

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale e dell'Economia

La Bancarotta semplice: profili strutturali e nessi di interferenza con la Bancarotta fraudolenta

Prof. Antonino Gullo

RELATORE

Prof. Alberto Macchia

CORRELATORE

Matr. 146843

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

Sommario

INTRODUZIONE	IV
CAPITOLO I	1
EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO FALLIMENTARE E INQUADRAMENTO DEI REATI DI BANCAROTTA.....	1
1.Origini storiche del sistema fallimentare	1
2.Il r.d. 16 marzo 1942 n. 267	6
2.1. L'impianto tradizionale della legge fallimentare	6
2.2. Le riforme e il cambio di prospettiva.....	10
3.Il Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14: Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza.....	18
3.1. Brevi cenni sulle nuove procedure.....	27
3.2. I reati di bancarotta in generale.....	51
4. Il bene giuridico tutelato: le varie teorie	57
4.1 Reati contro la fede pubblica	57
4.2. Reati contro l'amministrazione della giustizia	58
4.3. Reati contro l'economia pubblica.....	60
4.4. La concezione patrimonialistica	61
4.5. Natura plurioffensiva dei reati di bancarotta	63
CAPITOLO II	64
LA BANCAROTTA SEMPLICE: PRESUPPOSTI E CONDOTTE	64
1. Premessa	64
2. La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento: l'orientamento tradizionale e la posizione della dottrina	65
2.1. L'evoluzione della giurisprudenza	67
2.2. La sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito del procedimento penale	70
3. Art. 217: le condotte di bancarotta semplice patrimoniale	75
3.1. L'elemento soggettivo	79
4. La bancarotta semplice documentale.....	80
5.Art. 224: la bancarotta semplice impropria	82
6. Le aggravanti e le attenuanti	84
7.I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.	87
CAPITOLO III.....	102
IL DELICATO CONFINE TRA BANCAROTTA FRAUDOLENTA E SEMPLICE	102
1.Premessa	102
2. Le differenze e i punti di contatto tra gli articoli 216 e 217 l.f.	115
3. Il caso <i>Alitalia</i> : la posizione del Tribunale sull'oggettività giuridica dei reati di bancarotta.....	118
4. Le condotte di bancarotta contestate nel caso <i>Alitalia</i> : l'auspicabile superamento della distinzione in base all'elemento soggettivo	132
5.La business judgement rule.....	139
6.Verso un nuovo confine di differenziazione: la rilevanza della finalità di impresa.....	145
CONCLUSIONI	161

BIBLIOGRAFIA	165
GIURISPRUDENZA.....	181

INTRODUZIONE

Il presente elaborato è dedicato allo studio della bancarotta semplice, quel reato che si configura allorquando un imprenditore individuale (o i soggetti che operano all'interno di una società) pongono in essere azioni imprudenti mettendo in pericolo l'interesse dei creditori al regolare soddisfacimento dei crediti vantati sul patrimonio personale ovvero sociale.

In particolare, lo studio sarà condotto attraverso l'analisi della legge fallimentare – su cui esso poggia – nonché della dottrina e della giurisprudenza in materia, al fine di comprendere, in particolar modo, la differenza tra tale fattispecie e la bancarotta fraudolenta.

A tale fine, l'elaborato si articola in tre capitoli. Nel primo di essi si analizza l'evoluzione storica del diritto fallimentare e, successivamente, si offre un inquadramento dei reati di bancarotta. In particolar modo, dopo aver ripercorso le tappe evolutive del diritto fallimentare, dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, fino al Codice della Crisi dell'impresa e dell'Insolvenza, la cui entrata in vigore è stata più volte posticipata e non ancora avvenuta, si procederà all'esame delle varie tesi relative al bene tutelato dai reati di bancarotta.

In relazione al bene giuridico tutelato nei reati di bancarotta, infatti, diversi sono gli orientamenti dottrinali, ragione per cui appare necessario analizzarli al fine di comprendere come essi si siano evoluti e quali siano le critiche che colpiscono le diverse ipotesi.

Il secondo capitolo è dedicato alla fattispecie di bancarotta semplice, con particolare riguardo all'analisi delle condotte tipiche. Tale analisi è preceduta da un esame dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in relazione al ruolo e alla natura della sentenza dichiarativa di fallimento.

Sappiamo infatti che, mentre in relazione alla bancarotta postfallimentare la dichiarazione di fallimento viene pacificamente considerata alla stregua di un presupposto del reato (*rectius*, della condotta), in quanto precede i fatti di bancarotta, nella bancarotta

prefallimentare sono invece assai controversi la natura e il ruolo della pronuncia in questione. In questa sede ci limitiamo ad anticipare che, alla tesi della dottrina che qualifica la sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità estrinseca, si contrappone il tradizionale orientamento giurisprudenziale che, ad eccezione di talune pronunce isolate di cui pure si darà atto, inquadra il fallimento come elemento costitutivo del reato – ma, si badi – *diverso* dall’evento, non senza importanti ricadute sui principi di imputazione oggettiva e soggettiva.

Ricostruiti i termini del dibattito che ruota attorno alla declaratoria fallimentare, si passa dunque all'esame approfondito dell'art. 217 l.f. e, segnatamente, dei tre distinti nuclei normativi di cui esso si compone: le disposizioni di cui ai n. 1, 2, 3 e 4 individuano ipotesi che provocano un decremento patrimoniale dell'impresa attraverso spese eccessive, operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte, o ritardando il proprio fallimento. Il secondo nucleo è individuato dal n. 5 che sanziona la condotta di chi non adempie ad impegni precedentemente assunti in sede di concordato preventivo o fallimentare. Il terzo nucleo concerne la bancarotta semplice documentale.

Ampio spazio è dedicato in questa sede anche all'art. 217-*bis* l.f. (introdotto con la legge 30 luglio 2010, n. 122, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»), rubricato “esenzione dei reati di bancarotta”, che costituisce una clausola che attiene alla (non) meritevolezza di pena — per ragioni politico-criminali — con riferimento ai fatti di bancarotta, semplice e preferenziale, commessi «in esecuzione» di una delle procedure finalizzate al superamento della crisi d'impresa ivi indicate.

L'ultimo capitolo ha invece lo scopo di chiarire quale sia la linea di confine tra la bancarotta semplice e quella fraudolenta. A tale scopo, è parso necessario partire dall'analisi dell'art. 216 l.f., analizzando le fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, documentale e preferenziale e dai punti

di contatto e di divergenza con l'art. 217 l.f.

Gli artt. 216 e 217 l. f. descrivono le diverse fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice, la cui differenza, per lungo tempo, è stata individuata nella linea sottile che risiede nel diverso elemento soggettivo del reato, nonostante oggi questa tesi, come si spiegherà, può considerarsi superata e sostituita da quella che inquadra tale differenza nella finalità di impresa.

Al riguardo, si è scelto di soffermarsi sul caso *Alitalia*, si è incentrato sulla distinzione tra bancarotta fraudolenta e semplice fondata sull'elemento oggettivo.

Nel caso *Alitalia*, inoltre, per quanto concerne la condotta di dissipazione, essa viene identificata nella consumazione del patrimonio dell'azienda in spese, operazioni o investimenti sicuramente eccentrici in relazione all'oggetto sociale, e certamente non coerenti con le scelte strategiche che si rendono necessarie per raggiungere le finalità di impresa; ne consegue che, nel caso vi siano condotte dissipative, qualsiasi riferimento a giustificazioni che possono essere desunte dalla *business judgement rule*, quindi anche relative all'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore che ne deriva, sono fuori dalla portata del sindacato penale.

CAPITOLO I
EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO FALLIMENTARE E
INQUADRAMENTO DEI REATI DI BANCAROTTA

1.Origini storiche del sistema fallimentare

Per comprendere la natura e le ragioni che hanno condotto all'emanazione della legge fallimentare del 1942, l'indagine deve necessariamente partire dalla genesi del diritto fallimentare stesso, durante il periodo in cui il commercio mercantile e le attività commerciali subirono un forte incremento, facendo sorgere l'esigenza di dotare i rapporti commerciali di una loro disciplina. Nello specifico, l'attenzione del legislatore venne attirata dal rischio che i commercianti si dessero alla fuga, lasciandosi dietro una scia di creditori privi di tutela; chiaramente, a quel tempo le regole in materia erano scarse e variavano da luogo a luogo¹. La principale caratteristica di tali regole era il carattere prettamente punitivo nei confronti del debitore, poiché non era ammessa giustificazione alcuna alla creazione del debito, e spesso il soggetto fallito veniva considerato, per ciò solo, un truffatore – *decoctor ergo frauditor* –, specie in caso di fuga o di irregolarità nella tenuta delle scritture contabili².

Nonostante la punizione fosse diversa a seconda del comportamento tenuto dal debitore, i riflessi sul piano personale ed in termini di infamia erano molto severi. Dal punto di vista giuridico, invece, gli effetti del fallimento erano di duplice natura personale-penale e patrimoniale, e consistevano prevalentemente nell'equiparazione del fallimento al furto, ed all'irrogazione delle relative pene, che al tempo erano prevalentemente rappresentate dalla morte, dalla messa al bando o dall'ergastolo. Con tali prospettive, si comprende subito che la fuga, dunque, era un fatto abbastanza diffuso di fronte ad una situazione di insolvenza,

¹ SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 41.

² CONTI, *Diritto penale commerciale: i reati fallimentari*, Roma, 1991, 57.

con le conseguenze poc'anzi descritte³.

Ci volle del tempo affinché tali regole delineassero le conseguenze e le funzioni tipiche del fallimento, ossia risanare i debiti contratti dal soggetto fallito attraverso l'accertamento dell'insolvenza, l'espropriazione e la liquidazione del patrimonio del fallito e la distribuzione di quanto ricavato tra i creditori⁴.

Nonostante la scarsità di tali regole, esse costituiscono la genesi del diritto fallimentare moderno, posto che proprio la legislazione delle città italiane, una volta diffusasi nel continente europeo, funse da punto di partenza per lo sviluppo della disciplina fallimentare negli ordinamenti europei, primi fra tutti quelli francesi e inglesi. Così, una volta transitata nelle legislazioni straniere, la tradizione fallimentare delle città italiane giunse, con una serie di modifiche ed ampliamenti, fino al codice Albertino del 1842 e, successivamente, al codice di commercio del 1865. Tuttavia, in Italia la dottrina fallimentarista era pressoché inesistente, per cui il punto di riferimento era rappresentato dagli autori francesi, posto che in Francia la tematica del fallimento era già stata positivizzata nel *Code Napoleon* del 1807 e nella legge francese sui fallimenti del 1838. A riprova di ciò, il Codice del 1865 altro non era che una trascrizione quasi identica di quanto previsto nel Codice Albertino di circa vent'anni più antico⁵.

Ciononostante, tale disciplina conteneva, già allora, gli elementi tipici del fallimento così come inteso in chiave moderna. Infatti, era prevista la formazione di un patrimonio separato in seguito ad esecuzione forzata dei beni del debitore, nonché la tutela del creditore contro gli atti di disposizione patrimoniale con cui il debitore avrebbe potuto arrecare pregiudizi alle sue ragioni, unitamente alla distinzione tra creditori privilegiati, ipotecari e chirografari.

Inoltre, anche la differenza tra fallimento e bancarotta era contemplata, posto che il bancarottiere veniva indicato come colui che simula crediti inesistenti o ne altera l'importo, distrae i propri beni e non tiene regolarmente le scritture contabili.

³ STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in MORBIDELLI, (a cura di), *La cultura negli anni 30'*, Firenze, 2014, 145.

⁴ SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 44.

⁵ STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, cit., 147.

Ancora, la disciplina in esame era caratterizzata dai tanti poteri attribuiti ai sindaci, organo che gestiva la procedura, e dal solo ruolo di vigilanza riservato all'autorità giudiziaria. Infine, qualora la maggioranza dei creditori vi fosse disposta, era prevista la possibilità di concludere un concordato con il debitore il quale, adempiendo regolarmente a tale concordato, poteva sottrarsi a determinate conseguenze derivanti dalla dichiarazione di fallimento, tra le quali figura primariamente la possibilità di riprendere la professione di commerciante. Tuttavia, questo tipo di concordato era possibile soltanto in relazione alla semplice cessione dei beni espropriati al creditore, nascondendo rischi di frodi ed inganni⁶.

Poco dopo l'emanazione della disciplina appena richiamata, tuttavia, si iniziò subito a pensare alla stesura di un nuovo codice del commercio, che vide la luce nel 1882, con il quale però si introdusse una disciplina del fallimento pressoché identica a quella precedente. Tra gli elementi innovativi, rileva la sostituzione dei sindaci con la figura del curatore. Tuttavia, il tentativo di riforma non andò a buon fine, poiché la parte relativa agli accordi preventivi tra debitore e creditori fu praticamente tralasciata. A tale situazione pose rimedio la l. 21 maggio 1903, n. 197, che introdusse l'istituto del concordato preventivo nel nostro ordinamento. Chiaramente tale istituto era ancora ben lontano da quello moderno, ed era concepito come un beneficio per il debitore, che poteva proporre una soluzione della crisi ai creditori, i quali decidevano a maggioranza circa l'approvazione del concordato, che veniva in seguito omologato dall'autorità giudiziaria⁷.

Con l'avvento del fascismo e delle corporazioni, il diritto subì pesanti stravolgimenti, e si assistette ad un radicale mutamento della concezione di impresa, intesa in quel periodo quale centro di produzione il cui interesse va ben al di là dell'imprenditore, poiché la sua attività coinvolge una pluralità di soggetti e, dunque, di interessi collettivi. Parimenti, la disciplina fallimentare risentì di tali ripercussioni, in un contesto in cui lo Stato non vigila più sull'attività dell'imprenditore finché questi adempie i propri debiti regolarmente, mentre le

⁶ ROCCO, *Studi sulla storia del fallimento*, Milano, 1913, 81.

⁷ CIRILLO, *il concordato preventivo e fallimentare nelle crisi d'azienda*, Rimini, 2012, 24.

procedure fallimentari assumevano un carattere prettamente privatistico, poiché gestite unicamente dai creditori⁸.

Un'importante svolta si ebbe con la l. 10 luglio 1930, n. 995, che si proponeva l'obiettivo di riportare la disciplina del fallimento sotto il controllo pubblico. In questo senso, il primo passo compiuto fu quello di attribuire al curatore fallimentare la qualifica di pubblico ufficiale, con la conseguenza che la nomina e la revoca del curatore divenivano atti di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.

La *ratio* di tale cambiamento, deve inquadrarsi nell'ottica di una procedura fallimentare di carattere fortemente pubblicistico, che mira ad escludere i creditori dal momento di scelta del curatore, anche nella via di mezzo per cui il curatore viene scelto dal tribunale, ma può esserne nominato uno nuovo in seguito a decisione a maggioranza dei creditori. L'interesse dei creditori, tuttavia, continua a conservare la sua forte rilevanza, per cui viene previsto l'organo di delegazione dei creditori, simile al moderno comitato dei creditori. Tuttavia, tale delegazione non poteva incidere in maniera incisiva sul procedimento, poiché sempre conformemente allo stampo fortemente pubblicistico che si era voluto dare al fallimento, i poteri decisionali, di reazione, nonché l'amministrazione dell'intera procedura, competevano al giudice delegato, le cui istruzioni dovevano essere seguite anche dal curatore.

Un'altra importante conseguenza del processo di pubblicizzazione del fallimento fu la limitazione dei poteri del creditore in ordine all'impugnazione degli atti del curatore e la verifica del passivo e del tipo di credito vantato, nonché di eventuali qualifiche che attribuissero precedenza ad alcuni dei creditori. Il motivo, ed in ciò si evince la l'impronta fascista della l. 995/1930, era rappresentato dalla necessità di disciplinare in maniera più rigida dei diritti dei creditori, al fine di tutelare l'interesse comune, che secondo il legislatore del tempo coincideva con il credito pubblico.

Infine, i riflessi dell'ideologia pubblicistica del fallimento produssero

⁸ SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in VASSALLI, LUISO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, Vol. 5, Torino, 2014, 17.

effetti anche sul concordato preventivo, attraverso una previsione di requisiti più rigidi per l'accesso a tale procedura. Così, a titolo di esempio, non poteva accedere al beneficio del concordato preventivo il debitore che nei cinque anni precedenti avesse già ottenuto un altro concordato preventivo o fosse stato dichiarato fallito. Inoltre, anche qualora il concordato preventivo fosse stato concesso, il debitore aveva a disposizione soltanto sei mesi per provvedere al saldo del debito⁹.

Tutto quanto considerato, è possibile esprimere alcune considerazioni sulla *ratio* sottesa alla legge 995/1930. Essa era chiaramente ispirata dall'obiettivo di porre in essere procedure di liquidazione che si risolvessero in brevissimo tempo, senza lasciar spazio a soggetti diversi dal giudice, come il curatore o creditori, che potevano intralciare la celerità della procedura. Tuttavia, il quadro presentato era relativo alla crisi della piccola impresa, mentre per le grandi imprese il fallimento seguiva le regole della liquidazione coatta amministrativa, procedura all'interno della quale si rendeva protagonista la pubblica amministrazione, mentre l'autorità giudiziaria rimaneva sullo sfondo, a riprova dello stampo marcatamente pubblicistico affibbiato alla materia¹⁰.

Qualche anno più tardi, in seguito all'unificazione del Codice civile e del Codice di commercio, si giunse alla nascita della legge fallimentare del 1942, che su tali testi, e sulla legislazione precedente, fondava le proprie radici, e dalla quale continuava a risaltare la tutela dell'interesse pubblico in via primaria rispetto ai diritti del debitore e dei creditori. Più specificatamente, la legge in esame prevedeva che le fasi della procedura fallimentare fossero attuate dal curatore, su indicazione del giudice delegato, che continuava a conservare poteri di vigilanza e di verifica sullo stato del passivo. Ai provvedimenti del giudice gli interessati potevano proporre reclamo, tuttavia del collegio investito di tale scrutinio faceva parte lo stesso giudice delegato, in qualità di relatore, che si trovava dunque ad esaminare i reclami relativi ai propri provvedimenti.

Questi i tratti essenziali e più criticati del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, recante una disciplina della procedura fallimentare che sopravviverà nel nostro

⁹ STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, cit., 150.

¹⁰ SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., 23.

ordinamento, seppur con alcune modifiche, sino alla riforma intervenuta nel 2006.

2. Il r.d. 16 marzo 1942 n. 267

La legge fallimentare del 1942 era connotata dal carattere prettamente sanzionatorio nei confronti del soggetto fallito, e diretta ad estromettere dal mercato l'impresa fallita, in modo tale da eludere il rischio che gli effetti del fallimento di un'impresa potessero estendersi all'economia generale.

Per poter accedere alla procedura fallimentare erano previsti requisiti di natura soggettiva ed oggettiva: in riferimento ai requisiti soggettivi, potevano sottoporsi alla procedura solamente gli imprenditori commerciali non piccoli, rimanendo dunque esclusi imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori e gli enti pubblici; il requisito oggettivo, invece, riguardava la manifestazione esteriore dell'impossibilità, per l'impresa, di adempiere alle obbligazioni assunte in maniera regolare. Inoltre, caposaldo della normativa fallimentare è rappresentato dal principio della *par condicio creditorum*, per cui deve essere garantita la piena soddisfazione di tutti i crediti insoluti¹¹.

Questa disciplina del fallimento, dunque, conserva i tratti fondamentali dell'istituto così come concepito nel Codice di commercio, seppur con un'accentuazione dell'impronta pubblicistica, presentandosi come un processo a carattere prettamente esecutivo nei confronti del debitore e diretto al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

2.1. L'impianto tradizionale della legge fallimentare

Gli effetti della dichiarazione del fallimento rimangono in sostanza identici a quanto previsto dal Codice del Commercio, precedentemente all'unificazione con il Codice civile: il soggetto fallito, a partire dalla data in cui viene dichiarato il

¹¹ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto commerciale*, Vol. 3, 4° edizione, Torino, 2012, 226.

fallimento, viene meno la disponibilità e l'amministrazione dei beni, con la conseguente perdita di legittimazione attiva e passiva nei procedimenti relativi a rapporti patrimoniali, unitamente all'inefficacia degli atti compiuti dal fallito nei confronti dei creditori; questi ultimi possono iniziare un'azione esecutiva individuale nei confronti del patrimonio del debitore, fermo restando la necessità di sottoporre il proprio credito a verifica, con la possibilità di compensare i debiti con i crediti; i contratti in corso d'opera al momento della dichiarazione del fallimento si sciolgono automaticamente se basati sulle qualità personali dell'imprenditore fallito, mentre ne rimangono sospesi gli effetti in tutti gli altri casi; gli atti compiuti dal fallito anteriormente alla dichiarazione di fallimento, laddove pregiudicanti le garanzie dei creditori, divengono inefficaci automaticamente o dietro richiesta del curatore fallimentare¹².

Gli organi del fallimento sono individuati nel Tribunale fallimentare, con funzione amministrativa e giurisdizionale, che provvede circa le controversie sorte in relazione alla procedura e decide sui reclami avverso i provvedimenti del giudice delegato; nel curatore, che gode delle stesse funzioni e poteri già previsti nella legge del 1930; nel comitato dei creditori, che sostituisce la delegazione dei creditori e svolge funzioni di organo consultivo permanente, dietro nomina del giudice delegato; e, per l'appunto, il giudice delegato, con le medesime funzioni ed attribuzioni di cui alla precedente disciplina¹³.

Per quanto attiene alla procedura, rimane ferma la disciplina precedente, salvo la possibilità di instaurare un procedimento sommario in caso di passivo di esiguo valore. Essa ha inizio tramite i così detti provvedimenti conservativi, tra i quali rientrano l'apposizione di sigilli, l'inventario e l'esercizio provvisorio dell'attività. Con l'inventario il curatore entra in possesso dei beni espropriati al debitore. La procedura prosegue su impulso dei creditori attraverso l'istanza di ammissione, fermo restando la necessità di verificare i crediti, e si conclude con la formazione dello stato passivo ad opera del giudice delegato. Lo stato passivo può formare oggetto di contestazione da parte dei creditori, attraverso la proposizione

¹² ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 119.

¹³ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, cit., 228.

di ricorso a giudice delegato. La procedura si conclude una volta che l'attivo sia stato ripartito tra i creditori, in caso di insufficienza dell'attivo o di concordato preventivo¹⁴.

In buona sostanza, dunque, il legislatore del 1942, in linea con la tradizione storica italiana, scelse di operare, in riferimento alla crisi delle imprese, una distinzione rilevante: mentre la disciplina della crisi degli imprenditori agricoli e dei piccoli imprenditori rimane affidata agli strumenti di diritto individuale e, nello specifico, alla procedura esecutiva individuale, la crisi dell'imprenditore commerciale non piccolo viene invece risolta da procedure speciali *ad hoc*, che prendono il nome di procedure concorsuali.

In effetti, la crisi dell'impresa può derivare da cause diverse, con gradi di gravità differenti e con altrettanto diverse possibilità di superamento della crisi stessa. Altresì, diverso è il rilievo economico-sociale che può assumere la crisi di determinate imprese, in base al tipo di attività esercitata o alle sue dimensioni.

Da quanto appena considerato, deriva la necessità di prevedere modelli differenti ed articolati di composizione della crisi dell'imprenditore. Le procedure concorsuali, infatti, nonostante rappresentino tutte delle procedure generali e collettive, si differenziano in base ai presupposti soggettivi e oggettivi di applicazione, alle finalità perseguite ed agli strumenti giuridici impiegati, nonché in base al tipo di autorità che dirige la procedura, che può essere di natura giudiziaria o amministrativa¹⁵.

Il fallimento, così come previsto nella legge del 1942, rappresenta dunque una procedura giudiziaria che conduce alla disgregazione dell'impresa, ignorando quasi totalmente l'esigenza di considerare separatamente la sorte dell'impresa da quella dell'imprenditore, al quale era dunque preclusa la possibilità, una volta riorganizzato, di recuperare la produttività e la redditività della propria attività, magari anche cedendola ad altro soggetto.

Nel contesto appena delineato, la legge 16 marzo 1942, n. 267 prevedeva quattro procedure concorsuali, ossia il fallimento, il concordato preventivo, la

¹⁴ SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., 31.

¹⁵ ROCCO, *Studi sulla storia del fallimento*, cit., 93.

liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione controllata, procedura destinata a dirimere la crisi soltanto temporanea dell'imprenditore, che tuttavia è stata abrogata dalla riforma del 2006.

Sul fallimento, si è già detto quali requisiti soggettivi ed oggettivi venivano richiesti per l'accesso alla procedura, e che la *ratio* sottesa all'istituto deriva dal principio della *par condicio creditorum*, espresso dall'art. 2741 c.c., ancora in vigore.

Se il fallimento, però, rappresenta una procedura con l'esclusiva finalità di soddisfare le ragioni dei creditori, le altre due procedure sono caratterizzate da un elemento ulteriore, ossia la tutela dell'interesse del soggetto fallito. Il concordato preventivo, difatti, rappresentava, sin dalla sua introduzione, un beneficio concesso all'imprenditore in stato di insolvenza al fine di evitare il fallimento e preservare la propria impresa, attraverso un accordo raggiunto con i creditori¹⁶.

Si trattava di una procedura alternativa al fallimento, accessibile, fermo restando il requisito soggettivo dell'insolvenza, al debitore che poteva garantire il soddisfacimento totale delle ragioni vantate dai creditori privilegiati, ed almeno il quaranta per cento del resto dei creditori. La domanda di ammissione al concordato preventivo era subordinata all'approvazione del Tribunale, circa la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi, che in caso di esito negativo poteva anche dichiarare d'ufficio il fallimento, e della maggioranza qualificata dei creditori. In caso di omologazione, invece, il debitore conservava il potere di amministrare i propri beni, ed era protetto contro eventuali azioni di espropriazione individuali da parte dei creditori. Tuttavia, tale procedura concorsuale non aveva la finalità specifica di consentire la continuazione dell'impresa da parte del medesimo soggetto, ma si risolveva in una peculiare forma di liquidazione del patrimonio del debitore, da parte di quest'ultimo o dei creditori, e sotto il controllo del giudice. Infine, non era rara la conversione del concordato in fallimento, una volta chiarita l'impossibilità del debitore di far fronte a quanto promesso¹⁷.

¹⁶ VASELLI, voce *Concordato preventivo*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 1192.

¹⁷ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, cit., 233.

La liquidazione coatta amministrativa, invece, consisteva in una procedura concorsuale alternativa al fallimento, che trovava applicazione nei confronti di determinate categorie di imprese che svolgono attività particolarmente rilevanti da una prospettiva economico-sociale, e i cui interessi, dunque, vanno al di là di quelli meramente privatistici, con la conseguenza che si rende necessario un particolare controllo da parte delle istituzioni pubbliche amministrative. La particolarità della procedura in esame risiede, dunque, nel requisito soggettivo, che delimita la possibilità di accedervi a soggetti quali le imprese assicurative e bancarie e gli enti pubblici.

Per quanto concerne lo svolgimento della procedura, l'amministrazione pubblica competente nomina un commissario liquidatore che ha il compito di amministrare il patrimonio dell'impresa, ed un comitato di sorveglianza che vigili sull'operato del commissario ed assista l'autorità amministrativa. L'impresa cessa di godere delle funzioni attribuite all'assemblea e l'imprenditore perde la disponibilità e l'amministrazione dei beni, che entreranno a far parte del patrimonio dell'impresa soggetto a liquidazione. Una volta verificato lo stato del passivo, il commissario procederà alla liquidazione, dietro le indicazioni dell'autorità amministrativa. I diritti ed i poteri dei creditori, invece, permangono i medesimi previsti in sede di fallimento¹⁸.

2.2. Le riforme e il cambio di prospettiva

Dopo aver volto uno sguardo sintetico al quadro normativo della legge fallimentare del 1942, si evince come la *ratio* generale che ha ispirato l'evoluzione degli istituti sia quella di eliminare il soggetto debitore e l'impresa fallita dal mercato. La contrapposizione degli interessi dei creditori e di quelli del debitore fallito, infatti, troppo spesso conducevano alla semplice liquidazione del patrimonio di quest'ultimo ed all'esclusione dell'impresa dal mercato economico.

Tuttavia, a partire dagli anni 70' la pluralità di interessi in gioco fece

¹⁸ NICOLETTI, *Liquidazione coatta amministrativa: schema generale e leggi speciali*, in *La rivista della cooperazione*, vol. 33, 1957, 83.

sorgere l'esigenza di una modifica della normativa, idonea a non ridurre le procedure concorsuali al solo risultato negativo della “morte” dell'impresa, esigenze che si facevano più forti soprattutto in un periodo di crisi economica in cui il rischio del fallimento si paventava alle grandi imprese. In tale contesto, le procedure concorsuali previste dalla legge del 1942 mostravano tutti i loro limiti.

Ad esempio, in relazione al concordato preventivo, l'accordo tra il debitore ed i creditori divenne l'unico elemento rilevante, mentre la valutazione giuridica e pratica dello stesso accordo passò in secondo piano. In molti casi, tra l'altro, erano direttamente i creditori a manifestare la disponibilità ad accedere alla procedura del concordato preventivo, accontentandosi di una soddisfazione del credito minore pur di non giungere al procedimento fallimentare. Anche l'istituto dell'amministrazione controllata, la quale si è detto che era stata prevista per ipotesi di crisi d'impresa temporanee, si rivelò soltanto uno strumento dilatorio dell'avvio della procedura fallimentare¹⁹.

Allo stesso tempo si assistette al sorgere di nuove pratiche dirette ad evitare le procedure concorsuali, tra le quali rilevano il trasferimento di azienda tramite affitto o cessione, che consentiva di soddisfare le esigenze creditorie e di mantenere il livello occupazionale dell'impresa. Parimenti, molti erano i casi in cui si ricorreva ad accordi stragiudiziali, caratterizzati dai contenuti più variegati, e consistenti in un accordo per il quale il creditore rinunciava ad una parte del credito, ritenendosi soddisfatto con la conversione della parte di credito rimanente in capitale d'impresa. Nonostante la semplicità e la preferibilità dei creditori di tali accordi, trattandosi di fattispecie stragiudiziali, in caso di non riuscita dell'accordo i creditori rimanevano privi di tutela normativa²⁰.

La risposta alle problematiche fin qui esposte si dovette attendere fino al 1979, anno dell'entrata in vigore della l. n. 95 del 3 aprile dello stesso anno, altrimenti nota come “Legge Prodi”, che ha introdotto nel nostro ordinamento la procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, la cui *ratio* ispiratrice è quella di conciliare, almeno in

¹⁹ GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, 18.

²⁰ FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 51.

riferimento alle imprese che presentano una particolare esposizione debitoria, il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente con il salvataggio del complesso produttivo e la conservazione dei posti di lavoro²¹.

Nello specifico, tale procedura si applicava agli imprenditori commerciali in stato di insolvenza o che non avessero corrisposto almeno tre mensilità di stipendio ai dipendenti nell'ipotesi in cui, da minimo un anno, registrassero un numero minimo di trecento lavorati ed un complesso debitorio di minimo cinquanta milioni di lire circa, e comunque cinque volte superiore rispetto al capitale risultante dall'ultimo bilancio²².

Con il decreto di ammissione alla procedura, emanato dal Ministero dell'industria, venivano nominati uno o tre commissari con la funzione di redigere un piano di risanamento dell'impresa, che nell'interesse dei creditori poteva anche proseguire l'attività commerciale, sotto la direzione dei commissari, per un periodo massimo di due anni, prorogabile fino ad altri due. Era prevista anche la nomina di un comitato di sorveglianza, composto da tre o cinque membri, uno o due dei quali erano scelti tra i creditori chirografari.

Nonostante la positività con cui si accolse questo intervento legislativo, nella pratica l'istituto dell'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi non ha dato buoni risultati. I risanamenti avvenuti sono stati esigui, ed a causa di continue proroghe della durata massima prevista per l'esercizio provvisorio di impresa, tale strumento si è tradotto nel mantenimento in vita di apparati produttivi privi di possibilità di ripresa, a spese della collettività. Inoltre, la procedura in esame appariva più preposta ad evitare possibili agitazioni sociali

²¹ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, cit., 331.

²² L. 3 aprile 1979, n. 95, "Imprese soggette all'amministrazione straordinaria e norme applicabili", art. 1: "*Le imprese di cui al primo comma dell'articolo 1 della legge fallimentare, approvata con regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sono soggette a procedura di amministrazione straordinaria, con esclusione del fallimento, qualora abbiano una esposizione debitoria, verso istituti o aziende di credito o istituti di previdenza e di assistenza sociale, superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato nonché a venti miliardi di lire, di cui almeno uno per finanziamenti agevolati. Quando sia stato accertato giudiziariamente, ai sensi degli articoli 5 e 195 della legge fallimentare, d'ufficio o ad iniziativa dei soggetti indicati dall'articolo 6 della predetta legge, lo stato di insolvenza dell'impresa ovvero l'omesso pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato dispone con proprio decreto, di concerto con il Ministro del tesoro, la procedura di amministrazione straordinaria*".

piuttosto che a tutelare effettivamente gli interessi dei creditori²³.

Dal contesto appena delineato, ne conseguì una riforma che innovò l'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, operata con il d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, anche noto come decreto Prodi-bis, con il quale è stato abrogato interamente il testo della precedente legge.

L'istituto innovato si proponeva lo scopo di coniugare in modo più efficace la tutela dei creditori con l'esigenza di salvaguardare l'apparato produttivo dell'impresa in crisi, e presentava una procedura concorsuale in parte giudiziaria ed in parte amministrativa, articolata in due momenti diversi.

Preliminarmente, è stata eliminata l'automatica applicazione della procedura in base ai criteri dimensionali dell'impresa, ancorandola invece ad una valutazione concreta delle effettive possibilità di risanamento.

La prima fase, infatti, si apriva con la dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del Tribunale, che soltanto successivamente ammetteva l'imprenditore alla procedura, dopo aver verificato la sussistenza di concrete prospettive di riequilibrio economico dell'impresa. In caso contrario, veniva dichiarato il fallimento.

Al Ministero dello sviluppo economico, invece, era devoluta la gestione della procedura, che consisteva nell'automatica continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa, inizialmente sotto la direzione di un commissario giudiziale, e successivamente da parte di un commissario straordinario, nominato dallo stesso Ministero. È al commissario straordinario che spettava il compito di redigere un programma propedeutico alla soddisfazione degli interessi dei creditori, obiettivo realizzabile alternativamente attraverso la cessione dei beni aziendali o attraverso un percorso di risanamento dell'impresa della durata di due anni. Tuttavia, qualora gli obiettivi prospettati non fossero risultati realizzabili, anche durante il corso della procedura interveniva la dichiarazione di fallimento²⁴.

Anche questa normativa, però, presentava i suoi punti critici, il più rilevante dei quali riguardava la fase di apertura della procedura, nel momento di

²³ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, cit., 332.

²⁴ MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Torino, 2012, 3.

accertamento dei requisiti di ammissione alla procedura. Tale fase, infatti, risultando spesso eccessivamente complessa, determinava un insediamento fin troppo tardivo del commissario straordinario, con la conseguenza che qualsiasi strategia posta in essere per uscire dalla crisi risultava ormai inutile.

La situazione finora delineata si protrasse fino al 2003, anche se durante tale periodo si susseguirono una serie di riforme che, tuttavia, forse a causa del poco tempo a disposizione, forse a causa dei ripetuti casi che richiedevano un intervento deciso, non facevano altro che riproporre la medesima disciplina, seppur con poche modifiche di poco conto.

Il 2003, invece, è l'anno in cui scoppiò lo scandalo dell'impresa europea Parmalat, il più grande caso di bancarotta fraudolenta ed aggio, che determinò, tramite falsi in bilancio, un buco di circa quattordici miliardi di euro. L'emergenza richiese il tempestivo intervento del legislatore, che con il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, anche noto come Decreto Marzano o decreto “salva-imprese”, successivamente convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, ha introdotto l'istituto dell'amministrazione straordinaria accelerata.

Tra le modifiche dell'istituto di maggiore rilievo, figura la previsione per cui l'impresa in crisi veniva ammessa immediatamente all'amministrazione straordinaria dietro semplice richiesta indirizzata al Ministero dello sviluppo economico, col fine di realizzare un piano di risanamento. Una volta aperta la procedura, interviene l'autorità giudiziaria con il compito di verificare lo stato di insolvenza del debitore, ma non l'esistenza concreta di possibilità effettive di risanamento dell'azienda²⁵.

In seguito ai diversi tentativi di riforma succedutisi nel corso degli anni, ed in conseguenza delle lacune lasciate dall'ordinamento in materia di crisi dell'impresa, si rendeva necessaria una riforma organica ed unitaria che ridisegnasse la disciplina al passo con le esigenze moderne del mercato. Dopo quasi sessant'anni dall'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, dunque viene avviato il processo di riforma che condurrà in tempi molto più recenti, alla legge delega al governo n. 155/2017 per la riforma della legge fallimentare.

²⁵ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, cit., 332.

La prima tappa della riforma è costituita dal così detto decreto competitività, ossia il d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80. Tale decreto incide fundamentalmente su tre aspetti del diritto fallimentare: viene modificata la disciplina del concordato preventivo, con la scomparsa dei requisiti di meritevolezza dell'imprenditore e dello stato di insolvenza, quest'ultimo sostituito dalla così detta situazione di crisi dell'impresa, ossia una situazione di crisi dell'azienda che paventa il rischio di insolvenza; viene introdotto il piano attestato di risanamento; viene introdotto l'art. 182-*bis* nell'ambito della legge fallimentare, disciplinante l'accordo di ristrutturazione dei debiti, che il debitore può sottoscrivere con i creditori che rappresentino almeno il 70% della totalità; viene modificata la disciplina dell'azione revocatoria²⁶.

La novella del 2005, inoltre, conferiva una delega al Governo per operare una riforma che incidesse maggiormente in materia fallimentare, delega che si è concretizzata con il D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante la "*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*". Tale riforma costituisce una vera e propria rivoluzione delle discipline concorsuali, a partire dalla *ratio* ispiratrice dell'abbandono della concezione sanzionatoria dell'impianto fallimentare, verso un'ottica di salvataggio dell'impresa. Il fallimento diviene la soluzione estrema, posto che viene privilegiato il ricorso al concordato preventivo.

Nella medesima ottica, viene potenziato il comitato dei creditori, al quale vengono conferiti poteri decisionali sottoposti alla mera vigilanza del giudice, che perde il suo ruolo centrale nella procedura fallimentare, adesso gestita dal debitore e dai creditori. Parimenti, viene potenziato il ruolo del curatore, dalla dottrina decantato come il protagonista della riforma, poiché tale figura eredita sostanzialmente tutti i poteri decisori e di intervento in precedenza riservati all'autorità giudiziaria.

Infine, la novella del 2006 abroga interamente l'istituto dell'amministrazione controllata.

L'anno seguente venne emanato il decreto correttivo della riforma, ossia il

²⁶ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, Atti del XXX Convegno di studio su "*Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*", Courmayeur, 23-24 settembre 2016.

D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 il quale, oltre ad apportare piccole modifiche, ridefinisce i requisiti della definizione di piccolo imprenditore, richiedendo a tal fine il possesso congiunto di tre requisiti: un attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a trecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata minore; ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a cinquecentomila euro²⁷.

Tuttavia, trascorsi appena 5 anni dall'avvenuta riforma della legge fallimentare, il legislatore tornerà ad intervenire con una serie di decreti legge che condurranno, in tempi molto più recenti, all'emanazione di una nuova delega al Governo per una nuova riforma della legge fallimentare.

Lo sbilanciamento del legislatore in favore delle procedure recuperatorie e verso l'autotutela è rafforzata con il c.d. decreto crescita, D. l. 83/2012, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, con il quale viene introdotto il concordato con continuità aziendale, di cui al nuovo art. 186-*bis* della legge fallimentare, una procedura finalizzata alla prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'impresa ancora in esercizio o il conferimento dell'impresa in esercizio ad una o più società, e del concordato in bianco o con riserva, di cui all'art. 161, comma 6, della legge fallimentare, istituito che permette di prorogare di sessanta o centoventi giorni la proposta di concordato, unitamente alla possibilità di porre in essere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione su autorizzazione del tribunale.

Ancora una volta, però, l'intervento del legislatore non è risultato idoneo a colmare le tante lacune della normativa, senza contare i rischi di abuso che paventavano le procedure recuperatorie. Così, il legislatore torna a modificare la materia con la L. 17 dicembre 2012, n. 221, che introduce nel nostro ordinamento la procedura del sovraindebitamento, rivolta a quei soggetti che non posseggono i

²⁷ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, cit.

requisiti per essere sottoposti alle procedure concorsuali²⁸.

Le correzioni alla riforma del 2006 e della legge fallimentare del 1942 proseguono nel 2015, con l'emanazione della l. 6 agosto 2015, n. 132, di conversione del D. l. 27 giugno 2015, n. 83, con la quale il legislatore ha apportato i seguenti elementi innovativi: in ambito di accordo di ristrutturazione dei debiti, viene introdotta la nuova versione dell'accordo con le banche, che può essere attivato qualora l'impresa abbia debiti verso istituti bancari in misura non inferiore al 50% dei debiti complessivi; la prededucibilità dei finanziamenti di emergenza, cui possono ricorrere le imprese, dietro richiesta al Tribunale, in sede di ristrutturazione dei debiti e di concordato preventivo; viene implementata la tutela dei creditori, attraverso la previsione dell'obbligo di assicurare il pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari, dell'obbligo di individuare l'utilità che il debitore si obbliga ad assicurare ad ogni creditore, nonché di un controllo maggiore della documentazione, che adesso è sottoposta anche alla visione del pubblico ministero; per ultimo, ma non di certo per importanza, viene introdotta la possibilità per i creditori di presentare una proposta di concordato preventivo alternativa a quella dell'imprenditore in crisi²⁹.

Il quadro normativo sinora delineato chiarisce palesemente la complessità e la totale stratificazione della disciplina delle procedure concorsuali. Da ciò nasce l'esigenza, avvertita in sede governativa, di procedere ad una valutazione complessiva delle norme esistenti in materia, nonché delle varie proposte di legge presentate per un riordino della stessa. Così, il 28 gennaio 2015 il Ministro della Giustizia ha firmato il decreto di nomina di una commissione con lo scopo di riformare le discipline concorsuali. Alla fine del medesimo anno, è stato presentato lo schema definitivo del disegno di legge di riforma, e dopo un iter molto travagliato, durato quasi due anni, tale progetto è divenuto legge.

La legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la “*Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”³⁰, irrompe nel

²⁸ SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., 38.

²⁹ GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 21.

³⁰ Su cui si veda CHERUBINI, *Riforma fallimentare. Guida commentata alla legge 155/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

nostro ordinamento con ottimi propositi, affidando al governo il compito di predisporre, entro dodici mesi, come da titolo della legge, una riforma organica in materia fallimentare. Il suddetto testo legislativo è entrato in vigore a partire dal 14 novembre del 2017, giorno dal quale decorre la scadenza affinché il governo adempia al compito delegato.

La delega è stata adempiuta di recente dal legislatore con il d.lgs. 12 gennaio 2019 n 14, che ha introdotto nel nostro ordinamento il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

3.II Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14: Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza

Come si è anticipato nel precedente paragrafo, nonostante l'indiscutibile necessità di un intervento all'impianto normativo fallimentare, frequenti sono state le critiche sull'effettiva esigenza degli interventi d'urgenza; infatti, l'elaborazione a breve distanza di tempo di provvedimenti senza il necessario coordinamento tra le nuove previsioni e quelle preesistenti, ha provocato tra gli addetti ai lavori disorientamento e incertezza per i creditori, posto che le innovazioni sono state introdotte con le tecniche della novellazione, piuttosto che con l'abrogazione totale del vecchio testo, facendo permanere all'interno del medesimo testo norme ispirate ai vecchi principi e norme di recente introduzione³¹.

Il rafforzamento della tutela dei creditori, la conservazione del valore dell'impresa anche in funzione di interessi di ordine generale rappresentano, indubbiamente, elementi fortemente innovativi introdotti dalla riforma in esame ed il legislatore prende finalmente atto che l'impresa, come realtà oggettiva che prescinde dal suo titolare, ha un suo ciclo vitale, nel corso del quale vi sono fisiologicamente anche momenti di crisi; in un tale contesto la disciplina fallimentare deve divenire il luogo in cui vengono raccolte le norme che regolano ed agevolano la più conveniente soluzione della crisi superandola, ove possibile,

³¹ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, cit., 29.

attraverso i nuovi strumenti a disposizione dell'autonomia privata. In tal senso, la riforma del 2019 attua il passaggio dal diritto fallimentare al diritto della crisi di impresa; coerente a tale inquadramento, dal punto di vista concettuale, è la valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata, con la conseguente riduzione di quello dell'autorità giudiziaria nella soluzione dei conflitti³².

In linea generale, la riforma adegua la legislazione nazionale allo *standard* delle legislazioni estere, in cui la tendenza a considerare le procedure concorsuali come finalizzate alla conservazione dei mezzi d'impresa, attraverso la loro conservazione ed il risanamento, è già consolidata.

I principali elementi innovativi introdotti dalla riforma appaiono i seguenti: in riferimento agli strumenti di composizione stragiudiziale della crisi viene introdotta una fase preventiva di allerta, finalizzata all'emersione precoce della crisi d'impresa ad una risoluzione assistita; la facilitazione dell'accesso ai piani attestati di risanamento ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la semplificazione delle regole processuali con la riduzione delle incertezze interpretative, anche di natura giurisprudenziale, che intaccano la celerità delle procedure concorsuali; viene revisionata la disciplina dei privilegi, ormai obsoleta, con la previsione di un sistema di garanzie mobiliari non possessorie; individuazione dell'autorità giudiziaria competente in base alle dimensioni ed alla tipologia delle procedure concorsuali; sostituzione della procedura fallimentare con la nuova liquidazione giudiziale, con un ruolo da protagonista riservato al curatore; viene rivisitata la disciplina del concordato preventivo, ritenuto lo strumento più funzionale tra le procedure concorsuali vigenti; viene definitivamente eliminata la procedura della liquidazione coatta amministrativa, che residua solamente come possibile esito dei procedimenti amministrativi; viene prevista un'esdebitazione di diritto non dichiarata, riservata alle insolvenze di minori dimensioni; le modifiche apportate alla normativa sulle crisi da sovraindebitamento; viene introdotta una specifica disciplina della crisi e

³² AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, Milano, 2018, 142.

dell'insolvenza dei gruppi di imprese³³.

Inoltre, di fondamentale rilevanza appare l'eliminazione dalla normativa dei termini “fallito” e “fallimento”, sostituiti con espressioni equivalenti quali “liquidazione giudiziale” e “stato d'insolvenza”, in modo tale da evitare che ad esiti sfortunati del rischio di impresa si associno connotati negativi e di discredito.

Così, con l'ambizione di riformare l'ormai vecchia legge fallimentare, risalente al 1942, il legislatore ha inteso completare il lungo percorso di riforma attraverso l'approvazione del d.lgs. 14/2019.

Il testo di legge in commento disciplina oggi le tre procedure concorsuali attivabili in caso di dissesto economico dell'imprenditore commerciale, finalizzate ad apprestare tutela ai creditori di quest'ultimo, ed individuabili nel fallimento, nel concordato preventivo e nella liquidazione coatta amministrativa.

Le procedure concorsuali richiamate, pur se differenti tra loro in ordine ai requisiti di ammissione, alla finalità, alla struttura ed agli effetti, presentano una serie di elementi comuni, ossia lo stato di dissesto economico dell'imprenditore, il carattere collettivo delle procedure e il coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore.

Inoltre, viene completata la riforma della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento, di cui alla legge n. 3 del 2012, e la revisione dei sistemi dei privilegi e delle garanzie. Infine, risulta stralciato il riordino dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevista dal così detto decreto “Prodi-bis” (D. lgs. 270/199) e dal decreto “Marzano” (D. l. 347/2003)³⁴.

Il d.lgs. 14/2019 è stato redatto tenendo conto della normativa europea; in particolare, della normativa europea vengono menzionati il Regolamento UE del 20 maggio 2015, n. 848/2015 sulle procedure di insolvenza, entrato in vigore il 25 giugno dello stesso anno, e la Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE, riguardante un nuovo approccio al fallimento

³³ DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2017, 45.

³⁴ DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, 122.

delle imprese e all'insolvenza.

Il citato Regolamento, si applica alle procedure che comprendono buona parte o la totalità dei creditori nel caso in cui il debitore abbia perso totalmente o in parte il proprio patrimonio e sia stato nominato un gestore delle procedure di insolvenza, o nel caso in cui i beni del debitore siano soggetti al controllo dell'autorità giudiziaria o, ancora, nel caso in cui la procedura sia stata sospesa per consentire le trattative tra debitore e creditori. L'impulso delle procedure, in tali circostanze, avviene ad opera dei giudici del Paese dell'UE in cui è situato il centro degli interessi economici principali del debitore, concetto che rimanda: al luogo in cui si trova la sede legale dell'impresa, in caso di persona giuridica o di società; al luogo in cui si trova la sede principale di attività, in caso di persone fisiche che esercitano un'attività imprenditoriale; al luogo di residenza abituale, negli altri casi riferiti a persone fisiche. Nel caso in cui il Paese in cui ha luogo l'attività principale sia diverso da quello dei principali interessi del debitore, tale Paese può aprire una procedura di insolvenza “secondaria”, che riguarda i soli beni situati in tale luogo³⁵.

Chiaramente, la legge applicabile sarà quella del Paese in cui la procedura concorsuale viene avviata, relativamente alle condizioni di ammissione e chiusura della procedura ed al suo svolgimento. Inoltre, l'apertura di una procedura concorsuale in uno dei Paesi membri dell'Unione Europea deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, dal momento in cui la stessa produce effetti³⁶.

La Raccomandazione della Commissione Europea n. 2014/135/UE, diversamente, si pone l'obiettivo di offrire un quadro normativo omogeneo che permetta la ristrutturazione concreta ed efficace delle imprese in difficoltà economica e di concedere una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione. Ciò viene compiuto, primariamente, attraverso la diminuzione dei costi della valutazione dei

³⁵ DE CESARI, MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017, 82.

³⁶ CORNO, BARIATTI, *Il Regolamento (UE) 2015/484 sulle nuove procedure di insolvenza*, Milano, 2015, 33.

rischi e delle incertezze interpretative che disincentivano gli investitori, nonché attraverso l'eliminazione degli ostacoli alla ristrutturazione dell'impresa. Più precisamente, vengono individuate tre linee guida, consistenti: nella tempestività, poiché la ristrutturazione delle imprese deve avvenire in una fase precoce, così da prevenire il rischio di insolvenza; nella previsione per cui il debitore deve poter chiedere la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali sui propri beni; nel rendere vincolante il piano di ristrutturazione adottato dalla maggioranza dei creditori, qualora omologato dal giudice³⁷.

Infine, nell'espletare le funzioni delegate, il Governo ha tenuto conto del modello elaborato in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale, che prende il nome di *Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law)*. Lo scopo di tale modello è quello di supportare gli Stati nell'adeguamento delle proprie discipline interne in materia di insolvenza, in modo tale da fronteggiare le procedure di insolvenza transfrontaliere, privilegiando la cooperazione ed il coordinamento degli stati. In sintesi, il modello richiamato si concentra su quattro punti fondamentali: l'accesso, posto che le disposizioni interne del modello concedono ai rappresentanti delle procedure straniere ed ai creditori il diritto di adire le corti di un altro Paese membro; il riconoscimento, poiché sono previste procedure semplificate di riconoscimento degli ordini che provengono dalle autorità giudiziarie straniere; il supporto, necessario per assistere le procedure straniere; la cooperazione, considerato che tale modello attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di cooperare e comunicare direttamente con le parti straniere delle procedure³⁸.

Andando ad analizzare i principi generali sottesi alla riforma, preliminarmente va ribadito che l'obiettivo principale consiste nell'individuare l'emersione della crisi d'impresa in maniera tempestiva, in modo tale sia da limitare le perdite economiche, sia da consentire il risanamento e la conservazione del valore d'impresa nei casi in cui sussiste tale possibilità, mentre in difetto di

³⁷ DE CESARI, MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., 34.

³⁸ CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL arbitration rules: A Commentary*, Oxford, 2013, 62.

soluzioni stragiudiziali la crisi o l'insolvenza sboccheranno in ambito giudiziario, con la riduzione delle varie procedure della fase iniziale ad un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi o dell'insolvenza, una sorta di *unum* processuale di tutte le iniziative giudiziarie basate sulla crisi o sull'insolvenza³⁹.

È interessante notare come, attraverso un'analisi comparata con altri sistemi che prevedono le procedure d'allerta, vi siano ordinamenti maggiormente orientati a considerare le aspettative dei creditori e ordinamenti, invece, più sensibili agli interessi dell'impresa, unitamente al fatto che mentre alcuni sistemi riconoscono spazio agli accordi tra creditori e debitore, altri riservano un ruolo marginale ai creditori nella gestione della crisi, con netta prevalenza del ruolo del giudice.

Nei sistemi di *common law*, ad esempio, i sistemi di prevenzione che hanno ispirato le riforme della materia riservano particolare spazio agli accordi tra i creditori ed il debitore, prevedono la suddivisione dei creditori in classi, in relazione ad interessi omogenei e trattamento differenziato per ogni classe, e riservano una netta preferenza verso le soluzioni che permettono all'imprenditore di rilanciare la propria attività attraverso il riconoscimento di una funzione di tutela regolarità della procedura in capo al giudice. Anche la soluzione anglosassone pare fortemente orientata alle soluzioni alternative al fallimento, ed alla tutela del debitore onesto ma sfortunato⁴⁰.

Diversamente, la nuova riforma fallimentare tedesca prevede un'unica procedura di insolvenza, che può avviarsi, anche su iniziativa dell'imprenditore, anche nei casi in cui si denoti un semplice difficoltà che comporti il rischio di insolvenza concreto⁴¹.

Ancora, in Francia vige il *Réglement amiable*, ossia un accordo tra l'imprenditore in situazione di difficoltà economica, ma non ancora insolvente, ed i creditori, da realizzarsi in un brevissimo arco di tempo attraverso la nomina di un conciliatore con funzioni di facilitazione dell'accordo e di sorveglianza sul

³⁹ DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, cit., 48.

⁴⁰ BROUDE, *Reorganizations under Chapter 11 on the Bankruptcy code*, New York, 2017, 31.

⁴¹ PACILEO, *Il sovraindebitamento del debitore civile: Analisi comparata dei principali modelli europei*, Torino, 2018, 99.

funzionamento dell'impresa, dotato anche del potere di sostituirsi all'imprenditore qualora quest'ultimo risulti inadeguato per la gestione dell'impresa in difficoltà⁴².

Dal punto di vista terminologico, invece, l'eliminazione del termine "fallimento", sostituito con quello di "liquidazione giudiziale", comporta il conseguente adeguamento delle disposizioni, anche penali, all'esigenza di abbandonare il concetto tradizionale di fallimento, adeguandosi inoltre a quanto già recepito dagli altri ordinamenti europei di *civil law*, in modo tale da eliminare la connotazione negativa che da sempre accompagna la procedura concorsuale del fallimento, così da introdurre una nuova concezione per cui la situazione di difficoltà economica dell'impresa non per forza determini una situazione patologica. Nello specifico, la scelta di abbandonare la tradizionale concezione del fallimento è diretta ad evitare la negatività, sul piano personale, che da sempre si accompagna ad essa, poiché troppo spesso ci si dimentica che l'attività di impresa include anche il rischio di impresa, che può avere esito negativo anche laddove non vi sia responsabilità da parte dell'imprenditore.

Così, anche nell'ordinamento anglosassone si è avvertita la medesima esigenza, andando a modificare la terminologia in vigore con il termine "*rescue*" (salvataggio)⁴³.

Nell'ottica di rendere la procedura concorsuale del fallimento un'ipotesi il più residuale possibile, il d.lgs. 14/2019 prevede che la nuova normativa in materia fallimentare contempli l'eliminazione della dichiarazione di fallimento d'ufficio, attualmente regolata dall'art. 3, comma 1 del D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Nello specifico, tale norma prevede che in ipotesi di crisi di una grande impresa con almeno duecento dipendenti e con debiti non inferiori ai due terzi che si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha la sede principale può dichiarare l'insolvenza con sentenza in camera di consiglio, anche d'ufficio, senza dover necessariamente attendere il ricorso dell'imprenditore, dei creditori o del

⁴² PACILEO, *Il sovraindebitamento del debitore civile: Analisi comparata dei principali modelli europei*, cit., 101.

⁴³ DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, cit., 54.

pubblico ministero. Così operando, il legislatore ha inteso eliminare la sola ipotesi di fallimento d'ufficio attualmente in vigore nel nostro ordinamento⁴⁴.

Altrettanto innovativa appare la distinzione tra i concetti di stato di crisi e stato di insolvenza, configurando la crisi come una probabilità futura dell'impresa, facendo inoltre riferimento alle elaborazioni della scienza del settore aziendale. In particolare, nel delineare i connotati del concetto di stato di insolvenza, il legislatore si è attenuto alla definizione di cui all'art. 5 della legge fallimentare, per il quale *“lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*.

Sul punto, la Suprema Corte ha sostenuto che lo stato di insolvenza disciplinato dalla legge fallimentare, che rappresenta il presupposto oggettivo della procedura concorsuale, consiste in una situazione non transitoria ma funzionale d'impotenza, in cui versa l'imprenditore che non può adempiere in maniera regolare alle proprie obbligazioni⁴⁵. In altri termini, tale situazione è determinata dalla mancanza dei mezzi necessari per corrispondere i pagamenti dovuti, ed all'impossibilità di procurarsi tali mezzi in altri modi, ad esempio attraverso il ricorso ad istituti di credito.

Con l'introduzione della riforma organica alla legge fallimentare, inoltre, esiste oggi un modello processuale unico per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza dell'imprenditore, e l'autorità giudiziaria dovrà classificare la patologia in termini di crisi, ossia di insolvenza, basandosi sulle possibilità di recupero economico dell'impresa, seguendo il percorso processuale della liquidazione coatta amministrativa, previsto attualmente all'art. 15 della legge fallimentare per la dichiarazione di fallimento, laddove non si ravvisino possibilità di ripresa. A prescindere dagli esiti e dalle situazioni differenti, il procedimento unico deve essere ispirato al criterio della celerità, anche nella fase dedicata al reclamo avverso il provvedimento dichiarativo della crisi o dell'insolvenza⁴⁶.

⁴⁴ DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., 119.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. VI, ord. 16 settembre 2015, n. 18192, in *Il Fallimentarista*.it, 13 ottobre 2015.

⁴⁶ PECCHIANI, MIGLIORINI, *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni*

Un'ulteriore novità consiste nell'applicazione del modello processuale unico di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza a tutte le categorie di debitore, con la sola eccezione degli enti locali.

Viene risolta la questione relativa all'individuare il tribunale territorialmente competente, attraverso la nozione di “centro di interessi del debitore”, di cui al già citato Regolamento Ue n. 2015/848, che definisce tale centro di interessi come “*il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile ai terzi*”⁴⁷.

Altre caratteristiche del d.lgs. 14/2019, derivanti dalle disposizioni contenute nella precedente legge delega, riguardano il fatto che deve essere data priorità all'esame delle proposte di riforma che assicurano la continuità aziendale, configurando la liquidazione giudiziale (ex fallimento) quale *extrema ratio* (l. 155/2017, art. 2, comma 1, lett. g)); uniformare e semplificare la disciplina dei riti speciali in materia concorsuale, seguendo le disposizioni sul processo telematico, prevedendo, ad esempio, che gli atti concorsuali vengano recapitati all'indirizzo PEC del debitore e, laddove ciò non sia possibile, di fornire l'accesso al debitore al sito internet della società Infocamere Scpa, dedicato alle procedure concorsuali (l. 155/2017, art. 2, comma 1, lett. h)); ridurre in via generale la durata delle procedure concorsuali (l. 155/2017, art. 2, comma 1, lett. i)); ridurre i costi delle procedure concorsuali, attraverso un contenimento delle fattispecie di prededuzione (ci si riferisce ai crediti prededucibili, ossia quei crediti sorti in occasione o in funzione del fallimento, che devono essere soddisfatti per primi, disciplinati dall'art. 111-*bis* della legge fallimentare⁴⁸), ed una rivisitazione dei

interpretative ed applicative alla luce della riforma, in *IlFallimentarista.it*, 23 febbraio 2018.

⁴⁷ MUSSA, *La competenza delle procedure concorsuali nello schema del decreto delegato*, in *IlFallimentarista.it*, 2 maggio 2018.

⁴⁸ R. d. 16 marzo 1942, n. 267, “Disciplina dei crediti prededucibili”, art. 111-*bis*: “*I crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25; in questo ultimo caso, se contestati, devono essere accertati con il procedimento di cui all'art. 26. I crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. Il corso degli interessi cessa al momento del pagamento. I crediti prededucibili sorti nel corso del fallimento che sono liquidi, esigibili e non*

compensi dei professionisti (l. 155/2017, art. 2, comma 1, lett. l)); risolvere i contrasti interpretativi scaturiti dalle disposizioni vigenti (l. 155/2017, art. 2, comma 1, lett. m))⁴⁹.

3.1. Brevi cenni sulle nuove procedure

Con le riforme dell'ultimo decennio, si è manifestata l'esigenza di arginare il fenomeno dell'insolvenza e della crisi, riservando particolare attenzione ai fenomeni di squilibrio patrimoniale che comportano l'incapacità di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte; tuttavia sono stati attuati a livello legislativo interventi con provvedimenti sporadici, ricorrendo alla decretazione d'urgenza e senza attuare una riforma organica.

Così, nell'ottica della riforma del 2019 di introdurre una nuova disciplina organica, il Titolo II uno dei principi cardine della riforma, che consiste nell'introduzione di una fase preventiva di allerta, finalizzata ad anticipare l'emersione della crisi, da intendersi quale strumento stragiudiziale riservato di sostegno alle imprese, diretto a una rapida analisi delle cause della patologia economico-finanziaria dell'impresa, cui farà seguito la fase della composizione assistita della crisi e, in caso di mancata collaborazione dell'imprenditore, la dichiarazione pubblica di crisi, di natura giudiziale.

Il concetto di emersione tempestiva della crisi è un concetto totalmente nuovo nel sistema fallimentare italiano e la sua introduzione deriva da un'analisi comparata delle disposizioni di altre giurisdizioni europee: quanto al tentativo di addivenire ad una soluzione della crisi concordata tra debitore e creditori, di introduce il criterio per qualificare lo stato di crisi in termini di probabilità di futura insolvenza⁵⁰.

contestati per collocazione e per ammontare, possono essere soddisfatti ai di fuori del procedimento di riparto se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti. Il pagamento deve essere autorizzato dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato. Se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge.

⁴⁹ AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, cit., 92.

⁵⁰ BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi: Allerta, autofallimento e*

Si attribuisce a soggetti diversi la legittimazione ad attivare la procedura di allerta e di composizione assistita della crisi: nell'ambito della così detta “allerta interna”, cioè attivata da un organo interno alla *governance* o dal revisore legale, e nella così detta “allerta esterna”, ossia quella procedura attivata da soggetti terzi rispetto alla *governance*, in cui il ruolo viene rivestito da creditori qualificati, quali l'Agenzia delle Entrate, Agenti della riscossione ed Enti previdenziali, che sono obbligati, a pena di inefficacia dei privilegi accordati ai propri crediti, a segnalare il perdurare di inadempimenti di importo rilevante all'organismo di composizione⁵¹.

Nei due meccanismi di allerta, il presupposto per la segnalazione non coincide, identificandosi: nell'allerta interna, con il fondato indizio di crisi, secondo quanto indicato all'art. 14, comma 1; nell'allerta esterna, con l'inadempimento di importo rilevante, secondo quanto indicato all'art. 15, comma 2.

Inoltre, l'art. 14, indica che affinché il sistema sia reso efficace, è necessario presupposto il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti nell'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale⁵².

Particolare attenzione è stata riservata al riconoscimento delle misure premiali, laddove l'art. 25 impone all'imprenditore l'obbligo di proporre l'istanza di composizione assistita presso l'organismo di composizione della crisi in maniera tempestiva, stabilendo che il requisito della tempestività ricorra esclusivamente quando si sia attivato entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria, elementi che possono essere individuati nel rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, nell'indice di rotazione dei crediti,

bancarotta, Torino, 2017, 132.

⁵¹ D'AMORE, *Crisi delle imprese minori: i nuovi scenari: una proposta applicativa per la prevenzione della crisi*, in MARENA (diretto da), *Temi di diritto commerciale e fallimentare*, n. 4, Frosinone, 2018, 77.

⁵² DE POLI, *Crisi d'impresa, procedure di allerta e Non Performing Loans*, in *IlFallimentarista.it*, 10 Aprile 2018.

nell'indice di rotazione del magazzino e nell'indice di liquidità.

La scelta di far ricadere sugli organismi istituiti *ad hoc* la gestione della composizione assistita della crisi è stata prevista come volontà di non intimorire gli imprenditori ed i terzi con la presenza dell'autorità giudiziaria che, al contrario, potrebbe ingenerare il sospetto di dare inizio ad una procedura giudiziale di insolvenza.

La definizione dello stato di crisi, intesa quale probabilità di futura insolvenza, deve essere articolata tenendo in considerazione l'elaborazione della scienza aziendalistica, attraverso indici di natura finanziaria. Ciò al fine di evitare confusione ed il rischio di valutazioni erranee da parte degli operatori e per evitare di fare emergere effettivamente la crisi d'impresa o di allargare le responsabilità senza vantaggi per la collettività⁵³.

L'insolvenza, invece, rappresenta una crisi, non necessariamente ad una crisi consegue l'insolvenza, posto che l'azienda può affrontare momenti di difficoltà, che non sono necessariamente definitivi. La dottrina, in tal senso, individua quattro differenti momenti nell'evoluzione di una crisi, ponendo solo all'ultima di esse un percorso scontato e che non determina l'eventuale insorgenza di una situazione di dissesto permanente ed irreversibile. Tali fasi, individuate dalla dottrina, e durante le quali è possibile intervenire al fine di evitare che l'impresa entri in una crisi irreversibile, possono così riassumersi: l'incubazione, fase in cui si manifestano i segnali iniziali di un'inefficienza dell'impresa; la manifestazione della crisi, in cui le risorse dell'impresa cominciano ad essere intaccate con contestuale aumento dei debiti; gravi squilibri finanziari, con significative ripercussioni sulla fiducia nelle diverse categorie di detentori di quote dell'impresa; l'insolvenza vera e propria, cui si giunge soltanto in assenza di manovre tempestive di risanamento attuate durante le precedenti fasi⁵⁴.

Orbene, da quanto considerato se ne deduce che crisi ed insolvenza rappresentano due concetti autonomi e separati, poiché la crisi anticipa l'insolvenza, suo possibile sviluppo in quanto si è già osservato che la crisi non

⁵³ BULGHERONI, CUOMO ULLOA, DELLA VEDOVA, VENTURA, *Procedimento e metodi di composizione dei conflitti*, Bologna, 2018, 151.

⁵⁴ GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, 85.

necessariamente conduce all'insolvenza, che presuppone una visione prospettica, tesa ad individuare l'incapacità futura di adempiere le obbligazioni già assunte e quelle prevedibili nel normale corso di attività e le due fasi non possono essere confuse o esaminate con i medesimi strumenti di indagine. Va tenuto presente, inoltre, che l'introduzione da parte del legislatore di definizioni non coordinate con la realtà imprenditoriale porterebbe al rischio di valutazioni erranee da parte degli operatori che potrebbero non fare emergere effettivamente e tempestivamente la crisi d'impresa⁵⁵.

Venendo a parlare della procedura di allerta, essa è già prevista nei principali ordinamenti europei, e nella riforma della legge fallimentare e delle procedure concorsuali si è tenuto conto di una serie di principi. Innanzitutto, la competenza per la gestione delle procedure è attribuita ad organismi istituiti *ad hoc*, i quali svolgono attività di assistenza al debitore per superare le crisi di liquidità. È previsto l'obbligo di avvisare tempestivamente gli amministratori dell'esistenza degli indizi di uno stato di crisi, in capo agli organi di controllo societari e degli organi di revisione; in caso di mancata risposta da parte degli amministratori a tale avviso, o in caso di risposta inadeguata, gli organi di controllo societari devono rivolgersi direttamente all'organismo competente. È previsto, inoltre, a carico di certi creditori pubblici qualificati, l'obbligo di segnalare tempestivamente agli organi di controllo societari il ripetersi o il perdurare di inadempimenti di importo rilevante; in mancanza di organi di controllo, la segnalazione andrà fatta all'organismo competente. È disposta la convocazione immediata del debitore e degli organi di controllo societario, da parte dell'organismo di composizione della crisi, allorquando a quest'ultimo giungano le segnalazioni di cui sopra o l'istanza del debitore; tale convocazione deve avvenire in maniera riservata e confidenziale, in quanto finalizzata ad individuare, previa verifica della sussistenza degli indizi di crisi, le misure più idonee per uscirne. È concessa la possibilità di affidare l'incarico di risolvere la crisi ad un professionista in materia di soluzione delle crisi d'impresa, iscritto

⁵⁵ Tali valutazioni sono state espresse dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, nelle *Linee guida per la valutazione di aziende in crisi*, del dicembre 2006.

presso l'organismo di composizione della crisi, il quale ha il compito, entro sei mesi al massimo, di individuare un accordo tra i creditori ed il debitore. Parimenti, è concessa al debitore la possibilità di adire il giudice per ottenere le misure protettive che si rendano necessarie per concludere un accordo stragiudiziale. Sono previste misure premiali e sanzionatorie, in favore o a danno dell'imprenditore che faccia uso o meno della procedura di allerta. Ancora, è previsto l'obbligo, in capo all'organismo di composizione della crisi di giudicare, entro sei mesi dall'apertura della procedura d'allerta, la condotta del debitore, valutando se quest'ultimo abbia o meno posto in essere ogni misura idonea a risolvere la crisi; in caso di valutazione negativa, l'organismo dovrà rivolgersi all'autorità giudiziaria affinché adotti i provvedimenti del caso. Infine, è prevista l'apertura di un procedimento di composizione assistita della crisi in tribunale, con nomina da parte dell'autorità giudiziaria di un professionista iscritto nel registro dei revisori legali, chiamato a verificare la situazione economica dell'impresa e del successivo deposito di una relazione motivata; qualora tale relazione attesti la sussistenza di uno stato di crisi, viene fissato un termine entro il quale devono essere adottate misure idonee per porvi rimedio; alla scadenza del termine, nel caso in cui le misure non siano state adottate, il tribunale disporrà la pubblicazione della relazione nel Registro delle Imprese⁵⁶.

La legittimazione ad attivare le procedure di allerta e di composizione della crisi ricade su soggetti diversi: nel caso di allerta interna, sull'organo di controllo societario e sull'incaricato della revisione legale; nel caso di allerta esterna, su creditori qualificati quali l'Agenzia delle entrate, gli Agenti della riscossione e gli Enti previdenziali⁵⁷.

Il Titolo II della riforma, come anticipato al principio del presente paragrafo, prevede la procedura di composizione assistita e la procedura di allerta, chiaramente ad essa prodromica. Per quanto concerne il procedimento di allerta interna, incentrato sugli organi di controllo e sul revisore legale, la previsione va coordinata con quella prevista tra le modifiche al codice civile (in particolare con

⁵⁶ AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, cit., 96.

⁵⁷ DE POLI, *Crisi d'impresa, procedure di allerta e Non Performing Loans*, cit., 1 ss.

l'art. 2086, comma 2, c.c.), più precisamente con il criterio direttivo che impone alle imprese e agli organi societari di istituire assetti organizzativi adeguati per la rivelazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, oltre all'obbligo di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi di cui all'art. 14.

L'istituzionalizzazione del generico obbligo per l'imprenditore e gli organi sociali di istituire idonei assetti per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, in quanto diretta a rafforzare il sistema previsto per l'emersione tempestiva della crisi una significativa innovazione, va coordinato con gli obblighi, i poteri e le responsabilità degli organi di controllo, anche di realtà societarie di dimensioni inferiori a quelle attualmente determinate dalla legge, all'art. 2435-*bis* c.c.. Infatti, il collegio sindacale in una s.p.a. e l'organo di controllo anche monocratico in una s.r.l. devono vigilare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati dalla società sul loro funzionamento, ed il loro corretto operato consente di verificare l'emersione tempestiva della crisi.

Secondo quanto previsto all'art. 14, l'allerta potrebbe risolversi e concludersi positivamente a seguito delle segnalazioni degli organi di controllo e del revisore legale agli amministratori di fondati indizi di crisi; in tal modo, la procedura potrebbe concludersi all'interno della società, poiché l'organo di controllo deve informare tempestivamente l'organismo di composizione della crisi solo in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organismo di amministrazione. Qualora tale ipotesi si realizzi, si prevede una procedura gestita da un organo esterno, l'organismo di composizione della crisi (OCRI) istituito presso le camere di commercio, che non fa parte della *governance* e che deve trovare soluzione alla crisi dell'impresa e raggiungere una soluzione concordata tra debitore e creditori, garantendo la confidenzialità e la riservatezza della procedura⁵⁸.

Nel d.lgs. 14/2019, vengono altresì indicati, al Titolo IV, i principi ed i

⁵⁸ D'AMORE, *Crisi delle imprese minori: i nuovi scenari: una proposta applicativa per la prevenzione della crisi*, cit., 79.

criteri diretti ad incentivare il ricorso agli strumenti di composizione stragiudiziale della crisi dell'imprenditore, già presenti nell'ordinamento italiano in seguito all'introduzione delle recenti riforme, ossia gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* della legge fallimentare. Tali riforme hanno evidenziato una nuova prospettiva in tema di crisi d'impresa, ponendo essa al centro del sistema normativo al fine di conservarne il valore e di tutelare gli interessi della collettività, con particolare riguardo a quelli dei creditori e di chi vi presta la propria opera⁵⁹.

Nell'ottica appena descritta il recupero dell'impresa in crisi assurge a obiettivo primario; la finalità liquidatoria, dunque, si pone come fase eventuale, e quindi possibile ma, di sicuro, non esclusiva e subordinata alla previa verifica della possibilità di recuperare l'impresa.

In linea generale, è possibile individuare due modalità alternative di risanamento: una interna all'impresa, attraverso la predisposizione di un piano strategico, in forza del quale vengono poste in essere iniziative e correttivi gestionali, finalizzati a reperire nuove risorse finanziarie o a rendere più efficiente il sistema produttivo e, di conseguenza, più competitivi i prodotti da immettere sul mercato; una esterna all'impresa, che si concretizza in un accordo di natura privatistica con i creditori⁶⁰.

Dopo il susseguirsi di diversi tentativi di riforma organica della normativa in materia, si valorizza finalmente il ruolo dell'autonomia privata nella gestione e soluzione della crisi d'impresa, posto che l'esigenza del legislatore appare discostarsi dalla debolezza delle fattispecie previste dalla legge del 1942, laddove l'unica soluzione per evitare la dichiarazione di fallimento consisteva nel concordato preventivo, la cui limitata efficacia operativa era da ricondurre principalmente alle tre condizioni previste, ossia l'integrale pagamento dei creditori privilegiati, la soglia del 40% ai creditori chirografari, la parità di trattamento dei creditori⁶¹.

A causa di tali motivazioni, nella vigenza della precedente normativa,

⁵⁹ NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2018, 42.

⁶⁰ AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, 113.

⁶¹ CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, Rimini, 2017, 91.

imprese e professionisti hanno fatto un ampio ricorso agli accordi stragiudiziali, più snelli ed efficaci, ma allo stesso tempo più rischiosi, poiché sprovvisti di tutela dalle possibili successive azioni revocatorie, nonché dalle contestazioni di bancarotta o di altro reato fallimentare.

Così, il legislatore, ispirandosi anche a modelli diffusi in altri ordinamenti nazionali, ha introdotto nuovi strumenti di composizione concordata della crisi di impresa, focalizzati sulla valorizzazione degli accordi tra debitore e creditori e finalizzati al superamento della crisi o a scongiurare che all'insolvenza debba necessariamente conseguire la cessazione dell'impresa. Del resto, proprio in quanto formate sul consenso dei creditori, le soluzioni concordate devono perseguire in maniera prioritaria gli interessi di questi ultimi, essere tempestive e non imporre limiti alla fantasia progettuale del debitore proponente, nonché essere trasparenti, consentendo una percezione veritiera della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come si intende affrontarla; inoltre, devono svilupparsi al riparo delle iniziative individuali di autotutela dei singoli creditori, garantendo al contempo la conservazione dei valori patrimoniali. Infine, le soluzioni concordate devono essere in grado di assicurare protezione agli atti compiuti sia nel tempo richiesto per la messa a punto del piano e la formazione del consenso dei creditori, sia nel periodo dell'esecuzione del piano⁶².

Venendo ad esaminare gli accordi in esame secondo l'attuale normativa, l'art. 182-*bis* della legge fallimentare prevede che l'imprenditore in stato di crisi possa richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori che rappresentino almeno il 60% del totale dei crediti. Rimane evidente che i creditori che si rifiutano di aderire all'accordo debbano essere soddisfatti regolarmente e per l'intero importo loro dovuto.

Tra la documentazione necessaria per la richiesta di omologazione, vi è la relazione di un professionista del settore che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo. Tale relazione, dovrà in particolare evidenziare l'idoneità dell'accordo di cui si richiede l'omologazione ad assicurare il pagamento dei creditori entro centoventi giorni dall'omologazione (in caso di crediti già

⁶² NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 44.

scaduti), o entro centoventi giorni dalla scadenza del credito (in caso, ovviamente, di crediti non scaduti alla data dell'omologazione). Una volta omologato, l'accordo viene pubblicato nel registro delle imprese, e da tale momento acquista efficacia.

Inoltre, a partire da tale data e per i seguenti sessanta giorni, i creditori non potranno iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive che abbiano ad oggetto il patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non già contemplati nell'accordo. All'accordo omologato i creditori, così come ogni altro soggetto interessato, possono proporre opposizione entro trenta giorni. Al termine di questa prima fase stragiudiziale, il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Tuttavia, l'attuazione di separati accordi stragiudiziali con i creditori comportava una serie di rischi per le imprese, tra cui la mancata inibizione rispetto all'azione aggressiva di terzi estranei, revocatorie fallimentari, imputazione per bancarotta patrimoniale o preferenziale⁶³. Con le recenti riforme, il legislatore ha dunque previsto tre ipotesi di accordi: il concordato preventivo, profondamente rivisitato; l'accordo di ristrutturazione dei debiti; il piano di risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa. Tali accordi rappresentano un tipico regolamento consensuale relativo all'esposizione debitoria dell'impresa in stato di crisi, con la previsione di un suo rientro graduale, compatibile con i flussi di cassa e per la prima volta viene attribuita rilevanza giuridica agli accordi stragiudiziali nel nostro ordinamento.

Trattasi, dunque, di uno strumento innovativo per la gestione normativa della crisi d'impresa, attraverso il quale viene offerto un supporto ai concordati stragiudiziali, passando attraverso la verifica e l'omologazione da parte dell'Autorità giudiziaria ed evitando in tal modo il rischio relativo alle azioni revocatorie, in virtù della nuova clausola esimente di cui all'art. 67, comma 3, lett. e), della legge fallimentare.

Appare chiaro che la volontà di favorire e di semplificare il rientro dell'impresa, nell'ottica della salvaguardia della continuità aziendale, rimane una

⁶³ DISEGNI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in DISEGNI (a cura di), *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014, 217.

priorità del legislatore, che si adopera nel tentativo di eliminare i punti deboli degli accordi stragiudiziali. Tuttavia, a dieci anni dalla loro introduzione nell'ordinamento, gli accordi di ristrutturazione non sembravano aver incontrato il favore degli operatori e, onde renderli meglio fruibili, si è proposta l'eliminazione della soglia del 60% dei crediti, fermo restando l'attestazione dell'idoneità dell'accordo alla soddisfazione integrale e tempestiva dei creditori estranei alle trattative, a meno che il debitore intenda chiedere misure protettive, quali la sospensione delle azioni esecutive o cautelari durante le trattative⁶⁴.

Obiettivo della modifica della norma attualmente in vigore è anche assimilare la disciplina delle misure protettive previste negli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella delle misure protettive previste nell'ambito del concordato preventivo: durante la procedura il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio di impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Si dovrà anche prevedere l'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai soci illimitatamente responsabili, come avviene nel concordato preventivo, e che il piano attestato di risanamento abbia forma scritta, data certa e contenuto analitico⁶⁵.

In ogni caso, a seguito delle riforme intervenute nell'ultimo decennio, l'accordo di ristrutturazione è divenuto uno strumento di soluzione della crisi di natura extracontrattuale ma comunque parzialmente giudiziale, con due interessi contrapposti: promuovere gli accordi stragiudiziali, esentando da revocatoria gli atti esecutivi contenuti nei piani di risanamento di cui all'art. 67 della legge fallimentare, e fornire all'accordo, stipulato con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, unitamente alla relazione redatta dall'esperto, tutta l'assistenza necessaria attraverso il blocco delle azioni esecutive, la moratoria dei pagamenti, il blocco decorso degli interessi⁶⁶.

In altri termini, con la nuova disciplina, l'obiettivo è quello di incentivare l'utilizzo nella pratica degli accordi di ristrutturazione, oltre che dei piani attestati di risanamento e delle convenzioni di moratoria, di attenersi ai seguenti criteri:

⁶⁴ AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, cit., 116.

⁶⁵ CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 94.

⁶⁶ DISEGNI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., 199.

estensione della procedura prevista attualmente all'art. 182-*septies* legge fallimentare, riguardante gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni in moratoria, agli accordi di ristrutturazione non liquidatori ovvero alle convenzioni di moratoria concluse con i creditori, anche diversi dalla categorie delle banche e degli intermediari finanziari, rappresentanti il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee; eliminazione, ovvero riduzione, del limite del sessanta per cento dei crediti attualmente imposto dall'art. 182-*bis* della legge fallimentare qualora il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei né richieda misure protettive di cui rispettivamente al primo e al sesto comma del suddetto articolo; assimilazione, laddove compatibili, delle misure protettive agli accordi di ristrutturazione dei debiti a quelle previste per il concordato preventivo; estensione degli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle medesime condizioni previste per il concordato preventivo; prevedere forma scritta, data certa e contenuto analitico per il piano di risanamento; prevedere l'obbligo di rinnovazione delle attestazioni nel caso di successive modifiche dell'accordo e del piano di risanamento, qualora tali modifiche non siano marginali⁶⁷.

I piani attestati di risanamento, menzionati dall'art. 67, comma 3, lett. d)⁶⁸, della legge fallimentare, sono uno strumento totalmente nelle mani dell'imprenditore per risanare l'impresa e riportarla in equilibrio economico e finanziario, attraverso la realizzazione di una serie di operazioni strategiche, senza che vi sia alcun controllo da parte del tribunale, come invece avviene nelle

⁶⁷ NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 52.

⁶⁸ R. d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 67, comma 3, lett. d): “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore*”.

procedure concorsuali.

La norma in esame sancisce che non sono soggetti ad azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Tale strumento si differenzia dall'accordo di ristrutturazione dei debiti e dal concordato preventivo e, secondo le opinioni prevalenti, non può essere considerato una procedura concorsuale, perché non è in alcun modo previsto l'intervento o il controllo giudiziale della procedura e non è obbligatoriamente soggetto ad alcun regime pubblicistico mentre ha l'obiettivo di proteggere gli atti esecutivi posti in essere all'interno di un piano di risanamento aziendale, qualora il programma non raggiunga il proprio obiettivo e sfoci nel successivo fallimento dell'imprenditore. La protezione consiste nell'esonerare i terzi, che hanno creduto nella validità del piano e nella sua buona riuscita, dalle conseguenze che si potrebbero avere nel caso in cui fosse attivata l'azione revocatoria fallimentare⁶⁹.

L'altro istituto menzionato è quello delle convenzioni in moratoria, introdotte con il d. l. n. 83/2015, successivamente convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132. Trattasi di un nuovo strumento di soluzione stragiudiziale della crisi d'impresa costituito dalla convenzione di moratoria sottoscritta tra l'imprenditore e banche o intermediari finanziari avente ad oggetto una moratoria temporanea dei crediti; le convenzioni sono disciplinate dall'art. 182-*septies* della legge fallimentare, che prevede che quando tra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti e sia raggiunto l'accordo con soggetti che rappresentino il settantacinque per cento dell'ammontare del passivo riferibile a banche o intermediari, la convenzione in

⁶⁹ TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti: le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, Milano, 2016, 73,

moratoria, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti, qualora questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista indipendente, iscritto all'albo dei revisori legali, attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori e gli interessati dalla moratoria.

L'eventuale fase giurisdizionale di controllo della moratoria avviene solo su opposizione dei creditori non aderenti da proporre entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione, chiedendo che la stessa non produca effetti nei loro confronti ed il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni⁷⁰.

⁷⁰ R. d. 16 marzo 1942, n. 267, “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione in moratoria”, art. 187-septies: *“Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari. L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria. Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione*

Orunque, può concludersi che gli obiettivi della riforma dell'attuale normativa sono: l'estensione dell'applicazione delle convenzioni in moratoria anche a creditori diversi da banche e intermediari finanziari, mantenendo il requisito della conclusione dell'accordo con i creditori che rappresentino almeno il settantacinque per cento del passivo riconducibile a una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee; la modifica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, eliminando o riducendo il limite del sessanta per cento dei crediti richiesto per omologare l'accordo.

Il Titolo III del d.lgs. 14/2019 rappresenta forse l'elemento più innovativo, posto che individua i principi e i criteri direttivi cui attenersi nell'ambito della liquidazione giudiziale, che andrà a sostituire l'attuale disciplina del fallimento, come espressamente indicato al comma 1 del medesimo articolo.

Il fallimento assolve generalmente alla finalità di soddisfare coattivamente i creditori dell'imprenditore commerciale insolvente, attraverso la messa in liquidazione delle attività esistenti nel suo patrimonio ed ha quale presupposto oggettivo lo stato d'insolvenza, nella ben nota definizione dell'incapacità dell'imprenditore, non transitoria, di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni nei confronti dei creditori e che si manifesta, soprattutto, con inadempimenti nei pagamenti e con l'incapacità di far ricorso al credito⁷¹.

L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, disciplinata all'art. 6 della

giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria. Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183. In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati. La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma".

⁷¹ CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto commerciale*, Vol. 3, 4^o edizione, Torino, 2012, 274.

legge fallimentare⁷², si manifesta nella domanda rivolta al giudice competente per territorio ove ha sede l'impresa del debitore affinché, accertato lo stato di insolvenza dell'impresa, se ne dichiari il fallimento. Tale iniziativa può venire dal debitore stesso, su ricorso di uno o più creditori; su istanza del pubblico ministero⁷³.

Nella procedura fallimentare prendono parte diversi organi.

In *primis*, vi è il tribunale fallimentare, ossia l'autorità giudiziaria che ha emesso la sentenza che dichiara il fallimento, che è investita dell'intera procedura con i seguenti poteri: nomine e revoca o sostituzione, per giustificati motivi, degli organi della procedura fallimentare, quando non è prevista la competenza del giudice delegato; in camera di consiglio del curatore, del fallito e del comitato dei creditori per acquisire conoscenza di fatti relativi al fallimento; decisione delle controversie relative alla procedura stessa che non sono di competenza del giudice delegato, nonché i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato.

Il giudice delegato, invece, è l'organo investito dal tribunale di poteri di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura fallimentare e collaborazione col curatore supervisionandone l'operato.

Vi è, poi, il curatore, nominato dal tribunale con la sentenza di fallimento, il quale ha la funzione di amministrare il patrimonio del fallito, sotto il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori. Possono svolgere tale incarico avvocati, dottori commercialisti, ragionieri commercialisti, società specializzate o esperti del ramo che sono accreditati dal tribunale all'esercizio della specifica attività.

Infine, prende parte alla procedura il comitato dei creditori, nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza che dichiara il fallimento, che costituisce l'organo che rappresenta i creditori del fallimento⁷⁴.

⁷² R. d. 16 marzo 1942, n. 267, "Iniziativa per la dichiarazione di fallimento", art. 6: "*Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero. Nel ricorso di cui al primo comma l'istante può indicare il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla presente legge*".

⁷³ STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in MORBIDELLI (a cura di), *La cultura negli anni 30'*, Firenze, 2014, 154.

⁷⁴ AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, cit., 119.

Con la riforma della legge fallimentare introdotta nel 2006, il Comitato ha assorbito molte delle competenze attribuite al giudice delegato, in particolare il potere di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione; tale organo vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, oppure su richiesta del tribunale o del giudice delegato; approva il piano di liquidazione dell'attivo, predisposto dal curatore⁷⁵.

La sentenza che dichiara il fallimento priva il fallito, da tale momento, dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni mentre, per quanto concerne gli effetti del fallimento sui creditori, salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

La procedura fallimentare prevede, a questo punto, che il curatore, entro sessanta giorni dalla sua nomina, presenti una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito e nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità sua o di terzi e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale. Successivamente, ogni sei mesi dalla presentazione della prima relazione, il curatore redige ulteriori relazioni sulle attività svolte, aventi ad oggetto l'attività della gestione del fallimento, con la contabilizzazione di tutte le entrate e le uscite, le consegna al giudice delegato, al Comitato dei creditori e le deposita presso il Registro delle Imprese.

La fase finale della procedura è costituita dal riparto dell'attivo, e coincide con la distribuzione delle somme ottenute dalla vendita dei beni del fallimento, in attuazione del principio della *par condicio creditorum*. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine: per il pagamento dei crediti prededucibili, come tali definiti da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione ovvero in funzione delle procedure concorsuali; per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine

⁷⁵ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, Atti del XXX Convegno di studio su “Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo”, Courmayeur, 23-24 settembre 2016.

assegnato dalla legge; per il pagamento dei creditori chirografari⁷⁶.

Con la suddetta riforma del diritto fallimentare del 2006, il principio della *par condicio creditorum* è stato radicalmente modificato, in quanto è stata introdotta la possibilità di suddividere i creditori in classi omogenee, cosicché l'adozione del criterio della parità si realizza all'interno di ogni singola classe⁷⁷.

Il fallimento si chiude allorché nel termine fissato nella sentenza che dichiara il fallimento non sono state proposte domande di ammissione al passivo, o qualora le ripartizioni dell'attivo in favore dei creditori raggiungano l'intero ammontare dei crediti ammessi, unitamente al caso in cui i crediti siano stati estinti in altro modo, cosicché pagati tutti i debiti rimangano da pagare le spese della procedura. Il fallimento si chiude, comunque, nel momento in cui termina la fase della ripartizione dell'attivo, o quando durante lo svolgimento della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consentirebbe di soddisfare, neanche in parte, i creditori e le spese della medesima procedura.

Con la chiusura del fallimento cessano le conseguenze sul patrimonio del fallito e le sue incapacità personali, decadono gli organi preposti alla procedura fallimentare, non possono essere proseguite le azioni esperite dal curatore ed i creditori possono riprendere il libero esercizio delle azioni individuali nei confronti del debitore, già fallito, relativamente ai loro crediti non soddisfatti, salvo che non vi sia stata esdebitazione, strumento consistente nel beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti degli altri creditori⁷⁸.

Con le recenti riforme, è stata progressivamente attribuita maggiore centralità alla figura del curatore con lo scopo di perseguire una maggiore nell'accertamento del passivo e trasparenza nella liquidazione dell'attivo e delle misure acceleratorie volte a chiudere la procedura. Pertanto, la nuova normativa dovrà potenziare ulteriormente i poteri del curatore per rendere la sua azione più efficace grazie ad una serie di misure riguardanti: una più incisiva disciplina delle incompatibilità che riguardano tale ruolo nel succedersi delle diverse procedure; la definizione del contenuto minimo del programma di liquidazione; il chiarimento

⁷⁶ AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, cit., 128.

⁷⁷ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, cit., 1 ss.

⁷⁸ TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 216.

dei poteri giudiziali in relazione all'azzeramento dei privilegi e degli altri vincoli sui beni venduti e di cui è riscosso il prezzo, nei casi di cui all'art. 108, comma 2, della legge fallimentare, nell'ipotesi in cui il curatore subentri nel preliminare di vendita⁷⁹.

Detto articolo, al comma 1 prevede che il giudice delegato, su istanza del fallito, del Comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dai medesimi soggetti entro dieci giorni dal deposito di cui al comma 4 dell'art. 107 della legge fallimentare, impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato.

Il comma 2 stabilisce che per i beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, con decreto del giudice delegato sono cancellate le iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché le trascrizioni dei pignoramenti, i sequestri conservativi e ogni altro vincolo.

Nella nuova normativa, come indicato agli artt. 128 ss., in particolare all'art. 132, è stata prevista l'attribuzione al curatore di poteri per compiere atti e operazioni sulla struttura organizzativa e finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione assicurando, comunque, idonea informazione a soci e creditori nonché la loro tutela e quella dei terzi in sede concorsuale e la legittimazione del curatore a promuovere o proseguire specifiche azioni giudiziali: dall'azione sociale di responsabilità, all'azione dei creditori sociali di cui all'art.

⁷⁹ R. d. 16 marzo 1942, n. 267, "Poteri del giudice delegato", art. 108: *"Il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito di cui al quarto comma dell'articolo 107, impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato. Per i beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo"*.

2394 c.c.⁸⁰, all'azione contro i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società (prevista dall'art. 2476, comma 7, c.c.⁸¹), alle azioni di responsabilità verso la società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società, disciplinata dall'art. 2497 c.c.; si tratta di azioni che attualmente possono essere promosse dai soci o dai creditori sociali⁸².

La legittimazione per esperire l'azione di responsabilità e l'azione dei creditori sociali spetta al curatore in caso di violazione delle regole di cui all'art. 2447-*bis* c.c.; nelle società di persone il curatore deve essere, infine, legittimato ad avviare l'azione di responsabilità verso il socio amministratore di cui non sia stata estesa la procedura di liquidazione.

In sede di chiusura della procedura di liquidazione, al curatore potrà, inoltre, essere affidata la fase di riparto dell'attivo tra i creditori, fatta salva la possibilità degli interessati di proporre opposizione davanti al giudice.

Un ulteriore criterio importante per la nuova normativa concerne, nelle procedure concorsuali di minore complessità, la possibilità di sostituire le funzioni del Comitato dei creditori con forme di consultazione telematica dei creditori, anche nelle forme del silenzio assenso, tenendo tuttavia presente che il comitato ha anche poteri autorizzativi e non solo consultivi⁸³.

Una specifica serie di principi e criteri direttivi dettati riguarda l'integrazione della disciplina dei rapporti giuridici pendenti, prevista dall'art. 72 della legge fallimentare: in caso di prosecuzione o di subentro del curatore nella

⁸⁰ Codice civile, “Responsabilità verso i creditori sociali”, art. 2394: “*Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi*”

⁸¹ Codice civile, “Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci”, art. 2476, comma 7: “*Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*”

⁸² DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2017, 61 ss.

⁸³ BENOCCI, *Fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, 5, 761.

procedura, anche nel caso di esercizio provvisorio, si limitano i crediti prededucibili ai soli crediti maturati durante la procedura di liquidazione, fatta salva diversa disposizione di legge; si prevede lo scioglimento dei contratti fondati sull'*intuitus personae*, come quelli di mandato e lavoro, dove è determinante per il consenso la considerazione dell'identità del contraente o delle sue qualità personali che non proseguano con il consenso della controparte; deve prevedersi una specifica disciplina del contratto preliminare, anche in relazione alla normativa sugli immobili da costruire di cui alla legge 122/2015⁸⁴.

Per quanto concerne gli effetti della procedura di liquidazione sui rapporti di lavoro subordinati in corso, secondo quanto indicato all'art. 189, è stato effettuato un coordinamento di tale disciplina con la normativa vigente in tema di diritto del lavoro in relazione a licenziamenti, forme assicurative e di integrazione salariale, il TFR e le modalità di insinuazione al passivo, con lo scopo di impedire che l'avvio della procedura concorsuale non integri di per sé solo gli estremi di una causa legittima di licenziamento⁸⁵.

In relazione alla fase dell'accertamento del passivo è previsto che tale fase debba essere improntata a criteri di snellezza e concentrazione e sono previste forme semplificate per le domande di valore esiguo e di minore complessità nonché snellimento della presentazione delle domande tempestive di ammissione dei creditori e dei terzi per via telematica, restringendo l'ambito di ammissibilità delle domande tardive.

Nella nuova normativa, è stata altresì prevista l'introduzione di preclusioni, attenuate già nella fase monocratica, con riferimento all'udienza davanti al giudice delegato fissata per l'esame dello stato passivo depositato dal curatore ove il giudice, anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo delle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati e può procedere ad atti di istruzione su richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenze di

⁸⁴ TERENGI, *La disciplina della prededuzione e dei rapporti giuridici pendenti*, in *IlFallimentarista.it*, 21 dicembre 2017.

⁸⁵ RIVA, *I rapporti di lavoro nella prospettata riforma: molte luci e (poche) ombre*, in *IlFallimentarista.it*, 3 luglio 2018.

speditezza del procedimento⁸⁶.

Maggiori elementi innovativi sono stati introdotti per quanto concerne la liquidazione dell'attivo fallimentare, con una procedura improntata alla massima trasparenza ed efficienza da perseguire anche grazie all'ausilio delle più moderne tecnologie, secondo quanto indicato all'art. 213. In particolare, sull'intera gestione della liquidazione va osservata la massima vigilanza, trasparenza e pubblicità, seguendo i seguenti elementi fondamentali: l'introduzione di un mercato nazionale telematico unificato dei beni da vendere nella procedura; la possibilità di acquisto di tali beni da parte dei creditori, appositamente abilitati, su tale mercato; l'istituzione di uno o più fondi per la gestione dei beni invenduti⁸⁷.

L'ultima serie di principi e criteri direttivi concerne misure acceleratorie volte a favorire una rapida chiusura della procedura, misure che prevedono di affidare al curatore anche la fase di riparto dell'attivo anziché al giudice delegato, cui si potrà, tuttavia, proporre opposizione nonché integrare la disciplina della procedura di liquidazione in relazione a procedimenti giudiziari pendenti ove sia parte il curatore.

Ulteriori misure riguardano: la possibilità, in particolari ipotesi di chiusura della procedura di liquidazione di una società di capitali, che il curatore possa convocare l'assemblea ordinaria dei soci per assumere decisioni riguardanti, in particolare, la possibilità o meno di prosecuzione dell'attività d'impresa; la disciplina per incentivare proposte da parte dello stesso debitore, di creditori o terzi di un concordato liquidatorio giudiziale nel caso in cui il debitore apporti nuove risorse che incrementino in misura apprezzabile l'attivo⁸⁸.

Prima di analizzare la normativa di neo-introduzione, al fine di una migliore comprensione è necessario esaminare le modifiche introdotte dal decreto legge n. 83 del 2012, con le quali il legislatore intendeva, da una parte, permettere alle imprese in crisi un accesso più rapido alle procedure di risanamento,

⁸⁶ RASILE, *Il "principio di economicità delle procedure" nel codice (in itinere) della crisi e dell'insolvenza*, in *IFallimentarista.it*, 22 gennaio 2018.

⁸⁷ MUSSA, *La liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *IFallimentarista.it*, 12 dicembre 2017.

⁸⁸ RASILE, *Il "principio di economicità delle procedure" nel codice (in itinere) della crisi e dell'insolvenza*, cit., 1 ss.

consentendo altresì l'accesso a nuovi mezzi finanziari, garantendo la continuità aziendale ed estendendo talune tutele già nella fase preliminare di negoziazione con i creditori; dall'altra, garantir maggior rigore con correlate sanzioni, anche penali, in materia di attestazioni del professionista⁸⁹.

Successivamente, l'art. 82 del d. l. 69/2013 è tornato sulla disciplina del concordato preventivo in bianco, altresì noto come concordato preventivo con riserva, al fine di offrire maggiori garanzie di carattere informativo per i creditori e per il tribunale. Dunque, l'utilizzo frequente del nuovo strumento, non sempre corrispondente alle finalità che ne avevano ispirato l'introduzione, ha necessitato delle modifiche all'istituto, pur conservando la flessibilità e la snellezza, implementando però la tutela informativa dei creditori e del tribunale già in sede di fissazione del termine, attraverso l'estensione degli obblighi di deposito del debitore⁹⁰.

Ciononostante, il concordato preventivo rappresenta uno degli strumenti più efficaci, se correttamente utilizzato, per risolvere in modo positivo le crisi d'impresa e recuperare le potenzialità aziendali tuttora presenti nelle ipotesi di insolvenza non del tutto irreversibile.

Nella riforma del 2019, emerge una profonda modifica dell'istituto del concordato preventivo, che consente esclusivamente all'imprenditore che si trova in stato di crisi di evitare il fallimento, escludendo la legittimazione del terzo a proporre un concordato fino a quando non venga concluso il procedimento di allerta della medesima disciplina, in particolare tipizzando il concordato di società⁹¹.

Venendo al funzionamento dello strumento in esame, la proposta di concordato preventivo deve provenire dall'imprenditore e può prevedere: la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma; l'attribuzione a un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta; la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi

⁸⁹ SCIUMÉ', *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., 149.

⁹⁰ MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, cit., 1 ss.

⁹¹ RASILE, PEZZOLI, *Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato*, in *I fallimentarista.it*, 13 febbraio 2018.

economici omogenei; trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse⁹².

Nell'attuale disciplina, il tribunale si pronuncia sulla domanda di concordato e, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, dichiara aperta la procedura con decreto non soggetto a reclamo, delegando un giudice a seguire la procedura, ordinando la convocazione dei creditori e nominando il commissario giudiziale.

Nel corso dell'adunanza dei creditori davanti al giudice delegato, si approva il concordato, cui segue il giudizio di omologazione di fronte al tribunale, che omologa il concordato con decreto motivato se è stata raggiunta la maggioranza, ai sensi dell'art. 177, comma 1, legge fallimentare. Qualora siano presenti diverse classi di creditori il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza ai sensi del suddetto articolo, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Il provvedimento che omologa o respinge il concordato è appellabile, e contro la sentenza resa in sede di appello può proporsi ricorso in cassazione⁹³.

Nella nuova normativa il concordato è stato disciplinato nell'ottica esclusiva della continuità d'impresa, cosiddetto concordato in continuità, prevedendo l'inammissibilità di proposte che mirino nella sostanza alla liquidazione dell'azienda, riservando le soluzioni liquidatorie alla procedura di liquidazione giudiziale. Nella nuova legge fallimentare, viene riconosciuta anche al terzo la possibilità di promuovere il concordato in continuità quando sia già stata accertata l'insolvenza del debitore. Viene altresì disciplinata l'entità massima dei compensi dei professionisti incaricati dal debitore, considerando quale parametro l'attivo dell'impresa soggetta alla procedura, dividendo obbligatoriamente i creditori in classi, in base alla posizione giuridica e

⁹² CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 96.

⁹³ COSTA, *La crisi d'impresa: la procedura di concordato preventivo*, Bari, 2013, 82.

all'omogeneità degli interessi economici⁹⁴.

Vengono altresì attribuiti al tribunale anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica del piano, scelta che ha suscitato opinioni difformi, da alcuni autori ritenuta non condivisibile in quanto segnerebbe un ritorno al passato, posto che così come evidenziato dalla Suprema Corte, spetta all'attestatore il compito di valutare la fattibilità economica del piano o dell'accordo⁹⁵; una previsione contraria, implicherebbe che il Tribunale dovrebbe nominare consulenti tecnici d'ufficio per svolgere tali compiti, aggravando i costi e la lunghezza del procedimento⁹⁶.

Viene eliminata l'adunanza dei creditori, disciplinando le modalità telematiche per consentire ai creditori di dibattere sulle proposte ed esprimere il proprio voto e consentire, qualora un solo creditore sia titolare di crediti pari alla maggioranza degli ammessi al voto, il calcolo delle maggioranze “per teste”, disciplinando il conflitto di interessi. Il diritto di voto dei creditori con diritto di prelazione, il cui pagamento sia dilazionato, viene disciplinato alla stregua di quello dei creditori soddisfatti con utilità diverse dal denaro mentre viene rivisitata la disciplina dei rapporti pendenti, con riferimento alla loro possibile sospensione e scioglimento, al ruolo del commissario giudiziale ed alla competenza per la determinazione dell'indennizzo⁹⁷.

La fase di esecuzione del piano, con particolare riferimento alla deroga all'art. 2560 c.c.⁹⁸, prevede la possibilità per il tribunale di affidare ad un terzo l'esecuzione della proposta concordataria, consentendo al commissario giudiziale di attivarsi per la risoluzione dell'inadempimento, su istanza del creditore, dunque

⁹⁴ RASILE, PEZZOLI, *Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato*, cit., 1 ss.

⁹⁵ Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro Italiano*, 2013, I, 1534.

⁹⁶ CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 98.

⁹⁷ MARZO, *Aspetti qualificanti del “riordino” della disciplina relativa al concordato preventivo*, in *IlFallimentarista.it*, 7 Novembre 2017.

⁹⁸ Codice civile, “Debiti relativi all'azienda ceduta”, art. 2560: “L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”. La norma esclude la liberazione dell'alienante dai debiti relativi all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale, degli stessi debiti risponde anche l'acquirente se essi risultano dalle scritture contabili obbligatorie.

differentemente dall'attuale disciplina, per cui la risoluzione può essere chiesta da ciascun creditore⁹⁹.

3.2. I reati di bancarotta in generale

Il Codice della Crisi d'Impresa¹⁰⁰ è pronto a sostituire, dopo quasi ottant'anni, la legge fallimentare del 1942 e costituirà un elemento di rilievo nella composizione complessiva del nostro ordinamento giuridico.

L'entrata in vigore del CCII, originariamente prevista entro diciotto mesi dalla sua pubblicazione, è stata posticipata al 1 settembre 2021, con il d.l. 8 aprile 2020, n. 23. Successivamente, con il d.l. 25 agosto 2021, n. 118, l'entrata in vigore del CCII è stata prorogata al 16 maggio 2022, ad eccezione delle misure di allerta che entreranno in vigore il 31 dicembre 2023.

Un'innovazione di tale portata ha suscitato attenzione anche tra i penalisti¹⁰¹, fin da quando si era allo stadio di progetto. È non poco paradossale che, in questa prospettiva, il primo tema, forse addirittura il più importante, sia costituito dalla mancanza di una riforma della parte penalistica. Una lacuna chiara fin dalla promulgazione della legge delega¹⁰², nella quale l'aggettivo “penale” era limitato, nell'art. 13, a identificare il tema dei rapporti tra «liquidazione giudiziale» — nuovo nome della procedura finora qualificata come “fallimento” — e «misure penali», nell'accezione del codice antimafia (d. lgs n. 159 del 2011). Così come in passato le varie riforme succedutesi nel corso degli anni non hanno

⁹⁹ CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 1 ss.

¹⁰⁰ D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (di seguito c.c.i.).

¹⁰¹ BRICHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. Cont.*, fasc. 7-8/2019, 75.

¹⁰² L. delega 19 ottobre 2017, n. 155, Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza; all'art. 13.1. prevede l'adozione di «disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione [...] stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza»; al comma 2 prevede l'adozione di norme di coordinamento con la disciplina della responsabilità degli enti da reato (d. lgs. n. 231 del 2001), «in particolare [riguardo alle] misure cautelari», sempre nel rispetto del «principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale». La delega ha trovato attuazione nel Titolo VIII del Codice, artt. da 317 a 321.

mai tenuto in considerazione le disposizioni penali della legge fallimentare, contribuendo in tal modo ad ampliare il divario rispetto al nuovo assetto civilistico. Gli unici interventi che è dato registrare concernono l'art. 217-*bis* (su cui ci si soffermerà nel capitolo successivo) che disciplina le esenzioni dai reati di bancarotta, e l'art. 236-*bis* 1. fall., relativo alla fattispecie incriminatrice del falso dell'attesta

Si tratta, chiaramente, di un esito a dir poco singolare, poiché l'ampia e minuziosa riforma — che si vorrebbe «organica» — degli istituti civilistici¹⁰³, in alcuni casi con innovazioni radicali rispetto all'impianto originario, si arresta bruscamente e irragionevolmente sul ciglio delle sanzioni penali, lasciandole immutate grazie a un ardimentoso trapianto delle antiche figure nel nuovo corpo normativo.

Un vuoto malamente colmato, poiché sembra già di primo acchito assai azzardato combinare norme e istituti che provengono da tempi, impostazioni legislative e testi così diversi e lontani fra loro.

La «crisi», concetto che nell'intitolazione del Codice assume portata di genere, acquista diretta rilevanza sul piano penalistico, ossia dei reati di bancarotta.

I tradizionali reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, ripresentati negli articoli 322, 323, 329 e 330 del Codice, hanno come presupposto necessario la dichiarazione d'insolvenza, che può considerarsi come condizione obiettiva di punibilità¹⁰⁴, specificamente individuata nella sentenza che accerta l'insolvenza e apre la liquidazione giudiziale¹⁰⁵.

In queste figure di reato la crisi non trova ingresso, non funge mai quale presupposto fattuale dell'incriminazione.

¹⁰³ Che tuttavia esclude («Sono fatte salve le disposizioni di legge speciali») l'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese ma «Se la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sono disciplinate in via esclusiva, restano applicabili anche le procedure ordinarie regolate dal codice»; e la Liquidazione coatta amministrativa art. 1 c. 2, lett. a) e b)).

¹⁰⁴ Opinione dominante in dottrina. Si vedano, per tutti: DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, 437; MUSCO, ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, 18.

¹⁰⁵ Sul punto è sorto un contrasto tra dottrina e giurisprudenza, sul quale ci si soffermerà in seguito. Per una compiuta analisi della questione v. *infra* Cap. II, § 2.

Il quadro va, però, completato con la norma dell'art. 341 c.c.i., che contiene la disciplina penale del «concordato preventivo».

La volontà di non intervenire sul tessuto penalistico ha lasciato immutata l'irragionevolezza della disciplina, scandita nei primi due commi dell'art. 236 l. fall., riproposta ora nell'art. 341 c.c.i. che ne riprende pedissequamente il testo immutato, salvo l'ultimo comma.

Mentre nel primo comma è punito solo l'imprenditore individuale per alcune specifiche condotte di attribuzione o simulazione di attività inesistenti allo scopo di ottenere l'apertura di una procedura concorsuale alternativa alla liquidazione, nel secondo comma le figure della bancarotta societaria (articoli 329 e 330 CCII) sono estese, nel caso di concordato preventivo, agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori¹⁰⁶ delle società. Società che non è necessario siano dichiarate in liquidazione giudiziale, poiché al concordato preventivo può essere ammesso, in via generale, l'imprenditore che abbia le dimensioni richieste dall'art. 121 CCII e che si trovi «stato di crisi o di insolvenza» (art. 85 CCII).

La figura della bancarotta societaria è inoltre estesa ad altre ipotesi di soluzioni alternative alla liquidazione: ai sensi del comma 3, a) agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, b) alla convenzione di moratoria, c) all'omologa di accordi di ristrutturazione concessa dal tribunale anche «in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria», se essa è decisiva, qualora il soddisfacimento dell'amministrazione finanziaria nella proposta avanzata dal debitore sia conveniente «rispetto all'alternativa liquidatoria».

Tutte procedure nelle quali la dichiarazione d'insolvenza non è presente; procedure che assumono come presupposto per l'ammissione l'essere la società alternativamente «in stato di crisi o di insolvenza». E qui interessano i casi delle società in stato di crisi.

Balza all'attenzione la punibilità per bancarotta anche rispetto agli accordi

¹⁰⁶ Non però il liquidatore di beni del concordato preventivo: Cass., S.U. 30 settembre 2010, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 333.

di ristrutturazione, punibilità che però non investe tutte le ipotesi di accordi di questo tipo o di piani omologati, ma soltanto le tre ipotesi indicate, oltre al concordato preventivo.

A proposito delle modifiche introdotte dalle riforme di settore dei primi due decenni del duemila, si riteneva che gli accordi di ristrutturazione non potessero essere attratti nell'ambito delle figure di bancarotta giacché ritenuti di natura privatistica: erano considerati estranei alle procedure concorsuali¹⁰⁷.

La soggezione alle figure della bancarotta avviene oggi in forza dell'espressa previsione dei casi in cui essa è contemplata, con la conseguenza che tutti gli altri non comportano l'applicabilità delle fattispecie di cui agli articoli 329 e 330. A somiglianza di quanto presente nella legge fallimentare, poiché l'unico tipo di accordo cui potevano essere applicate le norme sulla bancarotta era quello intervenuto con gli intermediari finanziari (artt. 182 *septies* e 236 l. fall.).

Emerge qui evidente quella disuguaglianza o differenziazione cui si accennava in precedenza, poiché esiti profondamente diversi — applicabilità o meno delle figure di bancarotta — seguono a premesse che si possono immaginare nient'affatto dissimili.

Un altro tratto di disuguaglianza e d'irragionevolezza si coglie nella sottoposizione alle norme della bancarotta, oltre che del concordato preventivo, anche di questi accordi che sono stipulati e poi omologati sulla base del presupposto della sola crisi, senza che vi sia mai stata una dichiarazione d'insolvenza.

Il legislatore del Codice ha visibilmente – ma, a parere di chi scrive, irrazionalmente – inasprito la disciplina, forse anche con eccesso di delega¹⁰⁸, che inquina la previsione degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa e anche di quelli previsti nell'art. 48 c. 5 CCII.

Per effetto della disciplina del Codice all'art. 341 CCII, le norme sulla bancarotta si applicano, come detto, a situazioni che hanno premesse normative e

¹⁰⁷ MAFFEI ALBERTI, *sub art. 236*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, IV ed., Padova, 2013, 1578.

¹⁰⁸ BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., 83.

presupposti fattuali diversi. La bancarotta nasce e si sviluppa sul necessario presupposto-condizione dell'insolvenza, intesa quale irrecuperabile situazione dell'impresa che prelude alla polverizzazione del patrimonio e all'espulsione dell'entità decotta. È qui invece applicata anche a imprese per definizione non decotte e nelle quali la premessa è costituita dalla crisi e l'epilogo sia il risanamento o la ristrutturazione.

Anche per la gravità delle sanzioni, la bancarotta ha sempre svolto il ruolo di ancella, di strumento punitivo radicato sull'irreversibilità della situazione negativa dell'impresa e sulla conseguente necessità, in termini di efficienza del sistema economico, di una sua eliminazione dal mercato. Situazione che non è ravvisabile quando il presupposto della procedura è lo stato di crisi.

Qui è l'irragionevolezza della disciplina che può avere anche effetti negativi secondari di non poco rilievo, nel senso di distogliere le imprese da questi percorsi alternativi, appunto in considerazione del pericolo costituito dalla minaccia di applicazione delle figure di bancarotta.

Orbene, esaurite alcune considerazioni preliminari sui reati di bancarotta in generale è ora giunto il momento di addentrarsi nell'analisi delle fattispecie di bancarotta, per poi passare all'esame dettagliato della bancarotta semplice, fulcro del presente lavoro.

Esse possono essere classificate diversamente a seconda che si consideri l'elemento soggettivo, i soggetti attivi o il momento in cui vengono commessi i fatti di bancarotta in relazione alla dichiarazione di fallimento, nonché secondo la distinzione tra bancarotta patrimoniale (quando viene aggredito il patrimonio), documentale (quando vengono sanzionate le inadempienze relative alla contabilità, ossia quando il patrimonio è contabilizzato in modo irregolare e non corrispondente al vero) e preferenziale (quando vengono eseguiti pagamenti di crediti in via preferenziale o vengono simulati titoli di prelazione).

Se si assume, quale parametro di partenza, l'elemento soggettivo, si avrà la distinzione tra bancarotta fraudolenta e semplice, ove la prima è caratterizzata da una volontà offensiva, che implica l'intento di frodare al fine di aggravare lo stato di insolvenza arrecando un danno ai creditori, e la seconda è connotata da una

condotta colposa, a causa della quale l'imprenditore, per negligenza, imprudenza o imperizia, aggrava la propria posizione¹⁰⁹. Tuttavia è anche vero che vi sono alcune ipotesi contemplate dall'art. 217 che sono punibili a titolo di dolo, per cui la differenza, in concreto, riguarda piuttosto la rispondenza o meno alle finalità dell'impresa.

In base al secondo profilo, invece, rileva la differenza tra bancarotta propria e impropria (c.d. societaria): nella prima il reato è posto in essere dall'imprenditore individuale o dai soci illimitatamente responsabili delle s.n.c. o delle s.a.s.¹¹⁰, mentre nella seconda il reato è commesso dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci o dai liquidatori¹¹¹.

Infine, guardando al momento in cui si verificano i fatti di bancarotta, occorre distinguere tra la bancarotta prefallimentare e la bancarotta postfallimentare.

Va infine rilevato che l'art. 25, comma 2, CCII, introduce misure premiali sul piano penale, in particolare ciò riferendosi ad una causa speciale di non punibilità e ad una circostanza attenuante a effetto speciale¹¹².

Per quanto concerne la prima viene previsto che, quando nei reati di bancarotta (artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333, 341, comma 2, lett. a) e b) CCII) il danno cagionato è di speciale tenuità, non può essere punito chi ha tempestivamente presentato istanza all'OCRI o domanda di accedere ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza se a seguito di esse viene aperta procedura di liquidazione giudiziale o concordato preventivo o se viene posto in essere un accordo di ristrutturazione dei debiti.

La seconda, invece, prevede che quando non sussiste il requisito della speciale tenuità del danno cagionato, ma sono state presentate l'istanza o la domanda, la pena è ridotta della metà quando all'apertura della procedura di regolazione della

¹⁰⁹ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, 166.

¹¹⁰ ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1165 ss.

¹¹¹ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 168.

¹¹² Su tali temi si veda GUERRINI, PACCHI, *Disposizioni penali nel codice della crisi di impresa*, Torino, 2021, 74.

crisi o dell'insolvenza il valore attivo dell'inventario o quello offerto dai creditori garantisca il soddisfacimento di almeno un quinto dei debiti chirografari e, in ogni caso, quando il danno cagionato non sia superiore ai due milioni di euro.

4. Il bene giuridico tutelato: le varie teorie

In relazione al bene giuridico tutelato nei reati di bancarotta diversi sono gli orientamenti dottrinali, ragione per cui appare necessario analizzarli al fine di comprendere come essi si siano evoluti e quali siano le critiche che colpiscono le diverse ipotesi.

4.1 Reati contro la fede pubblica

Un orientamento risalente di autorevole dottrina¹¹³ cataloga la bancarotta come un reato contro la fede pubblica, partendo dall'assunto che le relazioni commerciali sono fondate sulla fiducia nella lealtà reciproca, elemento indispensabile per lo svolgimento di esse, motivo per cui non si tratterebbe di fede privata, bensì di fede pubblica, da intendere qui quale fiducia usuale che sia l'ordinamento dei rapporti commerciali sia la relativa attuazione pratica generano nei consociati.

Detta nozione di fede pubblica, però, non coincide con quella di fiducia che la società ripone negli oggetti, nelle forme esteriori e nei segni che descrive la concezione di bene giuridico¹¹⁴. È stato inoltre puntualizzato¹¹⁵ che nella categoria dei reati contro la fede pubblica l'oggetto tutelato, in realtà, sarebbe il mezzo di

¹¹³ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Firenze, 1874, § 3359.

¹¹⁴ Se ne ricava che la fede pubblica non possa costituire oggetto giuridico della bancarotta: in tal senso ALFANI, voce *Bancarotta*, in *Dig. it.*, vol. V, 1926, 133 ss.; DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, 458 ss.; DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi in onore di Silvio Longhi*, Firenze, 1935, 284 ss.

¹¹⁵ PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, in PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Altri scritti, I, Milano, 2009, 21-22.

prova¹¹⁶, che sarebbe tale soltanto se in esso si ripone fiducia: da qui la coincidenza tra affermare che oggetto di tutela è la fiducia che si ripone nel mezzo di prova e affermare che il mezzo di prova sia oggetto di tutela. Tale coincidenza, tuttavia, non si verifica nell'ipotesi di bancarotta: se è vero che la violazione delle norme penali fallimentare farebbe venire meno la fiducia necessaria per lo svolgimento dei rapporti commerciali, ciò non equivale ad individuare nella fede pubblica il bene giuridico tutelato, che al contrario sarà quell'interesse la cui lesione ha come conseguenza il venire meno della fiducia¹¹⁷.

4.2. Reati contro l'amministrazione della giustizia

Secondo un altro orientamento¹¹⁸ i reati di bancarotta sarebbero da annoverare nei reati contro l'amministrazione della giustizia, sotto il profilo della tutela penale del giudizio, partendo dal presupposto che i reati fallimentari, in generale, sono rappresentati da fatti che, in maniera diretta o indiretta, tendono a comprimere le finalità di cui alla legge fallimentare. Essa tutela infatti il diritto di credito non da una prospettiva individuale, ma dalla prospettiva dell'interesse pubblico al massimo soddisfacimento possibile di ogni creditore in base alle regole della *par condicio creditorum*. Le norme incriminatrici hanno in comune il fatto di essere fondate sulla concezione dei creditori come massa, che funziona da presupposto concorsuale: da qui deriverebbe la natura pubblicistica processuale dell'interesse giuridico leso, che coinciderebbe con il processo esecutivo concorsuale¹¹⁹.

¹¹⁶ CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, 2 ss.

¹¹⁷ Si esclude altresì che possano considerarsi reati contro la fede pubblica le ipotesi di bancarotta documentale, sia semplice che patrimoniale: si vedano, pur con motivazioni in parte differenti, PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 23-24; ALFANI, voce *Bancarotta*, cit., 133 ss.; DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit. 284 ss.

¹¹⁸ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 24 ss.; NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, 478; CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 1 ss.; ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, 29; LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, 231; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1972, 68 ss.; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 13 ss.

¹¹⁹ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 25

Tale dottrina considera dunque le procedure concorsuali quale espressione di un interesse pubblico, riferibile alla collettività tutta e relativo al modo di risoluzione delle problematiche derivanti dal dissesto di un'impresa. Ciò troverebbe conferma nel fatto che le disposizioni penali trovano applicazione a prescindere dal tipo di procedura concorsuale in corso¹²⁰.

Con particolare riferimento alla bancarotta patrimoniale fraudolenta, l'interesse tutelato viene ravvisato nell'interesse alla conservazione dei beni dell'imprenditore insolvente¹²¹.

Autorevole dottrina, criticando tale impostazione, ha rilevato¹²² come questo orientamento parta dal presupposto che le norme in materia di bancarotta considerino i creditori come massa, in assenza del quale non potrebbe concepirsi il vincolo processuale sui beni del debitore. Detto presupposto, però, si potrebbe configurare solo nei casi di bancarotta post-fallimentare e non anche nei casi di bancarotta che precedono la dichiarazione di fallimento, che tra l'altro costituiscono la maggioranza dei casi: la formazione della classe dei creditori, infatti, avviene soltanto con l'apertura della procedura, non potendosi configurare in un momento antecedente ad essa. Motivo per cui l'orientamento qui criticato subordinerebbe la punibilità della bancarotta pre-fallimentare al verificarsi dell'insolvenza, presupposto delle procedure concorsuali.

Altresì, partendo dalla natura strumentale di dette procedure, è stato evidenziato come lo svolgimento proficuo delle procedure concorsuali rappresenti non già una finalità, bensì un mezzo per tutelare il credito, inteso in senso collettivo¹²³.

¹²⁰ SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 14.

¹²¹ NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 480-481. Precisa l'Autore doversi parlare di imprenditore «“insolvente”: infatti, a nostro avviso, non è possibile, anche per i reati prefallimentari, retroagire indefinitamente nel tempo. Ciascuno ha diritto di disporre e di lasciar disporre liberamente dei propri beni fino al momento in cui, divenuto impossibile il normale soddisfacimento delle obbligazioni, subentra il vincolo in favore dei creditori. E tale momento è rappresentato dall'inizio dello stato di insolvenza».

¹²² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, vol. II, Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale e urbanistica. Responsabilità degli enti*, XIII ed., Milano, 2014, 30-31.

¹²³ In questo senso AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, ed. III, Bologna, 2012, 285; MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 295.

4.3. Reati contro l'economia pubblica

Altra parte della dottrina individua il bene giuridico tutelato nell'interesse sociale al corretto andamento delle relazioni economiche¹²⁴: in tale contesto teorico, la bancarotta viene ricompresa fra i reati contro l'economia pubblica¹²⁵.

In questa direzione deporrebbe la natura della bancarotta quale reato proprio dell'imprenditore (commerciale): dato che per questi il ricorso al credito è abituale, l'insolvenza collegata alle condotte di bancarotta genererebbe un potenziale senso di sfiducia negli investitori, che a sua volta si ripercuoterebbe in modo negativo sull'economia; senza trascurare la possibilità che i creditori dell'imprenditore insolvente potrebbero anche loro trovarsi in difficoltà nell'adempiere le proprie obbligazioni, con la conseguenza che si verrebbe a creare un dissesto a catena in grado di ledere il sistema economico¹²⁶.

Altresì il rigore delle sanzioni previste starebbe a dimostrare come il legislatore abbia tenuto in considerazione detta frequente diffusività dei danni, al fine di tutelare la pubblica economia.

In questo contesto teorico si inserisce anche l'opinione di chi individua il bene giuridico tutelato nell'ordinato esercizio del commercio, non da intendere qui in senso giuridico ma in senso economico: non come conformità dell'esercizio del commercio alla relativa disciplina giuridica, bensì quale rispondenza dell'attività commerciale ai principi di un'economia sana, principi che verrebbero lesi dalle condotte di bancarotta¹²⁷.

Anche questo orientamento è stato criticato da altra parte della dottrina. *In primis*, è stata contestata l'utilità, nell'ambito di analisi della bancarotta, della

¹²⁴ BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 613 ss.

¹²⁵ CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, 218 ss.; NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Bari, 1940, 63; D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, 20 ss.; DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, Napoli, 1929, 38; BERENINI, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, ed. IV, Milano, 1937, 17 ss.; ALFANI, voce *Bancarotta*, cit., 132; GRISPIGNI, *La bancarotta e la nuova legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. Comm.*, 1941, 136.

¹²⁶ In questa direzione si è espresso nel caso *Alitalia* Trib. Roma, 5 settembre 2008, in *Foto it.*, 2009, 1, I, c. 266.

¹²⁷ PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 27 ss.

formula, ritenuta troppo generica e astratta, di economia pubblica¹²⁸.

In secondo luogo, si è osservato che, anche se non è possibile negare che il legislatore prenda in considerazione anche gli interesse dell'economia pubblica, essi rimangono tuttavia sullo sfondo e non apparterebbero alla sfera dell'oggettività giuridica¹²⁹: le ripercussioni di stampo negativo sull'economia rappresentano solo un effetto di tipo indiretto dei reati di bancarotta, che può affiancarsi alla lesione del differente bene giuridico tutelato dalle relative norme, potendo anzi derivare anche dall'insolvenza, anche laddove manchino profili rilevanti penalmente della condotta¹³⁰. Da ciò deriverebbe l'equivoco di confondere i motivi della tutela con il bene giuridico tutelato, ovvero di confondere l'oggetto immediato del reato con l'oggetto mediato¹³¹.

4.4. La concezione patrimonialistica

La tesi oggi prevalente¹³² annovera invece la bancarotta fra i reati contro il patrimonio: a essere tutelati sarebbero gli interessi patrimoniali dei creditori, la cui soddisfazione ne viene pregiudicata o messa in pericolo dalle condotte di

¹²⁸ CONTI, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 14; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 108; PEDRAZZI, *Art. 216*, in PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, 9; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 10.

¹²⁹ Così PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Milano, 2003, 103.

¹³⁰ CONTI, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 14; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 284; MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 295; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 10 ss.

¹³¹ Come rilevato da DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 285.

¹³² DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., 458; DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 283 ss.; LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930, 160 ss.; VASSALLI, *La tutela penale del credito nel progetto vaticano di codice di procedura civile*, in *Riv. it.*, 1938, 16; PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 28; CONTI, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 15-16; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 104; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 284; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 14; PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 327 ss.; PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 131 ss.; MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 295-296; TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, in INSOLERA, ACQUAROLI (a cura di), *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Napoli, 1997, 65.

bancarotta. Con particolare riferimento alla bancarotta patrimoniale fraudolenta e alla bancarotta semplice, dette figure tutelerebbero il diritto dei creditori alla garanzia patrimoniale.

Elementi a sostegno dell'individuazione del bene giuridico tutelato nell'interesse patrimoniale dei creditori sarebbero desumibili dalla formulazione delle norme che, dando rilevanza penale ad atti di illecita disposizione di beni, di riconoscimento di passività inesistenti, di alterazione o distruzione dei mezzi di ricostruzione del patrimonio, avrebbero il fine di tutelare una pluralità di interessi a carattere patrimoniale di colo che portano le ragioni di credito¹³³.

Anche questo orientamento, però, non è stato esente da critiche¹³⁴, basate sulle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, è stato evidenziato che la lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori non si legherebbe alle condotte di bancarotta ma all'insolvenza, che però è estranea alla struttura delittuosa; inoltre, l'interesse patrimoniale sarebbe tutelato solo in relazione al proprio titolare, dovendo appartenere a un soggetto passivo determinato, cosa che non avviene nella bancarotta.

Per altro verso, non si comprenderebbe perché le stesse condotte, pregiudizievoli in modo eguale degli interessi patrimoniali dei creditori, poste in essere da soggetti diversi dall'imprenditore, non integrino bancarotta; senza contare che non troverebbe giustificazione bastevole il requisito della dichiarazione di fallimento.

In ultima analisi, la previsione di casi di bancarotta colposa sembrerebbe porsi poco coerentemente con la normale punibilità dei reati patrimoniali a titolo di solo dolo¹³⁵.

¹³³ CONTI, voce *Fallimento (reati in materia di)*, cit., 15.

¹³⁴ PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., 13 ss.

¹³⁵ Cfr. anche SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, cit., 8-9, secondo il quale fino al momento in cui il creditore non abbia aggredito i beni del debitore, su quest'ultimo non incombe alcun dovere né alcuna limitazione in ordine alla libera disponibilità dei propri beni. Con la conseguenza che il bene giuridico non può identificarsi con il patrimonio dei creditori, essendo i loro interessi patrimoniali tutelati non di per sé, ma solo in quanto si inseriscano in una procedura concorsuale.

4.5. Natura plurioffensiva dei reati di bancarotta

Alcuni autori, infine, affermano la natura plurioffensiva dei reati di bancarotta. Questi¹³⁶, partono dalla critica dell'orientamento che annovera la bancarotta fra i reati contro l'amministrazione della giustizia, in quanto tale impostazione circoscriverebbe l'accogliibilità solo alle fattispecie di bancarotta post-fallimentare, precisando però che queste offendono anche altri beni giuridici.

Questi sarebbero da individuare, *in primis*, negli interessi patrimoniali dei creditori, che rientrano dunque nell'offensività giuridica, senza però esaurirla, con il rischio di andare incontro a una visione unilaterale del fenomeno dell'insolvenza, che trascurerebbe le gravi conseguenze che ne derivano sul piano economico nel senso di pregiudizi al credito pubblico. Da qui deriverebbe l'esigenza di ricomprendere nel bene giuridico tutelato dalla bancarotta anche l'economia pubblica¹³⁷, oltre per i fatti successivi alla dichiarazione di fallimento, il bene giuridico dell'interesse dell'amministrazione della giustizia¹³⁸.

¹³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 31 ss.

¹³⁷ DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 283 ss. In proposito l'Autore respinge la critica fondata sulla confusione tra motivo della tutela e interesse tutelato, fra oggetto mediato e immediato del reato, ritenendo che l'interesse dell'economia pubblica non si riduca a quel generico interesse pubblico che sta alla base di ogni illecito penale, ma identifichi un interesse specifico e concreto, di innegabile rilevanza, cui deve riconoscersi piena cittadinanza nell'ordinamento, essendo oggetto giuridico di tutta una categoria di reati (artt. 499 ss. c.p.).

¹³⁸ Più di recente, nel senso della plurioffensività della bancarotta, DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, VII ed., Milano, 2011, 427-428.

CAPITOLO II

LA BANCAROTTA SEMPLICE: PRESUPPOSTI E CONDOTTE

1. Premessa

La fattispecie di reato di bancarotta semplice è contemplata all'art. 217 l.f., ove si afferma che è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi di cui all'art. 216 l. f.: abbia sostenuto spese personali o familiari eccessive rispetto alla sua condizione economica; abbia consumato una parte consistente del suo patrimonio in operazioni imprudenti o di mero azzardo; abbia compiuto operazioni gravemente imprudenti per provocare un ritardo dell'apertura del fallimento; abbia aggravato il proprio dissesto, non richiedendo l'apertura del fallimento o per altre colpe gravi; non abbia soddisfatto le obbligazioni assunte in un concordato preventivo o fallimentare precedente.

Le medesime pene si applicano altresì, ai sensi del medesimo articolo, all'imprenditore in fallimento che, durante i 3 anni precedenti alla dichiarazione di fallimento o all'inizio dell'impresa (laddove questa abbia avuto una dura minore), non abbia tenuto i libri e le scritture contabili obbligatori per legge o li abbia tenuti in modo irregolare o incompleto.

La condanna per il reato di bancarotta semplice comporta altresì l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsivoglia impresa fino a due anni.

La clausola di sussidiarietà di cui al comma 1 dell'articolo in commento (“fuori dai casi preveduti dall'articolo precedente”) lascia intuire la residualità della bancarotta semplice rispetto a quella fraudolenta¹³⁹.

¹³⁹ Sul delicato confine tra le due fattispecie, v. *infra* Cap. III.

2. La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento: l'orientamento tradizionale e la posizione della dottrina

La sentenza dichiarativa di fallimento rappresenta il punto di collegamento tra procedura concorsuale e diritto penale. Senza di essa, infatti, realtà commerciale e realtà penale restano reciprocamente indifferenti. Il legislatore ha dato qualificazione penalistica a taluni comportamenti solo in presenza di una sentenza dichiarativa di fallimento.

Un aspetto assai discusso riguarda la natura della sentenza dichiarativa di fallimento (con riferimento alle ipotesi di bancarotta prefallimentare), da alcuni ritenuta elemento costitutivo del reato¹⁴⁰, e da altri condizione obiettiva di punibilità¹⁴¹.

Al contrario, in caso di bancarotta post-fallimentare, la sentenza, dovendo precedere la commissione dei fatti incriminati, costituisce pacificamente un presupposto del reato.

Concentriamo dunque la nostra attenzione sul dibattito relativo alla qualificazione della sentenza di fallimento in relazione alla bancarotta prefallimentare, dibattito che vede contrapposte dottrina e giurisprudenza e che origina dalla formulazione normativa delle fattispecie delittuose in questione, ove si stabilisce che “è punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore...” che compie una delle condotte ivi elencate.

Sul fronte giurisprudenziale, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2 del 25 gennaio 1958 (sentenza *Mezzo*)¹⁴², infatti, la sentenza in commento è stata qualificata alla stregua di una condizione di esistenza del reato, dato che la lesione o la messa in pericolo degli interessi creditori sussiste solamente e in

¹⁴⁰ Sia nei reati post-fallimentari, com'è naturale, sia nei reati pre-fallimentari, in quanto prima di tale pronuncia la violazione commessa dall'imprenditore è un fatto penalmente indifferente, che assume carattere di illiceità solo se sia dichiarato fallito.

¹⁴¹ PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 442 secondo cui "lo iato causale tra fatti di bancarotta e fallimento dimostra che l'autolimitazione della tutela non è motivata da esigenze interne al piano dell'offesa - all'offensività delle condotte tipiche nulla aggiungendo il fallimento -. Sono invece intuitive le ragioni che la giustificano: ragioni di opportunità - esterne all'offesa - secondo il paradigma classico della condizione".

¹⁴² Cass. pen., Sez. un., 25 gennaio 1958, n. 2, cit.; PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 442

quanto vi sia la dichiarazione di fallimento. Trattasi, tuttavia, di un elemento costitutivo differente dall'evento, sia in quanto svincolato dal rapporto di causalità con la condotta dell'agente, sia in quanto non è oggetto di dolo.

Ne deriva che possono dare luogo alla fattispecie di bancarotta anche condotte distrattive di molto antecedenti al fallimento e, dunque, all'insolvenza, poiché la rilevanza penale di tali condotte si cristallizza nella dichiarazione di fallimento, momento a partire dal quale la tutela penale agisce retroattivamente. Sorge quindi l'esigenza di individuare una zona di rischio penale, allo scopo di circoscrivere l'ambito di rilevanza solo alle condotte poste in essere durante detto periodo temporale.

Questo orientamento – che si contrappone a quello della dottrina a favore della qualificazione della sentenza in termini di condizione obiettiva di punibilità – poggia le sue basi sull'esigenza, tanto politica, quanto giudiziaria, di fare coincidere *locus e tempus commissi delicti* con la data e il luogo in cui è stata resa la sentenza dichiarativa di fallimento¹⁴³.

In particolare, secondo tale tesi, se si accedesse alla tesi della condizione obiettiva di punibilità, il luogo consumativo, ai fini dell'individuazione dell'organo giudicante competente territorialmente, sarebbe individuato in quello della realizzazione della condotta, non per forza coincidente con quello della sede dell'impresa e del Tribunale deputato a pronunciarsi sul fallimento (peraltro potrebbe frequentemente trattarsi di una pluralità di condotte).

Dal canto suo, autorevole dottrina¹⁴⁴ – a sostegno della qualificazione della sentenza *de qua* in chiave di condizione obiettiva di punibilità – dimostra come tale orientamento non sia necessariamente in contrasto con l'esigenza della giurisprudenza di far conciliare *tempus e locus commissi delicti*: per determinare il momento di consumazione, dato il silenzio della legge, può ricorrersi all'art. 158,

¹⁴³ In caso, invece, di bancarotta post-fallimentare, l'ultimo atto di esecuzione, e cioè il perfezionamento della fattispecie criminosa, viene realizzato non nel luogo in cui è dichiarato il fallimento, che anzi precede gli atti in frode alla massa fallimentare ed ai creditori, bensì nel luogo in cui vengono posti in essere gli ulteriori atti, esecutivi della bancarotta, ed è in questo luogo che si radica la competenza per territorio, a nulla valendo, agli effetti penali, la *vis attractiva* esercitata, in sede civile, dalla procedura fallimentare

¹⁴⁴ MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss.

comma 2, c.p., in base al quale “Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata”. Senza considerare che «prima del verificarsi dell’evento dedotto dalla legge come condizione, non vi sono ancora termini concreti di rilevanza penale»: pertanto, il luogo di commissione del reato si identifica con quello nel quale la condizione si è verificata.

Peraltro, al di là della piena rispondenza della posizione della dottrina con le esigenze in punto di determinazione del *locus e tempus commissi delicti*, bisogna dare atto di come la qualificazione della sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità di cui all’art. 44 c.p. risulti coerente con l’essenza delle fattispecie di bancarotta.

Sul punto autorevole dottrina sostiene che “Il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L’imperativo violato dal bancarottiere non vieta di fallire, vieta di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori”¹⁴⁵.

Dunque, secondo la dottrina, il legislatore non interviene al momento in cui vengono poste in essere le condotte dell’imprenditore sui beni sociali in forza dell’art. 41 Cost., fino al punto in cui la situazione non diventi tale da creare un pericolo per gli interessi del ceto creditorio. La sentenza dichiarativa di fallimento, quindi, segna il momento in cui viene meno la necessità di tutelare la sopravvivenza dell’impresa, divenendo invece necessario l’intervento del giudice penale.

2.1. L'evoluzione della giurisprudenza

Trascorsi oltre cinquant'anni dalla pronuncia *Mezzo*, la Suprema Corte rivede criticamente l'orientamento poc'anzi esaminato, qualificando la sentenza

¹⁴⁵ PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 442 ss.

dichiarativa di fallimento come evento della bancarotta¹⁴⁶.

Confermando quanto chiarito dalla giurisprudenza precedente, ossia che il fallimento costituisce l'elemento in cui si concentra il disvalore della bancarotta, vale a dire la condizione di esistenza della stessa, aggiunge che il fallimento dovrebbe tuttavia considerarsi come evento del reato, con la conseguenza per cui sarebbero applicabili i principi generali dell'ordinamento in materia di imputazione soggettiva e oggettiva (artt. 40 ss. c.p.).

Detto altrimenti, il fallimento deve porsi in rapporto di causalità con la condotta di distrazione patrimoniale. In base all'art. 27, comma 1, Cost., inoltre, il dissesto deve essere rappresentato e voluto dall'imprenditore, anche a titolo di dolo eventuale, poiché altrimenti si violerebbe il principio di colpevolezza¹⁴⁷.

Un orientamento parzialmente critico a quello appena enunciato è stato prospettato dalla Suprema Corte nella successiva sentenza *Parmalat-Capitalia*¹⁴⁸. In questa pronuncia viene affrontato, in particolare, il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, posto che i ricorrenti fondavano le loro pretese sulla qualificazione di detta sentenza quale evento del reato (in base alla pronuncia *Corvetta*), lamentando l'assenza di prova del nesso causale tra dolo e condotta nella dichiarazione di fallimento. Qui la Suprema Corte afferma, evidenziando le criticità della giurisprudenza *Corvetta*, che la sentenza dichiarativa di fallimento è un elemento costitutivo diverso dall'evento, e in quanto tale è svincolato dal dolo e dal rapporto di causalità con la condotta.

Nello specifico, in questa pronuncia viene criticata l'impostazione per cui il fallimento sarebbe causalmente ricollegabile alla condotta del soggetto attivo del reato *ex art. 40 c.p.*, in quanto il fallimento non sarebbe evento nella bancarotta.

Quanto appena affermato appare contrario al dato letterale, posto che all'art. 216, comma 1, l. fall., non vi è alcun riferimento all'esigenza di una dipendenza causale tra la condotta e la sentenza dichiarativa di fallimento, tale da far considerare quest'ultima come evento del reato.

¹⁴⁶ Cass. pen., Sez. V., 6 dicembre 2012, n. 47502, *Corvetta*.

¹⁴⁷ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

¹⁴⁸ Cass. pen., Sez. V., 5 aprile 2015, n. 15613.

Più recentemente, la Suprema Corte¹⁴⁹ ha accolto, per la prima volta, la tesi dottrinale che vede nella sentenza dichiarativa di fallimento una condizione obiettiva di punibilità estrinseca, da cui deriva la valorizzazione dell'oggettività giuridica e che l'elemento in commento sarebbe svincolato dalla condotta del soggetto attivo ed escluso dal dolo in quanto estraneo alla materia del divieto *ex* art. 44 c.p.

La posizione della Suprema Corte ha tuttavia subito un *revirement* dell'orientamento originario, affermando che «La dichiarazione di fallimento è “elemento costitutivo” del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare, anche se tale elemento non deve essere né conosciuto o voluto dall'imprenditore insolvente né in qualche modo legato da un nesso di causalità rispetto alle attività distrattive poste in essere dall'amministratore societario»¹⁵⁰.

Appare interessante analizzare anche una recente pronuncia del Tribunale di Bari¹⁵¹, con la quale viene prospettata una tesi innovativa circa il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento.

In particolare, i giudici affermano che per rispettare il principio di personalità della responsabilità penale occorre che ogni elemento che concorre a contrassegnare il disvalore della fattispecie sia collegato soggettivamente all'agente (ossia connotato da dolo o colpa). Su tale base i giudici prospettano una via intermedia tra le tesi dell'elemento costitutivo del reato e di condizione obbiettiva di punibilità, che viene individuata nella prevedibilità in concreto, da parte dell'imprenditore, della pronuncia della sentenza che dichiara il fallimento; in tal modo si perverrebbe ad un risultato compatibile con la dogmatica della struttura del reato e con i principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale.

Trattatasi tuttavia di un precedente isolato, non ancora accolto dalla giurisprudenza di legittimità che pare ancora saldamente ancorata all'orientamento tradizionale.

Riemergono dunque i profili di contrasto con i principi generali

¹⁴⁹ Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2017, n. 13910.

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 2018, n. 40477.

¹⁵¹ Trib. Bari, 24 novembre 2020, n. 2851, in www.dpei.it.

dell'ordinamento, nonché la necessità di individuare una zona penale di rischio.

2.2. La sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito del procedimento penale

Occorre a questo punto evidenziare la funzione "procedurale" della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito del procedimento penale.

Anzitutto si rileva che, poiché evidentemente il fallimento non è un fatto di per sé fonte di responsabilità penale, detta sentenza, e dunque l'estratto della stessa trasmesso al p.m., non costituisce notizia di reato e, per questo motivo, non determina nessuna iscrizione al registro notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. Ciò, però, non vuol dire che essa non possa costituire il presupposto per quella attività di iniziativa del p.m. di cui all'art. 330 c.p.p. ove si stabilisce che “il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia di reato di propria iniziativa”. Peraltro, il p.m. ha anche il potere di promuovere la procedura fallimentare *ex art. 6 l.fall.*

Inoltre, la relazione del curatore *ex art. 33 l.fall.* ha natura di documento e, a norma dell'art. 234 c.p.p., può essere acquisito ed utilizzato come prova ai fini della decisione¹⁵². Infatti, la relazione non ha origine nel processo penale e non è finalizzata ad esso, essendo diretta al giudice delegato e non al pubblico ministero¹⁵³, anche se può talora contenere indicazioni utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Peraltro, il diritto alla prova non può essere compromesso creando ipotesi di inutilizzabilità che non trovano sicuro ancoraggio nella norma processuale, né può ignorarsi che nella relazione del curatore possono confluire anche accertamenti analoghi agli atti irripetibili della polizia giudiziaria o del pubblico ministero che, in caso di impossibilità di acquisizione della relazione, non potrebbero essere utilizzati ai fini probatori.

¹⁵² Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 392.

¹⁵³ QUATRARO, D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1999, 3, 3974.

Inoltre, l'art. 62 c.p.p., che preclude la testimonianza sulle dichiarazioni rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta ad indagini, non può coinvolgere le dichiarazioni rese al curatore, in quanto tali dichiarazioni non possono considerarsi rese nel corso del procedimento penale, non potendo ritenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una *notitia criminis*¹⁵⁴. Sicché il curatore ben può deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle sue funzioni, fermo restando, ove si tratti di deposizione de relato, il rispetto delle prescrizioni concernenti la testimonianza indiretta.

In questa sede è poi opportuno segnalare quanto nella sentenza dichiarativa di fallimento non possa essere revocato in dubbio in sede penale e quanto invece può essere oggetto di cognizione penale del tutto autonoma svincolata dalle determinazioni del giudice del fallimento.

Durante la vigenza del vecchio codice di procedura penale, il disposto degli artt. 18-21 c.p.p. rendeva insuscettibile di riesame in sede penale i presupposti della sentenza di fallimento, ed in particolare la qualifica di imprenditore commerciale non piccolo¹⁵⁵, rilevante per l'obbligo di tenere le scritture contabili e della sussistenza dello stato di insolvenza¹⁵⁶.

Infatti, si riteneva che la sentenza dichiarativa di fallimento facesse stato nel procedimento per bancarotta rispetto all'accertamento della sussistenza dello stato di insolvenza, alla qualità di imprenditore commerciale e, nel caso di pronuncia *ex art. 147 l.fall.*, a quella di socio illimitatamente responsabile di s.n.c. o di s.a.s.¹⁵⁷.

Va, peraltro, osservato che, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, in base ad una pronuncia della Cassazione, nonostante il disposto di cui all'art. 3 co. 4 ° c.p.p. ("la sentenza irrevocabile del giudice civile

¹⁵⁴ Corte Cost. 27 aprile 1995, n. 136, in *Fallimento*, 1996, 14.

¹⁵⁵ Cass. pen., Sez. un., 18 gennaio 1983, n. 333 "la qualità di imprenditore commerciale, riconosciuta in sede civile con la sentenza dichiarativa del fallimento divenuta irrevocabile, non può essere rimessa in discussione nel giudizio penale per i reati fallimentari"; principio assolutamente costante. Nella stessa direzione Cass. 4 maggio 1994, n. 4326, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1994, 682; C. cost. 11 dicembre 1974, n. 275.

¹⁵⁶ *Contra*, Cass. pen., sez. un., 16 febbraio 1995; Cass. pen., sez. III, 26 giugno 1998, n. 6335.

¹⁵⁷ Cass. pen., 16 febbraio 1984, 1173, in *Riv. pen.* 1984, 856; Cass. pen., 31 maggio 1952, n. 1586, in *Dir. fall.*, 1953, II, 40.

che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel procedimento penale"), detta limitazione di efficacia non esclude la perdurante salvezza degli effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche che la legge ricollegghi ad accertamenti risultanti da sentenze del giudice civile che decidano controversie di diversa natura. Ne deriva che, con specifico riferimento ai reati fallimentari, poiché la sentenza civile introduce nella realtà giuridica, irreversibilmente, il dato della particolare qualificazione della situazione giuridica del soggetto contro cui è intervenuta, cioè quella di "fallito", l'esistenza di tale stato deve essere meramente recepita dal giudice penale. Diversamente, per quanto concerne la qualità di "imprenditore commerciale", poiché la sentenza civile non comporta l'estinzione, la modifica o la costituzione di una situazione giuridica, il giudice penale ha piena autonomia decisionale sul punto, qualora la questione sia posta alla sua cognizione e ne possa dipendere la decisione sull'esistenza del reato¹⁵⁸.

La Suprema Corte¹⁵⁹ ha, però, ritenuto che la sentenza dichiarativa di fallimento, pur se irrevocabile, non ha efficacia di giudicato nel processo penale, in virtù della disciplina delle questioni pregiudiziali dettata dagli artt. 2 e 3 c.p.p. Essa, infatti, si offrirebbe alla diversa valutazione del giudice penale al pari di ogni altro elemento probatorio ed in siffatti limiti potrebbe essere utilizzata per l'accertamento della verità sostanziale¹⁶⁰.

Tant'è che, diversamente da quanto previsto in precedenza in tema di pregiudizialità *ex art.* 18-21 c.p.p., l'attuale art. 2 c.p.p.¹⁶¹ dispone, in via generale, che il giudice penale esamini ogni questione da cui dipende la decisione, con la limitazione che non sia diversamente stabilito e la precisazione che la decisione del giudice penale, che risolva in via incidentale una questione civile,

¹⁵⁸ Cass. pen., 9 aprile 1991, n. 3950, in Ced, m. 195947.

¹⁵⁹ Cass. pen., 7 luglio 1998, n. 7961, in *Fallimento*, 1999, n. 9, 1135.

¹⁶⁰ Cass. pen., 11 aprile 1999, n. 3943, in Ced, m. 201310.

¹⁶¹ Diversamente gli art. 19 e 21 c.p.p. 1930 stabilivano che, determinando la sentenza di fallimento un vero e proprio status (quello di fallito), ed essendo tale status presupposto per l'applicazione degli art. 216 ss. l.fall., la declaratoria fallimentare risolveva una controversia sullo stato delle persone, sicché la stessa aveva il valore di pregiudiziale extrapenale a procedimento penale, obbligatoria - o di stato - e necessariamente devolutiva (cfr. MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 820 ss.). Nello stesso senso CORDERO, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 5.

amministrativa o penale, non ha efficacia vincolante in nessun altro processo. La giurisdizione penale è, quindi, pienamente autosufficiente, ed ha cognizione autonoma su tutte le questioni strumentali alla pronuncia finale, in vista dell'obiettivo primario della massima semplificazione nello svolgimento del processo. Di talché, l'art. 3 c.p.p. ha circoscritto entro limiti rigorosi l'ambito di rilevanza delle questioni pregiudiziali ("controversia sullo stato di famiglia o di cittadinanza"), diversamente da quanto disposto, in modo molto più generico, dall'art. 19 c.p.p. 1930 ("controversia sullo stato delle persone").

L'art. 479 c.p.p. prevede, poi, la facoltà per il giudice penale di sospendere il dibattimento qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente. Pertanto, il processo penale può essere sospeso per il reato di bancarotta fallimentare qualora vi sia stata opposizione al fallimento che riguardi un presupposto oggettivo del reato. Secondo una pronuncia di merito la sospensione del processo può essere disposta anche dal g.u.p., in sede di udienza preliminare, malgrado l'art. 479 c.p.p., che la prevede espressamente, sia inserito tra le norme che disciplinano gli atti preliminari al dibattimento¹⁶².

La sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento può costituire motivo per attivare l'istanza di revisione¹⁶³ nel caso in cui si sia, nelle more (quindi senza sospendere il giudizio penale *ex art. 479 c.p.p.*), pervenuti ad una decisione irrevocabile di condanna.

Peraltro, alla possibilità di chiedere la revisione del processo *ex art. 630 lett. b c.p.p.* osterebbe il tenore stesso della norma richiamata che fa esplicito riferimento a una "sentenza del giudice civile o amministrativo successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479 c.p.p."¹⁶⁴. Inoltre, la *ratio* delle norme sulla revisione penale dovrebbe escluderne l'operatività – anche per un

¹⁶² Trib. Venezia 5 luglio 1991, in *Difesa pen.*, 1992, 35, 96.

¹⁶³ Cass. pen., 15 dicembre 1980, n. 157.

¹⁶⁴ APRILE, *Sentenza dichiarativa di fallimento nel giudizio per i reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 1999, n. 9, 1135.

mero rilievo di economia processuale – quando il ricorso a tale rimedio straordinario poteva evitarsi con la sospensione del processo per pregiudizialità. Se poi l'imputato si è avvalso del patteggiamento della pena, il ricorso alla revisione è precluso, in quanto la sentenza *ex art. 444 c.p.p.* non ha natura di provvedimento di condanna ed è quindi esclusa dall'ambito applicativo *ex art. 629 c.p.p.*¹⁶⁵.

Dalle disposizioni normative, poi, emergono elementi idonei a confortare la tesi dell'efficacia di giudicato della sentenza dichiarativa di fallimento nel processo penale. Invero, il curatore fallimentare può costituirsi parte civile nel giudizio di bancarotta *ex artt. 240 l. fall. e 212 co. 2 disp. att. c.p.p.*, sicché la legittimazione *ex art. 74 c.p.p.* non può che derivare dalla sentenza fallimentare e dal suo contenuto *ex art. 16 co. 2 n. 2 l. fall.* Inoltre, l'*art. 241 l.fall.* considera la riabilitazione civile del fallito quale causa di estinzione del reato di bancarotta semplice, sicché la sentenza *ex art. 142 l.fall.* fa stato nel processo penale, seppure limitatamente alla fattispecie *ex art. 217 l.fall.*, mentre detto privilegio dovrebbe negarsi alla pronuncia dichiarativa di fallimento.

Una breccia nel sistema potrebbe aprirsi valorizzando il disposto dell'*art. 2 c.p.p.* laddove prevede che "il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito". In tal modo si attuerebbe un più sicuro ed effettivo raccordo tra processo penale e procedure concorsuali¹⁶⁶.

La dottrina più autorevole sostiene l'intrinseca razionalità del giudicato fallimentare nel processo penale, a salvaguardia della unicità essenziale del potere giurisdizionale¹⁶⁷.

Una insigne dottrina, peraltro, ritiene che la coerente applicazione della nuova normativa in tema di pregiudizialità penale dovrebbe condurre ai seguenti risultati: se la decisione sulla controversia fallimentare (declaratoria di fallimento) diventa irrevocabile prima della sentenza penale, essa potrà valere come fonte di prova; se lo diventa dopo, sarà possibile una successiva revisione della eventuale

¹⁶⁵ Cass. pen., 31 maggio 1997, n. 2057.

¹⁶⁶ APRILE, *Sentenza dichiarativa di fallimento nel giudizio per i reati di bancarotta*, cit., 1135 ss.

¹⁶⁷ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, I, 1956, 289.

condanna per bancarotta, in caso di revoca del fallimento. Peraltro, poiché nessuna norma stabilisce che la revoca faccia stato nel giudizio di revisione, la stessa revoca potrebbe anche valere soltanto come elemento di prova, sia pure preminente.

In definitiva il giudice penale, non essendo più vincolato all'accertamento dell'insolvenza contenuto nella dichiarazione di fallimento, potrebbe disattenderlo condannando l'imputato in presenza di opposizione a fallimento, e persino dopo la revoca di quest'ultimo. Inoltre, in sede di revisione, a rigore, la sentenza di condanna potrebbe essere mantenuta anche quando vi è stata revoca della dichiarazione di fallimento¹⁶⁸.

È, invece, irrilevante il concordato fallimentare, in quanto la relativa omologazione e la sua esecuzione determinano non la revoca, ma la chiusura del fallimento¹⁶⁹. Infatti, la chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza di passivo, espressamente prevista dall'art. 118 n. 1 e 2 l.fall., non esclude la legittimità e l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento né della conseguente instaurata procedura. Pertanto, la suddetta evenienza non fa venire meno la configurabilità, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, del reato di bancarotta commesso in momento ad essa anteriore¹⁷⁰.

Esaurite le considerazioni su alcune questioni preliminari in tema di bancarotta è ora possibile concentrarsi sull'analisi del delitto di bancarotta semplice previsto all'art. 217 l.fall.

3. Art. 217: le condotte di bancarotta semplice patrimoniale

La bancarotta semplice è costruita secondo una tecnica casistica che individua una serie di condotte suscettibili di assumere rilievo penale.

Il primo comma dell'articolo in commento individua la fattispecie della bancarotta semplice patrimoniale e punisce l'imprenditore fallito, al di fuori delle

¹⁶⁸ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 824 ss.

¹⁶⁹ Cass. pen., 3 aprile 1974, n. 1184.

¹⁷⁰ Cass. pen., 9 marzo - 8 aprile 1999, n. 4429.

ipotesi di bancarotta fraudolenta, che abbia fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica, che abbia consumato una parte notevole del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, abbia compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale, abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa, o non abbia soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale.

Il secondo comma, invece, prevede la fattispecie di bancarotta semplice documentale, punendo l'imprenditore in fallimento che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa abbia avuto una durata minore, non abbia tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge ovvero li abbia tenuti in maniera irregolare o incompleta. In aggiunta a quanto scritto in precedenza, si evidenzia che il legislatore, richiedendo che si tratti di scritture contabili prescritte dalla legge, ha dato rilievo solo alle documentazioni ritenute come assolutamente obbligatorie, ad esclusione delle scritture imposte per finalità meramente fiscali.

Nella previsione dell'art. 217 l.fall. sono stati individuati tre distinti nuclei normativi.

Le disposizioni di cui ai n. 2, 3 e 4 individuano ipotesi che provocano un decremento patrimoniale dell'impresa attraverso spese eccessive, operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte, o ritardando il proprio fallimento.

Quanto all'ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 217 l.fall., per la configurabilità del reato non è necessaria una colpevole "condotta positiva" quale fonte dell'aggravamento del dissesto societario. Al contrario, per la norma incriminatrice è sufficiente la mera "omissione" della richiesta di fallimento ("astenendosi dal richiedere..."), che, in un'obiettiva situazione di dissesto, può comportare il fisiologico aumento delle passività in funzione della loro specifica natura (retribuzioni correnti, costi di gestione, interessi)¹⁷¹.

Peraltro, il riferimento espresso alla "grave colpa" induce a ritenere che il

¹⁷¹ Cass. pen., 11 giugno 1999, n. 7598.

legislatore abbia individuato, per la configurabilità del reato *de quo*, solo quei fatti caratterizzati da colpa grave, in modo da far prevalere sulle difficoltà che l'accertamento del requisito della gravità della colpa comporterà nella prassi, l'opportunità di non colpire quelle operazioni che, pur non scevere da colpa, appaiono giustificabili se compiute da parte di chi si trovi tra il pericolo del fallimento e la speranza di poterlo evitare mediante dette operazioni¹⁷².

Il secondo nucleo è individuato dal n. 5 che sanziona la condotta di chi non adempie gli impegni precedentemente assunti in sede di concordato preventivo o fallimentare.

Il terzo nucleo concerne la bancarotta semplice documentale.

Sotto diverso profilo, l'ipotizzabilità di fatti di bancarotta semplice post-fallimentare va esclusa per la maggior parte delle ipotesi previste. Infatti, una astratta configurabilità può riconoscersi solo alle ipotesi di cui ai n. 1 e 2, anche se in meri casi di scuola, quale è ad esempio, la condotta dell'imprenditore casualmente all'oscuro del proprio fallimento perché si trova all'estero.

Andando ad analizzare nel dettaglio la fattispecie della bancarotta semplice patrimoniale, occorre rilevare *in primis* che essa riguarda solo l'imprenditore individuale che opera una confusione del patrimonio destinato a gestire l'impresa con quello personale. Rilevano, ai fini della configurazione della fattispecie, le spese eccessive e sproporzionate, rimanendo invece escluse le spese non necessarie o voluttuarie (che rientrano invece nella bancarotta fraudolenta per dissipazione).

Analizzando il tenore letterale della norma, con l'espressione “di pura sorte” deve intendersi quelle operazioni il cui esito non è influenzato o determinato dall'imprenditore che ne sopporta totalmente l'alea, ossia l'incalcolabilità del rischio; per condotte “manifestamente imprudenti”, invece, si intendono quelle condotte il cui rischio, facilmente intuibile da chiunque, viene sottovalutato dall'imprenditore. In tali ipotesi, occorre inoltre che si sia verificato un consumo notevole del patrimonio, concetto estremamente elastico che dipende dall'entità del patrimonio e dall'esito delle operazioni.

¹⁷² CONTI, *Diritto penale commerciale*, II, Torino, 1980, 253.

Le operazioni contemplate al comma 1, n. 3, sono chiaramente difficili da distinguere da quelle manifestamente imprudenti, per cui ciò che rileva è la specifica finalità di ritardare il fallimento. Detta finalità determina l'inclusione in tale fattispecie di condotte poste in essere in un periodo in cui esiste già lo stato di insolvenza. Quest'ultima ipotesi, infine, è connotata dal dolo, posto che il fine di ritardare il fallimento presuppone la sussistenza del dolo in capo all'imprenditore.

Sul punto, la giurisprudenza ha evidenziato che «La differenza tra le due ipotesi [...] previste all'art. 217, comma primo, n. 2 e 3 [...] (relative, rispettivamente, alla consumazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti ed al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento) risiede nel fatto che la prima fattispecie riguarda operazioni «in genere», aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore, consumato, in notevole parte, in operazioni aleatorie od economicamente scriteriate, il cui effetto conclusivo è la diminuzione della garanzia generica dei creditori, costituita proprio dal patrimonio del debitore, ai sensi dell'art. 2740 c.c.; la seconda ipotesi riguarda, invece, operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti dell'ordinaria “imprudenza”, che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative “coraggiose”, da *extrema ratio*, ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo, al fine di scongiurare il fallimento. Inoltre, mentre la seconda ipotesi, per via dell'anzidetta finalizzazione che la connota, ha certamente carattere doloso, la prima è, invece, punibile a titolo di colpa»¹⁷³. L'art. 217, comma 1, n. 4, contempla altresì la condotta dell'imprenditore che “ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra colpa grave”. Qui l'astensione dalla richiesta della dichiarazione di fallimento si fonda sul frequente appesantimento del passivo quando si prosegue l'attività in un'impresa in stato debitorio. Trattasi chiaramente di un'ipotesi dolosa per quanto concerne l'astensione dal richiedere la dichiarazione di fallimento, e colposa nel

¹⁷³ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2003, n. 24231.

caso descritto dal secondo periodo¹⁷⁴. Per quanto concerne l'ipotesi descritta al comma 1, n. 5, occorre rilevare che deve trattarsi di una procedura differente e diversa da quella attuale, non venendo qui in rilievo la sottrazione di risorse economiche. Si segnala tuttavia che essa si presenta come ipotesi residuale e di scarsa applicazione, tipicamente dolosa.

3.1. L'elemento soggettivo

Nella fattispecie di bancarotta semplice espliciti sono i richiami alla nozione di colpa e alla sottospecie dell'imprudenza nei nn. 2, 3 e 4 dell'articolo perché si possano nutrire dubbi in merito alla natura (almeno prevalentemente) colposa del rimprovero; parimenti espresso è il richiamo al n. 1, dato che le spese eccessive equivalgono alla violazione di un obbligo di gestire prudentemente il patrimonio.

Tuttavia la colpa, cosciente o meno, non esaurisce l'elemento soggettivo della bancarotta semplice. Secondo autorevole dottrina¹⁷⁵ vi sarebbe contiguità tra le fattispecie di bancarotta semplice e fraudolenta, rientrando la prima nell'alveo del dolo generico, la seconda nella fascia del dolo specifico, ossia l'intenzione di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori, richiesto invece nella bancarotta fraudolenta. Tuttavia tale soluzione non pare prospettabile: invero la bancarotta fraudolenta richiederebbe un dolo generico, da intendere come volontà dell'evento di pericolo per le ragioni dei creditori, componente oggettiva fondamentale¹⁷⁶.

Nelle prime tre figure di bancarotta semplice, invece, l'intervento del legislatore impone una responsabilizzazione dell'imprenditore, incontrando tuttavia un limite psicologico invalicabile: nella prima ipotesi, il compimento di spese personali e familiari eccessive è compatibile sia con un atteggiamento soggettivo di inavvertenza (ad esempio per incapacità di calcolo), sia con la consapevolezza del pericolo accompagnata da una ingiustificata fiducia negli esiti

¹⁷⁴ ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, Vol. IV, *I reati fallimentari*, Torino, 2019, 62.

¹⁷⁵ ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit., 113.

¹⁷⁶ PEDRAZZI, *art. 217*, cit., 145.

dell'operazione, non trovando invece spazio il dolo intenzionale di colui che dissipi o distrugga risorse economiche in spese superflue per sottrarle ai creditori¹⁷⁷; medesimo discorso vale per la seconda ipotesi, in cui la colpa incosciente appare difficilmente prospettabile, dato che viene richiesta un'imprudenza manifesta, oscillando dunque l'elemento soggettivo tra la colpa cosciente e il dolo eventuale¹⁷⁸; parimenti non è configurabile la colpa incosciente nell'ipotesi di cui al n. 3, ove oltre all'imprudenza grave si richiede la volontà di ritardare il fallimento, configurando dunque la colpa cosciente o il dolo eventuale. Se ne deduce che nelle prime tre ipotesi di cui all'art. 217, comma 1, la differenza tra bancarotta semplice e fraudolenta è segnata dal *discrimen* tra dolo eventuale e dolo diretto¹⁷⁹, fermo restando che il primo è compatibile con la bancarotta semplice a condizione che sia accompagnato da una delle tre finalità tipiche indicate dalla disposizione, poiché se isolato da esse risulta bastevole per integrare la bancarotta fraudolenta. Da tali considerazioni emergerebbe, come sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, che la bancarotta semplice è punibile tanto a titolo di colpa, quanto di dolo¹⁸⁰, nel senso che le prime tre fattispecie sono imputabili sia a colpa che a dolo eventuale. Questo discorso non può applicarsi tuttavia al n. 4, ove qualsiasi componente finalistica è estranea e viene presentata una struttura esclusivamente colposa.

4. La bancarotta semplice documentale

Il comma 2 dell'art. 217 l.fall. disciplina la fattispecie della bancarotta semplice documentale, il quale è un reato di pericolo astratto¹⁸¹, avente ad oggetto

¹⁷⁷ FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, 673 ss.

¹⁷⁸ FORNASARI, *Bancarotta semplice*, in BRICOLA, ZAGREBESKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Diritto penale commerciale: vol. I, I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali* (a cura di CARLETTI), Torino, 1990, 90 ss.

¹⁷⁹ DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 148 ss.

¹⁸⁰ DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., 896 ss.

¹⁸¹ Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2016, n. 55065, secondo la quale "In tema di irregolare tenuta dei libri contabili nei reati fallimentari, a differenza del reato di bancarotta semplice in cui l'illiceità della condotta è circoscritta alle scritture obbligatorie ed ai libri prescritti dalla legge,

le scritture obbligatorie e i libri prescritti dalla legge.

Oggetto materiale del reato di bancarotta semplice documentale sono soltanto le scritture prescritte dalla legge e, cioè (a differenza che per l'art. 216, n. 2 l. fall.), ogni scrittura obbligatoria *ex art.* 2214 c.c., corrodo che non può essere supplito da eventuali scritture facoltative (non sono oggetto del reato le scritture obbligatorie per la normativa fiscale).

Il reato può realizzarsi tramite una pluralità di condotte consistenti in 1) un'omessa tenuta dei libri e delle scritture contabili prescritti dalla legge; 2) l'irregolarità della tenuta di tali documenti, inteso come mancato rispetto dei requisiti formali e sostanziali richiesti dalla legge o dalla prassi commerciale; 3) la loro incompletezza, nel caso in cui, stante la regolarità formale, si riscontrino intermissioni o lacune.

Il limite per la rilevanza penale della bancarotta documentale è di tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento.

Particolari problemi si pongono in relazione all'elemento soggettivo della bancarotta semplice documentale: le diverse interpretazioni spaziano dalla colpa, alla colpa grave, al dolo eventuale¹⁸².

La problematica deriva dal fatto che i richiami alla nozione di colpa, presenti nella prima parte dell'articolo, non ricorrono nella seconda parte.

l'elemento oggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta documentale riguarda tutti i libri e le scritture contabili genericamente intesi, ancorché non obbligatori; in quest'ultima ipotesi, si richiede, inoltre, il requisito dell'impedimento della ricostruzione del volume d'affari o del patrimonio del fallito, elemento, invece, estraneo al fatto tipico descritto nell'art. 217, comma 2, l. fall. Diverso è, infine, l'elemento soggettivo, costituito nell'ipotesi di bancarotta semplice indifferentemente dal dolo o dalla colpa, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, prima parte, l. fall. dal dolo generico”.

¹⁸² Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2017, n. 45288: “Il termine di prescrizione del reato di bancarotta prefallimentare decorre dal momento in cui interviene la sentenza dichiarativa di fallimento e non dal momento di consumazione delle singole condotte distrattive precedenti a tale declaratoria. (In motivazione, si è precisato che tale principio è valido sia nel caso in cui la sentenza di fallimento venga qualificata elemento costitutivo improprio della fattispecie penale, come la Corte ha affermato incidentalmente, sia qualora la si ritenga condizione obiettiva di punibilità)”; Cass., pen., Sez. V, 4 giugno 2015, n. 38447, in *Resp. Civ. prev.*, 2015, 6, 1999: “Ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta documentale, è sufficiente provare il dolo generico, consistente nella consapevolezza dell'agente che la confusa tenuta delle scritture contabili potrà rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio, non essendo invece necessario dimostrare il dolo specifico, ossia la specifica volontà di impedire tale ricostruzione”; Cass. pen., Sez. V, 15 luglio 2015, n. 38077, in *Diritto & Giustizia*, 21 settembre 2015: “Nel reato di bancarotta semplice la condotta della mancata tempestiva richiesta di dichiarazione del proprio fallimento è punibile solo se caratterizzata da colpa grave”.

Ciononostante, secondo parte della dottrina il richiamo alla colpa vi sarebbe anche in detto contesto. La fattispecie recepirebbe l'obbligo di diligenza contabile previsto dalle prescrizioni della legge civile¹⁸³.

Occorre dunque domandarsi come distinguere la bancarotta documentale semplice da quella fraudolenta.

Dalla prospettiva dell'elemento oggettivo, le condotte materiali hanno un contenuto differente: l'art. 217 l. fall. fa riferimento a libri e alle scritture contabili prescritti dalla legge, e dunque esclusivamente a quelle obbligatorie, mentre nell'art. 216 l. fall. detta precisazione è assente.

Secondo la giurisprudenza, infatti, l'oggetto materiale della bancarotta fraudolenta può essere costituito da qualsivoglia documento contabile in relativo alla vita dell'impresa, dal quale sia possibile evincere i tratti della sua gestione, differentemente da quanto previsto per i casi di bancarotta semplice documentale, in relazione alla quale l'oggetto del reato è rappresentato dalle sole scritture obbligatorie.

Dalla prospettiva dell'elemento soggettivo, del resto, a parere della giurisprudenza l'omessa tenuta della contabilità interna integra gli estremi del reato di bancarotta documentale fraudolenta, piuttosto che quello di bancarotta documentale semplice, laddove lo scopo dell'omissione è quello di recare pregiudizio ai creditori (ossia dolo)¹⁸⁴.

5.Art. 224: la bancarotta semplice impropria

La bancarotta semplice impropria è descritta all'art. 224, trapiantando l'art. 217 e adattandolo al quadro tipico, in quanto il termine di riferimento della norma è la gestione della società dichiarata fallita.

Occorre dunque verificare, *in primis*, la compatibilità delle singole ipotesi di cui all'art. 217 con la bancarotta impropria, ossia con l'offensività diretta ai

¹⁸³ CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., 202 ss.

¹⁸⁴ GAMBARDELLA, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, cit., p. 2316 ss.

creditori, piuttosto che nell'ottica di un'offensività di natura personale.

Infatti, in primo luogo, deve ritenersi escluso il richiamo all'art. 217, comma 1, n. 1, dato che il patrimonio personale dei titolari di cariche sociali non è vincolato a garanzia del ceto creditorio¹⁸⁵.

Non si pongono particolari problematiche, invece, rispetto all'applicazione dei successivi nn. 2, 3 e 4, che devono qui intendersi riferite alla consumazione del patrimonio sociale, nel caso del n. 2, e al fallimento o dissesto della società, nei casi di cui ai nn. 3 e 4.

Le operazioni descritte ai nn. 2 e 3 non eccedono l'ambito della bancarotta semplice a patto che risultino dirette ad ottenere un vantaggio per la società, poiché se dirette a scopi estranei ad essa configurerebbero una condotta distrattiva¹⁸⁶.

L'applicazione in ambito societario del n. 5 suscita qualche perplessità, dato che esso è fondato sull'identità tra debitore e fallito. Tuttavia nella bancarotta impropria il concordato preventivo o fallimentare da cui derivano le obbligazioni rimaste inadempite devono considerarsi riferite alla società fallita, presumendo che una società, dopo l'esito di un concordato di un dissesto precedente, abbia ripreso l'attività e sia successivamente fallita¹⁸⁷.

Nella bancarotta semplice impropria l'evento qualificante è costituito dal dissesto, sia in relazione all'*an* che al *quantum*, ossia alla causazione e all'aggravamento: il rapporto di progressione che intercorre tra l'aggravamento e la causazione finisce per indurre a misurare l'efficienza causale in base al dato del dissesto.

L'espressione di cui all'art. 224, relativa alla “inosservanza degli obblighi imposti dalla legge”, descrive una condotta a forma vincolata, ponendosi altresì quale criterio di imputazione soggettiva, ricalcando lo schema della colpa per inosservanza di leggi, che può presentarsi sia in forma attiva che omissiva.

Secondo il tenore della giurisprudenza, nell'espressione appena richiamata rientrerebbero, se causa o concausa di dissesto societario o di aggravamento dello

¹⁸⁵ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 220.

¹⁸⁶ CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., 285.

¹⁸⁷ NUVOLONE, *Diritto penale del fallimento*, cit., 328.

stesso, le condotte consistenti nell'inosservanza dell'obbligo convocazione dell'assemblea dei soci *ex art.* 2447 c.c. in caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale¹⁸⁸ e nell'inosservanza relativa all'esecuzione di delibere assembleari non semplicemente gestionali ma riguardanti la vita sociale, come quelle relative allo scioglimento anticipato o alla trasformazione della società (*art.* 2365 c.c.), o la presentazione della domanda o della proposta di concordato rispettivamente preventivo e fallimentare (rispettivamente *art.* 161, comma 4, l.f. e *art.* 152, comma 2, l. f.)¹⁸⁹.

Tuttavia non ci si trova nell'ambito della colpa specifica, bensì di quella generica, posto che la legislazione societaria in cui si innesta la bancarotta semplice impropria non descrive una serie di adempimenti specifici, prescrivendo invece un generale obbligo di diligenza. Al contempo l'espressione “obblighi imposti dalla legge” va intesa in senso restrittivo: più rigore è richiesto agli organi sociali, manifestandosi sul piano della diligenza in senso stretto; per le medesime condotte che consistono in errori gestionali, come la violazione di regole tecniche di buona gestione, sono penalmente rilevanti sotto l'alveo della colpa grave e della fattispecie di bancarotta semplice patrimoniale¹⁹⁰.

Infine, nonostante l'*art.* 224 non richiami espressamente l'ultimo comma dell'*art.* 217, devono ritenersi applicabili le pene ivi previste, ricomprendendo anche le pene accessorie¹⁹¹.

6. Le aggravanti e le attenuanti

L'*art.* 219 l. fall. stabilisce che “Nel caso in cui i fatti previsti negli articoli 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà. II. Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate: 1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati; 2) se il colpevole per divieto di legge

¹⁸⁸ Cass., pen., Sez. V, 5 gennaio 2006, n. 154.

¹⁸⁹ Cass. pen., Sez. V, 3 dicembre 2002, n. 40581.

¹⁹⁰ PEDRAZZI, *Art. 224*, in PEDRAZZI, SGUBBI (a cura di), cit., 339.

¹⁹¹ CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., 145.

non poteva esercitare un'impresa commerciale. III. Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo”.

La norma in commento, in relazione ai reati di bancarotta, prevede dunque due circostanze aggravanti (ai primi due commi) e una circostanza attenuante (al terzo comma).

Nello specifico, il comma 1 ed il comma 3, in merito a circostanze ad effetto speciale, riproducono in modo pressoché identico due articoli del codice penale ovvero: l'art. 61, n. 7, c.p. (“Circostanze aggravanti comuni”) secondo cui: “Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: (...) 7) l'averne, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità”; l'art. 62, n. 4, c.p. (“Circostanze attenuanti comuni”) che sancisce: “Attenuano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: (...) 4) l'averne, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato dalla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'averne agito per conseguire o l'averne comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità”.

L'unica differenza di rilievo che, sotto gli aspetti finora esaminati, distingue quanto sancito dall'art. 219 C.C.I.I. rispetto a quanto enunciato negli artt. 61 e 62 c.p. è l'aumento della pena prevista. Nello specifico, l'aggravante del comma 1 contempla l'aumento della pena pari alla metà mentre l'attenuante prevista dal comma 3 potrebbe portare alla riduzione di un terzo della pena. Come specificato poc'anzi, la norma riguarda esclusivamente i reati di bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito.

È evidente – ma merita di essere posta ulteriormente in luce – la connessione implicita tra la norma in esame e il “danno patrimoniale di rilevante gravità” che va a indicare una riduzione (o la perdita) del patrimonio – ove per

patrimonio si intende il complesso di beni dell'imprenditore - che è quantificabile in termini puramente pecuniari. È tuttavia doveroso sottolineare come il danno previsto dalla norma si configuri in modo del tutto diverso rispetto al concetto (analogo ma distinto) che può essere utilizzato per un risarcimento inteso in chiave civilistica. In questo caso¹⁹², il principale elemento distintivo è costituito dal fatto che il risarcimento venga commisurato a una circostanza di tipo penale. Elemento fondamentale, in questo senso, è la condotta del reo anche per riferire il danno stesso alla manifestazione esteriore più che alla procedura in sé: ciò che assume, infatti, valore è sostanzialmente il pregiudizio patrimoniale arrecato ai creditori, che può essere "tenue" o "grave". È altresì importante rilevare che un giudizio relativo alla particolare tenuità o gravità del fatto, non si riferisce in alcun modo al singolo rapporto che intercorre tra soggetto insolvente e il singolo creditore ammesso al concorso, così come non si riferisce a operazioni commerciali o speculative condotte dall'imprenditore in questione: va, piuttosto, messo in relazione con la riduzione della massa attiva che avrebbe potuto essere disponibile per la ripartizione se non si fossero verificati illeciti. Nel caso in cui venga violata la stessa disposizione penale tramite diverse condotte dannose per l'ordinamento, l'unico aspetto di rilievo è il pregiudizio complessivo arrecato poiché il medesimo risultato può essere conseguito tramite una singola azione o attraverso più azioni. Nel caso o nei casi sopra menzionati, la stessa disposizione in esame prevede l'applicazione del danno complessivamente cagionato alle fattispecie plurime ove si prevede un aumento della pena sino alla metà per il compimento di più fatti previsti in ognuno dei tre articoli sopra indicati. Formalmente, trattasi di circostanza aggravante, per quanto - di fatto - il risultato sia un sostanziale alleggerimento della pena¹⁹³. A riguardo, anziché un cumulo giuridico o materiale, è stata difatti prevista un'unica fattispecie di reato con una sanzione aumentata (al massimo) della metà. La diretta conseguenza di tutto ciò è che in caso di violazione afferenti a più condotte della stessa specie, vi sarà l'applicazione di un'unica fattispecie di bancarotta senza che questo implichi

¹⁹² SGUBBI, *Commentario alla legge fallimentare*, Bologna, 1995, 251 ss.

¹⁹³ SGUBBI, *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 196 ss.

l'applicazione di aggravanti speciali. Nel caso, invece, di condotte di tipo diverso (come previsto dalla norma in esame), si opererà una sommatoria di pena con conseguente aggravamento della medesima. Condotte diversificate o previste in articoli diversi richiederanno, invece, l'esclusione applicativa dell'art. 219 ovvero l'applicazione del concorso di reati con cumulo di pene. L'art. 219, comma 2, lett. b), definisce la circostanza aggravante che può essere applicata al reo che commette reato nell'ambito dell'esercizio di attività commerciali illecite. Secondo quanto enunciato dalla norma, il reo verrebbe colpito da un divieto interdittivo il quale gli impedirebbe di condurre, ordinariamente, la sua impresa. Il comma 3 ("Nel caso in cui i fatti indicati nel comma 1 hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo") è invece in opposizione rispetto al comma 1 (Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà): il comma 1, infatti, pone in luce l'aggravante e le relative conseguenze penali; il comma 3 pone invece in rilievo il caso di "danno patrimoniale di speciale tenuità". L'attenuazione della pena contemplata dal comma 3 deve essere considerata in relazione all'effettiva entità del danno cagionato. Al riguardo, è senz'altro utile sottolineare che l'attenuante prevista dal comma 3 risulta applicabile anche nel caso in cui non sia stato arrecato alcun danno ai creditori. Questa circostanza non può invece essere contemplata nel momento in cui il danno arrecato al creditore risulti "di speciale tenuità" soltanto in un momento successivo alla commissione dell'illecito. In questo caso, quindi, il danno assume – in origine – un diverso tratto di colpevolezza che si ridurrà solo in un secondo istante.

7.I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.

I molteplici interventi riformatori delle procedure concorsuali, susseguitisi a ritmo incalzante tra il 2005 e il 2010 (e non ancora terminati)¹⁹⁴, hanno a lungo

¹⁹⁴ Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante «Misure urgenti per la crescita del Paese», è intervenuto

tralasciato — nonostante i *caveat* della dottrina¹⁹⁵ — di considerare le ricadute derivanti dall'introduzione o modifica di istituti del r.d. n. 267/1942 sull'immutato arsenale penalistico della legge fallimentare.

La riformulazione dell'art. 1 l. fall. in punto di presupposti, soggettivi e oggettivi, della dichiarazione giudiziale di insolvenza¹⁹⁶ e l'abrogazione dell'amministrazione controllata¹⁹⁷ sono state il primo banco di prova su cui testare la tenuta delle originarie disposizioni incriminatrici, dando luogo a dubbi ermeneutici specialmente sui profili intertemporali, con il conseguente intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

nuovamente sulla l. fall. In particolare, l'art. 33 d.l. cit., rubricato «Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale», ha interpolato svariate norme e aggiunto nuove disposizioni al r.d. n. 267/1942, con la finalità — esplicitata nella Relazione illustrativa del provvedimento (consultabile sul sito internet www.governo.it) — di «migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore». Per quanto concerne l'iter legislativo di riforma del diritto fallimentare tra il 2005 e il 2010 (e i connessi risvolti penalistici) si veda la dettagliata ricostruzione di AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 547 ss.

¹⁹⁵ Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 114 s.; BRICCHETTI, MUCCIARELLI, SANDRELLI, (sub) artt. 216-241, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da JORIO, Bologna, 2007, 2727; GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, f. 1, 34; CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 773. In senso fortemente critico sul punto si veda, inoltre, FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 427.

¹⁹⁶ Sulla ritenuta irrilevanza ex art. 2 c.p. del nuovo testo dell'art. 1 l. fall. Si veda Cass., sez. un. pen., 28 febbraio 2008, n. 8276, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss., con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle sezioni unite*; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 267 ss., con nota di CARDONE, PONTIERI, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 482 ss., con nota di SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*. In argomento cfr. altresì DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 39 ss.

¹⁹⁷ Nel senso dell'intervenuta *abolitio criminis* della fattispecie di bancarotta societaria connessa all'amministrazione controllata v. Cass., sez. un. pen., 26 febbraio 2009, n. 8626, in *Cass. pen.*, 2009, 4113 ss. con nota di GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv., n. 1 l. fall.)*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 887 ss., con nota di GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*; in *Società*, 2010, 603 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*; in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177 ss., con nota di SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri dalle Sezioni unite*. V., inoltre, MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss.

Maggiormente controversi i riverberi sul versante penal-fallimentare degli istituti, di nuova introduzione o incisivamente modificati, concernenti lo “stato di crisi” dell’impresa: piano attestato (art. 67, comma 3°, lett. d, l. fall.), accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182- *bis* l. fall.) e concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.).

Le menzionate procedure, nel complesso improntate alla valorizzazione dell’autonomia privata¹⁹⁸, sono accomunate dall’abbandono della finalità concorsuale di liquidazione e riparto dell’attivo tra i creditori¹⁹⁹, mirando piuttosto a superare — attraverso razionali misure di risanamento — una situazione (il c.d. stato di crisi) che il legislatore aveva tuttavia omesso di definire²⁰⁰.

Il fulcro dei tre istituti²⁰¹ è costituito dalla relazione, formulata da un professionista qualificato e indipendente (ma pur sempre selezionato e retribuito dall’imprenditore che intenda intraprendere un percorso risanatorio), sulla congruità del piano/accordo finalizzato al superamento della crisi. L’attestazione²⁰² in discorso integra, nella procedura *ex art.* 67, comma 3°, lett. d,

¹⁹⁸ Significativo, in proposito, un *obiter dictum* di Cass., sez. un. pen., 26 febbraio 2009, n. 8626, cit., ove si evidenzia lo «sfondo negoziale» che caratterizza l’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.). Per tale sottolineatura e ulteriori approfondimenti cfr. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 829.

¹⁹⁹ Nella prospettiva dello *jus terribile v. INSOLERA, Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell’impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 459; MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 892.

²⁰⁰ MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 825 ss. Sul rapporto sostanzialmente “concentrico” tra il c.d. stato di crisi e la situazione definita, *ex art.* 5 l. fall., «stato di insolvenza» (sottoinsieme interamente ricompreso nella prima nozione, di portata dunque più ampia) v. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, cit., 117 ss.

²⁰¹ La lettura unitaria delle previsioni in esame, al di là delle sfumature lessicali e di talune peculiarità delle singole procedure, è prospettata da NARDECCHIA, *Le esenzioni dall’azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi di impresa (Commento alle lettere d, e, g del comma 3 dell’art. 67)*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, Milano, 2010, II, 254 ss.

²⁰² L’art. 33, comma 1°, lett. a, n. 1, d.l. n. 83/2012 ha sostituito la lettera d del terzo comma dell’art. 67 r.d. n. 267/1942. La nuova disposizione — sovrapponibile a quella previgente per quanto concerne il contenuto del piano e il beneficio della non revocabilità — mira da un lato a rafforzare i requisiti di indipendenza del professionista attestatore (attraverso il rinvio all’art. 2399 c.c. in tema di ineleggibilità e decadenza dei sindaci e stabilendo che non debbano sussistere conflitti di interesse derivanti da rapporti di natura personale o professionale con il debitore) e, dall’altro, ridisegna l’oggetto dell’attestazione mediante la sostituzione del termine «ragionevolezza» con la locuzione (maggiormente pregnante sul piano oggettivo) «fattibilità del

l. fall., la condizione necessaria e sufficiente per beneficiare degli incentivi previsti dalla legge — in termini di disciplina della revocatoria fallimentare e, dopo l'introduzione dell'art. 217-bis l. fall. (v. n. 2), anche in sede penale — mentre nelle ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo vi è una successiva fase giurisdizionale.

In quest'ultima ipotesi il legislatore non ha espressamente stabilito se sussista un margine di “sindacato” in capo al tribunale fallimentare sul merito del progetto di risanamento: secondo parte della dottrina e numerose pronunce di merito lo scrutinio giudiziale concernerebbe la stessa fattibilità del percorso risanatorio²⁰³, mentre ad avviso di altri interpreti e della finora prevalente giurisprudenza di legittimità (in tema di concordato preventivo, *id est* la procedura connotata dal più elevato grado di giurisdizionalità), il controllo avrebbe carattere formale²⁰⁴, o tutt'al più di legalità sostanziale²⁰⁵, non implicando alcuna prognosi

piano» e — soprattutto — prescrivendo che il professionista medesimo «deve attestare la veridicità dei dati aziendali». Quest'ultima previsione costituisce la novità di maggior rilievo anche in prospettiva squisitamente penalistica, dal momento che il corretto adempimento dell'attività di attestazione (con riferimento a tutte le procedure finalizzate al superamento della crisi d'impresa) è presidiato da comminatoria penale per effetto del nuovo art. 236-bis l. fall., introdotto dall'art. 33, comma 1°, lett. l, d.l. n. 83/2012. L'ipotesi base — contenuta nel primo comma della norma de qua — punisce con la reclusione da due a cinque anni (avendo quindi una cornice edittale assimilabile a quella del delitto di «Interesse privato del curatore negli atti del fallimento» ex art. 228 l. fall., per il quale è comminata la pena detentiva compresa tra due e sei anni) e con la multa da cinquantamila a centomila euro l'esposizione di informazioni false ovvero l'omissione di informazioni rilevanti da parte del professionista. La disposizione incriminatrice di nuovo conio prevede poi, quali circostanze aggravanti speciali, il fine di profitto (secondo comma) e l'evento di danno in pregiudizio dei creditori (terzo comma). La Relazione illustrativa (nt. 1) chiarisce che la fattispecie di reato in discorso ha la finalità di «saldare i meccanismi di tutela e bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo».

²⁰³ FRASCAROLI SANTI, (sub) art. 182-bis, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da MAFFEI ALBERTI (coordinato da GUERRIERI), Padova, 2009, 1076 s.; GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 734; NARDECCHIA, (sub) art. 182-bis, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, III, 822; Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 182 ss.; per i riferimenti alla copiosa giurisprudenza di merito orientata in tal senso si rinvia a LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Fallimento*, 2012, 9 e nt. 12.

²⁰⁴ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, 167 ss., con nota adesiva di FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*; FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 619 s.; FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale nell'omologazione degli accordi di ristrutturazione*, nota a App. Roma, 1° giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2345 ss.

²⁰⁵ Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, 39 ss.: la sentenza sembra riecheggiare la tesi sostenuta da AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato COTTINO*, XI, t. I, 2008, 71 ss.; assume analoga posizione CENSONI, *Il*

sulle probabilità del debitore di conseguire l'obiettivo di superamento della crisi. Occorre peraltro segnalare che la questione è stata rimessa al primo presidente della Cassazione (per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite civili), sul presupposto che «si registra non solo un ampio dibattito in dottrina ma anche un tuttora non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito, reso più acuto dalla frequenza delle questioni che in siffatta materia vengono sottoposte a giudizio»²⁰⁶.

Tornando agli “effetti collaterali” delle riforme sul comparto penale del r.d. n. 267/1942, la dottrina ha — come accennato in apertura — immediatamente posto in risalto che il silenzio serbato dalla legge sul punto avrebbe suscitato non pochi problemi, con particolare riguardo all'applicabilità delle figure di bancarotta pre-fallimentare, qualora la dichiarazione giudiziale di insolvenza fosse intervenuta successivamente all'approvazione o messa in atto di uno dei citati meccanismi di risanamento²⁰⁷.

Emergono con chiarezza le implicazioni connesse a simili interrogativi: la pratica “appetibilità” delle procedure alternative al fallimento è influenzata dalla possibilità di scongiurare la reazione del «vecchio gendarme»²⁰⁸ posto a presidio della garanzia patrimoniale dell'imprenditore commerciale verso il ceto creditorio, in un contesto nel quale lo *jus* terribile costituisce «una spada di Damocle

concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento, in Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, commentario sistematico diretto da JORIO e FABIANI, Bologna, 2010, 1013 ss.

²⁰⁶ Così Cass., ord. 15 dicembre 2011, n. 27063, in *DeJure*.

²⁰⁷ In tema di bancarotta impropria occorre, in verità, tenere distinte le ipotesi di piano attestato ex art. 67, comma 3°, lett. d, e accordo omologato ex art. 182-bis l. fall., da una parte, e concordato preventivo, dall'altra. Nelle prime due fattispecie le norme incriminatrici della bancarotta societaria possono trovare applicazione solo successivamente alla dichiarazione giudiziale di insolvenza, mentre ai sensi dell'art. 236, cpv., n. 1, l. fall. l'ammissione al concordato preventivo tiene luogo della sentenza di fallimento ai fini dell'applicabilità degli artt. 223 s. l. fall. In argomento v. BRICCHETTI, MUCCIARELLI, SANDRELLI, (*sub*) artt. 216-241, cit., 2743; MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1474 s. La rilevata difformità dei presupposti applicativi delle ipotesi di bancarotta impropria permane anche dopo il mutamento di intitolazione (ex art. 33, comma 1°, lett. i, d.l. n. 83/2012) del Capo III, Titolo VI, del r.d. n. 267/1942, ora comprendente (in aggiunta a concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa) gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati. Una diversa interpretazione, che ritenesse estensibile a procedure diverse dal concordato preventivo il disposto del capoverso dell'art. 236 l. fall., risulterebbe infatti preclusa in ossequio al canone giuspenalistico di legalità e al correlativo divieto di analogia in *malam partem*.

²⁰⁸ ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 566.

dall'incerto, temibile fendente»²⁰⁹. La valutazione del “rischio penale” non è d'altronde rimessa al solo soggetto fallibile, ma compete anche ai creditori in quanto potenziali concorrenti nelle fattispecie incriminatrici del r.d. n. 267/1942²¹⁰.

Oltre a sollecitare un intervento legislativo *ad hoc*²¹¹, fin dall'emanazione del c.d. decreto competitività (d.l. n. 35/2005, conv., con modif., in l. n. 80/2005) gli interpreti hanno unanimemente percorso la strada dell'antigiuridicità — con sfumature differenziate soltanto circa l'individuazione della causa di giustificazione da ritenere in concreto integrata²¹² — per sostenere la necessaria liceità (anche) sotto il profilo penale delle condotte facoltizzate sul versante civilistico.

La presa di posizione del legislatore — per vero non da tutti giudicata indispensabile²¹³ — ha avuto luogo con la legge 30 luglio 2010, n. 122 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»), alla quale si deve l'introduzione nel r.d. n. 267/1942 dell'art. 217-*bis*, curiosamente rubricato «Esenzioni dai reati di bancarotta». La norma così recita: «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'art. 182-bis ovvero del piano di cui all'art. 67, terzo

²⁰⁹ FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, cit., 426.

²¹⁰ Sulle peculiarità del concorso di persone nel reato in materia penal-fallimentare v., per tutti, COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-222 R.d. 16 marzo 1942, n. 267*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, diretto da PALAZZO e PALIERO, Padova, 2007, 1163 ss.

²¹¹ LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fallimento*, 2010, 1367; ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 2011, 516 ss.

²¹² La maggioranza degli Autori si è orientata nel senso della scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.): cfr. SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, 1218 ss.

²¹³ Ritengono l'art. 217-bis l. fall. norma di (mera) «interpretazione autentica» D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Società*, 2011, 202 s.; COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legisl. pen.*, 2011, 5 ss.; AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 557 ss., che aderisce a tale opzione ermeneutica e si esprime in termini di «superfetazione» normativa.

comma, lettera d)».

L'attività di *lobbying* ad opera del settore creditizio nel corso dei lavori preparatori della nuova disciplina²¹⁴ funge da cartina di tornasole della già richiamata centralità della valutazione del “rischio penale” connesso alle nuove procedure risanatorie, nella prospettiva dei creditori (e in particolar modo delle banche) che assumono i conseguenti impegni finanziari, più che della stessa impresa che intenda ricorrervi.

Tralasciando di riproporre le condivisibili riserve — di natura in primo luogo lessicale — sull'uso del termine “esenzione” nel contesto in esame²¹⁵, conviene invece concentrarsi sull'inquadramento dogmatico della disposizione *de qua*. La maggioranza degli interpreti afferma infatti che l'art. 217-bis l. fall. integra un «elemento costitutivo negativo del fatto»²¹⁶, ovvero sia una «causa di esclusione del tipo»²¹⁷, dovendo in ogni caso trovare collocazione sul piano della tipicità delle ipotesi di bancarotta alle quali rinvia²¹⁸. D'altra parte, come è stato lucidamente osservato, «“collocare” la figura giuridica di nuovo conio all'interno di riconosciute categorie penalistiche [risponde non già a] un altrimenti inutile bisogno di catalogazione [ma piuttosto alla] cogente ragion pratica che alle diverse plausibili qualificazioni (...) corrispondono conseguenze significativamente diverse sul piano applicativo»²¹⁹.

La lettera della disposizione in commento non chiarisce del tutto la portata dell'“esenzione”, sia con riferimento alla bancarotta c.d. impropria, sia, soprattutto, per quanto concerne le operazioni *ex art. 67 l. fall.* non espressamente richiamate. Al riguardo si ritiene pacifica l'inclusione nella sfera di operatività della norma di favore delle fattispecie di cui agli artt. 223 s. l. fall., nella parte in

²¹⁴ Per una ricostruzione dei lavori preparatori della legge 30 luglio 2010, n. 122, con specifico riguardo all'art. 217-bis l. fall. e alle «sollecitazioni (...) provenienti in tal senso dal mondo bancario» v. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, cit., 1366.

²¹⁵ MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1475.

²¹⁶ MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1475.

²¹⁷ D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*; cit., 203.

²¹⁸ In senso difforme v. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 647 ss., che mantiene la prospettiva dell'antigiuridicità e attribuisce natura di «esimente speciale» all'art. 217-bis l. fall.

²¹⁹ MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1475.

cui rinviano ai precetti menzionati dall'art. 217-*bis*, così come la liceità (anche) penale delle ipotesi di pagamenti non revocabili ai sensi dell'art. 67 l. fall., globalmente considerato²²⁰.

Rimane invece controverso, in dottrina, il riconoscimento di un margine di “sindacato” in capo al giudice penale sulla razionalità/credibilità *ex ante* di una procedura risanatoria rivelatasi *ex post* inadatta a scongiurare l'insolvenza²²¹: solo la prassi giurisprudenziale — al momento assente sul versante penalistico e non univoca in sede civile — potrà fornire indicazioni conclusive in proposito.

Non si registra, inoltre, unanimità di opinioni sull'efficacia temporale dell'art. 217-*bis* l. fall., *id est* sulla possibilità che la norma trovi applicazione non soltanto a valle dell'approvazione (o, se del caso, omologazione) della procedura risanatoria, ma anche con riferimento agli atti e pagamenti prodromici alla procedura medesima.

Secondo un orientamento ermeneutico il *dictum* della legge escluderebbe recisamente tale possibilità, dovendo intendersi *stricto sensu* la clausola «in esecuzione» — riferita alle procedure di risanamento — presente nella disposizione di nuovo conio: una diversa interpretazione darebbe infatti luogo a una forma di analogia, vietata, nonostante in *bonam partem*, proprio per effetto dell'inquadramento dogmatico della norma nell'ambito della tipicità²²².

Altra tesi dottrinale — più aderente alla *ratio* del nuovo diritto fallimentare — sostiene al contrario che il lemma «in esecuzione» debba essere inteso in senso “strumentale” anziché “cronologico”, così da ricomprendere, in chiave estensiva, «tutti i comportamenti destinati e funzionalmente collegati alla realizzazione della

²²⁰ *Ivi*, 1476.

²²¹ Ad avviso di MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 848 ss. la (ri)valutazione dell'idoneità risanatoria della procedura da parte del giudice penale dovrebbe essere posta in “relazione inversa” con il grado di pervasività dell'intervento giudiziale in sede civilistica, che, ove mancante (come accade per il piano ex art. 67, comma 3°, lett. d, l. fall.) o di carattere prettamente formale (come può accadere per le altre due procedure di risanamento ora contemplate dall'art. 217-*bis* l. fall.), legittimerebbe senz'altro il sindacato postumo del tribunale penale chiamato a giudicare accuse di bancarotta.

²²² D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*; cit., 213, che affianca all'osservazione riportata nel testo una considerazione d'ordine sistematico in virtù della quale codesta interpretazione fungerebbe da “argine” al dilagare dell'autonomia privata conseguente alla riforma delle procedure concorsuali.

procedura, inclusi anche quelli posti in essere nelle fasi precedenti la formalizzazione della medesima»²²³. Quest'ultima impostazione ha poi una variante che fa leva sull'elemento soggettivo per escludere che interventi di risanamento — quali quelli ora contemplati dall'art. 217-*bis* l. fall. — possano essere considerati «costitutivi dell'illecito»²²⁴: in particolare, attraverso il richiamo all'art. 47 c.p., si ritaglia uno spazio di operatività per l'errore sul fatto tipico (di bancarotta), che, come noto, esclude il dolo²²⁵. A tale lettura si può tuttavia replicare che rimarrebbero pur sempre scoperte le ipotesi colpose (previste dall'art. 217 l. fall.)²²⁶, senza contare che l'indagine sulla sussistenza del dolo costituisce uno dei problemi «notoriamente difficili»²²⁷ del diritto (e del processo) penale.

Più in generale, la disciplina dettata dall'art. 47 c.p. rappresenta un significativo *punctum dolens* della collocazione del disposto dell'art. 217-*bis* l. fall. sul piano della tipicità: gli auspicati effetti restrittivi rispetto alle cause di giustificazione (*id est*: lo sbarramento al modo interpretativo analogico e alla portata dell'art. 59, ult. cpv., c.p.²²⁸) rischiano di essere in larga misura annullati dall'applicabilità della disciplina dell'errore sul tipo²²⁹, mitigata solo dalla punibilità per colpa di talune delle fattispecie di bancarotta contemplate dalla disposizione di nuovo conio.

I due richiamati orientamenti, non conciliabili sebbene fondati sulla medesima premessa, inducono dunque a rimeditare il comune punto di partenza:

²²³ MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di BONELLI, Milano, 2011, 288.

²²⁴ MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, cit.

²²⁵ MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 869.

²²⁶ MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 869., con specifico riferimento al comma 1°, n. 4, dell'art. 217 l. fall., la presa d'atto di tale aporia della lettura imperniata sull'elemento soggettivo.

²²⁷ Così MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2012, 309; v. altresì, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 373 s.

²²⁸ MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1475.

²²⁹ Per il parallelismo tra *error facti* e putatività delle scriminanti, entrambi consistenti «nella supposizione di situazioni concrete atte a elidere l'antigiuridicità», v. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2000, 1267.

la collocazione dell'art. 217-*bis* l. fall. sul terreno del fatto. In altri termini, una differente etichetta dogmatica assegnata all'“esenzione” in esame potrebbe consentire di ritenerla applicabile anche alle fasi prodromiche all'adozione di procedure risanatorie, senza con ciò mettere in discussione il canone giuspenalistico di legalità.

I limiti applicativi conseguenti alla collocazione dell'art. 217-*bis* l. fall. nell'ambito del tipo, suggeriscono — una volta scartate le ipotesi incentrate sull'antigiuridicità e sull'elemento soggettivo — di soffermarsi sul profilo della meritevolezza di pena per cercare di attribuire alla disposizione introdotta nel 2010 un più appagante inquadramento dogmatico.

Il nostro ordinamento, come noto, «ospita una estesa e multiforme gamma di esenzioni da pena che attendono da un'analisi ravvicinata una più precisa qualificazione»²³⁰, con significative ricadute d'ordine teorico e pratico. Il richiamato insieme di clausole, aventi tutte matrice politico-criminale, è accomunato dall'«idea-guida (...) [dell'opportunità] di sottoporre a pena l'autore del fatto antigiuridico e colpevole»²³¹ o, secondo una differente formulazione, da «ragioni di convenienza e di opportunità»²³².

Per quanto attiene alla concreta identificazione delle cause di esclusione della punibilità non si riscontrano univoci criteri di carattere testuale, ritenuti inidonei allo scopo dalla maggioranza degli interpreti²³³. Sono stati comunque indicati, pur se in chiave problematica, taluni parametri dai quali desumere l'incidenza di una norma sulla meritevolezza di pena anziché sul tipo, sulla colpevolezza o sull'antigiuridicità²³⁴.

Sta in principio, insieme al già citato (ma non conclusivo) criterio formale-letterale, quello per così dire topografico, in virtù del quale, «di regola [,] le cause di non punibilità in senso stretto (...) [sono] enunciate a parte, separatamente dalla

²³⁰ ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, II, Milano, 2006, 1735.

²³¹ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 375.

²³² MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 803.

²³³ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit.

²³⁴ MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.

descrizione del reato»²³⁵.

L'elemento dotato di più spiccato valore segnaletico, sul piano sostanziale, dell'attinenza alla punibilità è però la c.d. materia del divieto: tutte le volte che un «fattore sia concepito e collocato come ultroneo rispetto alla significatività di disvalore»²³⁶, ci si troverà al cospetto di un'«espressione normativa di un principio politico-criminale di mera opportunità dell'intervento punitivo»²³⁷.

Oltre alle richiamate difficoltà nell'individuazione degli elementi che incidono realmente sulla meritevolezza di pena, ulteriore problematica concerne la disciplina applicabile²³⁸, anche perché non è pacifico che sussista perfetta simmetria tra gli elementi che fondano e quelli che escludono l'opportunità di punire²³⁹. In proposito si è affermato che le cause di esclusione della punibilità costituiscono il “rovescio” delle condizioni di punibilità e devono dunque essere regolate nello stesso modo²⁴⁰.

Poste tali sintetiche premesse, si potrebbe ricondurre l'art. 217-bis l. fall. all'ambito della meritevolezza di pena in base alle seguenti cadenze argomentative.

Dal punto di vista formale la norma di nuovo conio sembrerebbe rivestire carattere di causa di non punibilità per effetto della collocazione al di fuori delle disposizioni incriminatrici delle quali circoscrive la portata, mentre l'espressione «non si applicano» è di per sé fattore non dirimente nell'indagine sulla natura della

²³⁵ ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1726, il quale conseguentemente afferma che le soglie previste negli artt. 2621 s. c.c. e nei reati tributari ex d.lgs. n. 74/2000 costituiscono cause di esclusione del tipo.

²³⁶ ROMANO, (*sub*) Art. 44, in ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 477.

²³⁷ ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39.

²³⁸ PANEBIANCO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO e PALIERO, I, La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa, a cura di de Vero, Torino, 2010, 247 ss.

²³⁹ ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1726.

²⁴⁰ In questo senso MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 378, i quali distinguono tra cause di esclusione della punibilità “concomitanti” e “sopravvenute”, a seconda che sussistano ab origine (è il caso, ad esempio, dell'art. 649 c.p. in tema di delitti non violenti contro il patrimonio commessi in danno di congiunti), ovvero derivino da una successiva condotta in grado di elidere l'offensività del fatto (basti pensare all'ipotesi di desistenza volontaria ex art. 56, comma 3°, c.p.) o di ripararne le conseguenze dannose (rimanendo in ambito codicistico, la ritrattazione della falsa testimonianza ai sensi dell'art. 376 c.p.).

previsione inserita nel r.d. n. 267/1942 dalla l. n. 122/2010²⁴¹.

Rimane controverso il profilo attinente alla “materia del divieto”, dal momento che non è agevole stabilire se l'art. 217-*bis* l. fall. rivesta carattere “ultroneo” con riguardo al disvalore espresso dalle fattispecie di bancarotta delle quali limita l'applicabilità, senza contare che l'opzione in un senso o nell'altro rischierebbe di fondarsi sulla pre-comprensione dell'interprete²⁴².

Per uscire dall'*impasse* è opportuno adottare una prospettiva sistematica, che agganci l'“esenzione” in discorso ai principi generali del diritto penale delle procedure concorsuali e, più in particolare, alla natura e al ruolo della dichiarazione giudiziale di insolvenza rispetto ai fatti di bancarotta pre-fallimentare.

È noto che, in argomento, si registra una netta divaricazione interpretativa tra la dottrina e le Corti: mentre la prima, «sostanzialmente unanime [, considera il fallimento e i provvedimenti ad esso equipollenti] come condizioni obiettive di punibilità, la giurisprudenza (anche di merito) non deflette»²⁴³ dall'inquadramento di tali fattori quali condizioni di “esistenza” del reato, pur negandone al contempo la rilevanza dal punto di vista eziologico e psicologico²⁴⁴.

La condivisibilità delle ragioni a sostegno della collocazione al di fuori del fatto tipico della sentenza dichiarativa di fallimento, incidente sull'opportunità di punire²⁴⁵, può risultare decisiva per inquadrare nel medesimo ambito — con

²⁴¹ AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 562 s., compie un'esaustiva panoramica delle clausole coincidenti o analoghe alla dizione « non si applicano » di cui all'art. 217-bis l. fall., contenute nella vigente legislazione penale, senza tuttavia riscontrare esiti univoci sul versante dogmatico.

²⁴² FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di PALAZZO, Napoli, 2001, 299 ss.

²⁴³ MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, cit., 1621.

²⁴⁴ L'impostazione giurisprudenziale in esame affonda le radici in Cass., sez. un. pen., 25 gennaio 1958, Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513 ed è rimasta sostanzialmente immutata nonostante qualche limitata “apertura” in senso diverso da parte di isolate pronunce di merito (ad esempio Trib. Foggia, ord. 5 aprile 2004, Marzano, in *Cass. pen.*, 2005, 196 ss., con nota di PERDONÒ, *Opposizione alla sentenza di fallimento e sospensione del processo per bancarotta: si apre una breccia nella giurisprudenza di merito in conseguenza della mutata qualificazione della sentenza di fallimento*). Una recente conferma dell'orientamento dominante, sia pure sotto forma di *obiter dictum*, è rinvenibile in Cass., sez. un. pen., 27 gennaio 2011, n. 22242, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1477 ss., con nota di FASANI, *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*.

²⁴⁵ PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 16 ss.

efficacia specularmente contrapposta — una norma di favore che, a ben vedere, configura un limite non già rispetto alla tipicità, ma piuttosto al pieno dispiegarsi degli effetti di una condizione obiettiva di punibilità che deve ancora verificarsi (la dichiarazione giudiziale di insolvenza), ovvero si verifica in concomitanza (il provvedimento ammissivo al concordato preventivo richiamato dall'art. 236, cpv., n. 1, l. fall.).

Si potrebbe dunque concludere che l'art. 217-*bis* l. fall. è una clausola che attiene alla (non) meritevolezza di pena — per ragioni politico-criminali — con riferimento ai fatti di bancarotta, semplice e preferenziale, commessi «in esecuzione» di una delle procedure finalizzate al superamento della crisi d'impresa ivi indicate.

Prima di soffermarsi sulla controversia concernente le condotte “strumentali” al risanamento — che, nella prospettiva qui accolta, si risolve nel valutare la disposizione in commento come causa concomitante o (anche) sopravvenuta di esclusione della punibilità — conviene brevemente scrutinare le conseguenze dell'ipotizzata mutazione genetica dell’“esenzione”.

Sul versante dell'elemento soggettivo è pacifico che le cause di non punibilità, siano esse presenti *ab origine* o successivamente intervenute, prescindono dalla colpevolezza, poiché «operano a favore dell'agente se obiettivamente esistenti (...); mentre, se oggettivamente non esistono, a nulla varrà che l'agente abbia erroneamente supposto che fossero presenti nel caso concreto»²⁴⁶, senza che possa inoltre trovare applicazione il secondo capoverso dell'art. 59 c.p., né tanto meno il modo interpretativo analogico²⁴⁷.

Per quanto poi attiene alla comunicabilità ai concorrenti eventuali, l'art. 217-*bis* l. fall. è causa di esclusione della punibilità che non riveste carattere personale²⁴⁸, giacché non si riferisce all'agente, ma al contrario, in termini oggettivi, «ai pagamenti e alle operazioni». Ne segue l'applicabilità del capoverso dell'art. 119 c.p., a mente del quale «Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato».

²⁴⁶ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 380.

²⁴⁷ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 380.

²⁴⁸ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 380.

Passando all'efficacia temporale dell'“esenzione”, l'inquadramento dogmatico qui proposto risulta compatibile con l'interpretazione “strumentale” della norma, da intendere come causa sopravvenuta di non punibilità qualora agli atti e ai pagamenti prodromici al risanamento segua l'avvio di una delle procedure finalizzate a superare lo stato di crisi indicate dalla disposizione di favore. In tale ottica la portata oggettiva della clausola che esclude la meritevolezza di pena non sembrerebbe dar luogo ad alcuna forma di analogia.

Occorre, semmai, sottolineare un differente aspetto: indipendentemente dalla collocazione dogmatica prescelta, un'interpretazione teleologica del lemma «in esecuzione» incontra pur sempre quale limite — anche allo scopo di prevenire fin troppo facili abusi²⁴⁹ — la circostanza che l'atto e/o il pagamento prodromici siano espressamente contemplati dalla procedura di risanamento (sia pure realizzata *ex post*, costituendo quindi una sorta di “ratifica”) e in ogni caso considerati da parte dell'esperto in sede di attestazione della credibilità/razionalità del programma di superamento dello stato di crisi.

Una simile impostazione è peraltro adottata in due ulteriori norme del r.d. n. 267/1942: l'art. 182-*quater* (inserito dalla l. n. 122/2010) e l'art. 182-*quinquies* (introdotto dal d.l. n. 83/2012).

Il capoverso della prima previsione prende espressamente in considerazione i cc.dd. prestiti-ponte²⁵⁰, erogati da banche e intermediari finanziari «in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti», disponendone un trattamento di favore (la prededucibilità in sede concorsuale) a condizione che i finanziamenti “strumentali” «siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato».

²⁴⁹ Pare esservi anche tale preoccupazione alla base dello scetticismo sull'interpretazione c.d. strumentale dell'art. 217-bis l. fall. espresso da D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*; cit., 213.

²⁵⁰ In argomento v., anche per ulteriori approfondimenti, STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1346 ss.

L'art. 182-*quinquies* l. fall. estende il medesimo beneficio di “prededucibilità autorizzata” (dal tribunale) alla c.d. finanza interinale²⁵¹, *id est* ai finanziamenti (eventualmente assistiti da pegno o ipoteca) successivi alle domande di concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti che risultino — da attestazione *ex art. 67*, comma 3°, lett. d) — «funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori».

Dal punto di vista letterale il combinato disposto degli artt. 182-*quater*, 182-*quinquies* e 217-*bis* l. fall. sembrerebbe militare a sostegno dell'interpretazione restrittiva della clausola «in esecuzione» (attraverso il brocardo *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*) e conseguentemente indurrebbe a scartare la lettura estensiva della norma penale di favore. In chiave sistematica, tuttavia, gli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* confermano la sussistenza di ragioni di opportunità in virtù delle quali escludere la meritevolezza di pena per i fatti contemplati dall'art. 217-*bis* r.d. n. 267/1942, qualificabile come causa (anche) sopravvenuta di esclusione della punibilità.

²⁵¹ La Relazione illustrativa del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, cit., manifesta l'intenzione del legislatore di incentivare il «mercato della finanza interinale», sul modello dei cc.dd. first day orders dell'ordinamento statunitense, non solo al fine di agevolare ipotesi di “continuità aziendale” (cfr. il nuovo art. 186-bis l. fall., introdotto dall'art. 33, comma 1°, lett. h, d.l. n. 83/2012), ma anche per scopi di (mera) strumentalità rispetto al soddisfacimento dell'interesse del ceto creditorio.

CAPITOLO III
IL DELICATO CONFINE TRA BANCAROTTA FRAUDOLENTA E
SEMPLICE

1.Premessa

La fattispecie delittuosa della bancarotta fraudolenta è prevista dall'art. 216 l.f., così strutturato: “1. 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 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”.

A sua volta, la bancarotta fraudolenta si distingue in patrimoniale, documentale e preferenziale.

L'interesse specifico tutelato dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale è quello di ciascun creditore all'integrità del patrimonio del fallito.

Sono penalmente rilevanti anche fatti commessi in epoca non prossima alla dichiarazione di fallimento ed alla stessa non collegati²⁵².

L'oggetto del reato è costituito da qualsiasi bene, comunque compreso nella sfera di disponibilità del fallito, destinato o meno all'esercizio dell'impresa, anche se soggetto a rivendica o di provenienza

²⁵² Cass. pen., 17 novembre 1982, 2480.

delittuosa²⁵³, nonché i beni acquistati con riserva di proprietà²⁵⁴, ottenuti in *leasing*²⁵⁵, l'avviamento, i rapporti di lavoro e la tecnologia²⁵⁶.

Si distinguono le condotte che provocano una diminuzione reale del patrimonio, da quelle che comportano una diminuzione solo fittizia dello stesso.

Nel novero delle prime rientrano: distrazione, distruzione o dissipazione dei beni.

Si ha distrazione ogni qual volta si dà volontariamente al patrimonio una destinazione diversa, non qualificabile come occultamento, distruzione o dissipazione²⁵⁷, da quella cui è preposto, quale elemento necessario per la sua funzionalità e quale garanzia verso i creditori²⁵⁸. Altri ritengono che l'essenza della distrazione vada ravvisata nella estromissione di un bene dal patrimonio²⁵⁹.

Anche un contratto di locazione può integrare gli estremi della bancarotta per distrazione ove sia stipulato in previsione del fallimento ed allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto giuridico²⁶⁰. Infatti, con la stipulazione della locazione l'impresa disestata si trova nell'impossibilità di esercitare qualsiasi attività economica e, poiché detto contratto produce effetti anche dopo il fallimento del locatore (art. 80 l.fall.), gli organi del fallimento sono ostacolati nella liquidazione dell'attivo, con conseguente danno per i creditori concorsuali.

Altri esempi possono ravvisarsi nella stipulazione di una fideiussione

²⁵³ Cass. pen., 25 novembre 1980, n. 1068, in *Cass. pen.*, 1982, 1090 ss; Cass. pen., 28 febbraio 1992, n. 2492, in *Riv. Trim. Dir. Pen. ec.*, 1992, 1184 ss.

²⁵⁴ Cass. pen., 13 dicembre 1984, Merletti, n. 6540, in *cass. pen.*, 1986, 594 ss.

²⁵⁵ Cass. pen., 5 novembre 1992, n. 4534; Cass. 17 gennaio 1997, n. 448.

²⁵⁶ Cass. pen., 24 maggio 1982, n. 8598.

²⁵⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, II, Milano, 1993, 57 "la distrazione indica tutte le altre manovre di qualsiasi genere che siano dirette allo scopo sopraindicato".

²⁵⁸ DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 192; Cass. pen., 4 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 1635.

²⁵⁹ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1955, 1334.

²⁶⁰ Cass. pen. 28 gennaio 1998, n. 3302; anche Cass. pen. 29 ottobre 1993, n. 9853, in *Giust. pen.*, 1994, II, 459, nel caso in cui attraverso la locazione di tutti o dei principali beni aziendali si viene ad ostacolare la collocazione sul mercato degli stessi.

non funzionale all'impresa²⁶¹ o nella vendita ad un acquirente non solvibile e con pagamento dilazionato²⁶².

È configurabile il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale anche nel caso di distrazione di un bene oggetto di un contratto di locazione finanziaria (*leasing*). Infatti, in virtù di detto negozio, l'utilizzatore acquista la facoltà di scegliere, alla scadenza del rapporto, fra la restituzione del bene ricevuto ed il conseguimento della proprietà di esso alle condizioni stabilite. Pertanto, la sottrazione del bene detenuto in base a detto contratto integra gli estremi della bancarotta perché se il bene, in quanto tale, ancora non è entrato nel patrimonio del conduttore, in esso è confluito però il relativo diritto di riscattarlo alla scadenza del rapporto²⁶³.

Costituisce distrazione anche la diminuzione del patrimonio dell'impresa attuato con modalità delittuose (ad esempio mediante attività corruttive), pur se finalizzate all'interesse dell'impresa stessa²⁶⁴. Con una pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto che il reato di bancarotta sussiste anche quando la distrazione abbia per oggetto beni illecitamente conseguiti, poiché il patrimonio dell'imprenditore va considerato nella sua consistenza effettiva e non in relazione al modo in cui si è formato. Pertanto, nel caso di distrazione avente ad oggetto beni acquisiti in modo truffaldino è possibile il concorso tra la bancarotta per distrazione e la truffa²⁶⁵.

Con riferimento ai gruppi di società è stato ritenuto penalmente rilevante il comportamento di una società che trasferisca ad altra del gruppo capitali o altre attività senza adeguata contropartita, anche se detto comportamento potesse apparire indispensabile per fronteggiare particolari esigenze del gruppo²⁶⁶. Infatti, il fenomeno del collegamento societario è di

²⁶¹ Cass. pen., 12 dicembre 1979, n. 2674, in *Riv. pen.*, 1980, 586

²⁶² Cass. pen., 19 settembre 1995, n. 10220.

²⁶³ Cass. pen., 1° giugno 1999, n. 6882.

²⁶⁴ Cass. pen., 16 febbraio 1994, n. 4461, in *Cass. pen. Mass.*, 1994, fasc. 9, 56.

²⁶⁵ Cass. pen., 25 marzo 1999, n. 3958.

²⁶⁶ Cass. pen., 10 luglio 1985, n. 9421, in *Giust. pen.*, 1986, II, 303; si veda anche Cass. civ., 1° febbraio 2000, n. 1070, in *Guida al diritto*, n. 8, 2000, 90 ss. "la destinazione di risorse di una società verso altra "collegata" configura perfettamente la violazione del vincolo patrimoniale allo scopo strettamente sociale e, pertanto, è idonea ad integrare l'elemento materiale della bancarotta

natura meramente economica, ma non scalfisce il principio dell'autonoma personalità giuridica di ciascuna società²⁶⁷.

Nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa, con nomina del fallito a coadiutore, ove quest'ultimo si appropri di somme derivanti dall'esercizio provvisorio, si realizza il reato di bancarotta fraudolenta e non quello di appropriazione indebita o di malversazione²⁶⁸.

Dubbi sorgono in ordine ai beni sottratti alla procedura concorsuale ex art. 46 l. fall. Qualsiasi atto di disposizione su di essi realizzato integra comunque gli elementi del reato di bancarotta per distrazione, in quanto gli atti di sperpero e di dissipazione colpiscono il patrimonio nella sua totalità, pregiudicando gli interessi dei creditori. Infatti, a causa di tali atti l'imprenditore dovrà far gravare le proprie spese sui beni residui.

La giurisprudenza è però di diverso avviso, ed esclude in via di principio che possa commettersi bancarotta sui beni di natura personale del fallito²⁶⁹.

Per altro verso, si ha distruzione allorché l'agente annulla il valore economico del bene, anche se lo lascia esistere nella sua materialità.

La dissipazione, invece, consiste nel depauperamento del proprio patrimonio con il compimento di atti negoziali che si traducono in uno sperpero del patrimonio senza che trovino la loro causa nella vita economica dell'azienda; nel caso in cui sussista tale collegamento si realizza un'operazione di pura sorte e si verte in tema di bancarotta semplice.

Viene poi in rilievo l'occultamento, che consiste nel nascondimento materiale dei beni, effettuato allo scopo di impedirne l'apprensione da parte degli organi del fallimento. Diversa è invece la dissimulazione che si realizza mediante negozi giuridici simulati o fiduciari in modo che i beni figurino, di fronte agli organi fallimentari, appartenenti a soggetti diversi

fraudolenta per distrazione".

²⁶⁷ Cass. pen, 17 marzo 1995, n. 5032.

²⁶⁸ Cass. pen, 1° dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 71, II, 792.

²⁶⁹ Cass. pen, 12 agosto 1996, in *Riv. pen.*, 1987, 506.

dal fallito.

La simulazione di passività inesistenti si verifica quando l'imprenditore espone o riconosce passività inesistenti.

L'elemento soggettivo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito, salvo che per l'ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, dal dolo generico, anche nella forma del dolo eventuale. Non è richiesto il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori, ma soltanto la consapevolezza della sottrazione di beni alla garanzia della massa creditoria²⁷⁰.

Del resto, non si richiede neppure che l'agente abbia consapevolezza della verifica di un pregiudizio patrimoniale per la società, tale da determinarne la decozione²⁷¹.

È necessario, invece, il dolo specifico, nell'ipotesi di bancarotta commessa mediante simulazione di passività inesistenti. Infatti, secondo la formula usata dal legislatore, l'agente deve perseguire lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, scopo la cui realizzazione è estranea alla struttura oggettiva del reato.

La fattispecie del reato di bancarotta può infine assumere la forma c.d. propria o impropria del reato, a seconda che il fatto di bancarotta (semplice o fraudolenta) sia commesso: nel primo caso, da un imprenditore individuale; nel secondo caso, in ambito societario, da soggetti quali amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori.

Nel contesto della prima fattispecie vanno altresì ricondotti i fatti di bancarotta posti in essere dai soci illimitatamente responsabili di s.n.c. e s.a.s., stante la previsione per cui l'apertura del fallimento produce effetti anche in relazione ai soci illimitatamente responsabili.

Infine, occorre distinguere nettamente tra il danno provocato dall'insolvenza in quanto tale e il danno provocato dalla condotta tipica¹⁰⁷, che, per quanto grave, pare difficilmente capace di abbracciare un interesse

²⁷⁰ Cass. pen, 27 febbraio 1997, n. 4472, in *Cass. pen.*, 1998, 1487.

²⁷¹ Trib. Milano 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1477.

sovraindividuale e macroeconomico, se non – e a tutto concedere – nell’ipotesi della causazione dolosa dell’insolvenza. Distinzione, a dire il vero, non sempre chiara alla giurisprudenza, soprattutto di merito, che non ha mancato di riecheggiare recentemente le tesi suesposte quando si è trovata a giudicare casi di rilevanza nazionale: in particolare, si è esplicitamente individuato il bene giuridico della bancarotta nell’economia pubblica, rilevando che la natura patrimoniale dell’interesse protetto sia frutto di una lettura «eccessivamente tradizionale» delle incriminazioni, e che, al contrario, vi sarebbe «un aspetto pubblicistico da considerare, che guarda a tale tipologia di illeciti come reati connessi all’economia pubblica, all’economia statale», essendo del pari «intuitivo» che la gestione di compagnie di notevole peso economico «travalichi i confini dell’attività commerciale specifica [...] per coinvolgere interessi economici esterni ai soggetti direttamente interessati»²⁷².

Ora, fatte queste brevi premesse sull’elemento oggettivo dei reati di bancarotta, si affronta la struttura di tali delitti sotto il profilo soggettivo con particolare riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Si fa riferimento alla struttura soggettiva propria dei reati di pericolo, che può considerarsi differente dalle strutture soggettive di altri modelli di reato. Invero, la pluralità delle tipologie strutturali degli illeciti esistenti nel sistema penalistico italiano sembrerebbe prevedere diverse le nozioni di dolo al variare della fattispecie, con la conseguenza che, per quel che qui interessa, la natura di reato di pericolo concreto della bancarotta fraudolenta patrimoniale assume rilievo anche in relazione all’elemento soggettivo del reato.

Seguendo tale crinale, il dolo non appare un concetto unico per tutti i reati: la struttura soggettiva si modifica con il variare della tipicità oggettiva. Avremo, dunque, una struttura soggettiva compatibile con i reati d’evento ed una con i reati di condotta: si tratta del dolo come tipicità oltre che del dolo come volontà²⁷³.

Secondo le concezioni dogmatiche, oggi prevalenti in dottrina, che si sono affermate a partire dalle teorie finalistiche, accanto all’uso tradizionale del

²⁷² MESSORI, *La bancarotta per dissipazione nella “vicenda Alitalia”*: profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione, in *Cass. pen.*, 2016, 3850 ss.

²⁷³ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 172 ss.

concetto di elemento oggettivo, inteso come insieme dei dati materiali esterni alla psiche, se ne affianca un altro, quello di fatto tipico in cui dolo e colpa rilevano non solo al livello della colpevolezza, ma contribuiscono altresì alla tipizzazione della condotta. La distinzione tra elemento oggettivo e soggettivo è dunque anche interna al concetto di fatto tipico²⁷⁴, esistendo un dolo e una colpa che non sono ancora necessariamente colpevoli²⁷⁵. Sono questi gli elementi che vengono definiti, della “tipicità soggettiva”²⁷⁶.

Nella fase interpretativa della fattispecie — ma anche in quella di accertamento processuale — il dolo dovrà in definitiva essere scomposto ed analizzato primariamente nel proprio aspetto della tipicità e, secondariamente, sotto l'aspetto della colpevolezza. Ed allora la tipicità oggettiva propria dei reati di pericolo porterà altresì alla variazione della loro struttura soggettiva²⁷⁷.

Appare interessante ricordare come nella relazione di sintesi che Delitala scrisse nel 1972 sulle relazioni preliminari al Congresso internazionale di diritto penale svoltosi a Roma nel 1969, egli notò che sul problema della colpevolezza nei reati di pericolo la tesi generalmente seguita era quella della necessità del dolo: da intendersi, per la relazione italiana, non come volontà di cagionare il risultato dannoso (giacché allora si avrebbe tentativo del reato di danno), bensì nel senso di consapevolezza dell'esposizione a pericolo di dati beni²⁷⁸.

²⁷⁴ ASTORINA, *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino, 2018, 424 ss., secondo cui la normatività del dolo non è soltanto ammissibile ma anche necessaria per un accertamento che si allontani dal fatto psicologico meramente interno.

²⁷⁵ Si è brillantemente evidenziato che, nella concezione normativa della colpevolezza, dolo e colpa non “appartengono” al contenuto della colpevolezza, ma si configurano come il suo oggetto. Invero, rispetto al fatto, essi assumono un ruolo costitutivo della conformità al tipo, in cui si esaurisce il loro valore descrittivo; rispetto alla colpevolezza, per altro verso, dolo e colpa svolgono la funzione di delimitare l'oggetto del rimprovero, circoscrivendolo unicamente nei confronti di chi ha realizzato “personalmente” un fatto penalmente illecito. In tal senso si vedano FIORE, FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 435-436. Così anche DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *riv. it. Dir. Proc. Penn.*, 1991, 107 ss.

²⁷⁶ Sul riconoscimento della funzione tipizzante del dolo e della colpa da considerarsi, tuttavia, scollegata dalla categoria del “disvalore di azione” della teoria finalistica si veda, FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 237 ss.

²⁷⁷ DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5033.

²⁷⁸ DELITALA, *I reati di pericolo*, in DELITALA (a cura di), *Diritto penale. Raccolta degli scritti*,

Ricorre, a tal proposito, in dottrina il riferimento al c.d. dolo di pericolo (*Gefährdungsvorsatz*), nozione che non attiene alle forme del dolo, ma che riflette il contenuto offensivo della fattispecie legale del reato di pericolo²⁷⁹. A seconda della natura offensiva, infatti, si distingue il dolo di danno dal dolo di pericolo in rapporto all'oggetto del dolo. Si sostiene che tale distinzione serve soprattutto ad evidenziare le ipotesi in cui vi è uno scambio corrispettivo: reati di danno con dolo di pericolo (ad es. omicidio preterintenzionale) e reati di pericolo con dolo di danno (ad es. delitto tentato)²⁸⁰.

Ciò significa che il dolo è di pericolo, laddove l'elemento soggettivo si accontenta della volontà di porre in pericolo il bene giuridico, a differenza del dolo di danno, dove l'integrazione del dolo richiede la volontà di ledere il bene giuridicamente rilevante. Tuttavia, la struttura soggettiva del dolo di pericolo non diverge nella "composizione" rispetto al dolo di danno: infatti, anche tale istituto richiede la compresenza sia dell'elemento cognitivo sia di quello volitivo, solo che qui rappresentazione e volontà sono proiettate verso l'esposizione a pericolo del bene tutelato. In altre parole, per l'integrazione del dolo di pericolo è necessario che il soggetto si rappresenti il pericolo concreto e, sulla base di tale rappresentazione, decida di agire²⁸¹.

Si ritiene, inoltre, esistere uno spazio applicativo autonomo per la figura del dolo di pericolo, non potendosi confondere quest'ultimo né con il dolo eventuale di danno, né con la colpa con previsione. Non può prospettarsi l'identità tra il contenuto del dolo di pericolo e il contenuto del dolo eventuale, giacché quest'ultimo ha natura di autentico dolo di danno, mentre il concetto di dolo di pericolo dovrebbe venire in considerazione solamente nelle relative fattispecie di

Milano, 1976, 423.

²⁷⁹ PAGLIARO, *Il reato*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, 99.

²⁸⁰ SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 347 ss.

²⁸¹ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999 232. In particolare, secondo l'autore non è sufficiente che il pericolo, sotto il profilo soggettivo, sia evincibile dalla sussistenza di determinate circostanze, ma è necessario anche che il soggetto agente formuli un "giudizio" circa la sua esistenza, ossia una valutazione sul significato della propria condotta rispetto ai concreti risvolti pericolosi della sua realizzazione.

pericolo²⁸². Sotto tale profilo, dunque, il soggetto agente non si rappresenta necessariamente la direzione eziologica della propria condotta verso il risultato dannoso²⁸³.

Applicando quanto appena detto ai delitti di bancarotta, la selezione delle condotte conformi al tipo descritto dal legislatore dovrebbe avvenire prima sul piano “oggettivo”, mediante la verifica della concreta idoneità delle stesse a porre in pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, per poi investire il profilo “soggettivo”, dovendo tale idoneità essere rappresentata da parte dell'agente. Inoltre, è bene evidenziare che i due accertamenti devono rimanere separati, non potendo presumersi la sussistenza implicita del dolo solo sulla base del carattere distrattivo della condotta (c.d. *dolus in re ipsa*)²⁸⁴.

Per quel che riguarda l'elemento soggettivo, la formulazione dell'art. 216, comma 1, n.1, 1. fall. ha sempre suscitato molti dubbi in dottrina e in giurisprudenza. L'analisi del dolo, invero, deve fare i conti con una netta differenziazione — sul piano soggettivo — tra le varie ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Manca qui l'espressa previsione legislativa dello «scopo di recare pregiudizio ai creditori», richiesto contrariamente nell'ipotesi in cui le medesime condotte sono collegate al gonfiamento del passivo, nonché nella bancarotta fraudolenta documentale di cui al n. 2 dell'art. 216 1. fall. Nulla dicendo la disposizione di legge, si pone dunque il quesito se il legislatore abbia richiesto il dolo specifico solo per l'ipotesi finale della simulazione di passività²⁸⁵.

Secondo il costante e pacifico orientamento della giurisprudenza in materia di bancarotta per distrazione, ad integrare l'elemento soggettivo sarebbe sufficiente il dolo generico, ossia la rappresentazione e volontà di estromettere il singolo bene dal patrimonio del soggetto agente. Non è richiesto il fine specifico

²⁸² *Ivi*, 232 ss.

²⁸³ CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base “consentito”*, in DONINI - ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia, 2013, 155 ss.

²⁸⁴ BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 165 ss.

²⁸⁵ AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 315-316.

di recare pregiudizio ai creditori, ma soltanto la consapevolezza della sottrazione di beni alla garanzia della massa creditoria²⁸⁶. Parte della dottrina ha suggerito, quale correttivo psicologico per circoscrivere nel tempo l'incriminabilità dei fatti che sono previsti all'art. 216 l. fall., che il dolo specifico sia riferito tanto ai casi di diminuzione fittizia quanto a quelli di diminuzione effettiva del patrimonio²⁸⁷.

Come si è detto si reputa che la ricerca di un criterio di limitazione di un arco di rilevanza temporale dei fatti di bancarotta fraudolenta debba essere condotto innanzitutto sul terreno dell'elemento materiale, per poi investire in modo omogeneo l'elemento soggettivo del delitto²⁸⁸.

Ed allora appare necessario valorizzare il dolo generico in modo tale da renderlo idoneo a selezionare le condotte meritevoli di sanzione. Tale impostazione deve muovere dalla pericolosità concreta dei fatti di bancarotta, da intendersi come atti capaci di intaccare la garanzia patrimoniale facendola scendere al di sotto del livello di guardia necessario al soddisfacimento dei creditori. In conseguenza di ciò, sul piano soggettivo, il dolo in capo all'imprenditore deve essere qualificato come consapevolezza di agire ponendo in pericolo tale garanzia²⁸⁹.

Anche la giurisprudenza più recente ha iniziato ad “arricchire” il dolo generico: oltre al tradizionale richiamo alla consapevolezza di disporre di elementi del patrimonio sociale per scopi diversi da quelli propri dell'impresa, si richiede altresì la volontà di compiere atti che possono cagionare un pericolo di danno ai creditori²⁹⁰. Si è evidenziato²⁹¹, tuttavia, che le formule impiegate risultano alquanto ambigue, spingendosi talvolta oltre il dolo di pericolo (“possono cagionare”), per raggiungere addirittura un dolo di danno (“atti che cagionino danni ai creditori”)²⁹².

La previsione del reato di bancarotta fraudolenta documentale,

²⁸⁶ Cass., Sez. V, 28 febbraio 2017, n. 14846, in *C.E.D. Cass.*, n. 270022.

²⁸⁷ BRICHETTI - PISTORELLI, *La bancarotta e altri reati fallimentari*, cit., 128.

²⁸⁸ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 125.

²⁸⁹ *Ivi*, 133.

²⁹⁰ Cass. pen, Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 8997, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2018.

²⁹¹ ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, Vol. IV, *I reati fallimentari*, Torino, 2019, 62.

²⁹² Cass., Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400, in *Cass. pen.*, 2018, 2403.

invece, mira, da un lato, a scongiurare la commissione di reati nell'ambito dell'impresa, in quanto la regolare tenuta della contabilità rende molto più difficoltosa la realizzazione di condotte criminose, e, dall'altro, ad agevolare lo svolgimento della procedura concorsuale. L'impossibilità di ricostruire il patrimonio del fallito ed il movimento degli affari mediante le scritture contabili determina inevitabilmente un ritardo nella procedura fallimentare con danno per i creditori del fallito²⁹³.

Sono penalmente rilevanti anche le manomissioni concernenti i libri facoltativi.

I comportamenti incriminati consistono nella sottrazione, distruzione o falsificazione delle scritture contabili o nella loro tenuta in modo da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio degli affari. L'ultima ipotesi si concreta in tutti quegli artifici contabili che possono essere usati per impedire il rilevamento della consistenza patrimoniale in base alle scritture contabili.

Si è in presenza di un reato di danno riferito al contenuto sostanziale delle scritture, a differenza della bancarotta semplice documentale che è reato di pericolo presunto²⁹⁴. L'esistenza del reato è esclusa quando la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari può essere attuata con il ricorso alla contabilità ufficiosa ed a documenti e dati provenienti dal fallito²⁹⁵. Non è, invece, esclusa la punibilità nel caso in cui, nonostante la predisposizione dolosa delle scritture contabili, siano ugualmente scoperte le irregolarità di gestione²⁹⁶.

Peraltro, non può ravvisarsi la causa di forza maggiore, che esclude la responsabilità, nel furto del computer contenente tutti i dati utili della contabilità e nella irreperibilità del tecnico che ha introdotto la chiave di lettura sul supporto magnetico, dal momento che, comunque, l'imputato non ha tenuto i prescritti libri contabili nei quali avrebbe potuto trasferire di

²⁹³ Cass. pen, 26 settembre 1980, n. 958.

²⁹⁴ Cass. pen, 6 giugno 1980, n. 10068.

²⁹⁵ Cass. pen, 12 ottobre 1989, n. 13600, in Ced., m. 182253; Cass. pen, 25 febbraio 1977, n. 14605.

²⁹⁶ Cass. pen, 12 marzo 1971, n. 2943.

volta in volta le risultanze del computer e non ha conservato i dati cartacei (bolle, ricevute, contratti, atti provenienti da terzi) che avrebbe dovuto conservare²⁹⁷.

Inoltre la cessazione dell'attività commerciale non fa venire meno l'obbligo della tenuta dei libri e delle scritture contabili quando vi siano passività insolute e siano quindi pendenti rapporti connessi con l'attività commerciale precedentemente svolta. Infatti, la tutela dei creditori impone che venga consentito ai medesimi di avere cognizione, tramite i libri e le scritture contabili, dell'attività svolta, ovvero dell'inattività della società, per essere comunque aggiornati sulla situazione economica di questa²⁹⁸.

Con riferimento all'elemento soggettivo si rileva che è necessario il dolo specifico, ossia lo scopo di procurarsi un ingiusto profitto a danno dei creditori, nelle ipotesi di sottrazione, distruzione e falsificazione della contabilità, mentre è sufficiente il dolo generico nell'ipotesi prevista nell'ultima parte del n. 2 dell'art. 216 l.fall.

In quest'ultimo caso, per la sussistenza del reato ivi previsto, non è necessario che la ricostruzione della situazione patrimoniale dell'impresa sia resa impossibile, essendo sufficiente che essa sia possibile solo grazie ad un'abilità e ad una diligenza eccezionali²⁹⁹.

Nella fattispecie di bancarotta fraudolenta preferenziale, invece, l'interesse tutelato è quello della salvaguardia della *par condicio creditorum*.

L'elemento oggettivo è caratterizzato da qualsiasi comportamento del fallito, anche diverso dalla dazione dei beni, sia anteriore che posteriore alla dichiarazione di fallimento, che porti alla soddisfazione dei creditori al di fuori della procedura concorsuale o che simuli in favore dei medesimi un titolo di prelazione.

Non integra, però, gli estremi del reato, in quanto non v'è pregiudizio per la massa dei creditori, la condotta dell'imprenditore che soddisfi un

²⁹⁷ Cass. pen, 18 aprile 1995, n. 5158.

²⁹⁸ Cass. pen, 1 ° giugno 1999, n. 6883.

²⁹⁹ Cass. pen, 5 febbraio 1988, n. 4794, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1988, 932.

credito ipotecario, pignoratizio o privilegiato, effettuato nel limite di valore dei beni gravati da garanzia.

Non costituisce reato neppure il rilascio di cambiali, trattandosi di un titolo di credito e, pertanto, di una semplice promessa di pagamento e non di un vero e proprio adempimento³⁰⁰.

V'è, peraltro, la penale responsabilità anche del creditore, a titolo di concorso, ove questi richieda ed accetti il pagamento del credito quando sia consapevole non solo della insolvenza del debitore, ma anche del vantaggio che ricava dalla indebita preferenza, con danno degli altri creditori.

La simulazione va, invece, intesa come costituzione di una garanzia, artatamente occultata nella sua vera essenza ai restanti creditori, onde impedire che possa operare il meccanismo della revocatoria fallimentare. Si può pensare alla condotta dell'imprenditore in dissesto che, in epoca prossima alla dichiarazione di fallimento, con l'intento di favorire taluni fornitori e professionisti, ricorre all'artificio di stipulare fittizi atti di vendita di immobili di sua proprietà, facendosi rilasciare in corrispettivo cambiali garantite da ipoteca sugli immobili medesimi, girando successivamente gli effetti cambiari ai creditori.

In caso di bancarotta preferenziale post-fallimentare, la responsabilità dell'imprenditore è esclusa se il fallito paga un creditore della amministrazione fallimentare con gli utili conseguiti nell'esercizio provvisorio dell'impresa, dato che tali creditori hanno diritto ad essere soddisfatti integralmente delle loro ragioni³⁰¹. Analogamente il reato è escluso se il fallito paga un creditore post-fallimentare con beni derivanti dall'esercizio di un'attività personale successiva al fallimento. Infatti, il fallimento ha soltanto il diritto di percepire gli utili derivanti dall'attività personale del fallito, ma un utile non sussiste se non dopo che sono state estinte le passività incontrate per realizzarlo³⁰².

Con riferimento all'elemento psicologico è previsto il dolo specifico,

³⁰⁰ Cass. pen, 28 febbraio 1982, n. 1746, in Ced, m. 157654.

³⁰¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, 1993, 87.

³⁰² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 88.

in quanto è necessario che il fallito abbia agito con lo scopo di favorire taluno dei creditori, a danno degli altri.

Secondo alcuni, nella fattispecie criminosa de qua concorrerebbero due distinti atteggiamenti della volontà: da una parte il dolo specifico indirizzato a favorire alcuno dei creditori, e dall'altra il dolo generico del danno procurato agli altri creditori.

Infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che ai fini della sussistenza del dolo specifico nella bancarotta preferenziale, non è necessario che il danno dei creditori sia voluto direttamente dall'agente, ma è sufficiente che ne sia stata accettata l'eventualità, secondo lo schema del dolo eventuale o indiretto³⁰³.

È stata esclusa l'illiceità penale dei pagamenti effettuati dall'imprenditore, quando sia mancata la volontà di perseguire lo scopo predetto, come nel caso in cui l'agente abbia soddisfatto alcuni creditori allo scopo di farli desistere dall'istanza di fallimento, convinto di poter superare le difficoltà economiche³⁰⁴.

Al contrario sussiste l'illecito nel caso in cui l'imprenditore abbia soddisfatto alcuni creditori al solo scopo di procrastinare la dichiarazione di fallimento con la speranza di realizzare un concordato³⁰⁵.

2. Le differenze e i punti di contatto tra gli articoli 216 e 217 l.f.

La prima differenza netta tra gli artt. 216 e 217 l.f. è di natura grafica: mentre le ipotesi di bancarotta fraudolenta sono tutte elencate al comma 1, n. 1, quelle di bancarotta semplice sono elencate in cinque differenti punti, elemento che secondo alcuni autori starebbe ad evidenziare la frammentazione casistica³⁰⁶.

³⁰³ Cass. pen, 3 gennaio 1985, n. 23, in Ced, m. 167257.

³⁰⁴ Cass. pen, 15 dicembre 1971, n. 3647.

³⁰⁵ Cass. pen, 19 marzo 1982, n. 1786.

³⁰⁶ PEDRAZZI, *Art. 217*, in PEDRAZZI, SGUBBI (a cura di), *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, 136 ss.

Ciò starebbe a significare che la bancarotta semplice patrimoniale non esiste, da sola, quale fattispecie unitaria, bensì quale raggruppamento di fattispecie tra loro diversificate, omogenee solamente a livello lesivo³⁰⁷.

In dottrina è sorto il quesito se la bancarotta fraudolenta e quella semplice abbiano lo stesso contenuto lesivo. Detto altrimenti, occorre domandarsi se anche la bancarotta semplice si concretizza in una lesione o messa in pericolo dell'integrità della garanzia patrimoniale³⁰⁸.

Analizzando la struttura letterale delle due norme, emerge che nell'art. 217, comma 1, n. 1, il carattere di eccezionalità delle spese personali o familiari è parametrato in base alle condizioni economiche, espressione certamente molto vaga. Ebbene, la dottrina afferma che eccessive saranno le spese che superano in maniera rilevante il complesso dei redditi di cui l'imprenditore dispone³⁰⁹. Una simile interpretazione non può accettarsi, dato che può ben ritenersi che un imprenditore con un vasto patrimonio si permetta di consumarne una parte, a condizione che resti comunque un margine sufficiente di attivo. Eccessive, allora, sono quelle spese che eccedono la disponibilità concessa dalla condizione economica di quel momento, vale a dire le spese che mettono in pericolo l'attitudine del patrimonio, nel contesto fallimentare, di assurgere a funzione di garanzia.

Le operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti di cui al n. 2 rilevano solo laddove ne consegua un risultato negativo, ossia la consumazione di una parte del patrimonio.

Il carattere tipico di queste due ipotesi, che non presuppongono uno stato di crisi, è quindi connesso a indici realistici che rimandano all'interesse tutelato dalla norma.

Il n. 3, invece, riguarda il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, presupponendo una situazione di crisi che versi in modo inevitabile nel fallimento. Il fatto stesso che il legislatore abbia impiegato il verbo "ritardare" lascia ritenere la non

³⁰⁷ CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 90.

³⁰⁸ PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., 140.

³⁰⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 102.

possibilità di evitare il fallimento. In tale contesto è chiaro che operazioni di grave imprudenza non possono comportare un deterioramento ulteriore del patrimonio, a danno dei creditori³¹⁰.

Va evidenziato che l'ipotesi in commento non concerne il risultato dell'operazione di grave imprudenza, colpendo invece il comportamento irresponsabile dell'imprenditore e la messa in pericolo del patrimonio.

Il n. 4, infine, contempla un evento di lesione effettiva dei diritti dei creditori.

Se ne può concludere che non soltanto l'oggettività giuridica dell'art. 217 è omogenea a quella dell'art. 216, ma che non vi è reato in assenza di un concreto attentato al bene giuridico tutelato, almeno a livello di pericolo³¹¹.

La tradizionale differenza tra bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice, tuttavia, poggia le sue basi principalmente nell'elemento psicologico: la prima rievoca una volontà volutamente offensiva dell'interesse tutelato; la seconda costituisce una categoria residuale (come è dato comprendere dalla clausola di sussidiarietà “fuori dei casi preveduti nell'articolo precedente”, presente nel preambolo dell'art. 217, avente la funzione di escludere concorsi formali e che, al contempo, postula una continuità tra le due fattispecie delittuose) ed è caratterizzata dalla mancanza dell'elemento fraudolento e classificata come semplicemente colposa, nonostante le indicazioni della legge in relazione all'elemento psicologico siano ambigue e frammentarie.

A questa bipartizione il legislatore riconnette un regime sanzionatorio differente (per la bancarotta fraudolenta da tre a dieci anni di reclusione; per la bancarotta semplice fino a due anni di reclusione).

Va anticipato, tuttavia, che la giurisprudenza sembra aver superato la tesi della distinzione dei due tipi di bancarotta in base all'elemento soggettivo, valorizzando piuttosto la finalità di impresa, come accaduto nel

³¹⁰ PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., 141.

³¹¹ PEDRAZZI, *Art. 217*, cit., 141.

caso *Alitalia*, che ci si accinge ad analizzare nelle pagine che seguono.

3. Il caso *Alitalia*: la posizione del Tribunale sull'oggettività giuridica dei reati di bancarotta

La sentenza del Tribunale di Roma del 28 settembre 2015, dal massiccio impianto motivazionale, rappresenta un esempio probabilmente senza precedenti di accertamento, in sede di merito, di condotte dissipative di dimensioni economiche straordinarie.

L'importanza di tale pronuncia deriva altresì dalla notorietà del fatto storico che ne costituisce il fondamento, diffuso dalla cronaca per il notevole interesse pubblico suscitato dall'intera vicenda – che vede imputati alcune figure di spicco del gruppo societario Alitalia – e per le pesanti conseguenze negative subite dagli investitori.

In questa sede s'intende ripercorrere i tratti salienti della pronuncia, soffermandosi su quella che pare una vera e propria riconsiderazione, da parte dei giudici di primo grado, del bene giuridico protetto dalle fattispecie di bancarotta; sulle premesse, che paiono corrette, in ordine all'individuazione dell'offensività in concreto delle condotte tipiche; nonché sui profili, che, diversamente, non paiono poter andare esenti da critiche, di accertamento dell'elemento oggettivo (secondo il paradigma sperpero-irrazionalità concreto impoverimento); e dell'elemento soggettivo.

I giudici di prime cure ritornano sull'antico problema, che pareva in realtà perlopiù pacificamente risolto, dell'individuazione del bene giuridico protetto dalle norme penali fallimentari. Essi hanno difatti ritenuto come sia «eccessivamente tradizionale» quell'approccio che individuava il bene immediatamente protetto dalla norma nella «tutela del patrimonio debitorio in esclusiva funzione di garanzia per i creditori». Si è pertanto sostenuto,

riecheggiando Autori degli anni trenta del Novecento³¹², che le fattispecie di bancarotta sarebbero figure delittuose connesse all'economia pubblica, in quanto l'attività di gestione d'impresa, che ne costituisce la premessa di fondo, trascende tanto la singola impresa quanto il mero interesse individuale dell'imprenditore, concretizzandosi in un'attività «di rilevanza esterna», come tale idonea a coinvolgere interessi economici esterni, appunto, ai soggetti direttamente interessati³¹³.

Date le rilevanti dimensioni dell'azienda – si tratta pur sempre, ragionano i giudici, della compagnia aerea di bandiera – non può negarsi che i fatti (ci si domanda in questa sede: quelli di bancarotta o il fallimento?) abbiano avuto dirette ripercussioni sull'economia statale e sulla collettività.

Questo discostamento dagli assunti della dottrina oggi maggioritaria³¹⁴, che qualifica le fattispecie penal-fallimentari come reati contro il patrimonio, non è tuttavia univoco nel corso della motivazione, ma al contrario sembra accompagnato da taluni “ripensamenti”. Si consideri il fatto che i giudici di primo grado dichiarano doverosa, per realtà imprenditoriali di simili dimensioni, una gestione aziendale votata alla «massima prudenza» accompagnata da un'applicazione «maggiormente pedissequa» dei criteri economico-aziendali: tutto ciò allo scopo «se non altro» di garantire l'integrità del patrimonio dell'imprenditore stesso, che costituisce la garanzia dei creditori. Tale conclusione, indubbiamente fondata, contrasta tuttavia con il ragionamento che precede.

Difatti, se davvero si ritiene che i reati fallimentari, «in origine

³¹² CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, 218; DE GENNARO, *La bancarotta. Problemi di diritto sostantivo e processuale*, Milano, 1930, 38; NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Torino, 1940, 45.

³¹³ Per ampi riferimenti bibliografici in tema di beni giuridici protetti nel diritto penale dell'economia si veda DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 1999, 8.

³¹⁴ Fra i tanti, CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 1991, 62; DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976, 840 ss.; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 220; PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 104.

strutturati come reati contro il patrimonio», costituiscano «massima espressione dei reati contro l'economia pubblica», si deve coerentemente dell'offesa concludere che non occorra necessariamente tutelare, con i propri atti gestori, la garanzia patrimoniale dei creditori, la quale, non costituendo l'oggetto giuridico della tutela *lato sensu*³¹⁵, (e dunque), potrà ben essere messa a repentaglio (tanto in termini di pericolo che di danno), purché la condotta non giunga ad assumere connotati di gravità tali da turbare l'economia pubblica o, meglio si dovrebbe dire, il macrocosmo economico³¹⁶. Simile ragionamento conduce tuttavia a risultati abnormi, quali, ad esempio, l'irrilevanza penale di fatti di bancarotta anche gravemente offensivi degli interessi dei creditori, qualora questi ultimi siano un numero esiguo e *in bonis*, per impossibilità di ricondurre la fattispecie concreta a quella astratta.

Al contrario, solo sostenendo l'identificazione dell'interesse tutelato con il bene-patrimonio (oggetto giuridico “in senso stretto”, ossia il bene «tutelato dalla norma incriminatrice e offeso dal reato»³¹⁷) si può con coerenza ritenere che un atto di disposizione patrimoniale, per assurgere ad illecito penale, debba risultare (in base ad una valutazione *ex ante*³¹⁸) idoneo a mettere a repentaglio proprio la capienza del patrimonio

³¹⁵ La singola garanzia patrimoniale, ossia il singolo asse di beni dell'imprenditore, costituisce l'oggetto dell'azione; il bene giuridico è invece il patrimonio come valore generalmente vigente. Pertanto, la singola garanzia, rappresentando una proiezione del più ampio concetto di patrimonio – oggetto giuridico della tutela in senso stretto – risulta essere, oltre che oggetto del divieto, destinatario lato sensu della protezione accordata dall'ordinamento.

³¹⁶ AMADUZZI, *L'azienda nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni*, Torino, 1963, 18. Senza pretesa alcuna di rappresentare con esaustività le distinte concezioni fornite da copiosa dottrina sul tema del bene giuridico, v'è da rilevare quell'opinione, contraria rispetto a quella che qui s'intende accogliere, secondo la quale «insieme alla concezione realistica o empirica del bene giuridico cade l'opinione che debba sussistere una concreta lesione o messa in pericolo del bene giuridico» (MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939, citato da ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983). Ma, a ben vedere, pare opportuna la contestazione che «se il mondo dei beni giuridici è sottratto all'influenza della legge causale, allora i beni non sono modificabili secondo leggi causali, e dunque neanche offendibili, e ci si chiede perciò perché mai abbisognino di tutela penale» (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 53).

³¹⁷ CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, 2012, 69.

³¹⁸ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 15 ss.

dell'imprenditore³¹⁹ (oggetto materiale, oltre che giuridico in senso lato). Qualsiasi atto dispositivo a ciò inidoneo – può aggiungersi – è invece espressione di un rischio accettabile³²⁰, più precisamente costituisce esercizio di un diritto (*id est*, il diritto del titolare di disporre dei beni del proprio patrimonio), il che pare frutto di una interpretazione restrittiva delle disposizioni di legge «rispondente, essa sola, alla *ratio legis*»³²¹.

Non convince del resto la tesi secondo la quale in qualsiasi episodio (anche dunque di modesta entità) sia sempre ravvisabile una compromissione del bene pubblicistico dell'economia pubblica, ovvero del c.d. ordinato esercizio del commercio³²². Infatti, tale lesione è da escludere nel caso del bancarottiere avente un numero assai circoscritto di solidi creditori ovvero laddove si accerti che condotte in vario modo fraudolente si siano risolte unicamente a danno di imprese straniere e persino a vantaggio dell'industria statale, verso cui i beni siano stati sviati³²³.

Nondimeno, stante la funzione c.d. dogmatica del bene giuridico³²⁴, in virtù della quale, una volta individuato l'interesse protetto è possibile

³¹⁹ Si è notato a questo proposito come «nessuno penserebbe di punire l'imprenditore che “distrugga” attrezzi divenuti inservibili o scarti di lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo» (PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 12).

³²⁰ Il principio in questione pare espresso in Cass. pen, Sez. un., 12 giugno 2009, n. 24468: «la bancarotta tutela l'integrità del patrimonio nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori mentre l'appropriazione indebita (tutela) l'inviolabilità del diritto di proprietà e quindi l'integrità del patrimonio in sé considerato».

³²¹ PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in PEDRAZZI, *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, vol. II, Milano, 2003, 993. Dalla natura patrimoniale delle fattispecie in esame l'Autore trae la conclusione per cui la bancarotta sussiste soltanto nei limiti in cui si verifichi un pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica dei creditori di cui all'art. 2740 c.c., non potendo invece sussistere qualora essa, nonostante sia stato posto in essere un atto di disposizione patrimoniale, non risulti in alcun modo lesa (GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 17). La considerazione dell'offesa agli interessi dei creditori come requisito della fattispecie costituirebbe difatti un'esigenza interpretativa immanente alla stessa normativa penale fallimentare e deriverebbe, in prima battuta, da una valutazione degli interessi in gioco. Stante l'incidenza dei fatti di bancarotta sul patrimonio stesso del soggetto agente, si è detta impensabile una compressione del diritto di proprietà (costituzionalmente garantito ex art. 42 Cost.) oltre la misura concretamente necessaria a garantire gli interessi creditori (peraltro non sovraordinati, ma essi stessi di natura patrimoniale). Compressione che potrebbe rilevarsi altresì confliggente con la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), che implica l'assunzione di quei rischi strutturalmente connessi ad ogni attività commerciale (PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 989).

³²² MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.

³²³ CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 90.

³²⁴ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 3.

risalire all'identità del soggetto passivo del reato³²⁵, difficilmente potrà ritenersi soggetto passivo del delitto di bancarotta l'intera società civile in quanto ciò è contraddetto dalla stessa lettera della legge che, all'art. 240 cpv. l. fall., consente ai singoli creditori di costituirsi parte civile nel procedimento penale³²⁶, laddove non vi provvedano il curatore, il commissario giudiziale o il commissario liquidatore, oppure qualora intendano far valere un titolo di azione propria personale.

È vero che, come assunto dai giudici romani, maggiore è l'interesse pubblico – e, dunque, il numero dei creditori – connesso alle vicende societarie, tanto maggiore sarà la prudenza richiesta all'imprenditore nell'adozione delle scelte decisionali di gestione dell'azienda, perché più ampi e numerosi saranno gli effetti sociali ed economici connessi indirettamente alle sue scelte. Ciò tuttavia non può implicare una riconsiderazione del bene giuridico protetto, che non muta in base al caso concreto, sia che si intenda la funzione critica da esso esercitata come «immanente al sistema», sia che la si reputi «trascendente» allo stesso, «con rilevanza de iure condendo, dunque politico-criminale»³²⁷.

È perfino ovvia l'osservazione che la bancarotta suscita allarme sul

³²⁵ CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, cit., 70.

³²⁶ Paiono a questo proposito però doverose alcune precisazioni. Anzitutto, taluno potrebbe sostenere che la norma citata si limiti a fare riferimento a uno dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile, non dovendosi pertanto ritenere esaustivo il riferimento ai soli creditori sociali. Inoltre, la riconosciuta possibilità di costituirsi parte civile non equivale necessariamente alla titolarità dell'interesse giuridico leso dalla condotta criminosa, potendo sostenersi che il creditore sia soggetto (meramente) danneggiato dal reato di bancarotta, il quale sia posto tuttavia a tutela di un interesse più ampio, l'economia pubblica appunto. Tuttavia, è ragionevole sostenere che la norma in esame si riferisca alla persona offesa, essendo innumerevoli e non agevolmente – né sensatamente – compendiabili in una disposizione di legge i possibili danneggiati dal reato. L'articolo in questione cita i titolari dell'interesse alla conservazione del patrimonio, il quale è strettamente funzionale al soddisfacimento del loro diritto di credito, senza, invece, fare riferimento alcuno al soggetto titolare del distinto interesse al corretto andamento dell'economia pubblica, quale è, primo fra tutti, il Ministero dell'Economia e della Finanza. Ciò nondimeno non comporta un'astratta impossibilità di quest'ultimo di costituirsi parte civile in un procedimento per bancarotta; anzi simile scelta sarebbe ammissibile in occasione di un crack finanziario di ingenti dimensioni che abbia turbato (id est danneggiato) l'economia nazionale, purché tale intervento non avvenga, appunto, in qualità di persona offesa o di ente esponenziale. Ovvero ancora la costituzione di parte civile del Ministero dell'Economia sarebbe ipotizzabile nel procedimento penale instaurato a seguito del default di una società il cui capitale (come nel caso Alitalia) sia in parte pubblico, ove dunque interverrebbe in quanto creditore a tutti gli effetti.

³²⁷ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 7.

piano non strettamente patrimoniale ma piuttosto economico generale, in quanto idonea a incidere non soltanto sul diritto di credito, ma anche sul credito, «linfa vitale dell'economia»³²⁸. Pertanto non può negarsi che le condotte di bancarotta siano potenzialmente idonee a cagionare un c.d. effetto domino all'interno del sistema economico, potendo le stesse innescare un dissesto a catena lesivo di un numero indefinito di operatori economici, nonché minare la fiducia degli stessi nel credito, che è presupposto fondamentale per il fisiologico andamento dell'industria e del commercio³²⁹.

Tuttavia, v'è anzitutto da considerare come simile fenomeno ripercussivo ben può verificarsi per il solo sopraggiungere dell'insolvenza, senza apporti fraudolenti da parte dell'imprenditore. Inoltre, lo scopo per cui il legislatore sceglie di ricorrere al presidio penalistico non necessariamente coincide con lo specifico interesse (*id est* l'oggetto immediato della tutela) per mezzo della cui protezione intende raggiungere lo scopo medesimo³³⁰, che rimane dunque interesse mediato. Fra il bene patrimonio e il bene economia pubblica vi è dunque un rapporto di

³²⁸ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 9. Sul punto opportunamente Candian: «se l'azione incoordinata dei singoli creditori dovesse preparare un tranello alla buona fede degli ignari e dei meno vigilianti, assai meno fiduciosa sarebbe l'attribuzione di un fido e meno spedita e feconda la vita degli affari. Fatale sarebbe pertanto la diffidenza nel contrarre, quindi viva la tendenza a pretendere garanzie ingombranti e in certo senso incompatibili con la necessità di una elastica economia mercantile; fatale la contrazione degli affari e altrettanto fatale la angustia della circolazione con danno immediato della rigogliosità della vita collettiva» in CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, 38. CANDIAN, *Della bancarotta*, cit., 204 ss.; D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940.

³²⁹ CANDIAN, *Della bancarotta*, cit., 204 ss.; D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940.

³³⁰ In tal senso, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 90; PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 8; DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 839. In questo modo ci si discosta da quella dottrina che ha inteso il bene giuridico come un'entità attinente al *sollen* anziché al *sein*, alla realtà che deve essere (si veda MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., 16) e dunque, in definitiva, allo scopo della norma. Arturo Rocco negli anni trenta del Novecento scriveva che «accertare quale è il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo 'scopo' che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione. Significa, in altri termini, interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi» (ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in ROCCO, *Opere giuridiche, vol. II*, Roma, 1932, 580). La concezione metodologica del bene giuridico ha portato difatti a considerare lo stesso come lo scopo perseguito dal legislatore, nella sua formula più breve, ovvero come ratio legis avente funzione interpretativa e priva di ogni traccia di funzione dogmatica.

strumentalità, per cui «la tutela dell'uno rappresenta la proiezione finalistica della tutela dell'altro, il quale a sua volta, in quanto immediatamente e direttamente aggredito dalla condotta tipica, rimane il vero e unico bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice»³³¹.

Peraltro, la ricostruzione operata nella sentenza in commento – verosimilmente volta a giustificare il trattamento sanzionatorio inflitto agli imputati, in effetti più severo di quello richiesto dalla pubblica accusa – rischia di sottovalutare la strutturale differenza fra danno derivante dalla bancarotta e pregiudizio nascente dal fallimento. Si tratta di elementi fra loro non assimilabili, in quanto è lo stesso dato normativo a imporre la distinzione tra la «pericolosità dei fatti di bancarotta» e il «danno consolidato nell'insolvenza»³³², poiché il secondo (costituito essenzialmente dalla falcidia dei crediti imposta dall'insufficienza dell'attivo³³³) non costituisce necessariamente lo sviluppo della prima sul piano causale. Si corre pertanto il rischio di sanzionare penalmente l'imprenditore per fatti prodotti da fattori estranei alla sua sfera di competenza e di tracciare i contorni di una illiceità non riferibile al soggetto agente, dal momento che essa (illiceità) né sorge ai tempi della condotta, né costituisce un effetto causale della stessa³³⁴, l'entità della falcidia ben potendo dipendere da fattori temporalmente successivi alla dichiarazione di fallimento, come il recupero (o mancato recupero) dei crediti in seno alla curatela, la vendita (o svendita) del patrimonio immobiliare, etc.

Pertanto, la circostanza che i fatti di bancarotta siano stati posti in essere nell'ambito di un'attività economica, in presenza di un azionista (di maggioranza) pubblico, come nell'ipotesi in commento, non muta l'oggetto giuridico come substrato della fattispecie (si tratterebbe altrimenti di una

³³¹ CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, cit., 72.

³³² GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 107.

³³³ Peraltro pare evidente come l'entità della falcidia dipenda da fattori temporalmente successivi alla dichiarazione di fallimento, come il recupero (o mancato recupero) dei crediti in seno alla curatela, la vendita (o svendita) del patrimonio immobiliare, etc.

³³⁴ PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 836; BRICCHETTI - PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 257.

forma di schizofrenia giuridica); al contrario, detta circostanza sarà unicamente idonea ad incidere sul rigore del trattamento sanzionatorio, comportando peraltro l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 219, comma 1, 1. fall.

Il ragionamento condotto dai giudici di merito si mostra talora sorretto dal condivisibile sforzo di provare l'effettiva tipicità delle condotte contestate, ovvero la loro estraneità rispetto a quella zona di rischio d'impresa a cui dev'essere riconosciuto un carattere fisiologico e dunque lecito, pena l'interdizione *sic et simpliciter*³³⁵ dell'esercizio dell'attività d'impresa. La motivazione giudiziale mostra di convenire con chi in dottrina ha sottolineato come, nell'adozione delle scelte di gestione d'azienda, il comportamento del soggetto attivo debba rivelarsi «quanto meno così rischioso da risultare oggettivamente “imprudente” secondo una valutazione economica di impresa commisurata – si noti – a una situazione di crisi»³³⁶.

In tal senso, si legge nella sentenza come sia individuabile il limite entro cui l'imprenditore possa legittimamente “rischiare”, ossia fino a che il rischio stesso «sia compatibile con la salvaguardia del patrimonio societario» (essendo esso finalizzato al soddisfacimento dei creditori) ovvero sia inidoneo ad offendere gli interessi patrimoniali tutelati.

Da tale ragionamento pare potersi coerentemente dedurre che sia necessario accertare la sussistenza di un “legame” – lo potremmo chiamare di consequenzialità giuridica – fra le condotte tipiche (i c.d. fatti di bancarotta) e il fallimento o, se si preferisce, l'insolvenza. Ciò al precipuo fine di evitare una decisa responsabilizzazione *a posteriori*³³⁷ a titolo di bancarotta ed un *regressus ad infinitum* nella ricerca dei fatti punibili lungo tutta la vita dell'impresa: v'è da considerare infatti che «solo in virtù della successiva dichiarazione di fallimento è astrattamente possibile che si

³³⁵ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 125.

³³⁶ DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, 1. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *Studium iuris*, 1999, 144.

³³⁷ DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011, 68.

puniscano condotte di *mala gestio* sostanzialmente inoffensive rispetto al piano degli interessi tutelati; comportamenti imprenditoriali che integrano, per giunta, manifestazione di esercizio della libertà d'impresa, bene costituzionalmente garantito»³³⁸.

Il dato normativo vincola inequivocabilmente la punibilità delle condotte pre-fallimentari alla comunicazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento (*ex art. 16 l. fall.*), senza tuttavia richiedere l'esistenza di un rapporto causale fra tali elementi. La non necessità di tale ultima condizione sembrerebbe peraltro confermata, argomentando *a contrario*, dalla constatazione che, quando il legislatore fallimentare ha inteso punire la causazione del fallimento³³⁹, lo ha fatto espressamente, come si riscontra nelle ipotesi di cui agli artt. 223, comma 2, n. 1 e 2³⁴⁰, e 224, n. 2.

Tuttavia, non pare si possa alla luce di ciò concludere per la natura formale delle tipologie delittuose in esame, rinunciando così all'individuazione di un loro momento effettuale³⁴¹.

Al contrario, il ragionamento operato dai giudici romani conduce, seppur implicitamente, ad esigere la prova (reputata assolta nel caso *Alitalia*) di un nesso di rischio, che si dovrebbe porre a raccordo tra il fatto di bancarotta (valutazione *ex ante* circa l'illiceità del rischio attivato) e il dissesto (valutazione *ex post* circa la concretizzazione del rischio nell'offesa), e che «non postula (...) necessariamente, nei reati fallimentari, che vi sia un rapporto di causalità tra distrazione/sottrazione e insolvenza»³⁴², ma quanto meno presuppone che la seconda sia lo «sbocco tendenziale»³⁴³ delle prime.

³³⁸ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 4.

³³⁹ Si legge infatti nella motivazione della sentenza in commento che «non è necessario che tali condotte di bancarotta siano cagionative del dissesto che conduce al fallimento».

³⁴⁰ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 11 s.; PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2003, 835.

³⁴¹ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 12.

³⁴² DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., 56.

³⁴³ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 16.

La strada intrapresa dal tribunale romano, seppur di recente bruscamente abbandonata in una pronuncia della Corte di cassazione³⁴⁴, pare allora dirigersi verso quelle che possono definirsi interpretazioni teleologiche restrittive delle fattispecie incriminatrici³⁴⁵, atte a individuare dei criteri di rilevanza offensiva³⁴⁶ dei fatti di bancarotta. Le condotte tipiche di bancarotta dovranno, secondo una simile ricostruzione, apparire *ex ante* idonee a relazionarsi al pericolo dell'insolvenza («non si imputa un fatto a una condotta non pericolosa»³⁴⁷); quest'ultima poi – si aggiunga – dovrà presentarsi come congrua concretizzazione della pericolosità della condotta.

Quanto qui sintetizzato costituisce il postulato della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento – che nulla ha a che vedere, nonostante la parvente assonanza, con la responsabilità oggettiva –, la quale è stata trattata principalmente nella dottrina tedesca e spagnola, ma ormai, con autorevoli sviluppi, anche nella nostra³⁴⁸, e ha il merito di aver dato applicazione proprio al principio per cui «non vi può essere responsabilità penale come conseguenza di un rischio lecito»³⁴⁹, operando

³⁴⁴ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 2015, n. 483, ove si è affermato il principio secondo cui il reato di bancarotta fraudolenta, in quanto reato di pericolo, non richiederebbe, ai fini della sua sussistenza, la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori, il quale pregiudizio rileverebbe esclusivamente ai fini della eventuale configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 219 l. fall.; secondo la ricostruzione operata dalla suprema Corte, poiché il bene tutelato è l'interesse dei creditori all'integrità dei mezzi di garanzia, devono essere perseguiti non solo i fatti che ai suddetti creditori cagionano danno, ma anche quelli che possono cagionarlo.

³⁴⁵ DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta*, cit., 140.

³⁴⁶ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 9.

³⁴⁷ DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., 56.

³⁴⁸ In argomento si vedano tra gli altri CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Napoli, 1989; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, cit.; DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2010; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998.

³⁴⁹ PAGLIARO, *Principi*, cit., 379.

un'implementazione della parte generale del diritto penale³⁵⁰, attraverso l'aggiunta, ai tradizionali criteri di imputazione, dell'ulteriore requisito del nesso di rischio.

In altre parole, secondo tale impostazione, «un evento può essere considerato il risultato della condotta attiva od omissiva di un soggetto solamente in quanto la condotta abbia creato (o aumentato) un pericolo giuridicamente riprovato e tale pericolo si sia anche effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell'evento»³⁵¹.

L'idoneità offensiva dei fatti contestati, nell'ipotesi in commento, è stata pertanto ritenuta provata – in ossequio, seppur implicito, o forse involontario, alla teoria dell'imputazione oggettiva – alla luce dello squilibrio economico e finanziario³⁵² che affliggeva, sin dai primi anni Duemila, il gruppo Alitalia. E, in particolare, a fronte del «contesto notoriamente conosciuto di perdurante crisi» in cui «il *management* ha operato le scelte oggetto del presente processo» e della fisiologica incapacità da parte del gruppo di raggiungere condizioni di economicità, ovvero di stare sul mercato proficuamente e con le proprie forze.

Tuttavia, preme qui evidenziare come, ai fini della tutela degli interessi patrimoniali dei creditori, non paiono assumere effettivo rilievo le menzionate condizioni di economicità, poiché fintanto che l'imprenditore rimane in grado di adempiere alle obbligazioni assunte, alle rispettive scadenze e con mezzi regolari di pagamento, indipendentemente dalle fonti delle proprie liquidità ma soprattutto dalle sue condizioni patrimoniali, non

³⁵⁰ Si evidenzia in DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 10, come taluni dei manuali più diffusi non menzionino la teoria in esame o la liquidino in termini scarsamente comprensibili. Per una completa indicazione degli Autori che, al contrario, hanno recepito, o quanto meno illustrato, la teoria in esame si veda DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 635 s.

³⁵¹ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, art. 41/21, 404.

³⁵² Si legge in motivazione, con riferimento alla relazione del Commissario straordinario, che «il risultato netto è positivo fino al 1999 mentre a partire dal 2000 diviene stabilmente negativo assumendo da quel momento un *trend* di peggioramento (...). Il flusso finanziario della gestione operativa dato dalla somma del flusso dell'attività di esercizio e dell'attività di investimento, è stabilmente negativo il che denota la presenza di un fabbisogno finanziario strutturale che può essere coperto solo con nuovo indebitamento e/o con nuovi conferimenti di capitale». Vengono difatti rilevati: a) l'incapacità delle fonti di finanziamento a lungo termine di coprire tutte le attività non correnti; b) l'elevato indebitamento complessivo; c) il progressivo erodersi del patrimonio netto per via delle perdite.

può incorrere nella dichiarazione di fallimento, la quale sola è idonea ad incidere sugli interessi creditori, attualizzandone la lesione derivante dalla condotta di bancarotta. Tutto ciò perché la lesione di tali interessi pare ricollegata al distinto concetto di equilibrio/squilibrio finanziario, da intendere quale presenza o assenza di copertura delle uscite con la liquidità e le entrate previste a breve termine, non rilevando la copertura o meno del passivo con l'attivo.

Occorre precisare che si può parlare di squilibrio finanziario quando manchi infatti la prova della solvibilità, essendo ininfluyente quale sia la fonte dei fabbisogni finanziari del debitore³⁵³. Sarebbe un errore, infatti, far discendere la solvibilità dalla «capacità dell'impresa di trarre dal suo ordinario esercizio i mezzi necessari per soddisfare le obbligazioni in scadenza»³⁵⁴, in quanto, così ragionando, si determinerebbe il fallimento dell'imprenditore che, pur potendo reperire altrove i mezzi necessari per adempiere alle proprie obbligazioni (purché tale reperimento *aliunde* non risulti concretamente volto a ritardare o aggravare il dissesto), non riesca a ristabilire l'economicità dell'impresa. Si attribuirebbe in questo modo al fallimento, in spregio al dettato dell'art. 5 l. fall., il compito di cancellare dal mercato – e alle fattispecie di bancarotta quello di punire – le realtà improduttive, compito che il fallimento – e la bancarotta – per legge non hanno.

Nondimeno, è sì condivisibile che «l'imprenditore si può arricchire lecitamente solo garantendo il corretto funzionamento dell'impresa che consiste nel generare profitto oggettivo, ossia un utile»³⁵⁵. Peraltro, il raggiungimento di un utile costituisce materia di semplice “aspettativa dell'agente”³⁵⁶, mentre requisito essenziale della nozione di impresa è l'economicità della gestione *ex art. 2082 c.c.*: il lucro oggettivo altro non è, dunque, che l'ovvio presupposto per l'imprenditore che voglia perseguire un

³⁵³ BONFATTI, CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013, 14.

³⁵⁴ BONFATTI, CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, cit., 13.

³⁵⁵ PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015, 397.

³⁵⁶ Cass. civ., 14 luglio 1965, n. 1508, in *Foro it.*, 1965, c. 1668; Cass. civ., 2 marzo 1982 n. 1282, in *Foro it.*, 1982, II, c. 1956.

proprio profitto soggettivo. Va subito aggiunto che se l'impresa collettiva è esercitata in forma di società (lucrativa), i conferimenti dei soci sono finalizzati non soltanto all'esercizio dell'attività (scopo mezzo), ma anche al lucro soggettivo (scopo fine *ex art. 2247 c.c.*); di qui l'angolo di campo degli interpreti si è allargato fino al più ampio concetto di interesse sociale (quale il consolidamento in nuovi mercati, gli investimenti in sicurezza, la ristrutturazione, etc.) inteso come parametro per le scelte degli amministratori e come limite alla loro discrezionalità³⁵⁷.

Secondo la ricostruzione giudiziale, le condotte contestate risulterebbero tipiche poiché poste in essere ad un tempo in cui non restava che, come si legge in sentenza, «portare i libri in tribunale, senza continuare a far “navigare” Alitalia». Ciò non è accaduto, avendo al contrario il *management* del Gruppo adottato atti definiti palesemente in contrasto con le esigenze economiche e imprenditoriali dell'azienda in quel determinato momento storico di crisi asseritamente irrisolvibile (attivazione di un rischio illecito), direttamente determinando un pesante pregiudizio per i creditori, poiché il lunghissimo ritardo nel ricorso all'amministrazione straordinaria «ha reso oggi il percorso da compiere ancora più urgente, impegnativo e rischioso» (concretizzazione di tale rischio).

Può dunque dirsi che il Collegio abbia convenuto che la selezione delle condotte penalmente rilevanti sia legata ad una valutazione (*ex ante*) delle circostanze concrete in cui esse furono poste in essere e ad un accertamento (*ex post*) circa la persistenza degli effetti di tali condotte al momento della dichiarazione di fallimento, non potendosi sostenere la meritevolezza di pena nei confronti di fatti la cui carica offensiva sia ormai scomparsa³⁵⁸, in quanto il delitto *de quo* ha natura patrimoniale e non di

³⁵⁷ Tanti e vivi problemi emergono da questo tema, che non è possibile affrontare in queste pagine, nemmeno in forma di rendiconto sommario sui maggiori contributi, che partono da quello di BERLE, MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932 (di cui, nel 1966, è uscita la traduzione italiana: *Società per azioni e proprietà privata*, introduz. di BRIOSCHI, trad. di UGHI) e arrivano almeno a DENOZZA, *L'interesse della società e la responsabilità sociale dell'impresa*, in *Bancaria*, 2005, 18 ss.; DENOZZA, *Verso il tramonto dell'interesse sociale?*, in AA.VV., *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli, 2011, 77 ss.

³⁵⁸ PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 987 ss.

mera condotta³⁵⁹. Trattasi invero di un reato di evento di pericolo, «sì che l'evento tipico (es. distrazione di beni sociali in tempo anteriore alla “zona di rischio” fallimentare) nulla dice ancora dell'offesa»³⁶⁰, poiché è frutto (talvolta temporaneo, e comunque reversibile) di un'azione in sé inidonea a realizzare la lesione tipica³⁶¹.

Si è conseguentemente rilevato in dottrina³⁶² come sia “la lesione della garanzia creditoria, dunque un fatto normativo, a descrivere il confine fra attività lecita e bancarotta, a tracciare la zona di rischio adeguato ancor prima che si possa procedere all'accertamento dell'elemento psicologico”.

Perciò, l'esigenza di accertare un nesso di rischio congruente fra fatto di bancarotta e decozione comporta che l'idoneità di un simile fatto debba essere valutata alla luce dell'effettivo rischio di insolvenza al tempo

³⁵⁹ CERQUA, “*I pagamenti virtuali*”: *brevi riflessioni su una modalità distrattiva*, in *Fallimento*, 2010, 455. Di avviso contrario, invece, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 99 ss.: secondo questo Autore il reato in esame sarebbe un reato formale o di mera condotta in quanto l'offesa arrecata ai creditori non costituirebbe l'effetto della condotta ma il contenuto della stessa, il quale soltanto impropriamente viene definito evento.

³⁶⁰ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 129.

³⁶¹ Difatti, soltanto col fallimento l'offesa passa, per così dire, «dalla potenza all'atto», in quanto a seguito della relativa dichiarazione giudiziale risulta mutato il contesto di riferimento. Non già perché il fallimento abbia incrementato od omologato l'originaria offesa insita nella condotta (PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 18, 23), ma perché esso costituisce il solo momento in cui possa essere “calcolato” l'effettivo contributo dei fatti di bancarotta al dissesto. La validità di questa posizione risulta tra l'altro ribadita dalla stessa giurisprudenza di Cassazione, laddove si è chiarito che «in tema di reati fallimentari, l'entità del danno provocato dai fatti configuranti la bancarotta patrimoniale va commisurata al valore complessivo dei beni che sono stati sottratti all'esecuzione concorsuale [entità che può dunque essere valutata soltanto in costanza di un'esecuzione concorsuale], piuttosto che al pregiudizio sofferto da ciascun partecipante al piano di riparto dell'attivo, ed indipendentemente dalla relazione con l'importo globale del passivo» (Cass. pen, Sez. V, 28 dicembre 2009, n. 49642). Del resto, «il quadro tipico della bancarotta prefallimentare non può ritenersi compiuto prima che intervenga la dichiarazione di fallimento», sulla base dell'assunto che «a tale momento deve necessariamente riportarsi la rilevazione di taluni parametri di tipicità dei fatti di bancarotta» (PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 35). Inoltre, si può ben comprendere che la pronuncia di fallimento funge da «spartiacque» fra ipotesi pre e post-fallimentari, fra le quali non può inserirsi alcuna condotta lecita. La condizione di punibilità assume poi un ruolo fondamentale all'interno della fattispecie tipica nel caso di reiterazione di più condotte *ex art. 219 l. fall*; per cui soltanto al prodursi della condizione «la bancarotta prefallimentare acquisisce la sua caratteristica configurazione unitaria» (PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 36). Infine, se (come pare corretto) si conviene sul fatto che, come già affermato, meritevoli di pena (alla luce di una interpretazione conforme al principio penalistico di offensività e al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale) sono soltanto quei comportamenti la cui carica lesiva non sia (al tempo del fallimento) esaurita, ne discenderà che il quadro tipico potrà dirsi perfettamente definito soltanto con il sopraggiungere della dichiarazione giudiziale di fallimento, la quale sola potrà determinare l'attualità della lesione.

³⁶² GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 17.

della condotta. In altre parole, «la distrazione che intacchi il patrimonio della società in misura tale da non impedire una successiva ricapitalizzazione dell'impresa, con afflusso di nuova finanza e temporaneo risanamento dello squilibrio finanziario dell'ente, non è punibile ai sensi dell'art. 216, comma 1, l. fall.: la condotta distrattiva dolosa, in tal caso, non avrebbe 'attivato' quel rischio di decozione, che solo successivamente si sia generato in un contesto della vita aziendale caratterizzato dall'assenza di comportamenti a rischio»³⁶³.

Si può dunque convenire che siano astrattamente corrette le premesse poste dal tribunale romano in ordine al giudizio di illiceità penale. Resta tuttavia da valutare quali siano stati i criteri effettivamente impiegati, nell'ipotesi in commento, al fine di qualificare come illecito il rischio attivato, ovvero se le condotte materiali contestate, qualificate di *mala gestio*, siano state poste in essere in condizioni di crisi finanziaria effettivamente percepita come irrisolvibile – o se piuttosto si sia confidato in nuovi aumenti di capitale – e se esse siano state vagliate nel merito, ossia in termini di convenienza economica oppure alla stregua dei canoni di diligenza richiesti dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze degli amministratori.

La trattazione di tale profilo merita un certo approfondimento e occuperà i due paragrafi che seguono.

4. Le condotte di bancarotta contestate nel caso *Alitalia*: l'auspicabile superamento della distinzione in base all'elemento soggettivo

Ai principali protagonisti della vicenda *Alitalia* vengono contestate – oltre ai reati di manipolazione del mercato e aggioaggio su cui, come anticipato, non ci si soffermerà per economia del presente lavoro – condotte

³⁶³ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 18.

di bancarotta per dissipazione, frutto di scelte repute abnormi sotto il profilo economico e gestionale, tenuto conto proprio del contesto di perdurante difficoltà economico-finanziaria.

Tradizionalmente, i tratti distintivi, sotto il profilo oggettivo, della dissipazione sono stati individuati nella irrazionalità economica degli atti di gestione, nella loro idoneità a depauperare sensibilmente il patrimonio societario³⁶⁴ e, di conseguenza, nella loro sproporzione rispetto alle disponibilità economiche dell'imprenditore nel dato momento storico in cui le condotte vengono poste in essere³⁶⁵.

Deve dunque trattarsi di vero e proprio sperpero di denaro, che sia frutto non già di operazioni, anche manifestamente spropositate, ma comunque astrattamente rispondenti alle finalità d'impresa (altrimenti si configurerebbe il diverso delitto previsto e punito dall'art. 217, comma 1, n. 2, l. fall.), quanto piuttosto di atti non aventi affatto la propria causa nella vita economica dell'azienda³⁶⁶, e rappresentabili come tali già *ex ante*. L'agente deve avere pertanto sostenuto spese – «profusamente e sconsigliatamente sì da provocare la rovina commerciale dell'azienda»³⁶⁷ – che un imprenditore mediamente avveduto avrebbe reputato del tutto incoerenti ed estranee alle esigenze di conduzione dell'impresa³⁶⁸.

Nella sentenza in commento viene sostenuta la rilevanza penale di specifiche operazioni considerate incoerenti dalla prospettiva economica e aziendale rispetto ai medesimi piani industriali adottati durante gli anni dal *management* della società, e, più generalmente, estranee agli obiettivi e ai principi economici e aziendali perseguibili in modo legittimo. Queste condotte sarebbero consistite, infatti, in attività di mero sperpero, quindi in

³⁶⁴ Sulla necessità di una consistenza patrimoniale della dissipazione si vedano PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 62; CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, 88; GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 281 s.; CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 161.

³⁶⁵ DESTITO, NAPOLEONI, OGGERO, SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza*, Torino, 2008, 304.

³⁶⁶ Cass. pen, Sez. V, 6 aprile 2011, n. 19633; Cass. pen, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 47040, in *Cass. pen.*, 2012, 2695.

³⁶⁷ Trib. Genova, 12 gennaio 1951, in *Temi gen.*, 1951, 127.

³⁶⁸ Cass. pen, Sez. V, 11 novembre 2015, n. 45186; Cass. pen, Sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774.

una vera e propria distruzione delle risorse aziendali, non idonee dunque a determinare anche un minimo vantaggio corrispettivo per l'impresa, anche se coerenti in astratto con l'oggetto sociale del gruppo Alitalia, ossia il trasporto aereo.

Difatti, come di recente rilevato dalla Corte di Cassazione³⁶⁹, la circostanza che un dato settore del mercato nazionale o internazionale costituisca l'oggetto sociale della fallita non è certo logicamente contrastante con la possibilità che operazioni ad esso specificamente inerenti, quali la vendita (sottocosto) di merci, assurgano a condotte dissipative, se poste in essere per sottrarre sostanze al fallimento. Ai fini della giustificabilità economica degli atti di gestione, rileva infatti, piuttosto, la finalità aziendale, la quale non può essere individuata nel semplice interesse a compiere i più svariati atti di disposizione patrimoniale nel settore economico di appartenenza (e dunque compatibili con l'oggetto sociale³⁷⁰), ma piuttosto nella cura di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società, in modo da garantire la presenza della stessa sul mercato in condizioni di equilibrio, in ossequio alla *ratio* delle disposizioni penali fallimentari, oltre che al dettato di cui all'art. 2247 c.c.

Dirimente è pertanto, ai fini della configurabilità della responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta, l'individuazione della concreta destinazione³⁷¹ impressa agli atti di disposizione delle attività patrimoniali, al fine di coglierne, oltre ogni ragionevole dubbio, l'estraneità rispetto alle finalità aziendali, senza che ci si possa cioè accontentare di una verifica (*ex post*) del depauperamento patrimoniale. Nel caso in esame questa destinazione viene individuata in una serie di operazioni considerate

³⁶⁹ Cass. pen, Sez. V, 26 agosto 2015, n. 35701. Tra le pronunce più risalenti si veda Cass. pen, Sez. I, 25 aprile 1990, in *Foro it.*, 1990, II, c. 601.

³⁷⁰ Altrimenti, ragiona il Collegio (p. 16), si arriverebbe a poter qualificare come dissipativa solo la condotta del manager che spenda la cassa societaria al casinò.

³⁷¹ Cass. pen, Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 18833, secondo cui «è illogica quella sentenza (...) che affermi, in ordine al reato di bancarotta fraudolenta impropria per dissipazione, che la gestione dell'imputato ha contribuito a dar luogo al decremento patrimoniale, collocandone tuttavia il verificarsi all'interno della dinamica imprenditoriale, senza poi individuare una destinazione delle attività patrimoniali a scopi estranei alla conduzione, sia pure giudicata improvvida, dell'impresa gestita».

inutilmente dispendiose.

In primo luogo si contesta la gestione poco razionale e abnorme dal punto di vista economico, in quanto dispendiosa in maniera non giustificabile, del settore degli aerei Cargo.

Sul tema, viene evidenziato il non giustificato aumento del numero di aerei dedicati a tale settore, da anni in crisi, e l'inadeguatezza degli stessi, in quanto adibiti, in origine, al trasporto di passeggeri e solo in epoca successiva essi venivano modificati, con aggravii di spesa, per adeguarli alle funzioni del Cargo.

Il contestato spreco economico sarebbe inoltre derivato, a parere dei giudici, dal numero eccessivo di personale destinato al settore Cargo³⁷². Si sarebbe trattato di piloti tutti a fine carriera (quindi con gli stipendi più alti) – ritenuti sostanzialmente parcheggiati, in attesa del pensionamento – che partivano da Roma per prendere servizio a Milano, utilizzando voli di linea, e dunque occupando posti negli aerei Alitalia, che invece, secondo il Collegio, avrebbero potuto essere venduti.

Il settore intero, dunque, da tempo in perdita, sarebbe stato oggetto di un raddoppio della spesa, dovuto anche al poco funzionale posizionamento della base degli aerei Cargo (Milano Malpensa) rispetto al luogo dell'attività manutentiva (Roma Fiumicino), nella totale inerzia del *management* societario.

Viene così definito illecito l'esercizio di quella che solitamente figura come una libertà dell'imprenditore nelle scelte di tipo valutativo dei mezzi che servono per l'adeguato svolgimento dell'attività imprenditoriale. Ciò poiché la condotta contestata si tradurrebbe, secondo i giudici di primo grado, in spese irrazionali³⁷³ e ingiustificate, dato che, a fallimento in corso, nulla giustificerebbe l'aver mantenuto per così tanto tempo un settore in perdita³⁷⁴.

³⁷² I piloti erano cresciuti in tre anni da 62 a 117 – ossia meno del doppio – a fronte di un aumento – di più del doppio – dei velivoli da 2 a 5.

³⁷³ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 62.

³⁷⁴ Si veda anche SESTIERI, *La Business judgment rule nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. ir.*

Viene inoltre considerata dissipativa e distrattiva l'operazione consistente nello scorporo di cinque rami aziendali di Alitalia S.p.a., conferiti a una nuova società dal nome Alitalia Servizi S.p.a., sostenuta a livello finanziario da un socio di controllo diverso da Alitalia (Fintecna). Tale condotta, in contrasto con gli obiettivi economici dichiarati, avrebbe avuto il solo effetto di disperdere ulteriormente le risorse economiche di Alitalia, già in crisi, piuttosto che procurarle un vantaggio, creando una duplicazione di strutture, con un'operazione di facciata. Nello specifico detta operazione, unitamente a un contratto posto in essere che obbligava Alitalia Fly ad approvvigionarsi solo presso Alitalia Servizi S.p.a., avrebbe determinato un depauperamento del patrimonio di Alitalia S.p.a.

Nessun merito viene dunque riconosciuto al *management* per avere ceduto il settore Servizi ad altro socio, risultando invece dalla sentenza come tale operazione abbia messo a disposizione della neo società risorse fondamentali di Alitalia S.p.a., che sarebbero state restituite soltanto attraverso retrocessioni future ed aleatorie, sotto forma di premi subordinati all'effettivo conseguimento di obiettivi di miglioramento dell'efficienza.

La menzionata duplicazione delle strutture, secondo la ricostruzione giudiziale, lungi dal rifocalizzare l'azienda sul proprio *core business*, «cagionò inefficienze produttive, duplicazioni di funzioni di controllo, conflittualità interna, carenze nei flussi informativi cui sono conseguiti solo diseconomie», stante le criticità in termini di «correttezza sostanziale dell'operazione e di economicità della scelta in termini di gestione aziendale».

A ben vedere, tuttavia, il ragionamento giudiziale non è esattamente perspicuo laddove sottolinea che lo scopo degli agenti era unicamente la fattibilità del prospettato aumento di capitale e, dunque, la sopravvivenza ad ogni costo, aggiungendo tuttavia che «Alitalia, dall'operazione in argomento, non ha ricavato i benefici sperati».

Ed ancora, in un momento in cui, come si legge nelle relazioni delle

società di revisione, Alitalia si trovava «da tempo in una situazione di squilibrio economico strutturale che ha comportato la rilevazione di significative perdite nel bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2006 e nei bilanci degli esercizi precedenti, nonché il realizzarsi di ingenti assorbimenti di liquidità», si è proceduto all'acquisto ad un prezzo esorbitante del gruppo Volare, con il conseguente sobbarco di spese smisurate, ossia «di almeno 552 dipendenti, con i relativi esborsi salariali, di accantonamenti per TFR, di indennità per cassa integrazione per i dipendenti non riassorbiti, di problematiche sindacali di livellamento dei compensi, mediamente più bassi per i dipendenti» del gruppo neo acquisito.

Profili di responsabilità penale sono stati altresì rilevati in relazione alla cessione della partecipazione ad Eurofly S.p.a., società di cui dall'anno 2000 Alitalia era socio unico e il cui capitale era stato sottoscritto e versato per intero dalla stessa. L'illiceità di tale condotta starebbe nella contrarietà della di cessione del capitale di Eurofly in relazione al piano di risanamento e nella incongruità e irragionevolezza del prezzo stabilito per la cessione. Dato che il piano di risanamento aveva previsto una riorganizzazione competitiva del trasporto aereo, sarebbe stata incoerente la cessione della suddetta S.p.a., considerato anche che il consiglio di amministrazione di detta società aveva esperito un tentativo di rilancio dell'azienda e aveva avviato il perseguimento di obiettivi di redditività precisi, anche se successivamente rivelatisi infruttuosi. Ne deriva che tale condotta configurerebbe per i giudici una classica ipotesi di dissipazione, ossia una vendita sottocosto³⁷⁵ o, con le parole dei giudici: «una dismissione a prezzo di saldo di un'azienda che dopo due anni vale sul mercato finanziario il triplo se non di più, senza che fossero state dunque tenute in debita considerazione le prospettive reddituali della ceduta, in totale spregio agli interessi societari».

³⁷⁵ V'è, tuttavia, da segnalare come la natura dissipativa alle vendite sottocosto di beni aziendali sia stata talvolta negata dalla Corte di cassazione, la quale ha infatti considerato che la «vendita di merce sottocosto, realizza scopi funzionali all'attività della società [poiché compiuta] attraverso operazioni economiche, comunque, coerenti con l'attività commerciale svolta dagli imputati» (Cass. pen, Sez. V, 4 febbraio 2015, n. 5317).

Dissipazione è stata altresì ritenuta la condotta consistente nell'aver conferito l'incarico alla società statunitense M. per una consulenza tecnica straordinaria, durata per tre anni, con contenuto incerto e senza una previa valutazione dell'esistenza di altre società che richiedessero parcelle inferiori e omettendo di controllare l'operato di tale società. Neanche potevano considerarsi raggiunti, da parte di questa società, risultati apprezzabili che giustificassero oggettivamente l'entità dei compensi della consulenza.

Quest'ultima condotta contestata, probabilmente per la sua scarsa pregnanza oggettivo-soggettiva, in quanto integrante, perlomeno in astratto, un'operazione poco più che routinaria – essendo difficilmente immaginabile una realtà imprenditoriale (di medie o grandi dimensioni) che ometta di avvalersi della consulenza di un *advisor* (tanto più in periodo di crisi) –, solleva le più spinose problematiche. I profili di rilevanza penale sottolineati dal tribunale romano in ordine alla consulenza attribuita alla società M. sono infatti molteplici e offrono svariati spunti di riflessione: vanno perciò sintetizzati nel giusto ordine.

Le prestazioni domandate alla società di consulenza, in primo luogo, sarebbero state estremamente indeterminate, non risultando bastevole in questo senso reperire di un contratto-quadro, dato che esso riporta termini estremamente generici, non idonei a dare significato all'oggetto del contratto, ossia il *Profitability Turnaround*³⁷⁶.

Il conferimento dell'incarico sarebbe avvenuto in mancanza di un previo sondaggio del mercato tale da potere valutare altre offerte di società simili, non bastando a tale fine la fama mondiale della società statunitense; rilevante in senso negativo sarebbe altresì stata la mancanza di controllo sull'operato della società di consulenza; al contempo avrebbe concorso la realizzazione di sovrapposizioni di funzioni tra la società consulente e il personale Alitalia; qualsiasi dubbio relativo alla dissipazione effettiva del

³⁷⁶ L'espressione *Profitability Turnaround* indica il piano di risanamento di un'azienda in crisi, volto ad una profonda ristrutturazione strategica, attraverso una rifocalizzazione sul proprio core business per ritornare a produrre utili, e ad una ristrutturazione finanziaria. Si veda BIBEAULT, *Corporate turnaround. How managers turn losers into winners*, Washington D.C., 1999.

patrimonio societario sarebbe venuto meno, in base alla motivazione dei giudici, a seguito della mancanza di risultati apprezzabili dell'attività dei consulenti.

Emergono, invero, talune perplessità in ordine all'asserita tipicità penale del ricorso alla descritta consulenza tecnica straordinaria; il che necessita, però, del chiarimento di alcune premesse di base.

Il giudizio di illiceità penale, se davvero muove dall'esigenza di ricercare quello che Federico Stella chiamava il «giusto equilibrio fra libertà e sicurezza»³⁷⁷, deve necessariamente tenere conto – se inserito *in re licita* – di due contrapposti interessi: ossia, dell'esigenza di non disincentivare l'assunzione del rischio d'impresa, ancorché rientrante in un contesto di crisi patrimoniale o di liquidità, e del bisogno di apprestare adeguata tutela ai soggetti esposti alle possibili conseguenze negative delle scelte aziendali.

Nel caso *Alitalia*, inoltre, l'essenza della dissipazione viene individuata nella condotta consistente nella consumazione del patrimonio aziendale in spese, operazioni o investimenti del tutto eccentrici rispetto all'oggetto sociale e completamente incoerenti con le scelte strategiche necessarie per il raggiungimento delle finalità dell'impresa; di talché, in presenza di condotte dissipative, qualsiasi riferimento ai criteri giustificativi desumibili dalla *business judgement rule* (e alla conseguente insindacabilità delle scelte imprenditoriali) appare fuori luogo.

5. La business judgement rule

Il fondamento della responsabilità penale a titolo di bancarotta pare pertanto debba essere strettamente legato alla verifica del rispetto dei criteri di diligenza imprenditoriale, attraverso cui accertare l'esistenza di comportamenti estranei alle normali opzioni di gestione, che abbiano

³⁷⁷ STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 23.

direttamente prodotto un danno patrimoniale. Una volta saggiata la correttezza della strategia d'impresa – ossia l'aderenza alle regole di buona amministrazione, che la riforma dell'art. 2392 c.c. ha spogliato del carattere meramente oggettivo, dando rilievo alle «specifiche competenze» dell'agente –, non sembra residuare in capo al giudice alcuna possibilità di sindacato sulla scelta in concreto operata, restando i giudizi circa l'opportunità e la convenienza economica estranei alla sua competenza.

È difatti posizione ormai consolidata della giurisprudenza delle sezioni civili della Cassazione³⁷⁸ di ritenere assai limitato il sindacato del giudice sull'orientamento al bene della società per azioni dell'operato e delle decisioni manageriali.

Tale verifica, infatti, sarebbe da reputarsi legittima soltanto se rivolta ad accertare l'eventuale violazione delle norme di diligenza (dettate dalla legge e dallo statuto), la quale violazione ricorre unicamente quando (a) non siano state acquisite informazioni sufficienti sulle operazioni intraprese (facendo cioè mancare un puntuale apprezzamento dei margini di rischio); (b) si sia agito in maniera palesemente grossolana, senza cioè considerare tutte le possibili alternative; (c) oppure sia stata adottata una condotta egoistica (improntata a un *self-interest* grettamente individualistico) e parziale. Andrebbe invece escluso ogni riesame nel merito, ovvero ogni valutazione di carattere tecnico e in termini di convenienza economica o di opportunità.

Non potrebbero pertanto assumere alcun peso – se non a livello indiziario – l'eventuale insuccesso delle scelte di gestione o il fatto che le stesse, al momento della dichiarazione di fallimento, risultino essere state gravemente sbagliate. Il giudice è infatti chiamato ad indagare, sì necessariamente *ex post*, ossia a fallimento avvenuto, sulla giustificabilità o utilità dei piani industriali e delle decisioni adottate in sede di loro attuazione, ma così come percepibili *ex ante*, ovvero al momento della loro

³⁷⁸ Cass. pen, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, p. 1389; Cass. pen, 12 agosto 2009, n. 18231, in *Dir. giust.*, 2009; Cass. pen, 12 febbraio 2013, n. 3409.

elaborazione.

E, infatti, «è questo il contenuto della cosiddetta *business judgement rule*³⁷⁹, secondo la quale la responsabilità degli amministratori è una responsabilità per violazione di obblighi connessi alla funzione e non per l'insuccesso economico della società ascrivibile ad errori di gestione»³⁸⁰. Il giudice non è infatti chiamato a definire quale opzione di gestione sarebbe stata migliore, sostituendosi, in un apprezzamento nel merito, all'amministratore, e compiendo cioè, a fallimento dichiarato, una «valutazione di tipo imprenditoriale cui la sede giudiziaria potrebbe non risultare adeguata»³⁸¹.

È sì vero che l'impostazione sopra esposta è stata assunta dalla giurisprudenza in ambito civile, ossia con riferimento all'ammissibilità delle azioni di responsabilità intraprese contro gli amministratori *ex artt.* 2392 ss. c.c. per i danni alla società derivanti dall'inosservanza degli obblighi posti a loro carico. Tuttavia, è altresì vero che laddove si arresta il giudizio di responsabilità civile non può più parlarsi di condotta antigiuridica: cade insomma il sintomo di un fatto di reato³⁸² e, dunque, la rilevanza penale

³⁷⁹ L'espressione *Business Judgment Rule* è stata coniata dalla giurisprudenza statunitense, nel tentativo di ricostruire un *judicial restraint*, ovvero un limite all'equo apprezzamento del giudice in ordine al comportamento degli amministratori nelle scelte imprenditoriali. Nella dottrina di *common law* si vedano ad esempio, SHADE, EPSTEIN, *Business Structure in Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003, 209; MANNING, *The Business judgment rule and the Director's duty of attention: time of reality*, in *The Business Lawyer*, 1984.

³⁸⁰ Trib. Milano, 3 giugno 2008, n. 7223. Nello stesso senso può leggersi l'assunto, espresso dalla Corte di cassazione, secondo il quale «l'imprenditore deve considerarsi sempre tenuto ad evitare l'assunzione di condotte tali da esporre a possibile pregiudizio le ragioni dei creditori, non nel senso di doversi astenere da comportamenti che abbiano in sé margini di potenziale perdita economica, ma da quelli che comportino diminuzione patrimoniale senza trovare giustificazione nella fisiologica gestione dell'impresa» (Cass. pen., Sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548).

³⁸¹ ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. com.*, 2006, 686.

³⁸² Chiarificatore sul punto è, tra gli scritti più recenti dell'Autore, DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 715. Secondo l'A., «è dall'antigiuridicità, dal confronto con l'intero ordinamento, che desumiamo elementi per comprendere la stessa esistenza del fatto tipico, il quale si riempie di elementi normativi che impongono l'interpello di settori sui quali esso va a incidere e che sono decisivi per definire la soglia di un rischio non più lecito o consentito sul quale si innesta la selezione penalistica»; ed infatti, «se non conosco la disciplina extrapenale in materia di società, contratti commerciali, di doveri dei pubblici ufficiali, come potrò giudicare dell'esistenza di qualche reato societario o contro la pubblica amministrazione?». «L'idea che l'antigiuridicità sia indizio del fatto non è solo una patologia di un penale troppo carente di autonome informazioni di illiceità: è anche garanzia

dello stesso, in ossequio al principio di sussidiarietà.

A cadere non è soltanto «la base extrapenale di selezione dell'illecito»³⁸³ che preveda la causazione di un danno patrimoniale alla società (come per es. il delitto di cui all'art. 2634 c.c.), ma altresì la punibilità per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale – trattandosi pur sempre di obbligo imposto dalla legge e quindi pienamente ricompreso nella formulazione dell'art. 2392 c.c. – e dunque la stessa configurabilità dei reati di bancarotta patrimoniale.

Pare dunque potersi affermare che tutte le volte in cui – dinanzi a mere scelte discrezionali e in virtù del principio espresso dalla *Business Judgment Rule* – non sia possibile promuovere un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori – per non aver adempiuto ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (e dunque anche per non aver osservato gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale) –, gli stessi non potranno rispondere penalmente a titolo di bancarotta per aver depauperato le casse aziendali, essendo venuto meno lo stesso presupposto oggettivo di illiceità della condotta (la quale rimane penalmente irrilevante, perché inserita nell'area del rischio consentito – *rectius* lecito³⁸⁴ – d'impresa).

È del resto condivisibile che la condotta imprenditoriale «può essere considerata corretta e, quindi, lecita, anche qualora aumenti il rischio di futuri inadempimenti ma abbia, pur tuttavia, un senso imprenditoriale, ossia, nel momento in cui viene posta in essere, sia da considerare

che esista davvero una base extrapenale di selezione dell'illecito rispetto alla quale si innesti una ulteriore selezione penalistica. È questo peraltro il ben diverso principio di ultima ratio o sussidiarietà penale: che esige un'illiceità previa, senza però limitarsi a sanzionarla, per il bisogno di selezionare una gravità penalistica più circoscritta». Sul tema, già DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 232 ss.

³⁸³ DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., 715.

³⁸⁴ Per rischio lecito si vuole qui intendere l'area di rischio “adeguato” in quanto inoffensivo, non antigiuridico o non ascrivibile alla sfera di competenza dell'agente (si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 248); con l'espressione rischio “consentito” si vuole invece fare riferimento all'area di rischio specificamente autorizzato dal legislatore.

consigliabile alla stregua (...) di regole di “diligenza” che hanno come scopo il successo economico dell'impresa e, con esso, naturalmente, l'adempimento delle obbligazioni assunte dalla stessa»³⁸⁵.

Diversamente, si correrebbe il rischio di un pervasivo vaglio delle scelte imprenditoriali, sulla scorta del senno del poi, con contestuale indebolimento della «certezza del diritto» e della «prevedibilità delle decisioni giudiziarie»³⁸⁶. Ciò tanto più con riferimento a un'impresa versante in stato di crisi al tempo della condotta, ossia a metà strada fra il rischio di insolvenza e la prospettiva di risanamento, ma comunque «non ancora definitivamente pregiudicata, sanabile, capace di offrire ai creditori una soddisfazione migliore di quella puramente liquidatoria»³⁸⁷, e che dunque richiede interventi di ristrutturazione, di rilancio e non meramente conservativi. Altrimenti, si finirebbe per comprimere, al di là dei limiti e delle cautele costituzionali, la libertà d'impresa, negando alle realtà economiche in crisi la possibilità di stare sul mercato in condizioni lucrative e imponendo alle stesse di mantenere la sola economicità obiettiva (ossia l'idoneità a coprire i costi con i ricavi), pena il rischio di incorrere in responsabilità penale a titolo di bancarotta.

Pertanto, in ordine alla tipicità penale della “vicenda M.”, può anzitutto ravvisarsi, ad avviso di chi scrive, come il riferimento alla mancanza di risultati concreti dell'operato dei consulenti non tenga conto della natura dell'incarico di mera obbligazione di mezzi e non di risultato, della immaterialità dei frutti delle consulenze strategiche, estrinsecandosi pur sempre in una valutazione interamente *ex post*, di per sé non incompatibile con una scelta imprenditoriale sensata, ma sfortunata. Anche ammettendo la mancanza di concreti risultati, affiora ad evidenza nella motivazione quanto ben riscontrabile sia stata la presenza attiva dei consulenti nella vita dell'impresa, tanto da parlare di una «occupazione

³⁸⁵ PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., 403.

³⁸⁶ SGUBBI, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, cit., 69.

³⁸⁷ ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, 82.

militarizzata di Alitalia, quasi che un plotone di soldati improvvisamente si fosse inserito negli uffici», e di un sistema (c.d. Torre di controllo) di *reporting* giornaliero dei dati volto a verificare se le scelte attuate avessero (eventualmente) sortito effetto.

Quanto poi all'inutilità della prestazione, dovuta alla presenza di dirigenti Alitalia dotati di elevata preparazione tecnica e deputati alle medesime funzioni, pare perlomeno revocabile in dubbio l'idoneità del personale interno, inevitabilmente portatore di interessi personali o comunque di resistenze al cambiamento, a realizzare il prospettato piano di ristrutturazione, orientato al mutamento delle modalità operative dell'azienda e, dunque, ad eventuali licenziamenti o messe in mobilità, che permettessero di segnare una profonda discontinuità con il passato.

Il riferimento ulteriore alla mancata valutazione comparatistica volta all'individuazione di possibili consulenti alternativi non pare lineare, nella misura in cui può riconoscersi una legittima esenzione da un dovere di comparazione di tutte le alternative in capo al buon amministratore in presenza di una “classifica” mondiale, frutto di comprovata ed accorta acquisizione informativa, nonché di valutazione comparatistica.

Diverso è, invece, il riferimento ai costi, i quali logicamente lievitano innanzi a consulenti di simile livello, e che possono imporre, in casi di sofferenza finanziaria, di “ripiegare” su scelte meno dispendiose, ovvero di contenere nel minimo la spesa. In tal senso potrebbe allora sostenersi la rilevanza penale dell'acquisto del gruppo Volare (*supra* § 4), perché realizzata, in tempo di crisi, in maniera repentina, senza cioè attendere il tempo ragionevolmente necessario per un concreto apprezzamento del rischio connesso all'operazione, e con la presentazione di una proposta d'acquisto estremamente alta, tale da “sbaragliare” quelle degli altri candidati acquirenti.

Tuttavia, riguardo ancora alla vicenda M., non pare che la riflessione appena svolta possa portare a ritenere che gli amministratori di una società per azioni, ancorché a capitale pubblico, debbano agire nel rigido rispetto

del principio di efficienza³⁸⁸ – sotteso obbligatoriamente solo all'agire delle Pubbliche Amministrazioni, oppure scegliendo il proprio contraente necessariamente all'esito di una procedura di evidenza pubblica³⁸⁹. Si potrebbe del resto presumere che si tratti di incarico affidato a società *leader* mondiale nel settore delle consulenze strategiche e industriali, proprio in ragione della severa crisi economica e finanziaria che il Gruppo Alitalia stava attraversando, e non in spregio a, o nonostante ciò. E che fosse dunque la gravità del contesto ad imporre al “buon amministratore” di rivolgersi ad un consulente di prestigio interazionale e di comprovata abilità – aspetto, questo, considerato “pacifico” dai giudici – anziché affidarsi, in questo caso sì, “grossolanamente” all'offerente al ribasso.

6. Verso un nuovo confine di differenziazione: la rilevanza della finalità di impresa

Leggendo la motivazione emergono gli sforzi di individuare gli elementi di prova dell'elemento soggettivo, così come richiesti dalla norma, ossia le prove dell'accertamento del dolo. Del resto, trattasi di una valutazione che richiede un alto grado di rigore, posto che concorre a delineare i confini della sanzione, salvo, poi, quanto si dirà più innanzi a

³⁸⁸ Il principio in parola, misurando la relazione fra mezzi e risultati, impone una combinazione dei fattori produttivi in modo tale da minimizzare i costi rispetto ai prodotti ottenuti oppure massimizzare i prodotti considerato il vincolo delle risorse disponibili (CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della P.A.*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1)

³⁸⁹ A riprova di ciò può intendersi il contenuto dell'ordinanza della Sezioni unite civili (del 13 novembre 2015 n. 23306) pronunciata a seguito della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione da parte dei manager Alitalia, nei confronti dei quali il Ministero dell'economia e delle finanze, socio pubblico della compagnia aerea di bandiera, aveva promosso azione di responsabilità per il risarcimento del danno erariale dinanzi alla Corte dei conti della Regione Lazio. Le Sezioni unite hanno affermato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, non essendo configurabile, nel caso di specie, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Si è pertanto chiarito che la veste giuridica di Alitalia S.p.a. sia tale da escludere la riconducibilità degli atti di gestione all'esercizio, anche mediato, del potere amministrativo, non potendo nemmeno qualificarsi la compagnia aerea come organismo di diritto pubblico, in ragione dell'attività economica e commerciale svolta, in regime di mercato libero.

proposito della gravidanza soggettiva³⁹⁰ della fattispecie in esame, i cui elementi oggettivi siano cioè astrattamente compatibili o meno con componenti psicologiche diverse.

L'accertamento della responsabilità nell'alveo della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale esige, secondo i giudici, la prova del dolo generico, che consiste nella volontà di compiere condotte di distrazione, occultamento o dissipazione, unitamente alla volontà o, per lo meno, dall'accettazione del risultato di queste condotte; non necessario sarebbe, invece, lo scopo specifico di provocare un danno ai creditori, requisito indispensabile solo nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta posta in essere mediante l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti.

È dunque necessario accertare cosa i soggetti attivi si siano rappresentati e cosa abbiano inteso ottenere con la condotta: ciò al fine di evitare di accontentarsi solo della prova della mera conoscibilità (in luogo dell'effettiva conoscenza) del rischio della condotta, ossia che la prova del dolo si confonda con la prova della colpa³⁹¹, mediante un uso improprio della chiave *passpartout* del dolo eventuale.

Altrimenti detto, le inferenze induttive, estrapolabili dagli aspetti oggettivi del fatto concreto, sulla presenza del dolo di fattispecie devono resistere alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

³⁹⁰ Si intende con tale affermazione aderire a quell'impostazione dottrinale che evidenzia come il fatto tipico abbia nella sua dimensione esterna una componente materiale obiettiva, ossia «un elemento oggettivo in senso classico» (al cui interno rientrano, per esempio, l'evento o il livello di rischio lecito) che è oggetto della colpa e del dolo ma che non dipende da essi; ed una componente materiale-subiettiva che rappresenta la «obiettivizzazione di dolo e colpa nel fatto tipico», come a dire che la condotta tipica reca con sé le tracce del dolo o della colpa («c'è un elemento oggettivo che è oggetto del dolo (e che non si prova mediante il dolo), ma a livello di condotta, invece, l'azione porta i segni del dolo stesso e perciò è essa stessa un'obiettivizzazione del dolo» (DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 215, nt. 42). Il fatto tipico ha poi un *subjektiver Tatbestand* all'interno del quale rientrano le «componenti psicologiche tipiche in senso stretto (...) compatibili con l'assenza di colpevolezza» (DONINI, *Il volto attuale*, cit., 215 ss.). Difatti, quest'ultima, coincidente con la rimproverabilità, «che si prova per ultima, è solo la dimensione più personale dell'imputazione, e nel fatto sono già contenuti il dolo e la colpa a livello (più spersonalizzato e 'fattuale') di tipicità» (DONINI, *Il volto attuale*, cit., 214). Sul punto si veda anche FIORE, *Il dolo*, in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 54 s.

³⁹¹ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 145.

Assai diffusa è tuttavia l'impostazione secondo la quale il passaggio dalla colpa al dolo (eventuale) si impone qualora il soggetto abbia percepito i “segnali d'allarme” riguardanti la rischiosità della propria condotta, li abbia concretamente valutati come segnali di specifici fatti-reato – oltre che concretamente rappresentati – e nulla abbia fatto per impedirne la prevista realizzazione³⁹². A ben vedere, questa prospettazione si sostanzia in una forma di mera accettazione del rischio, «che lascia sussistere il dolo nei casi in cui il soggetto sia rimasto in dubbio»³⁹³, punendo cioè a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale l'imprenditore che abbia sperperato le risorse aziendali per avventatezza, sconsideratezza o con modalità palesemente irragionevoli, senza cioè avere in realtà assunto alcuna decisione per la violazione del bene tutelato.

Altrettanto ricorrente è l'atteggiamento giurisprudenziale volto a giustificare l'incriminazione a titolo di dolo sulla base della considerazione che il soggetto agente “non poteva non sapere” che la propria condotta recava con sé una potenzialità offensiva e, dunque, penalmente rilevante. In tal senso si è posta una pronuncia della Cassazione nella parte in cui ha accolto la tesi³⁹⁴ secondo la quale lo specifico fatto materiale imputato al fallito – ovverosia la mancata riscossione di canoni d'affitto di un'intera azienda, il cui importo, di rilevante entità, costituiva l'unica entrata della società fallita –, «in assenza di una più specifica motivazione» (come a voler condividere l'idea di Manzini³⁹⁵ sulla presunzione semplice di

³⁹² In termini critici PULITANÒ, *Appunti su il principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 107; si veda anche PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 344 in cui l'Autore cita a titolo esemplificativo i segnali di falsità di determinate voci di bilancio: in questo caso l'inerzia dinanzi a tali segnali acquisterebbe il significato di consapevole accettazione (id est di responsabilità dolosa) del verificarsi del reato di falso in bilancio. Sul c.d. dolo di posizione e i segnali di allarme si veda IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 503 ss.

³⁹³ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 282.

³⁹⁴ La tesi a cui si fa riferimento nel testo è stata formulata nella sentenza della Cassazione (Sez. V, n. 11917/2004) di annullamento della sentenza della Corte d'appello di Roma del 10 ottobre 2001, la quale Corte aveva, al contrario, qualificato la condotta suddetta come integrante il reato di bancarotta semplice.

³⁹⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1933, 633.

sussistenza del dolo), «non poteva essere frutto di una mera negligenza»³⁹⁶.

Viceversa, pare doversi attribuire un valore sintomatico/indiziario al modo in cui gli elementi obiettivi della fattispecie prendono concreta forma³⁹⁷, adeguatamente integrato e riscontrato da ulteriori elementi valutativi, come, ad esempio, il ‘movente’³⁹⁸.

La responsabilità dolosa per omesso impedimento richiede la «rappresentazione del proposito criminoso» e il «consapevole» mancato intervento. Proprio tale prospettiva è stata condivisa nel 2007 dalla S.C. nella nota sentenza sul caso *Bipop Carire*, relativo alla gestione fraudolenta del citato gruppo bancario. I giudici di legittimità, pur ammettendo senza riserve l'utilizzo dei segnali d'allarme per dimostrare la partecipazione soggettiva dell'amministratore delegante al fatto criminoso in concreto commesso dagli operativi, hanno rilevato come per la prova del coefficiente soggettivo non basta la dimostrazione della sussistenza di chiari segnali d'allarme che rilevino il rischio di un preciso atto pregiudizievole, ma occorre anche l'accertamento che i deleganti li abbiano effettivamente «percepiti» e «valutati». In altri termini, i giudici di legittimità non escludono la possibilità che la prova del dolo dell'amministratore non esecutivo sia fornita ricorrendo alla teoria dei segnali dall'allarme, ma, diversamente dall'indirizzo tradizionale, richiedono tre ineludibili passaggi: a) che si tratti di segnali specifici, o meglio “*perspicui e peculiari*” (*ergo*

³⁹⁶ Cass. civ., Sez. I, 8 aprile 2015, n. 7004.

³⁹⁷ FIORE, *Il dolo*, cit., 59-60.

³⁹⁸ Si rinvia a questo proposito all'importante presa di posizione dei supremi Giudici in ordine al tema della prova del dolo nella sentenza *ThyssenKrupp* (Cass. pen, Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, in *Dir. pen. cont.*, 2014) e all'elaborazione dei c.d. indizi o indicatori del dolo eventuale: 1) la condotta; 2) la lontananza dalla condotta standard; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore; 4) la durata e la ripetizione della condotta; 5) la condotta successiva al fatto; 6) «il fine della condotta, la sua motivazione di fondo; e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del “prezzo” connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»; 7) la probabilità di verificazione dell'evento; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito; 10) l'iter che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso; 11) il controfattuale alla stregua della prima formula di Frank. Si veda RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori “sintomatici”*. Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso *ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 10 ss.

non basterebbe un indice del tutto generico); b) che questi ultimi indichino in maniera inequivocabile che l'evento criminoso era in corso di realizzazione; e c) che il delegante li abbia effettivamente percepiti e valutati come rappresentativi dell'illecito poi commesso, anche perché la sola percezione non dimostra che il consigliere privo di deleghe abbia poi valutato gli indici di allarme nella specie presi in esame³⁹⁹.

Nel testo della pronuncia *Alitalia* viene valorizzato l'elemento della consapevolezza del *management* circa la situazione di crisi al tempo dell'adozione delle condotte qualificate come dissipative; ma ciò non è dovuto al fatto che la sussistenza del dolo generico, richiesto dalla fattispecie, implica la consapevolezza dello stato di crisi aziendale, ma dal fatto che esso assurge a parametro per definire il carattere oggettivo del rischio della condotta, ossia il suo grado di pericolosità in concreto, andando ad influire sia sulla forma che assumono gli elementi obiettivi della fattispecie, sia sul *discrimen* tra dolo e semplice abbaglio del soggetto attivo.

Le condotte vengono descritte come se fossero state poste in essere a costo di diminuire il patrimonio aziendale e di portare la società al fallimento, perseguendo finalità estranee all'impresa, ossia la ricapitalizzazione per consentire all'azienda di continuare ad esercitare la propria attività, a spese di lavoratori, famiglie e di una parte dell'economia nazionale.

Di conseguenza, viene affermato che i soggetti attivi, che coincidono con i vertici aziendali, non solo sapevano o comunque “non potevano non sapere”, ma hanno anche, volontariamente sperperato il patrimonio aziendale, investendo in settori in crisi o operando vendite sottocosto con velocità da dimostrare la mancanza di scrupoli; il tutto ignorando i segnali di allarme.

Detto altrimenti, i soggetti attivi avrebbero agito in una zona di

³⁹⁹ Cass. pen, sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383.

rischio illecito, con la consapevolezza della situazione⁴⁰⁰ e accettandone il prezzo⁴⁰¹ di una severa compromissione della garanzia patrimoniale, quale conseguenza accessoria necessariamente connessa alla realizzazione volontaria delle singole operazioni.

Tuttavia la forza di queste argomentazioni viene meno laddove si precisa che «il piano industriale e le scelte operate (...) non hanno portato i guadagni sperati», che «il *management* non è stato all'altezza», che «la strategia aziendale dimostra tutti i suoi limiti» e come «emerge lampante la inadeguatezza» delle scelte effettuate.

Ci si può, difatti, ragionevolmente domandare come potessero le destinazioni impresse agli atti di gestione del patrimonio essere dolosamente estranee alle finalità aziendali benché decise – sia pure sconsideratamente – per ottenere guadagni (sperati e poi non raggiunti a causa di un malgoverno del rischio), quali quelli derivanti da una ricapitalizzazione, che avrebbe permesso di soddisfare il fabbisogno finanziario e dunque di ritornare *in bonis*⁴⁰².

Il ragionamento dei giudici suscita qualche perplessità laddove viene specificato lo scopo cui mirano gli agenti, ossia non quello della ristrutturazione societaria e di tutela del patrimonio aziendale, bensì la sopravvivenza a qualsiasi costo. Non appare chiaro, allora, se lo scopo perseguito fosse quello di conseguire benefici per l'azienda, che non consentirebbe l'imputabilità della fattispecie di bancarotta fraudolenta, o di far restare a galla Alitalia, tentando di ritardare il fallimento o, ancora, di sottrarre al fallimento parte del patrimonio aziendale, arrecando danno ai creditori.

⁴⁰⁰ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 13.

⁴⁰¹ DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 59.

⁴⁰² Si legge nella relazione del Commissario straordinario, riportata in sentenza, che «il flusso finanziario della gestione operativa, dato dalla somma del flusso dell'attività di esercizio e dell'attività di investimento, è stabilmente negativo il che denota la presenza di un fabbisogno finanziario strutturale che può essere coperto solo con nuovo indebitamento e/o con nuovi conferimenti di capitale».

Alla luce delle riflessioni sin qui svolte, sembra potersi sostenere che, nel diritto penale fallimentare, occorre riconoscere un ruolo dominante e decisivo al rispetto del dovere di diligenza da parte dell'imprenditore, mutuando cioè gli assunti della già richiamata giurisprudenza civile della Cassazione, la quale si inserisce con coerenza in quella visione prospettata dalle Sezioni Unite – ancorché con riferimento al distinto tema dell'ammissibilità delle proposte di concordato preventivo – in ordine alla legittimità del solo controllo formale e di legalità sulle scelte di gestione⁴⁰³.

È ben vero, comunque, che i doveri di diligenza e prudenza vanno convenientemente adattati alla situazione concreta e, dunque, adeguati al grado di interesse pubblico connesso all'attività d'impresa (ossia al numero dei creditori e al grado del loro coinvolgimento), nonché alla condizione di sofferenza finanziaria, imponendo così un atteggiamento maggiormente ponderato in capo agli autori delle scelte gestorie.

Qui giunti, emerge, però, la potenziale contraddizione dell'intero sistema: difatti, in tutti in casi in cui risulta provato che l'imprenditore abbia agito in maniera approssimativa, mostrando indifferenza o trascuratezza, paiono sbiadire i presupposti per l'integrazione delle fattispecie, più gravemente sanzionate, di frodolenza⁴⁰⁴. Al contrario, in presenza di un atteggiamento vigile e informato sembra aumentare – proprio come nel caso in esame – il rischio di vedersi contestato un addebito doloso e di incorrere (in base ad un giudizio influenzato dal “senno del poi”) in responsabilità penale, la quale diviene allora un dato incerto, poiché dipendente «da fattori diversi dalla commissione colpevole di una condotta lesiva»⁴⁰⁵, quali la rilevanza della propria posizione economica e sociale⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cass. civ., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

⁴⁰⁴ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 78. L'Autore acutamente osserva che «quanto maggiore è in un soggetto l'indifferenza o la trascuratezza per i precetti (...) quanto più ridotto è per tale soggetto il rischio di incorrere in responsabilità penale».

⁴⁰⁵ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, cit., 6.

⁴⁰⁶ È del resto assai più elevato il rischio di incriminazione per l'amministratore senza delega che provi di aver tenuto una condotta accorta ed informata di quello disattento e superficiale (si veda

Al di là, tuttavia, di questa constatata incertezza del sistema penale-fallimentare, volendo altresì evidenziare quello che può essere definito un meritevole sforzo di razionalizzazione del giudizio di responsabilità, preme ribadire, in estrema sintesi, che, dai tratti salienti della motivazione giudiziale ripercorsi in questa sede, compare, seppur implicitamente, una valorizzazione del più volte richiamato nesso di rischio ai fini della valutazione della rispondenza della condotta al tipo legale.

In tal senso, assume rilievo l'aver avvalorato, da un lato, la condizione di crisi irrisolvibile presente al tempo della condotta – che, per la verità, nella fattispecie in esame consisteva in «un fabbisogno finanziario strutturale che (...) [poteva] essere coperto solo con nuovo indebitamento e/o con nuovi conferimenti di capitale» – e, dall'altro, la concreta incidenza delle dissipazioni sul piano dell'offesa.

Prescindendo dunque dalla pertinenza delle ricostruzioni operate rispetto al caso concreto (per la cui disamina si rinvia ai paragrafi che precedono), la sentenza di primo grado sulla vicenda *Alitalia* contribuisce a rimarcare l'opportunità della ricostruzione di un nesso di rischio, il quale, oltre ad indicare la congruità dello stato di insolvenza rispetto al rischio attivato dalla condotta tipica, «dà corpo al[l'evento di] pericolo concreto a cui è esposto il bene protetto per effetto del comportamento illecito»⁴⁰⁷. Come a dirsi che senza tale nesso non vi è alcun pericolo, e senza la possibilità di parametrare l'idoneità offensiva del fatto ad un rischio di insolvenza (presente al momento del fatto stesso) non vi è comportamento (in grado di qualificarsi, a fallimento avvenuto, come) illecito.

Del resto, allo scopo di escludere che sia sufficiente per l'imputazione la mera condotta⁴⁰⁸, occorre individuare con precisione quale

Cass., 5 ottobre 2012, n. 23000).

⁴⁰⁷ PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 18.

⁴⁰⁸ Si noti che si intende qui ricercare gli elementi che permettano di qualificare le fattispecie penali in esame come reati di evento, senza in nessun modo voler negare l'esistenza dei reati di mera condotta, condividendo che tale classificazione rivesta una fondamentale importanza in tema, ad esempio, di individuazione del momento consumativo, di ammissibilità del tentativo, etc. (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 198). Peraltro, chi ha inteso eliminare la distinzione fra

sia e in cosa consista il «momento effettuale» delle fattispecie di bancarotta e se possa esso coincidere con l'evento tipico ovvero debba essere ricercato altrove, più in là nel tempo.

Non volendo cedere alla tentazione, tipica di quello che è diffusamente definito in dottrina “diritto penale del rischio”⁴⁰⁹, di interpretare le norme penali come “strumenti di prevenzione”, si vuole in questa sede sottolineare l'importanza di ricondurre il fulcro del rimprovero alla lesività del bene giuridico. Si è, a questo proposito, opportunamente rilevato in dottrina come siano le stesse condotte tipizzate dal legislatore a non «esaurirsi in termini di pura materialità», dal momento che il linguaggio utilizzato, soltanto in apparenza descrittivo, sarebbe impregnato «da una connotazione negativa che solo la tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto»⁴¹⁰.

Così ragionando, richiedendo cioè un'offensività in concreto della condotta, l'evento (in senso naturalistico), il cui quadro di tipicità risulterà completato soltanto a fallimento avvenuto⁴¹¹, pare da individuarsi nella insufficienza della garanzia patrimoniale a soddisfare i creditori, evento che pone dunque in pericolo gli interessi dei creditori, ma che ancora, come illustrato *supra*, non dice nulla dell'offesa. L'evento è passibile di “riparazione” e la sua pericolosità può essere neutralizzata: fino a quando lo

reati di evento e reati di azione (si veda MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 134 ss.), sostenendo l'inesistenza di delitti senza evento, lo ha fatto “a spese” della condotta, il cui contenuto risulta attratto nel concetto di evento (in questo senso DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 246; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 127). Parimenti non convince la posizione di chi ha inteso sostenere la legittimità dell'esclusione del disvalore d'evento dalla costruzione dell'illecito facendo leva sulla considerazione che il diritto penale può avere efficacia impeditiva solo nei confronti di comportamenti umani (e non anche nei confronti degli eventi ad essi conseguenti), si veda MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., 91. Innanzitutto, si veda come per l'illecito commissivo doloso sia lo stesso art. 43 c.p. a richiedere la previsione e la volontà di un evento dannoso o pericoloso (COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., 135). Poi, «il richiamo all'evento [nel senso che si chiarirà nel testo] riesce ad allontanare i pericoli di un possibile superamento in sede interpretativa dei connotati della (sola) azione ad opera di chi voglia risalire, per mezzo di essa, direttamente al suo autore» (COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., 138).

⁴⁰⁹ Per un'ampia panoramica sul punto si veda DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 107 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 168 ss.

⁴¹⁰ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 12.

⁴¹¹ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 129.

squilibrio finanziario non si mostri irreversibile, i creditori possono contare su di un riequilibrio che consenta loro di soddisfarsi integralmente. Ciò senza che, a tal proposito, possa rilevare l'integrale soddisfazione ottenuta in sede di riparto fallimentare – ad esempio a fronte di un recupero dei beni distratti ad opera della curatela, ovvero a fronte dell'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare⁴¹² –, in quanto il danno da bancarotta non pare profilarsi unicamente in caso di mancata soddisfazione, ma anche in caso di ritardo (tale da non apparire come una pura sfasatura temporale⁴¹³) della stessa.

D'altra parte, vero è che «il danno si può risarcire anche integralmente, ma ciò non elimina mai l'offesa, neppure nei reati a contenuto patrimoniale, in quanto c'è anche un disvalore d'azione (per es. frode, violenza, inganno, dolo specifico, etc.) che il venir meno del disvalore d'evento non elide; ed esattamente per questo l'offesa non si ripara mai integralmente, salve eccezioni [nonché salve le recenti aperture del diritto penale ai meccanismi della giustizia riparativa⁴¹⁴], perché essa non

⁴¹² COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., 194.

⁴¹³ PEDRAZZI, *sub art. 216*, cit., 119.

⁴¹⁴ Gli istituti della giustizia riparativa permetterebbero infatti di eliminare non solo il danno cagionato, ma l'offesa arrecata alla vittima, attraverso una partecipazione attiva del reo, in sede di esecuzione della pena, ad un progetto di soluzione dei conflitti esistenti con la persona offesa. Vi è tuttavia da considerare come la riparazione dell'offesa vada incontro a talune problematiche. Anzitutto rileva l'aspetto della incoercibilità: «si può imporre la detenzione o la limitazione passiva della libertà, non il lavoro di pubblica utilità o una prestazione personale a favore della collettività o della vittima»; ed altresì occorre rilevare come, di frequente, la perdita subita sia impossibile da reintegrare, potendo essere unicamente risarcita (si veda, in termini di convinta apertura all'ingresso nel diritto penale del concetto di delitto riparato come titolo autonomo di reato, DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8). Non si vuole con ciò fare riferimento soltanto alle ipotesi di omicidio o comunque di privazione naturalistica di un che di insostituibile, ma anche ai casi in cui, nonostante l'offesa riguardi il bene fungibile per eccellenza, ossia il denaro (che *numquam perit*), la riparazione sia comunque estremamente difficile. Questo perché, ad esempio, nei reati fallimentari: a) l'offesa arrecata – che consiste nell'aver sottratto denaro dalle casse sociali, senza avervi rimediato finché si era *in bonis* – non potrà essere riparata se non attraverso l'adempimento dell'obbligazione assunta, non potendosi ravvisare un conflitto tra imprenditore e vittima-creditore di tipo culturale e/o sociale, ma meramente “contrattuale”; b) il che potrebbe tuttavia rivelarsi ineluttabilmente tardivo, potendo l'offesa arrecata aver determinato effetti irreversibili nella vita commerciale della vittima-creditore, che ben potrebbe vantare un interesse al solo esatto e tempestivo adempimento; c) senza considerare che l'adempimento (tardivo) dell'obbligazione assunta è ad ogni modo pressoché inattuabile proprio perché il soggetto agente-fallito è rimasto privo di sostanze; d) pertanto, occorrerebbe accontentarsi o del contegno collaborativo dell'autore-fallito in sede di ricostruzione della massa attiva (il che facilita però il solo corretto e celere

ha a che vedere soltanto con gli effetti della condotta»⁴¹⁵.

Invero, fino a che non intervenga il fallimento non vi è ancora nessuna offesa da eliminare, ma vi è una condotta capace di esporre a pericolo il bene giuridico tutelato, il cui potenziale offensivo diverrà effettivo soltanto una volta che sia divenuto impossibile per l'imprenditore far fronte a tutte le obbligazioni assunte a causa di un irreversibile squilibrio finanziario. Difatti, fino a che non intervenga il fallimento il debitore è, giuridicamente, in grado di adempiere e dunque di scongiurare la realizzazione forzata delle pretese dei creditori⁴¹⁶.

La produzione dell'evento naturalistico, inteso come «realtà fisica, psichica o sociale, conseguente alla condotta e da questa distinto sul piano spazio-temporale»⁴¹⁷, non può dunque soddisfare il principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*). L'offesa dei beni penalmente tutelati, infatti, «anche se suppone di regola la modificazione di una realtà esterna alla condotta, non si riassume nel concetto di evento, ma piuttosto in quello di illecito [*id est*, offesa ingiusta]: è l'intero fatto nel suo rapporto con gli interessi tutelati, e indissolubilmente segnato dall'atteggiamento del volere e quindi dalla tipicità soggettiva, a definire il contenuto sostanziale dell'incriminazione»⁴¹⁸.

Viene quindi in rilievo l'evento giuridico: ossia, l'offesa arrecata al bene giuridico. E pare condivisibile che nell'illecito penale debba «essere ricercato (...) un requisito idoneo ad esprimere il necessario collegamento

andamento della giustizia, che non è oggetto dell'offesa) o di inserire lo stesso in un programma teso al suo ravvedimento interiore, allo smantellamento della figura dell'imprenditore disonesto (o, mutuando da Max Weber, dalla «avidità puramente impulsiva») di modo tale da evitare una sua ricaduta nel reato. Tuttavia simile percorso altro non pare che un tentativo di risocializzazione, che deve costituire pilastro dell'esecuzione della pena, anche attraverso il ricorso a misure alternative alla detenzione, ma che poco paiono avere a che vedere con la riparazione/eliminazione dell'offesa arrecata.

⁴¹⁵ DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Napoli, 2011, 919 s.

⁴¹⁶ DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976, 871.

⁴¹⁷ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 129.

⁴¹⁸ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 286.

tra fatto incriminato e interesse tutelato»⁴¹⁹, in modo tale da accertare che la condotta dell'imprenditore (e non fattori a sé stanti), la quale abbia prodotto l'evento naturalistico sopra descritto (e non una riduzione del patrimonio incapace di intaccare la solvibilità), abbia effettivamente contribuito al dissesto, ossia all'offesa degli interessi dei creditori, nei termini di mancata, parziale o integrale ma ritardata soddisfazione.

Tale collegamento, volto a concepire i reati fallimentari – i quali, come osservava Francesco Carnelutti, «sono venuti su come piante selvatiche fuori dal recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale»⁴²⁰ – nel rispetto del principio penalistico della necessaria lesività e del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, acquista pregnanza soltanto ammettendo l'imputazione oggettiva dell'insolvenza, prendendo cioè sul serio l'esigenza di poter congruamente imputare l'insoddisfazione dei creditori, nel senso suesposto – di fatto recepito nella sentenza *Alitalia* –, alla condotta fraudolenta posta in essere dall'imprenditore.

Questa esigenza costituzionale deve poi essere logicamente coordinata con i criteri di imputazione soggettiva che impongono anche qui una chiara distinzione tra giudizio di colpa e di dolo e tra rappresentazione *ex ante* ed *ex post*. Ed è su questo profilo che pare che la sentenza in commento presenti forse aspetti di maggiore problematicità, quanto meno rispetto a talune delle molteplici ipotesi dissipative configurate.

Preme, a questo punto, operare una breve ricognizione della struttura della bancarotta per dissipazione alla luce dei ragionamenti sin qui svolti.

Come si è detto, rileva, anzitutto, la necessità di accertare (in via preliminare) la condizione finanziaria esistente al tempo della condotta, costituendo essa parametro di valutazione dell'attivazione di un rischio

⁴¹⁹ Non pare nel vero Cocco, laddove identifica la componente naturalistica dell'evento tipico nel «minor percento che spetta ai creditori a causa del pagamento», essendo questo profilo in realtà, più propriamente, la componente giuridica dello stesso (COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., 188).

⁴²⁰ CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone: il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 254.

illecito (*id est*, di un rischio «d'insufficienza finanziaria»⁴²¹). A ciò deve accompagnarsi il riscontro della irragionevolezza economica degli atti di gestione delle risorse aziendali (elemento oggettivo), i quali devono porsi come ponderato, ragionato e consapevole sperpero di denaro (elemento soggettivo), a cui deve aver fatto seguito una concretizzazione del rischio illecito attivato, per mezzo di una effettiva diminuzione patrimoniale.

L'elemento oggettivo che, così come descritto, pare dunque necessario ai fini della rispondenza alla previsione legale, consiste nel carattere irrazionale – rispetto alla normale vita dell'impresa – della condotta; condotta che nessun imprenditore mediamente avveduto avrebbe cioè posto in essere. Diversamente, si avrebbe bancarotta semplice allorquando la condotta si presenti irragionevole.

È nondimeno agevole notare come il termine ‘irragionevole’ evochi un particolare atteggiamento psicologico dell'agente, non potendosi parlare, in assoluto, di un che di “obiettivamente irragionevole” o insensato, capace cioè di prescindere dalla predisposizione psicologica dei soggetti che hanno agito, o che normalmente agiscono, in un determinato ambito della vita umana. Il requisito della irragionevolezza pare pertanto dipendere strettamente dalle valutazioni che, della realtà economica d'azienda, opererebbe l'imprenditore modello e dunque dalla prevedibilità *ex ante* dell'anti-economicità dell'atto di disposizione.

Da ciò discende la possibilità di ritenere che il concetto di dissipazione costituisca elemento di tipicità oggettivo-soggettiva della fattispecie, con conseguente necessità di far luce – anche con riferimento a talune delle condotte contestate nella vicenda *Alitalia* – sulla necessità, in mancanza del requisito della “irrazionalità economica” della condotta, di concludere per un esito assolutorio per insussistenza del fatto o, piuttosto, perché lo stesso non costituisce reato – nemmeno se riqualificato come bancarotta semplice –, difettando la prova dell'elemento soggettivo.

⁴²¹ NISCO, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova, 2015, 384.

Si è più volte del resto rimarcato che la contrarietà della condotta rispetto al bene dell'impresa potrebbe emergere unicamente *ex post*, a fallimento avvenuto, rimanendo dunque non assolta la prova della sua percepibilità *ex ante*; ovvero tale contrarietà potrebbe apparire non univocamente interpretabile, ad esempio perché la condizione esistente al momento della condotta lascia, per così dire, spazio – secondo l'*id quod plerumque accidit* – a tentativi (ancorché rischiosi) di rilancio⁴²²; ovvero ancora, la condotta imprenditoriale potrebbe risultare perfettamente rispettosa dei canoni di diligenza, cui dev'essere improntata l'amministrazione aziendale, e aver nondimeno dato vita ad una gestione imprenditoriale aggressiva, interventista e non meramente conservativa, rivelatasi poi dannosa per gli interessi creditori.

In tutti questi casi, pare che il giudizio di responsabilità debba arrestarsi già sul piano oggettivo: non solo mancano il dolo o la colpa, ma non vi è nemmeno la possibilità di considerare la dissipazione, effettivamente intervenuta, come tipica. Uno sperpero di denaro si è realizzato, ma non si tratta di “quello sperpero” da reputarsi corrispondente alla fattispecie (fraudolenta o semplice), perché – come nei casi appena prospettati – nessun rischio illecito è stato attivato.

Più precisamente, non possono dirsi integrati profili di contrarietà rispetto all'ordinamento giuridico, essendo la condotta da reputarsi civilisticamente consentita (oltre che costituzionalmente garantita), perché espressione del fisiologico potere di iniziativa economica. Non possono cioè dirsi integrati profili di anti giuridicità, i quali sono, invero, necessari per riempire di contenuto gli elementi normativi della fattispecie, a garanzia del fatto «che esista davvero una base extrapenale di selezione dell'illecito rispetto alla quale s'innesti una ulteriore selezione penalistica»⁴²³.

In questa ipotesi parrebbe ricadere il contestato sperpero di denaro

⁴²² D'altra parte, sono gli stessi recenti interventi riformatori della materia fallimentare a incoraggiare il risanamento, favorendo la gestione della crisi “in continuità aziendale” e abbandonando la vecchia predilezione per le scelte di dismissione e liquidazione.

⁴²³ DONINI, *Critica dell'anti giuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., 716.

conseguente alla attribuzione della consulenza straordinaria alla società M., per i rimarcati tratti di conformità ai canoni di diligenza.

Al contrario, in presenza di una condotta economicamente insensata, pare debba propendersi per un'incriminazione a titolo di bancarotta semplice nelle ipotesi in cui l'imprenditore, in un contesto di auto-evidente decozione, sia apparso un agente disattento, superficiale – ai limiti della sprovvedutezza – che sia stato incapace di avvedersi delle normali conseguenze dei propri atti di disposizione. Ciò potrebbe essere predicabile con riferimento all'operazione straordinaria consistente nello scorporo di cinque rami d'azienda della società Alitalia S.p.a. se davvero, come si legge in sentenza, il «contesto fattuale contraddiceva gli obiettivi economici dichiarati» in modo tale da aver la condotta cagionato le severe inefficienze produttive contestate, anziché aver la stessa determinato – come emerge espressamente nel corso della motivazione – i benefici in cui si era, in maniera miope, confidato. Il riferimento a quello che può definirsi un semplice “malgoverno del rischio” pervade, tuttavia, non solo la parte riferita a tale capo d'imputazione (in cui viene solo maggiormente e più specificamente ribadito), ma l'intera pronuncia del Tribunale romano, tanto da costituire aspetto di dubbia congruità dell'intero assetto ragionativo.

Pare, dunque, potersi constatare come il reato di bancarotta, ogniquale volta venga in rilievo la dilapidazione da parte dell'imprenditore delle risorse aziendali, si presenti come fattispecie ad elevata pregnanza soggettiva, essendo difficilmente predicabile l'assenza dell'elemento soggettivo – nella forma della colpa – in presenza di un'operazione economicamente irragionevole, requisito, questo, che pare del tutto sovrapponibile alla percepibilità *ex ante* dell'idoneità lesiva dell'azione. Tale sovrapponibilità non deve indurre tuttavia a ritenere che, difettando il requisito dell'irrazionalità, il fatto “non costituisca reato”, ma piuttosto – anche in virtù del *favor rei* – che non possa dirsi integrato, come si è sopra tentato di chiarire, l'elemento oggettivo della fattispecie, costituito dallo sperpero, non in sé considerato, ma in quanto conseguente ad un indirizzo

delle attività patrimoniali a scopi economicamente abnormi e percepibili (*ex ante*) come tali.

Sul caso *Alitalia*, infine, è intervenuta la Suprema Corte⁴²⁴, statuendo che ai fini della configurazione della fattispecie di bancarotta fraudolenta per dissipazione, non può applicarsi la regola della *business judgement rule*⁴²⁵, in quanto il giudice penale non può sindacare, alla luce di possibili risultati negativi, le scelte discrezionali, anche se poco ragionevoli, di gestione dell'azienda, basate su ragioni di natura tecnica, economica o finanziaria, chiaramente produttive di rischi per il patrimonio sociale. Il giudice, invece, deve sindacare “la prospettazione delle conseguenze della soluzione adottata, del tutto macroscopica ed abnorme, ossia manifestamente configgente ed incoerente, secondo un giudizio “*ex ante*” in relazione alle dimensioni ed alla complessità dell'azienda e delle specifiche condizioni economiche sussistenti, con la tutela del ceto creditorio e con la logica di impresa”.

Inoltre, pur senza adoperare l'espressione condizione obiettiva di punibilità, essa ribadisce, collegandosi a recente giurisprudenza, che la dichiarazione di fallimento è evento, la cui realizzazione, non dovendo necessariamente essere causalmente collegata alla condotta del fallito, determina comunque la punibilità dell'imprenditore che, in precedenza, abbia distratto o dissipato beni aziendali, anche se la società, all'epoca, era *in bonis*.

⁴²⁴ Cass. pen., 25 febbraio 2021, n. 7437.

⁴²⁵ Questa rappresenta infatti un criterio di valutazione della responsabilità civile degli amministratori della società rispetto all'ente, di genesi anglosassone, in base alla quale si presume che qualora detti amministratori agiscano in modo informato, in buona fede e nell'interesse sociale, essi possano essere esonerati dalla responsabilità del *board of directors*, sempreché abbiano assunto decisioni che risultino corrette in base a un insieme di indici di diligenza.

CONCLUSIONI

Con il presente elaborato ci si è prefissato l'obiettivo di analizzare nel dettaglio il reato di bancarotta semplice, affrontando altresì le questioni ad esso sottese, quali quelle relative alla natura e al ruolo della sentenza di fallimento e all'operatività delle esenzioni di cui all'art. 217 *bis* l.f., nonché, nello specifico, la differenza tra le fattispecie di bancarotta semplice e fraudolenta.

All'esito dell'analisi qui condotta in relazione alla natura dei reati di bancarotta, si può affermare, come sostenuto da alcuni autori, che il bene giuridico tutelato nei reati di bancarotta è l'interesse patrimoniale. Questi partono dalla critica dell'orientamento che annovera la bancarotta fra i reati contro l'amministrazione della giustizia, in quanto tale impostazione circoscriverebbe l'accogliibilità solo alle fattispecie di bancarotta post-fallimentare, precisando però che queste offendono anche altri beni giuridici.

Questi sarebbero da individuare, *in primis*, negli interessi patrimoniali dei creditori, che rientrano dunque nell'offensività giuridica, senza però esaurirla, con il rischio di andare incontro a una visione unilaterale del fenomeno dell'insolvenza, che trascurerebbe le gravi conseguenze che ne derivano sul piano economico nel senso di pregiudizi al credito pubblico.

In relazione al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, può invece concludersi che il nucleo fondamentale del reato di bancarotta non è il fallimento, come veniva affermato nella tradizione storica.

In passato, infatti, il fallimento veniva considerato già di per sé reato, laddove sussistessero semplici elementi sintomatici come la chiusura del banco o la fuga del mercante.

Oggi un ruolo di prim'ordine nella configurazione legislativa è svolto dai fatti, dolosi o colposi, di bancarotta e non dal fallimento. Il reato è fondato sulle condotte dell'imprenditore in relazione all'offesa per le

ragioni dei creditori, rispetto al momento dell'offesa per l'interesse tutelato. Di conseguenza, non si incrimina più, come avveniva nel passato, il fallimento in quanto tale. La dichiarazione di fallimento nella bancarotta prefallimentare condiziona l'applicazione della pena: la fattispecie legale non richiede all'imprenditore di non fallire, ma di non compiere determinati atti antidoverosi sul patrimonio o sulle scritture contabili che possano offendere le ragioni dei creditori.

Nonostante in dottrina, dunque, prevalga la tesi per cui la sentenza dichiarativa di fallimento costituisca una condizione obiettiva "estrinseca" di punibilità ai sensi dell'art. 44 c.p., la giurisprudenza, fino a poco tempo fa, negava in modo fermo tale ricostruzione.

La svolta della giurisprudenza rispetto a questo orientamento, che conferisce alla dichiarazione di fallimento nella bancarotta prefallimentare il ruolo di elemento costitutivo (improprio) della fattispecie, è stata preannunciata da quanto affermato dalle Sezioni unite nella motivazione della sentenza

Passarelli del 2016, in tema di bancarotta impropria da false comunicazioni sociali. In questa sentenza è stato osservato che la condotta di bancarotta distrattiva prefallimentare si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità di essa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, che consistendo in una pronuncia giudiziaria rileva quale evento successivo e ad ogni modo esterno alla condotta medesima.

Il vero e proprio cambiamento di rotta, poi, si è avuto nella pronuncia *Santoro* del 2017, con cui la Suprema Corte ha qualificato la sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, negandone dunque la qualificazione di elemento costitutivo.

Nello specifico, si è affermato che il legislatore ben potrebbe configurare elementi costitutivi estranei alla dicotomia evento/condizione obiettiva di punibilità, ma ciò dovrebbe avvenire in modo esplicito.

Ancora, non appare comunque corretto qualificare come elemento costitutivo di una fattispecie criminosa un provvedimento del giudice, ossia

la sentenza che dichiara il fallimento.

Concludendo, la dichiarazione di fallimento non aggrava in alcun modo l'offesa dei creditori causata dalle condotte dell'imprenditore; al contrario, essa assicura una protezione più efficace delle ragioni creditorie. L'aggravamento degli effetti dell'offesa può derivare dall'insolvenza, ossia dall'incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni.

Ma è chiaro che una cosa è l'insolvenza, altra cosa è la dichiarazione di fallimento, che invero potrebbe anche non seguire alla prima laddove l'imprenditore dimostri il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 1 comma 2 l. fall.

La dichiarazione di fallimento, dunque, costituisce una condizione estrinseca di punibilità, che restringe l'area della rilevanza penale, imponendo la sanzione penale solo in quelle ipotesi in cui alle condotte tipiche, già da sole offensive degli interessi creditori, segua la sentenza dichiarativa di fallimento.

A causa della sua funzione di mera condizione oggettiva di punibilità, il giorno di decorrenza della prescrizione è da individuare nel giorno in cui la condizione si verifica (art. 158, comma 2, c.p.), ossia dalla data della sentenza che dichiara il fallimento.

Infine, occorre fornire alcuni spunti conclusivi sulla differenza tra le fattispecie di bancarotta semplice e fraudolenta.

Con il caso *Alitalia*, si è prospettato, secondo le tesi difensive, un auspicabile superamento della tesi che individua l'elemento che consente di differenziare la bancarotta fraudolenta da quella semplice nell'elemento soggettivo. Tradizionalmente, i tratti distintivi, sotto il profilo oggettivo, della dissipazione sono stati individuati nella irrazionalità economica degli atti di gestione, nella loro idoneità a depauperare sensibilmente il patrimonio societario e, di conseguenza, nella loro sproporzione rispetto alle disponibilità economiche dell'imprenditore nel dato momento storico in cui le condotte vengono poste in essere.

Del resto, come di recente rilevato dalla Corte di Cassazione, la

circostanza che un dato settore del mercato nazionale o internazionale costituisca l'oggetto sociale della fallita non è certo logicamente contrastante con la possibilità che operazioni ad esso specificamente inerenti, quali la vendita (sottocosto) di merci, assurgano a condotte dissipative, se poste in essere per sottrarre sostanze al fallimento.

Ai fini della giustificabilità economica degli atti di gestione, rileva infatti, piuttosto, la finalità aziendale, la quale non può essere individuata nel semplice interesse a compiere i più svariati atti di disposizione patrimoniale nel settore economico di appartenenza (e dunque compatibili con l'oggetto sociale), ma piuttosto nella cura di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società, in modo da garantire la presenza della stessa sul mercato in condizioni di equilibrio, in ossequio alla *ratio* delle disposizioni penali fallimentari, oltre che al dettato di cui all'art. 2247 c.c.

In definitiva, è possibile concludere che, ai fini della configurabilità della responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta, assume una valenza dirimente l'individuazione della concreta destinazione impressa agli atti di disposizione delle attività patrimoniali, al fine di coglierne, oltre ogni ragionevole dubbio, l'estraneità rispetto alle finalità aziendali, senza che ci si possa cioè accontentare di una verifica (*ex post*) del depauperamento patrimoniale.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento 2018. Risanamento procedure concorsuali*, Milano, 2018.
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 534 ss.
- ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Vol. IV, I reati fallimentari*, Torino, 2019.
- ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016.
- ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1817 ss.
- ALFANI, voce *Bancarotta*, in *Dig. it.*, vol. V, 1926, pp. 132 ss.
- AMADUZZI, *L'azienda nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni*, Torino, 1963.
- AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, II, pp. 560 ss.
- AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.
- AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle sezioni unite*; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, pp. 3608 ss.
- AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008.
- AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, pp. 647 ss.
- ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, pp. 309 ss.
- ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 675 ss.

- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, vol. II, Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale e urbanistica. Responsabilità degli enti*, XIII ed., a cura di GROSSO, Milano, 2014.
- ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962.
- APRILE, *Sentenza dichiarativa di fallimento nel giudizio per i reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 1999, n. 9, pp. 719 ss.
- ASTORINA, *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino, 2018.
- AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017
- BENOCCI, *Fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, ottobre 2017, pp. 759 ss.
- BERENINI, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, ed. IV, Milano, 1937, pp. 428 ss.
- BERLE, MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.
- BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi: Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.
- BIBEAULT, *Corporate turnaround. How managers turn losers into winners*, Washington D.C., 1999.
- BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, pp. 636 ss.
- BONFATTI, CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013.
- BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011.

- BRICCHETTI, MUCCIARELLI, SANDRELLI, *(sub) artt. 216-241*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, pp. 2741 ss.
- BRICCHETTI, PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011.
- BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. Cont.*, fasc. 7-8/2019, pp. 75 ss.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- BROUDE, *Reorganizations under Chapter 11 on the Bankruptcy code*, New York, 2017.
- BULGHERONI, CUOMO ULLOA, DELLA VEDOVA, VENTURA, *Procedimento e metodi di composizione dei conflitti*, Bologna, 2018.
- CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della P.A.*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.
- CAMPOBASSO, *La crisi dell'impresa commerciale*, in CAMPOBASSO, (a cura di), *Diritto commerciale*, Vol. 3, 4° edizione, Torino, 2012, pp. 49 ss.
- CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 593 ss.
- CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934.
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in DONINI - ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia, 2013, pp. 131 ss.
- CARDONE, PONTIERI, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 482 ss.

- CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, pp. 1 ss.
- CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone: il diritto penale del fallimento*, in *Riv. dir. Proc.*, 1956, pp. 254 ss.
- CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935.
- CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL arbitration rules: A Commentary*, Oxford, 2013.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Firenze, 1874.
- CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2006, pp. 775 ss.
- CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, pp. 881 ss.
- CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, 2012.
- CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento*, in JORIO e FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, pp. 1010 ss.
- CERQUA, *“I pagamenti virtuali”*: brevi riflessioni su una modalità distrattiva, in *Fallimento*, 2010, pp. 385 ss.
- CHERUBINI, *Riforma fallimentare. Guida commentata alla legge 155/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017.
- CHIRICOSTA, *Il nuovo concordato preventivo*, Rimini, 2017.
- CIRILLO, *il concordato preventivo e fallimentare nelle crisi d'azienda*, Rimini, 2012.
- COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legisl. Pen.*, 2011, pp. 5 ss.
- COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987.
- COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-222 R.d. 16 marzo 1942, n.*

267, in PALAZZO e PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, pp. 1163 ss.

- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, nelle *Linee guida per la valutazione di aziende in crisi*, del dicembre 2006.
- CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 1991.
- CONTI, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, pp. 12 ss.
- CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990.
- CORNO, BARIATTI, *Il Regolamento (UE) 2015/484 sulle nuove procedure di insolvenza*, Milano, 2015.
- CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013.
- COSTA, *La crisi d'impresa: la procedura di concordato preventivo*, Bari, 2013.
- D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Società*, 2011, pp. 212 ss.
- D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in *Società*, 2010, pp. 603 ss.
- D'AMORE, *Crisi delle imprese minori: i nuovi scenari: una proposta applicativa per la prevenzione della crisi*, in MARENA (diretto da), *Temi di diritto commerciale e fallimentare*, n. 4, Frosinone, 2018, pp. 70 ss.
- D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940.
- DE CESARI, MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017.
- DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 513 ss.
- DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e*

giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 107 ss.

- DE GENNARO, *La bancarotta. Problemi di diritto sostantivo e processuale*, Milano, 1930.
- DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, Napoli, 1929.
- DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017.
- DE POLI, *Crisi d'impresa, procedure di allerta e Non Performing Loans*, in *Il Fallimentarista.it*, 10 Aprile 2018.
- DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, pp. 450 ss.
- DELITALA, *I reati di pericolo*, in DELITALA (a cura di), *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, pp. 424 ss.
- DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976.
- DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi in onore di Silvio Longhi*, Firenze, 1935.
- DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, 1976, pp. 851 ss.
- DENOZZA, *L'interesse della società e la responsabilità sociale dell'impresa*, in *Bancaria*, 2005, pp. 1 ss.
- DENOZZA, *Verso il tramonto dell'interesse sociale?*, in PACIELLO (a cura di), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli, 2011, pp. 77 ss.
- DESTITO, NAPOLEONI, OGGERO, SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza*, Torino, 2008.
- DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, VII ed., Milano, 2011.
- DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e*

dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017), Milano, 2017.

- DISEGNI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in DISEGNI (a cura di), *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014, pp. 174 ss.
- DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2010, pp. 1 ss.
- DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, pp. 698 ss.
- DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, pp. 1 ss.
- DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 139 ss.
- DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 236 ss.
- DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, pp. 1 ss.
- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
- DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Napoli, 2011, pp. 889 ss.

- DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 588 ss.
- DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, pp. 39 ss.
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011.
- FASANI, *La pluralità dei fatti di bancarotta nel medesimo fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1477 ss.
- FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale nell'omologazione degli accordi di ristrutturazione*, nota a App. Roma, 1° giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, pp. 2345 ss.
- FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010.
- FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, pp. 249 ss.
- FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016.
- FIORE, *Il dolo*, in DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 64 ss.
- FIORI, TISCINI, *Economia aziendale*, Milano, 2014.
- FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, pp. 427 ss.
- FRASCAROLI SANTI, (sub) *art. 182-bis*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, pp. 81 ss.

- FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984.
- GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 730 ss.
- GAMBARDELLA, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 7, 2018, p. 25 ss.
- GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv., n. 1 l. fall.)*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 887 ss.
- GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 90 ss.
- GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016.
- GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012.
- GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. Fall.*, 2006, pp. 37 ss.
- GRISPIGNI, *La bancarotta e la nuova legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, pp. 136 ss.
- GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995
- GUERRINI, PACCHI, *Disposizioni penali nel codice della crisi di impresa*, Torino, 2021.
- IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 464 ss.
- INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, pp. 446 ss.
- LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1972.
- LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*,

in *Ind. Pen.*, 1982, pp. 242 ss.

- LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Fallimento*, 2012, pp. 5 ss.
- LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Milano, 1930.
- LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fallimento*, 2010, pp. 1366 ss.
- MAFFEI ALBERTI, *sub art. 236*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, IV ed., Padova, 2013, pp. 1587 ss.
- MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.
- MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 897 ss
- MANNING, *The Business judgment rule and the Director's duty of attention: time of reality*, in *The Business Lawyer*, 1984, pp. 1477 ss.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1933.
- MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, I, 1956.
- MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2012.
- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss.
- MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali. Atti del Convegno. Saint Vincent, 6-8 maggio 1994*, Milano, 1996, pp. 423 ss.
- MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Torino, 2012.
- MARZO, *Aspetti qualificanti del "riordino" della disciplina relativa*

al concordato preventivo, in *IlFallimentarista.it*, 7 Novembre 2017.

- MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018.
- MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.
- MESSORI, *La bancarotta per dissipazione nella "vicenda Alitalia": profili penali della responsabilità manageriale nelle scelte di gestione*, in *Cass. pen.*, 2016, 3850 ss.
- MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939
- MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, Atti del XXX Convegno di studio su "Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo", Courmayeur, 23-24 settembre 2016.
- MONTANARA, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, pp. 295 ss.
- MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, pp. 275 ss.
- MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1478 ss.
- MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pp. 825 ss.
- MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1620 ss.
- MUSCO, ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018.
- MUSSA, *La competenza delle procedure concorsuali nello schema del decreto delegato*, in *IlFallimentarista.it*, 2 maggio 2018.
- MUSSA, *La liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in

IlFallimentarista.it, 12 Dicembre 2017.

- NARDECCHIA, (sub) art. 182-bis, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, III, pp. 829 ss.
- NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi di impresa (Commento alle lettere d, e, g del comma 3 dell'art. 67)*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, II, pp. 245 ss.
- NICOLETTI, *Liquidazione coatta amministrativa: schema generale e leggi speciali*, in *La rivista della cooperazione*, vol. 33, 1957, pp. 130 ss.
- NISCO, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova, 2015, pp. 374 ss.
- NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2018.
- NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Bari, 1940.
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, pp. 481 ss.
- PACILEO, *Il sovraindebitamento del debitore civile: Analisi comparata dei principali modelli europei*, Torino, 2018.
- PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, in PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Altri scritti, I, Milano, 2009, pp. 48 ss.
- PAGLIARO, *Il reato*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, pp. 1 ss.
- PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 779 ss.

- PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.
- PANEBIANCO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in PALAZZO e PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, I, Torino, 2010, pp. 254 ss.
- PECCHIANI, MIGLIORINI, *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, in *IlFallimentarista.it*, 23 febbraio 2018.
- PEDRAZZI, *Art. 216*, in PEDRAZZI, SGUBBI (a cura di), *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, pp. 17 ss.
- PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2003.
- PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Milano, 2003, pp. 107 ss.
- PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in PEDRAZZI, *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, vol. II, Milano, 2003, pp. 991 ss.
- PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 304 ss.
- PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, pp. 430 ss.
- PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015.
- PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, pp. 3 ss.

- PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 1999, pp. 133 ss.
- PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1955.
- PULITANÒ, *Appunti su il principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 87 ss.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013.
- PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.
- QUATRARO, D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1999.
- RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici". Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 402 ss.
- RASILE, *Il "principio di economicità delle procedure" nel codice (in itinere) della crisi e dell'insolvenza*, in *IFallimentarista.it*, 22 Gennaio 2018.
- RASILE, PEZZOLI, *Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato*, in *IFallimentarista.it*, 13 febbraio 2018.
- RIVA, *I rapporti di lavoro nella prospettata riforma: molte luci e (poche) ombre*, in *IFallimentarista.it*, 3 Luglio 2018.
- ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in ROCCO, *Opere giuridiche, vol. II*, Roma, 1932, pp. 607 ss.
- ROCCO, *Studi sulla storia del fallimento*, Milano, 1913.
- ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 39 ss.
- ROMANO, (sub) Art. 44, in ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, pp. 480 ss.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano,

1995.

- ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1721 ss.
- ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1179 ss.
- ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 206 ss.
- SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, pp. 218 ss.
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.
- SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in VASSALLI, LUISO, GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, Vol. 5, Torino, 2014, pp. 2 ss.
- SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri dalle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 183 ss.
- SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012.
- SGUBBI, *Commentario alla legge fallimentare*, Bologna, 1995.
- SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.
- SHADE, EPSTEIN, *Business Structure in Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003

- STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, pp. 1346 ss.
- STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in MORBIDELLI, (a cura di), *La cultura negli anni 30'*, Firenze, 2014, pp. 143 ss.
- STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, in INSOLERA, ACQUAROLI (a cura di), *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Napoli, 1997.
- TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006.
- TERENGI, *La disciplina della prededuzione e dei rapporti giuridici pendenti*, in *IlFallimentarista.it*, 21 Dicembre 2017.
- TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti: le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, Milano, 2016.
- VASELLI, voce *Concordato preventivo*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, pp. 514 ss.
- VASSALLI, *La tutela penale del credito nel progetto vaticano di codice di procedura civile*, in *Riv. it.*, 1938, pp. 162 ss.
- ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 2011, pp. 516 ss.

GIURISPRUDENZA

- Cass. 16 febbraio 1984, in *Riv. Pen.* 1984, 856
- Cass. civ., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Dir. Giust.*, 2009
- Cass. civ., 12 ottobre 1989, n. 13600, in *Ced.*, m. 182253
- Cass. civ., 14 dicembre 1999 - 1° febbraio 2000, n. 1070, in *Guida al diritto*, n. 8, 4 marzo 2000, 90
- Cass. civ., 14 luglio 1965, n. 1508, in *Foro it.*, 1965, c. 1668
- Cass. civ., 17 gennaio 1995, n. 4859 in *Ced.*, m. 200019
- Cass. civ., 17 marzo 1995, n. 5032
- Cass. civ., 18 aprile 1995, n. 5158
- Cass. civ., 2 marzo 1982 n. 1282, in *Foro it.*, 1982, II, c. 1956
- Cass. civ., 28 gennaio 1998, n. 3302
- Cass. civ., 31 maggio 1997, n. 2057
- Cass. civ., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521
- Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro Italiano*, 2013, I, 1534
- Cass. civ., Sez. VI, ord. 16 settembre 2015, n. 18192, in *IlFallimentarista.it*, 13 ottobre 2015
- Cass. pen. 12 maggio - 11 giugno 1999 n. 7598
- Cass. pen. 12 marzo 1971, Cavallari
- Cass. pen. 15 dicembre 1971, Piazza
- Cass. pen. 15 dicembre 1980, Ruggiero
- Cass. pen., Sez. I, 25 aprile 1990, in *Foro it.*, 1990, II, c. 601
- Cass. pen., 11 aprile 1996, n. 2392
- Cass. pen., 11 aprile 1999, n. 3943, in *Ced.*, m. 201310
- Cass. pen., 12 agosto 1996, in *Riv. pen.*, 1987, 506
- Cass. pen., 12 dicembre 1979, Israelchvili, in *Riv. pen.*, 1980, 586
- Cass. pen., 12 febbraio 2013, n. 3409

- Cass. pen., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, 39
- Cass. pen., 16 febbraio 1994, Freato, in *Cass. pen. Mass.*, 1994, fasc. 9, 56
- Cass. pen., 16 febbraio 1995, Bertoldo
- Cass. pen., 17 gennaio 1997, Colombari
- Cass. pen., 17 novembre 1982, Vaccari
- Cass. pen., 18 gennaio 1983, n. 333
- Cass. pen., 19 marzo 1982, Accardi
- Cass. pen., 19 marzo 1997, Zoia
- Cass. pen., 19 settembre 1995, Guerrini
- Cass. pen., 21 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 392
- Cass. pen., 24 maggio 1982, Marcucci
- Cass. pen., 25 febbraio 1977, Marzollo
- Cass. pen., 25 giugno 1998-25 marzo 1999, n. 3958
- Cass. pen., 25 novembre 1980, Turrini
- Cass. pen., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, 167
- Cass. pen., 26 giugno 1998, Alderotti
- Cass. pen., 26 settembre 1980, Borracina
- Cass. pen., 27 febbraio 1997, n. 4472, in *Cass. pen.*, 1998, 1487
- Cass. pen., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, 1389
- Cass. pen., 28 febbraio 1982, n. 1746, in *Ced*, m. 157654
- Cass. pen., 28 febbraio 1992, Duval
- Cass. pen., 29 ottobre 1993, Locatelli, in *Giust. pen.*, 1994, II, 459
- Cass. pen., 3 aprile 1974, Milusa
- Cass. pen., 3 gennaio 1985 n. 23 in *Ced*, m. 167257
- Cass. pen., 31 maggio 1952, in *Dir. fall.*, 1953, II, 40
- Cass. pen., 5 agosto 1992, n. 3282, in *ced Cass.*, m. 191599
- Cass. pen., 5 febbraio 1988, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1988, 932
- Cass. pen., 5 novembre 1992, Grassi

- Cass. pen., 5 ottobre 2012, n. 23000
- Cass. pen., 6 giugno 1980, Tatone
- Cass. pen., 8 aprile - 1 ° giugno 1999, n. 6882
- Cass. pen., 9 aprile 1991, n. 3950, in Ced, m. 195947
- Cass. pen., 9 marzo - 8 aprile 1999, n. 4429
- Cass. pen., ord. 15 dicembre 2011, n. 27063, in *DeJure*
- Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2015, n. 7004
- Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, in *Dir. pen. cont.*, 2014
- Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1958, Mezzo
- Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli
- Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, in *Cass. pen.*, 2008, 3592
- Cass. pen., Sez. V, 11 novembre 2015, n. 45186
- Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 18833
- Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 2018, n. 40477.
- Cass. pen., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 35701
- Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 8997, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2018
- Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 8997, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2018
- Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2017, n. 14846, in *C.E.D. Cass.*, n. 270022
- Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2017, n. 14846, in *C.E.D. Cass.*, n. 270022
- Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774
- Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2015, n. 5317
- Cass. pen., Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400, in *Cass. pen.*, 2018, 2403
- Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2017, n. 13910
- Cass. pen., Sez. V., 5 aprile 2015, n. 15613

- Cass. pen., Sez. V., 6 dicembre 2012, n. 47502, *Corvetta*
- Cass. pen., 7 luglio 1998, n. 7961, in *Fallimento*, 1999, n. 9, 1135
- Cass. pen., 1° dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 71, II, 792
- Cass. pen., 10 luglio 1985, Bedeschi, in *Giust. pen.*, 1986, II, 303
- Cass. pen., 13 dicembre 1984, Merletti
- Cass. S.U. 30 settembre 2010, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 333
- Corte Cost. 27 aprile 1995, n. 136, in *Fallimento*, 1996, 14
- Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364
- Trib. Genova, 12 gennaio 1951, in *Temi gen.*, 1951, 127
- Trib. Milano 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1995, 1477
- Trib. Milano, 3 giugno 2008, n. 7223
- Trib. Roma, 5 settembre 2008, in *Foto it.*, 2009, 1, I, c. 266
- Trib. Venezia 5 luglio 1991, in *Difesa pen.*, 1992, 35, 96