esecuzione all'ipoteca e soddisfarsi sul ricavato dei beni stessi, tuttavia

considerazioni qui brevemente esposte atterrano entro un punto di caduta facilmente individuabile: l'insolvenza deve essere scoraggiata e prevenuta, ed al suo manifestarsi la tutela deve rivolgersi primariamente a favore della parte maggiormente lesa e contemporaneamente vulnerabile, quale è quella dei creditori, dotandola di uno strumento di gestione efficace che, in luogo della gestione del debitore, permetta loro di raggiungere (quale categoria, e non già individualmente) il miglior soddisfacimento possibile.

2. Scopo della procedura concorsuale

Poiché al concretizzarsi della crisi si ravvedono particolari situazioni di pericolo per i creditori e le loro ragioni, il legislatore prevede specifici doveri in capo al debitore oltre che pesanti conseguenze per gli atti pregiudizievoli da questi posti in essere. A questo proposito, storicamente è stato riconosciuto dal legislatore nel moderno Stato di diritto[7] come la gestione potrebbe prendere due distinte forme:

- *Fraudulent trading:* continuazione dell'attività economica con lo scopo di arrecare danno ai creditori;
- *Wrongful trading:* continuazione dell'attività economica allorquando l'amministratore già era consapevole, o avrebbe dovuto esserlo, che non vi erano elementi alcuni per poter ragionevolmente ritenere che la società potesse evitare una procedura di insolvenza.

Nel nostro ordinamento, l'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto, a seguito del fallimento può incorrere nei reati di bancarotta semplice (art. 217, l. fall.) ovvero fraudolenta (art. 216, l. fall.) se abbia distratto o sottratto attività ai creditori; inoltre, gli amministratori di società possono essere ritenuti responsabili dei reati di bancarotta, oltre che essere civilmente responsabili per il danno arrecato ai creditori a seguito di una gestione che si sia svolta senza tener conto dei loro interessi[8]. In Italia, la procedura di insolvenza si sostanzia nella legge fallimentare del 1942 la quale, oltre a contenere gli articoli relativi alle fattispecie di bancarotta, alla luce del precedentemente menzionato problema del risk shifting, si occupa[9] di attuare il fondamentale **control shifting,** trasferendo

depauperando completamente la capacità dell'impresa di continuare a funzionare e dunque elidendo totalmente la possibilità, per gli altri creditori, di vedere soddisfatte le loro ragioni.

[7] Il riferimento è alle sezioni 213 e 214 dell'*Insolvency Act* inglese emanato nel 1986.

[8] P. es., gli amministratori sono responsabili verso i creditori per l'inosservanza dell'obbligo relativo alla conservazione del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2394, cod. civ.; ancora, essi sono responsabili per l'omissione degli adempimenti previsti al seguito del verificarsi di una causa di scioglimento, ai sensi dell'art. 2485, cod. civ.

[9] Fra gli obiettivi della normativa in materia di insolvenza, precursore è ancora una volta il già citato *Insolvency Act* inglese del 1986. In particolare, la riforma da cui questo trae origine si avviò, nel 1982, a seguito dell'emanazione dell'*Insolvency law and practice. Report of the insolvency law review committee,*

il controllo dell'impresa in capo al soggetto terzo curatore, nominato dal Tribunale fallimentare, affinché gestisca l'entità economica decotta negli interessi dei creditori. Gli obiettivi della normativa in materia di insolvenza non possono e non devono essere limitati all'interesse privato del debitore insolvente ovvero dei suoi creditori, ma devono tener conto del coinvolgimento di ben altri interessi[10] della collettività e dell'intero sistema economico, i quali risultano profondamente influenzati sia dall'insolvenza che dal suo possibile esito, sì che si debba assicurare tutela anche e soprattutto a tali esigenze pubblicistiche allo scopo di preservare l'ordinato svolgimento dell'intrapresa economica all'interno dell'ordinamento, per contribuire allo sviluppo dei consociati e dell'intero sistema Paese[11]. Se all'impresa *in bonis* non può essere contestata la finalità della gestione, la quale legittimamente è rivolta al perseguimento dell'interesse del soggetto economico e pertanto si svolgerà senza il coinvolgimento dei creditori, è altrettanto sostenibile la posizione per la quale si riconosce che, al manifestarsi dell'insolvenza, non sia più meramente il soggetto economico a finanziare l'impresa bensì anche e soprattutto la categoria dei creditori, giacché portatori di capitale di credito su cui *ora* grava il rischio d'impresa stesso, essendo l'adempimento dei debiti in pericolo e afflitto da profonda incertezza[12].

La legge fallimentare, in quanto procedura d'insolvenza vigente nell'ordinamento nazionale e attualmente incardinata sull'istituto del fallimento, recepisce questa impostazione e pertanto si propone di perseguire, primariamente ed entro i limiti del possibile, l'attuazione dei diritti dei creditori finanziatori[13]. Ciò è attestato in maniera

---

nel cui interno, al par. 198 è contenuto il c.d. *Cork report,* documento conclusivo della Commissione presieduta da Sir Kenneth Cork, in cui si indicano gli interessi tutelati dalla normativa sull'insolvenza: la Commissione prova a dettare le linee guida della riforma sostenendo la necessità di proteggere l'insolvente da ogni molestia e infondata pretesa da parte dei creditori, contestualmente avendo riguardo delle legittime posizioni di questi ultimi le quali potrebbero risultare in pericolo per via dell'insolvenza stessa. Lo svolgimento della procedura dovrebbe dunque realizzare le attività dell'insolvente per il tramite del loro spossessamento e tenuto conto delle esigenze di tempestività e massimo contenimento della spesa.

[10] È palese il coinvolgimento di molteplici interessi orbitanti l'insolvenza delle imprese: l'interesse dei lavoratori e gli interessi appartenenti all'intera catena del valore entro cui è collocato il debitore insolvente (fornitori in primis), l'interesse collettivo all'integrità dei complessi produttivi e alla stabilità del mercato, e tutti gli interessi degli stakeholders che, in qualsivoglia forma e misura, sono qualificabili come tali e pertanto portatori di un interesse distinto da quello dei creditori.

[11] M. BIANCO, M. MARCUCCI, *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l'economia italiana,* in *Banca impresa società,* rif. pp. 19 ss., 2001, in cui gli Autori affermano che «procedure concorsuali ordinate ed efficaci svolgono un ruolo fondamentale nello stimolare la crescita e la competitività delle imprese», a sostegno della tesi per cui nessun ordinamento giuridico moderno può prescindere dalla **tutela del credito.**

[12] In questo senso L. STANGHELLINI, *«Proprietà» e «controllo» dell'impresa «in crisi»: crepuscolo della società e doveri degli amministratori,* in *Le crisi di impresa fra diritto ed economia,* rif. pp. 40 ss., 2007.

[13] Ciò detto pur riconoscendo taluni profili di sfumatura che si affacciano su prospettive differenti. È il caso dell'istituto dell'amministrazione straordinaria, il quale predilige sovente l'interesse dei lavoratori anche qualora il costo del suo perseguimento ricada in capo ai creditori.

incontrovertibile dall'art. 6, l. fall., il quale sostiene il diritto del creditore a ottenere l'apertura di una procedura concorsuale qualora ve ne siano i presupposti, senza doversi questo diritto controbilanciare nei confronti di ulteriori eventuali riflessi di ordine sociale o economico. In questo contesto di crisi aziendale, è tuttavia ben evidente il **pericolo** che il debitore ponga in essere condotte suscettibili di violare l'ordine delle priorità di rimborso, e concretamente **offendere** gli interessi dall'ordinamento presieduti. Talune offese, nell'ordinamento giuridico italiano come anche negli ordinamenti giuridici dei contesti economici maggiormente sviluppati, integrano le fattispecie di reato di bancarotta sanzionate dal legislatore penale.

3. Cenni storici

Il fallimento dell'impresa ha da sempre avuto una risposta repressiva che ha permeato la gran parte degli ordinamenti giuridici in cui viene disciplinato, mantenendo dei tratti comuni quali l'intervento di un giudice, lo spossessamento del debitore in funzione della realizzazione della *par condicio creditorum* e quindi successivamente l'esecuzione forzata dai creditori stessi attivata sui beni del fallito. Tra le prime tracce storiche del reato di bancarotta, è peculiare quella contenuta nella più antica legislazione sul fallimento, risalente alla città di Venezia nel 1244, in cui si accostava la bancarotta alla condotta del debitore fuggitivo che, in quanto tale, manifestava così un sintomo presuntivo del suo dissesto: in tale contesto, «queste diminuzioni patrimoniali si chiamavano col nome di bancarotta, e fuggitivo è chiamato il fallito bancarottiere, essendo la fuga uno dei segni caratteristici e talora anche un elemento qualificativo del reato»[14]. Di pari passo, si sviluppava la disciplina relativa alla cessione dei beni a favore dei creditori e l'equiparazione all'insolvenza della scomparsa o del mancato ritrovamento dei libri, annoverando dunque il debitore fra i criminali e come tale sanzionato, puramente in virtù del fatto che questi era incorso in insolvenza e pertanto fallito. È con la successiva concettualizzazione in tre tipologie di soggetto fallito[15], ad opera di Benvenuto Stracca – considerato quale il padre fondatore del diritto commerciale, con la sua opera *De mercatura sive de mercatore,* risalente al 1553 – che il reato di bancarotta si scinde dall'evento del fallimento, per poi affermarsi nei secoli successivi l'impostazione per la quale l'ordinamento rivolgeva la sanzione avverso il fallito non già in quanto tale, bensì allorquando egli, giacché fallito, avesse compiuto condotte bancarottiere. Questo aspetto non è di poco conto, prima di tutto alla luce del fatto che costituisce l'architrave delle fattispecie di bancarotta, rimaste pressoché immutate per oltre settecento anni, ed in secondo luogo in quanto evidenzia

[14] S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale,* cit., p. 15, 1930.

[15] L'Autore sottolineò come il fallimento potesse generare tre tipologie di falliti: incolpevoli, colposi e fraudolenti.

come, sin dagli albori del reato stesso di cui si discorre, questo fosse strettamente legato al concetto di **rischio** che permea l'attività d'impresa: i reati di bancarotta si sostanziano, nel fallimento, in una deflagrazione del rischio finanziario di controparte, nel senso che «dalle origini medievali della *fiducia tradita,* la bancarotta è potuta giungere fino a noi come punizione dell'incremento del rischio che non è stato messo in conto, non è stato calcolato, da chi si è fidato dell'adempimento completo e puntuale»[16].

La disciplina penale della legge fallimentare deriva direttamente dal codice del commercio del 1882, e nel corso del tempo è rimasta pressoché intaccata dalle varie riforme che hanno coinvolto il fallimento nei suoi profili civilistici, nonostante da sempre si riconosca la necessità di un intervento che riesca ad allineare i disposti penalistici al quadro complessivo ed alla *ratio legis* orbitante la crisi d'impresa – profondamente modificata nel corso del tempo. La dura repressione penale delle condotte di bancarotta poteva essere agevolmente inserita nel contesto della legge fallimentare, incardinata intorno all'istituto del fallimento e volto, quest'ultimo, all'espulsione dal mercato dell'imprenditore fallito; tuttavia, già entro la "giurisdizione" della legge fallimentare il legislatore è passato negli anni 2000, da un'ottica liquidatoria ad un'ottica conservativa, trasmutando tale cambiamento d'impostazione nella riforma introdotta dal d.lgs. 14/2019 c.d. codice della crisi e dell'insolvenza (di seguito, CCII), di prossima entrata in vigore, il quale si propone di evitare la dispersione del valore residuo dell'impresa tentando di far emergere la crisi quanto più precocemente possibile, e favorendo quindi un risanamento del debitore in ottica di sua permanenza nel mercato. L'intervenuto cambiamento della riforma civilistica è accompagnato da una altrettanto profonda disorganicità dell'impianto penalistico della crisi, il quale già precedentemente "scollato" dall'animus della disciplina, ora ne risulta quasi totalmente scardinato. A tal proposito, si rimanda al Capitolo V del presente ove si affronterà la riforma del CCII[17]; sul punto, per ora basti specificare come i numerosi vecchi problemi della disciplina sulla bancarotta risultano spesso irrisolti e, per alcuni profili, addirittura aggravati dal legislatore. Nel prosieguo della trattazione si darà evidenza dello stato dell'arte della fattispecie della bancarotta, cercando di evidenziare le sue peculiarità, le sue vulnerabilità ed il modo in cui realizza gli interessi collettivi a presidio dei quali è preposta, delineando un quadro di analisi critica che possa fornire degli spunti di riflessione, anche e non solo per poter valutare il modo in cui il legislatore li ha trattati (ovvero su cui non si è particolarmente soffermato) in sede di riforma.

[16] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* cit., p. 9, 2019.

[17] Per ciò che concerne la disamina dei riflessi penalistici scaturenti dalla riforma del CCII, v. § 3. *Il versante penalistico. La (dis)continuità delle fattispecie criminose,* ss., infra. Capitolo V.

4. Bancarotta. Universo del reato

I reati di bancarotta concretizzano un **conflitto di interessi** che vede contrapposti l'interesse dell'imprenditore all'utilizzo discrezionale dei beni impiegati nell'attività di impresa, e l'interesse dei creditori al soddisfacimento integrale delle loro pretese giuridicamente fondate nell'esistenza di un titolo di credito. Come detto nel Capitolo I del presente[18], la Costituzione garantisce all'imprenditore la libertà di iniziativa economica sì che le scelte imprenditoriali siano insindacabili nel merito. Data la presenza del rischio intrinseca in ogni attività imprenditoriale, il limite alla discrezionalità dell'imprenditore è posto, oltre che dagli stessi disposti della Costituzione, anche e soprattutto dalla loro **razionalità economica** rispetto allo scopo perseguito. In tale ambito, la prassi statunitense ha formulato la **business judgment rule[19]** che considera legittimi gli atti dell'imprenditore che non si svolgano in conflitto d'interesse, ovvero si presentino come manifestamente irrazionali rispetto agli obiettivi perseguiti o enormemente rischiosi per chi fornisce il capitale; fatta salva questa razionalità, le operazioni gestorie saranno lecite oltre che esercizio di un diritto costituzionalmente garantito. La tutela penale della bancarotta permea il contesto di questo conflitto in quanto l'interesse dei creditori diviene prevalente sulla libera disposizione dei beni da parte del debitore, alla luce del fatto che questi è fallito e pertanto tale circostanza pone in pericolo gli interessi dei creditori stessi. Il momento unificante del conflitto può essere ricondotto proprio all'**insolvenza** accertata in sede giudiziale, così come definita dall'art. 5, l. fall.

Tabella 7. Art. 5, l. fall.

Art. 5, legge fallimentare *Stato di insolvenza*	L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

La definizione fornita dal legislatore si presenta semplice all'apparenza, ma storicamente sono emerse notevoli difficoltà per quanto riguarda il suo accertamento. La giurisprudenza recente[20] stabilisce che l'imprenditore versa in stato di insolvenza qualora non sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni in modo tempestivo e con mezzi

[18] V. § 1.1. *Costituzione*, infra. Capitolo I.

[19] Cfr. American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommandations*, part VII Remedies, cap. 1, 1994, in cui si afferma quanto segue: «a director or office who makes a business judgment in good faith fulfills the [duty of care] if the director or officer: 1) is not interested in the subject of his business judgment; 2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstance; and 3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation».

[20] Fra le altre, rif. Cass. Civ. Sez. I, 28 marzo 2018, n. 7589; *Id.*, 13 luglio 2018, n. 18728.

normali, per via del fatto che sono venute meno le condizioni di liquidità e di credito proprie di una sana impresa commerciale, anche nel caso in cui l'attivo superi eventualmente il passivo. Si può dunque ribadire il venir meno dell'equilibrio di economicità che deve esser proprio di qualunque impresa operante nel libero mercato, e volendo approfondire ulteriormente la questione dal punto di vista giuridico, coerentemente con la dottrina e la giurisprudenza in merito, è lecito affermare come lo stato di insolvenza sia riconducibile ad una **situazione patologica del patrimonio** dell'imprenditore, il quale oggettivamente versa nell'impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni: a nulla importa la sua volontà di adempierle – quindi, l'imprenditore solvibile che consapevolmente non adempie[21] un'obbligazione difficilmente potrà essere etichettato aprioristicamente come "insolvente" – così come non rileva la causa stessa dell'inadempimento ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza, sia esso doloso, colposo o fortuito. È importante anche sottolineare che non sono rilevanti la natura, la dimensione[22] o il numero delle obbligazioni non soddisfatte, come non rileva il numero stesso dei creditori[23].

Per poter essere accertata, l'insolvenza deve sussistere nel momento in cui avviene l'accertamento stesso, e pertanto deve essere uno stato attuale, non pregresso e non prospettico e pertanto meramente eventuale; l'insolvenza pregressa che al momento dell'accertamento effettivo sia venuta meno, non potrà essere definita come tale; specularmente, tantomeno importa la previsione di un'insolvenza futura o l'invocazione di un'insolvenza imminente[24]. Ultima, ma non meno importante, la specificazione per la quale all'insolvenza deve necessariamente accompagnarsi la sua manifestazione giacché questo stato oggettivo del patrimonio dell'imprenditore non rileva *ex se,* ma solo in quanto esteriorizzato. Altri elementi derivanti dall'art. 5, l. fall. sono anche i *fatti esteriori* e il concetto di *regolarità.* Per i primi, si ritiene che siano indici rivelatori dell'insolvenza altri fatti esteriori che emergono in particolare nei rapporti con i terzi: un imprenditore in fuga,

[21] Per esempio, si pensi all'imprenditore in bonis che contesta l'esistenza del credito vantato dal fornitore, e dunque non adempie volontariamente all'obbligazione una volta giunta la scadenza.

[22] Fatto salvo il requisito espresso dall'art. 15, l. fall., per cui il *quantum* dell'inadempimento deve essere comunque pari o superiore ad almeno € 30.000 affinché il debitore possa essere assoggettato alla procedura del fallimento, ciò anche allo scopo di evitare l'apertura di una procedura che, comunque, si presenta caratterizzata da elevata onerosità. Avviare un fallimento per degli importi modesti, pur se significativi in termini assoluti, risulterebbe eccessivamente oneroso se relazionato allo sforzo pubblico necessario all'espletamento della procedura stessa.

[23] In alcuni ordinamenti il fallimento non può avviarsi se manca la pluralità dei creditori; nel nostro si ammette anche in caso di un unico creditore, in quanto la procedura fallimentare ha sicuramente la funzione di risolvere contrasti che potrebbero insorgere fra più aventi diritto su uno stesso patrimonio – presumibilmente incapiente – mediante la distribuzione proporzionale delle perdite dovute, ma vanta altresì la funzione essenziale di assicurare un più elevato grado di soddisfacimento dei creditori rispetto all'azione esecutiva individuale.

[24] Si parla ai fini dell'accesso alla procedura fallimentare. Diverso è il caso dell'accesso alla procedura di concordato preventivo, la quale ammette la probabilità di insolvenza prospettica.

irreperibile, ovvero che chiude i locali dell'impresa costituiscono sicuramente segnali forti che porterebbero, ben comprensibilmente, a concludere circa la sua imminente insolvenza, se non addirittura attuale. La seconda riferisce principalmente al normale svolgimento dell'attività economica, in quanto la regolarità nel soddisfacimento delle obbligazioni non si riferisce solo all'esattezza dell'adempimento – integrale e tempestivo – ma anche al *modo* di adempimento: se l'imprenditore estingue integralmente e tempestivamente un'obbligazione, grazie all'alienazione della sua intera filiera produttiva, privando dunque l'impresa dei beni strumentali necessari allo svolgimento dell'attività economica e pregiudicando dunque il buon andamento della gestione attuale e prospettica, è evidente che non si tratta di un modo regolare di pagamento[25].

All'insolvenza è attribuito il carattere della **irreversibilità,** stando a significare che l'impresa non può adempiere alle proprie obbligazioni in via irreversibile, avendo oltrepassato un ideale confine di non ritorno che la conduce irreversibilmente verso la dichiarazione di fallimento, non potendo tornare nelle condizioni di equilibrio che ne consentirebbero la sana prosecuzione. Chiaramente, l'irreversibilità in oggetto va letta secondo un ragionamento ispirato alla razionalità economica, per cui mancando la convenienza ad investire risorse finanziarie per il riequilibrio dell'impresa decotta, la difficoltà di adempimento in cui versa l'impresa è irreversibile nella misura in cui non vi sono risorse finalizzabili al ripristino delle condizioni di economicità[26].

Differisce dall'insolvenza il concetto di **crisi,** quest'ultimo riconducibile ad una situazione di tensione finanziaria suscettibile invero di essere riequilibrata e pertanto non predestinata a culminare nell'insolvenza da accertarsi in sede giudiziale. Volendo qui ribadire quanto sul punto già precedentemente affermato al § 4.1. del Capitolo II del presente, si apprezza l'intervento del legislatore del definire il concetto di crisi all'interno del

[25] Sul punto si sottolinea come il ricorso al credito bancario sia considerato un mezzo regolare, poiché facente capo ad un canale di finanziamento proprio del normale svolgimento dell'attività di impresa. Il riferimento al credito bancario consente una riflessione sul rapporto fra stato d'insolvenza e *deficit patrimoniale:* dato che il credito bancario è un normale canale di finanziamento, il mero deficit patrimoniale (surplus delle passività rispetto alle attività) non è sufficiente a integrare gli estremi ex art. 5, l.fall., e non è altresì necessario, in quanto è plausibilissimo avere l'imprenditore in *avanzo patrimoniale* – surplus delle attività rispetto alle passività – che nonostante ciò sia impossibilitato ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, a causa magari della propria struttura dell'attivo e della sua composizione evidentemente in assenza di equilibrio di economicità *sub-equilibrio patrimoniale* come precedentemente descritto (per esempio, eccesso di immobilizzazioni fisse rispetto alle fonti consolidate, o comunque forte presenza di attività non facilmente liquidabili).

[26] L'art. 160, c. 3, l. fall. specifica che *«per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»*. Da tale definizione è possibile affermare come lo stato di insolvenza comprenda, al suo interno, anche il concetto di crisi, ma costituisca un *quid pluris* di quest'ultimo: la crisi non può evidenziare, di per sé, la totale insolvenza dell'imprenditore – giacché i due concetti non sono affatto sinonimi – ma può tuttavia far emergere il rischio o, quantomeno, una certa probabilità che questa si manifesti in futuro.

CCII[27] – per il quale, la legge fallimentare pecca di una sua puntuale definizione – poiché si occupa di allineare giuridicamente la crisi a tutti i concetti aziendalistici menzionati, pur lasciando una zona d'ombra relativamente alla interpretazione ermeneutica della norma, la quale parla di *stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore*[28], non fornendo ulteriori indicazioni circa il grado di probabilità che, da un punto di vista squisitamente giuridico, sancirebbe la crisi dell'impresa evidentemente in situazione di conclamato squilibrio – pur non di incidenza tale da sfociare in insolvenza. L'emersione anticipata della crisi potrebbe – e questo è il criterio ispiratore che ha guidato il legislatore verso la riforma del CCII – avere dei benefici relativamente alla riduzione degli sforzi economici e temporali necessari a ricondurre l'impresa in equilibrio, e quindi evitare l'insolvenza e la sua esclusione dal mercato. Per contro, l'assenza totale di un piano finanziario attendibile e adeguato che permetta di prevedere con ragionevolezza l'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni in un futuro prossimo, aumenterebbe la probabilità che la futura insolvenza venga concretamente a manifestarsi, giacché il management, incapace di prevedere l'andamento della gestione, non è ovviamente in grado di valutare ed attuare le opportune azioni correttive per il riequilibrio.

4.1. Bene giuridico protetto

L'accertamento giudiziale dell'insolvenza dell'impresa è presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento, la quale è sicuramente assunta in base allo stato attuale dell'impresa, ma certamente non si potrà, successivamente alla sentenza, ignorare quanto l'insolvenza oggi accertata fosse evidente già dal passato prossimo: il curatore fallimentare investigherà lo stato di salute dell'impresa dell'epoca trascorsa, per il tramite di un'analisi che potrebbe comportare la rilevanza di condotte precedenti alla sentenza, quali le **condotte di bancarotta.** A livello generale, si è detto che queste ultime provocano, a svantaggio dei creditori e pericolo per questi ultimi, uno squilibrio del conflitto di interessi tra costoro e l'imprenditore, il quale certamente è libero di svolgere l'attività economica utilizzando i beni nell'impresa nell'ambito della discrezionalità imprenditoriale, fatto salvo il limite a tale libertà che si palesa non appena egli vada contro l'interesse dei creditori a veder soddisfatte le loro legittime pretese; altresì un cenno è stato speso per ciò che attiene alla *business judgment rule,* la quale risulta strettamente connessa al problema di accertamento dei fatti di bancarotta su cui ora ci si sofferma. Riconosciuta la sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità del reato di bancarotta[29], l'interprete in sede di accertamento dovrà evitare di svolgere valutazioni

[27] Per l'intervento del legislatore cui ci si riferisce, v. § 2.1. *Stato di crisi, di insolvenza, di sovraindebitamento,* infra. Capitolo V.

[28] Così ai sensi dell'art. 2, CCII, rubricato *Definizioni.*

[29] Sul punto, v. § 3. *Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento,* infra. Capitolo IV.

viziate dal senno di poi – le quali, oltre che gravemente errate nella loro logica di formulazione, sarebbero inevitabilmente influenzate dal fatto che l'impresa è ormai in uno stato di deterioramento conclamato – bensì dovrà concentrarsi su valutazioni in punto di diritto illuminate dall'analisi economica, così da fornire una lettura delle decisioni gestorie assunte, ai tempi, in condizioni di incertezza e coerentemente con il rischio d'impresa intrinseco alla natura dell'attività svolta. Ecco che l'aderenza alla *business judgment rule* fa presumere la razionalità dell'atto gestorio quando vi sia la *buona fede*, l'assenza di *conflitto d'interessi,* la *completezza delle informazioni* assunte alla base del processo decisionale culminato nell'atto gestorio. Questi tre elementi si sgretolano al cospetto della bancarotta:

- La buona fede è scalciata via dalla condotta dolosa, fraudolenta nelle principali species del reato;
- Il conflitto di interessi emerge con prepotenza nelle condotte finalizzate a strumentalizzare egoisticamente l'uso delle risorse dell'impresa, in spregio alle ragioni dei creditori;
- La completezza delle informazioni diviene insostenibile allorquando queste non possano essere perimetrate entro un contesto di razionalità economica in forza della loro ingiustificabilità sul piano aziendalistico.

Ecco che, ora come allora, l'operazione si tinge di pericolosità per l'integrità del bene giuridico protetto, giacché la valutazione svolta, correttamente depurata dagli inganni del senno di poi, sia riuscita a evidenziare la manifesta irragionevolezza e l'abnormità del rischio ovvero il conflitto di interessi assunto a sostegno dell'operazione-fatto del reato.

Riconoscendo che a fare le spese del fallimento siano proprio i creditori dell'imprenditore commerciale, è già dall'insegnamento del Delitala[30] che si può ammettere come il **bene giuridico tutelato** sia l'interesse patrimoniale dei creditori. I reati di bancarotta sono caratterizzati dall'oggettività giuridica patrimoniale in quanto i comportamenti del debitore erodono la garanzia patrimoniale su cui i creditori hanno fatto affidamento alla concessione del credito. Il patrimonio del debitore è assoggettato al soddisfacimento dei creditori in un quadro che delinea la garanzia patrimoniale ex art. 2740, cod. civ., garanzia la quale si costituisce a favore del ceto creditorio nel suo complesso. Ovviamente le condotte di bancarotta destano preoccupazioni di spessore sistemico, in quanto il credito costituisce un pilastro dell'intero sistema economico, ma occorre fare una precisazione: lo scenario sistemico nel cui sfondo si inseriscono i reati di bancarotta può spiegare l'intensità della tutela, ma non costituisce il bene giuridico tutelato[31]. Poiché la bancarotta

[30] G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta,* rif. p. 840, 1935. *Contra,* v. A. PAGLIARO, *Delitto di bancarotta,* rif. p. 32, 1957, ove l'Autore ritiene che sia l'ordinato esercizio del commercio a costituire l'oggetto giuridico del reato.

[31] Così C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. p. 8, 1995.

produce un pericolo per il diritto di credito, detto pericolo necessariamente coinvolge la linfa vitale dell'economia, in quanto il finanziamento a titolo di credito è il pilastro del meccanismo capitalistico di etero-finanziamento dell'impresa e pertanto la sua tutela ha innegabili riflessi di carattere economico-generale. Questi ultimi tuttavia non sono i diretti destinatari della tutela, in quanto i riflessi prodotti sul mercato dalle condotte di bancarotta ivi producono degli effetti eventuali che l'analisi giuridica deve necessariamente mettere tra parentesi: ecco perché si può ribadire come «lo scenario macroeconomico che fa da sfondo alla bancarotta può spiegare l'intensità della tutela (il rigore sanzionatorio), ma non appartiene al suo oggetto»[32].

La legge fallimentare disciplina in primis la **bancarotta fraudolenta** dell'imprenditore individuale all'**art. 216, l. fall.,** il quale individua le varianti:

- *Patrimoniale,* ascrivibile alle condotte lesive espletate sui beni dell'impresa, le quali sono costituite dalla *distrazione, occultazione, dissimulazione, distruzione, dissipazione* dei beni;
- *Documentale,* ascrivibile alle condotte aventi ad oggetto materiale i libri e le scritture contabili rappresentative dell'impresa, le quali sono costituite dalla *sottrazione, distruzione, falsificazione* dei libri o delle scritture contabili, nonché dalla *tenuta della contabilità* in modo da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

Di tutta evidenza risulta quindi la natura patrimoniale dell'interesse tutelato: è palese nella prima, è indiretta nella seconda, in quanto i fatti esposti risultano strumentali o succedanei all'attività di sottrazione dei beni dalle pretese creditorie, alla luce del fatto che la preordinata inadeguatezza della contabilità all'esercizio delle pretese creditorie non permette un'ordinata soddisfazione delle stesse.

Si perviene alla medesima conclusione nell'analisi della fattispecie minore di **bancarotta semplice** disciplinata all'**art. 217, l. fall.,** che pure riproduce la distinzione *patrimoniale* e *documentale* di cui all'art. precedente; conferma l'impostazione patrimoniale anche l'**art. 223, l. fall.,** disciplinante la **bancarotta fraudolenta impropria** riferita agli amministratori ed ai soggetti apicali delle società fallite, il quale riprende le condotte dell'art. 216, l. fall., aggiungendo le ipotesi nelle quali i soggetti abbiano voluto cagionare il dissesto o il fallimento della società.

Nel Capitolo successivo si analizzeranno le fattispecie di reato della bancarotta patrimoniale e della bancarotta documentale, per ciò che concerne le figure sia della bancarotta propria che della bancarotta impropria, con la finalità di porre l'accento sulle condotte tipiche, gli elementi costitutivi nonché quelli che ne consentono il rimprovero penale. Si andrà dipingendo un framework di riferimento utile ad inquadrare, in maniera più

[32] *Id.,* nota precedente, cit., p. 8.

consapevole, la struttura del reato, i suoi presupposti e, soprattutto, lo spazio che questo occupa nell'ordinamento nazionale sin dagli albori delle sue oramai remote origini. Tutta la trattazione svolta consentirà di fare maggior luce sui tratti tipici del diritto penale dell'impresa che hanno caratterizzato l'impianto legislativo vigente, introducendo quindi agli epocali cambiamenti che la recente riforma pare voglia introdurre nel settore oggetto della presente analisi.

CAPITOLO IV

Legge fallimentare. Insolvenza e reati di bancarotta. Il paradigma del diritto penale dell'impresa.

SOMMARIO: 1. Bancarotta fraudolenta patrimoniale – **2.** Fatti di bancarotta e *deminutio patrimonii* – **3.** Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento – 3.1. Profilo eziologico, i fronti opposti. La sentenza *Corvetta* e la sentenza *Santoro* – La regressione temporale – **4.** Dissesto e lesività concreta – 4.1. Dolo generico e dolo specifico nell'elemento psicologico – 4.2. Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza – **5.** Bancarotta fraudolenta documentale – 5.1. *Ratio puniendi* e rilievo probatorio della contabilità – 5.2. Oggetto materiale della condotta – 5.3. Condotte tipiche – 5.4. Elemento psicologico del reato – **6.** Bancarotta semplice – 6.1. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 1. Bancarotta semplice patrimoniale – 6.2. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 2. Bancarotta semplice documentale – **7.** Bancarotta fraudolenta impropria – 7.1. Beni e avviamento – 7.2. Autori dell'illecito. I soggetti tipici – 7.3. Fattispecie penali societarie. Art. 223, c. 2, n. 1), l. fall. – 7.4. La trasmutazione in reato di evento. Art. 223, c. 2, n. 2), l. fall. – **8.** Bancarotta semplice impropria – **9.** I centri gravitazionali della disciplina attuale. Fallimento e insolvenza – 9.1. Dalla legge fallimentare al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Il sentiero di un nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa

1. Bancarotta fraudolenta patrimoniale

Tabella 8. Art. 216, l. fall.

Art. 216, legge fallimentare *Bancarotta fraudolenta*	È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato(1) in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; 2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del

comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.

È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

2. Fatti di bancarotta e *deminutio patrimonii*

Prima caratteristica in punto di condotte sanzionate, è che queste ultime sono molteplici e puntualmente elencate, presentandosi caratterizzate da un **disvalore** intrinseco che ne giustifica la punibilità stessa. Giacché tutte costituiscono un attentato alla garanzia patrimoniale dei creditori, non è possibile fare delle condotte una lettura frammentaria, e ciò pare anche coerente con l'impostazione logica del legislatore che le ha volute elencare in modo da cogliere tutte le sfumature di un fenomeno sostanzialmente omogeneo, il quale sempre produce la **diminuzione del patrimonio** in danno alle pretese creditorie.

L'elenco prende avvio dalla **distrazione,** operazione che potrebbe essere definita quale paradigmatica e capace di sorreggere entro il proprio concetto tutte le condotte successivamente enunciate. *Distrarre* il bene s'intende distoglierlo e «sottrarlo alla funzione di garanzia»[1], per destinarlo a una destinazione **incongrua** rispetto all'attività svolta, destinazione la quale non può essere ricondotta a razionalità economica se valutata con riguardo agli obiettivi perseguiti dall'impresa[2]. Il riferimento agli obiettivi dell'impresa è quantomai cruciale, giacché si posizionano al di fuori del contesto del reato i mutamenti di destinazione dei beni che non incidono sulla garanzia patrimoniale: i disinvestimenti non possono costituire distrazione – anche se comportano diminuzioni dell'efficienza aziendale – a patto che restino a disposizione dei creditori. Le modalità di distrazione rilevano alla luce della loro **attitudine** offensiva, essendo sufficiente l'impossibilità o la particolare difficoltà di apprensione materiale del bene a seguito del fallimento, anche senza la sua modificazione della situazione giuridica; rimane pur vero che, solitamente, il bene verrà fatto uscire dal patrimonio dell'imprenditore, ma l'alienazione non è essenziale[3]. La reversibilità dell'effetto non pare bastante a elidere la tipicità dell'operazione,

[1] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 54, 1995.

[2] Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 40, 2019.

[3] Si pensi alla costituzione di diritti reali di godimento, o di una garanzia sul debito altrui, che compromette la destinazione al soddisfacimento dei creditori pur avendo lasciata immutata la proprietà del bene.

poiché il successivo recupero da parte del curatore mantiene intatte la fattispecie e la sua punibilità.

La vicenda gestoria deve essere valutata nel suo complesso e tenendo conto delle contropartite dirette e indirette che l'imprenditore può ragionevolmente aspettarsi: non v'è distrazione qualora, in luogo del bene alienato, subentri un corrispettivo adeguato in contropartita, in quanto l'operazione risponde ad un interesse patrimonialmente valutabile e il sacrificio patrimoniale è adeguatamente compensato. Sul fronte penalistico, non può parlarsi di distrazione fintanto che l'attivo a disposizione dei creditori non risulti diminuito, e tale diminuzione andrà valutata in base ai valori di mercato alla data dell'operazione, senza considerare quindi le esigenze della procedura fallimentare e, qualora vi sia adeguato corrispettivo, senza tener conto della liquidità dell'attivo eventualmente peggiorata – il che renderebbe più gravoso, in sede di procedura, alienare l'attivo residuo[4] – fatta salva la liquidità necessaria ad adempiere regolarmente e puntualmente alle proprie obbligazioni[5]. Il punto di caduta della presente riflessione può essere rappresentato dalla constatazione per la quale, affinché ci sia distrazione, l'operazione debba colorarsi di uno **«squilibrio di valori indiscutibile e privo di giustificazione economica»[6],** e costituisca dunque un «depauperamento dell'impresa che si concretizza nell'averne destinato le risorse a impieghi estranei all'attività caratteristica»[7].

---

[4] La composizione qualitativa della garanzia patrimoniale non incide sul quantum della garanzia stessa, oggetto della tutela, anche se un attivo prontamente liquidabile è sicuramente auspicato dai creditori.

[5] In tema di distrazione, risulta delicato il **pagamento dei debiti:** l'operazione singolarmente considerata è neutrale al patrimonio in quanto alla diminuzione dell'attivo corrisponde in contropartita una diminuzione del passivo (salva la violazione della *par condicio* evidentemente sanzionata). Per qualificare la distrazione bisogna valutare la **causale:** i pagamenti dei contratti economicamente squilibrati, o i pagamenti delle fideiussioni rilasciate a titolo di favore, sono condotte distrattive, così come lo sono i pagamenti dei debiti fittizi.

[6] Per tutti, lucidamente, Pedrazzi in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 57, 1995.

[7] Cass. Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 33256, la quale riporta: «Il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo concreto. Non è necessaria, pertanto, la sussistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento, dal momento che la condotta sanzionata non consiste nell'aver cagionato l'insolvenza o nell'aver provocato il fallimento, bensì nel depauperamento dell'impresa che si concretizza nell'averne destinato le risorse a impieghi estranei all'attività caratteristica. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla "deminutio patrimonii" (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili, con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà – sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verificazione – da parte dell'autore».

Il catalogo dei fatti di bancarotta prosegue con l'**occultamento** che si inquadra quale *nascondimento materiale* dei beni, ivi inclusi i documenti che ne provano l'esistenza[8]. Qualora lo strumento per l'occultamento sia quello di artifici contabili volti a sopprimere o mascherare i beni reali, l'ipotesi può integrare la bancarotta documentale di cui al n. 2 dell'art. 216, l. fall.

Occultamento e **dissimulazione** sono fattispecie molto simili tra loro, che differiscono nella misura in cui il primo attiene al nascondimento materiale, ove la seconda è invece relativa a un *nascondimento realizzato con mezzi giuridici* – per esempio, mediante contratti simulati[9] – riuscendo quindi a mascherare la titolarità del bene dissimulato. Ciò che qui rileva è la **presunzione legale** di distrazione, occultamento o dissimulazione nel caso in cui, accertata l'irreperibilità del bene in sede di inventario, l'imprenditore o l'amministratore non sia in grado di fornire adeguata dimostrazione della destinazione del bene che il curatore non riesce ad apprendere[10]. La differenza tra occultamento e dissimulazione è riassumibile nell'oggetto del nascondimento: il primo è volto a nascondere il cespite ovvero la sua ubicazione; la seconda è volta a nascondere la titolarità del cespite.

La fattispecie della **distruzione** è relativa alla *smaterializzazione* del bene sia nella sua dimensione fisica, che nella sua dimensione di valore economico, avvenuta in misura tale da renderlo inidoneo alla finalità: il fatto di bancarotta così illuminato è quindi configurabile come distruzione del valore economico dei diritti di credito, o distruzione dell'azienda nel caso in cui sia stato ceduto un ramo d'azienda che abbia determinato l'incapacità di proseguire nell'attività economica svolta – anche se la cessione sia intervenuta a prezzo congruo – purché la distruzione così delineata rientri in una quadra di pregiudizio per il patrimonio dell'impresa. Le condotte sin qui descritte convergono entro uno schema degli atti gestori caratterizzati da un effetto **depauperativo sul patrimonio,** attuato con qualsiasi mezzo e integrato dalla **finalità di pregiudizio** al patrimonio stesso. L'accentuata lesività di queste condotte pone inevitabilmente limiti stringenti per l'estensione del rimprovero penale alle fattispecie omissive nel terreno di "ciò che non è stato compiuto" dall'imprenditore o dall'amministratore per impedire il depauperamento bancarottiero: aver soprasseduto alla manutenzione regolare degli impianti produttivi può per

[8] In dottrina è discussa la posizione per la quale integra l'occultamento il silenzio serbato dall'imprenditore e dagli amministratori al curatore fallimentare, sostenuta dagli Autori in R. BRICCHETTI, R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari,* rif. p. 38, 2003. Sempre in relazione alle dichiarazioni rese al curatore fallimentare, l'art. 87, l. fall., che disciplina l'inventario, stabilisce che le **false o le omesse dichiarazioni** integrano la fattispecie di cui all'art. 220, l. fall., meno gravemente sanzionata della bancarotta fraudolenta di cui si discorre.

[9] Cass. Sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46692, in cui è sancito che «integra una condotta tipica di occultamento il comportamento del fallito che, mediante atti o contratti simulati, faccia apparire come non più suoi beni che continuano ad appartenergli».

[10] Cass. Sez. V, 17 aprile 2013, n. 22894; Cass. Sez. V, 22 settembre 2015, n. 8620; Cass. Sez. V, 25 maggio 2017, n. 25975.

certi versi essere assimilabile alla distruzione ma, come meglio si evidenzierà nel prosieguo, ivi si discorre di reato di pericolo e non di reato di evento[11], pertanto nel caso concreto di omissione delle manutenzioni dovrà essere verificato se queste riguardassero impianti strategici o di importanza vitale per le operazioni dell'impresa, avendo riguardo alla concreta disponibilità, nel *tempus commissi delicti*, delle risorse necessarie per la conservazione della garanzia patrimoniale.

La **dissipazione** coinvolge invece delle operazioni gestorie ispirate non già alla logica imprenditoriale bensì alla pura sorte, che si sono evidentemente risolte nella *consumazione* di una significativa porzione del patrimonio dell'impresa. Questa condotta è molto simile a quella della bancarotta semplice ex art. 217, l. fall., in cui il legislatore parla di «spese personali o per la famiglia eccessive»; ciò che si verifica in sostanza è una dispersione dei beni ma, nella bancarotta fraudolenta, il *quid* aggiuntivo è rappresentato proprio dalla fraudolenza, che determina una fuoriuscita dei beni irrazionale e incongruente rispetto agli scopi perseguiti dall'impresa. Pedrazzi, alquanto appropriatamente, parla di «emorragia di valori patrimoniali in cambio di soddisfazioni effimere, o comunque di corrispettivi (…) inidonei a garantire i creditori»[12]. L'operazione di dissipazione va letta quindi alla luce della mancanza di una giustificazione economicamente razionale[13], che si caratterizza sia per la sua superfluità accompagnata da un sensibile depauperamento dell'attivo, sia per la ripetitività con cui si manifesta, non essendo solitamente concentrata in un unico esborso voluttuario. Di tutta evidenza è la difficoltà di accertamento della lesività concreta della condotta, in quanto i confini con la discrezionalità imprenditoriale sono, in questa fattispecie, labili e particolarmente ostici per l'interprete.

La condotta della **esposizione o riconoscimento di passività inesistenti** è relativa al gonfiamento delle passività volto ad assottigliare la garanzia disponibile per il ceto creditorio: la simulazione delle passività nella bancarotta fraudolenta ha la funzione di "preparare il terreno" alla sottrazione delle attività, fungendo da preludio a una dispersione di patrimonio per il soddisfacimento di "pseudocrediti". Nell'ambito delle condotte di bancarotta, l'operazione sarebbe rivolta alla creazione di creditori inesistenti che dovrebbero essere soddisfatti, ovvero di soggetti esistenti che non hanno però mai eseguito la prestazione ma per la quale sono iscritte in contabilità fatture false poiché relative ad operazioni inesistenti. In questo modo, il fallito avrebbe la fraudolenta mira di far fuoriuscire dal patrimonio beni o risorse finanziarie in manifesto danno ai creditori.

---

[11] V. § 4.2. *Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza,* infra. presente Capitolo.

[12] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 61, 1995.

[13] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* rif. p. 198, 1955.

3. Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento

Per poter adeguatamente approfondire il reato è necessario qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento: ampiamente dibattuto in dottrina, questo aspetto produce tuttavia non pochi riflessi pratici e merita pertanto una sua esplicitazione. La ragione dell'illiceità penale dei fatti di bancarotta risiede nella carica di pericolosità agglomerata avverso il bene tutelato, e l'autore non è punito per essere incorso in fallimento (benché questa fosse l'impostazione originaria del codice del commercio nel 1884[14]), bensì per aver pregiudicato la garanzia, **in quanto sopravvenga il fallimento.** Il diritto penale dell'impresa è limitato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, poiché può estrinsecare la tutela nel momento stesso in cui l'esposizione a pericolo del bene protetto viene a manifestarsi. Particolarmente incisiva la dottrina, la quale afferma come sia logico che il reato non sorga fino a quando l'imprenditore non sia stato dichiarato fallito: fino a quel momento egli è, almeno giuridicamente, in grado di adempiere, unitamente alla possibilità di impedire l'esecuzione forzata dei crediti proprio mediante il suo adempimento[15]. La legge non richiede la necessità che vi sia una "progressione offensiva" tra il pericolo e il danno, nel senso che la dichiarazione di fallimento non deve avere una funzione di incremento della lesività del fatto sanzionato, in quanto la relazione causale tra la condotta e il fallimento non è richiesto dalla norma. Qual è dunque, il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento? Di altro non si può parlare se non della cristallizzazione della situazione patrimoniale dell'imprenditore, in modo che l'originaria pericolosità divenga danno (cagionato dalla falcidia fallimentare) per via del mutato quadro di contorno[16]: «il fallimento non determina l'offesa, ma la rivela e la rende punibile»[17].

In base a questa costruzione, la tesi secondo la quale la sentenza dichiarativa di fallimento sia un elemento costitutivo del reato **non pare condivisibile,** anche e non solo alla luce del fatto che la bancarotta è pacificamente intesa quale **reato di pericolo** e non quale reato di evento. Il tutto permette di concludere che la sentenza sia una **condizione obiettiva di punibilità estrinseca[18]:** le stesse condotte di bancarotta esprimono la loro lesività

---

[14] La sentenza dichiarativa di fallimento era vista come **condizione di esistenza del reato** anche dalla giurisprudenza. Il riferimento è a Cass. Sez. U., 25 gennaio 1958, n. 2, nella quale si afferma che la dichiarazione di fallimento è un «elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato». Questa visione si sposa alla concezione stigmatizzante del fallimento, il cui unico scopo doveva necessariamente essere quello di espellere l'imprenditore decotto dal mercato. L'ordinamento si è ovviamente evoluto verso lidi razionali differenti.

[15] G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta,* 1935; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa,* 2011.

[16] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. p. 18 ss., 1995.

[17] L. CONTI, *I reati fallimentari,* cit., p. 121, 1991.

[18] Sul punto, ha acquisito storica rilevanza Cass. Sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910, c.d. "sentenza Santoro", con la quale la tesi che inquadrerebbe la declaratoria giudiziale nel novero degli elementi costitutivi

nel contesto di un dissesto economico-patrimoniale che culmina in insolvenza, non potendo più i creditori fare affidamento su di una ripresa che consenta loro il soddisfacimento integrale delle loro pretese. Il fallimento non costituisce l'oggetto del rimprovero penale bensì ne condiziona l'operatività, avendo altresì la funzione di **unificare il reato** allorquando le condotte commesse dal reo siano non già una singola operazione – per es., distrattiva – bensì molteplici atti tra quelli tipici offensivi identificati dalle norme in materia[19]. Posto che raramente gli episodi di bancarotta si presentano isolati nella prateria di operazioni gestorie che scollina in fallimento, la moltiplicazione degli episodi tipici non rompe l'unicità del reato bensì li agglomera, nella misura in cui la medesima dichiarazione di fallimento tutti li rende punibili. In quel momento, allora, il pericolo si consolida in danno, da valutarsi cumulando le conseguenze lesive dei singoli episodi bancarottieri: essendosi la pericolosità coagulata intorno ai fatti tipici elencati nelle norme, l'eventuale esito dannoso emerge in punto di stato di insolvenza giudizialmente accertato e dichiarato, essendo comunque l'entità della falcidia **irrilevante** ai fini della punibilità, giacché questa è quantificabile solo alla chiusura della procedura. Ecco perché non è ammissibile parlare di altro se non di reato di pericolo.

3.1. Profilo eziologico, i fronti opposti. La sentenza *Corvetta* e la sentenza *Santoro*

Si è dunque affermato e più volte ribadito come la bancarotta sia, nel sistema della legge fallimentare, un reato di pericolo. L'argomentazione pacificamente condivisa da dottrina e giurisprudenza recenti ha comunque fomentato le discussioni in materia, specialmente a seguito di un episodio particolare, definibile quale la pura manifestazione del ben noto proverbio che recita *"l'eccezione conferma la regola"*. Ebbene, in materia di bancarotta e reato di pericolo, l'eccezione di cui si discorre è indiscutibilmente costituita

del reato trova la sua eclissi definitiva. La sentenza *Santoro* verrà analizzata più nel dettaglio nel seguente sottoparagrafo, cui si rimanda.

[19] Lievemente diversa rispetto alla tesi della *condizione obiettiva di punibilità estrinseca* appena illustrata, è la tesi presentata dal Nuvolone, per la quale la bancarotta sarebbe caratterizzata dal suo «problema più grave» di non essere assoggettata a uno specifico lasso temporale entro cui investigare la presenza e la rilevanza delle condotte distrattive, con la necessità che si dovrebbe fissare il punto dove incomincia «la **zona del rischio penale** per l'imprenditore che compie determinati atti», essendo assurdo pensare che si debba retroagire indefinitamente nel corso della vita dell'impresa. I confini della *zona di rischio penale* tracciati dal Nuvolone sono quindi scanditi dallo stato di insolvenza, in cui si può osservare l'incapacità organica, per l'impresa, di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali. In quel momento, grava quindi sul debitore un preciso vincolo di destinazione del suo patrimonio, che dovrà essere dedicato al soddisfacimento dei creditori in base alle disposizioni di legge. In siffatto quadro di contorno, la sentenza dichiarativa di fallimento acquisirebbe il ruolo di condizione obiettiva di punibilità *intrinseca,* avendo infatti un "carattere qualificatorio" nella misura in cui imprimerebbe definitività al vincolo di indisponibilità dei beni (P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* rif. pp. 28 ss., 1955).

da una sentenza particolarmente emblematica per la sua unicità, non solo in termini di impostazione logica ma anche nell'accezione letterale del termine. Ai fini del reato ex artt. 216 e 223, comma 1, l. fall., la giurisprudenza **nega il nesso causale** tra la condotta e la dichiarazione di fallimento, in quanto la prima è irrilevante rispetto alla seconda, la quale semplicemente circoscrive la punibilità delle condotte in ottemperanza alla già argomentata funzione di condizione obiettiva di punibilità. L'operazione distrattiva determina la lesione dell'interesse dei creditori, mentre l'insolvenza ne costituisce il substrato economico estraneo al reato stesso[20]. Il profilo eziologico si riconosce solo ed esclusivamente per le ipotesi in cui è espresso dal legislatore, come nel caso della bancarotta impropria ex art. 223, comma 2, n. 1 e 2, e non suscettibile di applicazione per estensione alle altre fattispecie del reato. La sussistenza del requisito del nesso causale di cui si discorre è stata fonte di vivido dibattito in dottrina, specialmente a seguito della pronuncia giurisprudenziale contraria intervenuta nel 2012[21] c.d. **sentenza Corvetta,** assimilabile a una "mosca bianca" nel panorama giudiziale italiano che, precedentemente e immediatamente dopo, ha sempre rinnegato tale interpretazione. La motivazione dei giudici si radica nel postulato per il quale il fallimento compartecipa intrinsecamente alla fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore a una condotta che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante, potendo quindi ascrivere la sentenza stessa tra gli elementi costitutivi del reato nonché sbocco causale della condotta incriminata. Il sillogismo della Corte muove quindi tre passi:

a) Gli elementi costitutivi del reato si pongono in relazione di causa-effetto con il fatto di bancarotta;
b) Il fallimento è elemento costitutivo del reato;
c) *Ergo,* il fallimento si pone in relazione di causa-effetto con il fatto di bancarotta.

Nella scivolosa argomentazione dei giudici, questi talvolta richiamano il fallimento, talaltra in luogo dello stesso evocano l'insolvenza ovvero il dissesto, utilizzandoli (come si è visto, impropriamente) quali sinonimi.

---

[20] Cass. Sez. I, 1 ottobre 2009, n. 40172, in cui si afferma che «la disposizione incriminatrice della bancarotta fraudolenta patrimoniale non richiede, per l'integrazione della fattispecie, che la condotta abbia cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto, il quale riflette il substrato economico-patrimoniale dell'insolvenza e non fa parte della struttura del reato».

[21] Cass. Sez. V, 24 settembre 2012 (depositata il 6 dicembre 2012), n. 47502, ove i giudici affermano che «nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo». Commento particolarmente interessante è quello a firma di F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?,* in *Giurisprudenza italiana*, rif. p. 437, 2013. Ancora, F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento,* in *Diritto penale contemporaneo,* rif. p. 356, 2013.

A parere di chi scrive, più condivisibile risulta la ulteriormente emblematica sentenza del 2017[22] che riporta la giurisprudenza entro i binari logici finora ampiamente argomentati: la c.d. **sentenza Santoro** afferma che la declaratoria di fallimento assume i caratteri di condizione obiettiva di punibilità estrinseca, ossia **estranea** *ex se* alla materia del divieto contenuto nelle norme penal-fallimentari, non implicando nessuna deriva eziologica della condotta rimproverata, e permettendo il sindacato penalistico sulle scelte imprenditoriali alla luce della irreversibilità della crisi sancita dalla sentenza stessa. Nella sentenza Santoro la Corte riconosce la necessità di cogliere il disvalore nella immediatezza offensiva delle condotte di bancarotta, che determinano un pericolo concreto immediato per le ragioni dei creditori, senza che nulla aggiunga la successiva sentenza alla già evidente lesività (in chiave di pericolo) per il bene giuridico apprezzabile alla realizzazione dell'atto ablativo[23]. È coerentemente con questa impostazione che si svilupperà la successiva analisi del reato nel contesto attuale della legge fallimentare, non già per una mera presa di posizione acritica, bensì alla luce dell'insegnamento che i più autorevoli Maestri della disciplina (per tutti, senza pretesa di esaustività, Pedrazzi, Mucciarelli, Alessandri, Cavallini) mettono a disposizione sul punto, aderendo al «convinto radicamento della fattispecie nella strada maestra del pericolo concreto»[24] e considerando la sentenza dichiarativa come «un filtro attraverso il quale assume rilievo [penale] l'insolvenza dell'imprenditore»[25].

3.2. La regressione temporale

Pur escludendo la necessità del nesso causale tra le condotte e il fallimento, i fatti di bancarotta di cui agli artt. in oggetto, stante il tenore letterale delle norme, possono essere realizzati in qualunque momento precedente al fallimento, permettendo una regressione temporale indefinita ai fini del rimprovero penale. La giurisprudenza ha dunque affermato la punibilità delle condotte tipiche anche allorquando queste fossero state realizzate nell'ambito di un'impresa in buone condizioni economiche. Il regresso all'infinito, unitamente all'estraneità dell'insolvenza o del dissesto dal dolo del soggetto, non permette

[22] Cass. Sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910, in cui i giudici articolano la motivazione come segue: «ha natura di condizione di punibilità estrinseca al reato (…) la declaratoria che apre la procedura concorsuale, da un certo punto di vista, fissa il momento nel quale occorre "bloccare" l'orologio della vita dell'impresa e valutare la attualità dell'offesa immanente alle condotte distruttive o depauperative nel contesto dell'insolvenza (…) assegnando alla declaratoria prefallimentare il compito di "rivelare" un'offesa già presente».

[23] Così S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?,* in *Diritto penale* a cura di F. Palazzo, *Giurisprudenza italiana,* rif. p. 191, 2018.

[24] *Id.,* cit., p. 195, 2018.

[25] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 30, 1995.

di circoscrivere la rilevanza penalistica, rischiando di conferire alle condotte una responsabilità di natura oggettiva, con evidenti problematiche. La dottrina ha sovente sottolineato la necessità di circoscrivere la rilevanza penale delle condotte alla c.d. **zona di rischio penale**[26]**,** utile a evitare un regresso inaccettabile che parta dalla dichiarazione di fallimento e si estenda senza limiti di sorta, ma la visione ha incontrato l'ostacolo della giurisprudenza[27] la quale incrollabilmente ha ribadito che l'efficacia penale si dispiega retroattivamente coinvolgendo ogni passaggio dell'impresa fallita.

L'argine necessario a frenare la retrospezione è fornito dal Pedrazzi, il quale tenta di porre l'accento sulla concretezza del pericolo, suggerendo che le condotte sanzionabili sono quelle la cui offensività – fatta salva l'illiceità intrinseca dell'operazione gestoria – permane *anche* al tempo della declaratoria. Il modo in cui la giurisprudenza affronta la questione è quello di svincolare il dolo dal dissesto della società, ritenendo sufficiente che l'autore si rappresenti la pericolosità concreta della condotta sanzionabile poiché nociva per gli interessi dei creditori, tutelati dalla conservazione della garanzia patrimoniale. Ciò ben si sposerebbe con l'assenza di un nesso causale tra le condotte distrattive e il dissesto dell'impresa, il quale certamente non rappresenta l'evento del reato in quanto non espresso dall'art. 216, l. fall. Stessa cosa non può dirsi di altre fattispecie bancarottiere per le quali è invece espressamente richiesto il nesso eziologico (artt. 217, comma 1, n. 4; 223 comma 2, n. 1 e 2; 224, n. 2, l.fall.), ma l'espressività di tale requisito obbliga l'interprete a concludere che la struttura del reato ex art. 216, comma 1, l. fall. sia stata volutamente lasciata priva di un nesso causale e pertanto l'unico requisito sia quello della concretezza del pericolo[28].

4. Dissesto e lesività concreta

Il delitto di bancarotta per distrazione è qualificabile come la violazione del vincolo legale sancito dall'art. 2740, cod. civ., che limita la libertà di disposizione dei beni dell'imprenditore. L'elemento oggettivo si realizza tutte le volte in cui vi sia un «ingiustificato distacco di beni o di attività, con il conseguente depauperamento patrimoniale che si risolve in un danno per la massa dei creditori»[29]. Se l'imprenditore in bonis potrà legittimamente disporre del patrimonio, al più potendo eccepire condotte in violazione

[26] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, rif. p. 31 ss., 1955.

[27] *Ex multis*, Cass. Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 44933; Cass. Sez V., 1 marzo 2013, n. 9845.

[28] Cass. Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, la quale afferma che «in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, oggetto del dolo non è la consapevolezza del dissesto o la sua prevedibilità in concreto, quanto la rappresentazione del pericolo che la condotta costituisce per la conservazione della garanzia patrimoniale e per la conseguente tutela degli interessi creditori».

[29] Cass. Sez. V, 6 novembre 1996, n. 9430.

della business judgment rule per le quali si possano definire reati quali l'appropriazione indebita o l'infedeltà patrimoniale, tutti i reati di bancarotta assumono rilievo in un contesto peculiare rappresentato dall'impresa la cui insolvenza sia conclamata e accertata in sede giudiziale.

La libertà di disporre liberamente dei beni ha un limite invalicabile costituito dalla soglia minima di patrimonio liquidabile necessario a soddisfare l'esposizione debitoria e quindi le ragioni dei creditori: il raggiungimento di tale soglia pone un freno alla libertà d'azione dell'organo gestorio, in modo che la condotta lesiva della garanzia patrimoniale acquisti una **illiceità intrinseca** allorquando sia stata compiuta nell'ambito di un'impresa che non dispone più delle risorse necessarie a far fronte alle obbligazioni assunte. La soglia penale di rilevanza tracciata dalla offensività concreta della condotta è dunque mobile e strettamente connessa con il variare della situazione patrimoniale del debitore, e per accertarla bisogna seguire il filo conduttore del **dissesto** che caratterizza l'impresa al momento della condotta: se il debitore si può ragionevolmente prospettare un'insufficienza della garanzia patrimoniale, le diminuzioni dell'attivo risultanti dalle condotte appena descritte saranno lesive di tale garanzia.

Per meglio spiegare questo concetto è bastevole ribadire che l'attività d'impresa dovrebbe essere ispirata alla razionalità economica ed al perseguimento dell'equilibrio di economicità, ampiamente descritto precedentemente, il quale per definizione non può mai considerarsi raggiunto in via definitiva; le imprese acquisiscono e perdono l'equilibrio – più specificamente, i tre sub-equilibri di economicità – innumerevoli volte durante il loro normale svolgimento dell'attività economica, riuscendo tuttavia le entità sane e ben gestite ad arricchire nuovamente il patrimonio dell'impresa tramite nuovi apporti di risorse o incrementi dei flussi provenienti dal mercato, e ripristinando quindi la capacità di far fronte regolarmente e puntualmente alle obbligazioni assunte. Se la crisi aziendale (e dunque il dissesto che comporta) non risulta recuperabile con i mezzi ordinari o con delle risorse economicamente ragionevoli, la probabilità che non si possano soddisfare gli interessi dei creditori in modo integrale diviene una certezza: poco importa che l'atto distrattivo sia o meno l'unico ad aver determinato l'insolvenza conclamata (anzi, quasi certamente sarà uno dei tanti); ciò che rileva è «che sia ancora produttivo di conseguenze negative nel momento in cui cessa il percorso dell'impresa»[30]. La rimproverabilità penale è pertanto circoscritta a quei fatti che mantengono l'originaria attitudine lesiva al tempo della declaratoria, dimostrando una persistente idoneità a deteriorare le posizioni creditorie e pertanto caratterizzati da un'offensività *ab origine.*

Una tra le più autorevoli fonti in materia (Pedrazzi) afferma che la lesività deve caratterizzare l'atto al momento del suo compimento, e deve tuttavia persistere anche al

[30] Così Alessandri in A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* cit., p. 45, 2019.

momento della sentenza dichiarativa che attesta e certifica giudizialmente l'insolvenza. Due momenti sono quindi rilevanti nell'accertamento del reato:

a) La lesività degli interessi dei creditori esiste al momento della condotta, e in quanto tale erode la garanzia patrimoniale;

b) La lesività di cui sopra persiste ancora al momento della declaratoria, e in quanto tale la garanzia patrimoniale è *attualmente* erosa per effetto di quella condotta, poiché non neutralizzata da successivi accadimenti economici.

Rispettate le due condizioni *sub a)* e *b),* il pericolo non ha più rimedio e precipita nel danno cagionato dalla falcidia fallimentare. La legge non richiede l'individuazione del danno, giacché questo è insito nella fattispecie stessa e manifestato dall'attualità lesiva dell'atto di bancarotta, il quale continua a sprigionare i suoi effetti negativi.

4.1. Dolo generico e dolo specifico nell'elemento psicologico

La condotta distrattiva può aver determinato la condizione di dissesto ovvero può averla aggravata, ma poiché i beni dell'impresa si sono ridotti al predetto limite minimo per soddisfare i crediti, l'atto distrattivo è compiuto **consapevolmente:** essendo l'impresa in crisi, l'operazione manifesta l'attentato alla garanzia creditoria poiché la soglia minima per garantire l'adempimento delle obbligazioni è stata ormai valicata. La consapevolezza di porre a repentaglio gli interessi dei creditori si adombra ulteriormente della consapevolezza che la crisi attraversata dall'impresa potrebbe non essere seguita da una ripresa in grado di riequilibrare la struttura economica e quindi ricostituire la garanzia patrimoniale lesa: la volontà di perfezionare l'atto distrattivo e la rappresentazione delle sue conseguenze permettono quindi di individuare il **dolo** dell'agente.

Per approfondire meglio il concetto del dolo, l'analisi sul punto si avvia a partire dal tenore letterale della norma: il legislatore richiede lo «scopo di recare pregiudizio ai creditori» solo per l'ipotesi della simulazione di passività di cui al n. 2 dell'art. 216, l. fall., pertanto anche se tutti i modelli di comportamento descritti rientrano nel comune *nomen iuris* di bancarotta fraudolenta quale espressione di un *animus nociendi* e *lucri faciendi* che si manifesta nell'agire deliberatamente in danno ai creditori[31], la norma distacca la componente psicologica delle condotte e ne effettua una distinzione. Le condotte di bancarotta fraudolenta si configurano pertanto entro il **dolo generico** quale chiave di volta dell'elemento psicologico, dovendosi poi integrare del dolo specifico solo qualora ciò sia richiesto dalle norme, e questo perché la condotta non va illuminata in termini di scopo, bensì di volontà della condotta e rappresentazione delle conseguenze. In questo senso,

[31] Così Pedrazzi, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. pp. 73 ss., 1995.

l'autore deve prevedere e deve volere due elementi, il secondo dei quali conferisce al primo attualità e concretezza:

- L'evento immediato che determina l'ablazione patrimoniale e la **destinazione del patrimonio a una funzione differente** da quella di garanzia;
- La diminuzione della garanzia fino al di sotto del livello di salvaguardia minimo per il soddisfacimento integrale dei crediti, per effetto dell'ablazione effettuata.

Non pare dunque necessario che egli persegua l'obiettivo di cagionare un danno ai creditori ovvero di lucrare illegittimamente e in conseguenza pregiudicare le ragioni di questi ultimi: è sufficiente che l'irrealizzabilità delle pretese dei creditori siano **previste e accettate quali conseguenze** della condotta. Grazie a quanto appena esposto, l'aggettivo "fraudolenta" riesce ad acquisire un connotato più chiaro dai contorni meglio definiti, poiché la **fraudolenza** pare direttamente collegata alla consapevolezza dell'autore, in pieno rispetto anche del principio di personalità della responsabilità penale. La fraudolenza risiede pertanto nella volontà del reo di danneggiare patrimonialmente i terzi con le proprie condotte, che vengono qui collocate nella specifica congiuntura dissestata dell'impresa e nelle sue ragionevoli prospettive di riassestamento e dunque soddisfacimento integrale dei creditori, irrimediabilmente poste in pericolo dalla condotta bancarottiera eccepita.

4.2. Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza

La giurisprudenza ha affermato[32] come il **pericolo concreto** debba attrarre entro il fuoco della norma penale tutte le condotte *concretamente* idonee a pregiudicare la garanzia per i creditori, pur sottolineando come il reato non possa ridursi a un semplice depauperamento dell'asse patrimoniale dell'impresa, ma debba essere inquadrato in uno schema che permetta effettivamente alla condotta di creare un vulnus all'integrità della garanzia in caso di apertura della procedura concorsuale. L'accertamento del dolo generico richiesto dal legislatore per la bancarotta fraudolenta patrimoniale deve svolgersi ricercando i c.d. **indici di fraudolenza** caratterizzanti la condotta, alla luce della condizione di dissesto dell'impresa, sì che possa essere messa in evidenza l'estraneità del fatto rispetto alla ragionevolezza imprenditoriale, e quindi possa essere svolta una prognosi di concreta messa in pericolo della garanzia patrimoniale, da un lato, e consapevolezza e volontà della condotta, dall'altro lato. Prima di approfondire l'essenza degli indici di fraudolenza, si ribadisce che la fraudolenza stessa non può e non deve essere confusa con il dolo specifico, estraneo alla fattispecie patrimoniale e proprio di parte della fattispecie documentale. La fraudolenza è così insita nella **consapevolezza** degli attori i quali, pur non perseguendo direttamente il danno dei creditori, sono comunque in condizione di

[32] Cass. Sez. V, 23 marzo 2017, n. 18210.

potersi prefigurare una situazione di pericolo concreto per questi ultimi: non è necessario che questi abbiano esatta contezza dello stato di insolvenza dell'impresa, ma è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia[33].

In tema di indici di fraudolenza, si è detto che questi possono essere rinvenuti nell'analisi del fatto di bancarotta alla luce del dissesto nel quale la condotta pericolosa è stata realizzata, permettendo di segregare il fatto stesso al di fuori dei canoni di ragionevolezza imprenditoriale[34]; in questo modo l'accertamento del dolo farà leva su dati esteriori certi e valutati con un procedimento incardinato sull'atteggiamento psichico dell'autore che indica l'esistenza di una rappresentazione e di una volizione della condotta in concreto pericolosa.

Tali indicatori sono riassunti nella seguente:

Tabella 9. Indici di fraudolenza

Indici di fraudolenza	
i.	Condizione patrimoniale dell'impresa e congiuntura economica al tempo della condotta.
ii.	Contesto in cui l'operazione ablativa è maturata, tenuto conto dei rapporti dell'autore con altre imprese coinvolte nell'operazione stessa.
iii.	Estraneità dell'operazione di disposizione patrimoniale rispetto a qualunque **ragionevolezza** imprenditoriale.

Il metro di giudizio costituito dalla ragionevolezza è accompagnato da una prima criticità di fondo, relativa al comprendere quando un atto distrattivo possa ritenersi ragionevole e quando invece abbia superato la soglia del rischio e sfumi nella tipicità penalfallimentare. La risposta a questo interrogativo è data dalla considerazione per cui la pericolosità delle condotte di bancarotta trova linfa vitale nel dissesto (e non nell'insolvenza) dell'impresa, almeno quale sbocco tendenziale, sì che possa affermarsi che la procurata insufficienza della garanzia sia, de facto, inseparabile dal dissesto stesso. Immancabile corollario agli indici di fraudolenza, in punto di accertamento del reato, sono i due principi di **offensività** e di **colpevolezza.** Il *principio di offensività* stabilisce che nell'accertare il fatto di reato si debba verificare che la condotta abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene ovvero l'interesse tutelato, pertanto è necessaria la valorizzazione della **pregnanza offensiva** implicata dalla natura di reato di pericolo concreto, non

[33] Cass. Sez. U., 31 marzo 2016, n. 22474, c.d. *sentenza Passarelli.*

[34] Si badi, gli indici di fraudolenza sono rilevanti solo ed esclusivamente ai fini dell'accertamento del dolo, e non già per impostare un generico sindacato sull'opportunità delle scelte imprenditoriali.

potendosi limitare a una mera constatazione dell'atto distrattivo *ex se*. Il *principio di colpevolezza* attiene alla ricostruzione della fattispecie, per la quale oggetto dell'addebito è l'atto lesivo del patrimonio costituente la garanzia per i creditori, per cui la lesività emerge dalla sua infondatezza imprenditoriale, che permette di parametrare la consapevolezza e la volontà dell'agente, e conseguentemente la sua rimproverabilità penale. Il reato di bancarotta può quindi essere illuminato quale **reato di pericolo** concreto poiché caratterizzato da un'offensività, appunto, concreta, nonché pericolosità nei confronti del bene tutelato. Tale pericolosità pare comunque correlata a una situazione di dissesto, non tanto in termini causali – poiché tale requisito non è richiesto dalla legge – bensì, si ribadisce, quale sbocco tendenziale; il pericolo entro cui si cristallizza l'offensività dei fatti di bancarotta si manifesta quindi con la sua attitudine a provocare ovvero aggravare il dissesto. Accertare il pericolo della condotta nei confronti del patrimonio del debitore significa pertanto verificare il loro rapporto con la specifica congiuntura patrimoniale al momento della commissione del fatto sospetto, apprezzandone la sua incidenza in quel contesto specifico e in base alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria di cui il debitore poteva disporre: l'offensività di cui si discorre viene a sua maturazione nell'istante in cui, per effetto della condotta che assottiglia le attività – in modo reale o fittizio – il patrimonio del debitore è reso inadeguato, o viene fatto apparire come tale, a svolgere la sua funzione di garanzia per il ceto creditorio. Da quel momento in poi, si può parlare di pericolo concreto dell'interesse protetto.

La dottrina spesse volte ha riconosciuto l'esigenza che il rischio penal-fallimentare fosse circoscritto con più precisione per il tramite di un «solido ancoraggio della condotta all'insolvenza (o alla prossimità ad essa) quale ambiente proprio della bancarotta, così da marcarne il decisivo disvalore di contesto»[35], anche in risposta alla sempre più pressante procedimentalizzazione della crisi, in cui si orienti e incentivi il debitore ad una soluzione concordataria alternativa al fallimento.

Come più avanti si approfondirà, tale cambiamento di visione è stato impostato dal CCII, quantomeno nelle sue basi civilistiche, per quanto la disciplina penale sia rimasta sostanzialmente immutata: è proprio da questa constatazione che si svolgerà una riflessione su come sembra voglia svilupparsi il **nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa.**

[35] S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?,* in *Diritto penale* a cura di F. Palazzo, *Giurisprudenza italiana*, cit., p. 195, 2018.

5. Bancarotta fraudolenta documentale

Accanto alle ipotesi di bancarotta patrimoniale poc'anzi descritte, è previsto dal legislatore il reato di bancarotta documentale volto a punire le condotte esercitate nei confronti del fondamentale elemento organizzativo rappresentato dalle scritture e dai libri contabili componenti il sistema informativo aziendale, il quale costituisce uno tra i più importanti elementi di razionalità della gestione d'impresa. Il rimprovero penale della fattispecie è ampiamente giustificabile dal momento che la falsa o alterata rappresentazione del patrimonio dell'impresa è perfettamente idonea a frustrare le pretese creditorie in modo altrettanto significativo rispetto alle condotte materialmente esercitate sui beni fisici, per quanto non risulti del tutto condivisibile la scelta di prevedere l'uguaglianza sanzionatoria tra i due reati. La disciplina dell'economia aziendale ha subìto numerose evoluzioni nel corso del tempo, specialmente in epoca recente con l'avvento della contabilità informatica, ma soprattutto le trasformazioni dei principi contabili preposti alla tenuta della contabilità sono state la naturale conseguenza della crescente complessità che caratterizza le imprese, ancor più pronunciata per quelle gestite in forma societaria.

5.1. *Ratio puniendi* e rilievo probatorio della contabilità

Le condotte orbitanti le scritture contabili sono esecrabili allorquando la tenuta della contabilità sia avvenuta in modo da non rendere possibile la ricostruzione dello stato del patrimonio o del volume d'affari dell'impresa. Tali dinamiche sono essenziali sia per comprendere lo status quo del dissesto – e le sue origini – sia per poter prefigurare il quantum delle reintegrazioni dell'attivo fruibile dai creditori a seguito dell'esercizio delle azioni recuperatorie nell'ambito della procedura fallimentare[36]. Il presidio penale sul punto deriva direttamente dall'**obiettivo sostanziale** della procedura fallimentare rappresentato dal massimo soddisfacimento dei creditori, che viene compresso e pregiudicato qualora non sia possibile ricostruire correttamente il patrimonio e il volume d'affari. Il legislatore conferisce un'importanza alle scritture contabili tale che non risponde solo ed esclusivamente all'interesse dei creditori, ma anche all'ordinato svolgimento dell'attività economica, in quanto il curatore è obbligato a riferire sullo stato della contabilità e l'eventuale emersione di profili di responsabilità penale, già nella sua prima relazione.

L'ordinamento – agli artt. 2709, 2710, cod. civ., e 634, cod. proc. civ. – conferisce alle scritture contabili una piena **efficacia probatoria** in sede processuale, purché la contabilità non venga scissa nel suo contenuto: questa può dunque costituire prova contraria

[36] La disamina del volume d'affari dell'impresa pone le fondamenta per distinguere le operazioni gestorie suscettibili di revocatoria, oltre a consentire di mettere al vaglio eventuali basi giuridiche per esercitare le azioni di responsabilità.

ovvero favorevole per l'imprenditore e l'impresa, non potendo il giudice "sezionare" solo quanto possa essere ritenuto favorevole a una parte a discapito dell'altra, ignorando le porzioni di contabilità che si discostano da questa conclusione. Ciò che è importante sottolineare a tal proposito è che la normativa penale fallimentare **prescinde** da tale efficacia probatoria delle scritture contabili, poiché la bancarotta documentale è punita non perché si vuole proteggere le singole controparti processuali, ma perché si intende tutelare la generalità dei creditori insinuati nella procedura. I problemi di carattere costituzionale sono evidenti:

- Da un lato, vi è l'inviolabile diritto di difesa, per cui il soggetto dovrebbe essere libero da autoincriminazioni;
- Dall'altro lato, vi è l'interesse patrimoniale dei creditori.

Autorevoli fonti, sia in dottrina che in giurisprudenza[37], affermano che tra gli interessi costituzionalmente rilevanti appena menzionati debba prevalere il secondo sul primo, giacché le scritture contabili non costituiscono forme di autodenunzia o confessione destinate al processo *ab origine;* l'obbligo di tenuta della contabilità ex artt. 2214 ss., cod. civ., è parte fondamentale dell'attività d'impresa e il suo utilizzo processuale come fonte di prova è conseguenziale ed eventuale, legato nel caso che qui interessa, all'apertura della procedura fallimentare. D'altronde, il diritto di difesa non implica la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva, unitamente al fatto che le regole di condotta in materia documentale sono dettate proprio per impedire la commissione di illeciti, sì che sarebbe alquanto grottesco ammettere che proprio tali illeciti possano rimanere celati grazie appunto alla violazione delle norme che ne presidiano la commissione[38].

5.2. Oggetto materiale della condotta

Poiché il legislatore utilizza la dicitura «libri o altre scritture contabili», si può affermare che l'oggetto materiale delle condotte abbracci **tutte le scritture contabili,** siano

[37] In linea con la lettura che segue il presente capoverso, in giurisprudenza pare significativo citare una massima rinvenibile in Cass. Sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, c.d. sentenza *Cusani:* «Il delitto di falso in bilancio non può essere scriminato dall'inesigibilità dagli amministratori della società di una condotta di autodenuncia in ordine al delitto di appropriazione indebita o di illecito finanziamento già commesso, e ciò sia in quanto l'art. 61, n. 2, cod. pen. prevede come circostanza aggravante la destinazione di un delitto all'occultamento di un altro (rendendo così palese l'eccezionalità dell'art. 384, cod. pen., che esime da pena alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, se commessi per salvare sé o un prossimo congiunto da un grave pregiudizio alla libertà o all'onore), sia perché l'obbligo di veridicità del bilancio e delle altre comunicazioni sociali è inteso anche a prevenire scorrettezze nella gestione della società, sicché sarebbe irragionevole un'interpretazione che privasse di sanzione la violazione di tale obbligo proprio quando fosse destinato a coprire le scorrettezze più gravi».

[38] L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa,* in *Giurisprudenza costituzionale,* rif. p. 314, 1965.

esse obbligatorie o facoltative, purché **idonee a rappresentare** gli atti gestori e il loro contenuto economico, permettendo quindi al destinatario dell'informazione, dotato delle necessarie competenze tecniche, di ricostruire il **patrimonio e il volume d'affari** dell'impresa. È chiaro l'implicito riferimento agli artt. 2214, ss., cod. civ., il quale a sua volta rimanda alla prassi di elaborazione della contabilità di matrice economico-aziendalistica, prescrivendo la conservazione delle «pezze giustificative» delle registrazioni contabili, le lettere e le fatture ricevute, e spedite, che costituiscono parte del sistema informativo individuato dalla ratio legis di cui si discorre.

Con ciò detto, si possono specificare alcuni concetti che rimangono **esclusi dalla definizione** fornita dal legislatore, fra cui primeggiano il bilancio[39], poiché non compreso nella nozione di "libri e scritture contabili", e le annotazioni provvisorie o le bozze della contabilità: per integrare la condotta è necessario che questa sia perpetrata nei confronti delle scritture ufficiali e definitive, nei cui confronti eventuali annotazioni preliminari possono eventualmente costituire un elemento probatorio dell'avvenuta falsificazione o alterazione[40]. Non si includono nell'oggetto materiale le rilevazioni di tipo prospettico e quelle rientranti nella contabilità analitica, ossia il sistema di reporting interno volto ad estrapolare flussi informativi sintetici relativamente a punti d'osservazione specifici della realtà imprenditoriale considerata. È tuttavia bene sottolineare che questo tipo di rilevazioni contabili, pur non potendo integrare l'oggetto materiale della bancarotta documentale, sono di fatto dotate di una rilevanza intrinseca in quanto permettono di trarre informazioni utili sull'andamento dell'impresa, potendo anche essere dotate di una **funzione sussidiaria** che permette loro di colmare eventuali lacune del sistema di contabilità generale oggetto del reato, e risultano quindi suscettibili di falso contabile.

La condotta fraudolenta espressa dall'art. 216, l. fall. si differenzia dal reato di bancarotta semplice documentale ex art. 217, l. fall., nella misura in cui, come già precisato, il rimprovero coinvolge le condotte esercitate sulla contabilità la cui tenuta derivi da un obbligo di legge o da una facoltà dell'imprenditore – ove, ai fini della bancarotta semplice documentale, l'unica interessata dalla norma è la contabilità obbligatoria. Vi sono dunque talune scritture civilisticamente non obbligatorie, ma comunque annoverabili nell'ambito di applicazione della norma in punto di bancarotta fraudolenta documentale: tipico

---

[39] Cass. Sez. V, 17 marzo 2017, n. 13072, in cui i giudici affermano che «il reato di bancarotta fraudolenta documentale non può avere ad oggetto il bilancio, non rientrando quest'ultimo nella nozione di "libri" e "scritture contabili" prevista dalla norma di cui all'art. 216, comma primo, n. 2, l. fall.», specificando comunque, nella motivazione, che eventuali omissioni nei bilanci possono integrare la fattispecie di bancarotta impropria da reato societario qualora ne sussistano i presupposti.

[40] *Ex multis*, C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di F. Galgano, rif. p. 96, 1995; A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, rif. p. 71, 2019; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, rif. p. 260, 1955.

esempio sono le scritture obbligatorie ai fini tributari e previdenziali, la cui rilevanza è comunque perimetrata nella misura in cui sono necessarie o utili a fini ricostruttivi.

Per ciò che concerne le scritture provvisorie, come i brogliacci, le prime note e gli appunti, queste perdono la loro funzione documentale non appena siano trasferite nella contabilità definitiva; successivamente a questa operazione, possono tuttavia mantenere una funzione di riscontro, pur essendo questa una funzione "di controllo" non compendiata nell'interesse tutelato dalla norma bensì rientrante nella funzionalità di ricostruzione: le scritture provvisorie acquisiscono linfa probatoria piena in caso di perimento della contabilità definitiva, e stessa cosa dicasi degli estratti e delle copie custoditi per mera comodità, i quali divengono necessari quando si debba procedere a sostituire le scritture perdute.

5.3. Condotte tipiche

Parlando delle condotte sanzionate, la **sottrazione,** la **distruzione** e la **falsificazione** sono rilevanti in quanto fanno venir meno, totalmente o in parte, la capacità della contabilità di permettere una ricostruzione della vita dell'impresa, posizionandosi in un contesto in cui risulti inaccessibile il dato rappresentativo completo agli organi del fallimento, o che comunque ne complichi significativamente la sua ricostruzione da parte degli stessi.

La **sottrazione** consiste nello spostamento della contabilità dalla sua collocazione abituale, in modo da rendere le scritture irreperibili o inaccessibili, ovvero da complicare significativamente il loro recupero, finanche a renderlo mal certo. Oggetto di ampio dibattito è la tenuta della **contabilità irregolare** c.d. "nera", finalizzata ad occultare i movimenti economici al fisco o agli organi di controllo competenti: di per sé, questa contabilità non integra gli estremi del reato, poiché il suo scopo e quello di tenere memoria delle operazioni non esposte nella contabilità ufficiale, la quale comunque è suscettibile di accogliere i dati provenienti dalla prima consentendo pertanto di accertare l'eventuale falsità della seconda. La sottrazione della contabilità irregolare in sede prefallimentare non integra dunque la condotta di sottrazione ai fini del reato in oggetto, prima di tutto perché «la tenuta occulta è concettualmente inconfondibile con l'occultamento»[41], ma soprattutto in quanto il destinatario della sottrazione va individuato negli organi della procedura mediante i quali si realizza l'interesse dei creditori all'ostensibilità del patrimonio.

La **distruzione** si verifica con la cancellazione definitiva dei dati contabili contenuti nel supporto, sia esso cartaceo o digitale quale la memoria del computer o del server, senza che rilevi l'eventuale successivo recupero effettuato dagli strumenti d'indagine

[41] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 96, 1995.

implementati dal curatore. A tal proposito, l'omessa comunicazione delle informazioni necessarie ad effettuare l'accesso – password e affini – costituisce sostanzialmente una condotta di occultamento rimproverabile ai fini del reato.

Il limite decennale imposto dal codice civile alla conservazione dei documenti contabili è da intendersi quale termine meramente indicativo ai fini penali. Le condotte di sottrazione e distruzione hanno rilevanza solo se esercitate nei confronti della contabilità che abbia un concreto interesse documentale, e per quanto si possa riconoscere l'eventuale utilità di risalire all'epoca remota per un quadro più chiarificatorio sulla vita dell'impresa decotta, nella prassi è alquanto difficile ipotizzare che si debba risalire tanto addietro poiché, implicitamente, significherebbe che la situazione di insufficiente capienza della garanzia patrimoniale si sia protratta per un così prolungato lasso temporale[42], pur facendo salve le peculiarità dei vari casi concreti nella realtà. Su questa falsariga, si può affermare in linea generale che, avendo ripercorso l'iter causale del dissesto, perdono rilevanza significativa le condotte tipiche esercitate nei confronti della contabilità più remota.

Sia la sottrazione che la distruzione possono coinvolgere scritture non affidabili in ragione della loro falsificazione, purché mantengano un qualche valore documentale e pertanto utile alla realizzazione dell'interesse dei creditori. La **falsificazione** si realizza con aggiunte, modificazioni, parziali cancellature o altri artifizi idonei a realizzare alterazioni che modificano la consistenza delle scritture nonché il risultato finale cui queste permettono di giungere al termine della disamina. La condotta della falsificazione presuppone, per sua stessa natura, l'esistenza di una contabilità che viene presentata agli organi della procedura fallimentare, nella quale siano però inseriti tali elementi di falsità. Sul punto, si può distinguere tra falsità **materiale** e falsità **ideologica:** la prima, frutto di materiali alterazioni vietate ai sensi dell'art. 2219, cod. civ., genera una contabilità irregolare punibile come bancarotta fraudolenta nel caso in cui tenda a fornire una rappresentazione infedele dei fatti aziendali, essendo prevalentemente circoscritta nell'ambito della bancarotta semplice ex art. 217, l. fall.; la seconda, meglio definibile come contabilità falsa, è quella che più interessa ai sensi dell'art. 216, l. fall., in quanto caratterizzata da una più significativa componente psicologica, e si può descrivere come la tenuta *in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari*[43]. Si tratta di una circostanza in cui l'obbligo alla tenuta della contabilità risulta eluso, potendo realizzarsi anche mediante una ricostruzione a posteriori di una contabilità mancante[44]: si

[42] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 71, 2019.

[43] In dottrina, Pedrazzi sottolinea come l'operazione di ricostruzione di cui si discorre è quella ad opera del curatore fallimentare, per cui l'idoneità delle scritture contabili è valutata in base alle esigenze pratiche della procedura fallimentare giacché è in quel contesto che la contabilità estrinseca la propria funzione di presidiare le ragioni creditorie.

[44] In questo senso, è falsificazione sia l'alterazione delle scritture contabili esistenti, sia la creazione ex novo della contabilità stessa.

tratta comunque di falsità sostanziali e contenutistiche, che coinvolge l'oggetto dei fatti aziendali riportati, e non si limita a una mera retrodatazione della contabilità la quale rimarrebbe confinata nell'ambito delle irregolarità.

Posto che l'inidoneità della contabilità a consentire una ricostruzione del patrimonio o del volume d'affari possa derivare sia da omesse registrazioni che da registrazioni infedeli, ciò che più preme sottolineare a questo punto della trattazione è la **serialità della condotta,** la quale contribuirebbe a generare un'inidoneità non già marginale bensì sistematica e globale, tale da consentire una ricostruzione meramente approssimativa. Tradotto nella prassi, la condotta rimproverabile si palesa in modo reiterato – sia in forma attiva che omissiva – generando una falsificazione compiuta con lo scopo di recare pregiudizio alle pretese creditorie e, soprattutto, idonea a raggiungere tale fraudolento obiettivo. La reiterazione da un lato, e il mendacio dell'informazione contabile alterata dall'altro lato, contribuiscono a conferire alla condotta una carica di pericolosità tale che, non appena sopraggiunga la procedura fallimentare, immediatamente si tramuta in danno per i creditori, dispiegando in questo contesto una lesività tanto marcata da compromettere *quasi* insuperabilmente una ricostruzione funzionale a realizzare la maggior soddisfazione possibile per la massa[45]. L'impossibilità non deve quindi essere assoluta, ma è bastante che la ricostruzione sia **significativamente gravosa** nel senso che, nonostante gli sforzi diligenti posti dalla figura altamente specializzata quale è quella del curatore, l'incertezza nei risultati risulta comunque insuperabile, sì che l'organo riesca a giungere a un epilogo che costituisce la miglior approssimazione possibile, dato lo stato della contabilità reperita, sottratta ovvero totalmente omessa[46].

L'ipotesi di **omissione totale** della contabilità è delicata, poiché ai fini della bancarotta fraudolenta ex art. 216, l. fall., il legislatore ha espressamente fatto riferimento a quelle modalità di tenuta della contabilità che comportano una verifica funzionale della stessa, ove la fattispecie di omissione totale risulta invece contemplata nell'art. 217, l. fall. disciplinante la bancarotta semplice. Non pare vi siano dubbi sul fatto che l'ipotesi di reato fraudolento sia integrabile *anche* tramite omissioni di talune registrazioni in modo da alterare il risultato complessivo[47], ma si ritiene che la condotta meramente omissiva sia ascrivibile esclusivamente alla fattispecie di bancarotta semplice. Pur rappresentando questa conclusione un aspetto in parvenza discutibile, la ratio dell'impostazione

---

[45] Sul punto, è interessante sottolineare l'interpretazione della norma svolta ad opera dei giudici in Cass. Sez. V, 22 maggio 2015, n. 45174, sentenza nella quale la Suprema Corte afferma la sufficienza di un **ostacolo** superabile con particolare diligenza, per cui «sussiste il reato di bancarotta fraudolenta documentale non solo quando la ricostruzione del patrimonio si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono tenute, ma anche quando gli accertamenti da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza».

[46] In tal senso, non sono ipotesi scriminanti quelle in cui le lacune siano colmabili mediante informazioni integrative presso terzi quali banche, intermediari finanziari, clienti e fornitori.

[47] L. CONTI, *I reati fallimentari*, rif. p. 178, 1991.

normativa risulterebbe comprensibile alla luce del fatto che la fraudolenza rappresenta un *quid* intrinsecamente più insidioso, certamente rinvenibile nella tenuta di una contabilità **studiatamente inidonea** alla sua funzione, frutto di una raffinata serie di comportamenti che dispiegano una pericolosità più marcata, sul piano oggettivo, rispetto alla pura e semplice omissione, per quanto a sua volta certamente esecrabile.

Così come per la fattispecie patrimoniale, anche per la bancarotta fraudolenta documentale l'**offensività** della condotta deve essere verificabile al momento della declaratoria fallimentare quale carica offensiva ancora in atto, e ai fini del suo accertamento è necessaria la presenza dell'elemento psicologico di cui al seguente.

5.4. Elemento psicologico del reato

Si è visto finora come il reato in oggetto sia integrato da due condotte alternative:

- Specifica, consistente nella sottrazione, distruzione, falsificazione dei libri e delle scritture contabili *con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori;*
- Generica, finalizzata alla tenuta delle scritture contabili in modo *da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.*

In dottrina come in giurisprudenza, non è mancata la visione per cui l'assetto psicologico dell'attore debba esser colorato del dolo specifico in entrambe le ipotesi[48] tuttavia, in assenza di espressa richiesta del legislatore, e coerentemente con quanto precedentemente esposto al par. 4.1. del presente Cap. in cui si approfondisce l'elemento psicologico della fattispecie patrimoniale, sembrerebbe più opportuna la distinzione in termini di dolo richiesto dal legislatore per l'una o l'altra porzione del reato considerato[49].

---

[48] In dottrina, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. pp. 73 ss., 2019; In giurisprudenza, Cass. Sez. V, 29 aprile 2014, n. 23251; Cass. Sez. V, 15 febbraio 2017, n. 21818; Cass. Sez. V, 14 giugno 2017, n. 29703; Cass. Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 8429.

[49] Sul punto, Pedrazzi sostiene la tesi per la quale sia necessario il dolo generico salvo quando il legislatore, espressamente, richieda il dolo specifico. A tal proposito, v. C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. pp. 100 ss., 1995. In giurisprudenza, *ex multis,* v. Cass. Sez. V, 26 maggio 2020, n. 15811; Cass. Sez. V, 27 novembre 2019, n. 48227, in cui i giudici limpidamente affermano che la prima condotta descritta dal legislatore, consistente nella sottrazione, distruzione o falsificazione delle scritture, sia «caratterizzata dal dolo specifico di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori», mentre la seconda condotta descritta nel medesimo art. 216, comma 1, n. 2), l. fall., «cosiddetta "generale" si configura nel caso in cui l'impossibilità di ricostruire il patrimonio ed il volume d'affari dovuta alla tenuta delle scritture sia assoluta ovvero semplicemente ostacoli gli accertamenti da parte degli organi fallimentari. Avuto riguardo al versante soggettivo, questa forma di bancarotta documentale è **reato a dolo generico,** che consiste nella consapevolezza, in capo all'agente, che, attraverso la volontaria tenuta della contabilità in maniera incompleta o confusa, possa risultare impossibile la

Pacifico che la sottrazione e la distruzione della contabilità certamente intendono impedire l'apprensione delle scritture da parte del curatore, con il **dolo specifico** espressamente richiesto e consistente appunto nell'ottenere un vantaggio indebito ovvero pregiudicare le ragioni dei creditori, è altresì possibile affermare la sufficienza del **dolo generico** per la tenuta della contabilità – e la sua falsificazione – in guisa da renderla inutilizzabile a scopi ricostruttivi: condotta già di per sé esecrabile, in quanto la volontaria tenuta incompleta e confusionaria delle scritture può fortemente ostacolare ovvero rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del volume d'affari, oltre ad avere l'ovvia conseguenza di fornire al Tribunale, nell'eventualità di un accesso alle procedure concorsuali, una rappresentazione fallace, non veritiera e certamente scorretta.

Lo scopo di recare pregiudizio ai creditori rappresenta comunque una spinta importante che caratterizza l'elemento soggettivo del reato; d'altronde, la carica lesiva immanente ai fatti di bancarotta fraudolenta va intesa in termini di pericolo concreto, perché l'offesa provocata dal reato si correla all'idoneità della condotta a creare un vulnus all'integrità delle garanzie dei creditori. Ma – e qui, si ribadisce il ragionamento di cui al 4.1. testé richiamato – bisogna sempre tener presente che l'aspetto maggiormente influente nell'elemento psicologico delle condotte di bancarotta non sarebbe tanto lo scopo (il cui confine tra vantaggio indebito personale di qualsivoglia natura, e lesione degli interessi creditori si presenta sovente labile e miscellaneo), bensì la **concreta volontà** di porre in essere l'azione e la capacità dell'attore di rappresentarsi le conseguenze dell'azione stessa. Gli obiettivi di arrecare un pregiudizio ai creditori, così come quello di ottenere ingiusti profitti, sono sicuramente plausibili anche nell'ambito della tenuta della contabilità irregolare ovvero infedele, ma per integrare tale fattispecie è bastante che l'irrealizzabilità delle pretese della massa creditoria sia **prevista e accettata quale conseguenza** della condotta stessa, con il riflesso immediato che il reo è perfettamente consapevole, nel suo comportamento **fraudolento,** di stare danneggiando:

- I terzi suoi creditori, per effetto delle proprie condotte;
- La procedura fallimentare, per il tramite della falsificazione o soppressione delle informazioni necessarie a realizzare perfettamente l'obiettivo della procedura stessa[50].

---

ricostruzione delle vicende del patrimonio o dell'andamento degli affari; è esclusa, di contro, l'esigenza che il dolo sia integrato dall'intenzione di impedire detta ricostruzione, in quanto la locuzione *"in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari"* connota la condotta – della quale costituisce una caratteristica – e non la volontà dell'agente, sicché è da respingere che essa richieda il dolo specifico».

[50] Non integra la condotta di bancarotta fraudolenta documentale la distruzione di documenti contabili privi di interesse per la procedura stessa, come per esempio delle scritture risalenti a epoca ben più remota rispetto alla decozione e conseguente declaratoria fallimentare.

Nella seconda parte del n. 2 dunque, in cui il legislatore prevede la tenuta della contabilità *in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari*, è inquadrabile una condotta che, pur dovendo essere omogenea, dal punto di vista lesivo, rispetto alle ipotesi precedenti, di fatto non richiede l'esplicito requisito del dolo specifico di arrecare pregiudizio ai creditori (per quanto tale conseguenza potrebbe sicuramente essere uno degli effetti della condotta stessa). Si comprende come talvolta, per questa sezione del reato, sia stato affermato che sarebbe necessario il dolo specifico, ma l'assenza di un esplicito richiamo da parte del legislatore alla finalità di recare pregiudizio ai creditori non deve comunque far perdere di vista la ricognizione per la quale la bancarotta fraudolenta sia un reato caratterizzato dal **pericolo concreto** per cui, alla luce della condizione di dissesto dell'impresa, diventa possibile mettere in evidenza l'estraneità del fatto rispetto alle disposizioni che, nel caso di specie della documentale in oggetto, presidiano la tenuta della contabilità, con la effettiva minaccia di pregiudicare la garanzia patrimoniale e cagionare un danno ai creditori in caso di apertura della procedura concorsuale.

D'altronde, le informazioni contabili cui i creditori sono interessati, che vengono mendacemente composte e presentate dal debitore agli organi della procedura, inevitabilmente si traducono in un'attività compiuta in pregiudizio di questi. Questa lettura dunque non precluderebbe la finalità implicita *in re ipsa,* ulteriormente sostenuta non già limitatamente dal fatto che entrambe le condotte condividono la medesima pena (la quale, non senza critiche, è condivisa anche con la fattispecie patrimoniale), bensì soprattutto dalla circostanza che siano rubricate entro il medesimo punto n. 2, che entrambe le accoglie. Non pare comunque necessario che egli persegua l'obiettivo di cagionare un danno ai creditori ovvero di lucrare illegittimamente e in conseguenza pregiudicare le ragioni di questi ultimi, giacché il legislatore non richiede tale tipologia di dolo: è sufficiente la «consapevolezza dell'agente che la tenuta dei libri e delle scritture contabili renderà o potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende patrimoniali», e che tale consapevolezza possa essere «desumibile (anche) dalla mancanza della maggior parte della documentazione […] che l'imputato aveva il dovere di tenere e dalla predisposizione di documenti ritenuti inattendibili dalla curatela del fallimento»[51], concludendosi dunque come già ampiamente argomentato, che dato lo stato di crisi in cui versa l'impresa, il debitore possa prevedere e accettare la conseguenza pregiudizievole della sua condotta a seguito dell'apertura del fallimento.

[51] Cass. Sez. V, 5 aprile 2013, n. 15837.

6. Bancarotta semplice

Tabella 10. Art. 217, l. fall.

Art. 217, legge fallimentare *Bancarotta semplice*	È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o i ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.

La fattispecie della bancarotta semplice, come chiaramente posto in evidenza dalla clausola di riserva *fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente,* è presentata dal legislatore come una species sussidiaria a quella fraudolenta ex art. 216, l. fall., e si cura di sanzionare condotte che difettano appunto della fraudolenza, ossia di quella maliziosa preordinazione che caratterizza i fatti di bancarotta integrativi delle condotte tipiche di cui al reato precedente. È possibile notare immediatamente come la casistica della bancarotta semplice in oggetto si presenti particolarmente esaustiva, secondo alcuni esasperata e addirittura ambigua[52], elencando una folta serie di reati propri, per i quali valgono tutte le considerazioni finora svolte relativamente ai soggetti in grado di attuare le condotte stesse. Si può apprezzare l'omogeneità con la bancarotta fraudolenta in termini di **pericolosità e lesività concrete** della fattispecie bancarotta semplice, in quanto il reato, a prescindere dall'enunciazione puntuale delle varie condotte tipiche, sussiste nel momento in cui vi sia un effettivo attentato agli interessi dei creditori e alla consistenza della garanzia patrimoniale.

[52] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 95, 2019; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* rif. p. 179, 2018; Pedrazzi sintetizza questa enunciazione analitica di condotte dicendo che «il 1° comma dell'art. 217 espone una serie di ipotesi ben differenti, inconfondibili anche nelle rispettive componenti psicologiche», tanto che la bancarotta semplice, contrariamente alla fattispecie fraudolenta, «non esiste come fattispecie unitaria, ma come raggruppamento di fattispecie strutturalmente ben diversificate, omogenee solo sul piano lesivo» (C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 137, 1995).

Nel prosieguo si svolgerà una disamina delle condotte ascritte all'articolo in oggetto, pur senza soffermarsi eccessivamente su talune ritenute di minore rilevanza ai fini del presente lavoro.

6.1. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 1. Bancarotta semplice patrimoniale

La figura espressa dal **n. 1)** del primo comma asserisce alle *spese personali o per la famiglia eccessive* rispetto alla condizione economica del debitore, qui intendendosi quest'ultimo quale l'imprenditore individuale il cui patrimonio dell'impresa sia confuso con quello personale in virtù dell'autonomia patrimoniale imperfetta che caratterizza tale forma di esercizio dell'attività economica. È proprio per via dell'autonomia patrimoniale assente che le pretese creditorie hanno ragione di estendersi finanche a coinvolgere tali tipologie di spese, dovendo escludere dalla loro sfera d'interesse solo i c.d. beni non compresi nel fallimento, di cui all'art. 46, l. fall. Ecco quindi che le spese personali e per la famiglia possono **intaccare la garanzia patrimoniale** giacché non è giuridicamente e sostanzialmente possibile distinguere il patrimonio dell'impresa dal patrimonio personale del debitore, al quale verranno rimproverate le spese voluttuarie o considerabili come superflue, alla luce della sua condizione economica dissestata o comunque che denota una capacità di spesa razionalmente inferiore rispetto a quella attuata dal reo. Chiaro è che, finanche l'attività economica si presenti florida e in salute, a nulla rileva il sindacato di eccessività delle spese personali effettuate dal soggetto in quanto la diminuzione del suo patrimonio potrà, al più, ridurre la possibilità di ampliare l'attività d'impresa e indirizzarla verso un contesto di crescita e sviluppo imprenditoriale idealmente auspicabile dai creditori stessi, ma non per questo assurgendo a rilevanza penale. È solo il superamento della soglia minima destinata alla garanzia dei creditori che permetterebbe un giudizio quale quello appena descritto.

La figura del **n. 2)** definisce operazioni di tipo imprenditoriale caratterizzate dalla *pura sorte o manifestamente imprudenti,* nel caso in cui queste abbiano *consumato una notevole parte del patrimonio.* Peculiarità di questa condotta è che non include il gioco d'azzardo e le lotterie che, pur essendo operazioni di pura sorte, certamente non sono annoverabili nelle operazioni imprenditoriali o negli investimenti tipici dell'impresa. Il legislatore cerca quindi di inquadrare questa condotta entro il perimetro di quelle operazioni imprenditoriali il cui esito non può in alcun modo essere influenzato dall'imprenditore, del quale il patrimonio tuttavia ne sopporta totalmente l'alea; essendo il rischio incalcolabile, diviene per sua definizione abnorme rispetto all'attività economica d'impresa, la quale necessita di un'adeguata previsione e pianificazione che permetta un risk management quantomeno adeguato alla tipologia di attività svolta. Alla luce di quanto appena esposto, le operazioni rimproverabili sono quelle che espongono l'impresa a rischi

smisurati, in forza della loro reiterazione ovvero dell'intrinseca sottovalutazione del rischio, sì che siano percepibili in quanto tali anche dagli osservatori non esperti. A ciò si aggiunge la quantificazione del danno cagionato alla garanzia patrimoniale: la consumazione *notevole* del patrimonio è un dato fondamentale per la *ratio legis*, quanto tuttavia si presenta elastico e labile nella sua definizione pratica, aprendo necessariamente un giudizio soggettivo sul punto.

Il sentiero da percorrere è quello del raffronto tra il patrimonio e il saldo dell'operazione, così da poter verificare con un certo grado di ragionevolezza e oggettività, se l'incidenza dell'operazione sospetta possa avere integrato la soglia del penalmente rilevante; a tal proposito, il depauperamento dovrebbe essere intervenuto in un contesto di dissesto per cui è già rilevabile un certo grado di tensione finanziaria ascrivibile all'esposizione debitoria che grava su un già fragile equilibrio di economicità, sottoposto a ulteriore sforzo proprio dall'esito dell'operazione inquisita[53].

Al punto **n. 3)** il legislatore considera le *operazioni di grave imprudenza* che abbiano avuto lo **scopo di ritardare il fallimento:** è proprio la finalità di pregiudicare la tempestiva apertura della procedura che permette di distinguere, dal punto di vista oggettivo, queste operazioni dalle operazioni del n. 2) precedente. La peculiarità di questa fattispecie risiede nella sua rimproverabilità in forza di una **colpa grave,** per cui le operazioni siano state compiute in presenza di un rischio imprevedibile, ovvero oggettivamente sproporzionato ed eccessivo se prevedibile. Lo scopo di ritardare il fallimento richiede il compimento dell'azione in una congiuntura imprenditoriale già caratterizzata dall'**insolvenza,** della quale l'imprenditore sia dunque **consapevole:** egli potrebbe tentare un salvataggio

[53] Le operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti non vanno teleologicamente confuse con le operazioni di **dissipazione** integrative del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, e come tali caratterizzate da una dilapidazione totalmente illogica e incoerente dal punto di vista imprenditoriale. La condotta descritta dall'art. 217, l. fall., per quanto svoltasi in presenza di un rischio anomalo, è comunque dotata di un certo grado di coerenza con l'attività e le finalità dell'impresa, che tuttavia sfocia nella consumazione significativa di una parte del patrimonio. Nella prassi, il confine tra le due fattispecie e i due reati è talvolta marcato non già mediante la distinzione appena effettuata in tema di *razionalità imprenditoriale,* bensì in punto di elemento soggettivo, giacché in difetto di accertamento del dolo di dissipazione, i giudici abbiano applicato la figura della bancarotta semplice nonostante le operazioni recriminate fossero *totalmente* prive di attinenza agli scopi dell'impresa. Sul punto, v. Cass. Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835: «L'ipotesi di bancarotta fraudolenta per dissipazione si differenzia dalla fattispecie della consumazione di una notevole parte del patrimonio dell'imprenditore per effetto di operazioni manifestamente imprudenti, punita a titolo di bancarotta semplice, sia sul piano soggettivo, in quanto esige la coscienza e la volontà dell'agente di diminuire detto patrimonio per scopi del tutto estranei all'impresa, sia sul piano oggettivo, in quanto l'operazione fraudolenta è priva del pur minimo profilo di coerenza con le esigenze dell'impresa stessa. Ne consegue che il giudice può ritenere **integrata "a fortiori"** l'ipotesi di bancarotta semplice, qualora non sia raggiunta la prova del dolo tipico della dissipazione, anche nel caso di atti di gestione del tutto estranei alle esigenze di conduzione dell'impresa».

dell'impresa solo ed esclusivamente mediante mezzi che gli consentano di prevedere e calcolare il rischio collegabile agli esiti degli stessi, e non per il tramite di operazioni il cui esito dipenda esclusivamente dall'arbitrio altrui. Emerge in questa impostazione la grave sconsideratezza, tanto palese che addirittura non viene richiesta dal legislatore la *diminuzione notevole* del patrimonio quale esito conseguito, né tantomeno l'effettivo ritardo nell'apertura del fallimento, per cui semplicemente vige la presunzione di tentativo[54].

La figura di cui al **n. 4)** punisce le condotte che abbiano avuto l'effetto di **aggravare il dissesto,** consistenti nell'essersi astenuto dal richiedere l'apertura della procedura fallimentare o, alternativamente e in modo assolutamente generico, l'aver compiuto altri atti caratterizzati da **colpa grave.** La centralità di questa species è l'insolvenza indiscutibilmente già in atto, il cui dissesto viene appunto aggravato, per quanto la domanda di fallimento fosse già pienamente legittima ed esercitabile. In base alla descrizione appena svolta, si possono delineare due condotte: una dolosa omissiva, e una colposa commissiva.

La condotta **dolosa** consiste nell'aver omesso il ricorso di apertura della procedura fallimentare, pur essendosi avveduto dell'insolvenza dell'impresa e a condizione che ciò abbia aggravato il dissesto della stessa. Non pare opportuno concludere a favore di una violazione di un obbligo di richiedere il proprio fallimento, giacché la condotta è punita allorquando si sia verificato un aggravamento del dissesto; è pur prevedibile che, comunque, di ciò potrà senza dubbio aversi conferma, poiché la prosecuzione dell'attività economica in un contesto ormai irreversibilmente compromesso e caratterizzato da un'esposizione debitoria accentuata unitamente all'evidente inadeguatezza del cash flow necessario a sostenere le spese correnti, altro non provoca se non un incremento del passivo corrente, il quale certamente non giova all'equilibrio di economicità necessario a presupporre un *going concern* che quantomeno giustifichi una ragionevolezza delle aspettative dell'impresa. In questo senso, la **consapevolezza** dell'irreversibilità del dissesto permetterebbe di concludere a favore dell'elemento psicologico del dolo[55].

---

[54] Affermativamente, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 100, 2019; C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. p. 165, 1995. In senso contrario, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* rif. p. 102, 2018.

[55] Tempo addietro la dottrina si interrogava sulla possibilità che il ricorso al concordato preventivo potesse costituire una causa di non punibilità: si manifesta favorevolmente Pedrazzi in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. p. 165, 1995; si manifesta contrariamente Nuvolone in P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* rif. p. 187, 1955. In epoca più recente, Alessandri ritiene che, dato l'allargamento delle soluzioni negoziali fornite dall'ordinamento contemporaneo, «appare lecito per l'imprenditore percorrere una strada alternativa,

La condotta caratterizzata da **colpa grave** è stata – prevedibilmente – ampiamente dibattuta in dottrina, e scarsamente applicata in giurisprudenza, certamente per via del modo in cui il legislatore ha inteso (non) esprimerla. La fumosità che caratterizza il reato di bancarotta semplice ha talvolta fatto emergere, in punto di elemento psicologico, la sufficienza della **conoscibilità** dello stato di insolvenza dell'impresa, senza che l'ignoranza su quest'ultimo potesse essere eccepita quale ipotesi scriminante a favore del debitore; ciò detto, dato comunque il tenore letterale della norma, sembra ragionevole sottolineare come la curvatura della colpa grave debba essere intesa solo per la seconda condotta descritta dal punto in esame, giacché la prima non potrebbe essere caratterizzata da nient'altro che dal dolo. La rimproverabilità della fattispecie in termini colposi deve essere comunque sostenuta da elementi sicuri e oggettivamente inconfutabili, e confinata alle ipotesi in cui il dissesto non sia stato cagionato dall'imprenditore per il tramite del compimento di normali operazioni di mercato che rispondono a ragionevoli logiche imprenditoriali. La specifica più che mai necessaria, a parere di chi scrive, è che la legge intende colpire le condotte attuate ove, evidentemente, sarebbe stato doveroso ricorrere al proprio fallimento giacché il dissesto fin d'allora in corso, si è aggravato per effetto delle condotte stesse: è possibile quindi sostenere una rimproverabilità nei confronti di un imprenditore dissestato, evitando quindi di «affiancare una propria sanzione alla sanzione che già il mercato riserva all'imprenditore incapace o disattento», ed astenendosi dal «trasformare gli organi giudicanti in accademie di scienza manageriale»[56] entro i cui confini è possibile sindacare le scelte imprenditoriali effettuate da soggetti incompetenti ovvero sfortunati, che non sono riusciti a gestire e indirizzare il rischio d'impresa a vantaggio della stessa.

Il punto **n. 5)** connota un'ipotesi che non necessita di particolari approfondimenti, giacché si presenta cristallina nella sua formulazione così come anche nell'elemento psicologico necessario ad integrare la fattispecie: mancando ogni riferimento esplicito alla colpa grave, ed in piena ottemperanza all'art. 42, c. 2, cod. pen., che prefigura la punibilità per i *casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge,* è doveroso applicare la regola generale dell'imputazione dolosa.

6.2. Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 2. Bancarotta semplice documentale

Ad ampliare lo spettro delle condotte tipiche previste dalla bancarotta semplice, si inserisce il comma 2 dell'art. 217, l. fall., che prevede la fattispecie della bancarotta

purché essa appaia ragionevolmente fattibile» (A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* cit., p. 100, 2019).

[56] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 137, 1995.

semplice documentale, di portata più ristretta rispetto a quella fraudolenta sancita dall'art. 216, l. fall. La dottrina si presenta concorde ritenendo che i libri e le altre scritture contabili indicate dalla norma siano solo quelli **obbligatori** derivanti dall'art. 2214, cod. civ., il quale tuttavia configura come tali anche le scritture *richieste dalla natura e dalla dimensione dell'impresa*, definizione che deve quindi essere integrata mediante un apprezzamento delle fonti di natura economico-aziendalistica, ovverosia dai principi contabili emanati dall'OIC – IASB, se si tratta di regime internazionale della contabilità. Le scritture contabili obbligatorie ai fini delle discipline speciali (p. es. quelle **tributarie** sancite dall'ordinamento fiscale, o quelle previdenziali, comunque dotate di presidi sanzionatori autonomi) non rilevano ai fini dell'integrazione della bancarotta semplice.

In punto di **condotte tipiche,** ivi si discorre di **omessa tenuta** delle scritture contabili obbligatorie, o della loro **tenuta irregolare o incompleta.** La prima ha evidentemente un carattere totalitario, sì che via sia una totale mancanza di contabilità a disposizione della procedura; per la seconda, in linea con la affatto puntuale definizione che spesso caratterizza le norme penali d'impresa, si ritiene che il legislatore richieda una sistematicità di violazioni dei principi contabili, o comunque una difformità seriale rispetto alle norme del codice civile che presidiano la tenuta della contabilità. Posizionandosi in un contesto di imprese minori, la prassi frequente è la delega della tenuta della contabilità a un **professionista esterno,** alla luce della minore organizzazione e competenza che caratterizza le imprese di più contenute dimensioni: l'interpretazione giurisprudenziale ritiene assolutamente irrilevante la circostanza della delega alla luce del fatto che l'obbligo di tenuta della contabilità grava comunque in capo all'imprenditore, il quale a seguito del conferimento dell'incarico a un professionista terzo conserva presso di sé un generale obbligo di vigilanza sul lavoro di quest'ultimo, in virtù del quale si configurerebbe una *culpa in eligendo* e *in vigilando* dell'imprenditore[57].

Si è spesse volte fatto riferimento a una figura di reato aderente al pericolo presunto, finalizzato a presidiare una corretta e regolare tenuta della contabilità; seguendo questa impostazione logica, non sarebbe scriminante la possibilità di ricostruire il patrimonio o il movimento degli affari mediante altri tipi di scritture eventualmente rinvenute e utilizzabili, diversi dalle scritture obbligatorie. Si auspica un ritorno all'**offensività concreta** della fattispecie in esame, con ciò intendendosi che il reato dovrebbe essere sanzionato allorquando effettivamente il risultato della condotta sia un concreto ostacolo alla

[57] Cass. Sez. V, 11 marzo 2015, n. 24297, in cui i giudici affermano che, in tema di bancarotta semplice documentale, «la colpa dell'imprenditore non è esclusa dall'affidamento a soggetti estranei all'amministrazione dell'azienda della tenuta delle scritture e dei libri contabili, perché su di lui grava, oltre all'onere di un'oculata scelta del professionista incaricato e alla connessa eventuale "colpa in eligendo", anche quella di controllarne l'operato».

ricostruzione del patrimonio dell'impresa e del suo volume d'affari[58], così oltraggiando l'interesse della massa creditoria, pilastro portante della tutela del diritto penale dell'impresa. In distacco rispetto all'impostazione dell'antenato art. 856, n. 5, codice del commercio, la fattispecie della legge fallimentare limita la sfera di rilevanza penale delle inadempienze contabili ai **tre anni** antecedenti la dichiarazione di fallimento.

Relativamente alle condotte tipiche, una sintetica considerazione conclusiva si spende per menzionare il problema del rapporto con l'art. 220, l. fall., il quale sanziona la **mancata presentazione dei libri** del debitore fallito, e la conseguente inapprensione da parte degli organi della procedura. Sul tema, pare essere stata progressivamente abbandonata l'impostazione del concorso di reati, affermandosi una più netta applicazione del *ne bis in idem*[59] sostanziale, ritenendo dunque la mancata consegna delle scritture come assorbita entro la punibilità prevista per l'omessa tenuta delle scritture integrante la bancarotta semplice documentale[60].

Il **profilo psicologico** del reato di bancarotta documentale semplice è talvolta ritenuto incardinato sul dolo: detta chiave di lettura deriverebbe dall'art. 42, cod. pen., che con atteggiamento indubitabile consentirebbe la punibilità per colpa solo nei limiti dell'espressa previsione; in concerto con questa considerazione, la fattispecie in esame sarebbe da ritenersi punibile a titolo di dolo data l'assenza di un esplicito richiamo da parte del legislatore alla forma della colpa. Sul punto, non si può non menzionare un ridondante scontro tra dottrina e giurisprudenza, laddove la prima tende a sostenere

[58] Ostacolo il quale, a sostengo dell'argomentazione qui e nel prosieguo svolta, non deve comunque tradursi in un'impossibilità di ricostruzione, bensì rimanere confinato entro un aggravio degli sforzi ricostruttivi da parte degli organi della procedura, da questi superabile con sforzo diligente.

[59] L'art. 649, cod. proc. pen. sancisce il divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto, istituendo il principio del *ne bis in idem,* brocardo latino che esprime un principio di civiltà il quale è rivolto a garantire che non possa esserci, per un fatto medesimo, un nuovo procedimento nei confronti di un soggetto già sottoposto a giudizio in via definitiva. Il principio deriva direttamente dal diritto romano e risulta riconosciuto negli ordinamenti giuridici europei, in alcuni dei quali assume rango costituzionale. Nell'ordinamento nazionale, non è possibile procedere a giudizio neppure se il fatto contestato viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze. La criticità in materia si ravvede nella individuazione del fatto medesimo, per il cui accertamento è necessario fare riferimento alla «identità del fatto […] apprezzata con riferimento alle circostanze fattuali e concrete», il quale, avendolo analizzato «nella sua pienezza naturalisticamente intesa […] non può non comprendere anche gli altri elementi che lo definiscono e lo denotano, quali, ad esempio, l'evento e il nesso causale nonché le circostanze di tempo, di luogo e di persona» (F. MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e* ne bis in idem: *una decisione della Corte di Cassazione innovativa e coerente con i principi Costituzionali e convenzionali,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018).

[60] Cass. Sez. V, 8 giugno 2006, n. 42260.

l'impostazione psicologica appena descritta[61], mentre la seconda sovente ritiene che la responsabilità possa fondarsi su basi **sia colpose che dolose[62].** Di quest'ultimo disegno interpretativo s'intende sposare l'analisi, lucidamente fornita dall'autorevole Pedrazzi[63], il quale con la sua argomentazione non solo riesce a delineare un profilo essenzialmente colposo del reato in questione, ma svolge un'attenta separazione con la fattispecie fraudolenta *sub* art. 216, l. fall. La cogitazione prende spunto dal fatto che, in primis, la bancarotta semplice si presenta quale delitto essenzialmente colposo, anche nella sua fattispecie documentale, anche e non solo per rispondere alle esigenze pratiche della sua concreta applicazione, laddove un suo confinamento all'ambito del dolo altro non farebbe che sconfinare quasi inevitabilmente nella fattispecie fraudolenta. Inoltre, l'osservazione empirica mostra come le inadempienze contabili siano sovente frutto non già della fraudolenza del debitore, bensì di imperizia e negligenza.

Proseguendo su questo sentiero, è importante rilevare come le prescrizioni del codice civile esprimono una precettistica che, considerata nel suo insieme, attribuisce all'imprenditore un obbligo di diligenza contabile che non può non essere recepito dall'art. 217, l. fall., il quale manterrebbe così anche una visione congruente al comma 1 della medesima disposizione, con il quale ne condivide la pena. Oggi più di allora, tale considerazione si fa ancor più vera alla luce del **nuovo art. 2086, cod. civ.,** il quale espressamente sancisce il *dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa:* volgere lo sguardo, quasi ostinatamente, alla componente del dolo per integrare la fattispecie semplice della bancarotta documentale, quasi equivarrebbe a ignorare la portata di tale obbligo, unitamente al fatto che la colposità della condotta contribuirebbe ad agevolare il coordinamento tra la fattispecie fraudolenta e quella semplice in oggetto, già impostato dall'inciso *fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente* di cui alla prima parte del comma 1 dell'art. qui in esame 217.

Da notarsi che la difficoltà nella differenziazione dell'elemento psicologico sussiste solo per l'ipotesi di tenuta irregolare, in quanto l'integrale inottemperanza all'obbligo di tenuta della contabilità mediante **omessa** tenuta delle scritture è prevista solo dalla

---

[61] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* rif. p. 90, 1955; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* rif. p. 120, 2018; A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 106, 2019.

[62] Cass. Sez. V, 6 ottobre 2020, n. 27598, in cui i giudici affermano che «ai fini dell'integrazione della bancarotta semplice R.D. n. 267 del 1942, *ex* art. 217, comma 2, [l'elemento soggettivo che caratterizza la condotta dell'agente] può essere indifferentemente costituito dal dolo o dalla colpa, ravvisabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili». Non mancano simili posizioni in dottrina, fra cui: L. CONTI, *I reati fallimentari,* cit., p. 201, 1955, il quale tuttavia sostiene la tesi dolosa nell'edizione successiva del 1991; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa,* rif. p. 162, 2011.

[63] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. pp. 183 ss., 1995.

fattispecie bancarotta semplice. Rientrano quindi nella portata dell'art. 217, l. fall. le condotte di bancarotta documentale non animate dal dolo specifico richiesto dall'art. 216, l. fall., ovverosia quando venga meno lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori (sottrazione e distruzione, ivi inclusa la falsificazione perpetrata mediante la prevalenza di falsificazioni **materiali** che consistono in alterazioni vietate ai sensi dell'art. 2219, cod. civ., dando luogo ad una contabilità irregolare[64] integrante, appunto, la bancarotta semplice). La condotta di tenuta *incompleta* si presenta quasi concettualmente sovrapponibile alla tenuta *in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari,* per la quale deve prefigurarsi un dolo generico per il quale il debitore voglia nascondere la situazione dissestata agli organi del fallimento[65]. Ne consegue che la tenuta incompleta sanzionabile mediante la bancarotta semplice sia quella per cui le lacune, pur presenti, non siano tali da impedire la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, o che comunque sia un'incompletezza oggettivamente più lieve la quale, eventualmente, sia anche in difetto di quella serialità e sistematicità che comportano una radicale inidoneità delle scritture sanzionabile con la bancarotta fraudolenta documentale.

7. Bancarotta fraudolenta impropria

Tabella 11. Art. 223, l. fall.

Art. 223, legge fallimentare *Fatti di bancarotta fraudolenta*	Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile; 2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società. Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216.

La legge fallimentare del 1942, in tema di *reati commessi da persone diverse dal fallito* e quindi reati commessi nell'ambito delle imprese organizzate in forma societaria, riprende lo schema impostato dal codice del commercio del 1882 che, agli artt. 856 – 863, puniva l'institore, il rappresentante del commerciante e gli amministratori e i direttori delle società in accomandita per azioni od anonima. La subordinazione della fattispecie in esame a quella dell'imprenditore individuale poteva essere spiegata, allora, dalla

[64] V. § 5.3. *Condotte tipiche,* infra. presente Capitolo.

[65] V. § 5.4. *Elemento psicologico del reato,* infra. presente Capitolo.

generale composizione imprenditoriale del panorama economico, ma trova meno giustificazioni nell'epoca della legge fallimentare e, men che meno, nell'epoca odierna in cui il tessuto di imprese gestite in forma societaria si è notevolmente evoluto, non potendosi purtroppo dire altrettanto per ciò che concerne la parte penalistica delle disposizioni, che mantiene lo schema arcaico delle sue radici.

Le **società** rilevanti ai fini della tutela sono tutte quelle previste dall'ordinamento, siano esse di capitali o di persone, regolari o irregolari. Un primo problema dell'impostazione poc'anzi menzionata è quello del rinvio esplicito effettuato dall'art. 223, l. fall., che costringe l'interprete a compiere operazioni "recupero" delle condotte emergenti dall'art. 216, l. fall., per poi svolgere un adattamento in chiave societaria delle figure medesime, le quali queste ultime, *id quod plerumque accidit*, sono connotate da una maggiore gravità e diffusività delle conseguenze dannose. Avendo già descritto le condotte tipiche, si dimostra superflua un'ulteriore descrizione delle stesse, pertanto nel prosieguo si evidenzieranno le differenze sostanziali tra la disciplina della bancarotta propria precedentemente analizzata, e quella impropria oggetto della attuale trattazione, ivi incluse le sue peculiarità evidentemente assenti nella species precedente.

7.1. Beni e avviamento

Un primo rilievo deve essere speso per ciò che riguarda i beni su cui ricadono le condotte tipiche: non sono più beni che appartengono all'imprenditore autore della condotta recriminata, ma sono **beni della società,** che di per sé costituisce un soggetto terzo rispetto all'autore del fatto. La maggiore severità della bancarotta impropria è tradizionalmente ricondotta proprio al rapporto fiduciario intercorrente tra gli amministratori (e gli altri soggetti apicali) e i beni altrui, a loro affidati per una gestione in chiave economica.

Fatti salvi tutti i beni nei confronti dei quali è possibile esercitare le condotte tipiche, l'obbligatoria aggiunta in questa sede riguarda il bene economico dell'**avviamento,** del quale la più autorevole definizione non può che provenire dal Zappa, il quale nitidamente afferma che «l'avviamento è la condizione o l'insieme di condizioni onde un'azienda può dirsi atta a fruttare nel futuro un sovrapprofitto, cioè a fruttare redditi superiori a quella misura che remuneri puramente capitali ed energie personali, tenuto conto del grado di rischio economico»[66]. Pacifico che di bene immateriale si discorre, è lecito interrogarsi se tali tipologie di *intangible assets* siano o meno considerate ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta. Tradizionalmente, brevetti e diritti di utilizzazione, appartenenti alla medesima tipologia di attivo, sia esso fisso piuttosto che circolante, sono stati considerati quali potenziale oggetto di comportamenti ablativi rilevanti dal punto di vista penale che qui più interessa; la ragione è che ciò che permette loro di acquisire rilevanza non è già

[66] G. ZAPPA, *Il reddito d'impresa,* cit., 1950.

la materialità fisica – evidentemente assente – bensì il fatto che siano **suscettibili di valutazione economica.** Nel Capitolo II del presente lavoro[67] sono state presentate alcune nozioni fondamentali proprie dell'economia aziendale e dell'universo tecnico-contabile, presso cui un rimando ai fini di comprendere meglio se esista una valutazione economica dell'avviamento, pare doveroso e quantomai necessario.

Così come per altri beni immateriali, in punto di avviamento e valutazione economica, si può dire che quest'ultima sia senz'altro applicabile all'avviamento stesso: trattasi di una posta contabile che, per sua stessa natura, costituisce sovente il centro nevralgico delle valutazioni dei complessi aziendali, così come la sua valutazione diviene cuore pulsante della negoziazione che si instaura tra le parti (p. es., cedente e cessionario, in un contesto di scambio sul mercato). Senza qui ribadire l'importanza che la valutazione del patrimonio aziendale in termini di *capitale di funzionamento* ovvero di *capitale economico* riveste (e dovrebbe rivestire) nel contesto in esame, è bastante sottolineare come «la differenza tra il capitale economico e di funzionamento costituisce l'avviamento – nella terminologia anglosassone: goodwill – cioè quel **maggior valore** che un complesso aziendale ha rispetto alla mera aggregazione casuale dei suoi elementi componenti»[68], riuscendo quindi a costituire una vera e propria **quantità economica** in grado di arricchire o diminuire il valore dell'impresa rispetto al suo mero valore contabile. Visto e considerato che il legislatore riserva un'attenzione progressivamente superiore alla tutela dei beni intangibili, come il *know-how* o il segreto professionale[69], e avendone appurato la valutabilità economica, sembra che non vi siano margini di incertezza per ritenere l'avviamento quale un bene nei cui confronti è possibile esercitare le condotte tipiche integranti il reato di bancarotta fraudolenta[70].

---

[67] V. § 2. *Capitale d'impresa*, infra. Cap. II del presente.

[68] A. PAVAN, *Capitale di funzionamento, di liquidazione ed economico,* in *L'amministrazione economica delle aziende,* cit., p. 149, 2008.

[69] Con l'art. 622, cod. pen., il legislatore istituisce il delitto della rivelazione del segreto professionale.

[70] Si ritiene solo parzialmente adeguata l'analisi svolta da Alessandri, nel punto in cui rimanda a talune pronunzie giurisprudenziali le quali, secondo la sua lettura, sarebbero contrarie a quanto finora analizzato e motivato – laddove invece, ad opinione dello scrivente, tale contrarietà sarebbe meramente apparente nella misura in cui, di fatto, i giudici confermano e avvalorano la tesi qui sostenuta, nonché sposata dallo stesso Alessandri. L'Autore si riferisce a Cass. Sez. V, 4 aprile 2017, n. 31677, in cui i giudici affermano che «in tema di bancarotta fraudolenta non può costituire oggetto di distrazione l'avviamento commerciale dell'azienda ove questo venga identificato con fattori aziendali **inidonei a rappresentare una posta attiva** di bilancio», nonché a Cass. Sez. V, 30 novembre 2017, n. 5357, ove è stabilito che «in tema di bancarotta fraudolenta, non è suscettibile di distrazione l'avviamento commerciale dell'azienda se, contestualmente, non sia stata **oggetto di disposizione** anche l'azienda medesima o quanto meno i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento». Sul punto, è necessario fare una breve precisazione, ricordando che l'iscrizione della posta dell'avviamento tra le attività dello Stato patrimoniale e, dunque, nel bilancio dell'impresa, in applicazione al principio contabile OIC 24 *Immobilizzazioni immateriali,* è consentita solo ed esclusivamente nei confronti dell'avviamento acquisito a titolo oneroso – non essendo dunque ammessa l'iscrizione

Per accertare le condotte distrattive dei beni, la giurisprudenza propende a favore dell'utilizzo di canoni di valutazione per cui si ritengono oggetto di distrazione i beni di cui è mancata l'apprensione da parte della curatela, e per i quali gli amministratori non abbiano fornito giustificazioni in merito alla loro carenza[71]; in dottrina, questo procedimento deduttivo è visto come controverso, poiché taluni si allineano a favore mentre altri auspicano che la circostanza appena descritta costituisca un elemento meramente indiziario dell'avvenuta distrazione, da accertarsi poi con approfondimenti ulteriori.

7.2. Autori dell'illecito. I soggetti tipici

Il legislatore individua nei soggetti tipici le figure degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e, dunque, soggetti apicali posti ai vertici dell'organizzazione considerata[72]. Per integrare il presupposto soggettivo, è necessario che il soggetto ricopra la carica al tempo della condotta tipica, essendo irrilevante il fatto che la sua posizione sia venuta meno al momento della dichiarazione di fallimento: la cessazione della carica estingue i poteri e i doveri ad essa collegati, ma non ha l'effetto di sanare le inadempienze in atto, sì che il soggetto non sia esonerato da eventuali responsabilità sorte durante lo svolgimento della propria funzione[73].

---

dell'avviamento generato internamente. Stante questa condizione essenziale che presidia l'opportunità di iscrizione della posta tra le attività, l'unica circostanza che consente di includere l'avviamento nel riepilogo di Stato patrimoniale si realizza a seguito di una cessione d'azienda svoltasi a titolo oneroso che dia evidenza di quel maggior valore di capitale economico – rispetto al mero valore contabile – costitutivo proprio dell'avviamento. Alla luce di questa breve specifica, si ritiene che i giudici non si siano discostati dalla lettura effettuata dallo scrivente – e peraltro dallo stesso Alessandri condivisa – nella misura in cui la Corte abbia correttamente sostenuto che non sarebbe plausibile integrare il reato di bancarotta per il tramite di condotte esercitate nei confronti di una posta contabile avviamento la quale, *ab origine,* non rispecchia i requisiti necessari alla sua registrazione tra le attività dell'impresa stessa: giacché l'azienda non costituì oggetto di disposizione, di acquisizione a titolo oneroso non si può parlare, e pertanto non sussisterebbero neanche i presupposti elementari per poter iscrivere l'avviamento in bilancio. Se la posta dunque non potrebbe essere ivi contenuta, poiché sono state violate le regole che ne presidiano l'iscrizione, allora va da sé che su tale posta non potranno esercitarsi le condotte di bancarotta (v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 109, 2019).

[71] Cass. Sez. V, 25 maggio 2017, n. 25975: «La prova della distrazione è stata desunta dalla condotta degli imputati, i quali, non solo non fornivano al personale ispettivo incaricato dalla verifica amministrativa fiscale, prima, e agli organi della curatela fallimentare, poi, alcuna giustificazione del mancato materiale reperimento dei beni oggetto delle rimanenze o del loro controvalore in denaro, ma non allegavano neppure alcuna documentazione utile a dare ragguagli della destinazione impressa ai beni medesimi o dell'impiego del denaro ricavato dalla loro eventuale vendita, senza, che, oltretutto, elementi significativi in tal senso potessero essere tratti dalle scritture contabili, assenti o malamente tenute».

[72] V. par. 3.1. *Tipicità dei soggetti e delle condotte,* infra. Cap. I del presente.

[73] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. pp. 259 ss., 1995.

Ciò che spesso si verifica nell'ambito della bancarotta impropria è la c.d. **estensione** del reato ad altri soggetti che rimarrebbero altrimenti esclusi dalla punibilità. La figura più emblematica sul punto è rappresentata dall'**amministratore di fatto,** ossia colui il quale «nell'ombra, tira le fila della società, lasciando come figura esterna, puramente rappresentativa, un soggetto sì formalmente nominato ma, per accordi intercorsi, del tutto estraneo alla gestione»[74] ovverosia la c.d. **testa di legno.** L'intenzione del legislatore sarebbe quella di raggiungere, con le sanzioni ivi incluse quelle penali, i soggetti pur non formalmente nominati, ma comunque naturalisticamente destinatari della sanzione stessa in forza dei poteri loro attribuiti, adeguati e idonei ad amministrare e gestire la società[75]. Applicando il c.d. principio di realismo, la giurisprudenza attribuisce la qualifica di amministratore di fatto al soggetto che non ricopre formalmente tale carica, in ragione del peso decisivo rivestito da questi nella conduzione della realtà imprenditoriale assoggettata alla procedura. Ecco quindi che l'amministratore di fatto risponde *unitamente* all'amministratore di diritto, anche e soprattutto quando sia stato egli stesso l'autore materiale delle condotte, e il soggetto formalmente investito si sia limitato ad un comportamento omissivo consistente, appunto, nel non essersi attivato per impedire che le condotte riprovevoli si verificassero.

Il tema della responsabilità dell'amministratore di diritto in presenza di un amministratore *de facto* è ridondante e ampiamente dibattuto. La prassi giurisprudenziale è comunque giunta a una conclusione per la quale l'amministratore di diritto sia sempre responsabile per le condotte adottate dall'amministratore di fatto, in quanto su di lui gravano specifici obblighi e doveri che traggono la loro origine direttamente dalla carica ricoperta[76]. A tal proposito, emerge come non potrebbe palesarsi con maggiore prorompenza il rischio di una responsabilità oggettiva; ciò viene comunque arginato imponendo un effettivo confronto con i concreti poteri impeditivi dell'amministratore di diritto e con la conoscenza di quanto l'amministratore di fatto intende compiere. Il principio di

---

[74] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* cit., p. 110, 2019.

[75] Cass. Sez. V, 31 maggio 2006, n. 19145, in cui i giudici spiegano come, in tema di bancarotta fraudolenta, «i destinatari delle norme di cui agli art. 216 e 223, l. fall. vanno individuati sulla base delle concrete funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta».

[76] *Ex multis,* Cass. Sez. V, 5 dicembre 2017, n. 54682; Cass. Sez. V, 8 marzo 2017, n. 24781, ove in motivazione si riporta che «in tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore di diritto risponde unitamente all'amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo di impedire, essendo sufficiente, sotto il profilo soggettivo, la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distragga, occulti, dissimuli, distrugga o dissipi i beni sociali. È ben vero che tale consapevolezza non può dedursi dal solo fatto che il soggetto abbia accettato di ricoprire formalmente la carica di amministratore; tuttavia allorché si tratti di soggetto che accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale».

colpevolezza non risulterebbe rispettato qualora si effettui un richiamo alla condotta omissiva che consentirebbe l'esecuzione di reati, giacché si dovrebbe procedere alla verifica della sussistenza di una violazione, da parte del garante, di una regola cautelare, della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare intendeva prevenire, nonché della sussistenza di un nesso causale tra l'evento dannoso e la condotta ascrivibile al garante stesso[77].

Affinché possa concretizzarsi l'obbligo di impedimento – e ciò acquisisce importanza ulteriore anche e soprattutto in tema di amministratori delegati e amministratori privi di delega – è quindi necessario che il soggetto qualificato conosca tempestivamente l'illecito imminente, dunque prima che venga attuata la condotta tipica; per quanto concerne il concorso per omesso impedimento nell'altrui progetto criminoso, pertanto, ciò che rileva è la tempestiva conoscibilità mediante il diligente adempimento dei doveri d'ufficio[78].

Altra figura possibile è quella del concorso dell'**extraneus** ossia il concorso realizzato tra soggetto interno ed esterno che, per esempio, svolge attività di consulenza. Trattasi di un ambito molto complesso e delicato della responsabilità poiché si presenta necessaria un'accurata indagine sia della situazione in cui hanno agito gli attori della condotta, sia della causalità psicologica dell'extraneus nei cui confronti si dovrebbero ravvisare profili di responsabilità per concorso. La difficoltà risiede proprio nel riuscire ad elaborare l'effettivo apporto al rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, o della proposta tecnica di operazioni in frode alla legge.

7.3. Fattispecie penali societarie. Art. 223, c. 2, n. 1), l. fall.

Il secondo comma dell'articolo in esame effettua un richiamo ad alcune fattispecie di reato societario previste dal codice civile per le quali si andrebbe ad integrare la bancarotta fraudolenta nel caso in cui abbiano cagionato – o concorso a cagionare – il dissesto della società[79].

---

[77] Così Cass. Sez. I, 25 gennaio 2018, n. 3623.

[78] In regime di collegialità, per l'esonero da responsabilità penale l'amministratore dissenziente è obbligato, ai sensi dell'art. 2392, cod. civ., a fare quanto gli è possibile per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, fatto comunque salvo che la legge non gli attribuisce i poteri individuali ed ispettivi propri dei sindaci. I dissenzienti *uti singuli* sono tenuti ad assumere atteggiamenti di opposizione attiva e motivata, che vada oltre l'astensione o il voto negativo, ivi inclusi il ricorso all'autorità giudiziaria quale *extrema ratio*. L'intervento impeditivo presuppone comunque il superamento del confine della mera ideazione, vedendo la grave irregolarità concretizzarsi quantomeno sottoforma di delibera operativa, costituendo così una situazione concreta che possa supportare gli interventi cautelari, prima che le irregolarità incipienti vengano portate a compimento.

[79] La giurisprudenza ritiene che l'aggravamento del dissesto possa essere ricompreso nel concetto di causazione del medesimo, giacché il dissesto è un concetto mutevole nel tempo che presenta una lesività

L'elenco dei fatti di reato prende avvio dagli artt. 2621, 2622, cod. civ., che disciplinano le **false comunicazioni sociali,** tra cui vi rientra la comunemente nota *species* del falso in bilancio; peculiarità delle figure relative alle false comunicazioni sociali è la mancata enunciazione degli artt. 2621-bis, 2621-ter, cod. civ., i quali rispettivamente disciplinano i fatti di lieve entità e la non punibilità per particolare tenuità, volendo quindi significare l'irrilevanza di tali attenuanti ai fini della bancarotta. La lista del legislatore prosegue con l'art. 2626, cod. civ., che sancisce l'indebita restituzione dei **conferimenti,** e l'art. 2627, cod. civ. per l'**illegale ripartizione** di utili o riserve – fatto molto particolare in quanto si considera estinto, per espresso disposto della norma, quando gli utili o le riserve illegalmente ripartiti vengono rispettivamente restituiti o ricostituite prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio d'esercizio. Di simile impostazione al precedente, l'art. 2628, cod. civ. disciplinante le illecite **operazioni sulle azioni** o quote sociali o della società controllante, che gode della medesima causa estintiva. Concludono l'elenco l'art. 2629, cod. civ. (operazioni in **pregiudizio** ai creditori), l'art. 2632, cod. civ. (formazione **fittizia** del capitale), l'art. 2633, cod. civ. (indebita **ripartizione dei beni** sociali da parte dei liquidatori), e l'art. 2634, cod. civ. **(infedeltà patrimoniale).**

Ciò che maggiormente sconcerta la dottrina, la quale sovente critica la manifesta irrazionalità della disposizione[80], sono le oscure ragioni che farebbero assurgere tali fattispecie societarie al rango di bancarotta fraudolenta, alla luce non solo della difficoltà di collocare adeguatamente il rapporto causale col fallimento, bensì anche considerato il fatto che taluni reati societari elencati dal legislatore si presentano, di fatto, alla stregua di fatti poco più che bagatellari, cui ciò nonostante è ricondotta la severa punizione della bancarotta[81]. Ciò che sicuramente stride in termini di logicità sistemica è la poca coerenza tra i reati societari e la bancarotta fraudolenta patrimoniale. Premesso che l'ordinamento societario codicistico affida la protezione dei creditori sociali alla strada maestra della

progressiva nei confronti del patrimonio dell'impresa la cui agonia viene protratta nel tempo. In tal senso, v. Cass. Sez. V, 9 maggio 2017, n. 29885; Cass. Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811. Ad ogni buon conto, la causazione del dissesto si accompagna a varie distonie tra la disciplina civilistica e la disciplina della legge fallimentare: per esempio, l'infedeltà patrimoniale ai sensi della prima è punibile quando la distrazione cagioni un danno patrimoniale alla società – senza che ciò sfoci necessariamente in dissesto – laddove invece, nell'ambito della seconda, il danno dovrebbe altresì cagionare il dissesto della società.

[80] In particolare, Pedrazzi intravede una certa affinità tra le false comunicazioni sociali e la bancarotta documentale, pur riconoscendo che la prima sia volta a tutelare un'adeguata e veritiera informazione a favore di tutti gli interlocutori attuali o meramente potenziali dell'impresa, mentre la seconda è più che altro rivolta a garantire l'ostensibilità retrospettiva del patrimonio a seguito della declaratoria fallimentare; fatta salva la differenza, l'Autore ne riconosce l'intrinseca coincidenza di esigenze di tutela. L'impostazione è ampiamente criticata per la parte concernente i rapporti tra i reati societari e la bancarotta patrimoniale. Per approfondimenti, v. C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. pp. 301 ss., 1995.

[81] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 121, 2019.

salvaguardia del capitale sociale, il legislatore mette in campo un vasto arsenale di strumenti atti a tutelare l'integrità di quest'ultimo; sono dunque previsti divieti di ripartizione illegale, sanzioni volte a prevenire fenomeni di annacquamento o di formazione di capitale fittizio, ecc. Tutto ciò avviene in ogni fase del ciclo di vita dell'impresa, dalla sua costituzione fino alla sua liquidazione strumentale alla cessazione, ivi incluso il normale svolgimento dell'attività economica, durante la quale non si può non menzionare l'art. 2482-bis, cod. civ., che impone la riduzione del capitale a seguito di **perdite** significative che lo intacchino per oltre un terzo, circostanza a seguito della quale gli amministratori devono, senza indugio, convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti[82]. Eventuali inerzie ovvero condotte economicamente irragionevoli della compagine esecutiva rischiano concretamente di contribuire all'aggravamento del dissesto, conferendo alla condotta una certa rilevanza penale in caso di fallimento.

In buona sostanza, l'abuso degli istituti societari ben si presterebbe ad ampliare lo spettro della bancarotta fraudolenta a patto che si concreti un raccordo con il contesto fallimentare in cui tale ultimo reato diviene obiettivamente punibile in forza della sentenza dichiarativa di fallimento. Sarebbe stato auspicabile un assorbimento delle fattispecie codicistiche da parte del reato ai sensi della legge fallimentare, evitando duplicazioni di responsabilità e accentrando la rilevanza penale entro la qualificazione più grave. La traduzione normativa di questo delicato passaggio è avvenuta in modo tecnicamente discutibile, ove le figure delittuose societarie sono state inserite nella cornice della bancarotta fraudolenta senza riguardo alle rispettive oggettività giuridiche: disposizioni volte a tutelare l'integrità del capitale sociale (art. 2626, cod. civ.) si affiancano a disposizioni volte a tutelare le ragioni creditorie (art. 2629, cod. civ.), ovvero a disposizioni che tutelano i destinatari del bilancio e delle comunicazioni sociali da pregiudizi derivanti dalla divulgazione di notizie sociali non veritiere ovvero parziali. Il minimo comune denominatore che sembra mancare è la tutela mirata alla **garanzia patrimoniale,** la quale

[82] Posto che vi sia la perdita di oltre un terzo del capitale, che però non intacca il minimo di legge, l'assemblea viene convocata senza indugio ma può decidere di aspettare un anno, e quindi eventualmente intervenire entro l'esercizio successivo. Dal punto di vista economico-aziendalistico, la relazione degli amministratori è ciò che contiene i parametri che permetterebbero all'assemblea di deliberare tale attesa. Il codice non elenca questi parametri che legittimerebbero l'inerzia dell'assemblea, ma aziendalisticamente deriverebbero certamente da due fonti: bilancio d'esercizio approvato (unitamente ad un bilancio intermedio che richiama la situazione), e piano d'impresa. Da questi deve essere possibile accertare sia l'entità della perdita che fa scattare il dispositivo ex art. 2482-bis, cod. civ., e sia la possibilità di non intervenire immediatamente in quanto risulta ragionevole aspettarsi un riassorbimento di tale situazione entro l'esercizio successivo. Tramite il piano d'impresa dovrà essere possibile rilevare il carattere eccezionale della perdita in oggetto, in quanto le dinamiche d'impresa faranno ragionevolmente prevedere l'integrazione della perdita tramite utili, entro l'esercizio successivo, così facendo salve le **prospettive di economicità.** Se ciò si verifica, l'assemblea può deliberare l'attesa; diversamente, tale deliberazione rischia di contribuire a causare ovvero aggravare il dissesto, ciò assumendo rilevanza penale ai sensi della legge fallimentare.

nell'ambito degli illeciti societari poc'anzi elencati è sovente perseguita in via indiretta e incidentale. La ratio del legislatore pare dunque essere quella di «una tutela rafforzata della società (sebbene anche in questa diversa prospettiva la cernita si dimostri infelice): non quella di una tutela dei creditori sociali, la sola che meritava attenzione nell'economia della legge fallimentare»[83].

7.4. La trasmutazione in reato di evento. Art. 223, c. 2, n. 2), l. fall.

La bancarotta fraudolenta impropria presenta una questione complessa, rappresentata dal rapporto causale tra i fatti di reato e il fallimento dell'impresa, costituendo un **reato fallimentare di evento** in cui la bancarotta si configura con un risultato naturalistico necessario: ecco che le condotte tipiche che prima venivano punite anche se non collegate causalmente con il fallimento, divengono tali **se** lo abbiano cagionato, godendo dello stesso rigore punitivo. La natura del reato di evento emerge nel n. 2) in cui il legislatore prevede la *causazione con dolo del fallimento* ovvero la *causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose.*

La **causazione con dolo del fallimento** si propone di punire i soggetti attivi che abbiano volutamente perseguito l'apertura della procedura concorsuale, creandone le premesse sostanziali, compiendo condotte a tal scopo indirizzate. Con questo indirizzo, la norma incriminatrice non vuole chiaramente sanzionare la condotta dell'amministratore che si trovi a presentare l'istanza di fallimento resasi necessaria alla luce del dissesto dell'impresa; la relazione causale si accompagna ad una concreta volontà di fallire in danno ai creditori, nella prassi palesandosi, per esempio, in costituzione di società cartiere o intermedie, destinate a fallire già nel piano criminoso di chi le aveva costituite, oppure in simulazione di una situazione di insolvenza di cui il fallimento rappresenta un necessario sbocco. L'evento necessita dunque di un'adeguata descrizione, in quanto cagionare il fallimento non può rimandare ad una sola causa ma ad una delle condizioni necessarie affinché ciò si verifichi: il dissesto potrebbe avere origini anche da cause differenti e indipendenti dalla condotta degli agenti tipici; il reato pertanto si integra quando la causazione del fallimento sarà consapevolmente perseguita, potendone prevedere i suoi effetti anche nei confronti di una crisi che, invece, sarebbe potuta essere risanata – o, parimenti, provocando un dissesto che non si sarebbe altrimenti verificato[84]. L'efficacia causale si

[83] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 305, 1995.

[84] Ai sensi dell'art. 40, cod. pen., i responsabili sociali garanti dell'interesse dei creditori penalmente tutelato, possono cagionare il fallimento anche omettendo di impedirlo, pur avendone la possibilità. Non può contribuire con una condotta omissiva l'extraneus in quanto, non essendo garante, può concorrere solo a titolo commissivo.

deve misurare sul fallimento storicamente individuato dalla data della sentenza di dichiarazione dello stesso.

Rientra nell'ambito della norma anche la condotta dell'imprenditore che si spenda attivamente per affrettare il fallimento che, comunque, si sarebbe verificato in data successiva; con ciò non si includono ovviamente le operazioni prudentemente compiute dall'imprenditore, bensì ivi si discute di una condotta rivolta all'anticipare la declaratoria fallimentare, la quale evidentemente non sarebbe qualificabile entro uno scrupoloso tentativo di agire a tutela della garanzia patrimoniale. Tale scenario equivale ad aver cagionato il fallimento, a patto che si tratti di un'anticipazione significativa. Alla luce di ciò, anche l'**entità del dissesto** può assumere un rilievo causale: l'aggravamento di un dissesto dovuto ad altri fattori estranei alla condotta tipica assurge a causazione del fallimento qualora quest'ultima faccia inesorabilmente precipitare la situazione, provocando un significativo anticipo della declaratoria. Qualora la sentenza dichiarativa venga successivamente revocata, sarà altresì esclusa la punibilità giacché questa rimane condizionata al fallimento stesso.

La **causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose,** contrariamente all'ipotesi precedente, non contempla condotte omissive ma riguarda *operazioni,* le quali sottintendono necessariamente un'opera attiva del reo. Ivi si discorre di operazioni attinenti alla sfera operativa qualificante il soggetto attivo specifico, l'abuso dei suoi poteri o la violazione dei suoi doveri. La disposizione ricomprende in sé numerose condotte, inclusi i reati ricompresi nel n. 1) del medesimo articolo – i quali precedentemente erano puniti *se* fosse sopravvenuto il fallimento, mentre ora sono puniti in forza di un espresso nesso eziologico, qualificato come tale dal tenore letterale della norma. Per meglio descrivere la materialità delle operazioni dolose, la definizione più idonea è quella del Nuvolone il quale inquadra come operazione dolosa «qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intento di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori»[85]. Tali operazioni dolose sono dotate di una lesività intrinseca che si può collegare all'evento fallimentare che ne costituisce la conseguenza, incidendo su interessi significativi nell'ottica del fallimento.

Un esempio di operazione dolosa particolarmente emblematico potrebbe essere un'appropriazione indebita da parte dell'amministrazione, che genera una menomazione patrimoniale lasciando comunque indenne la garanzia (senza quindi compromettere la capacità della società di adempiere alle proprie obbligazioni): se tuttavia successivamente

[85] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* cit., p. 379, 1955.

sopravvenga un andamento aziendale avverso che consumi totalmente il margine residuo attivo a seguito della condotta, la pregressa appropriazione diviene concausa del dissesto e del successivo fallimento. Vi sono comunque altre condotte che costituiscono operazione dolosa ai fini del reato in oggetto, in quanto commesse in concreto ai danni della società e causalmente confluenti nel suo fallimento; ciò che, ad ogni buon conto, si dimostra essenziale, è la componente di dolosità nella condotta che rende il soggetto consapevole e volontario attore della stessa, sacrificando deliberatamente l'interesse o il profitto sociale a favore di un interesse o profitto estraneo, personale o di terzi. L'operazione dolosa è tale «solo quando, in concreto, la violazione assuma, oggettivamente e soggettivamente, un'attuale portata di infedeltà (e non di mera scorrettezza)»[86].

Per aversi **causazione dolosa,** il profilo psicologico può essere distinto in base alle due fattispecie appena presentate:

- La *causazione con dolo del fallimento* presenta il requisito della previsione e volontà dell'evento, pertanto il soggetto che voglia e desideri il proprio fallimento come conseguenza di una propria azione od omissione, non può che volere anche il danno ai creditori. Si configura così una sorta di bancarotta fraudolenta c.d. **potenziata,** in quanto ci si trova dinanzi a un reato di danno con dolo specifico;
- La *causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose* presenta un piano psicologico più impervio. Il dolo non può riferirsi all'evento fallimentare, che di per sé sarebbe riconducibile alla precedente *species;* il collegamento che qui emerge è quello tra il dolo e le operazioni che causano il fallimento, disegnandosi così un collegamento causale con l'evento. Questa figura può delinearsi come bancarotta fraudolenta c.d. **preterintenzionale** in cui il fallimento risulta un esito progressivo più grande rispetto al pregiudizio per la massa dei creditori voluto dal reo.

8. Bancarotta semplice impropria

Tabella 12. Art. 224, l. fall.

Art. 224, legge fallimentare *Fatti di bancarotta semplice*	Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo; 2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

Il modello inerente alla bancarotta semplice impropria ricalca il rinvio già operato dal legislatore in punto di bancarotta fraudolenta impropria, richiamando l'art. 217, l. fall. in

[86] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di F. Galgano, cit., p. 325, 1995.

punto di bancarotta semplice propria, ed estendendo le sue previsioni agli *amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori delle società dichiarate fallite,* pur facendo le aggiunte di cui al successivo n. 2).

Il rinvio genera notevoli problemi di interpretazione, in quanto l'art. 217, l. fall. è un disposto edificato intorno alla figura dell'imprenditore individuale il quale esercita talune condotte tipiche che ricadono sul proprio patrimonio personale, laddove nell'art 224, l. fall. in esame *tutte* le condotte tipiche ricadono su beni la cui titolarità giuridica appartiene all'ente e non al soggetto. Altri ostacoli sono rappresentati dal fatto che alcune operazioni patrimoniali previste dall'art. 217, l. fall. sono tipicamente riconducibili solo ad amministratori e direttori generali, poiché dotati di poteri gestionali, e non ai sindaci, i quali sono sprovvisti di tali poteri e possono al più essere chiamati a rispondere per concorso omissivo.

Sulla falsariga di queste premesse, è chiaro che la condotta di cui al n. 1) dell'art. 217, l. fall., riferita alle *spese personali eccessive,* non è immaginabile in punto di bancarotta impropria, se non in caso di amministratori soci illimitatamente responsabili nell'ambito di società di persone o società in accomandita per azioni. Per ciò che concerne invece le condotte di cui al n. 2), 3), 4) e 5), ovverosia rispettivamente *operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, aggravamento del dissesto* e astensione *dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento,* mancata soddisfazione delle *obbligazioni assunte* in un concordato, queste possono essere compiute dagli amministratori, dai direttori generali e dai liquidatori, purché le operazioni stesse siano state compiute con i beni della società e nell'ambito dello svolgimento dell'attività d'ufficio che caratterizza tali figure.

La **bancarotta semplice documentale** in questo ambito richiede la mera specificazione che l'obbligo alla tenuta della contabilità grava direttamente in capo agli amministratori, e permane fino all'estinzione della società. La ripartizione interna dei compiti non esonera da responsabilità in caso di inadempienza, fatti salvi i riflessi sul piano della colpa: si ravvedono effetti parzialmente liberatori in caso di delega nell'ambito del consiglio di amministrazione. I sindaci, avendo il compito di controllare la regolare tenuta della contabilità, rispondono per l'omesso controllo o l'insufficienza dello stesso, risultando dunque in un concorso nel reato degli amministratori nella misura in cui abbiano consentito il protrarsi delle inadempienze o irregolarità contabili.

La **causazione o l'aggravamento del dissesto** si sovrappone, almeno parzialmente, con l'ipotesi del n. 4) relativo all'aggravamento provocato dall'astenersi dal richiedere il fallimento o da *altra grave colpa.* L'articolo in oggetto si propone di punire la *causazione* di un dissesto che non deriva dall'attività caratteristica dell'impresa, ma da un'attività specifica degli amministratori; simmetricamente, l'*aggravamento* del dissesto è rivolto a condotte esercitate nella congiuntura di uno squilibrio di economicità già in atto,

escludendo le condotte attuate in epoca florida, che evidentemente non hanno apportato alcun aggravamento alle pretese creditorie.

L'**inosservanza degli obblighi** imposti dalla legge presenta il rischio di poter essere estesa a qualunque obbligo gravante sui soggetti tipici, smarrendo ogni capacità di individuare l'elemento soggettivo. In dottrina, si ritiene che gli obblighi evocati dal legislatore per il tramite di questa formulazione siano, in questo caso, quelli posti a **protezione del patrimonio sociale** e, dunque, dei creditori. Ciò che si determina è quindi una colpa "specifica" sostanziata dall'inosservanza di cautele derivanti da disposizioni legislative, propria dunque degli amministratori i quali sono per loro stessa definizione in una posizione di protezione del patrimonio, alla luce del compito affidatogli. La batteria di obblighi in tal modo definiti si presenta alquanto vasta, andando ad estendersi soprattutto verso le attività relative alla vita degli enti sociali: presentazione della proposta di un concordato fallimentare o preventivo, l'esecuzione di delibere assembleari come quelle che decidono sullo scioglimento o la trasformazione della società[87], finanche la mancata convocazione dell'assemblea dei soci nei casi in cui la specifica congiuntura della società imponeva tale adempimento[88]. Sul punto, l'eventuale tardività nella convocazione assembleare può considerarsi violazione di un obbligo imposto dalla legge agli amministratori nel caso in cui il decorrere del tempo abbia impedito una tempestiva deliberazione, la quale avrebbe potuto salvaguardare il patrimonio o contenere le esternalità negative della crisi nei confronti dell'erosione dello stesso.

Dal tenore letterale si evince comunque l'esigenza di un **nesso causale** tra la condotta dell'amministratore e la causazione o l'aggravamento del dissesto: tali eventi non devono essere *voluti* dall'agente, in quanto la volontà dell'azione coinvolge unicamente l'atto ex se, e non le sue conseguenze. Con riferimento a queste ultime, la configurazione del reato in oggetto in termini colposi permette quindi di affermare che l'evento – rappresentato dal dissesto o dal suo aggravamento – fosse **prevedibile** dall'agente, e che il suo verificarsi sia **causalmente** connesso alla violazione della regola cautelare preveduta dal legislatore in ottica preventiva. Nel caso in cui l'agente *volesse* anche l'evento dissesto, evidentemente la condotta diventerebbe una *operazione dolosa* che si orienterebbe verso la

[87] V. Cass. Sez. V, 26 settembre 2002, n. 11596, in cui i giudici forniscono il presente elenco quale lista esemplificativa degli *obblighi imposti dalla legge* ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 224, l. fall.

[88] Cass. Sez. V, 9 ottobre 2014, n. 8863, in cui ai fini della bancarotta «la convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447, cod. civ. in presenza di una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale 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, della legge fallimentare laddove costituisca causa o concausa del dissesto ovvero del suo aggravamento». In punto di perdite di capitale significative, v. *supra* nota n. 78, *infra.* § 7.3. *Fattispecie penali societarie. Art. 223, c. 2, n. 1), l. fall.* del presente Capitolo.

fattispecie fraudolenta di cui all'art. 223, l. fall., poiché chi vuole il dissesto vuole il fallimento che di regola ne consegue.

Pur avendo cercato, senza alcuna pretesa di esaustività, di ricostruire il profilo psicologico della condotta nei termini appena presentati, è impossibile non sottolineare come la formulazione eccessivamente generica svolta dal legislatore lasci aperte le porte al rischio di un'imputazione di responsabilità oggettiva, laddove le norme cautelari dovrebbero essere specifiche e ben più precise. È del tutto evidente come l'interprete corra il pericolo di scivolare nella valle delle ricostruzioni a posteriori (col c.d. "senno di poi") della condotta che si sarebbe dovuta tenere, senza aver riguardo della effettiva conoscibilità delle medesime da parte dell'autore del fatto. Il panorama interpretativo nella prassi ha spaziato tanto quanto è ampia la genericità del lessico utilizzato, passando da reato punibile a titolo di colpa, ad altre pronunzie giurisprudenziali che ritengono fungibili il dolo e la colpa tra loro, approdando poi a recenti sentenze in cui si afferma l'esigenza della colpa grave[89].

9. I centri gravitazionali della disciplina attuale. Fallimento e insolvenza

A questo punto della trattazione, è possibile riconoscere come l'ordinamento italiano abbia finora adottato il **fallimento** quale pilastro principale intorno al quale verte l'intera disciplina concorsuale nonché lo specifico settore del diritto penale dell'impresa. Nel contesto del fallimento, il patrimonio dell'imprenditore insolvente viene dunque sottratto al potere di amministrazione e disposizione di quest'ultimo, per venire destinato al soddisfacimento dei creditori secondo le regole della *par condicio creditorum,* che governano la parità di situazione e di trattamento dei creditori esistenti all'apertura della procedura. Nel corso del tempo, dal 1942 ad oggi, si sono susseguiti tuttavia vari shock sistemici che hanno coinvolto il contesto in esame, portando il legislatore a doversi confrontare con un contesto economico, giuridico e sociale in costante evoluzione. Se, al tempo della sua emanazione, il fallimento era rivolto essenzialmente allo smantellamento del complesso produttivo finalizzato a espellere l'impresa fallita dal mercato, progressivamente l'istituto ha cercato di prendere atto che in luogo dei meccanismi di liquidazione e dissoluzione dell'impresa sarebbero stati auspicabili dei meccanismi di **risanamento** della stessa, per il tramite dell'eliminazione dei fattori economicamente e finanziariamente scompensativi, ovvero del recupero e della riorganizzazione dei complessi produttivi.

[89] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 136, 2019.

Il processo di integrazione europea, nonché l'avvento dell'internazionalizzazione dei mercati e delle strutture economiche ivi operanti, hanno favorito la crescente consapevolezza dell'insostenibilità di assetti normativi fondati sulla dissoluzione delle imprese, conducendo progressivamente alla rivalutazione della funzione tradizionale delle procedure concorsuali stesse. In particolare, l'attenzione si è rivolta verso quegli strumenti che, pur consentendo un soddisfacimento paritetico dei creditori, riescono a limitare le ripercussioni negative che il dissesto provoca non solo sull'impresa che ne risulti afflitta, bensì anche sul contesto economico nel quale questa si trovi ad operare. Alla luce di siffatte considerazioni, si è consolidata l'idea secondo la quale un'adeguata disciplina delle crisi aziendali possa effettivamente costituire un importante passo a favore dello sviluppo concorrenziale del mercato, inteso questo sia sul piano nazionale che sul piano internazionale: la necessità di una riforma generale del sistema ha affollato le opinioni degli esperti e della dottrina, venendo più o meno recepita dall'organo legislativo. La modernizzazione dell'impianto normativo in oggetto avrebbe quindi l'ambizioso obiettivo di contemperare il soddisfacimento del ceto creditorio con il libero esercizio dell'attività economica, passando per un governo della crisi d'impresa adeguato oltre che efficace, in grado di far emergere precocemente il dissesto, favorire la prosecuzione dell'attività economica, e consentire un'efficiente applicazione della tutela penale finalizzata a reprimere e sanzionare gli abusi degli istituti economici a disposizione dei privati per l'esercizio dell'impresa, riuscendo quindi a tutelare l'interesse dei creditori che con tali realtà economiche in disequilibrio strutturale si trovino in relazione.

Scompare in tal contesto la concezione per cui l'insolvenza, evento patologico e irreversibile, storicamente inquadrato come negativo tanto quanto il fallimento fosse stigmatizzante per il soggetto che vi rimaneva coinvolto, dovesse necessariamente sfociare in un esito dissolutivo e punitivo. In passato, la normativa seguiva un'ispirazione di iperdeterrenza, in piena linea di continuità con la remota massima *«decoctor, ergo fraudator»*[90] che per secoli ha accompagnato la disciplina; sulla base di questo *rationale,* a seguito del fallimento il debitore veniva iscritto nel c.d. *pubblico registro dei falliti*, ai sensi dell'ormai riformato art. 50, c. 1, l. fall., il quale rappresentava non solo un'infamia per il debitore, ma costituiva un vero e proprio presupposto per la soggezione di questi a specifiche incapacità di tipo personale derivanti dagli ambienti più disparati dell'ordinamento, che per i loro propositi applicativi proprio a tale registro facevano riferimento. Per il debitore fallito, la cancellazione dal suddetto registro poteva avvenire solo a seguito della sentenza di *riabilitazione* la quale, fra i requisiti, aveva il pagamento integrale di tutti i

[90] Remota espressione attribuita al giureconsulto Baldo degli Ubaldi, risalente al 1300, quale esemplificazione delle pesanti pene comminate per i falliti nel corso dei secoli, senza esclusione della legge fallimentare del 1942. Per una riflessione sui trascorsi del diritto fallimentare e uno sguardo d'insieme alla disciplina vigente, v. G. MATTEUCCI, *Insolvenza e negoziazione in Italia: uno sguardo al passato per comprendere il presente e, forse, prevedere un po' del futuro,* in *Il fallimentarista,* 2013.

crediti ammessi al fallimento, oltre a prove effettive di buona condotta per almeno cinque anni dalla chiusura della procedura. Altro pesante macigno punitivo in capo al fallito era sicuramente la sua esclusione dall'elettorato attivo, che si applicava in corso di procedura e non oltre cinque anni dalla sentenza dichiarativa di fallimento; un'esclusione che, di fatto, etichettava il fallito come un soggetto privo del pieno esercizio dei suoi diritti civili. Il legislatore ha cambiato l'impostazione afflittiva e stigmatizzante della legge fallimentare, sì che il reinserimento nella vita economica del Paese abbraccia dunque sia l'impresa che l'imprenditore fallito, in un tentativo di reprimere il carattere infamante del fallimento con tutte le incapacità che questo comportava.

9.1. Il sentiero di un nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa

Il quesito non può che sorgere spontaneo: come può conciliarsi lo schema antico del reato di bancarotta con le novità introdotte dalla moderna disciplina concorsuale? In dottrina si è da tempo evidenziata la «frattura di vaste proporzioni»[91] intercorrente tra la disciplina penalistica e la base civilistica della legge fallimentare: la necessità di reprimere in maniera risoluta l'insolvenza, inquadrata come danno di portata gravissima per la società, ha lasciato spazio agli interventi di ristrutturazione economico-finanziaria dell'impresa derivanti dall'autonomia privata dei consociati.

In tale rinnovata prospettiva legislativa, scaturente da tutti gli interventi di riforma susseguitisi specialmente nell'arco degli ultimi quindici anni, si approda allo spaccato decisivo della **gestione negoziata della crisi,** che postula il naufragio della procedura fallimentare a favore delle procedure alternative nel corso del tempo introdotte dal legislatore, fra cui spiccano, per dovere di esposizione, i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, ivi inclusa la convenzione di moratoria, rispettivamente disciplinati dagli artt. 67, c. 3, lett. d), 182-bis, 182-septies, l. fall.

L'arsenale di opzioni d'intervento a disposizione dell'imprenditore in crisi si estende, andando condizionandosi da un duplice finalismo: appianare l'esposizione debitoria soddisfacendo le legittime pretese creditorie da un lato, e superare la crisi in modo programmato dall'altro lato. Se, tradizionalmente, il reato di bancarotta ha sempre rappresentato il baricentro della tutela penale, collocata a monte del dissesto e rigorosamente **successivamente** alla declaratoria fallimentare – che, come visto, costituisce condizione obiettiva di punibilità ai fini del reato stesso – non si può ignorare il tentativo di posizionare la materia penale *anche* a valle del dissesto, presidiando la risoluzione della crisi perseguita a mezzo delle procedure minori poc'anzi menzionate. La transizione è stata comunque

[91] Per tutti, M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018.

accompagnata da notevoli distonie che, di fatto, hanno accresciuto l'incertezza nella prassi applicativa.

Tabella 13. Art. 217-bis, l. fall.

Art. 217-bis, legge fallimentare *Esenzione dai reati di bancarottai*	Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 quinquies e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22 quater, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

La previsione delle soluzioni negoziali alla crisi dell'impresa si accompagna al disposto dell'**art. 217-bis, l. fall.** che costituisce un tentativo di raccordo tra l'impianto tradizionale della legge e la disciplina penalistica, colmando così una lacuna dell'ordinamento che avrebbe altrimenti comportato la violazione del principio generale di non contraddizione all'interno dello stesso: in assenza, prevedendo istituti alternativi al fallimento e finalizzati al recupero della situazione di decozione, il legislatore avrebbe comunque applicato norme penali nei confronti di quei comportamenti tenuti dal debitore in conformità con i nuovi istituti. Pur riconoscendo la «ragionevolezza di non applicare norme penali a comportamenti espressamente disciplinati come leciti e addirittura visti con favore»[92] da parte del legislatore, l'intervento si è verificato lasciando spazio a critiche per quanto concerne la soddisfacente collocazione della non applicabilità dei reati di bancarotta. La norma sancisce infatti espressamente la non applicabilità delle disposizioni penali a fatti che, astrattamente, entro lo schema tipico di queste ultime potrebbero essere ricondotti, tuttavia lasciando fuori dalla portata del precetto gli artt. 223 e 224, l. fall., che si estrinsecano in un contesto di impresa societaria che sarebbe ben più frequentemente interessato da queste disposizioni di quanto non lo sia quello dell'impresa individuale – per quanto, a onor del vero, si potrebbe ricorrere all'estensione analogica in questo specifico caso, ma anche questa soluzione non sarebbe esente da critiche, e pare comunque un maldestro rimedio a ciò che invece dovrebbe essere cristallino, data la delicatezza del contesto.

[92] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* cit., p. 145, 2019.

Tabella 14. Art. 236, l. fall.

Art. 236, legge fallimentare *Concordato preventivo*	È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria, siasi attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti. Nel caso di concordato preventivo, si applicano: 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; 2) la disposizione dell'art. 227 agli institori dell'imprenditore; 3) le disposizioni degli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo; 4) le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori. Nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, numeri 1), 2) e 4).

Con l'**art. 236, l. fall.** il legislatore opera una sorta di parificazione della rilevanza penale tra il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento, ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta, non tenendo in considerazione che i due istituti siano comunque caratterizzati da **due presupposti differenti,** giacché lo stato di crisi (presupposto sostanziale per il concordato preventivo ai sensi dell'art. 160, l. fall.) non coincide con l'insolvenza (presupposto sostanziale per il fallimento ai sensi dell'art. 5, l. fall.).

Tabella 15. Art. 236-bis, l. fall.

Art. 236-bis, legge fallimentare *Falso in attestazioni e relazioni*	Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies, 182 septies e 186 bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.

L'**art. 236-bis, l. fall.,** introdotto dal d.l., 22 giugno 2012, n. 83, conv. l., 7 agosto 2012, n. 134, è certamente un pilastro nell'economia delle soluzioni negoziali della crisi, e sottolinea l'importanza cruciale della pianificazione dell'attività economica, già precedentemente evidenziata nel corso della presente trattazione e ora ulteriormente ribadita, utile tanto nella congiuntura dell'impresa in bonis quanto in quella dell'impresa dissestata. La norma si presenta «eccentrica rispetto all'impianto tradizionale del diritto penale dell'insolvenza, sotto plurimi aspetti»[93], a partire dalla soggettività attiva che compie un

[93] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit., p. 215, 2019.

indubbio smarcamento rispetto allo storico paradigma della bancarotta, nella misura in cui è riservata ad un soggetto totalmente estraneo e indipendente all'impresa in decozione; si nota inoltre l'autonomia di incriminazione della condotta – la quale comunque è suscettibile di subire l'eventuale *vis attractiva* nelle tradizionali figure di bancarotta mediante il concorso nel reato – che in questa forma indubbiamente testimonia l'attenzione che il diritto penale dell'impresa sta rivolgendo, in modo incontrovertibile, al processo di risoluzione della crisi *prima* che questa sfoci in insolvenza irreversibile e, dunque, in fallimento.

Ad ogni buon conto, la quadra delle considerazioni svolte permette di approdare alle seguenti questioni, parzialmente già poste in evidenza in apertura del presente:

i. il bene *impresa* pare stia acquisendo, nelle valutazioni penal-fallimentari del legislatore, una posizione prevalente rispetto agli interessi tutelati dalle fattispecie di bancarotta, con inevitabili **riflessi sulla sua tipicità quale reato di pericolo;**

ii. l'intero asse del diritto penale dell'impresa sembra subire pressioni che ne vogliono arretrare l'equilibrio, posizionando il suo **baricentro prima della declaratoria fallimentare,** il cui presupposto, vale la pena ribadirlo in questa sede, è lo stato di insolvenza irreversibile che affligge il patrimonio del debitore.

Nel Capitolo successivo si svolgerà un'analisi del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, per il quale, partendo dalle origini, si metteranno in evidenza alcune delle sue caratteristiche peculiari e delle relazioni tra quest'ultimo e la tuttora vigente disciplina della legge fallimentare. La riflessione coinvolgerà le conseguenze che l'avvento del CCII ha prodotto, e potrebbe produrre, nei confronti della responsabilità parapenale delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, allo scopo di evidenziare l'influenza che il nuovo art. 2086, cod. civ. ha già espletato in questo ambito. Di particolare interesse, saranno anche gli aspetti che intercorrono tra l'obbligo di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile e l'impianto organizzativo ai sensi del d. lgs. n. 231/2001 c.d. *modello 231*.

Ciò che si proverà a svolgere, in sostanza, è un'analisi finalizzata a meglio comprendere il modo in cui il legislatore ha affrontato le problematiche preesistenti e le nuove sfide che sembrano derivare da questo nuovo paradigma normativo del diritto penale dell'impresa; un paradigma che, ad opinione di chi scrive, sembra per ora abbandonato al crocevia delle due discipline, con il mero auspicio che il diritto vivente di passaggio possa ricondurlo entro i più certi lidi rappresentati da una adeguata nonché effettiva presa di posizione da parte dell'organo legislativo.

CAPITOLO V

Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Crisi, dissesto e reati di bancarotta. Il nuovo paradigma in definizione.

SOMMARIO: 1. Dal disegno di legge al decreto legislativo della riforma – **2.** Il retroterra civilistico – 2.1. Stato di crisi, di insolvenza, di sovraindebitamento – 2.2. Nuovo art. 2086, cod. civ. Obblighi organizzativi – 2.3. Procedure di allerta e procedure di composizione assistita della crisi – 2.4. Indicatori della crisi e ruolo del professionista indipendente – **3.** Il versante penalistico. La (dis)continuità delle fattispecie criminose – 3.1. Una prima stonatura. Soci illimitatamente responsabili e bancarotta – 3.2. Le nuove incriminazioni implicite *sine delega* – 3.3. Il dissesto. La smarcatura del diritto a favore delle scienze aziendalistiche – 3.4. Bancarotta e soggetti attivi del reato – **4.** Concordato preventivo e reati di bancarotta – 4.1. L'incertezza storica in punto di *tempus commissi delicti* – 4.2. La riformulazione del presupposto oggettivo. Estensione dell'ammissibilità alla procedura e caducazione degli automatismi del fallimento – 4.3. Funzione del concordato e riflessi sul reato pre e post-concorsuale – **5.** Bancarotta fraudolenta propria. L'archetipo del reato ex artt. 216, l. fall. e 322, CCII al banco di prova – 5.1. Premialità. Cause di non punibilità e attenuante ad effetto speciale – 5.2. Il presupposto della crisi come ambientamento tipico del reato – 5.3. La bancarotta riparata per arginare il rischio di regresso all'infinito. Un'occasione mancata – **6.** L'ostensibilità patrimoniale e finanziaria in punto di accesso alle procedure di composizione assistita della crisi. Quali conseguenze ai fini della bancarotta documentale? – 6.1. L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi *in corso* di condotte documentali – 6.2. *Nemo tenetur se detegere.* L'inapplicabilità del principio – **7.** Responsabilità degli enti. La disciplina del d. lgs. 231/2001 all'alba della riforma – 7.1. La prevenzione del rischio di reato nel sistema dei modelli 231 e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo ai sensi dell'art. 2086, cod. civ. – 7.2. L'equilibrio (solo apparentemente) precario della volontarietà del *modello 231* – 7.3. Interazione tra le discipline. Quando l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo integra la responsabilità para-penale dell'ente – 7.4. Il *modello 231* per ottemperare all'obbligo ex art. 2086, cod. civ.

1. Dal disegno di legge al decreto legislativo della riforma

La novella del CCII emerge sorretta da un'impalcatura valoriale ispirata, sul fronte civilistico, alla conservazione dell'impresa e alla gestione della crisi sin dalla sua gestazione. Seguendo la scia di un impulso novativo che si è sviluppata nel corso del tempo sin dai primi anni 2000, il percorso riformatore che ha condotto alla nuova disciplina prende avvio nel 28 gennaio 2015 con l'istituzione, da parte del Ministro della Giustizia, di una Commissione incaricata del compito di fornire al governo proposte di riforma e riordino della disciplina delle procedure concorsuali. Detta commissione prende il nome del suo Presidente il Dott. Rordorf, il quale porta avanti i lavori per circa un anno, consegnando il 29 dicembre 2015 una bozza di legge delega per la *Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza,* corredata dalla Relazione della Commissione stessa. Passato alla Camera per la discussione, il progetto ha visto vari mutamenti[1] fino a quando il Parlamento, con la l., 19 ottobre 2017, n. 155 – di seguito, "l. del." – ha conferito delega al Governo per riformare sia la legge fallimentare che la legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento (l., 27 gennaio 2012, n. 3), al punto che si può affermare che, sul piano sostanziale, la delega rimanda a una riforma della disciplina concorsuale nel suo complesso.

L'art. 1, l. del. stabilisce che il Governo debba, nel procedimento di riforma in oggetto, curare il coordinamento tra le varie disposizioni vigenti, potendo riformulare e ricollocare le norme che non vengono direttamente investite dai principi ispiranti la delega stessa, in modo da garantire l'organicità del risultato, ciò estendendosi anche alle disposizioni transitorie in ottica di una buona riuscita dell'operazione riformatoria. All'art. 2, l. del. invece si esprime la **continuità delle fattispecie criminose,** fatto salvo che l'idea di base è quella di conferire alla riforma un'impostazione premiale che incoraggi l'imprenditore a proporre l'istanza di composizione assistita della crisi, l'omologazione di accordi di ristrutturazione, la proposta di un concordato preventivo e, in generale, l'attivazione affinché i disequilibri non si

[1] Il 1 febbraio 2017 la Camera approvò il disegno di legge delega C. 3761-bis, dopo aver effettuato lo stralcio della disciplina prevista per riformare l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, e le sue varie ramificazioni. Ulteriore modificazione è avvenuta in punto di *favor rei* all'emersione anticipata della crisi: la Commissione Rordorf, per andare incontro a questa esigenza del legislatore, aveva adottato strumenti repressivi in luogo degli strumenti premiali da quest'ultimo auspicati – fino all'introduzione di una nuova fattispecie di bancarotta semplice indirizzata appunto verso gli imprenditori i quali, ingiustificatamente, abbiano ostacolato le procedure di composizione assistita della crisi o non vi abbiano ricorso pur in presenza dei presupposti. Tale lettura non ha trovato consensi da parte del Parlamento, il cui d.d.l. approvato risulta ispirato alla sola premialità, riversando tale ispirazione anche nella legge delega successiva.

protraggano al punto tale da sfociare in insolvenza. Di tutto rilievo ai fini delle riflessioni oggetto del presente lavoro, le considerazioni svolte dalla Commissione Rordorf sulla delega ricevuta dal Governo, dalle quali si evince che «la legge delega esclude, quindi, la bancarotta dal campo d'intervento del decreto attuativo; per quanto si sia in presenza di una rivisitazione generale della materia cui è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza, manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare»[2].

La l. del. viene quindi attuata dal **d. lgs., 12 gennaio 2019, n. 14** con il quale il CCII viene concretamente presentato nella sua veste definitiva o più prossimamente tale, del quale ciò che immediatamente si presenta in grado di catturare l'attenzione è certamente l'ordine delle procedure tracciato dalla riforma: l'alternativa liquidatoria si posiziona all'ultimo posto, non più come "centro gravitazionale" così come definito in conclusione del precedente Capitolo IV, bensì quale *extrema ratio* finalizzata a porre rimedio all'impraticabilità ovvero all'esito infausto delle altre soluzioni volte a perseguire il ritorno in salute dell'impresa in decozione. Per poter affrontare ordinatamente la «marcata scollatura tra l'ispirazione politico-criminale che impronta le figure di bancarotta […] e il radicale mutamento "ideologico" che ha contrassegnato il microcosmo normativo che le ospita»[3], nel prosieguo si farà una breve sintesi delle principali novità della disciplina civilistica concorsuale emergente dal CCII, per poi focalizzare l'attenzione sulla parte penalistica che qui maggiormente interessa.

2. Il retroterra civilistico

Prima in elenco, la novità nominalistica per la quale, dopo secoli di incrollabile presenza nonché punto di riferimento, scompare il termine *fallimento,* nonché tutte le sue gemmazioni, sostituito da *liquidazione giudiziale,* procedura liquidatoria cui viene sottoposto non già il *fallito* bensì l'*imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale.* A tale modificazione lessicale, tuttavia, non si accompagnano modifiche sostanziali sulla regolazione della procedura rispetto a quella fallimentare. Come già anticipato, la procedura di liquidazione giudiziale è subordinata all'esito

[2] Così la *Relazione illustrativa* della Commissione Rordorf, cit., pp. 235 ss., v. *infra.* M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2018.

[3] S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?,* in *Diritto penale e processo,* cit., p. 1333, 2019.

negativo ovvero impossibilità di esperimento delle altre domande presentate per la composizione della crisi d'impresa, così come si evince dall'art. 7, CCII che specifica come il Tribunale tratti in via prioritaria le domande volte a *regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale,* e proceda all'apertura di quest'ultima procedura *quando eventuali domande alternative di regolazione della crisi non sono accolte ed è accertato lo stato di insolvenza.* Nella razionalità confermata dal nuovo codice, la mancata riuscita dell'attività economica non è soppesata alla luce della colpevole inettitudine del debitore né risulta esclusivamente associata all'attuazione di comportamenti fraudolenti, bensì è vista come una possibile conseguenza intrinseca dei molteplici eventi che caratterizzano e coinvolgono le attività economiche e il rischio d'impresa a loro congenito. Detta considerazione dimostra *a fortiori* come il debitore sia quindi spogliato di connotazioni negative derivanti dal suo coinvolgimento alla procedura liquidatoria, in quanto quest'ultima costituirebbe il mero esito di un'operazione economica non andata a buon fine.

2.1. Stato di crisi, di insolvenza, di sovraindebitamento

Nel corso dei Capitoli precedenti[4] si è parlato delle varie sfumature con cui può essere definito il dissesto dell'impresa, quest'ultimo manifestandosi come *crisi* o come *insolvenza* a seconda dello stadio in cui versa la patologia dell'entità economica e organizzativa considerata. A questo punto della trattazione, si riprenderanno brevemente alcuni concetti già precedentemente esposti, al fine di poter comporre il framework che sembra essersi delineato in via definitiva con l'assetto introdotto dal CCII.

[4] V. *infra.* § 4.1. *Crisi. Perdita dell'economicità aziendale,* di cui al Capitolo II, ove si approfondisce il concetto di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario alla luce della dottrina economico-aziendalistica; § 4. *Bancarotta. Universo del reato,* di cui al Capitolo III, nel quale si dà spazio alla definizione di *insolvenza* fornita dal legislatore ai sensi dell'art. 5, l. fall.

Tabella 16. Art. 2, CCII

Art. 2, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza *Definizioni*	Ai fini del presente codice si intende per: a) **«crisi»:** lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; b) **«insolvenza»:** lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; c) **«sovraindebitamento»:** lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

La l. del. che ha guidato il processo di riforma aveva già espresso la necessità di distinguere i concetti di stato di crisi e stato di insolvenza, la cui distinzione era indubbiamente un grande *vulnus* all'interno della disciplina della legge fallimentare. Partendo dalla definizione di **insolvenza,** questa rimane invariata rispetto all'art. 5, l. fall., denotando una condizione oggettiva in cui versa il patrimonio dell'imprenditore, il quale risulta in tale congiuntura incapace di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività economica – ciò a prescindere da quali possano essere le ragioni che abbiano condotto a siffatta impossibilità.

Di tutto rilievo pare quindi la novità circa l'introduzione della definizione di **crisi** fornita dall'art. 2, CCII, che viene inquadrata come *probabilità* di futura insolvenza, anche coerentemente con le elaborazioni fornite dalla dottrina economico-aziendalistica che, come già sottolineato, ben si presta a fare luce sul concetto. La difficoltà finanziaria del debitore, da questi sopportata quando in stato di crisi, rende probabile l'insolvenza alla luce del fatto che i flussi di cassa prospettici si presentano inadeguati a poter costituire una fonte di copertura sufficientemente ampia per le obbligazioni di scadenza più prossima. Lo stato di crisi si posiziona anteriormente rispetto allo stato di insolvenza, poiché costituisce una fase antecedente a quest'ultima.

Particolare concetto è quello di **sovraindebitamento,** che in esso racchiude entrambe le precedenti definizioni, tuttavia contestualizzate con riferimento a particolari categorie di soggetti: consumatori, professionisti, imprenditori minori o agricoli, start-up innovative, e ogni altro debitore non assoggettabile a liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, o altre procedure liquidatorie previste dall'ordinamento. Lo scopo della definizione di sovraindebitamento pare dunque quello di raggiungere una separazione, anche sul piano penale, tra dette categorie

di soggetti, sottoponibili a procedura di liquidazione controllata e nei cui confronti non si applicano le fattispecie delittuose di bancarotta, e la posizione che invece caratterizza l'imprenditore insolvente presso cui tali fattispecie possono concretizzarsi e trovare attuazione.

Tutte queste definizioni sono utili per verificare la sussistenza del presupposto oggettivo dei vari istituti previsti dal codice, per cui si evince che:

- l'*insolvenza* sia presupposto necessario e sufficiente per l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale (così come lo era per l'accesso alla procedura del fallimento ai sensi della legge fallimentare);
- la *crisi* o l'*insolvenza* siano presupposto per l'accesso alle procedure di concordato preventivo nonché agli *strumenti negoziali stragiudiziali*, costituiti dagli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56, CCII), accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57, ss., CCII) e convenzione di moratoria (art. 62, CCII)[5];
- la *crisi* sia presupposto esclusivo e sufficiente per le **procedure di allerta** e le **procedure di composizione assistita della crisi,** che si presentano in stretta correlazione con la disciplina degli strumenti di allerta finalizzati appunto a consentire una rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, così da permettere di trovare una soluzione mediante l'adozione di opportune misure organizzative e negoziali.

2.2. Nuovo art. 2086, cod. civ. Obblighi organizzativi

Il diritto societario viene altresì coinvolto dalla riforma, poiché una delle principali novità introdotte dal codice riguarda specifici **obblighi organizzativi** in capo all'imprenditore.

[5] L'istituto del **concordato preventivo** continua dunque ad essere attivabile sia dai debitori in stato di crisi che da quelli in stato di insolvenza, consentendo ai soggetti di poter quindi utilizzare lo strumento concordatario già al verificarsi dei primi sintomi di difficoltà, senza che questi debbano attendere l'aggravamento del dissesto e il manifestarsi dell'insolvenza vera e propria. Inoltre, poiché la normativa in punto di piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti parla espressamente di *stato di crisi o di insolvenza*, è possibile concludere che lo stato di insolvenza possa, talvolta, presentarsi come reversibile e quindi conciliabile con le finalità recuperatorie dell'equilibrio di economicità, proprie di tali istituti negoziali – pacifico che il piano attestato di risanamento, avendo l'esplicito obiettivo di far rientrare l'esposizione debitoria dell'impresa per poter giungere nuovamente all'equilibrio finanziario, sia pertanto riservato alle ipotesi di continuità aziendale e non già alle ipotesi liquidatorie o dismissive del complesso organizzativo e produttivo.

Tabella 17. Art. 3, CCII

Art. 3, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza *Doveri del debitore*	L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte. L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

In applicazione alla norma qui riportata, gli imprenditori sono direttamente responsabili ai fini dell'elaborazione e concreta adozione di un modello organizzativo rivolto al monitoraggio e alla verifica della sussistenza degli equilibri di economicità, anche allo scopo di poter prevedere adeguatamente il possibile andamento della gestione. Il *going concern* si accompagna quindi alla possibilità di far emergere l'eventuale stato di crisi in modo tempestivo, permettendo di identificare le modalità di superamento dello stesso grazie agli strumenti a ciò preposti. Non è ovviamente possibile acquisire una visione globale dell'obbligo organizzativo di cui si discorre, senza una lettura congiunta del nuovo articolo del codice civile, giacché entrambe le disposizioni sono preposte a lavorare congiuntamente ed in perfetta sinergia tra loro.

Tabella 18. Art. 2086, cod. civ.

Art. 2086, codice civile *Gestione dell'impresa*	L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. L'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Il tema, dunque, risulta altresì veicolato dal **nuovo art. 2086, cod. civ.,** immediatamente vigente, il cui portato precettivo rafforza la posizione di garanzia dell'amministratore e costituisce un punto di riferimento certo per poter raggiungere la finalità di gestione controllata della crisi. Circa il ruolo acquisito dal nuovo disposto codicistico si tornerà successivamente nel prosieguo, in ragione dell'importante portata sistemica della norma, che estrinseca i suoi effetti sia in tema di bancarotta documentale[6] che in tema di responsabilità delle persone giuridiche e

[6] V. § 6. *L'ostensibilità patrimoniale e finanziaria in punto di accesso alle procedure di composizione assistita della crisi. Quali conseguenze ai fini della bancarotta documentale?,* infra. presente Capitolo.

degli enti privi di personalità giuridica[7]. Riguardo a questa novità, ad opinione di chi scrive pare ragionevole affermare che, già prima della introduzione del nuovo articolo in esame, fornendo un'interpretazione sistemica e organica all'ordinamento in vigore, si potesse giungere all'esistenza *attuale* di un dovere di organizzazione coerente con la natura e le dimensioni dell'impresa[8]; d'altronde, volendosi posizionare nel contesto di un ordinamento giuridico uniforme e dotato di coerenza intrinseca, tale chiave di lettura si ritiene essere l'unica possibile per cogliere appieno l'*animus* del legislatore e lo spirito delle norme sul punto. È comunque un aspetto valutabile positivamente che sia stata introdotta una disposizione della portata del nuovo art. 2086, cod. civ., che senz'altro dirime ogni possibile foschia sul tema, denotando un cambio di passo anche in funzione della garanzia per i creditori.

2.2.1. Responsabilità degli amministratori

Il dato emergente dai citati articoli è il seguente: ogni qualvolta sia intravedibile un rischio per la continuità aziendale, l'imprenditore ovvero l'amministratore devono intraprendere un percorso obbligato di risanamento, avendo avuta tempestiva contezza della situazione finanziaria e patrimoniale, ricorrendo a uno degli strumenti volti al superamento della crisi. L'impresa dunque non può essere dotata unicamente del sistema informativo orientato esclusivamente alla tenuta della contabilità ordinaria, ma deve estendersi a un controllo di gestione adeguato a tutelare preventivamente la continuità aziendale, riuscendo a rilevare e segnalare i sintomi del dissesto.

---

[7] V. § 7. *Responsabilità degli enti. La disciplina del d. lgs. 231/2001 all'alba della riforma,* infra. presente Capitolo.

[8] Si pensi all'art. 2381, cod. civ., in cui si esprime il compito, in capo al consiglio di amministrazione, di valutare l'*adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile;* l'art. 2409-octiesdecies, cod. civ., in cui si enunciano i doveri del comitato per il controllo sulla gestione tipico del sistema di amministrazione monistico, fra cui spicca quello di vigilare sull'*adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione;* l'art. 149, TUF, ove in punto di collegio sindacale, si esprime chiaramente che la vigilanza dell'organo debba esercitarsi anche nei confronti della *adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione;* l'art. 6, d. lgs. 231/2001, che esonera da responsabilità l'ente il quale dimostri che l'*organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi,* posto che fra i reati tipici del decreto certamente vi rientrano quelli aventi natura contabile e organizzativa.

Nell'ambito specifico della crisi, è possibile delineare profili di **responsabilità dell'organo amministrativo** riconducibili alle seguenti ipotesi[9]:

i. aver cagionato il danno o aggravato la crisi;

ii. aver tardivamente percepito i sintomi della crisi, e non aver reagito in modo tempestivo;

iii. aver fatto un uso non soddisfacente degli strumenti atti a fronteggiare la crisi o limitarne la sua portata.

Da una prima lettura delle suddette ipotesi emerge subito come queste siano strumentalmente collegate all'inadempimento di non aver istituito un assetto organizzativo, amministrativo e contabile parametrato sulla base della natura dell'impresa e le sue dimensioni, senza che gli amministratori potessero pertanto monitorare in modo costante le condizioni di salute finanziaria dell'impresa e adottare eventuali rimedi opportuni alla luce degli squilibri di economicità.

Con l'art. 378, CCII viene altresì integrato l'art. 2486, cod. civ., in materia di poteri degli amministratori delle società di capitali nel procedimento di scioglimento e liquidazione delle stesse. Il terzo comma del novellato articolo del codice civile si inserisce nel contesto della accertata responsabilità in capo all'organo amministrativo, con la finalità di definire il danno risarcibile mediante l'introduzione di una presunzione legale rivolta alla determinazione del *quantum* dell'offesa, qualora manchino prove di un diverso ammontare ovvero nel caso di accesso alle procedure concorsuali e contestuale mancanza delle scritture contabili – o loro irregolarità – e conseguente impossibilità di determinazione dei *netti patrimoniali.* Il legislatore si conferma intenzionato a punire le situazioni in cui gli amministratori di società non si siano attivati tempestivamente per fare emergere la crisi, compromettendo o vanificando completamente la prospettiva della continuità aziendale.

2.2.2. Ampliamento della platea delle società tenute alla nomina del revisore legale o del collegio sindacale

Il CCII non si limita a introdurre gli obblighi appena descritti, ma in rafforzamento del proprio *rationale* indirizzato al rilevamento tempestivo della decozione dell'attività economica, sostituisce il terzo e il quarto comma dell'art. 2477, cod. civ., abbassando i limiti per l'obbligatorietà dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti, attraendo alla portata della norma anche piccole società che, prima

[9] I profili di responsabilità emergenti dal CCII sarebbero il frutto di una lettura congiunta dell'art. 3, CCII, e degli artt. 2086 e 2392, cod. civ., il quale quest'ultimo è rubricato *Responsabilità verso la società,* e al primo comma sancisce la responsabilità solidale degli amministratori nei confronti della società, per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto.

d'ora, erano escluse dalla portata d'azione della disposizione. Sono pertanto obbligate a procedere alla nomina quelle società che, per due esercizi consecutivi, superino almeno *uno* (precedentemente, erano due) dei seguenti limiti:

- Totale dell'attivo di Stato patrimoniale € 2 milioni (prec. € 4.4 milioni);
- Ricavi di vendita e delle prestazioni € 2 milioni (prec. € 8.8 milioni);
- Numero medio dei dipendenti occupati in corso d'esercizio 10 unità (prec. 50 unità).

Taluni presidi pubblicistici si trovano investiti di poteri di enforcement rispetto ai doveri dell'imprenditore e degli amministratori nel presente richiamati. Detti presidi avrebbero duplice funzione: garantire l'effettivo ritorno dell'impresa a uno stato di salute o comunque esterno al perimetro della crisi, da un lato, ovvero assicurare l'intrapresa dell'opzione liquidatoria senza indugio nel caso in cui la crisi non possa essere superata e sia sfociata in insolvenza irreversibile, dall'altro lato. In questo ambito è possibile trovare istituti suscettibili di una sintetica classificazione entro tre categorie:

- *di impulso:* come, per esempio, i poteri/doveri in capo ai creditori istituzionali, i quali devono favorire l'emersione di eventuali problematicità attinenti all'esposizione debitoria dell'impresa;
- *di controllo:* si pensi alla valutazione che il giudice è chiamato a svolgere in punto di fattibilità economica dei piani di risanamento;
- *di reazione:* emblematico il coinvolgimento del Pubblico Ministero, allertato dagli organi della procedura allo scopo di attivare gli strumenti penalistici del caso qualora vi sia inerzia del debitore in crisi, ovvero in caso di suo ritardo nell'avvio di altre opzioni procedurali a seguito dell'esito infausto di altre precedentemente attivate.

Nel prosieguo si espliciteranno, nell'ambito degli istituti *di impulso,* le caratteristiche e i ruoli delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, delineando una definizione di massima degli organi che vi competono, dei soggetti coinvolti, e della cronologia con cui le due diverse soluzioni dovrebbero susseguirsi nel disegno proiettato dalla nuova riforma.

2.3. Procedure di allerta e procedure di composizione assistita della crisi

Per facilitare, incentivare ed al contempo assicurare il presidio alla rilevazione tempestiva del dissesto, vengono introdotte specifiche procedure di allerta e composizione assistita della crisi affinché la difficoltà dell'organismo produttivo venga segnalata agli organi competenti e si faciliti la sua gestione massimizzando le possibilità di recupero del complesso aziendale. Entrambe le procedure sono

caratterizzate da confidenzialità, e sono state collocate all'esterno del Tribunale per tentare di arginare il rischio che il ricorso agli istituti preposti venga percepito, dall'impresa o dai terzi, come l'anticamera di una inevitabile procedura concorsuale più grave; nello specifico, si svolgono entrambe dinanzi all'*organo di composizione della crisi d'impresa* c.d. OCRI.

L'art. 2, CCII definisce l'OCRI come quell'organismo avente il *compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi.* L'OCRI è costituito presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, e opera per il tramite di un referente individuato nel suo segretario generale, ed il suo ufficio, il quale deve assicurare primariamente la tempestività del procedimento, esercitando la sua vigilanza sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti. Fra i suoi compiti, c'è quello di ricevere le segnalazioni interne ovvero esterne, provenienti dai soggetti qualificati, nonché assistere l'imprenditore nelle trattative con i creditori.

L'OCRI svolge il compito assegnatogli istituendo un collegio di tre esperti – fra cui uno nominato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, uno designato dalla camera di commercio, e uno appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, sentito quest'ultimo in proposito.

2.3.1. Obblighi di segnalazione. Procedura di allerta

La **procedura di allerta** ha lo scopo di rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa, consentendo al debitore di risollevare le proprie sorti adottando misure organizzative più efficienti e idonee a tale scopo. L'intervento del debitore avviene con l'ausilio dell'OCRI, ma **senza** coinvolgere attivamente i creditori i quali, in questa fase, rimangono idealmente all'oscuro del procedimento. L'obiettivo che la procedura si propone di raggiungere è quello di fornire, all'imprenditore, un supporto consulenziale di impronta aziendalistica, contabile e legale, in modo da aiutarlo il più possibile nel vagliare tutte le possibili soluzioni allo stato di crisi o di insolvenza.

La procedura in questione si accompagna a puntuali **obblighi di segnalazione,** interni ed esterni all'impresa, in capo dunque all'imprenditore, agli organi di controllo dell'impresa organizzata in forma societaria, nonché in capo a determinati c.d. creditori istituzionali – essenzialmente, Agenzia delle Entrate, enti previdenziali e Agente della Riscossione– i quali hanno il potere/dovere di segnalare la situazione al superamento di talune soglie quantitative dei crediti vantati nei confronti dell'impresa. L'apertura del legislatore circa la segnalazione da parte dei creditori

enti pubblici è quantomai particolare e non del tutto inaspettata, nella misura in cui la dottrina si è talvolta espressa a favore di tale soluzione[10].

La **segnalazione interna** si svolge a carico degli organi di controllo e del revisore, i quali in primis dovranno riferire all'organo amministrativo circa l'esistenza di fondati motivi di crisi, sì che in caso di mancata o inadeguata attivazione da parte di quest'ultimo, dovranno procedere a segnalare la situazione all'OCRI. Ai sensi dell'art. 14, CCII i predetti soggetti, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, sono obbligati a verificare che gli amministratori valutino continuativamente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e la sussistenza o meno dell'equilibrio di economicità, inquadrando quindi il prevedibile andamento della gestione; l'esistenza di *fondati indizi della crisi* è desumibile dagli **strumenti diagnostici** previsti dall'art. 13, CCII. Appurata la necessità di procedere alla segnalazione, quest'ultima deve essere motivata ed effettuata per iscritto a mezzo di posta elettronica certificata, o comunque con mezzi idonei ad assicurarne l'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un termine congruo, non superiore a trenta giorni, entro cui gli amministratori devono riferire in merito alle soluzioni individuate e azioni risolutive e di contenimento poste in essere, anche con l'ausilio dell'OCRI e senza la necessità che siano coinvolti i creditori. Nel caso in cui il termine appena menzionato decorra invano, o qualora le soluzioni prospettate non siano concretamente idonee a fronteggiare la congiuntura dell'impresa, i soggetti sono tenuti ad

[10] Il riferimento è a Marinucci il quale, brillantemente, analizzando il contesto economico che ha condotto alla crisi finanziaria del 2008 – 2009 c.d. crisi dei *subprime,* fra le cause imputabili al disastro annovera la mancanza di controlli pubblici nelle operazioni di mercato; in particolare, egli sostiene come «sistemi di controllo istituzionali possono portare alla scoperta della criminalità d'impresa», definendo poi, come segue, la quadra della sua tesi: «Morale: regole più severe e più chiari e penetranti controlli endosocietari e istituzionali sono gli unici "guardiani" in grado di consentire la tempestiva scoperta degli illeciti societari». Pacifico che introdurre riflessioni sulla deregolamentazione dei mercati finanziari che ha caratterizzato le politiche liberiste dei Paesi economicamente sviluppati nella storia recente costituirebbe una deriva rispetto al focus della presente trattazione, è inevitabile sottolineare come le affermazioni del Marinucci risultino quantomai attuali se poste nel contesto delle finalità del legislatore del CCII, che in un certo senso le recepisce pienamente nelle sue finalità preventive e di gestione tempestiva degli eventi di crisi aziendale (G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato?,* cit., 2008).

A sostegno di tale posizione, non mancano esempi verificatisi nel concreto; p. es., v. Cass. pen. Sez. I, 3 aprile 2018, n. 14783, in cui la società fallita si dimostra dinanzi ai giudici come sistematicamente inadempiente nei confronti e del fisco e degli enti previdenziali, ma poiché nell'ordinamento non era finora previsto un controllo pubblico sulla falsariga della segnalazione proposta dal CCII, svolta da parte di tali creditori qualificati, gli inadempimenti non sono potuti emergere in tempo per frenare la condotta rimproverata alla società. Senza alcuna pretesa di valutare la situazione col senno di poi, è indubbia la valenza della vicenda quale interessante materiale di riflessione sul punto.

informare senza indugio l'organismo di composizione della crisi OCRI, ciò in deroga all'obbligo di riservatezza che grava su di loro, e al fine di attivare la procedura di allerta innanzi all'OCRI stesso[11].

La **segnalazione esterna** orbita intorno al superamento di talune soglie quantitative dell'esposizione debitoria nei confronti dell'ente specifico su cui grava l'obbligo stesso. Anche questa tipologia di segnalazione, così come quella interna, è indirizzata **al debitore** e non a un soggetto esterno all'impresa. Ricevuta la segnalazione, il debitore ha novanta giorni di tempo per dimostrare alternativamente: l'estinzione totale del proprio debito; la regolarizzazione dei pagamenti rateali con l'Agenzia delle Entrate; la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi; la presentazione della domanda di accesso a una procedura concorsuale. Così come nella precedente ipotesi di segnalazione interna, una volta decorso il termine di novanta giorni senza che il debitore abbia dato prova di aver provveduto alla segnalazione ricevuta, il creditore pubblico qualificato dovrà informare senza indugio l'organismo di composizione della crisi OCRI[12]. L'importanza della segnalazione esterna è tanto marcata che il legislatore intende sanzionare i creditori pubblici qualificati che omettano di dare attuazione alla segnalazione qualora ne ricorrano le condizioni: Agenzia delle Entrate e INPS non potranno far valere il titolo di prelazione spettante sui loro crediti in caso di apertura di una procedura concorsuale a carico del debitore, dovendo quindi insinuarsi quali creditori chirografari e non privilegiati; l'Agente della Riscossione non potrà opporre il credito per la parte relativa alle spese e agli oneri di riscossione[13].

---

[11] G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza,* rif. p. 27, 2021, in cui l'Autore giustamente sottolinea come la tempestiva segnalazione da parte degli organi di controllo societari o del revisore legale, costituisce una causa di esonero da responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni od azioni successivamente poste in essere dagli amministratori. La responsabilità non sussisterà, dunque, per il danno provocato dal ritardato accesso ad una procedura; tuttavia, sarà salva la responsabilità per i danni conseguenti ad altre diverse condotte poste in essere dagli amministratori nel periodo successivo alla segnalazione, i quali non si sarebbero prodotti se l'organo di controllo avesse ottemperato al proprio ruolo di vigilanza. Per evitare ritorsioni da parte dei soci di maggioranza, il legislatore ha previsto che la segnalazione di fondati indizi della crisi non può costituire giusta causa di revoca dall'incarico.

[12] Non si procederà a segnalazione qualora il debitore documenti di essere titolare di **crediti d'imposta** o altri crediti vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni, risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal MEF. L'ammontare complessivo dell'esistenza creditoria affinché non debba procedersi a segnalazione deve essere non inferiore alla metà del debito nei confronti del creditore pubblico qualificato.

[13] Queste sanzioni potrebbero potenzialmente aprire profili di responsabilità erariale innanzi alla Corte dei Conti, in capo ai funzionari che abbiano cagionato il danno, poiché l'inefficacia del

Entro quindici giorni dalla ricezione della segnalazione, l'OCRI deve procedere all'**audizione del debitore** convocando quest'ultimo o l'organo di controllo. La convocazione deve svolgersi in maniera riservata e confidenziale in modo da garantire il contenimento della notizia, evitando che i terzi vengano a conoscenza della procedura in corso ed arginando così il rischio che tale circostanza possa eventualmente aggravare lo stato di crisi in cui versa l'impresa. Sentito il debitore e preso atto degli elementi da questi forniti, il collegio ha dinanzi a sé due alternative: disporre l'archiviazione della segnalazione ricevuta, qualora ritenga che nel caso di specie non sussista la crisi; rilevare l'esistenza della crisi individuando, in concerto con il debitore, le possibili misure per ripristinare le condizioni ottimali allo svolgimento dell'attività economica; a quest'ultima si accompagna la fissazione di un termine entro cui il debitore dovrà successivamente riferire in merito all'attuazione delle soluzioni individuate.

Preme specificare in questa sede che il collegio può unicamente individuare le misure idonee al superamento della crisi o dell'insolvenza, ma non può a questo punto forzarne l'attuazione, giacché quest'ultima è rimessa alla libera iniziativa del debitore, che può attuarle in tutto o in parte, ovvero discostarsene completamente, assumendosene nel caso la responsabilità. Ad ogni modo, la procedura di allerta è destinata a chiudersi con l'adozione delle iniziative da parte del debitore, o con la comunicazione dell'OCRI agli autori delle segnalazioni, in quanto se allo scadere del termine fissato il debitore non assume alcuna iniziativa, il collegio provvederà a comunicarlo al soggetto segnalatore.

La procedura di allerta può chiudersi anche prima di tali circostanze: qualora il debitore non compaia per l'audizione; qualora il debitore compaia, ma l'OCRI non ritiene vi siano misure idonee a risollevare le sorti dell'impresa ormai palesemente e manifestamente decotta – in tal caso, non verrà attribuito termine alcuno per la realizzazione delle soluzioni, in quanto il procrastinarsi ulteriore della situazione di insolvenza (e non, nel caso di specie, mera crisi) avrebbe come unico effetto quello di aggravare il dissesto a danno della compagine creditoria. In entrambi i casi, se il collegio ritiene che in base agli elementi acquisiti sia possibile sostenere uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala al Pubblico Ministero, salvo che il debitore stesso non presenti istanza di composizione assistita della crisi o domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

---

privilegio e l'inopponibilità del credito determinano un pregiudizio per il creditore praticamente certo, una volta che il debitore abbia ottenuto accesso ad una procedura concorsuale.

2.3.2. Procedura di composizione assistita della crisi

La **composizione assistita della crisi** subentra ove non si riuscisse a superare il dissesto mediante le riorganizzazioni aziendali intervenute nel precedente stadio di *allerta,* pertanto l'OCRI, fungendo quale mediatore tra debitore e creditori – stavolta, pienamente coinvolti – cercherà di favorire il raggiungimento di un **accordo** che permetta di evitare il deterioramento del dissesto.

Entrando maggiormente nel dettaglio, l'istituto della **composizione assistita della crisi** interviene, in termini pratici, qualora sia necessario effettuare una **ristrutturazione finanziaria** per appianare l'esposizione debitoria nei confronti dei creditori. Il procedimento dunque condivide gli obiettivi con il precedente in ambito di allerta, tuttavia presenta differenze in punto di avvio, svolgimento, e possibili esiti.

L'istanza per darne avvio è prodotta esclusivamente dal debitore, idealmente nel corso dell'audizione che si svolge durante la procedura di allerta, ma può avvenire anche prima o dopo: questi può presentare l'istanza all'OCRI sia a seguito di segnalazioni che a prescindere dall'esistenza delle segnalazioni stesse; importante incentivo in tal senso, è rappresentato dal fatto che è possibile avere una protezione dalle azioni esecutive e cautelari in corso di procedura[14], impedendo così la dissoluzione irreversibile del complesso aziendale quale eventuale conseguenza di azioni dei creditori *uti singuli.* Ad ogni modo, una volta presentata l'istanza, sarà compito del collegio convocare il debitore (e gli organi di controllo, se trattasi di società) per un'audizione preliminare, all'esito della quale verrà fissato un termine non superiore a novanta giorni – prorogabili di ulteriori novanta, solo in caso di riscontro positivo delle trattative stesse – per consentire una soluzione negoziale alla crisi dell'impresa. Sarà poi compito del debitore avviare la trattativa con i suoi creditori più significativi entro il termine fissato, e con il relatore del collegio che ne seguirà personalmente lo svolgimento, cercando di favorire il raggiungimento di un punto di caduta in comune visione con le parti.

Durante questo arco temporale, l'OCRI procede ad acquisire nel più breve tempo possibile, dal debitore autonomamente ovvero dietro sua richiesta, l'**elenco dei creditori** e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei loro rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione, procedendo alla predisposizione di una

[14] L'effetto protettivo è subordinato a specifica richiesta del debitore, sottoposta a verifica in sede giudiziale. Entro trenta giorni il giudice, avendo assunto le informazioni necessarie, conferma o revoca con decreto le dette misure protettive, le quali avranno durata di tre mesi, prorogabile di ulteriori tre, dietro istanza del debitore, e a condizione che il collegio rilasci un'attestazione che certifichi significativi progressi compiuti nelle trattative tali da rendere plausibile il raggiungimento dell'accordo.

relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa[15].

I possibili esiti della procedura di composizione assistita della crisi sono:

a) Raggiungimento di un accordo con i creditori;
b) Superamento della crisi, anche in assenza di eventuale accordo;
c) Deposito di una domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
d) Segnalazione al Pubblico Ministero.

Qualora si raggiunga un accordo *sub a),* questo sarà equivalente ad un **piano attestato di risanamento** ex art. 56, CCII, che conferisce l'esenzione dalla revocatoria degli atti compiuti in esecuzione dello stesso, qualora vi sia una successiva pronunzia di liquidazione giudiziale. L'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese è rimessa alla decisione del debitore, con il consenso dei creditori.

Il verificarsi della condizione *sub b),* ossia il superamento della crisi in assenza di accordo, è uno scenario poco probabile per quanto non impossibile, e riferisce alla circostanza in cui siano state evidentemente reperite tutte le risorse sufficienti a far fronte alle obbligazioni di scadenza più prossima, così da realizzare obiettivamente le condizioni per una ragionevole prosecuzione dell'attività d'impresa, consentendo la chiusura del procedimento senza che sia stato necessario il raggiungimento di un accordo specifico o l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza – ipotesi *sub c),* che non necessita in questa sede di particolari approfondimenti.

Per ciò che concerne l'ipotesi *sub d),* se l'accordo non viene raggiunto, e permanga dunque lo stato di crisi ma senza che il debitore abbia autonomamente presentato una domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il collegio invita il debitore a presentare tale istanza di accesso entro il termine perentorio di trenta giorni, decorsi i quali verrà fatta apposita **segnalazione al Pubblico Ministero**, nel caso in cui gli elementi raccolti diano conto di uno stato di insolvenza in corso. Alla medesima conclusione si giungerebbe nel

[15] Da un'attenta lettura dell'art. 19, comma 2, CCII si evince un implicito **requisito per l'accesso alle procedure** di composizione assistita della crisi, costituito appunto dall'esistenza di una contabilità generale ordinata e tenuta in modo veritiero e corretto, suscettibile di essere proficuamente utilizzata per poter consentire al collegio di redigere la situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata – sostanzialmente, un **bilancio intermedio** ex OIC 30, *I bilanci intermedi* – nonché di effettuare la stesura dell'elenco dei creditori in essere. Questo aspetto è di cruciale importanza, in quanto non si possono ignorare gli eventuali profili penali in relazione al reato di bancarotta documentale. Sul punto si tornerà nel prosieguo (v. § 6.1. *L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi* in corso *di condotte documentali tipiche,* infra. presente Capitolo, in cui si approfondiscono le figure di reato corrispondenti).

caso in cui, dopo l'invito a comparire, il debitore non sia comparso per l'audizione convocata. A prescindere dalle modalità di segnalazione, il Pubblico Ministero, preso atto della notizia di insolvenza e avendola ritenuta fondata, presenta il ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale entro sessanta giorni dall'avvenuta ricezione della comunicazione da parte del collegio dell'OCRI[16].

2.3.3. Doveri delle parti

Nel corso di svolgimento dell'iter procedurale dell'allerta e della composizione assistita della crisi, tutti i soggetti coinvolti sono assoggettati a specifici obblighi e doveri in modo da garantire un ordinato decorso delle attività.

Debitore e creditori devono comportarsi secondo **correttezza e buona fede** così come sancito dall'art. 1175, cod. civ. in materia di obbligazioni generali, potendosi includere in questo spettro comportamentale l'obbligo di informare la controparte circa ogni questione rilevante, nonché l'obbligo di protezione inteso ad evitare che i beni coinvolti nel rapporto subiscano pregiudizi. Fra gli altri, il **debitore** ha il dovere di illustrare la propria situazione debitoria in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori le informazioni necessarie a poter vagliare gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelti. Egli deve altresì assumere tempestivamente le iniziative idonee a facilitare una rapida definizione della procedura, oltre che allo scopo di non pregiudicare i diritti dei suoi creditori. Nelle more delle procedure di regolazione della crisi, il debitore deve gestire il patrimonio e l'impresa nell'interesse prioritario dei **creditori,** i quali hanno, per contro, il dovere di collaborare lealmente sia con il debitore che con i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Di particolare importanza, è ovviamente l'obbligo alla riservatezza circa la situazione in cui versa il debitore, su tutte le iniziative da questi assunte e su qualunque informazione acquisita: ciò pare strumentale non solo ad evitare pregiudizi in capo al debitore, bensì anche ad evitare

[16] In buona sostanza, l'iter procedurale civilistico si risolve nella previsione di identiche procedure e identici strumenti regolatori che risultano applicabili sia in presenza di uno stato di crisi che in presenza di uno stato di insolvenza: non si può non evidenziare la «perplessità al cospetto di un assetto penale che vede nell'insolvenza (*rectius:* nella dichiarazione giudiziale dell'insolvenza) la condizione alla quale è subordinata l'applicabilità delle fattispecie di bancarotta». Poiché è ben plausibile che le trattative in seno all'OCRI non trovino un esito favorevole, la prospettiva che la procedura di composizione assistita della crisi si risolva in una segnalazione al Pubblico Ministero non pare poi così remota. Fanno dunque riflettere le parole del Mucciarelli laddove egli considera che questa eventualità di apertura di una «liquidazione giudiziale *quale conclusione del procedimento* (sul cui sfondo incombono i reati di bancarotta) sia destinata a non facilitare il ricorso ai nuovi istituti» (F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali,* in *Diritto penale e processo,* cit., p. 1194, 2019 – corsivo dell'Autore).

pregiudizi a danno dei creditori stessi, i quali certamente non sarebbero avvantaggiati da un'eventuale fuga di notizie che avesse l'esito infausto di aggravare la crisi ovvero conclamare l'insolvenza.

Sul versante delle **autorità preposte,** i componenti del collegio costituito presso l'OCRI, ivi inclusi i referenti ed il personale dei relativi uffici, sono a loro volta soggetti al medesimo obbligo di riservatezza, e non possono essere tenuti a deporre dinanzi all'autorità giudiziaria circa il contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni. Il legislatore riconosce nei loro confronti le medesime prerogative attribuite ai difensori e ai mediatori, favorendo il rapporto confidenziale tra debitore ed organismo, ritenuto indispensabile per il buon funzionamento e positivo esito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi[17].

2.4. Indicatori della crisi e ruolo del professionista indipendente

Nel corso dei par. precedenti si è cercato di sottolineare quanto il legislatore ritenga estremamente importante la rilevazione tempestiva dello stato di crisi, affinché possa darsi una proficua attuazione alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Si è altresì approfondito il tema degli obblighi in capo al debitore, di organizzazione e controllo di gestione che, concettualmente oltre che temporalmente, costituiscono l'anticamera per poter effettivamente espletare l'iter procedimentale concepito. L'art. 13, CCII si inserisce nell'ambito di questo vasto terreno, disponendo in materia di **indicatori della crisi.**

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC) avrà il compito di elaborare, con cadenza almeno triennale e tenuto conto delle *migliori prassi nazionali ed internazionali,* degli appositi indici economici che consentano di rilevare in modo agevole, omogeneo e quanto più imparziale possibile, quei segnali cui possa ragionevolmente ricondursi la sussistenza di uno stato di crisi. Seguendo l'impostazione data dalle scienze aziendalistiche, il legislatore ha quindi definito alcuni indicatori della crisi, fra cui: gli **squilibri** di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche congiunture dell'attività economica svolta dal debitore, emergenti appunto da indici appositi i quali *diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale,* riferite queste ultime all'esercizio in corso, ovvero ai sei mesi successivi qualora la durata dell'esercizio, al momento della valutazione, abbia un respiro temporale inferiore; l'esistenza di significativi e reiterati

[17] A tale scopo, si applicano gli artt. 103 e 220, cod. proc. pen. poiché compatibili.

ritardi nei pagamenti; il **superamento,** nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi, degli indici di cui sopra[18].

La lista concepita dal Consiglio ha una struttura essenzialmente gerarchica, la cui applicazione è concettualmente modellata sul diagramma di seguito rappresentato:

Tabella 19. Gerarchia degli indicatori dello stato di crisi

<table>
<tr><td rowspan="2">PATRIMONIO NETTO</td><td>Maggiore del limite legale o positivo</td><td>presunzione di crisi</td><td>in bonis</td><td>presunzione di crisi in caso di non superamento delle soglie degli indici settoriali</td></tr>
<tr><td>Minore del limite legale o negativo</td><td>presunzione di crisi</td><td>presunzione di crisi</td><td>presunzione di crisi</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td>Negativo</td><td>Positivo</td><td>Inattendibile o non disponibile</td></tr>
<tr><td></td><td></td><td colspan="3">DEBT SERVICE COVERAGE RATIO</td></tr>
</table>

Fonte. R. MARCIANESI, *La liquidazione giudiziale,* in *Quaderni n. 81* a cura della *Fondazione Commercialisti ODCEC di Milano,* rif. p. 36, 2020.

Il punto di partenza è prima di tutto il valore del **Patrimonio netto,** il quale attestandosi a un livello inferiore all'unità conduce immediatamente verso la ragionevole presunzione dello stato di crisi. Un valore positivo, vedrà invece l'analisi estendersi verso l'indicatore *Debt Service Coverage Ratio* **(DSCR),** vera e propria novità nel panorama degli indicatori pensati in attuazione della riforma[19], in quanto

[18] Per ciascuno degli indici individuati dal CNDCEC, quest'ultimo si è occupato altresì di individuare valori soglia di riferimento, ossia i benchmark, differenti e suddivisi per tipologia di impresa. I benchmark espressi sono formulati considerando dunque tutti i principali settori economici, ma è possibile che, a seconda della specificità dell'impresa considerata, costituiscano una mera traccia iniziale, utile poi a personalizzare gli indici di riferimento che l'impresa intenda in concreto utilizzare. Un'analisi approfondita dovrà considerare le caratteristiche dell'impresa in esame, il contesto in cui l'impresa opera e il settore economico di appartenenza. In tal modo, sarebbe plausibile giungere a indicatori che meglio riescono a ritrarre le peculiarità dell'entità economica in oggetto, per poi investigare i valori benchmark da considerare partendo da una dettagliata analisi dell'ambiente competitivo, che permetta di esaminare il valore dell'indicatore quando applicato ai maggiori competitors dell'impresa presenti sul mercato.

[19] Gli indicatori messi a punto dal CNDCEC sono prevalentemente indicatori "tradizionali" di diretta derivazione dalle scienze aziendalistiche e dal settore della finanza; tuttavia, il DSCR spicca

concepito per raggiungere la maggiore aderenza possibile alle finalità del legislatore nonché alla definizione di "stato di crisi" da questi fornita nel CCII stesso, la quale si concentra sulla sostenibilità non già limitatamente attuale, bensì prospettica, dei debiti, proiettando l'analisi nei sei mesi successivi. L'indice DSCR è costituito da un rapporto che vede, al numeratore, l'ammontare dei flussi di cassa disponibili al servizio del debito[20], mentre al denominatore si considerano le poste di debito il cui rimborso è previsto nei sei mesi successivi[21]. Da sottolineare che l'utilizzabilità del DSCR è limitata, in quanto il CNDCEC stesso l'ha prevista a patto che vi siano «dati prognostici non ritenuti inaffidabili dagli organi di controllo secondo il loro giudizio professionale»[22]: la base per il suo calcolo è il budget di tesoreria, tassello fondamentale per poter ricostruire preventivamente i flussi di cassa rilevanti per il calcolo di entrambi i termini al numeratore e al denominatore. Qualora i dati non dovessero essere ritenuti affidabili, sarà necessario non basare l'analisi sul DSCR e spostare l'attenzione verso gli *indici di settore*, così indicando i cinque indicatori di stampo più "tradizionalista" messi a punto dal Consiglio[23].

Gli **indici di settore** includono: indice di sostenibilità degli oneri finanziari, indice di adeguatezza patrimoniale, indice di ritorno liquido dell'attivo, indice di liquidità, indice di indebitamento previdenziale o tributario. Non ritenendo questa la sede opportuna per soffermarsi sul calcolo del DSCR e di ciascuno degli indici di settore messi a punto dal CNDCEC, sul punto è sufficiente affermare che la valutazione dei dati emergenti dall'analisi per indici può quindi far presumere la

---

tra loro sia per il ruolo – prevalente rispetto agli altri – che per le modalità con cui è stato "ritagliato" intorno alle esigenze della riforma.

[20] La cui base di partenza è costituita dal valore dell'FCFO *free cash flow from operations,* determinato sulla base dei flussi finanziari derivanti dall'attività operativa, utilizzando il prospetto del Rendiconto finanziario (v. OIC 10. *Rendiconto finanziario,* §§ da 26 a 31). Tale valore viene poi aggiustato per tenere conto delle esistenze liquide iniziali e delle linee di credito eventualmente disponibili nell'orizzonte temporale considerato.

[21] Fra le altre, vi si includono i pagamenti previsti sul debito finanziario, per quote capitale e quote interessi; il debito fiscale o contributivo, comprensivo di sanzioni e interessi; i debiti commerciali nei confronti dei fornitori e degli altri creditori. Ognuna di queste voci è comunque soggetta ad un'appropriata elaborazione extracontabile ai fini della sua corretta partecipazione al calcolo dell'indice.

[22] *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta,* Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, cit., p. 17, 20 ottobre 2019.

[23] Valori del DSCR maggiori dell'unità faranno arrestare l'analisi, potendo scartare la presunzione di uno stato di crisi; per contro, valori del DSCR inferiori all'unità condurranno a una presunzione dello stato di crisi. Qualora il DSCR non sia disponibile o non sia ritenuto attendibile, l'analista dovrà approfondire la sua indagine utilizzando gli altri cinque indici di settore. Ciò può avvenire anche nel caso in cui l'impresa non sia strutturata sufficientemente da poter investire le risorse necessarie all'utilizzo del DSCR in linea con le indicazioni del legislatore e del Consiglio.

sussistenza di uno stato di crisi in capo all'impresa considerata, fatta salva la possibilità, per quest'ultima, di modificare gli indici laddove non li ritenga adeguati al proprio contesto specifico, potendo così adattarli alla fattispecie organizzativa, dimensionale e gestionale che caratterizza la propria realtà economica. Dell'opera di adeguamento di questo calibro dovrà darsi conto in nota integrativa al bilancio d'esercizio, in cui saranno altresì presenti gli indici prescelti per far ragionevolmente presumere lo stato di crisi.

Nel complesso, per ciò che riguarda l'individuazione dello stato di crisi, le soluzioni fornite dal CCII sembrano essere caratterizzate da un buon grado di flessibilità e paiono orientate verso una snellezza procedurale che dovrebbe contribuire a mantenere un certo grado di coerenza operativa con l'attività economica esaminata, oltre che facilitarne l'applicazione – per quanto quest'ultima, dal punto di vista pratico, non sia affatto esente da criticità e incertezze applicative. Pur riconoscendo lo sforzo del legislatore nel suo tentativo di dare una dimensione quantitativa ed oggettiva allo stato di crisi, il tema è estremamente complesso, e diviene ancor più articolato quando si cerchi di ricondurre entro i binari dell'omogeneità un fenomeno tanto variopinto e ricco di sfumature specifiche quale è la crisi stessa, e gli squilibri di economicità con cui si manifesta. Sono state avanzate varie critiche al sistema degli indicatori[24], sì che probabilmente, per una quadra definitiva dell'apparato, si dovrà attendere ancora qualche tempo, con la speranza che nelle more della sua definizione a "pagarne le spese" non siano realtà economiche perfettamente solvibili, ma non di meno sottoposte all'iter previsto dalla riforma.

2.4.1. Professionista indipendente

Un breve cenno si spende circa la valorizzazione del **professionista indipendente,** presumibilmente Dottore Commercialista e Revisore legale, i cui compiti sono di cruciale importanza ai fini dell'intero *iter* procedurale. Fra gli altri, quest'ultimo è chiamato ad attestare l'adeguatezza degli indicatori utilizzati dall'impresa per monitorare l'andamento della propria struttura e individuare tempestivamente

[24] *Ex multis,* D. SAVI, A. GULINELLI, *Indicatori della crisi elaborati dal CNDCEC: riflessioni critiche,* in *Fisco e tasse,* 2020, in cui gli Autori sottolineano come, in presenza di investimenti produttivi di grande rilievo l'indicatore potrebbe assumere valori inferiori all'unità o negativi, ma non per questo riconducibili a uno stato di dissesto in corso. L'applicazione del DSCR dovrebbe quindi essere integrata dall'utilizzo delle risorse riconducibili all'equity e al debito specifico contratto per finanziare gli investimenti attivati nell'esercizio, mutuando tale tecnica metodologica dalle prassi del *project financing.* Altra questione, è riconducibile al fatto che non è specificato nulla circa eventuali interventi dei soci a sostegno della struttura finanziaria, per cui non è chiaro se sia lecito comprendere al numeratore eventuali apporti a titolo di capitale di rischio, certamente utili a sostenere le uscite di cassa previste per l'adempimento delle obbligazioni in scadenza.

la crisi, nel caso in cui il sistema di indici utilizzato si discosti da quello "generale" di cui all'art. 13, CCII appena descritto. Il professionista indipendente è altresì chiamato a svolgere un'analisi volta ad attestare la presenza di crediti in essere di una portata tale da consentire l'esclusione di uno stato di crisi ai sensi dell'art. 18, CCII.

Per ciò che concerne le sue relazioni, queste sono prodromiche o funzionali all'esperimento delle soluzioni negoziali costituite da piani di risanamento, convenzioni di moratoria, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo. All'interno di queste opzioni alternative, sarà ancora il professionista indipendente ad evidenziare la presenza di condizioni idonee a consentire all'impresa il ricorso alla transazione fiscale o ai finanziamenti prededucibili (rispettivamente, artt. 63 e 99, ss., CCII).

In conclusione, le attribuzioni del professionista indipendente contribuiscono a confermare lo *sdoppiamento* in atto circa l'indirizzo del diritto penale dell'impresa, come argomentato successivamente nel prosieguo, nella misura in cui alle tradizionali figure di bancarotta, costruite intorno alla figura dell'imprenditore, si affiancano fattispecie ritagliate sul professionista indipendente, anticipando la tutela penale sì da poter abbracciare la trasparenza e la positiva realizzazione delle procedure di salvataggio previste dalla nuova legge[25].

3. Il versante penalistico. La (dis)continuità delle fattispecie criminose

È ormai chiaro come l'emersione precoce della crisi, sin dagli albori delle sue manifestazioni, costituisca un'importante traguardo da raggiungere sia per il buon funzionamento del sistema economico, sia per le auspicate sinergie che questo dovrebbe produrre intrecciandosi con la novellata disciplina civilistica della crisi e dell'insolvenza. La *tempestività dell'iniziativa* è definita dal legislatore nell'art. 24, CCII, e si presenta correlata ad un lasso temporale compreso tra la manifestazione dei primi sintomi della crisi ed un termine ultimo, oltrepassato il quale, stante la visione della legge, le prospettive di risanamento sarebbero ragionevolmente frustrate. La leva penale della riforma costituisce un ulteriore tassello nel mosaico degli incentivi che il legislatore garantisce al debitore che decida di esternalizzare la crisi entro lo *spatium temporis* coerente con il concetto di tempestività ai sensi del poc'anzi menzionato articolo, e degli articoli in materia di indicatori della crisi.

[25] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* rif. p. 247, 2019.

Come si metterà in evidenza da questo momento in poi della trattazione, la direttiva volta a dare continuità alle fattispecie criminose si dimostra in grado di generare una notevole incertezza sul piano applicativo oltre che sistemico, prefigurandosi un panorama della disciplina penale dell'impresa tutt'altro che invariato, per quanto certamente non riformato.

In merito alla sostituzione lessicale intervenuta a favore dell'espressione "liquidazione giudiziale" in luogo di "fallimento" si è già detto, pertanto non sembra necessario ribadire l'adattamento linguistico operato dalla riforma, il quale comunque **non produce fenomeni abolitivi** di alcun tipo: posto che la presenza o meno di una *abolitio criminis* dovrebbe desumersi dall'attenta analisi dei modelli di reato in successione cronologica e il loro confronto dal punto di vista logico-formale, nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII «sulla netta esclusione di vicende abolitive si potrebbe agevolmente convenire»[26] in quanto le disposizioni in avvicendamento temporale tra loro non sembra diano luogo ad ambiti eterogenei. Ci si trova, appunto, in una chiara ed esplicita volontà del legislatore di instaurare una piena continuità normativa, ancor più manifestata dalle figure del reato che si presentano nella medesima successione rispetto alla precedente impostazione della legge fallimentare.

Le disposizioni penali riproducono le condotte incriminate previste dalla legge fallimentare, ad eccezione di **due nuove incriminazioni** disciplinate dagli artt. 344, c. 2 e 345, CCII, per ciò che concerne i delitti di falso nel procedimento di esdebitazione e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI. L'**art. 344, CCII** è rubricato *Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi.* Mentre nel primo comma si esprime il rimprovero penale per quelle condotte di falso commesse allo scopo di ottenere l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento o al concordato minore (sostanzialmente riproducendo lo schema sanzionatorio dell'art. 16, l. 27 gennaio 2012, n. 3), nel secondo comma risiede la vera novità in quanto si introduce la responsabilità penale nei confronti del debitore incapiente, che abbia prodotto documentazione falsa o alterata, con l'obiettivo di ottenere l'accesso alla procedura di esdebitazione; simmetricamente, è punito altresì il debitore che, una volta ottenuto l'accesso, non adempia agli obblighi informativi a suo carico. L'**art. 345, CCII** è rubricato *Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI,* e svolge il compito di sanzionare il componente dell'organismo che, nelle attestazioni a questo competente, esponga informazioni false ovvero ometta informazioni rilevanti circa la veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti a questo allegati.

[26] M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018.

3.1. Una prima stonatura. Soci illimitatamente responsabili e bancarotta

Volgendo lo sguardo all'art. 2, CCII, la definizione di *consumatore* esplicitamente ricomprende a sé le persone fisiche, ivi inclusi i soci di società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società in accomandita per azioni (rispettivamente, *società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile,* usando l'espressione del legislatore). Ai sensi dell'art. 65, CCII, sono proprio i consumatori uno dei soggetti legittimati ad accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, potendo con ciò concludersi che i **soci illimitatamente responsabili** possano concretamente accedere a tali procedure; ulteriore conseguenza, sarebbe che questi diventerebbero, in tal modo, potenziali soggetti attivi del reato di falso nel procedimento di esdebitazione ex art. 344, c. 1, CCII.

Quest'ultimo aspetto potrebbe tuttavia far sorgere dei **problemi di coordinamento** con i reati di bancarotta. Ripercorrendo la lucida ricostruzione del Gambardella[27], il punto di partenza per la riflessione sarebbe l'art. 256, CCII, alla luce del quale la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una società in nome collettivo, società in accomandita semplice o società in accomandita per azioni produce anche l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dei soci illimitatamente responsabili – così riproponendo l'art. 147, l. fall.

Passo successivo a questa constatazione è la lettura dell'art. 328, CCII, il quale in punto di reati di bancarotta stabilisce che questi ultimi si debbano applicare anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili dichiarati in liquidazione giudiziale – così in piena sinfonia con l'art. 222, l. fall. Da qui, il tema: nel caso in cui vi sia una persona fisica ammessa alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, e contestualmente si verifichi la declaratoria di liquidazione giudiziale in capo alla società di cui egli è socio illimitatamente responsabile, ci si troverà dinanzi alla malcapitata circostanza in cui il soggetto stia già soddisfacendo taluni creditori personali per il tramite di operazioni incidenti sul patrimonio che, già in origine, costituirebbe garanzia *anche* a favore dei creditori sociali, *de facto* **alterando la par condicio creditorum.** Analizzando le esenzioni dai reati di bancarotta emergenti dall'art. 324, CCII non risulta chiaro se tali atti compiuti in soddisfacimento dei creditori personali possano essere considerati esenti dall'incriminazione delle fattispecie di bancarotta, giacché l'unica procedura espressamente

[27] M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* rif., 2018.

prevista è quella del concordato minore omologato ex art. 80, CCII, al quale tuttavia i soci illimitatamente responsabili non possono accedere.

Un'ulteriore problematica, tuttavia meramente apparente, potrebbe sorgere considerando l'ipotesi di **concorso di norme** tra l'art. 344, CCII e gli artt. 322, ss., CCII nel caso in cui il socio ponga in essere condotte di falso ovvero che aggravino l'esposizione debitoria le quali, in caso di declaratoria di liquidazione giudiziale, rientrerebbero nell'alveo del reato di bancarotta. La clausola di riserva posta nel primo comma dell'art. 344, CCII riesce a dirimere le perplessità, in quanto prevede l'applicazione della punibilità ai sensi dello stesso articolo, salvo che le condotte costituiscano un reato più grave, pertanto può pacificamente concludersi che in caso di integrazione del reato di bancarotta sia quest'ultimo a trovare applicazione esclusiva.

3.2. Le nuove incriminazioni implicite *sine delega*

All'interrogativo se il codice emergente dalla nuova riforma abbia introdotto nuove incriminazioni, è tendenzialmente semplice rispondere individuando le figure emergenti dagli artt. 344 e 345, CCII appena analizzati; d'altronde, tali fattispecie sembrano presentarsi quale conclusione necessaria per un pieno rispetto della razionalità della legge. Si pensi all'irragionevolezza di ammettere il debitore alla procedura di esdebitazione anche nel caso in cui egli abbia avuto accesso alla medesima mediante falsità e artifizi senza i quali non avrebbe ottenuto beneficio alcuno. Ancora, simmetricamente, data l'importanza che il CCII attribuisce alle dichiarazioni dell'OCRI è quantomai necessario attribuire rilevanza alla circostanza in cui si possa addivenire a un esito della procedura di composizione assistita della crisi sostanzialmente favorevole per il debitore, per il tramite di falsità propugnate da un componente del collegio. Si pensi, p. es., che nell'ambito della procedura di composizione assistita della crisi, qualora il debitore presenti una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o una domanda di apertura del concordato preventivo, il collegio composto con almeno uno dei suoi membri avente i requisiti tipici del professionista indipendente può, dietro richiesta del debitore, procedere esso stesso all'attestazione della veridicità dei dati aziendali ex art. 19, c. 3, CCII. Così facendo, il collegio svolge lo stesso compito – assumendone le medesime responsabilità – che normalmente compete al professionista indipendente dal debitore incaricato, il quale è penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 342, CCII (ripreso dall'art. 236-bis, l. fall.) proprio per le condotte di falso in attestazioni e relazioni.

In buona sostanza, le due nuove incriminazioni appena descritte sono certamente apprezzabili oltre che dovute. Ciò che qui interessa è tuttavia un altro aspetto: l'elenco delle nuove incriminazioni non sembra esaurirsi alle due fattispecie fin qui ampiamente descritte, in quanto **due ulteriori incriminazioni** di nuova concezione sembrerebbero configurarsi proprio laddove si esplori un ambito di intervento della nuova legge da cui certamente l'ultima cosa che ci si aspetterebbe è proprio l'introduzione di un nuovo rimprovero penale – peraltro, in **assenza di delega.**

Ci si trova in punto di analisi dell'art. 341, CCII il quale, riprendendo le considerazioni presentate nel § 9.1. *Il sentiero di un nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa* esposto nel precedente Capitolo IV, «ricalcando il modello dell'art. 236, l. fall., si iscrive a pieno titolo, occupando in classifica un posto di tutto rilievo, nella lista delle occasioni mancate»[28]. Non ci si soffermerà in questa sede sul problema relativo all'incriminazione svoltasi in assenza del presupposto dell'insolvenza (in quanto oggetto di successive sezioni della presente trattazione[29]), che come già dimostrato ha storicamente costituito la roccaforte dei presupposti di applicazione della tutela penale già dai tempi del codice del commercio del 1882 – fino all'approdo raggiunto proprio dall'art. 236, l. fall. il quale, ad opinione dello scrivente, costituirebbe proprio uno dei principali elementi alla cui base risiederebbe il cambio di paradigma di cui si discorre. Nel presente si rivolgerà l'attenzione esclusivamente alla nuova figura incriminatrice.

La lettura dell'**art. 341, c. 3, CCII,** diretto discendente dell'**art. 236, l. fall.,** fornisce un quadro d'insieme delle procedure nei cui confronti viene estesa l'applicabilità delle fattispecie di bancarotta esplicitate nel comma precedente, le quali risultano nella triade dell'elenco:

- Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa;
- Convenzione di moratoria;
- Accordi di ristrutturazione omologati ex art. 48, c. 5, CCII.

Dapprima il riferimento alla **convenzione di moratoria,** disciplinata dall'art. 62, CCII quest'ultima si presenta in continuità sostanziale con la figura prevista ai sensi dell'art. 182-septies, l. fall. non generando pertanto profili di rilievo nell'ambito dell'analisi. Diverso è il discorso relativo agli **accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa,** previsti in sostituzione degli *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari* ai sensi del medesimo art. 182-septies, l. fall. e ulteriormente

[28] F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali,* in *Diritto penale e processo,* cit., p. 1198, 2019.

[29] Sul tema, v. § 4.2. *La riformulazione del presupposto oggettivo. Estensione dell'ammissibilità alla procedura e caducazione degli automatismi del fallimento,* infra. presente Capitolo, in cui si approfondisce il problema della tutela penale in assenza dello stato di insolvenza.

richiamati dall'art. 236, c. 3, l. fall. Quelli previsti dall'**art. 61, CCII** (espressamente rubricato *Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa)* hanno una portata ben più estesa rispetto ai primigeni della legge fallimentare. Ai fini di una più ordinata disamina del problema, è necessario fare una preliminare suddivisione tra accordi ad efficacia estesa *speciale* e accordi ad efficacia estesa *generale:* i primi sono disciplinati dall'art. 61, c. 5, CCII e si riferiscono ad accordi intrattenuti tra il debitore e le banche o gli intermediari finanziari nei cui confronti il primo soffre un'esposizione debitoria pari ad almeno il 50% di quella complessiva; i secondi sono disciplinati dall'art. 61, c. da 1 a 4, CCII i quali, riproducendo il modello del concordato in continuità, possono essere stipulati con **creditori appartenenti a qualunque tipologia,** e non *solo* con intermediari finanziari come precedentemente previsto dall'art. 236, c. 3, l. fall. Pacifico che in vigenza della legge fallimentare quest'ultima situazione non si trovava coinvolta nella comminatoria penale, in forza della più ampia portata applicativa della disposizione appena richiamata altro non può concludersi se non la creazione di una **nuova incriminazione** precedentemente non prevista.

Al cospetto degli **accordi di ristrutturazione omologati** si è in presenza di un rafforzativo della conclusione appena formulata, poiché quest'ultima fattispecie era totalmente assente dall'enunciato espresso dall'art. 236, c. 3, l. fall., ma comunque ai sensi dell'art. 61, CCII questa ivi si palesa, confermando una seconda nuova incriminazione introdotta dalla riforma.

Inevitabilmente, un roboante dubbio insorge a seguito di questa trattazione giacché, probabilmente, di nuove incriminazioni **incostituzionali** potrebbe parlarsi[30]: visto e considerato il tenore letterale dell'art. 2, l. del. alla luce del quale l'emanando codice avrebbe dovuto presentarsi in piena *continuità delle fattispecie criminose,* l'art. 61, CCII sembrerebbe porsi di traverso in primo luogo nei confronti dell'impostazione essenzialmente premiale voluta dal legislatore, e *ipso facto* contro la continuità stessa che dovrebbe caratterizzare l'impostazione penale della riforma – impostazione, com'è evidente, non condivisa dallo scrivente, ma ciò nondimeno oggettivamente rilevabile dalla delega espressamente conferita.

[30] Tali figure incriminatrici emergenti dal CCII sembrerebbero in contrasto con l'art. 76, Cost. ai sensi del quale il d. lgs. in applicazione della legge delega non potrebbe discostarsi dagli *oggetti definiti* da quest'ultima.

3.3. Il dissesto. La smarcatura del diritto a favore delle scienze aziendalistiche

Nel corso dell'analisi delle novità intervenute nel panorama civilistico si è avuto modo di apprezzare l'esplicitazione del concetto di *stato di crisi* effettuata dall'art. 2, c. 1, lett. *a),* CCII il quale non si limita certo a definire lo stato di crisi, lo stato di insolvenza *sub b),* o il concetto di consumatore *sub e)*; con le sue diciannove definizioni articolate in altrettante lettere contenute nell'unico comma dell'articolo, quest'ultimo fornisce una rubrica molto utile in punto di esegesi e corretta applicazione delle disposizioni contenute nella legge.

Ma non è tutto oro quel che luccica. Nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, così come nella legge fallimentare, **manca la definizione di "dissesto".** E non certo in quanto il termine non venga utilizzato dal legislatore, o venga utilizzato in contesti caratterizzati da una minore rilevanza, anzi, questo è testualmente presente proprio nel corpus normativo della delicata sezione penale, la cui afflittività necessiterebbe di un'incertezza applicativa auspicabilmente assente. Già all'interno della legge fallimentare si è dovuto convivere con la presenza del *dissesto,* esplicitamente riportato in vari articoli di cruciale valenza sistemica e pratica, pur in assenza di una sua puntuale definizione: la bancarotta fraudolenta impropria da reato societario (art. 223, c.2, n. 1), l. fall.) e la bancarotta semplice impropria (art. 224, c. 1, n. 2), l. fall.) ne costituiscono emblematici esempi.

Avendo già fornito una definizione esaustiva di come la dottrina economico-aziendalistica riesca ad inquadrare il concetto in esame[31], sul punto si deve ribadire come anche alla luce della riforma siano proprio le scienze aziendalistiche a dover riempire una lacuna normativa che, probabilmente, si sarebbe potuta evitare. Per usare le stesse parole utilizzate in precedenza, si ribadisce che «il dissesto […] si può tradurre nella perdita degli equilibri di economicità». Cercando di fornire una lettura del concetto che sposi ambedue i settori disciplinari, l'economia aziendale e la visione perpetrata dal diritto penale dell'impresa, si apprezza come il dissesto sia dotato di un *animus* a **gravità progressiva** anche agli occhi del legislatore, il quale avendolo concepito come dato quantitativo graduabile poiché "aggravabile"[32] (p. es., ai sensi dell'art. 224, l. fall.), ne conferma la differente manifestazione all'interno dei diversi momenti patologici rilevanti all'interno dell'ordinamento:

[31] V. *infra.* § 4.1. *Crisi. Perdita di economicità aziendale* all'interno del Capitolo II.

[32] Del medesimo avviso il Pedrazzi: «il dissesto è un dato quantitativo, graduabile, suscettibile di essere cagionato sia nell'*an* che nel *quantum* (aggravamento)» (C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 316, 1995).

dapprima sorge la crisi, che eventualmente deteriora in insolvenza, la quale a sua volta culmina in fallimento (*rectius:* dichiarazione di liquidazione giudiziale). L'utilizzo che il legislatore opera del termine è comunque da ritenersi «impreciso e poco puntuale»[33]: all'art. 325, CCII disciplinante il *ricorso abusivo al credito,* il termine "dissesto" è presentato come alternativa allo "stato di insolvenza", appropriatamente evidenziando come non vi sia coincidenza tra i due, ma utilizzando la locuzione di modo che l'interpretazione conseguente non possa essere del tutto scevra da valutazioni soggettive compiute nell'esercizio ermeneutico.

La distonia si presenta ancor più accentuata in occasione dell'art. 329, c. 2, lett. *b),* CCII laddove viene disciplinata la fattispecie di **bancarotta fraudolenta impropria preterintenzionale,** in cui il termine "dissesto" viene utilizzato in luogo del termine "fallimento" che invece era presente nell'art. 223, c. 2, n. 2), l. fall. Ammutolisce la leggerezza di tale realizzazione, non solo incoerente con la l. del. ma soprattutto in netto contrasto con l'art. 349, CCII il quale, rubricato *Sostituzione dei termini fallimento e fallito,* sancisce espressamente che *nelle disposizioni normative vigenti* il termine *fallimento* deve intendersi sostituito con *liquidazione giudiziale;* se attualmente il reato di cui si discorre prevede(va) l'esplicito riferimento al fallimento, non si capisce perché nella riforma tale dicitura sia ricondotta alla locuzione "dissesto" della quale, peraltro, non v'è definizione alcuna nel corpo normativo[34].

Essendo stato mantenuto il "dissesto" quale evento naturalistico della bancarotta fraudolenta impropria da reato societario ai sensi dell'art. 329, c. 2, lett. *a),* CCII, ed avendolo inserito nel medesimo articolo alla lettera *b)* che regola la bancarotta fraudolenta impropria preterintenzionale, la mancanza di una sua definizione dal punto di vista giuridico altro non costituisce se non l'aver perso un'ottima occasione

[33] M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018.

[34] All'interno dell'ordinamento è presente la definizione di *dissesto finanziario* fornita dall'art. 224, d. lgs. n. 267/2000 che, in tema di enti locali dissestati, riporta: «si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili»; la definizione comunque pare tanto specificamente costruita intorno alla disciplina degli enti locali da non fare intravedere plausibili estensioni analogiche ad altri settori dell'ordinamento, men che meno nell'ambito del diritto penale dell'impresa. Anche volendo riconoscere, non senza forzature, un'interpretazione estensiva, la soluzione pare comunque irrazionale nella misura in cui, per sopperire ad una mancanza attuale e contemporanea, oltre che perfettamente rimediabile, si debba risalire a concetti espressi oltre due decadi orsono.

per gettare luce sulla questione, con buona pace di chi già ne criticava le incertezze applicative in seno alla legge fallimentare[35].

3.4. Bancarotta e soggetti attivi del reato

Nel contesto del CCII una importante distinzione si può fare individuando l'*imprenditore insolvente*, assoggettabile alla liquidazione giudiziale nonché potenziale soggetto attivo dei reati di bancarotta, e l'*imprenditore sovraindebitato,* il quale invece è assoggettabile alla liquidazione controllata e, poiché titolare di una "impresa minore" o agricola, non costituisce un potenziale soggetto attivo di tali reati.

Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. *d)* si definisce *impresa minore* quella che si dimostri essere **sotto-soglia** con riferimento ai limiti stabiliti per l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale; dalla lettura dell'articolo si evince come *non* sia sottoponibile a procedura di liquidazione giudiziale l'impresa minore che presenti congiuntamente tre requisiti:

1) Attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a € 300 mila, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore;
2) **Ricavi** *in qualunque modo essi risultino,* per un ammontare complessivo annuo non superiore a € 200 mila, con limite temporale identico a quanto stabilito per l'attivo patrimoniale di cui al precedente;
3) Debiti anche non scaduti per un ammontare non superiore a € 500 mila.

[35] In punto di analisi delle fattispecie patrimoniali disciplinate dall'art. 223, l. fall., il Pedrazzi rilevava come «delicato il problema di un'esatta descrizione dell'evento, sulla quale misurare l'efficacia causale della condotta attiva od omissiva: ma in certo senso agevolato dalla connotazione formale dell'evento stesso, rappresentato dalla dichiarazione di fallimento e non dalla situazione aziendale che ne costituisce il presupposto» (C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 317, 1995), con ciò riferendosi chiaramente allo stato di insolvenza. Tuttavia, se allora il Maestro apprezzava la maggior chiarezza del concetto di "cagionamento del fallimento" nell'ambito della bancarotta fraudolenta impropria, ci si chiede quale giudizio egli esprimerebbe notando come un già imperfetto esercizio lessicale nella legge fallimentare si sia di fatto aggravato con l'avvento della riforma.

Ancora, l'Alessandri giudica come *inesplicabile* la coppia dissesto-fallimento riportata nell'art. 223, l. fall. (A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* rif. p. 118, 2019), giudizio che non può che peggiorare allorquando in sostituzione del termine "fallimento" venga adottato proprio il termine "dissesto", già ritenuto poco adeguato pur se posizionato a disciplinare due fattispecie di reato differenti enunciate dalla medesima disposizione.

Come si può vedere, le soglie quantitative non si discostano da quelle sancite dall'art. 1, l. fall.; tuttavia, nell'art. 2, CCII – che va letto congiuntamente all'art. 121, CCII rubricato *Presupposti della liquidazione giudiziale* – emerge una grande novità rispetto alla disciplina della legge fallimentare. In quest'ultima, con riferimento al secondo requisito, l'espressione utilizzata era *ricavi lordi,* laddove il legislatore della riforma invece utilizza la definizione di **ricavi** con un chiaro rinvio alla disciplina dettata dagli artt. 2425 e 2425-bis, cod. civ. La nozione di "ricavi" rilevante in punto di individuazione dei requisiti per la definizione delle imprese minori è proprio quella ex art. 2425, lett. A), nn. da 1 a 5, cod. civ., ossia tutte le voci che, in Conto economico, rappresentano il **valore della produzione** dell'attività economica considerata. Applicando dunque l'art. 2425-bis, cod. civ. alla quantità economica d'azienda così rintracciata, si ottiene la chiara indicazione del legislatore contabile per la quale *i ricavi e i proventi* devono essere indicati *al netto dei resi, degli sconti, abbuoni e premi, nonché delle imposte direttamente connesse con la vendita dei prodotti e la prestazione dei servizi.*

Storicamente, il richiamo ai ricavi lordi all'interno della legge fallimentare aveva effettivamente lasciato spazio a qualche margine di incertezza, poiché non era chiaro se vi si dovessero ricomprendere proprio gli sconti, gli abbuoni e le imposte di vendita; il sintagma così modificato ha quindi certamente l'effetto di eliminare l'ambiguità interpretativa, pur allo stesso tempo **ampliando** la classe dei soggetti non sottoponibili a liquidazione giudiziale, in quanto la modifica di fatto si risolve con l'innalzamento della soglia di accesso alla procedura.

Per ciò che riguarda l'assoggettabilità alla liquidazione giudiziale dell'imprenditore cessato o defunto, gli artt. 33 e 34, CCII replicano le previsioni degli artt. 10 e 11, l. fall., non presentando la riforma differenze sostanziali con la disciplina attuale. La stessa cosa si può dire relativamente ai soci illimitatamente responsabili, come già evidenziato in precedenza.

4. Concordato preventivo e reati di bancarotta

Prima di procedere all'analisi dei mutamenti che sembrano investire le direttrici penali in materia di concordato preventivo e reati di bancarotta per effetto della riforma, è bene ripercorrere brevemente alcune criticità che hanno investito il comparto penalistico della legge fallimentare al di fuori della procedura del fallimento. Nella impostazione originale dell'art. 160, l. fall., il concordato preventivo regolava gli interessi tra creditori e debitore in un contesto di insolvenza irreversibile, consentendo a quest'ultimo di ripagare la propria esposizione debitoria per il tramite di

una procedura, allora, marcatamente liquidatoria e già maggiormente in grado di incontrare le esigenze creditorie più di quanto non potesse l'alternativa fallimentare. L'eventuale prospettiva di prosecuzione dell'attività economica non era espressamente preclusa, ma non costituiva neanche l'ossatura principale dell'istituto, in quanto il contesto di insolvenza condiviso con il fallimento confermava l'opportunità, voluta dal legislatore, di un intervento repressivo anche nell'ambito del concordato preventivo. L'equilibrio era dunque raggiunto proprio per il tramite dell'**insolvenza** che costituiva il presupposto di ambedue le discipline fallimentare e concordataria, legittimando l'inferenza delle norme penali in quest'ultimo ambito per il tramite dell'art. 236, l. fall. Nel contesto di un comune substrato civilistico, le incriminazioni delle figure di bancarotta sposavano il concordato preventivo quale concreta alternativa al fallimento, essendo la congiuntura dell'insolvenza gravata, in entrambi i casi, da un disvalore omogeneo.

La base di partenza è dunque necessariamente costituita dall'art. 236, l. fall., la quale a livello di struttura generale non è esattamente stata recepita come "apprezzata" da parte della dottrina per le cifre che ne caratterizzano la formulazione[36]: principiando dal **comma 1,** tra i soggetti attivi non vi rientrano i vertici societari, con la conseguenza che l'incriminazione si riduce a una «modestissima incidenza concreta»[37]. Proseguendo con il **comma 2,** al n. 1) l'articolo prevede l'applicabilità dei disposti ex artt. 223 e 224, l. fall. nei confronti dell'amministratore, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori dell'impresa societaria ammessa alla procedura di concordato preventivo; nei nn. successivi, si applicano i corrispondenti reati fallimentari nei confronti degli institori, del commissario giudiziale e dei creditori; grande assente in questo contesto, il soggetto attivo dell'imprenditore individuale, inspiegabilmente lasciato fuori dalla comminatoria penale in oggetto. Autorevolmente, il Nuvolone prova incrollabilmente a contenere il vuoto normativo giustificando il legislatore nella sua apparente volontà di voler adottare «maggiore severità

[36] A. LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove,* in *L'indice penale,* cit., p. 242, 1982, dove l'Autore critica il disposto normativo definendolo «un guazzabuglio di regole penali […] messe lì alla rinfusa, senza alcuna logica o sistematica da cui ricavare una qualsivoglia *ratio legis* degna di questo nome». Schierandosi pienamente sulla medesima posizione, v. S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* rif. p. 196, 2019.

[37] G. INSOLERA, *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento,* in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* a cura di N. Pisani, cit., p. 37, 2010. *Contra,* v. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari,* rif. p. 371, 2017, ove gli Autori riconoscono l'omissione quale caratterizzata di un intrinseco fondamento sistemico in quanto le condotte descritte al comma 1 dell'art. 236, l. fall. sarebbero già in grado di integrare il reato di false comunicazioni sociali ai sensi degli artt. 2621 e 2622, cod. civ. nonché, in caso di dissesto, la bancarotta fraudolenta impropria per reato societario ex art. 223, c. 2, n. 1), l. fall.

nei confronti di chi amministra i beni altrui»[38], tuttavia l'inquadramento proposto non sembra in grado di sostenersi: da un lato, lo stesso Autore evidenzia successivamente come sia sostanzialmente inspiegabile tale esclusione[39]; dall'altro lato, è sufficiente ripercorrere la constatazione svolta in punto di omissione dei vertici societari nella previsione di cui al comma 1, per far sì che la ricostruzione avanzata crolli sotto il suo stesso peso.

4.1. L'incertezza storica in punto di *tempus commissi delicti*

I dubbi non si limitano ai soggetti attivi. Ulteriore dilemma risalente alla grottesca formulazione della norma si impernia sulla individuazione del *tempus commissi delicti,* il quale non è certo problema di poco conto. Data la portata del rinvio alle fattispecie delineate dagli artt. 223 e 224, l. fall., occorre comprendere se le condotte rimproverabili siano solo quelle compiute in costanza di procedura (bancarotta **post**-concordataria) ovvero se sia possibile l'estensione della bancarotta alle sue varianti antecedenti, delineando una bancarotta **pre**-concordataria.

Stante la lettura del Nuvolone, i fatti di bancarotta contenuti nel rinvio dell'art. 236, l. fall. si riducono necessariamente a quelli commessi dopo il provvedimento di ammissione al concordato, in quanto il decreto in questione neppure accerta l'insolvenza, assumendosi quindi un'incompatibilità strutturale con i fatti di bancarotta già realizzati, da un lato, e la non assimilabilità del decreto di ammissione alla sentenza dichiarativa di fallimento, dall'altro lato[40].

Tuttavia, pur nel pieno rispetto dell'argomentazione, la tesi non pare del tutto condivisibile; in primo luogo, anche se il provvedimento di ammissione al concordato preventivo non comporta l'estromissione totale del debitore dai poteri gestori, lo spossessamento del suo patrimonio ovvero la cessazione del complesso produttivo, non si può non notare come il legislatore di fatto assimili il decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa di fallimento, quantomeno sul piano penale in punto di opportunità di applicazione della tutela. Al netto delle differenze processuali, entrambi i provvedimenti implicano un «intervento giudiziario nella vita dell'impresa, limitativo dell'autonomia dell'imprenditore, che

[38] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* cit., p. 232, 1955.

[39] P. NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta,* in *Il diritto penale degli anni settanta. Studi,* rif. p. 295, 1982.

[40] P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* rif. p. 234, 1955.

spiana la via al sindacato penalistico»[41]. Rivolgendosi al tenore strettamente letterale dell'articolo, inoltre, si nota come il rinvio richiami espressamente gli artt. 223 e 224, l. fall. deponendo in astratto a favore della tipicità *anche* dei comportamenti anteriori all'apertura della procedura, mancando totalmente ogni limitazione ai fatti post-concordatari[42]. Alla luce dell'approdo così raggiunto, e a maggior ragione considerando il *rationale* dell'attuale scenario normativo che non ha modificato la norma o il suo contenuto letterale, si potrebbe convenire a favore della «natura di **condizione obiettiva di punibilità (estrinseca)** dell'ammissione al concordato»[43].

4.2. La riformulazione del presupposto oggettivo. Estensione dell'ammissibilità alla procedura e caducazione degli automatismi del fallimento

Con il susseguirsi delle riforme succedutesi a partire dal 2005 fino al punto di arrivo rappresentato dal CCII, si è trasfigurata profondamente la fisionomia del concordato preventivo e, con essa, il pur fragile equilibrio raggiunto dal diritto penale dell'impresa. Il d.l., 14 marzo 2005, n. 35, conv. l., 14 maggio 2005, n. 80 ha modificato l'originario art. 160, l. fall. introducendo lo *stato di crisi* all'interno del presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura concordataria. Sorvolando sui dibattiti allora creatisi per via della mancanza di una definizione attribuibile al termine "crisi", il legislatore specificò successivamente come *per stato di crisi si intende* anche *lo stato di insolvenza,* sottolineando che l'insolvenza certamente ingloba in sé la crisi, ma con questa non coincide o si identifica, essendo un *quid pluris* rispetto a quest'ultima, che posiziona l'insolvenza a un livello di gravità superiore.

Lo sfondo civilistico che funge da contorno a questo cambio di passo è l'abbandono della figura dell'imprenditore "onesto e sfortunato" meritevole di poter regolare le proprie pendenze tramite l'uso della procedura concordataria in luogo di quella fallimentare, essendo il concordato preventivo divenuto uno strumento che privilegia il risanamento dell'impresa ed il recupero dei valori aziendali che esige un ampio arretramento del potere giurisdizionale. La giurisprudenza penale recepisce l'evoluzione, riconoscendo l'obiettivo del legislatore di «agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, riducendo i margini di discrezionalità

[41] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 20, 1995.

[42] L. CONTI, *I reati fallimentari,* rif. p. 407, 1991.

[43] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit., p. 202, 2019.

giudiziale in ordine alla valutazione delle condizioni di salute economica dell'imprenditore-debitore ed evitando che, in caso d'insolvenza o di rigetto della domanda di ammissione, il Tribunale dichiari per ciò solo il fallimento, secondo l'automatismo prima previsto»[44]. Tramonta così il rigido meccanismo per cui la procedura concordataria subiva l'automatica conversione in procedura fallimentare in caso di inammissibilità o insuccesso della stessa, avendo sganciato il presupposto oggettivo dall'insolvenza in modo che questa, prima di potersi procedere a declaratoria fallimentare, dovesse necessariamente essere accertata in sede giudiziale.

Ma ciò contribuisce a rispolverare una problematica già presente sul tema del **rinvio alle fattispecie criminose dell'art. 223, l. fall.:** se l'art. 236, l. fall., effettuando il rinvio ai reati di bancarotta di cui sopra, richiama alla fattispecie del cagionamento con dolo o per effetto di operazioni dolose del *fallimento,* potendosi prima adottare una pacifica estensione analogica data l'insolvenza che caratterizzava entrambe le procedure, dopo la riforma del 2005 la soluzione non pare altrettanto agevolmente percorribile. Lo stato di crisi **anticipa** lo stato di insolvenza, sia sotto l'osservazione delle scienze aziendalistiche, che a maggior ragione al cospetto della visione del legislatore a seguito della riforma del CCII.

La profonda spaccatura è messa in evidenza dal Mucciarelli, che dati i presupposti differenti per l'accesso alle procedure, già nel 2009 si chiedeva: «se la procedura concordataria è oggi possibile anche in una situazione di crisi, ma non [esclusivamente] d'insolvenza, è ugualmente congetturabile l'applicabilità di fattispecie d'incriminazione che scontano come elemento di fattispecie la dichiarazione di fallimento che a sua volta presuppone lo stato d'insolvenza?»[45]. La *vexata quaestio* è quantomai attuale e lungi dall'esser stata risolta dalla riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del diritto concorsuale, come già sottolineato nel presente Capitolo[46], ha dispiegato istituti il cui collegamento con i reati di bancarotta sembra alimentare con decisione l'**arretramento della tutela penale,** nonostante i reati stessi dovrebbero postulare il naufragio delle prospettive di risanamento, oltre che il sopraggiungere dell'insolvenza e della successiva sentenza dichiarativa.

---

[44] Cass. pen. Sez. U., 12 giugno 2009, n. 24468.

[45] F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* cit., p. 839, 2009.

[46] V. *infra.* § 3.2. *Le nuove incriminazioni implicite* sine delega.

4.3. Funzione del concordato e riflessi sul reato pre e post-concorsuale

Il legislatore ha predisposto numerose soluzioni negoziali alla crisi dell'impresa, e contestualmente ha consentito ai reati di bancarotta una potenziale espansione del riverbero penale nell'ambito di tali soluzioni di stampo non liquidatorio. In questo contesto, gli istituti negoziali svolgono una triplice funzione: limitano l'area di intervento delle fattispecie criminose; divengono condizioni obiettive di punibilità, al pari della sentenza dichiarativa; individuano una sfera di comportamenti leciti.

L'art. 217-bis, l. fall. individua alcuni comportamenti tipici dei delitti di bancarotta che, pur rientrando nell'alveo del reato, non trovano la corrispondente risposta punitiva qualora siano stati compiuti *in esecuzione* di una procedura concordataria orientata al salvataggio dell'impresa in crisi, ivi incluso l'insuccesso del progetto di risanamento perseguito. Le condotte tipiche cui rimanda la disposizione sono: l'esecuzione di pagamenti o la simulazione di titoli di prelazione effettuati allo scopo di favorire taluni creditori a danno degli altri (art. 216, c. 3, l. fall.); la bancarotta semplice ex art. 217, l. fall.

Specularmente, è possibile affermare che i medesimi atti tipici restino sottratti dall'integrazione degli stessi reati anche nel caso in cui il risanamento culmini effettivamente a una fausta conclusione; l'art. 217-bis produrrebbe una spinta liberatoria dalla portata predominante rispetto alla resistenza esercitata dall'art. 236, c. 2, l. fall. il quale si occupa invece di rimarcare la valenza fondativa della punibilità delle condotte post-concordatarie, per cui se il primo risulta predominante in caso di naufragio della procedura concordataria, a maggior ragione sarà tale in caso di successo della stessa.

Allo stesso tempo, è bene tener presente che a norma dell'art. 173, l. fall. è possibile che intervenga la *revoca dell'ammissione al concordato preventivo* qualora il debitore ponga in essere delle condotte non conformi a quanto convenuto nel programma di risanamento e riconducibili entro le maglie punitive dei reati di bancarotta; in tal caso, se ne sussistono i presupposti, avverrà contestualmente la declaratoria fallimentare mediante apposita sentenza. In questo caso, la sopravvenuta pronunzia giudiziale evidentemente dà ragione all'intervento repressivo esercitato dall'art. 216, c. 1, l. fall. il quale, avendo motivato la revoca della procedura concordataria, certamente potrà trovare applicazione a seguito dell'avvio della procedura fallimentare, così riducendo ampiamente l'autonomia del concordato preventivo quale presupposto del reato.

La relazione tra concordato preventivo e bancarotta diviene più intricata con riferimento alla rilevanza delle **condotte di bancarotta attuate prima** della procedura, allorquando questa riesca a ripristinare le condizioni di economicità

necessarie a proseguire l'esercizio dell'attività economica in un ritrovato contesto di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale. Il salvataggio dell'impresa farebbe crollare «alla radice la stessa ragione opportunistica dell'inflizione della pena per le figure di bancarotta (l'espulsione dell'impresa dal mercato)»[47], in quanto sanzionare un'impresa evidentemente ritornata in condizioni di equilibrio di economicità si risolverebbe in un'esasperazione della «pretesa punitiva della figura: si introduce una punibilità di tipo fallimentare *(avverso un soggetto non fallito),* in altri termini nei confronti di un soggetto che non è stato raggiunto da una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza»[48].

L'intervenuta possibilità di accedere alla procedura concordataria anche – e soprattutto – in presenza di uno stato di crisi e non necessariamente di uno stato di insolvenza, aggrava la già presente problematica di ricondurre le figure del reato ex art. 223, l. fall. incentrate sugli eventi dell'insolvenza o del dissesto, per cui la dottrina ha cercato con fervore di chiarire la **compatibilità delle condotte** realizzate prima dell'accesso alla procedura, con il "nuovo" concordato preventivo attivato sul presupposto di uno stato di crisi in corso. Preme quindi sottolineare come l'art. 341, CCII abbia mantenuto invariata la sostanza punitiva del contestato art. 236, l. fall., fomentando ulteriormente il dibattito in analisi. Secondo il Cavallini, il concordato da mera crisi risulterebbe sottratto alla punibilità delle condotte sancite dall'art. 236, c. 2, l. fall. Per ciò che riguarda le condotte compiute anteriormente alla procedura concordataria, nello specifico, queste ultime potrebbero conservare una penale rilevanza in due situazioni:

- Quando accede alla procedura di concordato un'impresa insolvente, e la procedura abbia funzione liquidatoria;
- Quando alla procedura concordataria faccia seguito la declaratoria giudiziale di insolvenza.

Pacifico che la prima ipotesi appartenga alla originaria funzione incriminatrice, non destando dunque particolari profili di incertezza, per quanto riguarda la seconda si può dire che l'ammissione al concordato non produca alcuna rilevanza ai fini del reato, in quanto la punibilità di quest'ultimo risulta comunque sorretta dalla sentenza dichiarativa che ne consegue[49]. Sul punto, altri Autori hanno assunto posizioni

---

[47] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit., p. 253, 2019.

[48] A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme,* cit., p. 86, 2016 – *corsivi* dell'Autore.

[49] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* rif. p. 254, 2019.

ancora più nette nei confronti della problematica in oggetto[50]. In generale, larga parte della dottrina conviene che applicare a delle condotte inserite in un contesto di crisi la medesima severità punitiva che viene loro riservata in un contesto di insolvenza irreversibile costituirebbe una forzatura della tutela penale, che verrebbe estesa in un contesto ancora privo del disvalore tipico della bancarotta.

Per contro, non manca chi sostiene che tali critiche siano infondate. Pur condividendo le perplessità sull'operatività della bancarotta negli accordi di ristrutturazione, nella convenzione di moratoria o nei piani di risanamento, il Santoriello ritiene che i comportamenti illeciti dell'imprenditore in un contesto di concordato preventivo, riconducibili alle fattispecie di bancarotta ex artt. 223 e 224, l. fall. (*rectius:* artt. 329 e 330, CCII), siano di tre tipi:

a) Le condotte possono verificarsi dopo la revoca del concordato preventivo e successiva dichiarazione di liquidazione giudiziale: è indubbio che possano costituire reato di bancarotta **post-concordataria;**

b) Le condotte possono essere tenute durante il concordato e per dargli esecuzione, sì che pur rientrando pienamente nella descrizione dei fatti tipici, queste al contempo sono esecutive di un piano concordatario. A queste non potrebbe attribuirsi penale rilevanza poiché trattasi di operazioni autorizzate, e addirittura caldeggiate in funzione del superamento della crisi. Le condotte sarebbero state acconsentite dai creditori stessi, pertanto i pagamenti e le operazioni effettuate sarebbero da ritenersi non censurabili in virtù del consenso legittimamente e consapevolmente espresso;

c) Le condotte possono essere tenute prima dell'ammissione alla procedura, in una congiuntura che potrebbe essere tanto di crisi quanto di insolvenza. Avendo riconosciuto la natura di condizione obiettiva di punibilità al decreto di ammissione alla procedura concordataria (coerentemente con il ragionamento svolto nel precedente par. 4.1.), intervenuto il provvedimento giurisdizionale sarebbe possibile constatare la messa in pericolo degli interessi dei creditori a prescindere dall'intensità del dissesto aziendale, giacché questi subiranno la falcidia concordataria e

[50] P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici,* in *Le società,* rif. p. 445, 2019. Sul punto, l'Autore ritiene che la crisi che caratterizza il presupposto soggettivo del concordato non sarebbe una situazione la cui fase più avanzata sfocia in insolvenza, bensì un disequilibrio strutturale dell'impresa che rappresenta la mera probabilità di insolvenza. L'area di tipicità dell'art. 341, CCII è dunque caratterizzata da una totale mancanza di coincidenza con l'art. 236, l. fall., tale che senza un intervento normativo specifico, i fatti tipici riferibili all'impresa in crisi sarebbero investiti da una sopravvenuta irrilevanza penale.

dunque il danno che questa comporta[51]. Il reato di **bancarotta pre-concordataria** sarebbe quindi rimproverabile a prescindere dal presupposto oggettivo della procedura.

Entrambe le visioni sin qui presentate presentano argomentazioni certamente condivisibili e costituiscono un'importante spunto di riflessione nonché incrollabile constatazione di come la mancanza di una riforma penale accompagnata alla modificazione della cornice civilistica del diritto concorsuale, altro non faccia se non costituire terreno fertile per l'incertezza applicativa delle norme di portata penalistica. Un contesto di siffatta importanza, vessato da questioni operative non direttamente confrontate dal legislatore, riverbera i propri tratti lacunosi sulle concrete probabilità che la riforma possa o meno raggiungere i propri obiettivi circa l'emersione tempestiva e anticipata della crisi, ben potendo questa congiuntura disincentivare il ricorso alla procedura di concordato preventivo.

Ulteriore critica da non sottovalutare, è che gli strumenti negoziali del CCII prevedono un intervento più o meno intenso dei creditori, al punto che si potrebbe parlare di **valutazioni del mercato** nella scelta di quali imprenditori debbano accedere alle soluzioni negoziali previste, nonché ai ripari dagli effetti penali che queste comportano, proprio perché il salvataggio dell'impresa deve risultare appetibile per il ceto creditorio affinché possa prospettarsi, in concreto, il successo di un'operazione di ristrutturazione dell'esposizione debitoria alternativa alla liquidazione giudiziale[52]. Un quadro così delineato rischierebbe di essere segnato da «profonda disuguaglianza […] perché l'esito finale della crisi d'impresa è determinato, nei fatti, da elementi che nulla hanno a che vedere con le condotte effettivamente tenute dall'imprenditore, dipendendo dal giudizio del mercato»[53].

Ciò detto, vale senz'altro l'affermazione per cui il legislatore sia intervenuto nei valori tutelati dal diritto concorsuale, schierandosi a favore della conservazione dell'impresa in crisi, cercando di favorirne l'emersione tempestiva anche mediante incentivi costituiti dall'esenzione dalla rimproverabilità penale, incoraggiando l'utilizzo di molteplici modalità di risanamento. L'eliminazione dell'impresa dal mercato costituisce un'*extrema ratio* sussidiaria a tali alternative d'intervento, sì che la procedura di liquidazione giudiziale abbia perso la tradizionale centralità.

---

[51] C. SANTORIELLO, *Alcune indispensabili precisazioni sulla bancarotta da concordato preventivo,* in *Sistema penale,* rif. pp. 12, ss., 2020.

[52] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* rif. p. 259, 2019; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali: uno sguardo d'insieme,* rif. pp. 7, ss., 2016.

[53] A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali: uno sguardo d'insieme,* cit., p. 10, 2016.

Già da quando fu introdotto lo stato di crisi quale presupposto per l'ammissione al concordato, si era verificata una dissoluzione del binomio tra la bancarotta e l'insolvenza, giacché la punibilità sarebbe stata introdotta anche nei confronti di chi non versi in stato di insolvenza irreversibile; non essendo l'insolvenza l'unico stato patologico aziendale ad assumere rilevanza penale neanche nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, «si è spezzata la omogeneità dei presupposti che forniva la base su cui si fondava la *ratio* dell'estensione della punibilità delle condotte poste in essere nell'ambito del concordato preventivo ai corrispondenti fatti di bancarotta», rendendo «ancora più evidente – qualora non lo fosse – la frattura della disciplina»[54]. E lo stesso reato di bancarotta fraudolenta disegnato dall'art. 216, l. fall., capostipite della materia sin dagli albori della sua concezione, presenta oscillazioni che fanno presagire un suo coinvolgimento nel silenzioso cambio di passo che sembra essersi avviato in punto di diritto penale dell'impresa.

5. Bancarotta fraudolenta propria. L'archetipo del reato ex artt. 216, l. fall. e 322, CCII al banco di prova

Nel contesto del presente lavoro si è costantemente sottolineato come il reato di bancarotta fraudolenta propria ex art. 216, l. fall. sia solidamente riconducibile entro la natura di reato di pericolo[55] caratterizzato dal dolo generico dell'agente, salvo quando dal legislatore sia esplicitamente richiesto il dolo specifico – come per l'ipotesi di simulazione di passività prevista nella medesima disposizione della legge fallimentare. A sostegno di siffatta ricostruzione della fattispecie, non mancano le fonti, susseguitesi numerose nel corso del tempo; il Mucciarelli conferma chiaramente che «avendo esattamente rilevato che le condotte tipizzate sono in sé stesse espressive di un disvalore corposo e ben percepibile […] riconoscendo che l'oggetto della tutela apprestata dalla comminatoria penale è l'integrità del patrimonio nella sua funzione di garanzia per i creditori sociali (sicché l'esposizione a pericolo di tale integrità realizza l'offesa)» è dunque possibile «rivendica[re] alla bancarotta fraudolenta lo *status* di reato di pericolo»[56]. In altra occasione, il medesimo Autore riconosce che in materia di bancarotta vi siano stati esempi di sentenze espressive

[54] M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018.

[55] V. *infra.* § 4.2. *Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza,* nel precedente Capitolo IV.

[56] F. MUCCIARELLI, *Fallimento e reato di bancarotta,* in *Libro dell'anno del Diritto,* cit., 2016.

di una lettura tra loro non pienamente coerente, ma ciò nonostante queste si trovavano comunque «accomunate dal sostanziale esplicito riconoscimento della natura dei delitti di bancarotta come reati […] di pericolo, riconoscimento dal quale vengono tratte conseguenze esclusivamente sul piano dell'elemento soggettivo, inteso quale dolo generico avente ad oggetto la rappresentazione e la volizione della condotta come pericolosa rispetto alla lesione degli interessi creditori protetti dalla norma incriminatrice»[57]. Le prese di posizione in tal senso sono tanto numerose, in dottrina così come in giurisprudenza[58], da non richiedere qui ulteriore approfondimento.

Con la riforma del CCII sembra che il reato in oggetto stia attraversando una transizione che lo posiziona quasi più in prossimità alla natura di **reato di evento** che non a quella di reato di pericolo, che gli è da sempre appartenuta. L'osservazione di questo fenomeno richiede uno sguardo attento e minuzioso rivolto a quegli elementi che farebbero propendere per una simile conclusione, ad iniziare dalle misure premiali e le attenuanti.

5.1. Premialità. Cause di non punibilità e attenuante ad effetto speciale

Pacifica la sostanziale replica dell'art. 217-bis, l. fall. operata mediante l'art. 324, CCII rubricato *Esenzioni dai reati di bancarotta,* ad ampliare le misure premiali interviene l'art. 25, CCII il quale costruisce cause di non punibilità e attenuanti rispetto alle figure di bancarotta previste dall'ordinamento.

Circa le **cause di non punibilità,** l'articolo prevede che la punibilità sia esclusa nei confronti del debitore che abbia tempestivamente presentato la domanda di composizione assistita della crisi, o la domanda di accesso alle procedure di regolazione previste dal codice. Tal fatta causa di non punibilità si riferisce a condotte

---

[57] F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., p. 393, 2015.

[58] *Ex multis,* v. F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2013, in cui l'Autore, procedendo a commentare l'allora recente sentenza. Cass. Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, rileva come i giudici abbiano allineato la loro motivazione a Cass. Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 44933, inquadrando la fattispecie fra i reati di pericolo.

Ancora, v. F. BREMBATI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza", Il commento,* in *Le società,* 2018, ove l'Autrice ripercorre la decisione di Cass. Sez. V, 1 agosto 2017, n. 38396 in cui i giudici effettuano una cristallina ricostruzione della natura della fattispecie ex art. 216, l. fall., riconducendo tale fattispecie di bancarotta fraudolenta alla natura di reato di pericolo concreto caratterizzata da dolo generico nella configurazione dell'elemento psicologico.

di bancarotta compiute prima dell'apertura della procedura, e solo qualora il danno sia di speciale tenuità.

È prevista poi una **attenuante ad effetto speciale,** costituita dalla riduzione della pena fino alla metà, per il debitore che abbia presentato la domanda di accesso ad una delle menzionate procedure qualora, all'apertura delle stesse, l'attivo patrimoniale consti di un valore sufficiente a garantire il soddisfacimento di almeno un quinto dei creditori chirografari, essendo comunque il danno complessivo entro la soglia limite di € 2 milioni.

Una considerazione in prima battuta si deve spendere circa la formulazione dell'art. 25, CCII, considerata afflitta da macroscopiche carenze concettuali, nonché caratterizzata da una cifra tecnica e linguistica giudicata discutibile dalla dottrina[59] oltre che da illustri esponenti della giurisprudenza[60]: risulta totalmente assente ogni profilo di raccordo con le ipotesi di bancarotta documentale le quali, come verrà evidenziato successivamente[61], paiono invece di estrema importanza nella misura in cui eventuali alterazioni o deficienze contabili potrebbero (dovrebbero?) costituire un grave ostacolo alla procedimentalizzazione tempestiva della crisi; non del tutto comprensibile risulta altresì il richiamo agli accordi di ristrutturazione omologati, con riferimento ai quali si è già svolto un approfondimento *infra.* § 3.2. *Le nuove incriminazioni implicite* sine delega all'interno del presente Capitolo, avendo evidenziato l'istituzione di una **nuova figura incriminatrice** la quale, palesandosi anche nell'ambito dell'articolo in esame per esplicito richiamo del legislatore, altro non fa che confermare la conclusione precedentemente formulata.

Al netto di tali osservazioni critiche, l'art. 25, CCII riflette certamente lo sforzo compiuto dal legislatore nel suo tentativo di raccordare il nuovo *rationale* del diritto extra-penale concorsuale alle tradizionali figure dei reati di bancarotta – pur

---

[59] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* rif. p. 249, 2019, ove l'Autore sottolinea un certo grado di sovrapposizione tra l'ammontare dello stato passivo e l'entità del danno cagionato dai reati di bancarotta.

[60] M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva,* in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* rif. p. 436, 2019, in cui viene posto in evidenza un rilievo relativo alla decisività del debitore ai fini della non punibilità dei reati. L'Autore propone un'interpretazione restrittiva della norma, prefigurando l'applicazione della sanzione penale nel caso in cui la procedimentalizzazione della crisi avvenga solo in seguito alla segnalazione svoltasi ad opera dei creditori istituzionali ovvero dei controllori interni, e non già per iniziativa propria del debitore. Tale chiave di lettura sembrerebbe effettivamente maggiormente aderente alla *ratio legis* ricercata dalla riforma.

[61] V. § 6. *L'ostensibilità patrimoniale e finanziaria in punto di accesso alle procedure di composizione assistita della crisi. Quali conseguenze ai fini della bancarotta documentale?,* infra. presente Capitolo, in cui si approfondisce il requisito della contabilità in ordine per poter avere accesso alla procedimentalizzazione della crisi.

potendo giudicare tale sforzo non soddisfacente o comunque non esaustivo ai fini di ricomporre il grave e vistoso scollamento intervenuto nei due ambiti della disciplina. Una preliminare osservazione per quanto riguarda la causa di non punibilità ex art. 25, CCII, è relativa al modo in cui questa modifica l'attenuante generale ex art. 326, c. 3, CCII: quest'ultimo commina una riduzione di pena *fino al terzo*, nel caso di danno di speciale tenuità; il primo, *ceteris paribus*, stabilisce la non punibilità a patto che ricorra la tempestiva attivazione del debitore. Questo aspetto certamente manifesta la funzione incentivante che il legislatore vuole imprimere alla procedimentalizzazione provvidenziale e non ritardata[62]. Ciò si accompagna tuttavia a rilievi estremamente problematici di cui nel prosieguo.

In primo luogo, la causa di non punibilità per **speciale tenuità del danno** effettua un richiamo all'art. 131, cod. pen. il quale disciplina la *particolare tenuità del fatto*, sussistendo quest'ultima nel caso in cui la condotta non sia abituale e l'offesa risulti in un danno esiguo. Inquadrare l'esiguità del danno risulta comunque un'operazione tutt'altro che banale nel contesto dei reati di pericolo, e l'inserimento di un elemento di tal portata farebbe propendere verso l'idea per la quale «anche la bancarotta fraudolenta propria dovrebbe essere ricostruita quale delitto di lesione effettiva, anziché di pericolo concreto», potendosi osservare come la Relazione illustrativa che ha segnato l'animo della riforma «sembra invero ricostruire (o meglio trasformare) i delitti di bancarotta fraudolenta secondo lo schema dei reati di evento»[63]. Come acutamente osserva la dottrina, «la **polarizzazione sul danno** è destinata a creare qualche perplessità interpretativa rispetto alle figure incriminatrici […] che integrano reati di pericolo (seppur concreto) e non di danno»[64].

Proseguendo, la causa di non punibilità subentra nel caso in cui le condotte esercitate sul patrimonio risultino in effetti depauperativi di modesta entità e incidenza minima sul soddisfacimento degli interessi dei creditori. In questo modo, il reato sembra colorarsi di un profilo eziologico tra condotta distrattiva e insolvenza che finora non era stato assolutamente contemplato all'interno dello schema tipico né

---

[62] L'incentivo non emerge privo di rischiosità specifiche. In dottrina, Stanghellini sottolinea come «regole che premiano il debitore per la denunzia anticipata della crisi […] giovano ai creditori quando la crisi è esplosa, ma prima di essa possono incentivare comportamenti opportunistici del debitore, il quale potrebbe essere indotto a cercare, o a non evitare con il dovuto impegno, l'insolvenza sapendo di poter scaricare le perdite su di loro». Per approfondimenti, v. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia,* cit., p. 108, ss., 2007.

[63] M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2018.

[64] F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali,* in *Diritto penale e processo,* cit., p. 1197, 2019.

della fattispecie ex art. 216, l. fall. (art. 322, CCII), né di quella ex art. 223, c. 1, l. fall. (art. 329, c. 1, CCII).

Con riferimento alla bancarotta impropria da reato societario, prima disciplinata dall'art. 223, c. 2, n. 1, l. fall., e ora ripresa dall'art. 329, c. 2, lett. *a),* CCII, si ha il dissesto che, mediante un vero e proprio nesso di causalità, viene collegato alla condotta – costituita, nel caso di specie, da un reato societario. Introdurre una causa di non punibilità per la speciale tenuità del danno pare un'operazione particolarmente ostica, giacché l'incriminazione richiederebbe che la condotta sia una vera e propria causa del dissesto. Sostenere l'esiguità dell'offesa in un contesto in cui quest'ultima ha di fatto cagionato il dissesto, sembra un controsenso privo di qualunque fondamento logico, nella misura in cui il dato quantitativo non potrebbe mai essere considerato di entità insufficiente a sostenere la rimproverabilità della condotta, dal momento che questa ha comunque espletato l'effetto devastante di aver provocato un dissesto altrimenti assente.

Per ciò che concerne l'**attenuante** a effetto speciale, subentrando quest'ultima nei casi che eccedano la speciale tenuità, è da sottolinearsi come il legislatore abbia imposto un limite al danno cagionato pari a € 2 milioni quale termine *fisso,* che vale indifferentemente per le imprese piccole, così come per le imprese di grandi dimensioni: questa mera enunciazione pare bastante a mettere in risalto la distonia emergente, tanto che ogni ulteriore considerazione in merito sembra, ad opinione di chi scrive, superflua e comunque insufficiente a esprimere la contraddizione intrinseca di tale precetto.

5.2. Il presupposto della crisi come ambientamento tipico del reato

Nel terreno della riforma si osserva come la crisi e l'insolvenza "non gestita" – la quale differisce dall'insolvenza irreversibile, essendo quest'ultima in grado di poter *anche* essere parificata alla crisi qualora risulti essere gestibile e risanabile – rappresentano contesti patologici del patrimonio dell'impresa di assoluta centralità sistematica. L'imprenditore in crisi ha sostanzialmente due alternative per affrontare tale congiuntura economica:

a) Ignorare la tensione finanziaria, omettendo di intraprendere alcuna iniziativa coinvolgente il ceto creditorio per superare la crisi, oppure optare per una gestione marcatamente privatistica mediante un piano attestato di risanamento[65]. Qualora sopraggiunga la sentenza dichiarativa, nel

[65] Disciplinato dall'art. 67, c. 3, lett. *d),* l. fall., e ora ribadito in punto di esenzione da revocatoria nell'art. 166, c. 3, lett. *d),* CCII. La fattispecie dei piani attestati è disciplinata dall'art. 56, CCII.

primo caso la punibilità di eventuali fattispecie configuranti i reati di bancarotta sarà priva di limitazioni, mentre nel secondo caso subirà l'argine impostato dalla positiva valutazione del giudice in quanto alla ragionevolezza dell'iniziativa di salvataggio intentata mediante il piano attestato;

b) Procedimentalizzare la crisi coinvolgendo i creditori, entro un quadro di controllo giurisdizionale più o meno marcato, a seconda dell'istituto scelto. Pacifica la correttezza dei dati aziendali in base ai quali venga fatto l'accesso alla procedura negoziale prescelta, le operazioni compiute in accordo con i creditori non saranno suscettibili di incriminazione ai fini della bancarotta fraudolenta propria, nel caso in cui l'esito sia infausto e conduca verso la liquidazione giudiziale.

Se dunque la gestione procedimentalizzata della crisi preclude l'operatività delle fattispecie di bancarotta fraudolenta, allora si potrebbe concludere che la crisi – ivi inclusa l'insolvenza "gestibile" – sia effettivamente «l'**ambientamento proprio dei reati di bancarotta patrimoniale,** vale a dire il potenziale innesco dell'oggettività giuridica»[66]. Fino ad oggi, la sentenza dichiarativa di fallimento ha rappresentato (e rappresenta) un punto fermo capace di ancorare la fattispecie alle sue fondamenta di pericolosità concreta, costituendo la condizione obiettiva di punibilità del reato di bancarotta, il quale vedeva l'ambientazione delle proprie condotte tipiche nell'insolvenza irreversibile proclamata in sede giudiziale; invero, dopo le considerazioni finora svolte, in merito all'operatività tanto dell'art. 25, CCII quanto della bancarotta da concordato preventivo, è forse possibile affermare come siano la crisi e l'insolvenza non irreversibile i due presupposti di operatività delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Queste due congiunture dell'impresa caratterizzerebbero infatti una situazione di carenza di programmazione da parte del debitore, la cui disfunzione di pianificazione «si situa alla base dell'evento-insolvenza *irreversibile*»[67]. Le carenze organizzative determinano una sorta di radicamento della crisi anticipato già nello scenario in cui l'imprenditore, pur riuscendo a pagare i debiti alle scadenze convenute – magari non senza difficoltà – non riesce comunque a profilare il sospetto di un prossimo ulteriore deterioramento della sua situazione finanziaria. Il legislatore della riforma stesso recepisce questa impostazione della crisi, in quanto prevede che quest'ultima sia individuabile in una inadeguatezza prospettica, della quale può

---

[66] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 264, 2019.

[67] D. GALLETTI, *Art. 5,* in *Commentario alla legge fallimentare,* diretto da C. Cavallini, tomo I (Artt. 1 – 63), cit., p. 80, 2010 (*corsivo* dello scrivente).

appunto darsi evidenza mediante l'utilizzo di indicatori atti a mettere in luce gli squilibri di economicità in essere.

Dall'impostazione delle norme penali presenti nel CCII, sembra che l'esistenza del fenomeno della crisi/insolvenza reversibile possa costituire la base dell'opportunità punitiva. I disequilibri che vi si accompagnano sarebbero proprio l'habitat di «emersione del pericolo di pregiudizio per i beni presidiati dalle fattispecie di bancarotta»[68]. In corrispondenza al momento di manifestazione della crisi, l'ordinamento tracciato dal CCII pretende dal debitore l'emersione della stessa e la sua esternalizzazione, riducendo la propria autonomia decisionale e gestionale a favore di soluzioni programmate con la compagine creditoria, nel cui interesse il patrimonio dell'impresa in crisi deve essere gestito[69], venendo dunque in rilievo «l'enucleazione positiva di quella zona di rischio penale che segna il presupposto di tipicità delle figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale, e che si organizza sul concetto di crisi, ora normativamente definito. È la crisi, in quanto situazione di difficoltà dell'impresa nei suoi equilibri programmati, a segnare […] lo spartiacque nelle finalità di tutela a favore del diritto penale concorsuale»[70].

Simmetricamente, le condotte compiute prima della crisi non sembra che possano essere recuperate a tipicità. Lo stato di crisi dell'impresa delinea la verifica dell'offensività concreta della condotta, perimetrando la rilevanza temporale delle condotte di bancarotta coerentemente con le affermazioni del Delitala, per il quale «se durante lo stato di equilibrio economico o di solvenza il debitore può disporre delle sue sostanze solo in quanto non restino pregiudicate le ragioni dei creditori, una volta sopravvenuto lo stato di squilibrio economico o di insolvenza, qualunque successivo atto di disposizione è, senza alcun dubbio, illegittimo, dacché si è manifestamente sorpassato il limite, entro il quale il debitore conserva la facoltà di disposizione»[71]. Tutto ciò, facendo comunque salvo che la valutazione sulla pericolosità della condotta deve svolgersi in ottica *ex ante,* considerando l'atto di disposizione e il contesto economico in cui è stato compiuto. Lo stesso Pedrazzi, acutamente, già sottolineava come sia «innegabile che la preesistenza di una situazione di crisi aziendale fornisce un'indicazione di imponente rilevanza: quando già si

---

[68] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 310, 2019.

[69] Il riferimento è inevitabilmente all'art. 4, c. 2, lett. *c),* CCII, il quale dispone che si debba «gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori».

[70] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 312, 2019.

[71] G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta,* ora in *Raccolta degli scritti. Diritto penale Vol. II,* cit., p. 712, 1976.

prospetti un'insufficienza della garanzia, qualunque diminuzione dell'attivo risulterà *ipso facto* lesiva. Il discorso vale anche per il dissesto non ancora in atto, ma che si profili all'orizzonte come eventualità non trascurabile: ogni volta che l'impresa attraversi un periodo di difficoltà di esito incerto, si dimostrano concretamente lesive le manipolazioni patrimoniali atte a far precipitare la situazione, o anche solo ad aggravare un dissesto che potrà derivare da cause incolpevoli»[72].

Per concludere il discorso circa la necessità che le condotte trovino attuazione in una situazione di crisi in atto – ovvero insolvenza reversibile, esprimente comunque un grado di dissesto suscettibile di determinare la probabilità di una futura insolvenza irreversibile – il tema va affrontato considerando anche l'ampiezza del sindacato penalistico sulle scelte gestorie. È ormai consolidata l'affermazione per cui, laddove l'operazione risulti dotata di una sostanza economica *ex ante* (p. es., la fuoriuscita di componenti attive contro la corresponsione di un adeguato corrispettivo[73]), ecco che la distrazione non trovi innesti tali da potersi effettivamente affermare, a nulla rilevando la eventuale maggiore illiquidità della garanzia patrimoniale giacché «di distrazione non può parlarsi fin tanto che l'attivo a disposizione dei creditori non risulti diminuito»[74].

La dottrina ha delineato il rischio che si giunga a una possibile deriva, nella misura in cui l'ablazione patrimoniale priva di contropartita ovvero dotata di un corrispettivo inadeguato, pur non intaccando l'idoneità della consistenza patrimoniale ai fini della garanzia, emerga attratta al fuoco della tipicità penale. In questa ipotesi si giungerebbe a una *iper-effettività* penale, manifestandosi una tutela eccessivamente rigida che, spregiudicatamente difendendo la garanzia, renda quest'ultima un fardello paralizzante per l'impresa, deprimendone le prospettive in termini specifici così come in termini di contesto economico di riferimento[75].

Ciò che pare quindi opportuno è contenere il rischio che si giunga a tale disequilibrio di sistema. Il giudizio sulla pericolosità concreta della fattispecie, illuminato dal contesto della crisi in atto, diventerebbe un giudizio sulla inadeguatezza prospettica che mette due grandezze in relazione tra loro: l'attivo patrimoniale

---

[72] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 71, 1995.

[73] La cui adeguatezza, comunque, non andrà quantificata in valore assoluto, bensì parametrata in ragione del contesto imprenditoriale in cui si inserisce.

[74] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 57, 1995.

[75] C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Volume IV, Scritti di diritto penale dell'economia,* rif. p. 990, 2003.

coinvolto dall'atto di disposizione, e il fabbisogno di garanzia. L'ambito del raffronto sarebbe la specifica **congiuntura dell'impresa al tempo della condotta,** volendo quindi sottolineare ancora una volta, in conclusione, come la crisi possa effettivamente costituire l'ambientamento tipico in cui trovano terreno fertile le condotte distrattive rilevanti ai fini della rimproverabilità penale della bancarotta fraudolenta propria. Le due grandezze dell'attivo distratto e del fabbisogno di garanzia si colorerebbero di rilevanza penale in forza di una soglia mobile che segue l'impresa nell'evoluzione della sua gestione. Inquadrata secondo questa angolatura d'indagine, la condotta sarà posizionata, tendenzialmente, in una fase del ciclo di vita dell'impresa, già adombrata dall'insolvenza o quantomeno da uno stato di crisi che esprime il rischio d'insolvenza, in quanto «tale situazione "qualificata" [può] riverberare, in concreto, i presupposti del pericolo»[76].

La disciplina tratteggiata dal CCII nelle disposizioni extra-penali che regolano le procedure di gestione della crisi sembra confermare le considerazioni già prefigurate nelle parti precedenti della trattazione[77], in cui si è rimarcata la valenza del dissesto per una corretta lettura in punto di accertamento del reato, auspicata già da tempo da molteplici autorevoli esponenti della dottrina. Il novellato codice conferisce una grande rilevanza alla congiuntura della crisi – il che sicuramente non può che essere apprezzabile – tuttavia, lo sforzo sembrerebbe complessivamente insufficiente, nella misura in cui implicitamente rimanda all'opera dell'interprete che, spesse volte, si trova dinanzi a insanabili fratture.

5.3. La bancarotta riparata per arginare il rischio di regresso all'infinito. Un'occasione mancata

Il problema in oggetto presenta evidenti riflessi non solo teorici ma anche pratici e applicativi. Se si astrae l'atto dispositivo dal contesto in cui questo si inserisce, «l'*indagine a ritroso* del giudice penale appare *pressoché illimitata,* così alimentando l'incombente tentazione del regresso all'infinito nella ricerca di fatti distrattivi»[78], senza curarsi di qualsivoglia valutazione relativa alla congiuntura della specifica impresa considerata, e determinando la dissipazione del dolo che caratterizza

[76] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 278, 2019.

[77] V. *infra* Capitolo IV, § 4.2. *Accertamento del reato. Pericolo concreto e fraudolenza,* alla cui chiusura si è anticipato come il CCII avesse in una certa misura sposato i concetti fin qui analizzati e approfonditi.

[78] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 275, 2019.

la fattispecie. Un possibile rimedio al "regresso all'infinito" potrebbe essere costituito dalla bancarotta riparata, fattispecie la cui fisionomia di base è efficacemente delineata dal Pedrazzi, il quale afferma che un limite all'efficacia della condizione di punibilità è proprio quello di poter esercitare il rimprovero penale solo nei confronti dei fatti tipici «tuttora significativi nell'economia dell'offesa, *lasciando* immuni da sanzione quelli la cui potenzialità lesiva si sia esaurita prima della crisi terminale»[79]. La bancarotta riparata evidenzia e ribadisce come i fatti tipici rimproverabili devono esprimere una pericolosità attuale nei confronti dell'interesse protetto; per contro, le condotte che si siano riassorbite possono quindi essere espunte dallo schema applicativo della tipicità.

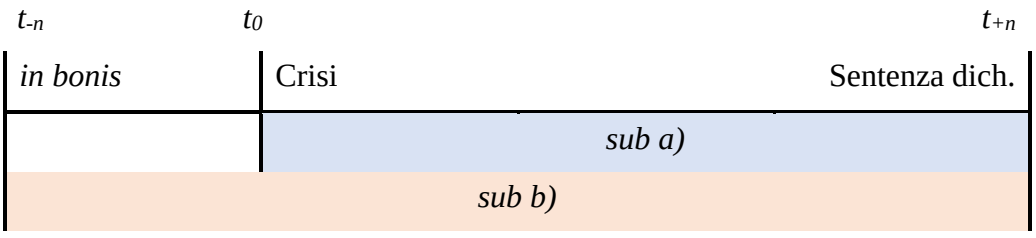
La funzionalità dell'istituto a risolvere la *vexata quaestio* è di tutta evidenza: pacifico che talune condotte riparatorie potrebbero disinnescare la portata distrattiva delle precedenti operazioni, e che le riparazioni per definizione dovrebbero intervenire prima della pronunzia giudiziale[80], è quanto mai cruciale comprendere la soglia temporale che conferisce rilevanza ai rimedi posti in essere. Sul punto, l'effetto riparatorio potrebbe essere considerato rilevante in due momenti distinti:

a) *dall'insorgenza della crisi* (dal tempo t_0) fino alla successiva sentenza dichiarativa (al tempo t_{+n}) , oppure;

b) *in qualunque momento* (dal tempo t_{-n} in poi) fino al sopraggiungere della sentenza dichiarativa (al tempo t_{+n}), a nulla rilevando il momento di insorgenza della crisi (localizzato in epoca t_0) ai fini della rilevanza della condotta.

Un'enunciazione grafica del concetto può aiutare a inquadrare meglio la scansione temporale delle due ipotesi appena formulate:

Tabella 20. Linea temporale della rilevanza delle condotte riparatorie ai fini dell'istituto



[79] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 24, 1995 (*corsivo* dello scrivente).

[80] Per semplici esigenze di coerenza politico-criminale, giacché sarebbe grottesco consentire al reo di porre rimedio dopo essere stato ufficialmente "individuato" nelle sue malefatte.

Come si vede dalla linea temporale delineata nella *Tabella 20.*, i momenti sono ben distinti tra loro: se si ammettesse la condizione di cui al punto *a)*, eventuali condotte riparatorie intervenute in epoca precedente sarebbero irrilevanti ai fini dell'indagine, così come potrebbero essere, analogicamente, irrilevanti le condotte distrattive attuate nel medesimo periodo, confermando quindi il discorso fatto fino a questo momento. In buona sostanza, sarebbe possibile affermare con certezza tombale che la rimproverabilità delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria dovrebbe essere circoscritta a quelle compiute in un contesto di disequilibrio di economicità, a patto che mantengano inalterato il pericolo di offesa all'interesse dei creditori fino alla sentenza dichiarativa.

Applicando la riflessione all'istituto della bancarotta riparata, in questa impostazione di analisi l'indagine del giudice penale subisce quindi un significativo restringimento del sindacato retrospettivo, sia nella ricerca delle condotte distrattive che nella ricerca di quelle eventualmente riparatorie. Questi si troverà a svolgere valutazioni circa la perdurante proiezione lesiva delle condotte pericolose già realizzate, in modo da verificare che queste stiano ancora incidendo sull'insolvenza dichiarata in sede concorsuale[81], il tutto a partire da un preciso momento temporale antecedente alla pronunzia giudiziale.

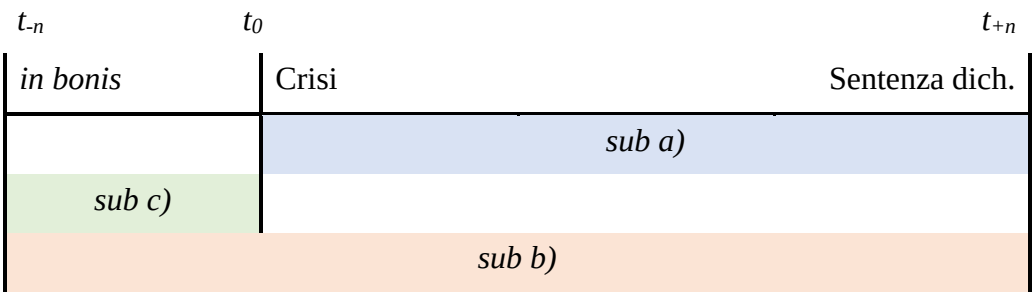
La giurisprudenza ha sicuramente recepito l'istituto della bancarotta riparata, ma non si è esaurito il dibattito circa l'individuazione della soglia temporale entro la quale le condotte riparatorie dovrebbero trovare attuazione. Alcune pronunce si esprimono a favore della ipotesi *sub b)* precedentemente descritta, affermando che vi sia bancarotta riparata quando «la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica» costituita dalla sentenza[82]; altre volte, i giudici hanno evidenziato la necessità che questa manifesti i suoi effetti rilevanti al massimo fino alla sopravvenienza della situazione di dissesto produttiva dell'insolvenza irreversibile – limitando, dunque, l'efficacia riparatoria delle condotte dell'agente ad un momento precedente, e allo stesso tempo limitando l'indagine dei giudici circa l'efficacia riparatoria delle stesse. In quest'ultimo caso, pertanto, si avrebbe un terzo ulteriore scenario *c)*, in cui le condotte riparatorie potrebbero assumere meritevolezza solo qualora siano state compiute nello spazio temporale che va dalla congiuntura *in bonis* fino all'insorgenza della crisi. La *Tabella 20.* vedrebbe la linea temporale modificarsi come segue:

---

[81] A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, rif. p. 45, 2012.

[82] Cass. Sez. V, 5 febbraio 2016, n. 4790.

Tabella 21. Ulteriore interpretazione giurisprudenziale sub c) *ai fini della valenza delle condotte riparatorie*



La dottrina ha spesso evidenziato il problema di una mancanza di omogeneità sul momento in cui si debba valutare il pregiudizio della condotta, evidenziando tra le altre cose, come la sentenza dichiarativa potrebbe intervenire a notevole distanza dall'insorgenza del dissesto e dal manifestarsi di una vera e propria insolvenza. Il tema è quindi «fissare il momento di valutazione del pericolo ad uno stadio in cui l'esito della situazione pericolosa si è già manifestato […] o, in presenza di condotte restitutorie, nella completa inoffensività delle precedenti distrazioni»[83]. Dato che la sentenza dichiarativa cristallizza l'insolvenza del patrimonio del debitore, se questo si presenta al cospetto dei giudici afflitto da menomazioni dovute da precedenti distrazioni, si avrà con certezza una lesione dell'interesse protetto dal reato di bancarotta; se invece l'attivo si presenta «reintegrato di quanto precedentemente distratto non vi è che constatare l'assenza di lesione al bene protetto»[84]. Tuttavia, portare il giudizio di pericolo al momento in cui l'epilogo della condotta si è manifestato sembrerebbe replicare un «giudizio sulla (in)sussistenza di lesione; in questo modo la soglia dell'offensività della bancarotta – ma solo di quella "riparata" – si eleva dalla messa in pericolo raggiungendo il danno»[85].

[83] P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata",* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2015, in cui l'Autore analizza una sentenza della Suprema Corte che annulla con rinvio la sentenza impugnata dal ricorrente poiché i giudici in Appello non avevano adeguatamente motivato in che termini le operazioni restitutorie non potevano essere considerate idonee a escludere le condotte illecite. Nel caso di specie, il ricorrente eccepiva la reintegrazione del patrimonio sociale tramite vari aumenti di capitale intervenuti dopo la contestata dissipazione dei beni sociali ma prima della dichiarazione di fallimento, sostenendo la loro idoneità a impedire un'incidenza diretta delle condotte distrattive sullo stato di insolvenza (v. Cass. Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6408).

[84] Ancora, P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata",* in *Diritto penale contemporaneo,* cit., 2015.

[85] *Id.,* nota precedente.

Per contro, se si nega ogni efficacia delle condotte restitutorie sull'integrazione del reato di bancarotta, allora gli effetti della restituzione rimarrebbero sempre estranei alla valutazione del giudice e quindi non sarebbero in grado di escludere la possibilità che le condotte integrino il reato. In tal modo, il pericolo sarebbe radicato sulla condotta tipica realizzata *ex se*, senza la necessità che permanga al tempo dell'epilogo rappresentato dalla dichiarazione giudiziale. Ma ancora, un'impostazione di questo tipo porterebbe necessariamente il giudice a investigare circa la pericolosità delle condotte anche allorquando queste siano state attuate in epoca significativamente remota rispetto al dissesto sfociato in insolvenza irreversibile – aumentando le probabilità che quest'ultima vanti cause totalmente indipendenti dallo squilibrio patrimoniale indotto dai fatti remoti astrattamente configurabili al tipo di bancarotta.

Non c'è dubbio che la limitazione temporale della efficacia delle condotte riparatorie possa contribuire a definire una più concreta valorizzazione dell'offensività immanente alle fattispecie, unitamente al fatto che riuscirebbe a contenere l'indefinito percorso a ritroso alla ricerca di episodi distrattivi, evitando di rivitalizzare offese oramai disinnescate[86]; contemporaneamente, non c'è dubbio sulla difficile traducibilità pratica a causa della mancanza di un preciso istante (evento?) quale termine di riferimento per la valutazione in punto di efficacia delle condotte riparatorie eventualmente attuate.

Ad opinione di chi scrive, proseguendo il ragionamento svolto fino a questo momento, se si voglia mantenere la fattispecie lungo il sentiero del reato di pericolo concreto – e la sentenza dichiarativa entro i confini della condizione obiettiva di punibilità – allora sarebbe possibile sostenere l'impostazione *sub a)*, per cui:

- Si ribadisce che la potenzialità lesiva della condotta dovrebbe emergere dalla sua attitudine offensiva potenzialmente in grado di ledere gli interessi protetti qualora subentri la pronunzia giudiziale;
- Tale pericolosità concreta si innesta alla luce della specifica congiuntura di dissesto e squilibrio di economicità che caratterizza l'impresa nel momento in cui la condotta stessa è posta in essere;
- Eventuali condotte riparatorie, proseguendo sullo stesso binario di razionalità, sarebbero in grado di avere un'incidenza positiva disinnescando il pericolo della precedente distrazione purché intervengano prima della

[86] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, rif. p. 25, 1995.

dichiarazione giudiziale, in modo che quest'ultima consenta un «naturale punto di gravitazione» atto a riesaminare retrospettivamente il quadro d'insieme[87].

Tuttavia, in dottrina, il Cavallini ha autorevolmente affermato che qualora la sentenza dichiarativa fosse l'unico limite invalicabile, si rischierebbe comunque di sbiadire la sua natura di condizione obiettiva di punibilità «assegnandole, in positivo, il compito sostanziale di selezionare le condotte tipiche sulla scorta della loro perdurante attitudine dannosa; con l'effetto, però, di tramutare il pericolo in danno»[88], il che complicherebbe senza dubbio alcuno le conclusioni appena formulate dallo scrivente.

L'analisi svolta non ha la minima pretesa di risolvere il dibattito ampiamente formatosi sul punto, bensì cerca di mettere in evidenza come tali criticità, già risalenti alla legge fallimentare, non siano state affrontate esaustivamente dal legislatore della riforma, decretando quindi come la risoluzione di queste ultime debba intendersi ancora oggi rimessa alle stanze dottrinali nonché al prudente apprezzamento dei giudici nelle aule del Tribunale. Un più oculato *rationale* in tema tanto di innesto dell'oggettività giuridica delle condotte distrattive, quanto in merito all'efficacia riparatoria delle condotte eventualmente implementate, avrebbe avuto il merito di dirimere la foschia di incertezze che da fin troppo tempo affligge la disciplina del diritto penale dell'impresa.

6. L'ostensibilità patrimoniale e finanziaria in punto di accesso alle procedure di composizione assistita della crisi. Quali conseguenze ai fini della bancarotta documentale?

Nel corso della trattazione svolta *infra.* § 2.3. del presente Capitolo, si è parlato della novità, sul versante civilistico della riforma, introdotta dal legislatore allo scopo di favorire l'emersione tempestiva della crisi e una sua oculata gestione rivolta, prevalentemente, al risanamento dell'esposizione debitoria ed al ripristino degli equilibri di economicità direttamente collegati con il *going concern* dell'entità economica considerata. In particolare, approfondendo l'istituto della procedura di

[87] C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Volume IV, Scritti di diritto penale dell'economia,* rif. p. 997, 2003.

[88] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit. p. 286, 2019.

composizione assistita della crisi, dopo aver specificato come questa sia attivabile esclusivamente su istanza del debitore il quale, resosi conto del dissesto in atto, opta per una procedimentalizzazione dello stesso in ottica di un celere risanamento, concordato con il proprio ceto creditorio. È già stato messo in risalto l'**obbligo** in capo al debitore, di procedere alla suddetta procedimentalizzazione non appena questi venga a conoscenza dello stato di crisi, ciò per espressa previsione ai sensi dell'art. 3, CCII il quale, dietro richiamo al nuovo art. 2086, cod. civ., egualmente sancisce l'obbligo di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, oltre che in grado di rilevare la presenza della crisi e favorirne la sua emersione tempestiva.

Fatta questa premessa, nell'ambito della nota n. 15 del presente Capitolo si è anticipata la questione che, in questa sede, si intende approfondire: la presenza di un implicito requisito per l'accesso alle procedure di composizione assistita della crisi, ovverosia l'esistenza effettiva di una **contabilità generale ordinata,** che sia stata tenuta in modo veritiero e corretto in conformità agli artt. 2214, ss., cod. civ., nonché adatta a garantire l'**ostensibilità** della situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore. Sul punto, risulta particolarmente incisivo quanto sancito dall'art. 19, CCII di seguito riportato in un suo estratto rilevante per la tematica in oggetto:

Tabella 22. Art. 19, c. 2, CCII, ai sensi del quale emergerebbe il requisito implicito per l'accesso alle procedure di composizione assistita della crisi rappresentato dalla ordinata tenuta della contabilità generale

Art. 19, c. 2, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza *Composizione della crisi*	Il collegio procede nel più breve tempo possibile ad acquisire dal debitore, o su sua richiesta a predisporre, anche mediante suddivisione dei compiti tra i suoi componenti sulla base delle diverse competenze e professionalità, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione. Il collegio può acquisire dal debitore tutti i documenti ritenuti utili.

L'istanza del debitore per avere accesso alle procedure di composizione assistita della crisi costituisce senza dubbio un passaggio atto sia a procedimentalizzare la crisi che ad ottemperare ad un obbligo espressamente previsto. La circostanza per la quale poi, a seguito dell'attivazione del debitore, il collegio dell'OCRI proceda nel più breve tempo possibile a redigere la situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, unitamente alla stesura dell'elenco dei creditori in essere, si presenta di cruciale importanza, in quanto potenzialmente suscettibile di produrre effetti sul piano penale in relazione al reato di bancarotta documentale. Quest'ultimo è un reato ricco di sfumature, configurabile come si è visto nella sua

formulazione *fraudolenta* ovvero *semplice,* entrambe caratterizzate rispettivamente da peculiarità e tratti distintivi propri.

La **bancarotta fraudolenta documentale** (art. 322, CCII)[89] attira al fuoco della propria tipicità le condotte di sottrazione, distruzione, falsificazione dei libri o delle scritture contabili – siano tutte parziali ovvero totali – nonché la tenuta *in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari* (per semplicità espositiva, quest'ultima *species* sarà da questo momento in poi definita quale "tenuta pregiudizievole"). Il profilo psicologico è colorato del dolo, il quale a sua volta può essere specifico di *procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto,* ovvero generico e riconducibile all'intenzione di rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del volume d'affari. Ancora, al comma 2 è specificato che la condotta è rimproverata sia nel caso in cui avvenga prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale, che dopo il verificarsi della pronunzia giudiziale.

La **bancarotta semplice documentale** (art. 323, CCII)[90] esercita il rimprovero penale nei confronti dell'omessa tenuta dei libri e delle scritture contabili prescritti dalla legge, ivi incluso il caso in cui siano stati *tenuti in maniera irregolare o incompleta.* Peculiarità della fattispecie è che le condotte sono temporalmente collocate nei tre anni antecedenti alla sentenza dichiarativa – o conteggiati a partire dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto un respiro temporale più ristretto. In questo caso, il profilo psicologico è integrato essenzialmente con la colpa dell'autore, coerentemente con l'analisi già svolta precedentemente[91]. Per una maggior chiarezza espositiva, si propone uno schema riepilogativo di entrambe le fattispecie di reato, dell'elemento psicologico che caratterizza le condotte, nonché taluni aspetti caratteristici rilevanti per un inquadramento efficiente di queste ultime nell'uno o nell'altro schema tipico.

[89] Per l'inquadramento approfondito ai sensi dell'art. 216, l. fall., v. § 5. *Bancarotta fraudolenta documentale,* infra. Capitolo IV.

[90] Per l'inquadramento approfondito ai sensi dell'art. 217, l. fall., v. § 6.2. *Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 2. Bancarotta semplice documentale,* infra. Capitolo IV.

[91] Sul tema, v. § 6.2. *Le ipotesi tipiche ex art. 217, comma 2. Bancarotta semplice documentale,* infra. Capitolo IV.

Tabella 23. Struttura del reato di bancarotta fraudolenta documentale

<table>
<tr><th></th><th>Condotta</th><th>Oggetto materiale</th><th>Estensione qualitativa della condotta</th><th>Profilo psicologico</th></tr>
<tr><td rowspan="4">Fraudolenta ex art. 322, CCII</td><td>Sottrazione</td><td rowspan="4">Libri e scritture</td><td rowspan="4">Parziale o totale</td><td rowspan="3">Dolo specifico di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto</td></tr>
<tr><td>Distruzione</td></tr>
<tr><td>Falsificazione</td></tr>
<tr><td>Tenuta pregiudizievole</td><td>Dolo generico di non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del volume d’affari</td></tr>
<tr><td>Peculiarità</td><td colspan="4">Le scritture possono essere sia obbligatorie che facoltative (incl. quelle delle discipline speciali, p. es. tributaria o previdenziale) purché funzionali a rappresentare gli atti gestori e il loro contenuto economico – escl. la contabilità analitica per un reporting interno.
La contabilità c.d. in nero è esclusa e integra la fattispecie di tenuta irregolare ai sensi della bancarotta documentale semplice.
In punto di tenuta pregiudizievole della contabilità, questa è caratterizzata da serialità e sistematicità tali da rendere l’intera contabilità radicalmente inidonea a consentire la ricostruzione del patrimonio o del volume d’affari.
L’impossibilità di ricostruzione appena menzionata non è esclusivamente assoluta, tuttavia l’impegno per l’opera ricostruttiva è significativamente aggravato; il reato è pertanto integrato anche allorquando il curatore riesca eventualmente a giungere alla migliore approssimazione possibile.</td></tr>
</table>

Tabella 24. Struttura del reato di bancarotta semplice documentale

	Condotta	Oggetto materiale	Estensione qualitativa della condotta	Profilo psicologico
Semplice ex art. 323 CCII	Omessa tenuta	Libri e scritture	Totale	Colpa grave
	Tenuta irregolare o incompleta		Parziale o totale	Colpa o dolo generico
Peculiarità	Le scritture devono essere **obbligatorie** ex artt. 2214, ss., e 2086, cod. civ., ivi inclusi gli arricchimenti richiesti dalle scienze aziendalistiche e dai principi contabili – escl. quelle prescritte dalle discipline speciali, p. es. regime tributario ovvero previdenziale. Il reato è integrato anche nel caso in cui la tenuta delle scritture sia affidata a un professionista terzo. In punto di *incompletezza* della contabilità, questa è **incompletezza lieve** la quale comunque non pregiudica la possibilità di ricostruire il patrimonio o il volume d'affari. In punto di *tenuta irregolare*, vi si include la tenuta della contabilità c.d. **in nero.**			

Prima di proseguire con l'analisi, una breve specifica si vuole fare circa la punibilità a titolo di **colpa grave** della condotta di *omessa tenuta* della contabilità rimproverabile ai sensi della bancarotta semplice documentale. Posto che nell'ordinamento la colpa è configurata «quando la condotta concreta è difforme dal modello di condotta prescritto da una regola di diligenza, prudenza o perizia, codificata o non codificata»[92], ciò che si può definire "grado della colpa" – ossia il «divario tra la condotta concreta e il modello di condotta che l'agente doveva rispettare»[93] – sarebbe irrilevante per la configurazione del reato, ma rilevante per la commisurazione della pena. Nel caso di specie, la condotta omissiva rileverebbe a titolo di colpa grave in quanto la portata perentoria delle norme codicistiche in punto di tenuta della contabilità – appropriatamente e doverosamente integrate dalle scienze aziendalistiche, dai principi contabili e dal nuovo art. 2086, cod. civ. – rendono l'imperizia e la negligenza del comportamento indiscutibilmente evidenti. Poiché è manifestamente impossibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata delle norme violate, di conseguenza risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi in capo al debitore, ragion per cui l'omessa tenuta della contabilità potrebbe essere illuminata dalla colpa nella sua declinazione *grave.*

[92] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale,* cit., p. 359, 2017.

[93] *Id.*, nota precedente.

6.1. L'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi *in corso* di condotte documentali

A questo punto, l'interrogativo cui preme rispondere è quali **riflessi** possano esservi **in tema di bancarotta documentale,** alla luce dell'obbligo in capo al debitore di attivarsi prontamente per una composizione assistita della crisi qualora ne sussistano i presupposti, considerando anche il fatto che a seguito della sua attivazione il collegio dell'OCRI dovrà procedere, nel più breve tempo possibile, ad acquisire i documenti utili a redigere una relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa. Le fondamenta della riflessione che segue sono costituite, inevitabilmente, dal fatto che per la punibilità del reato eventualmente integrato, sia necessaria la sentenza di liquidazione giudiziale[94] (o, ai fini della bancarotta concordataria, il provvedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo).

Il problema si presenta ricco di sfaccettature, e volendo dargli un'impostazione pratica che possa effettivamente trovare riscontro in una concreta prassi applicativa, di seguito si cercherà di analizzarlo dandogli un'impronta analitica, che provi a verificare, caso per caso, quali sarebbero le possibili configurazioni del reato.

1) Il debitore *omette* di ricorrere all'OCRI, e risulta *totalmente sprovvisto* della contabilità.

In questa circostanza, qualora egli venga dichiarato in liquidazione giudiziale, dovrebbe rispondere del reato di bancarotta **semplice** a titolo di colpa grave, per aver violato l'obbligo di tenuta della contabilità (in spregio, si sottolinea, anche all'art. 2086, cod. civ.). Per ciò che concerne la violazione dell'obbligo di adire all'OCRI, si potrebbe anche qui parlare di responsabilità a titolo di colpa, giacché la legge espressamente impone l'obbligo di attivazione tempestiva per la composizione assistita della crisi; nello specifico, la mancata ottemperanza all'obbligo di

[94] A tal proposito, si ribadisce quanto già specificato durante l'analisi dell'istituto della composizione assistita della crisi: già in presenza di una contabilità ordinata, se le trattative in seno all'OCRI non dovessero andare a buon fine, l'organo sarebbe tenuto a segnalare al Pubblico Ministero l'esito infausto della procedura; una volta ricevuta la segnalazione, il P.M. dovrà indirizzarsi verso la liquidazione giudiziale qualora ne sussistano i presupposti (v. § 2.3. *Procedure di allerta e procedure di composizione assistita della crisi*, infra. presente Capitolo). Poiché, nello scenario che qui si analizza, ci si trova in presenza di condotte astrattamente idonee ad integrare il reato di bancarotta documentale, si può ragionevolmente concludere che l'organo proceda a segnalare al Pubblico Ministero tali irregolarità, affinché egli valuti la possibilità di procedersi a liquidazione giudiziale a prescindere dall'esito delle negoziazioni tra il debitore e la compagine creditoria – fatta salva, ovviamente, la necessità di accertare la sussistenza dei presupposti.

attivazione sarebbe colposa nel caso in cui l'imprenditore fosse **inconsapevole** del dissesto in atto – questo sarebbe lo scenario in cui il sistema di controllo interno non abbia rilevato nessuna asperità, non avendo dunque provveduto a segnalare al consiglio di amministrazione affinché intraprendesse gli opportuni correttivi[95].

Nel caso in cui quest'ultima segnalazione avesse effettivamente trovato attuazione, e quindi il **sistema di controllo interno abbia segnalato** le irregolarità presenti, e il consiglio di amministrazione non abbia agito, allora diventerebbe palese l'intento **dolosamente omissivo** di attivarsi dinanzi all'OCRI per una composizione assistita della crisi. In questo caso, il debitore sarebbe manifestamente consapevole del dissesto, e qualora la sua condotta **aggravi il dissesto** egli integrerebbe la bancarotta semplice per espresso richiamo dell'art. 323, c. 1, lett. *d)* che individua la condotta per cui il debitore abbia *aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale.*

2) Il debitore *omette* di ricorrere all'OCRI, poiché dispone di una contabilità *irregolare* ovvero *mal tenuta.*

In questo scenario ipotetico le fattispecie di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta si mischiano vicendevolmente, avendosi due tipologie di condotte che potrebbero integrare entrambi i reati. La discriminante sarebbe da ricercare, com'è immediatamente evidente, nel profilo psicologico che caratterizza la condotta stessa, ma anche nel grado della irregolarità che affligge la contabilità in essere. Il debitore potrebbe integrare la bancarotta **semplice** a titolo di colpa scaturente proprio dall'imperizia con la quale abbia tenuto la contabilità, evidentemente non rispettando i dettami stabiliti dal codice civile ovvero dei principi contabili, e avendo negligentemente omesso di verificare la sussistenza di una situazione di dissesto che avrebbe dovuto condurre verso l'attivazione presso l'OCRI per una composizione assistita. In questo caso, le irregolarità dovrebbero comunque determinare una incompletezza tale da non pregiudicare in toto la possibilità di ricostruire il patrimonio o il volume d'affari. Se la condotta consistesse poi nel disporre di un impianto di rilevazione contabile c.d. in nero, ecco che la bancarotta semplice andrebbe a colorarsi del dolo generico.

Nell'ipotesi in cui il debitore sia consapevole delle irregolarità da un lato, e del dissesto in essere dall'altro lato, nello scenario in cui la ricostruzione del patrimonio o del volume d'affari sia irrimediabilmente pregiudicato in forza della serialità delle

[95] Data la totale assenza della contabilità qui ipotizzata, sembra comunque paradossale che il sistema di controllo interno non abbia sollevato rilievo alcuno; più congruo, ipotizzare che il sistema di controllo interno non sia affatto stato impiantato.

violazioni e della loro sistematicità, ciò integrerebbe la *species* **fraudolenta** ben potendosi parlare di *tenuta pregiudizievole* – in questo caso infatti, non sarebbe neanche ipotizzabile l'esistenza di una contabilità occulta (la quale, si ricorda, rientrerebbe nella bancarotta semplice) poiché quest'ultima permetterebbe l'appena menzionata ricostruzione, mentre nel caso di specie qui ipotizzato l'operazione ricostruttiva è particolarmente ostica e comunque permette meramente di approdare alla migliore approssimazione possibile, e non già alla ricostruzione effettiva. Data la radicale inidoneità della contabilità rinvenuta a consentire l'ordinata ricostruzione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria, è ancor più facile inquadrare il dolo generico che caratterizza la condotta in quanto il debitore, pur consapevole dello stato di crisi, avrebbe omesso il ricorso all'OCRI *anche* per nascondere la propria situazione agli organi di una eventuale liquidazione giudiziale, prevista come certa o comunque altamente probabile.

3) Il debitore *ricorre* all'OCRI, pur risultando tuttavia *totalmente sprovvisto* della contabilità.

Il caso analizzato si presenta molto simile allo scenario di cui al n. 1) del presente elenco, al quale pacificamente si rimanda. In buona sostanza, la *species* integrata sarebbe ovviamente quella di bancarotta semplice data la totale assenza di contabilità. Sarebbe comunque apprezzabile l'attivazione presso l'OCRI, aspetto che, nel punto n. 1) cui si rinvia, risulta anch'esso totalmente assente.

4) Il debitore *ricorre* all'OCRI, ma la contabilità presentata all'organo risulta *irregolare* ovvero *mal tenuta.*

Lo scenario in oggetto potrebbe, alla stregua del n. 2) precedente, integrare entrambe le tipologie di bancarotta, semplice ovvero fraudolenta. Rilevante punto di differenza, è l'effettiva attivazione del debitore, il quale resosi conto dello stato di crisi ha optato per l'audizione all'OCRI affinché si potesse procedere a un tentativo di risanamento, ottemperando quindi ai propri obblighi scaturenti sia dal CCII che dal nuovo art. 2086, cod. civ., giacché evidentemente è stato in grado di rilevare il dissesto dell'impresa, pur in presenza di una contabilità *irregolare* o *incompleta* ovvero *pregiudizievole.* Il debitore risponderebbe del reato di bancarotta **semplice** a titolo di colpa nel caso in cui sia comunque possibile effettuare una ricostruzione del patrimonio o del volume d'affari, ivi incluso l'ausilio di una eventuale contabilità occulta a disposizione per l'operazione di ricostruzione.

L'elemento psicologico si colorerebbe del dolo nell'ipotesi di bancarotta **fraudolenta** qualora le irregolarità siano tanto sistematiche e frequenti da rendere il sistema informativo cronicamente inadeguato a permettere l'operazione ricostruttiva

ex post in seno agli organi della liquidazione giudiziale la quale, anche in questo caso come nel n. 2), sarebbe prevista come certa o altamente probabile – a maggior ragione dato il ricorso all'OCRI ad opera del reo.

5) Il debitore *ricorre* all'OCRI, ma *falsifica appositamente* la propria contabilità per propiziarsi un esito favorevole della procedura stessa.

Fra gli scenari finora analizzati, probabilmente quello in oggetto rappresenta la condotta più riprovevole. Nel caso di specie, infatti, il debitore è senza dubbio consapevole della propria situazione di dissesto alla luce della sua attivazione presso l'OCRI per procedere a una composizione assistita della crisi. Ciò che si è comunque verificato è la **falsificazione** della propria contabilità, appositamente svolta proprio per cercare di favorire un positivo epilogo dell'intero iter procedurale. Il reato che si andrebbe a configurare è senza dubbio quello della bancarotta **fraudolenta,** caratterizzata in questo caso dal dolo specifico di procurare a sé stesso un ingiusto profitto, nonché pregiudicare il ceto creditorio con la propria condotta. L'autore dell'illecito, nel caso analizzato, auspicherebbe nel concreto una falcidia in grado di danneggiare i creditori e avvantaggiare la propria posizione, e la falsificazione costituirebbe lo strumento effettivo per raggiungere questa esecrabile finalità. Da notare, sul punto, come anche il legislatore abbia attribuito a questa condotta una gravità significativamente elevata: l'art. 344, c. 1, lett. *b)* applica il rimprovero penale alla condotta dell'imprenditore il quale, proprio al fine di ottenere l'accesso a taluna delle procedure previste dalla disciplina, *produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile.* La soglia di applicazione della tutela, ai fini della punibilità per la condotta esaminata, si presenta dunque anticipatamente raggiunta rispetto alle fattispecie di bancarotta, potendo infatti procedersi all'applicazione della sanzione penale a prescindere dal fatto che subentri la ben nota condizione obiettiva di punibilità (propria dei reati di bancarotta) rappresentata dalla pronunzia giudiziale.

A concludere la disamina della casistica appena presentata, pare opportuno evidenziare come il legislatore abbia voluto **quantificare il danno** emergente dalle condotte di bancarotta documentale. L'operazione è svolta mediante l'art. 378, CCII, il quale al secondo comma introduce una modifica al disposto codicistico dell'art. 2486, cod. civ.:

Tabella 25. Art. 378, CCII

Art. 378, c. 2, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza *Responsabilità degli amministratori*	[…] Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

La promozione di un'azione di responsabilità avverso la compagine amministrativa vede quindi il *quantum* dell'offesa essere determinato in via presuntiva dal legislatore stesso.

6.2. *Nemo tenetur se detegere.* L'inapplicabilità del principio

Mettendo in relazione le condotte tipiche della bancarotta documentale con l'obbligo di attivazione presso l'OCRI ai fini di procedere alla composizione assistita della crisi, potrebbe eventualmente sorgere un problema consistente nel trade-off tra l'acquisizione probatoria e il diritto alla difesa. È evidente infatti come vi sia un certo grado di tensione tra l'organo collegiale dell'OCRI e il debitore, nella misura in cui la sua attivazione potrebbe determinare, in conclusione, la formulazione di un addebito penale nei suoi confronti. Questo aspetto è espressivo di profonde esigenze, comunque opposte tra loro: da un lato si vuole tutelare il sistema economico favorendo la tempestiva emersione della crisi, ma dall'altro lato emerge l'esigenza di difesa del soggetto in tutte le sue possibili esplicazioni.

Un diritto fondamentale riconosciuto alla persona accusata di un fatto di reato è quello di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte difensive, consentendo al soggetto la libertà di scegliere se concorrere o meno all'accertamento del fatto addebitatogli[96]. Lo stesso codice di procedura penale stabilisce che non sia possibile utilizzare metodi o tecniche idonei ad influire sulla predetta libertà di autodeterminazione, ex art. 188, cod. proc. pen. Considerando questi aspetti anche alla luce dell'art. 24, Cost. che tutela l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, il principio generale del ***nemo tenetur se detegere*** esprime come nessuno possa essere costretto ad agire a proprio danno[97].

[96] O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento,* rif. p. 28, 2004.

[97] Il soggetto gode anche della facoltà di non autoincriminarsi quale forma di tutela anticipata del diritto al silenzio: colui che non riveste la qualità di indagato o di imputato, se viene sentito ad altro titolo (come, p. es., in occasione dell'audizione presso il collegio dell'OCRI), non può essere costretto a fornire risposte che potrebbero aprire la via alla propria incriminazione.

È indubbio come vi siano situazioni in cui l'omissione del debitore vada a configurare una situazione a lui direttamente sfavorevole, in quanto l'esercizio di questa condotta costituisce immediatamente un elemento apprezzabile come riscontro a suo carico – si veda il mancato ottemperamento all'obbligo di deposito dei bilanci ex art. 49, c. 3, lett. *c),* cui è soggetto l'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale, condotta la quale determina un rimprovero penale ai sensi dell'art. 327, CCII. Tuttavia, l'interrogativo che ci si pone in questa sede si discosta da tali eventualità nella misura in cui, nel caso concreto, è l'imprenditore stesso a doversi presentare, in forza di un obbligo espresso, dinanzi a un collegio appositamente costituito, pur essendo potenzialmente rimproverabile alla luce delle sue condotte integranti il reato di bancarotta documentale.

Esplorando il tema[98], sembra agevole addivenire alla conclusione per cui, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, una volta **convenuto** dinanzi all'OCRI – non si parla qui di attivazione autonoma, bensì di convocazione in forza di segnalazioni provenienti dall'esterno – l'eventuale rifiuto di presentazione della contabilità al collegio non potrebbe, *ex se,* costituire una prova della verità del fatto storico deducibile a suo carico (non sarebbe quindi possibile concludere a favore della bancarotta semplice per omessa tenuta della contabilità, dovendosi comunque procedere all'effettivo accertamento di tale condotta), tuttavia la circostanza potrebbe sicuramente fornire un "riscontro obiettivo" a tale quadro probatorio già sufficientemente sfavorevole[99]. Proseguendo però nell'indirizzo giurisprudenziale di cui si discorre, osservando la disciplina dell'esame dibattimentale dell'imputato si comprende come una volta che il debitore abbia chiesto l'esame diretto – e dunque, si sia **personalmente ed autonomamente attivato** presentando all'OCRI l'istanza per la composizione assistita della crisi – egli non possa poi sottrarsi alla presentazione della contabilità e dell'elenco dei creditori, invocando impropriamente lo *ius tacendi,* giacché tale condotta assumerebbe legittimamente il valore di argomento di prova[100].

Ancora una volta, le riflessioni sviluppate dal Pedrazzi si dimostrano, pur se datate, in grado di essere quantomai attuali e fondamentali per chiarire, senza il minimo margine per il dubbio, la problematica in oggetto. Interrogandosi

---

[98] Per l'approfondimento che segue, una preziosa base di partenza è costituita da A. LARONGA, *Nemo tenetur se detegere. Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio,* in *Questione giustizia,* rif. pp. 9, ss., 2014, le cui riflessioni sono state rielaborate ai fini di una loro applicazione sul tema in oggetto alla luce della riforma del CCII.

[99] Cass. Sez. IV, 9 febbraio 1996, n. 204546.

[100] Si potrebbe approdare a questa conclusione in virtù della Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, rif. p. 64, ss., 1988.

sull'utilizzazione della contabilità in sede concorsuale, egli rileva come la funzione documentale sia penalmente presidiata in vista dell'obiettivo sostanziale della procedura [fallimentare] rappresentato dal massimo soddisfacimento dei creditori (*rectius:* dall'ostensibilità della situazione economica, finanziaria e patrimoniale nell'ambito delle procedure di composizione assistita della crisi, allo scopo di favorire un risanamento tempestivo del dissesto in corso e la preservazione del complesso produttivo), il quale sarebbe «irraggiungibile senza una ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari»[101]. L'obbligo alla tenuta della contabilità coerentemente con i dettami del codice civile, ivi incluso l'obbligo di una corretta registrazione e documentazione delle operazioni gestorie, si giustificano in forza di interessi extraprocessuali – proprio come, p. es., il diritto di credito e l'interesse all'ostensibilità di cui sopra. Per ciò che concerne l'estensione dell'obbligo «ai momenti penalmente censurabili della gestione»[102] e l'interrogativo se questo debba eventualmente lasciare il passo dinanzi al diritto di difesa costituzionalmente garantito, la risposta dovrebbe essere negativa «nonostante il pregiudizio che la difesa processuale può ricevere»[103].

Il principio del *nemo tenetur se detegere* non troverebbe applicazione in seno «a comportamenti che in sé considerati non costituiscono autodenunzia o confessione di reati»[104], e «le scritture contabili, per l'appunto, non costituiscono forme di autodenunzia o confessione, *ab initio* destinate al processo»[105]: il loro utilizzo processuale quale fonte di informazione e di prova sarebbe meramente conseguenziale ed eventuale. Nel caso di specie, l'ostensibilità del patrimonio rappresenta un interesse di ordine conoscitivo comunque strumentale alle finalità stesse della procedura e, pertanto, come tale, non censurabile.

---

[101] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Introduzione,* in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 90, 1995.

[102] *Id.* nota precedente, cit., p. 91.

[103] *Id.* nota precedente.

[104] Corte Cost., 30 luglio 1984, n. 236.

[105] C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Introduzione,* in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 92, 1995.

7. Responsabilità degli enti. La disciplina del d. lgs. 231/2001 all'alba della riforma

Giunti quasi al termine dell'analisi del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è ormai chiaro come il debitore debba tenere un comportamento proattivo, allo scopo di monitorare efficacemente l'andamento dell'attività economica nonché attivarsi tempestivamente affinché la situazione di crisi trovi una emersione precoce, e possa quindi essere suscettibile di un'adeguata gestione, sin dagli albori delle sue prime manifestazioni, in modo da preservare ovvero recuperare il *going concern* tipico di un'impresa in salute. L'impostazione del legislatore è cristallizzata e definita entro l'art. 2086, cod. civ., novellato ai sensi dell'art. 375, CCII, il quale rende obbligatoria l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, oltre che in grado di ottemperare alla rilevazione tempestiva della crisi. Facendo salve tutte le considerazioni già espresse circa la novità codicistica appena menzionata[106], sembra ora opportuno interrogarsi se vi siano **interazioni** tra le prescrizioni del nuovo articolo del codice civile e la disciplina ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nello specifico, ci si chiede se e in che modo il legislatore abbia voluto ricomprendere i modelli organizzativi sviluppati in concerto con la disciplina del d. lgs. 231/2001 (di seguito, modelli 231 o mod. 231) nell'area degli obbligatori assetti organizzativi. La volontarietà che ha finora caratterizzato i mod. 231 potrebbe dunque essersi tramutata in una concreta esigenza imprescindibile per l'impresa alla luce degli obblighi introdotti dal CCII.

I modelli 231, visti secondo un approccio pragmatico, cercano di procedimentalizzare la gestione del rischio di reato che potrebbe permeare lo svolgimento dell'attività economica, specialmente in seno alle realtà maggiormente strutturate. La gestione del rischio presuppone essenzialmente la sua conoscenza, in primo luogo, e il fatto che solo mediante la consapevolezza della potenziale verificabilità di un evento sarebbe possibile la mitigazione o l'eliminazione della sua concretizzazione, in secondo luogo. Gli enti devono quindi attuare, mediante l'implementazione di modelli 231, azioni e procedure in grado di evitare, mitigare o eliminare il rischio. Alternativamente, potrebbero accettare più o meno consapevolmente che quest'ultimo possa concretizzarsi, incorrendo così nella colpa di organizzazione a titolo della quale essi sarebbero chiamati a rispondere in virtù della responsabilità parapenale a loro attribuibile. Sulla scia della riforma, che punta quindi al comportamento proattivo per una gestione anticipata della crisi, l'assetto organizzativo,

[106] V. § 2.2. *Nuovo art. 2086, cod. civ. Obblighi organizzativi*, infra. presente Capitolo.

amministrativo e contabile adeguato deve, per poter svolgere appieno le sue funzioni, essere concretamente inoculato nella realtà e nelle prassi operative dell'impresa; specularmente, l'obbligo di attivazione a seguito della rilevazione di una crisi attuale o imminente è senza dubbio trasversale nella misura in cui coinvolge sia l'organo amministrativo che l'organo di controllo. La crisi non gestita ed il rischio di dissesto incontrollato rappresentano pertanto un **rischio non trascurabile** dall'imprenditore.

7.1. La prevenzione del rischio di reato nel sistema dei modelli 231 e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo ai sensi dell'art. 2086, cod. civ.

Il punto cardine intorno al quale può eventualmente costruirsi la responsabilità dell'ente è proprio il modello organizzativo, il quale deve essere in grado di tracciare i contorni delle aree di rischio di reato rilevanti, e risulta quindi essenziale per consentire all'ente di predisporre degli idonei presidi preventivi[107]. D'altronde, la stessa essenza del brocardo *societas delinquere potest* orbita intorno al necessario adattamento per cui l'ente «surroga la sua incapacità naturalistica di azione attraverso una sua capacità organizzativa»[108], potendo quindi esercitare delle forme di controllo e indirizzamento sulle attività degli autori materiali degli illeciti proprio grazie alla presenza di modelli organizzativi a ciò preposti. Se l'ente non osserva il proprio dovere di auto-organizzarsi, ecco che contribuisce alla realizzazione dei reati presupposto nella misura in cui, consapevolmente, rinuncia ad una gestione del rischio adeguata. Per contro, è proprio con l'implementazione del modello 231 che l'ente riuscirebbe ad evitare, o almeno a rendere più ostica e complicata, la realizzazione dei reati presupposto, manifestando quindi una condotta di non tolleranza e interesse alla prevenzione dei fatti illeciti eventualmente commessi a suo interesse o vantaggio.

Il modello 231 eventualmente implementato deve essere astrattamente **idoneo ed efficace** a prevenire il compimento dei reati tipici. Questi attributi non possono essere definiti "a scatola chiusa", ma devono necessariamente essere ritagliati sulle specificità del contesto in cui il modello si inserisce. Si potrà addivenire ad un modello idoneo previa mappatura dei processi aziendali, effettuando una selezione delle aree maggiormente sensibili alla configurabilità delle varie *species* di reato, per poi svolgere una vera e propria progettazione ed implementazione di protocolli,

---

[107] G. LATTANZI, P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Volume II, diritto processuale,* rif. p. 27, 2020.

[108] C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa,* in M. DONINI, R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità,* cit., p. 166, 2013.

flussi informativi, supporti e meccanismi di controllo[109] che andranno effettivamente a delineare il modello 231. L'istituzione di un correlato Organismo di Vigilanza è poi un passo decisivo e imprescindibile affinché il mod. 231 così disegnato riesca ad assumere un'efficacia esimente, poiché sarà compito dell'OdV vigilare sia sull'osservanza che sul funzionamento del modello, oltre che valutare l'opportunità di un suo aggiornamento con l'evolversi dell'attività economica. Detto organismo deve essere messo nella condizione di poter effettivamente svolgere questi compiti, pertanto l'organo amministrativo deve attribuirgli autonomi poteri di iniziativa e controllo tali da consentirne l'operatività: i membri dell'OdV dovranno essere liberi da condizionamenti, pressioni o influenze di qualsivoglia natura da parte di altri componenti dell'ente, unitamente al fatto che gli dovrà esser consentito il libero accesso a documenti ed informazioni aziendali indispensabili per lo svolgimento dell'incarico.

L'effettività del modello 231 culmina nella previsione di un sistema disciplinare in grado di sanzionare i comportamenti lesivi dei precetti contenuti nel modello stesso, in modo da creare una reale deterrenza nella compagine dell'ente, le cui risorse umane saranno sottoposte a sanzioni – ancorché non ancora penalmente rilevanti – che rappresentano l'impegno della *societas* nella prevenzione degli illeciti.

Si è già sottolineato come la verificazione di un reato tipico non implichi automaticamente la prova dell'inidoneità del modello, in quanto l'ente potrà escludere la propria responsabilità dimostrando che la violazione sia stata determinata da un'elusione fraudolenta delle procedure implementate e non da un'omessa vigilanza ovvero da un modello intrinsecamente inefficace – sul punto, si rimanda alla trattazione precedente[110].

Con l'art. 2086, cod. civ., il legislatore fissa in capo all'imprenditore l'obbligo di dotarsi di un assetto organizzativo *adeguato.* L'adeguatezza deve ovviamente essere valutata tenendo in considerazione la natura dell'impresa e le *best practices* affermatesi in ambito economico-aziendalistico, cosi che si possa garantire che l'attività economica sia caratterizzata da un insieme di procedure che ne assicurano l'ordinato svolgimento operativo oltre che di rilevazione contabile. Vero è che l'attività di gestione dell'impresa, e la sua organizzazione, costituiscono un "fatto complesso" che coinvolge una molteplicità di criteri ed elementi tali che il giudizio di idoneità e adeguatezza non potrà che essere ritagliato, ancora una volta e proprio come per il mod. 231, sulle specificità dell'impresa considerata. Concentrando

[109] P. BASTIA, *Principi di economia aziendale,* rif. p. 141, 2012.

[110] V. § 3. *Responsabilità penale della persona giuridica e degli enti privi di personalità giuridica,* ss., infra. Capitolo I.

l'attenzione nel **contesto della crisi,** si può ragionevolmente affermare come l'adeguatezza e l'idoneità dell'assetto organizzativo possano avere a minimo comune denominatore, la presenza dei seguenti elementi:

- Il rispetto formale dei requisiti di legge circa la presenza di specifici soggetti che svolgono l'attività di controllo;
- L'adozione di un sistema di indicatori in grado di segnalare l'insorgenza di uno stato di crisi in grado di mettere in pericolo il *going concern;*
- La presenza di procedure di monitoraggio della gestione, che sfrutti i dati provenienti dal sistema informativo per effettuare, in automatico ovvero a cadenze prefissate e comunque temporalmente ristrette, una diagnosi sullo stato di salute dell'impresa.

È chiaro che, nell'intento del legislatore, il dovere di adeguatezza organizzativa è strumentale alla rilevazione tempestiva della crisi, nonché al dovere di attivazione in capo al debitore: non si tratta dunque di un obbligo fine a sé stesso, proprio come in ambito della disciplina 231 i modelli organizzativi adottati devono essere strutturati in modo tale da costituire un vero e proprio esimente della responsabilità per l'ente che procede alla loro implementazione. In entrambi i campi di applicazione dunque, i modelli efficientemente adottati dovrebbero «*consentire* all'impresa di monitorare le attività di gestione, *in modo da* scoprirne tempestivamente le falle, sì da poter adottare le misure *post factum* più adeguate»[111], oltre ovviamente ad assumere valenza preventiva *ante factum* – con la connessa funzione esimente, anche considerando la portata letterale dell'art. 25, CCII.

7.2. L'equilibrio (solo apparentemente) precario della volontarietà del *modello 231*

Un'importante differenza tra il modello 231 e l'assetto organizzativo ai sensi del nuovo art. 2086, cod. civ., potrebbe risiedere in punto della portata applicativa della *business judgment rule.* Ammettendo che il mod. 231 ovvero l'assetto organizzativo siano stati accuratamente studiati in via preliminare, per poi procedere alla loro concreta implementazione successivamente, bisogna poi considerare l'ampiezza del sindacato per quanto riguarda l'eventuale giudizio di inadeguatezza delle misure concretamente previste dal modello/assetto. Una pura applicazione della *business judgment rule* richiederebbe che gli amministratori, nel perseguimento

[111] D. QUARTO, *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001. Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà,* in *Giurisprudenza penale*, cit., p. 13, 2021 (*corsivi* dello scrivente).

dell'interesse sociale, possano esercitare l'attività senza esser sottoposti a una valutazione di convenienza ed opportunità effettuata *ex post* da parte del giudice[112]. Sul punto, in dottrina è possibile riscontrare due indirizzi prevalenti: secondo una prima corrente interpretativa, basata sul concetto di *adeguatezza* ai sensi dell'art. 2086, cod. civ. e sul tenore dell'art. 2381, cod. civ., si sostiene che l'impresa disponga di un ampio margine di discrezionalità, dovendosi quindi applicare pienamente la suddetta regola[113]; la seconda corrente, per contro, riterrebbe che le scelte gestorie degli amministratori non siano sempre qualificabili come tali, ma che ciò dipenda essenzialmente dalla presenza o meno di riflessi economici che queste sarebbero in grado di produrre[114].

Ciò che emerge a rilevanza è la lettura per cui sembrerebbe che l'applicazione della *business judgment rule* nella visione della *ratio legis* del d. lgs. 231/2001 sia differente rispetto a quella improntata dal CCII, la quale si presenterebbe come diametralmente opposta alla prima. Data la portata dell'art. 2086, cod. civ., la riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza introduce un vero e proprio **obbligo** gravante sull'imprenditore, tale per cui la *business judgment rule* non potrebbe trovare applicazione circa l'adozione dell'assetto organizzativo (che sarebbe incontrovertibilmente obbligatoria), bensì solo ed esclusivamente «in relazione al *quomodo* degli assetti organizzativi»[115], ovverosia il modo in cui questi sono concepiti e implementati. Nell'ambito del d. lgs. 231/2001, invece, l'adozione del modello è essenzialmente **facoltativa,** con la conseguenza che il giudizio di idoneità ad opera del giudice penale «si fa molto più pregnante»[116], ma non trova spazio per ciò che concerne la scelta di adozione o meno del modello, la quale è comunque rimessa alla discrezionalità dell'organo gestorio.

E qui, sorge l'interrogativo: *continua ad essere così?* Di fatto, potrebbe sostenersi che il novellato art. 2086, cod. civ. possa aver modificato la portata dell'obbligatorietà dei modelli organizzativi volti a prevenire il rischio di reato, nella misura in cui è adesso obbligatorio adottare un modello finalizzato a prevenire il rischio di crisi.

---

[112] F. PICCIONE, *L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle scelte organizzative degli amministratori,* in *Il societario,* rif., 2020.

[113] *Ex multis,* v. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle decisioni organizzative degli amministratori,* in *Rivista delle società,* rif. pp. 413, ss., 2019.

[114] *Ex multis,* v. C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business judgment rule, in *Giurisprudenza commerciale,* rif. pp. 643, ss., 2016.

[115] D. QUARTO, *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001. Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà,* in *Giurisprudenza penale,* cit., p. 15, 2021.

[116] *Id.* nota precedente.

D'altronde, in entrambi gli ambiti, la finalità del modello 231 ovvero dell'assetto organizzativo è quella di prevenire il rischio – di reato, o di crisi – tramite l'implementazione di adeguati sistemi di controllo interno, per cui è possibile affermare che il paradigma alle fondamenta sia essenzialmente condiviso e riconducibile ad una gestione controllata del rischio stesso[117]. In entrambi i casi, l'apparato implementato è comunque collegato ad azioni umane, e pertanto non è in grado, assolutisticamente, di eliminare completamente il rischio, ma solo di operare un suo efficace ed efficiente contenimento. Il fenomeno gestorio della "implementazione del modello" può quindi essere assimilato e sovrapponibile a quello della "implementazione dell'assetto organizzativo", tuttavia il legislatore ha inteso utilizzare una nomenclatura distinta rispetto al regime già in vigore del d. lgs. 231/2001. Si può ragionevolmente escludere la necessità che l'impresa debba dotarsi di un duplice apparato di controllo e gestione del rischio, perché l'intersezione tra i due strumenti è ben più che plausibile, dato che non emergono dei contenuti "minimi" che debbano essere necessariamente ricompresi all'interno dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato. A riconferma di questa lettura, il tenore letterale dell'art. 2086, cod. civ. in punto di finalità dell'assetto, specifica che questo debba *anche* consentire la rilevazione tempestiva della crisi, lasciando aperte le porte alla possibilità che possa perseguire altri obiettivi, quali sono quelli del modello 231 stesso.

Un'importante differenza tra i due strumenti è quella relativa alla **materialità:** se l'assetto organizzativo è riconducibile essenzialmente all'attuazione concreta ed effettiva di procedure interne, a prescindere dalla loro eventuale formalizzazione documentale, il modello 231 invece deve cristallizzare espressamente il proprio contenuto in un documento che possa assumere valenza anche probatoria in sede processuale. Posta la discrezionalità dell'impresa nell'adottare il modello 231 finalizzato alla prevenzione del rischio di reato, è possibile affermare con certezza che

[117] Circa la comune finalità di gestione del rischio, la dottrina ha prodotto un'interessante sintesi per la quale si afferma quanto segue: «nel caso e con riferimento alla materia dell'insolvenza il rischio da contenere è rappresentato dall'approssimarsi della crisi economica dell'azienda senza che l'imprenditore se ne avveda, con conseguente aggravio del dissesto proprio perché l'insolvenza aziendale non è gestita adeguatamente con le più varie misure, capitalizzazioni, richiesta di procedure concorsuali ecc., mentre nel caso del d.lgs. n. 231 del 2001, la valutazione del rischio è finalizzata a prevenire la commissione di illeciti da parte degli organi apicali della società o di loro dipendenti. In entrambe le ipotesi, tuttavia, il risultato prefissato è il contenimento del rischio di volta in volta da "gestire" entro la soglia di tolleranza che ne rende lecita l'esistenza o, meglio, la coesistenza con i fattori (anche imponderabili e, per ciò solo, potenzialmente rischiosi, quantomeno nella "sfera laica" dell'osservatore medio) con cui si misura, quotidianamente, qualunque imprenditore» (C. SANTORIELLO, E. PERUSIA, *Dal modello organizzativo 231 agli adeguati assetti richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Il fallimentarista,* cit., 2020).

il nuovo art. 2086, cod. civ. abbia adesso imposto l'adozione di un assetto organizzativo finalizzato alla prevenzione del rischio di crisi, il quale certamente presenta delle similitudini col modello 231, ma che con quest'ultimo non necessariamente coincide – pur potendo l'assetto organizzativo estendere le proprie finalità *anche* alla prevenzione del rischio di reato.

È certamente ipotizzabile l'implementazione di una sorta di **modello 231 c.d. rafforzato,** che si sostanzi in un modello organizzativo dotato del contenuto minimo tipico dei modelli 231 nonché delle qualità necessarie a integrare l'adeguatezza di cui deve caratterizzarsi l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in grado di espletare la funzione preventiva sia del rischio di reati che del rischio di crisi[118]. Allo stesso tempo, poiché il d. lgs. 231/2001 introduce il modello 231 in un'ottica di premialità, lasciando la singola impresa libera di adottare facoltativamente tale struttura procedimentale interna, ad opinione di chi scrive non sarebbe condivisibile l'eventuale tesi che suggerirebbe l'obbligatorietà del modello 231 scaturente da una incorretta interpretazione del disposto codicistico emergente dall'art. 2086, cod. civ. Alla luce di questa riflessione, si può concludere sostenendo come la **volontarietà del modello 231 sia fatta salva,** come altrettanto obbligatoria è divenuta l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato. Il secondo *può* essere integrato all'interno del primo ovvero svolgere anche il ruolo tipico assegnato al modello 231, ma non deve necessariamente ricomprendere tutte le funzioni di quest'ultimo.

7.3. Interazione tra le discipline. Quando l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo integra la responsabilità para-penale dell'ente

Avendo specificato come le due discipline in oggetto non si risolvano in una mera duplicazione sostanziale della struttura organizzativa verso cui sono finalisticamente indirizzate, un'analisi critica permetterebbe di evidenziare talune ipotesi in cui un assetto organizzativo inadeguato potrebbe risolversi nella profilazione di una responsabilità dell'ente nella misura in cui determina l'insorgenza di una fattispecie di reato commesso a vantaggio o nell'interesse di quest'ultimo, e rientrante fra i reati presupposto ex art. 24, d. lgs. n. 231/2001.

Con ciò non si intende sostenere come la mancata adozione dell'assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086, cod. civ. comporti, per ciò solo, l'integrazione di una responsabilità para-penale, ma semplicemente si vuol dare evidenza di

[118] Sul punto, si rimanda al § 7.4. *Il* modello 231 *per ottemperare all'obbligo ex art. 2086, cod. civ.,* di cui al prosieguo della trattazione.

come la mancata ottemperanza al nuovo obbligo emergente dal CCII potrebbe essere direttamente produttiva di effetti sanzionatori per la società, allorquando l'imprenditore consapevolmente ed intenzionalmente scelga di rinunciare a monitorare il rischio di crisi.

Un'ipotesi di tutta evidenza in cui questa situazione si potrebbe manifestare è riconducibile allo scenario per cui l'imprenditore occulta intenzionalmente i dati aziendali che sarebbero rivelatori della crisi in corso, pur essendone in possesso; in questo caso, si è in presenza di un assetto organizzativo adeguato a rilevare tempestivamente il dissesto dell'impresa, tuttavia non appena egli ne abbia acquisito la consapevolezza, opta per il nascondimento della situazione mediante la predisposizione di un bilancio falso. È indubbia l'integrazione del reato di *false comunicazioni sociali* ai sensi degli artt. 2621 e 2622, cod. civ., per cui la responsabilità non è riconducibile all'inadeguatezza dell'assetto organizzativo implementato, bensì sorge direttamente dal fatto che l'amministratore occulti o produca un'informativa mendace in piena consapevolezza.

7.3.1. Impedito controllo

I profili maggiormente interessanti si inseriscono con riferimento alle condotte per cui la mancata emersione delle informazioni è imputabile a una vera e propria cattiva strutturazione dell'assetto organizzativo e del sistema di controllo interno, della quale l'imprenditore abbia contezza ma comunque non si sia adoperato per una efficiente risoluzione.

In primo luogo, la mancata adozione ovvero l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo potrebbe integrare la fattispecie dell'**impedito controllo** ex art. 2625, cod. civ., per il quale l'occultamento delle informazioni avviene tramite la sottrazione della documentazione dalla disponibilità dei sindaci e della società di revisione svolta ad opera degli amministratori (p. es., si pensi al caso in cui l'amministratore si rechi presso la sede sociale notte tempo, al fine di sottrarre la contabilità con l'intenzione, il giorno dopo, di avvalorare la tesi di un furto ad opera di ignoti malintenzionati). Richiamando sul punto l'art. 2086, cod. civ., l'amministratore che, volontariamente, non impianti un adeguato assetto organizzativo e impedisca al sistema di controllo la possibilità di svolgere le sue funzioni[119] potrebbe sicuramente

[119] Funzioni che risultano riassunte dall'art. 14, c. 1, CCII, il quale recita: «*Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi*».

integrare la fattispecie di impedito controllo, ma se la condotta fosse commessa nell'interesse o nel vantaggio dell'impresa, indubbiamente vi sarebbe anche l'integrazione di un reato presupposto ai sensi del d. lgs. n. 231/2001: «se la condotta delittuosa sia intesa ad arginare in maniera illecita i poteri spettanti alla società di revisione, il cui intervento si pone proprio in un'ottica di tutela di […] quei soggetti intenzionati ad intrattenere traffici giuridici con la persona giuridica soggetta a revisione e controllo»[120] l'interesse o il vantaggio della società è perseguito proprio tramite l'inosservanza dell'art. 2086 c.c., giacché viene impedito al revisore legale di cogliere i segnali riconducibili a una crisi in atto, consentendo all'impresa l'indisturbata prosecuzione della propria *mala gestio,* sì che «nulla sembra precludere l'applicazione dell'art. 25-ter, d. lgs. n. 231 del 2001»[121].

7.3.2. Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza

Un'altra fattispecie integrabile anche mediante la violazione dell'art. 2086, cod. civ. è quella relativa all'**ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza** ai sensi dell'art. 2638, cod. civ., che è rivolto a sanzionare la condotta dei soggetti apicali (amministratori, sindaci, liquidatori, direttori generali e dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili) che, per ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono *fatti materiali non rispondenti al vero* all'interno delle comunicazioni previste nei confronti delle autorità pubbliche di vigilanza, ivi incluso l'*occultamento* o il ricorso ad *altri mezzi fraudolenti* finalizzato al nascondimento di fatti che avrebbero dovuto comunicare.

Se la condotta è esercitata nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ci si trova dinanzi ad un'altra fattispecie che pone le due discipline in relazione tra loro: l'illecito può essere compiuto per ricercare un beneficio nella misura in cui le manchevolezze nel funzionamento dell'impresa comporterebbero l'applicazione di significative sanzioni da parte dell'autorità preposta, pertanto impedire l'insorgenza delle stesse all'interno delle comunicazioni previste per legge andrebbe ad integrare sia la violazione dell'art. 2086, cod. civ., sia lo schema tipico del reato presupposto ai sensi dell'art. 25-ter, d. lgs., n. 231/2001. Sarebbe proprio la mancanza di un assetto organizzativo adeguato a consentire la condotta dei soggetti apicali, i quali proprio grazie alla lacuna organizzativa riuscirebbero a compiere la violazione: potendo il delitto configurarsi anche mediante la mancata comunicazione di dati richiesti dalle autorità pubbliche, il soggetto apicale potrebbe giustificare l'omissione a causa della irreperibilità – e conseguente intrasmissibilità – dell'informazione stessa,

[120] C. SANTORIELLO, E. PERUSIA, *Dal modello organizzativo 231 agli adeguati assetti richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Il fallimentarista*, cit., 2020.

[121] *Id.*, nota precedente.

imputabile alla mancanza di un assetto organizzativo funzionale a recuperare le informazioni la cui comunicazione è richiesta.

7.4. Il *modello 231* per ottemperare all'obbligo ex art. 2086, cod. civ.

Poiché l'eventuale responsabilità para-penale dell'ente è riconducibile, da un lato, all'inidoneità della sua struttura organizzativa a prevenire il compimento di reati presupposto e, dall'altro lato, all'incapacità di gestire e controllare il rischio di reato stesso, si può affermare che il modello 231 potrebbe essere **efficace ai fini degli obblighi introdotti dal CCII** nel caso in cui ricomprenda taluni presidi finalizzati alla «fedele e tempestiva trasmissione all'organo di controllo ed al revisore di informazioni che consentano loro di ravvisare l'esistenza dei fondati indizi di crisi»[122]. Poiché si è data evidenza di come le relazioni tra l'assetto organizzativo e il modello 231 potrebbero dar vita ad un **modello 231 rafforzato,** quest'ultimo sarebbe in grado di assolvere le finalità attribuitegli da entrambe le discipline nel caso in cui preveda:

a) La separazione delle funzioni tra organo gestorio e organo di controllo;

b) La presenza di procedure che consentano di intercettare tempestivamente i segnali di crisi e loro immediata trasmissione ad un soggetto ovvero organo preposto, all'interno dell'impresa;

c) La valutazione dell'andamento aziendale e la sussistenza degli equilibri di economicità svolta dal destinatario dell'informazione di cui al punto *b)* precedente. Detta operazione deve essere specificamente procedimentalizzata affinché ricomprenda al suo interno la verifica degli indicatori della crisi ex art. 13, CCII;

d) L'utilizzo di strumenti ed apparecchiature informatiche sostanzialmente idonei alla raccolta e gestione del flusso informativo attuale, sì da poterlo sfruttare quale base per la generazione del flusso informativo prospettico[123].

---

[122] C. SANTORIELLO, E. PERUSIA, *Dal modello organizzativo 231 agli adeguati assetti richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Il fallimentarista,* cit., 2020.

[123] I dati prospettici sono fondamentali ai fini dell'emersione tempestiva della crisi, e la loro base di partenza è inevitabilmente costituita dai dati attuali su cui formulare le previsioni circa l'andamento della gestione. Per massimizzare la valenza informativa nonché la veridicità delle previsioni, sarà cruciale che i dati attuali siano a loro volta veritieri, corretti e completi: eventuali omissioni e alterazioni potrebbero avere dei riflessi devastanti in tema di rilevazione del dissesto prospettico (p. es., se le previsioni non tengono conto di una revoca dell'affidamento bancario di cui oggi l'impresa può beneficiare ma che avverrà certamente entro un tempo brevissimo, ciò potrebbe comportare certamente l'eventuale insostenibilità del debito per i prossimi 6 mesi, ma anche l'impossibilità di rilevare tale congiuntura al tempo della valutazione).

A queste caratteristiche si devono ovviamente accompagnare gli eventuali rafforzamenti dei presidi finalizzati alla predisposizione del **bilancio d'esercizio,** giacché l'informativa tempestiva e completa costituisce il presupposto su cui verte l'intera gestione del rischio di crisi.

Per garantire l'efficienza nonché l'astratta idoneità dell'ipotizzato modello 231 "rafforzato" a prevenire i rischi di reato nonché il rischio di crisi, sarà necessario che l'**Organismo di Vigilanza** – all'apparenza estraneo alle dinamiche relative alla valutazione del *going concern* e della sostenibilità economica – svolga, oltre ai compiti che più propriamente gli spettano, anche la vigilanza sulle problematiche derivanti dalla disciplina concorsuale del CCII, informandosi e concretamente verificando che la società sia adempiente rispetto agli obblighi del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza oltre che derivanti dall'art. 2086, cod. civ., pacifico che ci si sta ponendo in un contesto in cui il modello 231 risulta essere esso stesso preposto a tali incombenze, e l'unica conseguenza, anche solo meramente sul piano logico-razionale, non può che essere a favore del diretto coinvolgimento dell'OdV. Anzi, una conclusione differente dovrebbe far propendere verso la palese inadeguatezza del modello 231 rafforzato, nella misura in cui risulterebbe sprovvisto proprio di quell'organismo che, per espressa volontà del legislatore, dovrebbe curarsi della vigilanza sul funzionamento e della "manutenzione periodica" del modello.

Conclusioni

La disciplina del diritto penale dell'impresa risulta essere tanto frammentaria quanto caratterizzata da forti legami con la realtà economica nel cui ambito si inserisce, ricercando i riflessi di responsabilità penale che si accompagnano alle frequenti manifestazioni patologiche delle fasi crepuscolari del ciclo di vita delle imprese. Le norme penali dell'economia non hanno subito forti mutamenti dal 1942, e il ruolo volto ad assicurare la loro aderenza alle turbolenze del contesto economico è stato posto, dal legislatore, in capo alla giurisprudenza e alla dottrina piuttosto che in seno agli interventi legislativi, i quali evidentemente hanno mantenuto inalterata la sostanza delle disposizioni penali della materia. Tuttavia, il contesto economico appena menzionato si presenta affatto inalterato.

L'evoluzione del sistema economico, la globalizzazione dei mercati, le radicali modifiche al tessuto imprenditoriale che si avvalora di apparati giuridici preposti all'esercizio dell'attività economica sempre più complessi e articolati, hanno comprensibilmente imposto una riscrittura totale della normativa concorsuale, la quale tuttavia non è riuscita ad estendere il respiro riformatore all'ambito penale, rimanendo quest'ultimo confinato agli aspetti civilistici. Eppure, un intervento radicale sembrava essere opportuno, se non addirittura necessario, a causa delle numerose disposizioni apparentemente obsolete, e difficilmente suscettibili di una razionale trasposizione nella dimensione economica contemporanea – si pensi, p. es., al permanere di fattispecie penali aventi come destinatario l'imprenditore, applicabili alle società di capitali in via meramente estensiva. L'intera disciplina sembra essere «incurante della mutata realtà economica, pressoché impermeabile all'alluvionale sequenza di novelle che ha trasfigurato il terreno extrapenale da cui le norme incriminatrici traggono linfa, […] *registrando* un assordante silenzio, interrotto unicamente da estemporanei, maldestri e (nella migliore delle ipotesi) posticci interventi normativi»[1]. La politica criminale perseguita dal legislatore si è spesse volte scontrata con una assenza di sistematicità, sostanzialmente caratterizzata da una scarsa visione d'insieme del fenomeno dell'insolvenza e delle procedure concorsuali – aspetto che, sfortunatamente, ha contribuito a produrre cortocircuiti pratici e interpretativi, alimentando criticità antiche e generando problematiche nuove.

Alla luce della riforma rappresentata dal CCII, il presente lavoro si inserisce in siffatto contesto di incertezza, labirinto di esempi di tecnica legislativa discutibili, involuto panorama applicativo di una tutela penale i cui riflessi, in termini di

[1] S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* cit., p. 3, 2019.

capacità del Paese di attrarre e stimolare investimenti atti a concorrere alla crescita economica, sono tutt'altro che secondari. L'analisi svolta costituisce un tentativo di mettere a sistema il quadro normativo di riferimento ed il tessuto economico-aziendalistico in cui questo si trova ad operare, mettendo in evidenza le relazioni che intercorrono tra queste due realtà contigue in un esercizio di ricerca del *rationale* che potrebbe (o dovrebbe) accompagnare il diritto penale dell'impresa ed il ruolo che questa disciplina svolge all'interno dell'ordinamento. Senza alcuna pretesa di esaustività, e con l'umiltà intellettuale che dovrebbe caratterizzare chi si approccia alla *quaestio* a seguito degli Illustri contributi succedutesi nel tempo, lo scrivente ha dapprima contestualizzato la disciplina concorsuale da un punto di vista generale e di sistema, focalizzandosi sull'*animus* giuridico ovvero economico-aziendalistico, per poi concentrarsi sull'ancora oggi vigente legge fallimentare. L'analisi dell'impianto normativo del 1942 ha permesso di gettare delle basi utili al Lettore per poter comprendere in che modo il legislatore abbia inteso applicare la tutela penale ai fenomeni gestori che permeano la vita dell'impresa in esercizio, nonché il modo in cui, progressivamente, il complesso normativo ed esegetico stia mostrando, progressivamente, segni di un mutamento che pare incontrastabile. Dopo una sintetica disamina di ciò che a tutti gli effetti risultano essere 79 anni di disciplina penale concorsuale regolata dalla legge fallimentare, si giunge a degli interrogativi che, probabilmente, rappresentano più che altro delle constatazioni[2]:

i. il bene *impresa* pare stia acquisendo, nelle valutazioni penal-fallimentari del legislatore, una posizione prevalente rispetto agli interessi tutelati dalle fattispecie di bancarotta, con inevitabili **riflessi sulla sua tipicità quale reato di pericolo;**

ii. l'intero asse del diritto penale dell'impresa sembra subire pressioni che ne vogliono arretrare l'equilibrio, posizionando il suo **baricentro prima della declaratoria fallimentare,** il cui presupposto, vale la pena ribadirlo in questa sede, è lo stato di insolvenza irreversibile che affligge il patrimonio del debitore.

Le modifiche intervenute a seguito del CCII sono quindi state analizzate cercando di sposare l'approccio ispirato alla critica costruttiva che da sempre caratterizza i principali contributi della dottrina, cogliendo l'intervento legislativo tanto nelle sue dimensioni più palesi quanto nelle sue sfumature più velate. La riforma sarebbe rivolta al comparto civilistico della materia concorsuale, nella misura in cui il legislatore espressamente manifesta la propria volontà di mantenere una *piena continuità delle fattispecie criminose,* fatto salvo un semplice *coordinamento con*

[2] V. § 9.1. *Il sentiero di un nuovo paradigma del diritto penale dell'impresa,* infra. Capitolo IV.

le disposizioni vigenti. Ecco dunque che i due elementi di "riforma delle procedure concorsuali" e "continuità delle fattispecie criminose" non possono, per loro stessa caratterizzazione, porre rimedio alla profonda spaccatura del diritto penale dell'impresa, giacché si rinnova lo sforzo ermeneutico dell'interprete. Poiché «i beni giuridici tutelati dal diritto penale […] sono stati sempre considerati valori non discutibili e non mediabili»[3], l'unica reazione possibile ad un terremoto innovativo quale è quello rappresentato dal CCII è quella di tendere verso una «interpretazione della normativa penale fallimentare che ne valorizzi, fin dove possibile, l'intima razionalità»[4]. È proprio l'intima razionalità della riforma che si è cercato, nel corso dell'ultimo Capitolo, di porre in evidenza e mettere in luce.

Il legislatore valorizza in modo sempre più deciso la conservazione del complesso produttivo e dell'impresa, utilizzando lo strumento della tutela penale in ottica di premialità, la cui impostazione sanzionatoria risulterebbe meramente consequenziale al mancato ottemperamento di altri obblighi, rivolti anch'essi all'emersione tempestiva delle situazioni di decozione eventualmente caratterizzanti l'attività economica. L'approccio adottato sembra quindi produrre delle gradazioni sulla natura del reato di bancarotta che, rispondendo alla *ratio* penal-premiale ricercata dal legislatore, sembrerebbe colorarsi delle sfumature tipiche dei reati di evento.

L'intero assetto della tutela penale sembrerebbe essersi definitivamente assestato in posizione antecedente rispetto a quella storicamente occupata, in occasione della sentenza che, giudizialmente, attesta l'insolvenza irreversibile dell'impresa: l'ambientamento della crisi e dell'insolvenza *reversibile* sono il momento in cui il CCII vorrebbe dispiegare l'esercizio penale, consacrando in questo modo la centralità dell'emersione anticipata degli squilibri di economicità che affliggono la realtà economica considerata.

A seguito del lavoro svolto, sembrerebbe possibile concludere verso questo particolare approdo interpretativo, non senza tuttavia aver rilevato come molte occasioni d'intervento avrebbero potuto avere il pregio di conferire certezza a siffatte conclusioni, non già in virtù di un esercizio interpretativo bensì alla luce di una concreta presa di posizione, assunta in modo incontrovertibile dal legislatore in forza del tenore letterale delle norme. Di tutta rilevanza risultano i problemi relativi all'applicazione dei reati di bancarotta nell'ambito delle procedure c.d. "minori" rispetto a quella fallimentare, le quali tuttavia nel contesto del CCII assumono la

---

[3] F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi,* cit., p. 51, 2019.

[4] Così il Pedrazzi, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Introduzione,* in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, cit., p. 1, 1995.

veste prioritaria a discapito della liquidazione giudiziale, opzione meramente residuale e di *extrema ratio.* La risoluzione a tali criticità emerge rimessa alle sapienti letture dei Maestri, dei quali si è cercato di fornire una sintesi in grado di guidare il Lettore nei meandri delle problematiche a ciò inerenti. L'importanza cruciale della contabilità, nonché di un *assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato* alle specificità dell'impresa sembra essersi affermata anche in punto di codice civile, per quanto il reato di bancarotta documentale sia stato mantenuto "fermo" da parte del legislatore, a discapito di un intervento che sarebbe stato preziosissimo in ottica di coerenza sistemica nonché di intima razionalità dell'ordinamento. La stessa materia della responsabilità para-penale degli enti è senza dubbio coinvolta da quest'ultima novella, per quanto anche in questo caso non si può non sottolineare l'incertezza delle relazioni intercorrenti con il d. lgs. n. 231/2001 e il CCII, alimentata da scelte terminologiche eterogenee che, tuttavia, descrivono fenomeni ed elementi fortemente assimilabili tra loro.

Un esito incerto, così come, alla data odierna, risulta incerta l'effettiva entrata in vigore della riforma stessa. Se la soluzione alle miopie di politica criminale può essere senza dubbio rinvenuta nella lungimiranza delle stesse, è sicuramente necessaria una certa dose di sana caparbietà per fare in modo che una riforma organica possa effettivamente essere dapprima concepita, e realmente implementata successivamente. Tutto ciò, tenendo conto del fatto che, inevitabilmente, il contesto economico in cui questa andrebbe ad operare risulta caratterizzato da mutamenti e turbolenze tanto repentine, le quali altro non fanno se non aumentare il rischio che una riforma, scritta e concepita anni orsono, possa risultare obsoleta già in punto di genesi ed entrata in vigore. Come acutamente sottolineava Giorgio Marinucci, «il *futuro* del diritto penale dell'impresa è già cominciato, e poggia su basi strutturali, economiche e criminologiche, radicalmente diverse da quelle sulle quali si è costruito, come sovrastruttura, *l'odierno* diritto penale dell'impresa»[5]. Lo sviluppo economico sembra procedere a passo spedito verso una sempre maggiore integrazione entro la fitta rete della globalizzazione, e giungono segnali di una sempre maggiore cooperazione per ciò che concerne i regimi fiscali delle principali economie mondiali[6]: una spinta di questo tipo renderebbe ancora più cruciale la *fame* di "certezza del diritto" che dovrebbe certamente trovare un adeguata risposta presso

[5] G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato?,* cit., 2008.

[6] Si pensi alla recentissima c.d. *corporate minimum tax,* proposta dal governo Statunitense ai vertici dell'Unione Europea, che armonizzerebbe l'imposizione fiscale in capo alle multinazionali, con evidenti riflessi sulla competitività e l'attrattività per ciascun Paese, firmatario e non (rif. M. VALSANIA, *Yellen propone una corporate minimum tax globale del 15%. Sì da Italia, Francia e Germania,* in *Il Sole 24 Ore,* 2021).

l'organo legislativo, affinché l'intero sistema giuridico ed economico possa farsi trovare pronto dinanzi alle nuove sfide competitive che il mercato sarà pronto a rivelare. È proprio in questa particolare congiuntura di profondi cambiamenti, shock sistemici e incessante divenire del panorama giuridico economico, che gli insegnamenti di Giacomo Delitala, pur formulati in un tempo così antecedente, risultano esser caratterizzati da una capacità di sintesi della realtà contemporanea disarmante: «vero è che le disposizioni legislative, almeno formalmente, non sono quasi affatto mutate; ma che importa? È mutato, assai più profondamente, tutto quanto il sistema. […] Malgrado l'identità della forma letterale, ciò significa che il senso di queste disposizioni non può essere, oggi, quello di allora; che esse possono, malgrado tutto, conciliarsi con le mutate concezioni generali. Dimostrare come ciò sia possibile, ecco appunto il compito della dottrina»[7]. Svolgere una previsione circa il modo in cui il comparto penale andrà intrecciandosi con quello civilistico, a seguito dell'entrata in vigore della riforma del CCII, sarebbe alquanto arrischiato; così come sarebbe incerto formulare ipotesi circa l'andamento più probabile dell'auspicata riforma penale. In un quadro colorato di incertezze e volatili sfumature, pare comunque pacifico che si possa, ancora una volta, sottolineare l'urgenza di un intervento deciso e significativo nel settore.

[7] G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta,* ora in *Id.*, *Raccolta degli scritti. Diritto penale, volume II,* cit., p. 853, 1976.

Bibliografia

ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società,* Milano, Ipsoa, 2002.

ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme,* Milano, Giuffré, 2016.

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. Volume I. I principi generali,* Torino, Giappichelli, 2018.

ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari,* Torino, Giappichelli, 2019.

AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business judgment rule, in *Giurisprudenza commerciale,* Milano, Giuffré, 2016.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari,* Milano, Giuffré, 2018.

ASCOLESE R., *Bancarotta fraudolenta documentale e occultamento o distruzione di documenti contabili: reati fallimentari e tributari a confronto alla luce della recente sentenza della Suprema Corte n. 22486 del 24 luglio 2020,* in *Diritto.it,* Rimini, Maggioli, 2018.

AVOLIO A., DI MAJO D., *Compendio di diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza,* Napoli, Gruppo Editoriale Simone, 2019.

BAFFA G., *La velata "ammissione di colpa" dei giudici di legittimità: la sentenza dichiarativa di fallimento è (e non può non essere) condizione oggettiva di punibilità nei reati di bancarotta prefallimentare,* in *Giurisprudenza penale,* Milano, 2017.

BARTOLI R., *Alla ricerca di una coerenza perduta…o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231",* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2016.

BASTIA P., *Principi di economia aziendale,* Padova, Cedam, 2012.

BASTIA P., *Soluzioni per l'accertamento precoce della crisi,* Roma, Osservatorio OCI, 2018.

BENEDETTI L., *L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle decisioni organizzative degli amministratori,* in *Rivista delle società,* Milano, Giuffré, 2019.

BERTOLINI CLERICI N., *Prime osservazioni al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riflessi penalistici,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2019.

BIANCO M., MARCUCCI M., *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l'economia italiana,* in *Banca impresa società,* Bologna, Il Mulino, 2001.

BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza", Il commento,* in *Le società,* Milano, Ipsoa, 2018.

BRICCHETTI R., TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari,* Milano, Giuffré, 2003.

BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari,* Milano, Giuffré, 2017.

BRICCHETTI R., *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2019.

BRUSA L., *Sistemi manageriali di programmazione e controllo,* Milano, Giuffré, 2012.

BUONOCORE V., *Manuale di diritto commerciale,* Torino, Giappichelli, 2017.

BUZZELLI M. T., *Profili operativi degli strumenti di allerta,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2020.

CAPALDO P., *Reddito, capitale e bilancio di esercizio,* Milano, Giuffré, 1998.
CARRARO L., *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2019.
CAVALLINI C., *Commentario alla legge fallimentare. Tomo I (Artt. 1-63),* Milano, Egea, 2010.
CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?,* in *Diritto penale* a cura di F. Palazzo, *Giurisprudenza italiana,* Torino, UTET, 2018.
CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza,* Padova, Cedam, 2019.
CAVALLINI S., *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?,* in *Diritto penale e processo,* Milano, Ipsoa, 2019.
CECCHERINI E., *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2019.
CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza),* in *Rivista delle società,* Milano, Giuffré, 2012.
CHIAPPETTA F., *Diritto del governo societario,* Milano, Wolters Kluwer - Cedam Scienze giuridiche, 2017.
CHIARAVIGLIO P., *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2012.
CHIARAVIGLIO P., *Danno e pericolo nella bancarotta c.d. "riparata",* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2015.
CHIARAVIGLIO P., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici,* in *Le società,* Milano, Ipsoa, 2017.
CHIARAVIGLIO P., *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2018.
CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta,* Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Roma, 2019.
CONTI L., *I reati fallimentari*, Torino, UTET, 1991.
CORVUCCI L. M., *Bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione,* in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza,* Bologna, 2015.
CREMONA C., MONARCA P., TARANTINO N., *Manuale delle operazioni straordinarie, IV edizione,* Milano, Ipsoa, 2009.
D'ATTORRE G., *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza,* Torino, Giappichelli, 2021.
D'AVIRRO A., *Bancarotta fraudolenta documentale. La S. C. afferma (ancora) il ruolo determinante del dolo specifico,* in *Il penalista,* Milano, Giuffré, 2020.
DAIGLE K. H., MALONEY M. T., *Residual claims in bankruptcy: an agency theory explanation,* in *Journal of law & economics,* Chicago, University of Chicago Press Journal, 1994.
DELITALA G., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta,* Roma, 1935.
DELITALA G., *Studi sulla bancarotta,* Roma, 1935.
DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta,* ora in *Raccolta degli scritti. Diritto penale Vol. II,* Milano, Giuffré, 1976.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2010.
DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa,* Milano, Giuffré, 2011.
DI MAJO A., *Profili ricostruttivi e sistematici degli strumenti per la soluzione della crisi dell'impresa,* in *Il fallimentarista*, Milano, Giuffré, 2021.
DI TULLIO D'ELISIIS A., *In materia di bancarotta per distrazione, la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore (sia egli di fatto o di diritto), della destinazione dei suddetti beni*, in *Diritto.it,* Rimini, Maggioli, 2017.
DONINI M., ORLANDI R., *Reato colposo e modelli di responsabilità,* Bologna, Bononia University Press, 2013.
FERRO M., *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi,* in *Il fallimento,* Napoli, 2016.
FERRO M., *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo,* in *Il fallimento,* Napoli, 2017.
FERRO M., *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva,* in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* Milano, Ipsoa, 2019.
FIORELLA A., MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari,* Torino, Giappichelli, 2012.
FORESTIERI G., *Corporate & Investment banking*, Milano, Egea, 2018.
FORNACIARI L., *Crisi d'impresa: i nuovi indici per prevenirla. Come utilizzarli?,* in *Ipsoa Quotidiano*, Milano, Ipsoa, 2019.
FUSA E., *La solvibilità delle imprese*, Milano, Giuffré, 1996.
GALLETTI D., *Art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare,* diretto da C. Cavallini, tomo I (Artt. 1-63), Milano, Egea, 2010.
GALLUCCIO A., *Pene accessorie 'fisse' per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2018.
GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2018.
GAMBI L., *Le misure premiali nel Codice della crisi,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2019.
GAMBI L., *Gli indici di allerta e la fondatezza della crisi,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2020.
GASTALDO CERESA M., *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2019.
GUATRI L., *Il metodo reddituale per la valutazione delle aziende,* Milano, Egea, 1996.
INSOLERA G., *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento,* in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* a cura di Pisani N., Torino, Giappichelli, 2011.
LATTANZI G., SEVERINO P., *Responsabilità da reato degli enti. Volume II, diritto processuale,* Torino, Giappichelli, 2020.

LAMANNA F., *La corretta definizione di "crisi" e di "indici della crisi" secondo il primo Correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2020.
LANZI A., *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove,* in *L'indice penale,* Padova, Cedam, 1982.
LARONGA A., *Nemo tenetur se detegere. Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio,* in *Questione giustizia,* Roma, Associazione magistratura democratica, 2014.
LAZOPPINA G., *La crisi di impresa alla luce del nuovo diritto fallimentare,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2019.
LEONE S., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a rime possibili,* in *Quaderni costituzionali,* Bologna, Il Mulino, 2019.
LONGHI S., *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale,* Milano, Società editrice libraria, 1930.
MARCIANESI R., *La liquidazione giudiziale,* in *Quaderni n. 81* a cura della *Fondazione Commercialisti ODCEC di Milano,* Milano, 2020.
MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato?,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* Milano, Giuffré, 2008.
MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale, parte generale,* Milano, Giuffré, 2017.
MASCI G., *Corso di economia politica,* Roma, Società editoriale del foro italiano, 1940.
MATTEUCCI G., *Insolvenza e negoziazione in Italia: uno sguardo al passato per comprendere il presente e, forse, prevedere un po' del futuro,* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2013.
MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento,* Milano, Giuffré, 2004.
MINNITI G., MASSIMO F., *Bancarotta fraudolenta documentale e prova dell'elemento soggettivo dell'amministratore "testa di legno"*, in *Il penalista,* Milano, Giuffré, 2020.
MODIGLIANI F., MILLER M. H., *The cost of capital, corporation finance and the theory of investment,* in *The American economic review, vol. 48, n. 3,* Pittsburgh, American Economic Association, 1958.
MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* Padova, Cedam, 2009.
MUCCIARELLI F., *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?,* in *Giurisprudenza italiana,* Torino, UTET, 2013.
MUCCIARELLI F., *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2015.
MUCCIARELLI F., *Fallimento e reato di bancarotta,* in *Libro dell'anno del Diritto,* Roma, Treccani, 2016.
MUCCIARELLI F., *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare,* in *Le società,* Milano, Ipsoa, 2017.
MUCCIARELLI F., *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e* ne bis in idem: *una decisione della Corte di Cassazione innovativa e coerente con i principi*

Costituzionali e convenzionali, in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2018.

MUCCIARELLI F., *Ne bis in idem, bancarotta e truffa: la Corte di Cassazione corregge un'applicazione generalizzante di un corretto canone ermeneutico,* in *Diritto penale contemporaneo,* Milano, 2019.

MUCCIARELLI F., *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali,* in *Diritto penale e processo,* Milano, Ipsoa, 2019.

MUCCIARELLI F., *I reati fallimentari nello scenario della pandemia,* in *Diritto penale e processo,* Milano, Ipsoa, 2020.

MUCCIARELLI F., *L'informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa,* in *Diritto penale e processo,* Milano, Ipsoa, 2020.

NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese,* Bologna, Il Mulino, 2017.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* Milano, Giuffré, 1955.

NUVOLONE P., *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta,* in *Il diritto penale degli anni settanta. Studi,* Padova, Cedam, 1982.

ONIDA P., *Le discipline economico/aziendali, oggetto e metodo,* Milano, Giuffré, 1951.

ONIDA P., *Economia d'azienda,* Torino, UTET, 1968.

ORANO G., *Il Codice della crisi e le insidie della continuità aziendale senza meritevolezza nel concordato preventivo (I),* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2020.

ORANO G., *Il Codice della crisi e le insidie della continuità aziendale senza meritevolezza nel concordato preventivo (II),* in *Il fallimentarista,* Milano, Giuffré, 2020.

PAGLIARO A., *Delitto di bancarotta,* Palermo, Priulla editore, 1957.

PALADIN L., *Autoincriminazioni e diritto di difesa,* in *Giurisprudenza costituzionale,* Milano, Giuffré, 1965.

PALAZZO F., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi,* Padova, Cedam, 2003.

PALAZZO F., *Diritto penale* (a cura di), in *Giurisprudenza italiana,* Torino, UTET, 2018.

PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* in *Rivista 231,* Torino, 2006.

PARODI C., *Diritto penale dell'impresa,* Milano, Giuffré, 2017.

PAVAN A., *L'amministrazione economica delle aziende,* Milano, Giuffré, 2008.

PAVAN A., PAGLIETTI P., *Il valore dell'impresa nelle operazioni straordinarie,* Rimini, Maggioli, 2017.

PEDRAZZI C., SGUBBI F., *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare art. 216-227. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* a cura di F. Galgano, Bologna, Zanichelli, 1995.

PEDRAZZI C., *Diritto penale, Volume IV, Scritti di diritto penale dell'economia,* Milano, Giuffré, 2003.

PICCIONE F., *L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle scelte organizzative degli amministratori,* in *Il societario,* Milano, Giuffré, 2020.

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma,* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* Padova, Cedam, 2002.

PIERGALLINI C., *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini M. e Orlandi R., Bologna, Bononia University Press, 2013.
PIETROCARLO E., *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* Padova, Cedam, 2019.
PIRIGU E., *Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2018.
PISANI N., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, Giappichelli, 2011.
PULITANÒ D., *Nota a Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffré, 1988.
QUARTO D., *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001. Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà*, in *Giurisprudenza penale*, Milano, 2021.
RAPELLA G., *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2019.
RECCIA E., *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2018.
ROSSI A., *Bancarotta patrimoniale prefallimentare – la sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?,* in *Giurisprudenza italiana*, Torino, UTET, 2017.
SANTORIELLO C., *Codice della crisi. Vecchie e nuove ipotesi di responsabilità penale degli amministratori e sindaci*, in *Il penalista*, Milano, Giuffré, 2019.
SANTORIELLO C., *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in *Il fallimentarista*, Milano, Giuffré, 2020.
SANTORIELLO C., *Alcune indispensabili precisazioni sulla bancarotta da concordato preventivo*, in *Sistema penale*, Milano, 2020.
SANTORIELLO C., PERUSIA E., *Dal modello organizzativo 231 agli adeguati assetti richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista*, Milano, Giuffré, 2020.
SAVI D., GULINELLI A., *Indicatori della crisi elaborati dal CNDCEC: riflessioni critiche*, in *Fisco e tasse*, Rimini, Maggioli, 2020.
SCOZZARELLA E., *La questione del* ne bis in idem *nella giurisprudenza della CEDU e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2019.
SEMINARA S., GIARDA A., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, Cedam, 2002.
SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019.
SISIA S., TREMOLADA C., *Il nuovo Codice della crisi e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta*, in *Il fallimentarista*, Milano, Giuffré, 2019.
SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, Napoli, Jovene, 1937.
STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007.

TARZIA M., *Il concorso dell'amministratore di fatto dell'*extraneus *nel reato di bancarotta patrimoniale alla luce della nozione di identità del fatto,* in *Sistema penale*, Milano, 2020.
TERENGHI M., *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed "indici di allerta" tra Legge Fallimentare e nuovo CCII,* in *Il fallimentarista*, Milano, Giuffré, 2020.
VALSANIA M., *Yellen propone una corporate minimum tax globale del 15%. Sì da Italia, Francia e Germania,* in *Il sole 24 ore*, Milano, 2021.
VIGANÒ F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2013.
VIGANÒ F., *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2013.
ZAPPA G., *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo primo,* Milano, Giuffré, 1956.
ZAPPA G., *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo secondo,* Milano, Giuffré, 1957.
ZAPPA G., *Le produzioni nell'economia delle imprese, Tomo terzo,* Milano, Giuffré, 1957.
ZAPPA G., *Il reddito d'impresa,* Milano, Giuffré, 1950.

Giurisprudenza

CASS. Sez. I, 1 ottobre 2009, n. 40172.

CASS. Sez. I, 6 luglio 2017, n. 52613.

CASS. Sez. I, 25 gennaio 2018, n. 3623.

CASS. Sez. I, 3 aprile 2018, n. 14783.

CASS. Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657.

CASS. Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072.

CASS. Sez. IV, 9 febbraio 1996, n. 204546.

CASS. Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005.

CASS. Sez. V, 6 novembre 1996, n. 9430.

CASS. Sez. V, 26 settembre 2002, n. 11596.

CASS. Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835.

CASS. Sez. V, 8 marzo 2006, n. 478.

CASS. Sez. V, 31 maggio 2006, n. 19145.

CASS. Sez. V, 8 giugno 2006, n. 42260.

CASS. Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 44933.

CASS. Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733.

CASS. Sez. V, 15 novembre 2012, n. 44824.

CASS. Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 47502.

CASS. Sez. V, 5 aprile 2013, n. 15837.

CASS. Sez. V, 17 aprile 2013, n. 22894.

CASS. Sez. V, 10 dicembre 2013, n. 49789.

CASS. Sez. V, 29 aprile 2014, n. 23251.

CASS. Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981.

CASS. Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811.

CASS. Sez. V, 9 ottobre 2014, n. 8863.

CASS. Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6408.

CASS. Sez. V, 11 marzo 2015, n. 24297.

CASS. Sez. V, 22 maggio 2015, n. 45174.

CASS. Sez. V, 22 settembre 2015, n. 8620.

CASS. Sez. V, 5 febbraio 2016, n. 4790.

CASS. Sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46692.

CASS. Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 33256.

CASS. Sez. V, 15 febbraio 2017, n. 21818.

CASS. Sez. V, 8 marzo 2017, n. 24781.
CASS. Sez. V, 17 marzo 2017, n. 13072.
CASS. Sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910.
CASS. Sez. V, 23 marzo 2017, n. 18210.
CASS. Sez. V, 4 aprile 2017, n. 31677.
CASS. Sez. V, 9 maggio 2017, n. 29885.
CASS. Sez. V, 25 maggio 2017, n. 25975.
CASS. Sez. V, 14 giugno 2017, n. 29703.
CASS. Sez. V, 4 luglio 2017, n. 31995.
CASS. Sez. V, 1 agosto 2017, n. 38396.
CASS. Sez. V, 30 novembre 2017, n. 5357.
CASS. Sez. V, 5 dicembre 2017, n. 54682.
CASS. Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 440.
CASS. Sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107.
CASS. Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 13339.
CASS. Sez. V, 19 marzo 2019, n. 15796.
CASS. Sez. V, 17 giugno 2019, n. 26613.
CASS. Sez. V, 16 ottobre 2019, n. 12455.
CASS. Sez. V, 27 novembre 2019, n. 48227.
CASS. Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 8429.
CASS. Sez. V, 26 maggio 2020, n. 15811.
CASS. Sez. V, 24 luglio 2020, n. 22486.
CASS. Sez. V, 6 ottobre 2020, n. 27598.
CASS. Sez. V, 30 novembre 2020, n. 36870.
CASS. Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083.
CASS. Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735.
CASS. Sez. U., 12 giugno 2009, n. 24468.
CASS. Sez. U., 31 marzo 2016, n. 22474.
CORTE COST., 30 luglio 1984, n. 236.
CORTE COST., 24 marzo 1988, n. 364.