



*Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra Diritto Penale dell'economia*

LA CONDOTTA DI DISSIPAZIONE NELLA BANCAROTTA FRAUDOLENTA

RELATORE

Prof. Antonino Gullo

CANDIDATO

Niccolò Ciorra

Matr.119733

CORRELATORE

Prof. Maria Lucia Antonietta Di Bitonto

ANNO ACCADEMICO

2021/2022

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO 1	6
L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA FALLIMENTARE	6
1.Premessa	6
2. Le origini storiche	6
2.1 L'attuale scenario in Europa.....	16
2.2 Lo scenario nel mondo.....	21
3 Il Regio Decreto 16 marzo 1942 n 267	23
3.1 Il concordato preventivo (Art. 160 ss. l.f.).....	24
3.2 L'amministrazione controllata (Art 187 l.f.)	25
3.3 La liquidazione coatta amministrativa (Art.200 l.f.)	26
4 Le successive riforme	27
4.1 La riforma del 2005: le nuove procedure concorsuali	27
4.2. Il concordato preventivo.....	Error! Bookmark not defined.
4.3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti	39
4.4 La riforma del 2012: Il Decreto Sviluppo.....	40
4.4.1 I profili di responsabilità del professionista attestatore	44
4.5 La riforma del 2015	46
4.6 La Direttiva UE 2019/1023	47
4.7 Il nuovo codice della crisi di impresa del 2022	48
4.8. I piani attestati di risanamento.....	50
CAPITOLO 2	54
IL SISTEMA PENALE FALLIMENTARE	54
1. Premessa	54
2. Interessi tutelati	55
3. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento	56
4. I reati di bancarotta	58
4.1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale	59
4.2 La bancarotta fraudolenta documentale	60
4.3 La bancarotta semplice patrimoniale	62
4.4 La bancarotta semplice documentale.....	65
4.5 Le differenze tra la bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice	67

4.6 Le circostanze aggravanti e la relazione con 81 c.p.	68
4.7 La bancarotta impropria.....	70
5 Altri reati fallimentari.....	74
5.1 Il ricorso abusivo al credito	74
5.2 La denuncia di creditori inesistenti ed altre inosservanze da parte del fallito	77
6 L' esenzione dei reati di bancarotta	81
6.1 La storia.....	81
6.2 L' introduzione dell' art. 217 bis l. fall.	85
CAPITOLO 3	90
LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISSIPAZIONE E LE SUE CARATTERISTICHE	90
1 La bancarotta per dissipazione.....	90
2 La sentenza della Corte di Cassazione n.45682/2022	92
3 La condotta distrattiva	93
3.1 Le operazioni infragruppo.....	98
4 La sentenza sul caso “Alitalia”	102
5 Profili distintivi tra i reati bancarotta	108
5.1 La differenza tra la bancarotta fraudolenta per distrazione e dissipazione e la bancarotta semplice: la sentenza n. 47040 del 19 ottobre 2011, della Cassazione	108
5.1.1 Le differenze tra bancarotta per dissipazione e la bancarotta semplice patrimoniale.....	109
5.2 La differenza tra la bancarotta per dissipazione e distrazione.....	Error!
Bookmark not defined.	
BIBLIOGRAFIA.....	
.....	146
RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.....	
.....	154

INTRODUZIONE

Il presente elaborato è volto ad analizzare i reati di bancarotta, in tutti i loro aspetti, tenendo conto sia delle innovazioni legislative avvenute negli anni, sia del contributo interpretativo della dottrina e della giurisprudenza.

Tali fattispecie delittuose sono accomunate dalla presenza di una procedura concorsuale a carico dell'imprenditore insolvente ovvero nei confronti della società. Le stesse sono state originariamente disciplinate nella legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942) agli artt. 216 ss., ora trasposti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019).

Sin dalla loro originaria formulazione, i reati di bancarotta sono rimasti perlopiù inalterati, sebbene l'impianto 'civilistico' della legge fallimentare sia stato oggetto di molteplici riforme che ne hanno modificato il nucleo essenziale. In effetti l'impianto originario della legge fallimentare era principalmente incentrato sull'istituto del fallimento che, tuttavia, nel tempo, ha iniziato ad essere affiancato da strumenti privatistici di composizione della crisi al fine di contemperare le istanze di tutela degli interessi patrimoniali dei creditori con le molteplici esigenze che la nuova realtà ha via via imposto di prendere in considerazione.

Il percorso di riforma in tal senso iniziato a partire dal 2005 ha visto il suo culmine nell'adozione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con cui si è provveduto ad accorpate in un unico *corpus* normativo ogni istituto di risoluzione della crisi e dell'insolvenza, indipendentemente dalla natura del debitore e dal tipo di attività da questi esercitata. Gli obiettivi erano quelli di: riformare la disciplina delle procedure concorsuali; semplificare il quadro normativo nel suo complesso allo scopo di superare le difficoltà applicative e interpretative che derivano altresì dalla formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati e contrastanti; soddisfare l'esigenza di certezza del diritto e migliorare l'efficienza del sistema economico in modo da renderlo più competitivo a livello internazionale.

Il cosiddetto Codice della crisi e dell'insolvenza quindi, anche attraverso ritocchi successivi, ha previsto un profondo cambiamento del diritto concorsuale, privilegiando, secondo un orientamento che da decenni ha iniziato a manifestarsi, la continuità e la sopravvivenza dell'impresa piuttosto che la liquidazione della stessa; inoltre, è stato eliminato anche nel lessico il disvalore sociale da sempre

insito nell'idea di 'fallimento' attraverso la sostituzione di quest'ultimo e delle espressioni affini con quello di 'liquidazione giudiziale'.

Ciononostante, i reati di bancarotta sono rimasti immutati e, al contempo, sono rimaste irrisolte numerose problematiche che tradizionalmente li caratterizzano.

È su queste fattispecie che articoleremo la nostra analisi esaminando le loro peculiarità. Infine, nella parte finale dell'elaborato ci soffermeremo in particolare modo sulla bancarotta per dissipazione, gettando lo sguardo a importanti sentenze della Corte di Cassazione sul punto.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA FALLIMENTARE

1. Premessa

In via preliminare, è opportuno soffermarsi sulle origini storiche nonché sulla evoluzione della disciplina fallimentare della bancarotta in Italia – a partire dal Regio Decreto del 1942 n. 267 fino al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – e nel resto del mondo.

Questo perché la disciplina fallimentare ha subito molte modifiche nel tempo, essendo dapprima imperniata sulla centralità del fallimento e, dunque, sulla liquidazione del patrimonio dell'impresa in vista del soddisfacimento del primario interesse patrimoniale dei creditori, per poi essere successivamente ricalibrata sull'obiettivo della conservazione dell'impresa e della continuità aziendale mediante il ricorso a istituti alternativi al fallimento.

Si è quindi manifestata l'esigenza di costruire un sistema più elastico sia nell'interesse dell'imprenditore sia in quello dei creditori, poiché dell'eventuale risoluzione dello stato di crisi ne avrebbero beneficiato entrambi nonché il sistema giuridico con la evidente riduzione nei tribunali delle cause per i reati fallimentari. A seguito di questa nuova visione il *focus* venne quindi spostato dallo stato di insolvenza allo stato di crisi.

È evidente che tale momento di osservazione è di fondamentale importanza per prevenire uno stato di dissesto irreversibile dell'impresa.

Iniziamo dunque la ricostruzione della disciplina di nostro interesse a partire dalle origini storiche del fallimento.

2. Le origini storiche

La disciplina del fallimento ha origini antiche negli statuti comunali medievali; infatti, la stessa era applicata quasi esclusivamente ai mercanti, salvo poche eccezioni, con lo scopo di poter trattenere in maniera coattiva, in caso di inadempienza, i beni dello stesso insolvente.¹

È doveroso, a questo punto, descrivere la figura del mercante del tempo che rappresentava un ceto sociale importante poiché poteva beneficiare di elevato prestigio a causa dello sviluppo del commercio internazionale degli scambi.²

Di contro però questi erano soggetti a regole molto inflessibili e rigide, fotografate dalla significativa frase di Baldo degli Ubaldi “*si fallitus, ergo fraudator*” visto che le conseguenze per l’insolvente erano gravose sia sul piano patrimoniale che personale, prevedendo addirittura pene come la tortura, la reclusione e la condanna a morte³.

Questi effetti colpivano la sfera giuridica del soggetto in questione ma potevano anche allargarsi alla famiglia poiché il fallito era considerato come chi, con colpa, interrompeva l’eredità tradizionale dell’attività commerciale della stessa.

In queste situazioni spesso il debitore si dava alla fuga, diventando, *fugitivus*, e questa partenza improvvisa era anche interpretata come un avviso in anticipo del dissesto finanziario del soggetto.

Lo scopo principale dell’istituto fallimentare era chiaro e consisteva nell’assicurare le ragioni dei creditori sui beni dell’imprenditore attraverso la loro liquidazione e la distribuzione del ricavato ad opera del curatore nominato dal Tribunale.

Si voleva risolvere il grave problema, creatosi inizialmente nelle città mercantili medievali con l’inadempienza del mercante, attraverso l’applicazione di una sanzione che aveva lo scopo di eliminare dal mercato l’impresa in questione, evitando che la stessa potesse contaminare l’economia generale.⁴

L’obiettivo era quello di garantire l’eguale soddisfazione di tutti i creditori perseguendo il principio della *par condicio creditorum*, oggi disciplinato dall’art. 2741 c.c.: “I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione, ovvero i privilegi, il pegno e le ipoteche.”

¹ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, Torino, 2018 pag. 1.

² A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., pag. 2-4.

³ P. Spufford, *Il mercante nel medioevo*, Milano, 2005, pag. 12-14.

⁴ F. Turi, *Il fallito nel corso dei secoli*, in *Riv.it. il progresso*, 2019, pag. 230.

Nello stesso tempo si configurò la prima disciplina sulla bancarotta risalente ai Comuni Medioevali⁵.

Fin da subito essa viene caratterizzata in modo molto particolare, si pensi appunto al termine stesso che deriva dall'uso di epoca medievale di rompere il banco o il forziere del banchiere divenuto insolvente.⁶

È importante evidenziare che, nel corso degli anni, si comprese che oltre a seguito di comportamenti fraudolenti, anche la sfortuna, che poteva colpire chiunque, era un fattore elevato come causa di un fallimento, ed il rischio di impresa e di insolvenza, era valutato come un fattore possibile nei traffici commerciali, così che si pervenne ad una, in particolare modo nella Repubblica di Venezia, delle seguenti tipologie dei falliti:

- per necessità (disgrazia o imperizia senza mala fede);
- per malizia;
- sia per necessità che per malizia.

In seguito, in Francia, Luigi XIV emanò nel 1637 l' "*Ordonnance de Commerce*" in cui si disciplinava la materia del fallimento attraverso alcuni articoli che offrivano una visione del fallito come soggetto passivo che dipendeva dalle scelte dei creditori che agivano attraverso una Assemblea deliberando provvedimenti, i quali poi venivano omologati dalla figura del giudice.⁷

Altro aspetto importante fu la presa di coscienza della effettiva distinzione tra fallito e bancarottiere, in cui quest' ultimo veniva definito come il soggetto che metteva in atto comportamenti ingannevoli ovvero come la distrazione di beni o manipolazione di scritture contabili.

Nel 1700 in Inghilterra fu istituito lo *Statute of Anne* che è considerato il primo statuto completo sul diritto d'autore e prese il nome dalla regina Anna di Gran Bretagna.⁸

⁵ M. Fioravanti, L. Stanghellini, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, Firenze, 2014, pag. 39-78.

⁶ L. Giani, *Ragioni storiche e perduranti dubbi circa la fondatezza di alcuni casi di esclusione da fallimento e concordato preventivo*, in *Riv.it. Ianus*, 2013, pag. 68-78.

⁷ M. Moscati, *Lo statuto di Anna e le origini del copyright*, Milano, 2007, pag.45-60.

⁸ P. Torremans, *Global Copyright*, Parigi, 2010, pag. 25-30.

Il progetto di legge ebbe notevoli modifiche e le più sostanziali venivano effettuate nel passaggio parlamentare; infatti, lo stesso era inizialmente composto di sole sei frasi e negli anni successivi fu completato.⁹

Lo *statuto* vietava la stampa, la ristampa o l'importazione di qualunque libro comminando multe a chi violava la legge e prevedeva anche un controllo sui libri pubblicati ad un prezzo troppo alto.

Lo *statuto* stabiliva che il diritto di stampa, ristampa e vendita passava all'autore garantendone una protezione legale della stessa della durata di 14 anni, ed inoltre forniva una protezione di 21 anni per tutti i libri pubblicati precedentemente.¹⁰

Inizialmente lo *statuto* venne ben accolto poiché era garante di un commercio sicuro che stabiliva un compromesso tra autori ed editori, però nel 1731 scaduti i termini fissati dallo stesso, i librai scozzesi ripresero a pubblicare i testi modificati dai librai inglesi, poiché ritenevano che non esistesse alcuna legge già esistente sul diritto di autore, al contrario di quello che ipotizzavano i librai inglesi ovvero che il copyright dovesse essere considerato in maniera permanente e che quindi al termine dello Statuto di Anna l'opera diventasse libera.¹¹

Sempre nello stesso *statuto* venne introdotto, solo per i mercanti, l'istituto del *discharge*, ovverosia una sorte di esdebitazione che consentiva al fallito di riavere la completa disponibilità dei suoi beni, la liberazione da tutti i debiti e il conseguente rientro nella comunità e nel flusso economico del paese.

Allo stesso tempo però lo stesso *statuto* introdusse pene più severe per i falliti fraudolenti prevedendo anche la pena di morte per gli stessi.

Un nuovo punto importante nella storia del fallimento fu la emanazione del codice di commercio francese del 1807 che conteneva una revisione della legge del fallimento applicabile ai soli commercianti, i debitori che non appartenevano a questa categoria potevano affidarsi alla "cessione de biens" al fine di evitare la prigione per debiti.

Tale codice poneva a carico dei commercianti con debiti l'obbligo di ottenere una dichiarazione giudiziale di fallimento attraverso la cessione dei beni, ma in seguito

⁹ P. Torremans, *Global Copyright*, cit., pag. 35.

¹⁰ F. Di Marzio, *Fallimento, Storia di un'idea*, Milano, 2018 pag. 12-13.

¹¹ G.R. Elgueta, *L'Esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law-Common Law*, Milano, 2012 pag. 56-58.

tale norma fu cambiata prevedendo la possibilità di arrivare ad una chiusura del fallimento esclusivamente attraverso un concordato.¹²

Con la dichiarazione di fallimento il debitore veniva privato della possibilità di amministrare i propri beni e veniva sospesa ogni azione o esecuzione nei confronti dello stesso, il patrimonio quindi veniva amministrato da uno o più curatori scelti dopo una consultazione dei creditori, controllati da un membro del tribunale che assumeva la veste di giudice delegato.

La legislazione francese¹³ individuava due tipi di reati concorsuali: la bancarotta semplice e la bancarotta fraudolenta, la cui differenza sarà approfondita in seguito. Dato che il fallimento produceva incapacità giuridiche del fallito e i commercianti si dimostravano restii al ricorrervi, fu introdotta una procedura alternativa chiamata liquidazione giudiziale attraverso la quale il debitore non era completamente escluso dalla amministrazione dei propri beni e nei casi in cui non aveva effettuato un palese comportamento fraudolento poteva averne l'accesso.¹⁴

Gli spunti relativi al fallimento introdotti in Francia esercitarono un enorme influenza anche in altri Paesi:

-in Spagna si iniziò a considerare fallito qualunque commerciante avesse interrotto il normale pagamento dei propri debiti e al riguardo individuarono all'interno della disciplina tre diverse fattispecie di fallimenti: per eventi sfortunati, per colpa e per dolo¹⁵;

-in Germania invece la legge fallimentare si applicava indifferentemente sia ai commercianti sia alle altre categorie di debitori senza fare distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche¹⁶;

-negli Stati Uniti all'inizio la legge disciplinava solamente le istanze di fallimento volontario chieste dai non commercianti mentre poco più avanti lo estesero anche ad essi.

¹² Y. Chaput, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Parigi, 1986, pag. 34-35.

¹³ C. Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Parigi, 1960, pag. 76-77.

¹⁴ G. Duby, *Una società francese nel Medioevo. La regione di Macon nei secoli XI-XII*, Milano, 1985 pag. 345.

¹⁵ G. Cherubini, *Crisi di impresa e insolvenza*, Milano, 2019, pag. 317; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2006, pag. 200

¹⁶ P. Gottward, *Insolvenzrechts-Handbuch*, München, 1990, pag. 22-25.

Fino alla metà del XIX secolo le procedure relative allo stato di insolvibilità si chiudevano con la liquidazione del patrimonio fallimentare, indipendentemente sia nel caso della forma di cessione dei beni promossa dal debitore, che in quella di procedimento fallimentare richiesto dai creditori.

Nonostante il fallimento rappresentasse una spesa eccessiva di risorse economiche poiché il valore dei beni posti in liquidazione era spesso di gran lunga inferiore al valore che essi avevano come impresa avviata, la sua principale ragion d'essere rimaneva quella di 'ripulire' il mercato da imprese mal gestite o male avviate.

Successivamente venne presa in considerazione ed accolta positivamente la concezione in cui una maggioranza qualificata dei creditori poteva aver ricevuto una proposta da parte del soggetto insolvente che, al fine di cercare di ridurre le proprie condizioni debitorie, avesse chiesto un periodo di tregua atto a permettergli di elaborare un assetto della situazione finanziaria per cercare di ridurre proporzionalmente le proprie posizioni debitorie.

Soltanto a partire dagli ultimi decenni del XIX venne applicata una legislazione di procedure volte ad evitare la liquidazione, anche se le procedure di moratoria, di concessione sovrana, erano già in uso da molto tempo.¹⁷

Con l'avvento di tali procedure, giudizialmente autorizzate, di concordato preventivo e di riorganizzazione, si assistette a un profondo cambiamento nella natura dei procedimenti fallimentari.

Per di più le procedure di liquidazione dovettero essere affiancate da altre mirate ad evitare la liquidazione stessa, così che molte leggi regolamentate dal concordato preventivo potessero prevedere la possibilità di una sentenza dichiarativa di fallimento promulgata d'ufficio nei casi in cui l'istanza di concordato preventivo fosse dichiarata inammissibile, non venisse regolarmente attuata o non raggiungesse il suo fine.¹⁸

Tuttavia, erano presenti ancora molte incertezze che andavano risolte attraverso questo tipo di legislazione nonostante le diverse tradizioni giuridiche e la differenza di situazioni economiche che contraddistinguevano i vari paesi muniti di una legge fallimentare.

¹⁷ W.M. Collier, *On bankruptcy 14 vol.*, New York, 1982, pag. 57-60.

¹⁸ W.J. Jones, *The foundation of English bankruptcy*, Londra, 1979, pag. 5-6.

Alcune avevano natura sostanziale, altre processuale, e riguardavano:

- l'apertura, i presupposti, la gestione e gli aspetti delle procedure fallimentari;
- nei beni disponibili volti alla soddisfazione dei creditori (massa concorsuale) in particolare con riferimento ai beni presenti e a quelli acquistati in un secondo momento, alle esenzioni e ai beni ceduti dal debitore, in maniera sia fraudolenta che preferenziale, prima dell'apertura della procedura;
- nella ripartizione dei guadagni ricavati dalla vendita della massa fallimentare e cioè dalla prova del diritto di credito in generale, dalla posizione giuridica dei creditori privilegiati, dalla priorità e dai diritti in generale dei creditori chirografari, dalla riabilitazione del debitore da ulteriori posizioni debitorie.

Le procedure fallimentari, in base a tutte le direttive nazionali, avevano carattere principalmente giudiziale, in quanto aperte a seguito della dichiarazione di fallimento o di atto giudiziale simile che poteva essere, nella normativa americana, un'istanza da parte del debitore.

Le regolamentazioni attuali riconoscono solitamente la legittimazione a iniziare una procedura fallimentare al debitore ed ai suoi creditori, anche se da tempo non si mette più in discussione la possibilità che al debitore sia consentito forzare i propri creditori ad accettare una procedura fallimentare, con la conseguenza di rendere annullabili determinati atti posti in essere prima del fallimento. Anche se in realtà varie normative fallimentari impongono agli imprenditori insolventi o ai soggetti giuridici indebitati l'obbligo di proporre istanza per ottenere la sentenza dichiarativa di fallimento.¹⁹

Ulteriori leggi fallimentari, come quelle applicate in Francia e in Italia, prevedono inoltre la possibilità che a richiedere la procedura fallimentare nei confronti del debitore sia il pubblico ministero, ovvero un pubblico ufficiale.²⁰

Altre ancora, prevedono, nei casi in cui il concordato preventivo non abbia raggiunto il proprio fine, la possibilità di una dichiarazione di fallimento emanata *ex officio*, anche se in generale le istanze di fallimento da parte dei creditori possono essere avanzate da un unico creditore.

¹⁹ D. Corapi, *La "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo*, in *Riv. ita. contratto e impresa*, 2021 pag. 746.

²⁰ F. Casa, *Problemi nuovi della "vecchia" legge fallimentare*, Milano, 2018, pag. 5.

Negli Stati Uniti nei casi in cui il numero dei creditori, minimo tre, che vantino diritti non controversi, è necessario procedere al cumulo delle domande di tutti gli stessi, e alcune leggi come un tetto minimo di debiti inadempiti, l'assenza di garanzie, o entrambi tali danno la facoltà ai creditori di proporre un'istanza fallimentare²¹.

Nel caso di istanze proposte dai creditori quasi tutte le leggi dispongono la declaratoria fallimentare nei confronti del debitore che versa in stato di insolvenza anche se sono tante le differenze che si rinvengono circa la definizione e la configurazione esistente dello stato di insolvenza poiché la maggior parte delle normative impiega formule di carattere generale.

La nuova legislazione inglese, per quel che riguarda le persone fisiche, concede ai creditori la facoltà di promuovere un'istanza di fallimento solamente nel caso in cui essi non siano riusciti a riprendere il proprio credito, abbandonando così il sistema precedente per il quale era necessario che venissero commessi uno o più specifici "atti di insolvenza".

Infatti, in Gran Bretagna, il creditore è legittimato a proporre istanza di fallimento qualora il debitore non gli abbia corrisposto un importo dovuto a causa di una operazione commerciale oppure a seguito di una formale richiesta.

In altre nazioni, come ad esempio il Brasile, si è proceduto alla fusione di diversi sistemi che richiedono o la cessazione dei pagamenti, o la commissione di determinati atti che evidenziano lo stato di insolvenza, e tale stato costituisce un requisito essenziale affinché questi sia legittimato a proporre istanze di qualsiasi tipo, comprese quelle tese a evitare la liquidazione del proprio patrimonio. Sul punto potrebbe sorgere qualche perplessità poiché le procedure tese a evitare la liquidazione andrebbero promosse al più presto affinché possano avere un esito positivo.

Negli Stati Uniti i tribunali fallimentari sono costituiti da unità distrettuali federali, di cui fanno parte giudici che non hanno lo stesso diritto alla permanenza in carica di quelli federali ordinari e le procedure a carattere volontario non sono subordinate allo stato di insolvenza, ma alla pura assenza di malafede o di abuso di diritto.²²

²¹ P. Murray, *Law in the United States*, Washington, 2007, pag. 240-260.

²² V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, Milano, 2022, pag.140-160.

Affinché si possa giungere alla dichiarazione di fallimento di un debitore ordinario in tutti i Paesi è prevista una azione giudiziale, ma, nella maggioranza dei casi, lo svolgimento di tutta la procedura, dalla prima udienza fino alla conclusione, viene assegnata a sezioni di tribunali maggiori, dove sono nominati giudici monocratici²³ In un numero elevato di nazioni l'ordinanza con cui viene dichiarata l'apertura della procedura fallimentare viene promulgata da un organo collegiale, il quale si preoccupa di eleggere tra i suoi membri un giudice delegato che ha funzioni di carattere giudiziale sull'evoluzione del caso a lui affidato.²⁴

In Germania, in Gran Bretagna, in Australia, in Canada e in Nuova Zelanda l'esercizio delle funzioni giudiziarie, tranne per gli elementi che riguardano la decisione sull'istanza di fallimento, viene affidato ad ausiliari della giustizia che fanno parte della magistratura ordinaria.²⁵

Il curatore fallimentare è una delle figure chiave del fallimento ed ha il compito di raccogliere, amministrare e vendere i beni appartenenti al patrimonio o alla massa fallimentare, per poi procedere alla ripartizione dei proventi così ottenuti e spesso questo ruolo veniva svolto da un soggetto privato con conoscenza nel settore del commercio, scelto dai creditori, ed agiva seguendo le indicazioni di uno o più comitati.

In seguito, tale prerogativa dei creditori è venuta assumendo una carica meno importante e la funzione di vigilanza che questi prima esercitavano è stata rimpiazzata sia da un ruolo minore sempre più importante assunto, sia dal giudice che dai curatori aventi la qualifica di pubblico ufficiale, o da curatori di professione che avevano i requisiti richiesti. Tuttavia, nei Paesi in cui è prevista la carica di “curatore pubblico”, come negli Stati Uniti, i creditori sono liberi di nominare un curatore di loro scelta.

In Inghilterra a norma dell'*Insolvency act* del 1986 *l'official receiver*, cioè il curatore fallimentare, aveva dei poteri ristretti che gli permettevano di agire solamente come liquidatore di una persona giuridica oppure come amministratore e gestore del patrimonio fallimentare fino alla nomina da parte dell'assemblea

²³ M. Allena, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 2014, pag. 40-60.

²⁴ M. Allena, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., pag. 60 -80.

²⁵ L.W. Houlden, C.H. Morawetz, *Bankruptcy and insolvency law of Canada*, Toronto, 1984, pag.34-39.

speciale dei creditori di un liquidatore con i requisiti ufficiali o, comunque, fino alla nomina da parte dell'assemblea generale dei creditori di un curatore, che aveva i requisiti adatti e che apparteneva al settore privato.²⁶

In Italia il giudice, grazie alla legge fallimentare vigente, procedeva alla nomina del curatore, che veniva scelto da un albo specifico, e poiché la legge fallimentare del 14 maggio 2005 non prevedeva una convocazione dei creditori tranne nei casi di concordato preventivo e di amministrazione controllata, gli stessi non facevano parte di tale albo.²⁷

La perdita di questi privilegi per i creditori divenne maggiore con la nuova normativa francese secondo la quale i compiti affidati al curatore tradizionale venivano suddivisi tra più professionisti e durante la fase della riabilitazione l'impresa veniva amministrata sotto la vigilanza o con l'intervento di un amministratore di professione nominato con la sentenza che apriva la procedura.

Durante la fase della liquidazione il tribunale nominava un liquidatore di professione, che di prassi nella precedente fase della riabilitazione, rivestiva la qualifica di rappresentante ufficiale dei creditori che avevano la facoltà di scegliere in via del tutto autonoma uno o due ispettori incaricati di raccogliere informazioni sugli sviluppi della procedura.²⁸

I dipendenti venivano rappresentati separatamente da una persona di loro scelta mentre i creditori potevano essere ascoltati collettivamente dal rappresentante ufficiale in merito alle proposte concernenti un eventuale programma di riabilitazione.

La natura concorsuale delle procedure fallimentari richiedeva, così come ai giorni nostri, necessariamente la concentrazione di tutte le dispute riguardanti i beni costituenti del patrimonio fallimentare, come pure quella di tutti i debiti che su quei beni devono trovare soddisfazione; ed a questo proposito i primi autori in materia di fallimento parlavano di forza attrattiva delle procedure fallimentari (*vis attractiva concursus*).²⁹

²⁶ J. Vinelott, *Individual insolvency: the insolvency acts 1985 - 1986*, London, 1987, pag.1-2.

²⁷ C. Cecchella, *Diritto Fallimentare*, Roma, 2015, pag. 21-26.

²⁸ G. Bonelli, *Del Fallimento*, Milano, 1923, pag. 4-6.

²⁹ A. Castagnola, *Vis attractiva concursus e tutela camerale dei diritti*, Milano, 2009, pag.20; l'autore prende in considerazione l'applicazione del rito camerale alle controversie derivanti dal fallimento

Lo stesso concetto si riflette anche nelle normative odierne, anche se viene applicato in modi e gradi molto diversi che spesso danno luogo a complessi problemi giurisdizionali.

2.1 L'attuale scenario in Europa

In molti Paesi di *civil law*, come l'Italia, il tribunale fallimentare viene incaricato di vasti poteri di decisione. In particolare, la prova del diritto di credito, ai fini della ripartizione dei beni, solitamente è compresa nell'ambito giurisdizionale dei tribunali fallimentari.

La gran parte delle legislazioni dei Paesi che hanno subito l'influenza della legge fallimentare francese inserisce tra i beni costituenti il patrimonio fallimentare gli acquisti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, fino alla chiusura del procedimento o alla riabilitazione del fallito.³⁰

Allo stesso tempo i beni acquistati dal debitore fino alla revoca del fallimento sono o possono essere ritenuti come beni appartenenti alla massa fallimentare, a norma del nuovo *Insolvency act* inglese, dove gli acquisti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento non vengono acquisiti nella massa fallimentare.³¹

Il Codice commerciale francese³² del 1807 attribuiva alla dichiarazione di fallimento effetto retroattivo rispetto alla data della stessa e durante tale periodo, stabilito dal tribunale, al fallito veniva tolta, con effetto retroattivo, la facoltà di disporre dei propri beni, con la conclusione che tutti gli atti compiuti durante questo periodo ambiguo erano invalidi e quindi revocati.³³

ed astratte per questo alla competenza funzionale fallimentare, introdotta dalla riforma organica delle procedure concorsuali del 2006 ed eliminata nel decreto correttivo del 2007.

³⁰ A. Jorio, *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, pag. 500-506.

³¹ G. Murphy, *Corporate insolvency and rescue*, Dublin, 2012, pag. 12-15.

³² A. Penta, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2016 pag. 24-30.

³³ Y. Chaput, *Droit de la prevention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, 1990 pag. 32.-40.

Inoltre, talune cessioni venivano dichiarate nulle poiché si presumeva che avessero carattere fraudolento, e, in quanto tali, fossero annullabili se effettuate nei dieci giorni precedenti la data del fallimento.

La normativa odierna francese ha mantenuto questo concetto, variando il termine della retroattività da dieci giorni a diciotto mesi dalla data di emissione del decreto stesso; quindi, gli atti compiuti durante quel periodo, tra cui donazioni, concessioni di ipoteche, privilegi giudiziari, pagamenti anticipati di debiti e pagamenti di debiti, vengono ritenuti invalidi.

A questo periodo retroattivo non appartengono i trasferimenti a titolo gratuito che possono essere annullati se compiuti nei sei mesi precedenti la data di cessazione dei pagamenti.

Nel caso in cui l'altra parte sia a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, i pagamenti dei debiti scaduti e gli altri trasferimenti a titolo oneroso, compiuti successivamente alla data di cessazione dei pagamenti, possono essere annullati. Questo sistema è utilizzato anche in alcuni Paesi dell'America Latina.³⁴

Parallelamente alla "revocatoria" per retroattività si può riscontrare quella per invalidità che riguarda il patrimonio fallimentare di alcune categorie di atti posti in essere prima del fallimento poiché contrari al principio di eguaglianza tra i creditori (*par condicio creditorum*).

Ad esempio, fanno parte di questi le donazioni, i pagamenti di debiti, effettuati prima o dopo la scadenza, e le concessioni di cointeressenze date a garanzia, anche se i particolari variano da paese a paese; così come nel caso delle donazioni in cui alcuni paesi stabiliscono che lo stato di insolvenza esista già al momento della donazione mentre altri non lo ritengono necessario.³⁵

Oltre che in Francia³⁶ anche in altri paesi come la Germania e l'Italia richiedono oltre allo stato di insolvenza anche la conoscenza della situazione di insolvibilità da parte dell'acquirente.

Tali applicazioni di revocatorie si differenziano nella durata del periodo antecedente il fallimento, il quale può essere molto breve, o durare uno o più anni³⁷.

³⁴ V. Varano, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014, pag. 130-131.

³⁵ Y. Chaput, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, cit., pag.40-50

³⁶ V. Varano, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., pag. 128-140.

³⁷ E. Jager, *Konkursordnung mit Einfuhrungsgesetzen*, Berlino, 1977, pag. 21-26.

Il principio sopra citato della uguaglianza tra i creditori (*par condicio creditorum*) con il tempo è stato temperato dai “diritti” di garanzia che si dividono in tre tipologie: il pegno, il privilegio e l’ipoteca.

Il pegno si costituisce attraverso un contratto e può avere come oggetto beni mobili o crediti. Per quel che riguarda i primi, si tratta di contratti reali e, pur mantenendo la proprietà, il titolare del bene rinuncia temporaneamente al possesso dello stesso; i secondi sono rappresentati da un contratto che si perfeziona con la notificazione del pegno al debitore del credito dato in pegno oppure dall’accettazione da parte di questo con scrittura avente data certa.³⁸

Il privilegio è una delle cause di prelazione ovvero di preferenza che costituisce garanzia patrimoniale su alcuni beni del debitore in relazione alla causa del credito. Infine, l’ipoteca, che si distingue dal pegno per l’oggetto costituito da beni immobili o beni mobili iscritti ai pubblici registri (es. macchine, navi, aerei etc.).

Per poter avere un quadro più approfondito del tema è doveroso segnalare che i bisogni commerciali hanno determinato l'accoglimento di una categoria di diritti reali di garanzia a carattere non possessorio su beni mobili materiali e immateriali, così come di una varietà di diritti di proprietà (es. brevetti, diritti d'autore, marchi di fabbrica) e di diritti di partecipazione (azioni) fino ad arrivare ai conti bancari, i quali tutti possono essere oggetto di diritti reali di garanzia. Inoltre, tali diritti possono essere costituiti su masse variabili di beni, come i beni strumentali (scorte di magazzino) o l'azienda in quanto tale (*fond de commerce*).

La garanzia può assumere la forma di una riserva di proprietà, di una proprietà fiduciaria o di un diritto reale di garanzia su beni mobili o immobili (la garanzia reale nei paesi di *civil law*).³⁹

Le norme che regolano i diritti di garanzia a tutela dei creditori cambiano da paese a paese e nella maggior parte degli ordinamenti giuridici l'esecuzione di un credito o di un diritto di garanzia viene sospesa dall'istanza o dal provvedimento di fallimento e i crediti privilegiati devono essere provati dinanzi al tribunale fallimentare, così come i crediti non garantiti, a meno che il tribunale non autorizzi il creditore a effettuare un pignoramento quindi la vendita del bene vincolato a

³⁸ A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, pag. 443-445.

³⁹ U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane*, Padova, 1964 pag. 30-38.

garanzia del credito viene affidata al curatore, anche se il creditore garantito ha il diritto di soddisfarsi separatamente sul ricavato.⁴⁰

Secondo la normativa italiana, il fallimento esclude la facoltà di iniziare o proseguire le procedure esecutive, ma i creditori garantiti possono essere autorizzati alla vendita dei beni sui quali esiste una garanzia reale; invece, in Germania, hanno diritto a tenere divisi beni dove esiste una garanzia reale e a soddisfare le proprie richieste con la loro vendita autonomamente dalla procedura fallimentare in corso.⁴¹

I diritti dei creditori chirografari che hanno il loro titolo attraverso un'operazione commerciale o in fatti avvenuti prima dell'istanza o della dichiarazione di fallimento concorrono sul ricavato della vendita del patrimonio fallimentare; altri diritti, verificati dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, possono formarsi a causa dell'amministrazione del patrimonio fallimentare e non sono considerati diritti appartenenti ai creditori del fallito.

La legge fallimentare ha in modo costante stabilito una distinzione fra i debiti della massa e i debiti del fallimento⁴², infatti i debiti contratti da un debitore ordinario dopo il fallimento non possono trovare soddisfazione nella massa fallimentare, anche in quegli ordinamenti in cui gli acquisti successivi alla sentenza dichiarativa vanno a favore della stessa massa fallimentare.

Il confine che separa i diritti dei creditori successivi al fallimento ammessi alla massa fallimentare da quelli non ammessi varia da paese a paese, per esempio, in Inghilterra il debito del fallimento è rappresentato da qualunque obbligazione cui il debitore è sottoposto alla data del provvedimento di fallimento, o da qualsiasi debito/obbligazione cui il debitore potrebbe essere soggetto dopo tale data in forza di un titolo precedente alla data stessa ed anche le obbligazioni che maturano dopo la riabilitazione del debitore possono essere ammesse al passivo se nate in base a un rapporto intercorso prima del fallimento.

Nei paesi che si sono ispirati al modello continentale europeo (Austria, Francia, Germania, Italia, Portogallo e Spagna) i creditori ammessi alla distribuzione del ricavato sono quelli che vantano diritti imputati a fatti precedenti alla sentenza

⁴⁰ V. Varano, *La traduzione giuridica occidentale*, cit., pag. 110-115.

⁴¹ E. Palici, *Le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001, pag. 341-342.

⁴² M. Vaselli, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, pag. 23-29.

dichiarativa di fallimento, quelli successivi possono solo soddisfarsi su beni che non rientrano nel patrimonio fallimentare.⁴³

Molte leggi fallimentari, tra cui quella vigente in Italia, prevedono la possibilità di essere ammessi al passivo del fallimento a tutte le tipologie di credito, sia quelli derivanti da contratto, sia da quasi-contratto, come si evince dal significato della *common law*, o da fatto illecito, anche se sono scaduti o no.

Il processo giuridico dei diritti vincolati a condizioni o non ancora liquidati, varia ampiamente poiché in molti paesi il tribunale fallimentare è competente a pronunciarsi sull'esistenza e sull'ammontare di un credito non ancora compreso in una sentenza, quando la richiesta di risarcimento viene messa in dubbio dal curatore o dagli altri creditori.⁴⁴

Qualora il credito fatto valere sia sottoposto a sospensive, alcune norme, come ad esempio quella vigente in Italia, richiedono la costituzione di un fondo di riserva nell'ambito del piano di distribuzione ai creditori, mentre in Germania i crediti non ancora liquidati hanno titolo per partecipare alla divisione del patrimonio fallimentare, ma il loro importo può essere oggetto di valutazione.

Se un credito risulta ancora in discussione, la decisione ultima è di competenza del giudice ordinario, mentre i crediti sottoposti a condizione hanno titolo per partecipare solo al fondo di riserva.⁴⁵

Sebbene avessero riconosciuto il principio di uguaglianza, fino dal XVI secolo, le leggi fallimentari hanno individuato l'esistenza di alcuni creditori 'privilegiati' aventi diritto di soddisfarsi prioritariamente sul ricavato di tutti i beni o almeno di una parte di essi, questi ultimi vengono considerati creditori garantiti da un privilegio legale sui rispettivi beni.

I creditori con un diritto prioritario, anche se non garantiti, sono per lo più costituiti dal governo per quel che riguarda i crediti fiscali, dai dipendenti solo per gli stipendi arretrati, e dagli enti preposti alla raccolta dei fondi per la salute e la previdenza costituiti a favore dei lavoratori per quel che spetta ai contributi relativi.

⁴³ B. Fusaro, *Concursos: teoria y practica de la ley*, Buenos Aires, 1988 pag 60-66.

⁴⁴ A. Majad, *Practica cuncursual*, Barcellona, 1983, pag. 59-60.

⁴⁵ L. Panzani, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Riv.ita Il fallimento*, 2021, pag.1500.

La gerarchia delle varie tipologie di diritti è collocata nelle leggi fallimentari o nei codici civili dei vari paesi, così come accade in Italia.⁴⁶

Una legge inglese del 1705 prevedeva la riabilitazione del fallito in relazione a tutti i crediti ammessi al fallimento nel caso che lo stesso avesse adoperato, in buona fede, tutti gli obblighi previsti dalla legge fallimentare e sin da allora l'esenzione del debitore, "onesto ma sfortunato"⁴⁷, dai propri doveri finanziari ha raffigurato una delle caratteristiche delle leggi fallimentari dei paesi che fanno parte delle normative di *common law*.⁴⁸

Mentre in tempi più attuali la Francia ha previsto l'estinzione dei debiti non soddisfatti con la distribuzione dei guadagni ricavati dalla massa fallimentare.

2.2 Lo scenario nel mondo

Negli Stati Uniti, l'apertura di una procedura a norma del *Bankruptcy code* provoca una sospensione automatica degli altri procedimenti e i tribunali fallimentari hanno un'ampia competenza sulle azioni civili legate alla materia fallimentare, poiché le procedure fallimentari che provocano la liquidazione dei beni del debitore e la ripartizione dei proventi fra i creditori privano il debitore del godimento della gestione e del potere di disporre dei beni stessi e l'individuazione di questi rappresenta un punto importante nell'ambito della normativa fallimentare, specialmente nei casi di fallimento di persone fisiche, dal momento che queste, a differenza degli enti aventi personalità giuridica, continuano a esistere anche dopo la chiusura della procedura fallimentare.

Tali caratteristiche si riferiscono normalmente a tre aspetti basilari: l'applicabilità delle esenzioni, l'acquisizione alla massa fallimentare dei beni acquistati successivamente alla dichiarazione di fallimento e la nullità o l'annullabilità delle operazioni effettuate prima della dichiarazione di fallimento.

⁴⁶ A. Ajani, *Diritto comparato*, Milano, 2018, pag. 70.

⁴⁷ Legge Fallimentare 1942 n. 267.

⁴⁸ A. Torre, *Common law*, Milano, 2015, pag. 98.

Quanto al primo aspetto, la grande maggioranza delle leggi fallimentari contiene disposizioni che proteggono dalle sorti del fallimento determinati beni che, per motivi di politica sociale, vengono lasciati al debitore.

Tra questi ci sono gli stipendi, le pensioni, le somme ottenute in risarcimento di danni fisici e, con dei limiti, la casa di abitazione poiché è stata oggetto di salvaguardia da parte del legislatore. Queste esenzioni coincidono in gran parte con quelle che vengono concesse nelle ipotesi di esecuzione forzata della sentenza nei confronti del debitore.⁴⁹

Sotto il secondo profilo, nella maggior parte delle disposizioni in vigore nei Paesi condizionati dalla legge fallimentare francese rientrano, tra le risorse che costituiscono la massa fallimentare, gli acquisti effettuati dal debitore dopo la dichiarazione di fallimento e prima della fine della procedura di fallimento o alla reintegrazione dello stesso. Tuttavia, secondo la legge statunitense, alcuni acquisti effettuati entro 180 giorni dalla dichiarazione di fallimento sono inclusi nella massa fallimentare.

Quanto alla nullità o l'annullabilità delle operazioni realizzate prima della dichiarazione di fallimento, da prassi le leggi sul fallimento invalidano o stabiliscono l'annullabilità degli atti a carattere fraudolento o preferenziale, posti in essere dal debitore in vista del fallimento provocando un danno ai creditori, anche se le modalità indirizzate alla reintegrazione del patrimonio fallimentare variano considerevolmente da nazione a nazione.

Sempre negli Stati Uniti si prevede l'annullabilità dell'atto semplicemente in base allo stato di insolvenza causato dal trasferimento preferenziale. Nei casi di fallimento presentati da terzi, i creditori che vantano diritti nascenti da atti compiuti dal fallito nel periodo compreso fra l'istanza di fallimento e l'ordine di revoca, *gap-claims*, hanno anche loro titolo per partecipare alla distribuzione del ricavato.⁵⁰

Nel Canada la riabilitazione viene conseguita nella fase iniziale della procedura fallimentare, mentre in altri paesi può essere posticipata per intervalli di tempi

⁴⁹ G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, Milano, 1993, pag. 230-240.

⁵⁰ I.F. Fletcher, *The law of insolvency*, London, 1990, pag. 44-49.

molto lunghi, ma diventa automatica dopo che sia passato un numero di anni ben preciso.⁵¹

Nel periodo seguente alla Seconda guerra mondiale l'istituto della riabilitazione si è espanso anche in molti paesi di *civil law* tipo il Giappone.⁵²

3 Il Regio Decreto 16 marzo 1942 n 267

Le radici della materia trovano riferimento nella legge fallimentare “R.D. 16 marzo 1942 n. 267” relativa alla disciplina del fallimento, del concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Questa legge, con le numerose riforme che in seguito analizzeremo, resterà in vigore fino alla effettiva adozione nel 2022 del Codice della crisi.

Nella disciplina della legge del 1942 tutti gli effetti sia patrimoniali che personali si applicavano subito dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento⁵³ e sul piano patrimoniale era stabilito che dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento al fallito veniva sottratta l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni (Art. 42 l.f.), tranne nel caso in cui sarebbero venuti a mancare allo stesso i mezzi di sostentamento, o gli fosse concesso un sostegno attraverso alimenti per lui e per la famiglia (Art. 47 l.f.). Risultava quindi che tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti, dopo la dichiarazione di fallimento, erano inefficaci rispetto ai creditori (Art. 44 l.f.).

Le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data di dichiarazione di fallimento, erano senza effetto da parte dei creditori (Art. 120 l.f.).

A seguito di ciò il fallito non veniva subito privato della proprietà dei suoi beni e della titolarità dei suoi diritti, ma gli veniva impedito sia di compiere in maniera

⁵¹ C. Bassu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 2022, pag. 32-36.

⁵² J. Ashida, G. Colombo, *Introduzione al diritto giapponese*, Milano, 2021, pag. 250.

⁵³ Infatti, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione controllata, se pur istituti molto diversi tra loro, erano accomunati dall'essere finalizzati al raggiungimento di finalità conservative dell'impresa e di prevenzione del fallimento. Anche se già inserite nella legge del 1942, queste avevano un'operatività marginale rispetto al predominante istituto fallimentare. (cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, Milano, 2014, pag. 3.).

efficace atti giuridici di disposizione e amministrazione dei suoi beni sia l'esercizio dei suoi diritti che si trasferivano agli organi fallimentari che sostituivano il fallito nel compiere tutte le attività giuridiche riguardanti il suo patrimonio.

In aggiunta veniva sottolineato, sotto il profilo soggettivo, che questa procedura era destinata agli imprenditori, con esclusione di quelli appartenenti al settore agricolo, delle imprese di piccola dimensione e degli enti pubblici; mentre, sotto il profilo oggettivo, per l'applicazione dell'istituto si doveva verificare la dimostrazione dell'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contratte.

Inoltre, l'intero impianto della legge era basato sul principio della *par condicio creditorum*, (art.2741 c.c.), mirato ad assicurare la stessa soddisfazione a tutti i creditori dell'impresa.

La legge sopra citata era fondata sull'istituto fallimentare ma già nel 1942 questo strumento non era in grado di soddisfare tutte le esigenze socio-economiche del paese e così vennero introdotte le altre procedure concorsuali previste nella legge del 1942 il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa che erano finalizzate alla tutela dell'impresa, a differenza dell'istituto del fallimento volto al soddisfacimento delle esigenze creditorie con la liquidazione della causa del reddito patrimoniale e la distribuzione del ricavato ad opera del curatore nominato dal tribunale.

3.1 Il concordato preventivo (Art. 160 ss. l.f.)

Questo istituto aveva lo scopo di prevenire il fallimento e consisteva in un vantaggio a disposizione dell'imprenditore "onesto ma sfortunato" per salvare la propria impresa e raggiungere con specifici requisiti un accordo con i propri creditori.

Si trattava quindi di una procedura esecutiva volontaria ed alternativa al fallimento, con il quale aveva in comune sia il presupposto soggettivo sia quello economico-giuridico dell'insolvenza ed era concessa all'imprenditore che assicurava garanzie di pagare i creditori privilegiati e i chirografari in una percentuale equivalente almeno al 40% o che offriva la cessione dei propri beni pignorabili dove vi fosse stata la stessa possibilità di soddisfazione delle pretese dei creditori.⁵⁴

⁵⁴ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, Milano, 2014, pag. 423-432.

Una volta depositata la domanda si procedeva ad una prima fase deliberativa da parte del Tribunale riguardo la fondatezza dei presupposti e in caso di esito negativo, sentito il pubblico ministero e, a volte, il debitore, poteva esserci la pronuncia d'ufficio del fallimento.

In caso positivo invece il debitore manteneva l'amministrazione del proprio patrimonio e beneficiava del divieto, messo a carico dei creditori, per titolo o causa precedente al decreto di ammissione alla procedura, di iniziare o proseguire azioni esecutive da parte dei singoli creditori (Art. 167 e 168 l.f.).

La proposta dell'imprenditore per essere approvata doveva essere accettata dalla maggioranza dei creditori votanti che rappresentassero almeno i due terzi dei crediti ammessi al voto, coinvolgendo così anche la quota dei creditori non favorevoli una volta che il concordato fosse stato omologato da parte del Tribunale.

3.2 L'amministrazione controllata (Art 187 l.f.)

Questo secondo istituto era, invece, una procedura, avente gli stessi presupposti soggettivi e oggettivi richiesti per poter accedere al concordato preventivo, a disposizione dell'imprenditore che ne poteva beneficiare se non ancora versava nello stato di insolvenza, bensì in momentanea difficoltà a adempiere le proprie obbligazioni, finalizzata al risanamento dell'impresa in crisi.⁵⁵

Si poteva procedere quindi all'ammissione del ricorrente alla procedura di amministrazione controllata, se fossero stati presenti i requisiti previsti dalla legge e il tribunale avrebbe reputato l'imprenditore meritevole di questo beneficio, con decreto che doveva essere approvato dalla maggioranza dei creditori, che rappresentavano anche la maggior parte dei crediti.

Nel caso di valutazione positiva, si concretizzavano gli stessi effetti causati dall'ammissione al concordato preventivo e se l'imprenditore avesse dimostrato di essere uscito dal periodo di crisi momentanea e di essere in grado di soddisfare regolarmente i propri obblighi, avrebbe potuto chiedere al tribunale la chiusura della procedura.

⁵⁵ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., pag. 433.

Al contrario, se in qualsiasi momento fosse risultato che l'amministrazione controllata non avesse potuto continuare positivamente, sarebbe stata promossa la dichiarazione di fallimento.⁵⁶

In seguito per contrastare l'uso non corretto di questo strumento da parte di alcuni imprenditori, mirato solo allo scopo di ritardare il sicuro fallimento, il legislatore introdusse con la *legge 24 luglio del 1978 n.391* l'ulteriore presupposto "delle comprovate possibilità di risanamento dell'Impresa", delle quali il tribunale doveva verificare la fondatezza prima di procedere all' ammissione della stessa.

3.3 La liquidazione coatta amministrativa (Art.200 l.f.)

La liquidazione coatta amministrativa si differenziava dal fallimento poiché in questo caso la procedura di liquidazione si svolgeva sotto le direttive e le verifiche della pubblica amministrazione competente, che nominava un commissario liquidatore deputato alla gestione del patrimonio dell'impresa, affiancato da un comitato di tre o cinque membri con funzione di controllo e consulenza sull'operato del commissario.⁵⁷

Le imprese a cui si rivolgeva questo strumento avevano tutte la caratteristica di rappresentare una importanza specifica per l'economia nazionale come, ad esempio, gli enti pubblici o le aziende con partecipazione statale ed il presupposto soggettivo per poter accedervi viene stabilito nelle diverse leggi speciali che si occupavano di individuare l'imprenditore che poteva beneficiare di tale procedura. Gli effetti del provvedimento di accesso alla procedura si manifestavano nella cessazione delle funzioni di assemblea e nello spossessamento dell'imprenditore dall'amministrazione e dalla disponibilità dei suoi beni, e questo atto é funzionale a individuare la fonte del patrimonio da mettere a disposizione per la liquidazione. Gli effetti che si producevano, verso i creditori, erano identici a quelli che stabiliti dalla dichiarazione della sentenza di fallimento.⁵⁸

⁵⁶ N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016 pag. 4.

⁵⁷ Il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, 2018, pag. 114-116.

⁵⁸ Il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, 2018, pag. 103-105.

A questo punto è necessario fare alcune osservazioni su quanto sopra descritto poiché inizialmente l'opposizione tra i vari interessi che da sempre si affrontano nello scenario fallimentare, secondo il principio della *par condicio creditorum*, si concludeva nell'eliminazione dell'impresa e nel soddisfacimento delle pretese dei creditori.

Possiamo ulteriormente constatare come dall'impianto originario della legge del 1942 le soluzioni alla crisi di impresa previste precedentemente dal legislatore, si basavano completamente su istituti di carattere liquidatorio, ispirati alla logica dell'eliminazione dei soggetti più deboli dal mercato, ed il concordato preventivo e l'amministrazione controllata trovavano una marginale applicazione vista l'alta percentuale di crediti da garantire, senza la possibilità di poter derogare in nessun modo alla regola di uguale trattamento tra i creditori.⁵⁹

4 Le successive riforme

4.1 La riforma del 2005: le nuove procedure concorsuali

Il Decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, art. 2, paragrafo 1 modifica l'istituto del concordato preventivo fallimentare, riscrive gli articoli 160, 161, 163, 177, 180, 181 e viene anche introdotto *ex novo* l'art. 182.⁶⁰

Tali cambiamenti, avviati in maniera urgente e definitiva con la legge di conversione 80/2005, riformarono completamente l'istituto permettendo all'imprenditore in stato di crisi di evitare la procedura fallimentare attraverso un accordo con i creditori, grazie ad un risarcimento in modo parziale degli stessi, nonché di continuare la propria attività.

È chiaro che la procedura fallimentare provocava molto spesso la cessazione dell'impresa insolvente, il concordato invece acconsentiva il proseguimento

⁵⁹ N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, cit., pag. 4.

⁶⁰ Si segnala, inoltre, che lo Schema di decreto legislativo recante "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80." approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 23 settembre 2005, ed attualmente all'esame delle Camere, modifica l'art. 167 l. fall., "Amministrazione dei beni durante la procedura" e prevede l'inserimento, dopo l'articolo 182-bis l. fall., dell'art. 182-ter "Transazione fiscale".

dell'esercizio dell'imprenditore ed era evidente che lo stesso preferiva tentare questo tipo di percorso come soluzione principale.

Anche i creditori avevano interesse ad accettare l'accordo con il debitore poiché il soddisfacimento, seppur parziale, avveniva con tempi molto più veloci rispetto alle lunghissime procedure legate alla liquidazione fallimentare.⁶¹

Inizialmente però il sistema precedente aveva un insieme di inflessibilità che molte volte non hanno permesso di utilizzare questo rimedio provocando un danno della continuazione dell'attività aziendale e allo stesso tempo un consistente affollamento dei tribunali che erano occupati nella gestione di difficili procedure fallimentari.

Quindi per migliorare questa situazione, vennero introdotti dei provvedimenti volti a riformare l'istituto lasciando sempre più margine alle modalità di intesa tra debitore e creditore: queste modifiche erano ispirate ai modelli di "corporate reorganisation" americani.

Lo scopo, quindi, era riuscire ad ottenere un sistema più elastico e sempre più sciolto da intromissioni statali sia per aiutare l'interesse dell'imprenditore a salvare la propria attività che a difendersi dalle azioni esecutive chieste dai creditori, con la possibilità di poter continuare le attività imprenditoriali, avendo anche la speranza di poter ricevere un aiuto dal sistema economico.

Di conseguenza si poteva avere anche il beneficio della riduzione nei tribunali delle molteplici e lunghe procedure fallimentari.

Proprio per questo il legislatore rinnovò totalmente il concordato preventivo caratterizzandolo da un lato con il mantenimento di un sistema italiano ancora specialmente costruito sul sistema dei privilegi, infatti, la storica disciplina si basa sul principio *della par condicio* che comprende le cause legittime di prelazione, dall'altro lato invece con l'integrazione di una nuova normativa volta alla salvaguardia e al recupero dell'attività imprenditoriale.

Il rapporto che accompagnò il decreto indicò una sintesi degli interventi riformatori effettuati sulla legge fallimentare in materia di concordato:

⁶¹ secondo il comunicato stampa Istat del 23 giugno 2003 la durata media di una procedura di fallimento si attesta sui sette anni e consente la soddisfazione dei creditori chirografi nella misura del 18% di quanto loro spettante.

“Le nuove regole rendono i creditori divisibili in classi che rendono più omogenea l’espressione dei loro diversi interessi nell’ambito della procedura liquidatoria ed il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell’impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell’impresa.”

È subito chiaro che questa innovazione normativa riguardava i casi più complessi e importanti dell’istituto e venne anche concessa l’opportunità di stipulare gli accordi di ristrutturazione dei debiti (nuovo art. 182-bis) ossia, come si leggerà in seguito, si tratta di accordi messi in atto tramite patti e negozi giuridici che, in modo innovativo, erano considerati dal legislatore come probabile soluzione alla crisi d’impresa.

Questo nuovo istituto ebbe una tale influenza tale da rendere opportuno il cambiamento della rubrica stessa del titolo III della legge fallimentare riservato al concordato preventivo in: “Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione”.⁶²

4.2. Il concordato preventivo

La riforma del diritto fallimentare cambia totalmente i requisiti indispensabili per aderire alla procedura di concordato preventivo.

Il requisito oggettivo per poter presentare la domanda di concordato era che l’imprenditore versasse in uno “stato di insolvenza” mentre il nuovo enunciato dell’art 160, stabilì che l’imprenditore che si trova in “stato di crisi” potesse presentare il concordato ai creditori.

Si evince quindi una estensione maggiore del concetto di stato di crisi⁶³ rispetto “allo stato di insolvenza” così da ammettere a questo strumento un numero di imprenditori sicuramente elevato. Tuttavia, si registrava incertezza circa la definizione di “stato”, sicché apparve inizialmente più difficile fissare i giusti limiti della relativa applicazione⁶⁴.

⁶² U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, pag. 318.

⁶³ P. Onida, *Economia d’azienda*, Milano, 1965, pag. 39.

⁶⁴ lo “stato di insolvenza”, non direttamente tipizzato dalla legge, è stato via via individuato e chiarito dalla giurisprudenza attraverso l’individuazione di determinati indici di insolvenza.

Bisogna anche evidenziare qualche distinzione tra le norme del testo dell'art. 162, non cambiato dal legislatore, che ha considerato che, nel caso di inammissibilità della domanda di concordato, il tribunale era tenuto a dichiarare d'ufficio il fallimento del debitore.

Quindi, se la norma avesse dovuto considerarsi valida, si sarebbe corso il rischio di riconoscere il fallimento anche in mancanza del suo requisito principale, ossia quello stato di insolvenza ben più significativo ed articolato rispetto alla semplice "situazione di crisi".

Di conseguenza si ritenne che, viceversa, il testo del riformulato articolo 181 eliminò la previsione della dichiarazione di ufficio del fallimento nel caso in cui fossero mancati i presupposti per l'omologazione del concordato; pertanto, quindi il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare il fallimento solo se avesse accertato un effettivo stato di insolvenza dell'impresa a seguito di un'indagine che verificasse i presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Con il proseguire nell' esame dei requisiti idonei per l'accesso alla procedura, si può notare come siano state totalmente eliminate dalla norma tutte le condizioni soggettive previste dalla precedente disciplina.

A questo punto è importante rammentare che lo scopo del legislatore precedente nel formulare l'istituto del concordato era quello di "offrire al debitore, onesto e sfortunato, il mezzo per evitare la inesorabile distruzione della sua impresa, con danno della pubblica economia".⁶⁵

Infatti, il testo dell'art. 160 stabiliva che l'imprenditore in stato d'insolvenza potesse presentare ai creditori un concordato preventivo nei seguenti casi:

- "se nei cinque anni precedenti non fosse stato dichiarato fallito o non fosse stato ammesso ad una procedura di concordato preventivo;
- se non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio".

Con il riesame dell'istituto mutò totalmente l'impostazione di base poiché il concordato passò da essere ritenuto uno strumento "premierale" ad uno strumento normale a disposizione dell'imprenditore per evitare la dichiarazione di fallimento.

⁶⁵ Relazione del Guardasigilli alla legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

È quindi chiaro, dunque, che il nuovo art. 160 rimosse qualunque relazione a condizioni soggettive del debitore e quindi qualunque interessato poteva utilizzare il concordato sulla base dei due requisiti: lo status di imprenditore e la situazione di crisi.

Per quel che riguarda i presupposti oggettivi la precedente materia disciplinava due differenti tipi di concordato: quello c.d. “con garanzia” e quello “con cessione di beni ai creditori”⁶⁶ e in entrambi i casi, il requisito per l’ammissione alla procedura era la soddisfazione dei creditori privilegiati per l’intero e per il quaranta per cento dei crediti posseduti dai creditori chirografari; anche in questo ultimo caso la norma mirò ad eliminare questi requisiti aggiunti che si ritenevano come limite per l’accesso al concordato.⁶⁷

La nuova regolamentazione introdusse la più vasta libertà di forme nell’impiego dello strumento concordatario da parte dell’imprenditore in stato di crisi, prevedendo ben poche, se non nessuna, limitazione.

Il concetto del nuovo art. 160 affermò che “L’imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere ...”

E le informazioni della norma successive, dunque, erano facoltative a carattere unicamente elencativo, essendo nelle possibilità l’imprenditore di mettersi d’accordo con i creditori con la più ampia libertà contrattuale.⁶⁸

Quindi il nuovo art. 160 in “Condizioni per l’ammissione alla procedura” prevedeva:

⁶⁶ Secondo il dettato dell’art. 160, l. fall. possono aversi due differenti tipi di concordato ovvero di proposte: il concordato con garanzia e quello con cessione dei beni ai creditori.

Nel concordato c.d. “con garanzia”, il debitore deve offrire serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi (art. 160, comma 2, n. 2, l. fall. precedente formulazione).

Nel concordato c.d. con cessione dei beni, il debitore deve offrire ai creditori, per il pagamento dei suoi debiti, la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall’art. 46, l. fall., perché la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura del quaranta per cento. In entrambi i casi, la misura percentuale del soddisfo è riferita ai creditori chirografari, giacché quelli privilegiati devono.

⁶⁸ cfr. Cass. civile, sez. I, 26 novembre 1992.

“a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione di crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante la cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie ivi compresa l’attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;

b) l’attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;

c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.”

Quindi il risarcimento dei crediti poteva essere attuato grazie ad un prospetto dal contenuto modificabile in maniera libera in merito alle reali esigenze dell’imprenditore e dei creditori e lo stesso prospetto poteva riguardare temi di ristrutturazione, di liquidazione o anche misto, con o senza assuntori, che potevano essere anche i creditori o società da questi partecipate.

Venne eliminato l’obbligo di soddisfare la quota minima del 40% dei creditori chirografari, restando, come unico vincolo alla completa libertà negoziale, l’obbligo di risarcimento integrale dei creditori privilegiati che vennero esclusi dalla votazione per l’approvazione del concordato se non avessero rinunciato alla prelazione ex art. 177, comma 3.

Un’altra novità si può notare al punto d) della sopra citata norma, ovvero la possibilità che i creditori potevano essere suddivisi in classi a seconda delle posizioni giuridiche o degli interessi economici omogenei.⁶⁹

Infatti, la possibilità di distinguere i creditori in categorie a cui venissero applicate situazioni differenti rappresentò un’altra modifica del sistema fallimentare passato basato sul rispetto della *par condicio creditorum*; il debitore, quindi, era in grado di

⁶⁹ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano ,2020, pag. 430.

La possibilità di suddividere i creditori in classi (esclusivamente secondo interessi economici omogenei) era già stata concessa ai grandi gruppi industriali con il provvedimento di urgenza emanato a seguito del dissesto Parmalat (c.d. decreto Marzano) DL. n. 347 del 23 dicembre 2003, convertito con modificazioni in legge 18 febbraio 2004, n. 39.

preferire i modi ed i tempi di possibilità di pagare il credito in base alle diverse classi che identificavano gli interessi dei creditori riguardo al procedimento liquidatorio.

Il rispetto enunciato dal concetto della *par condicio creditorum* mutò l'applicazione da una concezione di un insieme di creditori ad una dei creditori per classe, per questo erano ritenuti in modo eguale tutti i creditori che appartenevano ad una delle stesse che potevano essere composte in base ad interessi economici uguali come quella costituita dai fornitori, quella degli istituti di credito, ecc.

In questo caso l'imprenditore aveva la facoltà di promuovere un accordo con i fornitori, per esempio, per una specifica dilazione dei crediti, in quanto avrebbero potuto avere un tale vantaggio alla continuazione dell'attività aziendale, così da essere disposti a riconoscere soluzioni del credito favorevoli per il debitore.

La figura della classe costituita da creditori suddivisi per "posizione giuridica" era quella con più difficoltà di interpretazione poiché, se confermata la regola per cui i creditori privilegiati non avevano diritto di voto, era poco sensato ipotizzare una divisione in merito a cause di prelazione (ad es., una classe formata da creditori garantiti da ipoteca).

La domanda di ammissione al concordato preventivo si poteva presentare con ricorso, firmato dal debitore (per quanto riguarda le società, la domanda doveva essere firmata da chi possedeva la rappresentanza sociale), al tribunale competente secondo il luogo in cui l'impresa lavorava, insieme ad un prospetto ed alcuni documenti che dovevano essere accompagnati dalla relazione di un professionista che certificava la verità dei dati forniti dall'azienda e la effettiva possibile realizzazione del prospetto stesso.

La documentazione doveva comprendere:

- “– una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.”

Il nuovo testo dell'art. 163 l. fall. stabilì che il tribunale effettuasse un controllo sulla integrità e la conformità della documentazione presentata ed accettasse la domanda dell'imprenditore alla ammissione alla procedura e nel caso in cui dovevano essere contemplate classi di creditori, il tribunale avrebbe dovuto accertare l'esattezza dei parametri di composizioni delle stesse.

Rispetto alla disciplina che era in vigore precedentemente quindi apparve mutata la modalità di verifica da parte del tribunale, infatti la versione precedente della norma sanciva che se la proposta di concordato presentata dal tribunale fosse stata dallo stesso "riconosciuta ammissibile", sarebbe servito un accertamento di merito al momento dell'analisi della domanda.

La nuova regolamentazione dell'art. 163 ridimensionò l'attività del tribunale ad una pura verifica di conformità formale, visto che la progressiva perdita di poteri da parte del giudice nelle procedure fallimentari era allineata alla volontà del legislatore.

Risultò però, nel nuovo scenario così spiegato, non corretto il non aver modificato anche l'art. 162 l. fall.⁷⁰, la norma infatti, in materia di inammissibilità della domanda, continuò a stabilire da parte del tribunale una verifica di merito sulla conformità dell'accordo con i creditori a rimuovere lo stato di crisi.

Il tribunale con il provvedimento con cui avviava la procedura di concordato preventivo:

- “– delegava un giudice alla procedura di concordato;
- ordinava la convocazione dei creditori non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento e stabiliva il termine per la comunicazione di questo ai creditori;
- nominava il commissario giudiziale osservate le disposizioni per la nomina dei curatori fallimentari (artt. 28 e 29 l. fall.);
- stabiliva il termine, non superiore a quindici giorni, entro il quale il ricorrente

⁷⁰ S. Sanzo, M. Vittiello, *Il concordato preventivo della legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, Milano, 2021, pag. 331-333.

l'art. 162 l. fall., mantenuto inalterato, presenta più di un'anomalia. Innanzitutto, la possibilità del giudice di valutare nel merito la domanda di concordato sulla base della rispondenza a condizioni non più previste dal nuovo art. 160. Inoltre, come già accennato, non pare coordinarsi con la nuova disciplina la previsione, in caso di inammissibilità della domanda, della dichiarazione d'ufficio di fallimento dell'imprenditore. E 'caduto, infatti, il requisito dello stato di insolvenza per l'accesso al concordato che giustificava tale disposizione.

doveva depositare nella cancelleria del tribunale la somma necessaria per l'intera procedura.”

La nuova norma stabilì che, se non veniva eseguito il deposito, era il commissario giudiziale, e non più il tribunale, a dover preoccuparsi a norma dell'art. 173, quarto comma, l. fall.

E' inevitabile, stante quanto sopra stabilito, porsi qualche dubbio sulla norma stessa poiché il rinvio al quarto comma dell'art. 173 risultava essere un chiaro errore di coordinamento, in quanto l'art. 173, non cambiato dall'intervento legislativo, è formato in modo esclusivo da due commi, quindi il rinvio parrebbe richiamare, come in passato, al secondo comma dell'art. 173⁷¹, stabilendo che il commissario è obbligato in maniera esclusiva di comunicare del mancato deposito al tribunale perché provveda a dichiarare il fallimento.

La disciplina previgente, stabiliva che in caso di mancato deposito della somma il tribunale si preoccupasse in maniera diretta di emanare la dichiarazione di fallimento d'ufficio, quindi senza che ci fosse bisogno delle indicazioni del commissario giudiziale.

Il rielaborato articolo 177 l. fall. esprimeva le regole per la composizione della maggioranza idonea all'accettazione del concordato preventivo che doveva essere accettato con il voto favorevole dei creditori che costituiscono la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

A differenza dal contenuto della legge che era in vigore precedentemente che affermava che la maggioranza dei creditori avrebbe dovuto corrispondere ai due terzi dei crediti collegati al voto, per questa norma era previsto un minore numero di voti favorevoli necessari all'approvazione; infatti, il concordato veniva approvato se aveva il voto favorevole di quelli che ne rappresentavano solamente la maggioranza dei crediti ammessi al voto delle diverse classi.

⁷¹ V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, pag.200-210.

Il secondo comma dell'art. 173, rimasto invariato, dispone che “Il fallimento è dichiarato anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 (Amministrazione dei beni durante la procedura) o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

Completamente nuova è l'ipotesi riportata al comma 2 del riformulato art. 177 che recita:

“Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma [maggioranza dei crediti ammessi al voto], può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle stesse ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti a quelle dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.”

Attraverso questa norma veniva introdotto nel nostro ordinamento un principio della legislazione americana sull'insolvenza, la c.d. “regola del *cram down*” che attribuisce al giudice una capacità di costrizione verso i creditori il cui disaccordo rispetto alle proposte dell'imprenditore sia reputato dal giudice stesso non motivato economicamente.

Restò invece non alterato il principio secondo cui i creditori, che disponevano di un titolo di privilegio, pegno o ipoteca, non avevano diritto al voto, se non avessero rinunciato al diritto di prelazione anche in modo parziale, purché non inferiore ad 1/3 dell'intero credito fra capitale ed accessori.

Tuttavia, se i creditori muniti dei diritti reali di garanzia rinunciavano alla prelazione, per la parte del credito non garantito, erano equiparati ai creditori chirografari e la stessa prelazione aveva efficacia ai soli fini del concordato.

Restò anche identica la regola secondo cui sono non erano ammessi al voto ed alla composizione delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato.

Il nuovo articolo 189, modificato dal legislatore nella parte riguardante la procedura di approvazione del concordato e del giudizio di omologazione, stabilì che dopo le votazioni dei creditori, il tribunale, e non più il giudice delegato, indice un'udienza in camera di consiglio per la comparsa del debitore e del commissario giudiziale e questo atto viene pubblicato e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e ai potenziali creditori che non sono d'accordo. Il termine per costoro per costituirsi, in caso di volontà di opporsi all'omologazione del concordato, è

quello di dieci giorni prima dell'udienza fissata, a differenza di quanto stabilito nella disciplina precedente il cui periodo era previsto in cinque giorni.

Tale opposizione, quindi, deve avvenire depositando una memoria difensiva che contiene le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, e l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti presentati, ed entro lo stesso termine, il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere.

Il tribunale quindi nel caso in cui le maggioranze delle classi sono raggiunte nel contraddittorio delle parti, acquisisce d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie e, nel caso incaricando uno dei componenti del collegio per la realizzazione dell'istruttoria, approva il concordato con decreto motivato.⁷²

Il tribunale a questo punto può accettare il concordato anche se non sono d'accordo una o più classi di creditori, qualora ritenga che quelli appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle soluzioni verosimilmente realizzabili, come indicato dalla norma riportata nell' articolo 177.

A questo punto le somme che spettano ai creditori contestati, condizionati o irreperibili devono essere depositate nei modi fissati dal tribunale, che indica anche le condizioni e i modi per lo svincolo.

Quindi rispetto alla passata normativa è evidente che la trasformazione è totale, visto che la stessa stabiliva, per il giudizio di omologazione del concordato, un procedimento che poteva assumere un fattore contenzioso in caso di possibili opposizioni proposte.

È palese la differenza tra la nuova disciplina, che contempla che il giudizio di omologazione sia a cognizione piena con la fondamentale presenza in contraddittorio di tutte le parti, e la precedente, stabilita dall' articolo 180 l. fall., in cui il giudizio stesso, pur essendo aperto alla partecipazione di più parti, poteva in realtà avvenire in assenza della presenza di alcuna di esse.

La procedura di concordato si chiude con la emissione da parte del tribunale del decreto di omologazione entro sei mesi dalla presentazione del ricorso ed il termine può essere prorogato di 60 gg una sola volta dal tribunale.

⁷² P. Parisi, G. Zamatteo, *Il concordato preventivo biennale. Un esame completo del nuovo istituto con effetti e modalità applicative*, Milano, 2004 pag. 30-39.

La modifica più evidente di questa materia, disciplinata dall'art. 181, si occupa del funzionamento dell'omologa che cambia da strumento di valutazione anche del merito del concordato ad un accertamento solamente formale del conseguimento delle maggioranze necessarie.

Infatti, nelle disposizioni passate il tribunale era incaricato di specifiche mansioni che doveva compiere ⁷³, tra cui in particolare la valutazione della convenienza economica del concordato per i creditori, che sono state tolte nella progettazione della nuova normativa ed è quindi possibile constatare che anche in questo caso è evidente una successiva diminuzione della partecipazione del tribunale nelle situazioni di accordi tra debitore e creditori.

Inoltre, viene eliminata la previsione che, se non vengono soddisfatte le condizioni per l'ammissione al concordato, il tribunale dichiara il fallimento del debitore.

Come detto in precedenza il cambiamento dei requisiti idonei per l'accesso al concordato preventivo e l'aver stabilito che si possa presentare domanda per l'ammissione al concordato se si versi in stato di crisi e non più in stato di insolvenza, necessita, prima della possibile dichiarazione di fallimento, di un controllo della presenza del presupposto oggettivo dell'insolvenza, quindi non deve più reputarsi automatica, se il tribunale non dovesse riconoscere le condizioni per l'accesso alla procedura, l'imminente dichiarazione di fallimento pronunciata d'ufficio.

⁷³ M. Trentini, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, pag. 40.

Il testo previgente dell'art. 181 l. fall., disponeva che "Il tribunale, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, deve valutare:

- la convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa;
- se sono state raggiunte le maggioranze prescritte dalla legge, anche in relazione agli eventuali creditori esclusi che abbiano fatto opposizione all'esclusione;
- se le garanzie offerte danno la sicurezza dell'adempimento del concordato e, nel caso previsto dall'art. 160, comma secondo n. 2, se i beni offerti sono sufficienti per il pagamento dei crediti nella misura indicata nell'articolo stesso;
- se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è meritevole del concordato. Concorrendo tali condizioni, il tribunale pronuncia sentenza di omologazione del concordato, in mancanza dichiara il fallimento del debitore.

Nella sentenza di omologazione il tribunale determina l'ammontare delle somme che il debitore deve depositare secondo il concordato per i crediti contestati. Determina altresì le modalità per il versamento delle somme dovute alle singole scadenze in esecuzione del concordato o rimette al giudice delegato di stabilirle con decreto successivo.

Si applicano gli ultimi due commi dell'art. 130."

4.3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Una delle modifiche più radicali è costituita dal contenuto del nuovo articolo 182-bis che prevede la possibilità nella disciplina fallimentare che il debitore presenti congiuntamente alla proposta di concordato e alla documentazione che deve essere unita alla domanda, un accordo di ristrutturazione dei debiti che deve essere firmato con i creditori che costituiscono almeno il sessanta per cento dei crediti; per quanto riguarda il restante quaranta deve essere assicurato l'integrale pagamento con una dilazione di 120 giorni dalla data di omologazione dell'accordo, o dalla data di scadenza del credito, se questa è successiva alla data di omologazione.

Inoltre, deve essere esibita anche una relazione redatta da un esperto sulla fattibilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua capacità di tutelare l'abituale pagamento dei creditori estranei.

I creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione nei confronti dell'accordo nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione, quindi il tribunale, determinate le opposizioni, provvede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato e l'accordo diventa efficace dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese. Inoltre, viene concesso di opporsi al decreto di omologazione entro 15 giorni dalla sua pubblicazione; e questa è la prima volta che viene regolata la facoltà di utilizzare lo strumento dell'accordo stragiudiziale, poiché il legislatore sembra che abbia voluto portare nel nostro ordinamento l'impiego di tale beneficio, anche a prescindere dalla presentazione della domanda per l'ammissione al concordato preventivo.

Il nuovo titolo III, così come stabilito dalla revisione ministeriale "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", parrebbe collocare in una posizione autonoma gli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato. Inoltre, l'art. 67, in materia di revocatoria, prevede, alla lettera e) del secondo comma, l'esenzione dalla disciplina della revocatoria per gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e anche

dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, distinguendo quindi le due fattispecie.⁷⁴

Ancora, l'art. 182-bis stabilisce che nell'accordo possano solamente partecipare almeno il 60% dei creditori quindi, rispetto all'ipotesi di concordato preventivo, scegliendo l'istituto degli accordi di ristrutturazione, l'imprenditore può essere vulnerabile ad azioni esecutive individuali che rimangono percorribili da parte dei creditori estranei all'accordo. Dunque, si evince che la possibilità di beneficiare degli accordi di ristrutturazione dei debiti sia praticabile dal debitore, che si trovi in stato di crisi, anche in modo separato dalla domanda di ammissione al concordato.⁷⁵

Nella disciplina del concordato preventivo l'art. 161 prevedeva la possibilità che fosse allegata alla domanda di concordato una relazione di un esperto che poteva essere "un professionista di cui all'art. 28", che avesse avuto i requisiti per la nomina a curatore.

Invece per quanto riguarda la relazione da unire alla domanda di accordo di ristrutturazione non venivano precisati i presupposti idonei per la scelta dell'esperto, veniva concessa totale libertà al debitore che poteva scegliere tanto i professionisti iscritti in specifici albi, quanto i soggetti che abbiano meramente competenza nella crisi di impresa.

4.4. La riforma del 2012: Il Decreto Sviluppo

Il Decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, denominato "Decreto Sviluppo", e convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, ha cercato di permettere all'imprenditore, la cui attività versava in uno stato di crisi, di poter aderire in maniera più veloce e con procedimenti più semplici alle tutele previste in suo favore.

In modo eccezionale è stata stabilita la facoltà per il debitore, che propone l'ammissione alla procedura del concordato preventivo, di depositare il ricorso contenente solamente la domanda concorsuale e, in un secondo tempo, in un

⁷⁴ M. Tognazzi, *Accordi di ristrutturazione semplificati e potenziati nell'aspetto negoziale, il sole 24 ore*, 2019, pag. 42-45.

⁷⁵ M. Tognazzi, *Accordi di ristrutturazione semplificati e potenziati nell'aspetto negoziale, il sole 24 ore*, 2019, pag. 46-48.

termine compreso tra 60 e 120 giorni, rinviabile di non oltre 60 giorni, la proposta, il piano di concordato e la documentazione necessaria così come regolato dal nuovo comma 6 dell'art. 160 l. fall.

Un'ulteriore novità riguardava i contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso per concordato preventivo poiché il debitore, con una richiesta specifica, poteva essere autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato a sospenderli per non oltre 60 giorni oppure a svincolarsi dagli stessi, e in questa eventualità, il contraente, è messo nelle condizioni di ricevere un indennizzo di egual valore al risarcimento del danno a causa del mancato adempimento.

Una particolare attenzione è dovuta all' introduzione nella Legge fallimentare l'art. 182 quinquies⁷⁶ “Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti”, che consente al debitore, con una autorizzazione precedente del tribunale, di avere la possibilità di stipulare finanziamenti volti ad un soddisfacimento più vantaggioso dei creditori.

⁷⁶M. Pomaro, *Le novità del decreto sviluppo*, Milano, 2021, pag 30.

Si riporta qui il testo integrale del nuovo art. 182 quinquies:

“Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182- bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quarto comma, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67.”

Il nuovo art. 186-bis introduce anche la facoltà di poter usufruire dello strumento del “Concordato con continuità aziendale” nel seguente modo:

- “-la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore;
- la cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento della stessa, in una o più società, anche di nuova costituzione;
- la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.”

Tutte queste innovazioni introdotte dal D.L. Sviluppo fortificano le risoluzioni contrattuali delle crisi d'impresa.⁷⁷

Nonostante il legislatore avesse preso provvedimenti precedentemente in materia di predeuzione dei finanziamenti riconosciuti per la presentazione di una domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater), il sistema aveva ampiamente dato prova di una certa ostilità delle banche alla distribuzione della “finanza-ponte”, ovvero una serie di prestiti per supportare l'impresa nel tentativo di farla rimanere operativa nel momento del procedimento di omologazione, visto che in mancanza di questi aiuti si potrebbe pregiudicare l'attività della impresa.

È molto evidente che una qualunque manovra per far uscire dalla crisi e per individuare con certezza alcune soluzioni alternative alla liquidazione fallimentare, volte “al miglior soddisfacimento dei creditori”, debba necessariamente vedere il coinvolgimento delle banche attraverso un piano di risanamento o di ristrutturazione, supportato da una relazione specifica asseverata da un professionista qualificato, in cui il fattore principale è costituito dalla nuova finanza bancaria.⁷⁸

⁷⁷ M. Vitiello, *Le novità introdotte dalla L. 134/2012 di conversione del c.d. “Decreto Sviluppo”*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, pag. 20.

⁷⁸ C. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese dopo la riforma del 2012*, in *Riv.ita Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, pag.10.

In particolare, si diceva che elemento necessario per consentire lo sviluppo di concordati di risanamento finalizzati a garantire la continuità aziendale è l'erogazione di nuova finanza. Questa è necessaria per sostenere l'impresa sia nella fase di predisposizione del piano posto alla base dell'accordo, sia in quella successiva in cui devono essere soddisfatte le obbligazioni assunte in base al piano stesso. Al riguardo le risposte dei giudici delegati hanno evidenziato come nei pochi casi di concordato con continuità aziendale, raramente il risanamento dell'impresa è stato basato sull'erogazione di nuova finanza in corso di procedura e mai è stata erogata finanza ponte ai fini della presentazione della domanda di concordato. Nonostante l'estensione dell'area della predeuzione l'imprenditore che cerca di risolvere la crisi attraverso soluzioni concordate incontra, dunque, una estrema difficoltà nel reperire i finanziamenti necessari e ciò giustifica anche l'assoluta prevalenza dell'uso del concordato preventivo con finalità liquidatoria.

L'articolo 182 quinquies risponde proprio a questa esigenza, consentendo agli imprenditori di chiedere al tribunale l'autorizzazione a ottenere un finanziamento prededucibile ai sensi dell'articolo 111 della legge fallimentare, semplicemente depositando un accordo preliminare e una relazione asseverata di un esperto qualificato.

Tuttavia, è opportuno considerare che a causa della deroga del principio della *par condicio creditorum* il tribunale dovrà autorizzarne la fattibilità con maggior accortezza anche in virtù del coinvolgimento del professionista, e gli istituti chiamati in causa saranno chiaramente più tranquillizzati potendosi avvalere dei contenuti della nuova disciplina introdotta dal D.L. Sviluppo.⁷⁹

Anche se bisogna ulteriormente considerare il fatto che dove non fossero presenti fattori da cui si avesse una ragionevole certezza del miglioramento dei debiti dell'impresa in relazione all'intero piano di concordato, una successiva giurisprudenza si è pronunciata sul contenuto del D.L. Sviluppo, stabilendo che è generica e quindi poco credibile concretamente l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti.

Questa osservazione ha prodotto diverse interpretazioni di cui una, alla lettera, permette che basti allegare all'istanza la sola relazione del professionista, mentre un'altra, più cautelativa, escluderebbe tale possibilità, necessitando, oltre dell'istanza dell'esperto, anche del piano completo e la proposta di concordato.⁸⁰

Sicuramente non sembra plausibile esprimere un solo e unico principio interpretativo soddisfacente di quelli sopra espressi anche se è chiaro che non si vede lo scopo di un "appesantimento" degli adempimenti desiderato dalla giurisprudenza di merito visto che tale istituto è stato pensato per supportare l'imprenditore poiché, come è facile presumere, il concetto di concedere all'impresa la facoltà di procurarsi nuova finanza, utilizzando la stessa attraverso

⁷⁹ S. Chiaruttini, *L'evoluzione delle regole in tema di crisi d'impresa, Ruolo e responsabilità dell'attestatore*, 26 ottobre 2012, Milano, pag. 2.

⁸⁰ R. Bonsignore, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2012, pag.2; F. Lamanna, *La problematica relazione tra "pre-concordato" e "concordato con continuità aziendale" alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2012, pag. 40; S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Milano, 2012, pag 30.

uno sviluppo che tenga conto di performanti strategie, accrescerà la possibilità di realizzare nuove risorse da destinare ai creditori.⁸¹

4.5. I profili di responsabilità del professionista attestatore

È del tutto evidente l'importanza e la credibilità della relazione specifica asseverata da un professionista qualificato nella eventualità in cui il debitore presenti un piano di risanamento o di ristrutturazione, e le relative criticità.

A tale scopo il D.L. Sviluppo ha introdotto l'inedita fattispecie penale di "false attestazioni e relazioni" nelle disposizioni penali della Legge Fallimentare all'art. 236 *bis*.⁸²

Gli emendamenti del 2005 e del 2007 alla legge fallimentare non hanno modificato le disposizioni sulla veridicità delle informazioni relative alla situazione economica e finanziaria del debitore e, nello specifico, non hanno previsto neanche una tutela penale per le false informazioni.

In questo modo, il legislatore ha quindi corretto una lacuna su cui si era manifestata una certa incertezza tra gli addetti ai lavori.

Questa soluzione di nuova creazione rappresenta un'opportunità per integrare il quadro normativo esistente e costituisce un'aggiunta fondamentale. Avendo riconosciuto il ruolo centrale dei professionisti incaricati nella disciplina dell'insolvenza riformata, il legislatore ha rafforzato i requisiti soggettivi di indipendenza.

Di conseguenza, le nuove sanzioni penali introdotte tutelano l'onestà del lavoro del professionista nella funzione di certificazione e "attestano" il ruolo e le responsabilità dello stesso.⁸³

In base alle nuove regole introdotte dal Decreto Sviluppo, il consulente chiamato in causa è considerato indipendente se non è collegato all'azienda o a soggetti

⁸¹ R. Bonsignore, *Finanza interinale*, cit., pag. 3.

⁸² Qui si riporta il testo dell'articolo: Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.

⁸³ V. Lenoci, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2019, pag. 2.

interessati all'operazione di ristrutturazione attraverso relazioni personali o professionali che possano influire sull'indipendenza e sull'obiettività del suo parere. Il reato riguarda la falsità dei documenti relativi a relazioni e certificati che devono essere redatti da esperti in piani di risanamento, accordi con i creditori, accordi di ristrutturazione del debito, operazioni di finanza interinale urgente e accordi di continuità aziendale (si noti che la legge di riforma incide sull'importanza degli esperti nei processi di negoziazione per risolvere le crisi aziendali).⁸⁴

Si tratta quindi di un reato unico sotto tutti i punti di vista e il responsabile è, come suggerisce la legge fallimentare, il professionista attestatore.⁸⁵

La sua funzione è chiaramente rafforzata dalla necessità dell'imprenditore di dimostrare la bontà del proprio piano per soddisfare al massimo i creditori e continuare l'attività aziendale.

Questo esperto può essere un avvocato, un commercialista, un notaio, un contabile o un consulente fiscale che ha un rapporto contrattuale personale con l'imprenditore debitore.

Le condotte incriminate a titolo di dolo generico sono le seguenti:

-comportamenti attivi di alterazione, cioè riportare informazioni false, come ad esempio, il preparare una richiesta di certificazione dei crediti e indicare nella relazione un importo diverso da quello effettivamente verificato;⁸⁶

-comportamenti passivi, cioè l'omettere importanti informazioni, come ad esempio la mancata segnalazione nel concordato preventivo di un'iscrizione di un credito di importo rilevante, ed in questo caso vi è anche l'aggravante del dolo specifico in quanto emerge lo scopo di ottenere un profitto ingiusto.⁸⁷

Secondo l'attuale dottrina, il dolo comprende non solo la consapevolezza dell'*immutatio veri*, ma anche la consapevolezza del danno a determinati interessi giuridicamente protetti, infatti, l'autore del reato deve necessariamente essere consapevole di poter causare una alterazione giuridicamente rilevante e, quindi, volere ingannare.⁸⁸

⁸⁴ G.B. Nardecchia, *Professionisti attestatori: requisiti stringenti e sanzioni*, *Il sole 24ore*, 2012.

⁸⁵ M. Vitiello, *La "nuova" responsabilità penale del professionista attestatore*, 27/06/12.

⁸⁶ R. Bricchetti, L. Pastorelli, *Operazioni di risanamento*, cit. pag. 49.

⁸⁷ Un interessante spunto, in questo senso, lo fornisce il G.I.P. Trib. Rovereto, 12.01.2012

⁸⁸ G. Minniti, *La "nuova" responsabilità penale del' attestatore*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2012 pag. 5.

In ogni caso, la correttezza del parere espresso deve basarsi su parametri ragionevolmente verificabili, ossia le misure economiche e le procedure utilizzate per formulare il parere, che possono essere valutate dal creditore.⁸⁹

Gli interessi legali tutelabili sono equiparati alla fondatezza di una relazione o di un certificato garantendone l'affidabilità e tempestività delle procedure negoziate per la risoluzione delle crisi aziendali, come previsto dalla legge sull'insolvenza poiché la dottrina maggioritaria descrive il reato come una violazione della fiducia nello stato e verso gli interessi patrimoniali dei creditori.⁹⁰

Di particolare interesse a questo proposito sono le circostanze aggravanti di cui al comma 2 e 3 dell'articolo 236 bis: il primo si basa su un'intenzione specifica e deriva dall'atto di ottenere un vantaggio ingiusto per sé o per altri, mentre il secondo descrive la possibilità di causare un danno ai creditori, ed in entrambi i casi, il legislatore sembra aver scelto una soluzione basata sulla natura patrimoniale del danno avvenuto dopo la dichiarazione di fallimento.⁹¹

4.6. La riforma del 2015

La legge 132 del 2015 venne introdotta per contrastare lo svantaggio competitivo del Paese riconducibile all'eccessiva durata dei tempi di recupero del credito abbreviandoli con termini per chiudere le procedure concorsuali o per attività di liquidazione anche in pendenza dei giudizi.

Tale riforma ha portato novità non solo in materia fallimentare ma anche in alcuni strumenti come il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che andremo ad analizzare.

Per quel che riguarda il concordato preventivo si evince che:

-in caso di concordato liquidatorio è stato introdotto l'obbligo di assicurare un realizzo non inferiore al 20% per i creditori chirografari;

- Il meccanismo di voto è stato modificato e il principio "silenzio = accordo", che facilitava l'adozione delle proposte concordatarie, è stato abolito;

⁸⁹ F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., pag. 5.

⁹⁰ F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., pag. 3

⁹¹ L. Pistorelli *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del paese"*, Relazione n. III/07/2012, Roma, 13 luglio 2012.

-I creditori hanno la possibilità di presentare una proposta di concordato alternativo a quella presentata dal debitore o concorrente.

Queste novità mirano a fornire una maggiore protezione ai creditori più deboli, ma allo stesso tempo riducono la volontà a presentare il ricorso al concordato preventivo come soluzione alle crisi aziendali e aumentano quello alle procedure fallimentari.⁹²

Per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti:

- è stata introdotta una nuova tipologia che ha un impatto sulle banche e sugli intermediari finanziari, che mira a rimuovere i diritti degli istituti bancari che non vantano crediti significativi in relazione agli accordi che la banca intrattiene con i suoi creditori più esposti; pertanto, non aderendo al concordato, non si potranno verificare più, come in passato, situazioni in cui gli istituti bancari meno esposti hanno ricevuto soddisfazione sul loro credito.⁹³

Inoltre, il D.L 83/2015 modifica e regola i requisiti per la nomina di un curatore fallimentare, rendendoli più stringenti per fornire maggiori garanzie ai creditori, e fissando un termine per il completamento della liquidazione dei beni che non può superare i due anni dal deposito della sentenza di fallimento.

4.6. La Direttiva UE 2019/1023

La Direttiva UE 2019/1023 è relativa a misure volte a migliorare l'efficacia del quadro normativo in materia di ristrutturazione preventiva, esdebitazione, ristrutturazione, e insolvenza.⁹⁴

La decisione riguarda l'armonizzazione del quadro normativo degli Stati membri in materia di crisi d'impresa, con l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno e, di conseguenza, realizzare una maggiore tutela della libera circolazione all'interno dell'Unione Europea, intervenendo sui seguenti elementi:

⁹² F. La Manna, *La miniriforma del diritto concausale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: un primo commento*, in *Riv.it. il fallimento e crisi d'impresa*, 2015, pag. 1-5.

⁹³ M.Ferri, *Le attestazioni del professionista indipendente*, Milano,2020, pag. 53.

⁹⁴ L.Birella, *Crisi d'impresa adeguamento alla direttiva insolvency*, in *Riv. it. fallimento e crisi d'impresa*, 2022, pag. 39.

1) strumenti di allerta precoce e accesso alle seguenti informazioni: avvisi agli imprenditori in difficoltà finanziarie da parte di creditori pubblici specializzati (Agenzia delle Entrate, INPS, INAIL, agenzie di recupero crediti) e, una piattaforma elettronica per le transazioni negoziate.

2) un quadro di riferimento per la ristrutturazione preventiva che garantisce la libertà di azione degli imprenditori, che si concentra sull'approvazione dei creditori e che riduce il ruolo dei tribunali per snellire e accelerare il processo di ristrutturazione.

4.7. Il nuovo codice della crisi di impresa 2022

Il 15 luglio 2022 è entrata in vigore la nuova legge sulle crisi d'impresa, che unifica la disciplina delle situazioni di crisi e di insolvenza per tutte le tipologie di debitori (quindi non solo per gli imprenditori commerciali, ma anche per i consumatori e gli altri debitori cosiddetti civili)⁷⁹.

Si tratta del risultato di un lungo percorso, iniziato con la Legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, passando per il decreto n. 14 del 2019 e conclusosi con la pubblicazione del Decreto legge n. 83 del 17 giugno 2022.

Oltre alla nota all'abolizione del termine "fallimento" e alla sua sostituzione con il termine "liquidazione giudiziale", il Codice introduce una serie di importanti novità nel tema concorsuale tra cui:

- una nuova definizione di crisi come “lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa previsto per un periodo di 12 mesi”;
- l'introduzione di una disciplina più dettagliata in relazione agli opportuni preparativi che i datori di lavoro devono adottare per identificare tempestivamente il verificarsi di una crisi;
- obblighi di comunicazione specifici per i cosiddetti creditori pubblici (Agenzia delle Entrate, INPS e INAIL) e per le banche;

-introduzione di una procedura unica per l'accesso alla SRCI che comprende anche la disciplina delle misure cautelari e protettive, la cui durata massima non può superare complessivamente i 12 mesi.

-il nuovo codice incorpora anche gli accordi negoziati ovvero una nuova procedura per l'individuazione precoce delle crisi, introdotta dal decreto-legge n. 118 del 24 agosto 2021, che è entrato in vigore prima del CCII.

- la disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (SRCI) che comprende oltre agli strumenti vincolati previsti dalla precedente legge sull'insolvenza (piani di ristrutturazione, accordi di ristrutturazione e sospensione dei pagamenti), anche i nuovi piani di ristrutturazione soggetti a omologazione (PRO), ossia strumenti ibridi che includono accordi di ristrutturazione e accordi con i creditori. Per quanto riguarda il concordato preventivo, che è una procedura concorsuale minore, si può notare la principale novità dell'ultima modifica al decreto è che la regola della priorità assoluta (APR) può essere derogata a favore di un più flessibile diritto di priorità relativa (RPR) se il piano procede.⁹⁵

- la disciplina dell'esdebitazione è stata estesa anche alle persone giuridiche.

L'applicazione della disciplina è estesa ad ogni categoria di debitore in un'unica regolamentazione.

Ai sensi dell'art. 1 CCI si specifica, infatti, che il presente codice regola le situazioni di crisi e di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, o imprenditore, che eserciti, anche a fini non di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.

Inoltre, viene previsto per i creditori di poter richiedere la liquidazione controllata dei debitori sovraindebitati anche nei confronti dell'imprenditore agricolo e sottosoglia.

Il fatto che le disposizioni del Codice si applichino a tutti i debitori raggiunge l'obiettivo di semplificare il sistema e di eliminare la gerarchia delle disposizioni e le incongruenze nella disciplina.⁹⁶

⁹⁵ F.Di Marzio, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., pag. 56-60.

⁹⁶ L.Panzani, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale*, in *Riv. It. il fallimento*, 2020, pag. 14.

Si chiarisce che sono confermate le disposizioni della Legge speciale sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, anche se per quanto riguarda il loro regime non esclusivo, le disposizioni del Codice continueranno ad applicarsi e lo stesso sistema sarà esteso alla liquidazione coatta amministrativa.

Inoltre, rimangono inalterate le disposizioni della Legge speciale sulla crisi delle imprese pubbliche. È discutibile il riferimento al fatto che i regolamenti sono stabiliti "in via esclusiva" in modo da non applicare le disposizioni del Codice. Si ritiene che il riferimento sia a un'ipotetica legge speciale che preveda disposizioni specifiche sulle applicazioni procedurali sia per gli effetti delle procedure.

Ancora più discutibile è l'ambito di applicazione delle norme del Codice alle grandi imprese, infatti, le disposizioni, ad una interpretazione che favorisca una soluzione anticipata della crisi, sembra possano escludere chiaramente l'applicazione delle norme sui meccanismi di vigilanza alle stesse e ai gruppi di dimensioni significative in ogni caso.

Tuttavia, una lettura porta a concludere che tutte le norme che promuovono la risoluzione anticipata delle crisi sono applicabili anche alle grandi imprese, a meno che la situazione di insolvenza non richieda la possibilità di applicare norme specifiche.

Vale la pena notare che gli enti pubblici sono esclusi dall'ambito di applicazione delle norme, a differenza delle imprese pubbliche, alle quali si applicano in ogni caso le disposizioni della legge sulla gestione delle crisi, a meno che non vi sia una legislazione specifica esclusiva.⁹⁷

4.8. I piani attestati di risanamento

Le condizioni e il contenuto del piano di ristrutturazione certificato sono stabiliti dall'articolo 56 del CCI, che non è stato modificato dal decreto-legge 83/2022.

I PAR sono disciplinati anche dai seguenti articoli del CCII:

⁹⁷ P. Bosticcio, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2019, pag. 3.

-Articolo 39: stabilisce l'obbligo del debitore di richiedere l'accesso alle procedure di gestione della crisi o dell'insolvenza;

-Articolo 166: conferma che gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sul patrimonio del debitore non sono soggetti a revocatoria (fallimentare e ordinario), purché possano essere eseguiti dal PAR.

-Articolo 324: prevede un'esenzione in relazione al diritto penale in cui i pagamenti astratti o le transazioni che rientrano nel reato di bancarotta fittizia o di bancarotta semplice possono essere eseguiti dal PAR.

Il piano attestato di risanamento approvato è uno strumento di negoziazione extragiudiziale per la regolazione delle crisi aziendali, che consente agli imprenditori in stato di crisi o di insolvenza di presentare ai propri creditori un piano adeguato a riorganizzare i debiti dell'azienda e garantire una situazione finanziaria equilibrata.

Il piano se approvato, è considerato un'ipotesi di continuità aziendale in quanto mira a ristrutturare l'esposizione debitoria dell'impresa e a riallineare la situazione finanziaria.

La *ratio* dell'articolo 56 della CCII è quella di tutelare tutte le parti coinvolte, sia come fornitori di nuovi finanziamenti per le aziende in crisi, sia come controparte per gli imprenditori che intendono risolvere una situazione di crisi o di insolvenza attraverso un piano speciale.

Gli obiettivi principali di un piano di risanamento asseverato sono:

-Evitare che le azioni, i pagamenti e le garanzie sui beni del debitore effettuati per attuare il piano siano soggetti a procedure di annullamento per revocatoria come previsto dall'articolo 166, paragrafo 3, lettera d), del CCII;

-Esentare l'esecuzione di tali azioni e pagamenti dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, come previsto dall'articolo 324 dell'CCI.

Il PAR è uno strumento disponibile su iniziativa dell'imprenditore in una situazione di crisi o di insolvenza ed è destinato ai casi in cui lo squilibrio economico-finanziario non sia grave o temporaneo, riguarda solo alcuni creditori ed esclude altri, e non richiede l'approvazione del tribunale.⁹⁸

⁹⁸ *Il Dossier del Senato e delle Camera della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2018 pag. 60-64.

È ragionevole ritenere che il PAR non appartenga al gruppo delle procedure concorsuali, in quanto non è sotto il controllo delle autorità competenti, il debitore mantiene sempre il possesso dei beni e non prevede la partecipazione di tutti i creditori.⁹⁹

L'istituto prevede quindi la predisposizione di piani adeguati a consentire la ristrutturazione delle passività che garantiscano il riequilibrio della situazione economica e finanziaria, caratterizzata da date certe e contenga:

- la situazione economica e finanziaria dell'azienda;
- le principali cause della crisi;
- la strategia di intervento necessaria per garantire una migliore situazione finanziaria e la sua durata;
- i creditori proposti per la rinegoziazione, l'ammontare dei loro crediti, lo stato delle trattative, l'elenco dei creditori e le risorse disponibili per soddisfare interamente e puntualmente i loro crediti;
- il Contributo di nuovi finanziamenti;
- un calendario delle azioni da intraprendere, in cui sia possibile verificarne l'attuazione, e le misure da adottare in caso di scostamento tra l'obiettivo e la situazione attuale;
- descrizione del piano aziendale e del suo impatto sul piano finanziario.

L'affidabilità dei dati aziendali e la sostenibilità economica del piano devono essere dimostrate da un professionista indipendente ai sensi dell'articolo 2, lettera o), del CCI, quindi devono essere soddisfatte le seguenti condizioni:

- essere iscritti al registro dei professionisti della crisi d'impresa e dell'insolvenza e al registro dei revisori contabili;
- soddisfare le condizioni di cui all'articolo 2399 del Codice civile;
- gli esperti e i membri del professionista incaricato non devono lavorare o svolgere attività commerciali per conto del debitore, essere membri del consiglio di amministrazione o di sorveglianza della società o detenere azioni della società negli ultimi cinque anni.

⁹⁹ *Il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d'impresa e della insolvenza*, 2018, pag.49-51.

Come nel caso degli accordi di ristrutturazione del debito, il ruolo del professionista attestatore è fondamentale nel PAR, in quanto consente la procedura di esenzione delle azioni revocatorie e dei reati fallimentari solo se sono soddisfatte determinate condizioni.

Ciò può avvenire se la certificazione è completa e contiene i dettagli richiesti dal legislatore, ad esempio un'analisi esaustiva della situazione critica dell'azienda e delle prospettive di ristrutturazione.¹⁰⁰

Tuttavia, questo strumento è differente da quanto accade negli accordi di ristrutturazione del debito, che sono soggetti ad approvazione, di conseguenza, c'è il rischio che i curatori e i giudici possano avviare azioni revocatorie e una procedura penale fallimentare se i piani e le attestazioni non sono conformi ai requisiti del legislatore.

Qualsiasi azione o accordo unilaterale preso per l'attuazione del piano deve essere dimostrato per iscritto e deve essere fissata una data specifica.

Il piano e l'attestazione in accordo con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore, e la natura privata degli stessi consente di mantenere riservatezza, evitando così una pubblicità negativa nei confronti dei clienti con cui le imprese continueranno a intercorrere regolari rapporti commerciali.

Comunque, laddove il debitore ne faccia richiesta tali atti possono essere pubblicati nel registro delle imprese sia per poter ricevere alcuni benefici fiscali, che per finalità di pubblicità legale degli atti.¹⁰¹

La principale differenza tra l'attuale regolamento CCII sull'attestazione dei piani di risanamento e il "vecchio" articolo 67 LF consiste nel modo in cui i Piani ora devono avere data certa, forma scritta e tema analitico e tipico (articolo 56 CCII).

¹⁰⁰ C.Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. le soluzioni alternative al concordato preventivo*, Milano, 2016, pag.400.

¹⁰¹ *Il Dossier del Senato e della Camera sul codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2018, pag.49-51.

CAPITOLO II

IL SISTEMA PENALE FALLIMENTARE

1. Premessa

Il comparto penalistico della legge fallimentare è collocato al Titolo VI, artt. 216 e ss. In particolare, al Capo 1 si prevede la disciplina dei reati commessi dal fallito, al Capo 2 i reati commessi da persone diverse dal fallito, al Capo 3 due disposizioni che estendono l'applicazione delle sanzioni penali ad altre procedure fallimentari, ovverosia il concordato preventivo e la liquidazione amministrativa, e infine al Capo 4 le disposizioni procedurali.

Sebbene la legge sia stata pubblicata più o meno contemporaneamente al Codice civile, è stata significativamente modificata dal decreto n. 35 del 14 marzo 2005 (disposizioni urgenti del piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e regionale, modificato dal decreto n. 80 del 14 maggio 2005).¹⁰²

Successivamente, il decreto n. 5 del 9 gennaio 2006 (riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80) ha rivisto in modo significativo la procedura fallimentare e le altre procedure concorsuali (a seguito di questa riforma, il decreto n. 169 del 12 settembre 2007 ha introdotto diverse misure di miglioramento).

Le modifiche normative sopra citate hanno cambiato in modo significativo il quadro civile del diritto fallimentare, e al contrario, per quanto riguarda la tutela penale, la situazione normativa di massima è rimasta sostanzialmente invariata ed è caratterizzata da limitati cambiamenti.¹⁰³

Tra queste, in primo luogo, si rileva l'estensione delle disposizioni penali della legge fallimentare ai casi di amministrazione temporanea di grandi imprese insolventi (decreto-legge n. 270 dell'8 luglio 1990, articolo 95).

¹⁰² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 12.

¹⁰³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., pag.13.

Per quanto riguarda le singole fattispecie penali, occorre prestare particolare attenzione alla revisione delle cosiddette fattispecie penali di bancarotta fraudolenta impropria (o societaria) previste dall'articolo 223 comma 2 n. 2 della Legge fallimentare, nonché alle fattispecie di ricorso abusivo al credito (articolo 218 della Legge fallimentare), come modificato dalla Legge n. 262 del 28 dicembre 2005 (Regolamento per la tutela del risparmio e la disciplina del mercato finanziario).

Si noti inoltre che l'abolizione di alcuni regimi di diritto civile come l'amministrazione controllata, il fallimento sommario e la riabilitazione di persone fallite con il decreto n. 167 del 2009 ha implicitamente abolito in tutto o in parte le norme penali che ad essi facevano riferimento.

Un'ulteriore novità è legata all' articolo 48 del decreto n. 78 del 30 luglio 2010, che ha introdotto l'articolo 217 *bis* della legge fallimentare, ed ha avuto un impatto significativo su pagamenti e transazioni effettuati ai fini della irrilevanza penale dei pagamenti compiuti in esecuzione degli istituti privatistici di risoluzione della crisi che, per l'appunto, non costituiscono atti di bancarotta.

L'articolo 19 della legge n. 3 del 27 gennaio 2012 ha invece previsto specifiche sanzioni penali per i membri degli organismi di risoluzione delle crisi aziendali che assistono gli imprenditori nella preparazione dei piani di ristrutturazione del debito presentati ai debitori e ai creditori. Infine, nell'ambito del diritto penale, il decreto n. 83 del 22 giugno 2012 ha introdotto una nuova fattispecie di reato, ovvero il reato di false attestazioni e relazioni, di cui all'articolo 236 *bis* l.fall.

2. Interessi tutelati

Il reato di bancarotta è volto a punire atti che danneggiano il patrimonio dell'impresa, quindi atti che violano i diritti dei creditori: la bancarotta patrimoniale è effettivamente volta a proteggere il patrimonio.

È invece minoritaria l'opinione secondo cui le fattispecie di bancarotta tutelerebbero l'economia pubblica, poiché il giusto controllo delle situazioni di dissesto permetterebbe di assicurare al meglio lo sviluppo dell'economia del

paese¹⁰⁴. Allo stesso modo, non ha trovato poi un seguito effettivo l'orientamento volto a qualificare la bancarotta come reato contro l'amministrazione della giustizia.

L'opinione prevalente della dottrina, come si diceva, è che la bancarotta sia un reato contro il patrimonio che lede gli interessi dei creditori, li danneggia e in ogni caso ne pregiudica la soddisfazione.

Con particolare riguardo alla bancarotta preferenziale, l'oggetto di tutela è rappresentato dalla *par condicio creditorum*, secondo quanto disposto dall'art. 2741 c.c.

3. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento

Gli articoli 216 e 217 della Legge fallimentare puniscono l'imprenditore che ha commesso uno degli atti di cui ai suddetti articoli – bancarotta fraudolenta o semplice - “se dichiarato fallito”.

Si tratta dunque di stabilire l'esatta qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito di un reato di bancarotta prefallimentare; un tema oggetto di ricostruzioni difformi in dottrina e in giurisprudenza. La stessa questione non si è invece posta con riferimento alla bancarotta postfallimentare, nel cui ambito la sentenza di fallimento è unanimemente considerata come un presupposto della condotta.

Vediamo dunque di ricostruire innanzi tutto l'evoluzione giurisprudenziale registratasi sul tema in questione.

La Corte di Cassazione nel 1958 nella sentenza *Mezzo* definì la dichiarazione di fallimento come una condizione di esistenza del reato, ovverosia come un elemento costitutivo *sui generis*¹⁰⁵.

Secondo le Sezioni Unite la dichiarazione di fallimento, oltre a costituire un presupposto per l'esistenza del reato e a determinarne la natura penale dei fatti di

¹⁰⁴ C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, cit., pag. 9.

¹⁰⁵ Cass. pen., Sez. unite, 25 gennaio 1958, *Mezzo*.

bancarotta, è concettualmente distinta dalla condizione obiettiva di punibilità poiché quest'ultima presuppone un reato perfetto in tutti i suoi elementi.

È evidente, quindi, che la sentenza introduce la dichiarazione di fallimento nell'ambito degli elementi costitutivi del reato di bancarotta e le attribuisce rilevanza non come elemento esterno alla struttura del reato, ma come elemento determinante del fatto.

Questa posizione è stata fortemente contrastata in dottrina, almeno per quanto riguarda il ruolo svolto dalla dichiarazione di fallimento nel contesto della bancarotta prefallimentare¹⁰⁶ fraudolenta, poiché la Corte di Cassazione continuava a sostenere che i reati di cui all'articolo 216, comma 1, numero 1, del R.D. 267/1942 si perfezionano in tutti gli elementi necessari solo quando il soggetto, che aveva commesso atti di depauperamento dei beni della società, viene dichiarato fallito.¹⁰⁷ Solo con la sentenza della Corte di Cassazione penale sezione V 24 settembre 2012, n. 47502 (c.d. sentenza "Corvetta") viene invece affermata la qualifica della sentenza dichiarativa di fallimento come evento del reato e di conseguenza necessità di accertare il nesso causale tra la condotta dell'imprenditore e il fallimento della società nonché il dolo¹⁰⁸.

In particolare, secondo l'opinione della Corte Suprema in tale sentenza, il reato di bancarotta non può essere risolto solo con il verificarsi di un pregiudizio potenziale per i creditori, ma solo con l'esistenza di una lesione effettiva dei diritti dei creditori, e visto che tali perdite possono essere determinate e realizzate solo con la dichiarazione di fallimento, le condotte coscienti dell'imprenditore in merito alla gestione dei propri beni potevano avere rilevanza penale solo se tali condotte erano collegate da un nesso con la dichiarazione stessa.

La giurisprudenza successiva ha disconosciuto le affermazioni della sentenza "Corvetta" e, con la sentenza "Santoro"¹⁰⁹ la Corte sottolineò che non essendo

¹⁰⁶ G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nel reato di bancarotta*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 67; G. Conti, *Fallimento*, Torino, 1991, pag.12.

¹⁰⁷ Cass pen., Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 48739, Grillo Luigi; Cass. pen., Sez. V, 19 marzo 2014, n. 26548, Nauner.

¹⁰⁸ Cass., sez. V, 18 settembre 2014, "In motivazione, la Corte ha precisato che i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza "Unica adesione all'orientamento è espresso da Cass., sez. V, 12 febbraio 2013, Di Grandi, n. 27993, in *Mass. Uff.*, n. 255567.

¹⁰⁹ Cassazione Penale, Sez. V, 22 marzo 2017 n. 13910.

necessario l'accertamento di un nesso di causalità materiale o psicologico tra la condotta distrattiva del soggetto e la dichiarazione di fallimento, la stessa doveva essere considerata quindi come condizione obiettiva di punibilità successiva ed estranea alla condotta che già da sola era idonea ad arrecare un pregiudizio ai creditori.

Quindi non è necessario il verificarsi di un nesso di causalità poiché "la lesione degli interessi economici del creditore è stata causata dall'atto di impoverimento ... e la dichiarazione di fallimento non aggrava in alcun modo il pregiudizio subito dai creditori a causa degli atti dell'imprenditore...ma togliendo all'imprenditore la possibilità di risolvere autonomamente la crisi, si rende applicabile solo la sanzione penale (perché il legislatore l'ha ritenuta necessaria)".

Così la Cassazione aderisce all'impostazione propria della dottrina affermando che la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità estrinseca e che l'iniziativa economica dell'imprenditore non è libera in senso assoluto poiché "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana; l'imprenditore non è il dominus assoluto e incontrollato del patrimonio aziendale. Egli, pertanto, non ha una sorta di *ius utendi ed abutendi* sul patrimonio aziendale".¹¹⁰

Quindi di conseguenza se la condotta depauperativa del patrimonio della società è sufficiente a ledere i diritti dei creditori alla conservazione della garanzia del patrimonio, la successiva dichiarazione di fallimento non può essere un elemento costitutivo del reato ma solo una condizione estrinseca di punibilità.

Dopo questa sentenza si pensava di essere arrivati ad una decisione definitiva, invece la Corte con la sentenza n. 40477/2018, emessa l'11 settembre 2018 dalla V Sezione penale della Corte di Cassazione, torna invece alla posizione precedente per considerare la suddetta sentenza come un elemento costitutivo del reato.

4. I reati fallimentari: La Bancarotta propria

Le fattispecie di bancarotta possono essere classificate in diverse tipologie, a seconda che i parametri siano l'elemento soggettivo, la persona del soggetto attivo

¹¹⁰ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, Santoro.

o il momento di realizzazione delle condotte tipiche rispetto alla dichiarazione di fallimento.¹¹¹

In base al primo aspetto, si distinguono la bancarotta fraudolenta e la bancarotta semplice: la prima è caratterizzata da un deliberato intento aggressivo, ossia una frode volta a danneggiare le aspettative dei legittimi creditori e ad aggravare l'insolvenza, mentre la seconda è solo colposa, quando l'imprenditore ha peggiorato la situazione finanziaria a causa di un comportamento sconsiderato è classificato come atto criminale¹¹². Tale distinzione non è però così netta in quanto si riconosce che alcune ipotesi di bancarotta semplice siano altresì configurabili a titolo di dolo. Per quanto riguarda la seconda distinzione, la bancarotta è propria quando i reati sono commessi da imprenditori individuali e da soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo o in accomandita semplice. La bancarotta impropria o societaria, invece, si ha quando i soggetti attivi dei reati sono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori.

Quanto all'ultimo profilo, la bancarotta prefallimentare si configura quando le condotte precedono la dichiarazione di fallimento, mentre quella post fallimentare è integrata allorché esse intervengono dopo tale sentenza.¹¹³

Fatte queste premesse, è ora possibile addentrarsi nell'analisi delle fattispecie rilevanti.

4.1. La bancarotta fraudolenta patrimoniale

Ai sensi dell'articolo 216 comma 1 numero 1 della Legge fallimentare (oggi art. 322, comma 1, lett. a CCI), si punisce con la reclusione da tre a dieci anni l'imprenditore che 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, se è dichiarato fallito.

¹¹¹ F. Malagnino, *La bancarotta propria elementi e principi generali*, Bologna, 2014, pag. 32.

¹¹² F. Malagnino, *La bancarotta propria elementi e principi generali*, cit., pag. 33.

¹¹³ C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., pag. 118.

Si tratta di un reato di pericolo punito a titolo di dolo generico in relazione alla prima parte delle condotte, mentre per le ultime due si richiede il dolo specifico.

A questo punto è opportuno spiegare nel dettaglio le varie condotte tipizzate.

L'azione più grave elencata dalla norma sembra essere la distruzione, in cui i beni vengono completamente e permanentemente sottratti alla vista dei creditori. In termini generali, si tratta di attività che eliminano o riducono il valore di beni potenzialmente utili per i creditori. Si tratta quindi di un atto di commissione e non di un atto di omissione o di inerzia. Queste attività non comprendono l'eliminazione di comportamenti privi di valore che non forniscono alcun beneficio ai creditori.

La dissipazione è l'atto dell'imprenditore che spreca il patrimonio assumendo impegni finanziari e spendendoli in modo sproporzionato e secondo gli studiosi e la giurisprudenza, queste spese hanno due caratteristiche: non necessarie e significative rispetto al patrimonio.

Un altro aspetto negativo per il soddisfacimento dei creditori è la distrazione, ossia l'utilizzo del patrimonio da parte degli imprenditori per scopi estranei all'esercizio dell'attività.¹¹⁴

L'occultamento e la dissimulazione sono forme di comportamento utilizzate dagli imprenditori per nascondere i propri beni.

Nel primo caso, occultando i beni, li nascondono effettivamente mentre nel secondo caso, lo fanno facendo credere che il trasferimento dei beni rientri nel quadro giuridico di altri soggetti.¹¹⁵

Infine, vi è l'atto di esporre o riconoscere passività inesistenti, in cui la prima azione è l'indicazione in bilancio di una passività superiore a quella reale, ad esempio imputando debiti o altre passività, mentre la seconda azione consiste nell'aumentare il conto del passivo del bilancio non contestando i crediti vantati da terzi, riconoscendo così l'esistenza di crediti che in realtà non sono dovuti e pagabili.¹¹⁶

4.2 La bancarotta fraudolenta documentale

¹¹⁴ A. Fiorella, M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, pag.43.

¹¹⁵ N. Mazzacuva A, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017 pag.177.

¹¹⁶ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag.178.

La bancarotta fraudolenta documentale, definita dal numero 2) del comma 1 dell'articolo 216 della legge fallimentare, è la seconda fattispecie del reato di bancarotta.¹¹⁷

Si punisce l'imprenditore che ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare 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.

Si tratta di qualsiasi atto che impedisce una rappresentazione accurata e veritiera dello stato patrimoniale dell'imprenditore nel contesto di una procedura di insolvenza ai fini del soddisfacimento dei creditori.¹¹⁸

L'ostacolo deve essere assoluto e non può consistere in una semplice difficoltà di ricostruzione della situazione patrimoniale.

L'atto di sottrazione consiste nell'occultare le scritture contabili sottraendole alle autorità fallimentari e imponendo loro di provvedere al loro ritrovamento.¹¹⁹

Gli atti di distruzione invece sono la rimozione fisica di tutto o parte di un documento¹²⁰ conservato su carta o su computer, anche gli atti volti a rendere il documento completamente illeggibile.¹²¹

Per quanto riguarda l'atto di alterazione avviene mediante la creazione di un nuovo documento non rispondente al vero ed è il più difficile da interpretare tra quelli sopramenzionati.

Ai fini del caso in esame si configurano non solo la falsificazione ideologica in relazione al contenuto del testo, ma anche la falsificazione materiale in relazione alla formulazione del testo¹²², per questo la giurisprudenza della Corte di Cassazione afferma quanto segue: "In considerazione del fatto che tale risultato è stato raggiunto non solo con la falsificazione materiale dei documenti, ma anche con la falsificazione ideologica che comporta una rappresentazione disonesta dei dati contabili, per quanto già stabilito, per tutelare il buon andamento degli affari del curatore e per vietare la falsificazione di documenti che potrebbero facilmente

¹¹⁷ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., pag. 318.

¹¹⁸ R. Garofoli, *Diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2009, pag. 842.

¹¹⁹ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 197.

¹²⁰ R. Garofoli, *Diritto penale*, cit., pag. 843.

¹²¹ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 198-199.

¹²² Cfr. Corte di Cassazione, Sez. V, 28 gennaio 2011, n. 3115.

ostacolare il recupero dei beni del fallito o dei suoi affari privati, la materia dei documenti fraudolenti include una disposizione che criminalizza qualsiasi caso di falsificazione”.¹²³

4.3 La bancarotta semplice

La bancarotta semplice è disciplinata dall’art. 217 (oggi art. 323 CCI) e recita che è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l’imprenditore, che, fuori dai casi previsti nell’articolo precedente: “ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare”.

Queste ipotesi ricadono nella bancarotta semplice patrimoniale.

Il primo comportamento cui fa riferimento il legislatore è il sostenimento di spese personali o familiari eccessive in relazione alla situazione finanziaria dell’imprenditore; tali spese devono essere sostenute per soddisfare i bisogni o le esigenze della vita personale o familiare dell’imprenditore e non devono avere scopo di lucro.¹²⁴

La differenza tra le due fattispecie di bancarotta semplice definiti nell’articolo 217, comma 1, n. 2 e 3 della legge fallimentare (oggi art. 323, comma 1, lett. b e c CCI – rispettivamente, il compimento di operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti che determinino il consumo di notevole parte del patrimonio dell’impresa e l’aver realizzato operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento) risiede nel fatto che il primo caso riguarda le operazioni "generali" che coinvolgono i beni dell’imprenditore, la maggior parte delle quali sono realizzate in modo aleatorio con conseguente riduzione del patrimonio del debitore¹²⁵.

¹²³ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell’economia*, cit., pag.200.

¹²⁴ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., pag. 365.

¹²⁵ Cfr. Cass., 9 giugno 2015, n. 35716. In tale fattispecie la Suprema Corte ha ritenuto immune da censure la decisione del giudice di merito che ha affermato la sussistenza del reato di bancarotta

La seconda, invece, riguarda gli atti finalizzati a rinviare il fallimento, caratterizzati da una grave imprudenza che supera i limiti di quella ordinaria.

Sul punto la Cassazione ha statuito quanto segue: “Ai fini del reato di cui all’art. 217, comma primo n. 2 legge fallimentare, operazioni di grave imprudenza sono quelle caratterizzate da alto grado di rischio, prive di serie e ragionevoli prospettive di successo economico, le quali, avuto riguardo alla complessiva situazione dell’impresa, oramai votata al dissesto, hanno il solo scopo di ritardare il fallimento”.¹²⁶

Il fine di ritardare il fallimento “impone di collocare l’ipotesi nel periodo in cui già esiste l’insolvenza e di ciò l’imprenditore sia consapevole, dando per scontato che l’imprenditore sia libero di tentare di salvare la propria impresa fino in fondo, ciò gli è consentito unicamente facendo ricorso a mezzi di cui sia possibile calcolare le conseguenze, non a quelli che pongono l’imprenditore in balia di decisioni arbitrarie altrui o lo facciano precipitare nella spirale di prestiti usurari”

Il n. 4 punisce l’imprenditore che ha aggravato il proprio dissesto omettendo di presentare la dichiarazione di fallimento o con altra grave colpa.

La prima ipotesi¹²⁷ riguarda gli atti di negligenza dell’imprenditore che aggravano il dissesto dell’impresa non presentando l’istanza di fallimento ai sensi dell’ex articolo 6 della legge fallimentare.

Gli atti di colpa grave di cui alla seconda parte della stessa disposizione si riferiscono in generale ad atti che comunque aggravano il dissesto, come l’abbandono dell’azienda o la mancata fornitura di materie prime senza un motivo apparente¹²⁸.

fraudolenta per distrazione, a fronte di ingenti finanziamenti per sostenere una distinta attività economica relativa a società in incontestate difficoltà economiche, senza dimostrare su quelle basi previsionali e negoziali si fondasse l’attesa di un maggior rendimento, e per di più in assenza di impegni scritti alla restituzione delle ingentissime somme versate.

¹²⁶ Cass., 4 giugno 2003, n. 24231. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha condiviso l’interpretazione del giudice di merito che aveva considerato gravemente imprudenti alcune operazioni negoziali poste in essere da una società in stato di dissesto, e precisamente la locazione dell’intera azienda in favore di altra società, che non offriva peraltro serie garanzie di solvibilità, e per un canone locativo di gran lunga inferiore al valore dei beni locati; un contratto estimatorio mediante il quale la merce di magazzino era immediatamente consegnata all’altra società, con facoltà per quest’ultima di acquistarla per sé, venderla terzi o restituire alla controparte; una cessione di contratti relativi a beni oggetto di locazione finanziaria detenuti dalla stessa società cedente

¹²⁷ Cfr. A. Alessandri, op. cit., pag. 99.

¹²⁸ N. Pisani, *Diritto penale fallimentare, Problemi attuali*, Torino, 2018, pag. 97.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la colpa grave non debba essere automaticamente accertata sulla base del solo fatto che l'imprenditore non abbia presentato l'istanza di fallimento in tempo utile dopo l'esistenza della massa fallimentare. La legge richiede che ci sia una prova sufficiente che la decisione di ritardare la presentazione dell'istanza di fallimento sotto la propria responsabilità sia determinata da una grave negligenza¹²⁹ poiché il concetto dottrinale di colpa grave in un determinato caso è molto ampio e, pertanto, è aperto alle più diverse interpretazioni; dunque è preferibile qualificare questa ipotesi come "dolosa, basata sulla consapevolezza dello stato oramai irreversibile del dissesto dell'impresa e delle conseguenze negative del temporeggiare rispetto alla richiesta di fallimento".¹³⁰

Un altro caso di bancarotta semplice previsto dall'articolo 217 n. 5 della legge fallimentare riguarda l'inadempimento di obbligazioni dovute ad un precedente concordato preventivo o fallimentare.

L'unicità di questa norma rispetto alle leggi precedenti è evidente, in quanto in questi casi l'imprenditore non sottrae risorse finanziarie ai creditori, ma al contrario l'inadempimento di cui alla presente disposizione può essere favorevole agli stessi, in quanto determina un aumento dell'attivo per soddisfarli.¹³¹

Pertanto, il fondamento del reato in questo caso deve essere ricercato nell'idea secondo cui il fallito disobbediente che non rispetta un precedente accordo deve essere ritenuto in colpa e non vittima della sventura.¹³²

Pertanto, dovrebbe trattarsi di un caso di inosservanza di un concordato derivante da una precedente procedura fallimentare e non della stessa procedura¹³³.

Di conseguenza, la giurisprudenza afferma che "ai fini della configurabilità del reato di bancarotta semplice per inadempimento degli obblighi assunti in un precedente concordato (articolo 217, comma primo, n.5 legge fallimentare), viene in rilievo il concordato relativo ad una precedente e distinta procedura concorsuale

¹²⁹ Cfr. Cass., 15 luglio 2015, n. 38077 e Cass., 25 settembre 2013, n. 434144.

¹³⁰ A. Alessandri, op. cit., pag. 100.

¹³¹ N. Mazzacuva, E. Amati, op. cit., pag. 258.

¹³² L. Conti, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, 1991, pag. 246.

¹³³ P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento. Corso di lezioni*, Milano, 2003, pag. 91.

conseguente a un distinto stato di dissesto rispetto quello che ha dato luogo al fallimento che costituisce elemento costitutivo del reato”.¹³⁴

5.6 La bancarotta semplice documentale

L'articolo 217, comma 2, sanziona l'imprenditore dichiarato fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.

Questa disposizione è simile all'ipotesi più grave di bancarotta documentale dall'art. 216, da cui tuttavia si differenzia perché riguarda solo i libri e le altre scritture contabili previste dalla legge.

Si ritiene preferibile fare riferimento a disposizioni che impongono obblighi di natura strettamente contabile, mentre, ad esempio, le relazioni richieste ai soli fini fiscali, anche se omesse o fraudolente, sono, secondo l'opinione prevalente, irrilevanti ai fini del reato.

La differenza sta soprattutto nel fattore psicologico e in questo contesto, la Corte di Cassazione ha affermato che: "In tema di bancarotta documentale, l'assenza di libri e scritture contabili deve essere assunta nella fattispecie penale di bancarotta semplice se non vi è o non è sufficientemente corroborata la finalità eventualmente perseguita dall'agente e lo scopo oggettivo della carenza. Infatti, poiché la bancarotta mediante documenti falsi, come definita dall'articolo 216 comma 1 n.2 della legge fallimentare, è un reato intenzionale, la bancarotta semplice può essere punita indistintamente sulla base del dolo o della negligenza, non ha senso considerare il nesso causale tra la negligenza o l'irregolarità nella tenuta di tali documenti e la punibilità su tale base, senza tener conto delle conseguenze che essa provoca.”¹³⁵

Per quanto riguarda l'oggetto del reato, come sopra accennato, è necessario fare riferimento all'art. 2214 c.c., in quanto riguarda esclusivamente gli elementi contabili previsti dalla legge, che specifica gli obblighi dei libri diari, dei libri degli

¹³⁴ Cass., 15 dicembre 2005, n. 4015.

¹³⁵ Cass., 14 aprile 1999, n. 10364.

inventari e degli elementi contabili "altri elementi contabili richiesti dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa", che sono obblighi assoluti (elementi contabili e di contabilità) ed elementi di natura obbligatoria relativa.

Per quanto riguarda alcuni comportamenti il primo è l'omissione totale di registrazione dei dati contabili che si verifica anche quando la contabilità non soddisfa i requisiti minimi previsti dalla legge per essere definita tale.¹³⁶

L'obbligo di tenuta delle scritture contabili comprende la loro stesura e conservazione per 10 anni, secondo quanto previsto dall'articolo 2220 del Codice civile, che consente, dopo tale termine, di disfarsi dei documenti precedenti senza rischio di violazione.¹³⁷

Si sostiene poi che il reato di bancarotta documentale riguardi qualsiasi documento la cui conservazione è obbligatoria, compresi quelli previsti dall'articolo 2214 comma 2 del Codice civile.¹³⁸

Al contrario, il falso documentale si verifica quando, nonostante una corretta constatazione, la conservazione obbligatoria viene effettuata in modo diverso da quello prescritto dalla legge.

L'incompletezza della tenuta dei registri si verifica quando vi sono interruzioni o lacune nella tenuta degli stessi anche se formalmente regolari, che impediscono una rapida e accurata ricostruzione della situazione finanziaria dell'impresa.

L'eventuale esistenza di altre scritture in grado di ricostruire la movimentazione dei beni o degli affari è irrilevante e la giurisprudenza conferma "che il reato di bancarotta semplice non è escluso anche se l'insolvente ha tenuto altre scritture idonee a ricostruire lo stato dei beni o dei debiti in luogo delle scritture e dei libri che è tenuto a tenere".¹³⁹

¹³⁶ La Suprema Corte ha precisato che "in tema di bancarotta documentale, qualora sia assente o insufficiente l'accertamento in ordine allo scopo eventualmente propositosi dall'agente e in ordine alla oggettiva finalizzazione di tale carenza, la mera mancanza dei libri e delle scritture contabili deve essere ricondotta all'ipotesi criminosa della bancarotta semplice. In altre parole, l'omessa tenuta delle scritture contabili può essere sussunta nella più grave fattispecie di quell'art. 216, comma primo, n. 2 l.fall. solo se risulti assistita non dal dolo generico, ma dal dolo specifico di realizzare un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, al pari delle condotte di sottrazione, distruzione o falsificazione di libri o scritture contabili". Cfr. Cass., 7 luglio, 2015, n. 50098.

¹³⁷ C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, pag. 178.

¹³⁸ Cass., 11 aprile 2016, n. 2362.

¹³⁹ Cass., 27 aprile 2001, n. 17049.

D'altra parte, la dottrina afferma che la frode o l'inadeguata tenuta delle scritture contabili dovrebbe comunque costituire un impedimento a una pronta e accurata ricostruzione del patrimonio o dell'attività dell'impresa e, di conseguenza, la violazione è esclusa se la violazione è di minima e irrilevante consistenza e le scritture sono "sufficientemente" regolari e complete.¹⁴⁰

Quanto, infine, al periodo di tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento la giurisprudenza ha affermato la sussistenza del reato anche nel caso in cui l'omessa o irregolare tenuta non sia protratta per l'intero triennio precedente la sentenza di fallimento.¹⁴¹

4.5 Le differenze tra la bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice

La differenza tra queste due tipologie di reato risiede chiaramente nella gravità della condotta commessa dall'imprenditore insolvente, che comporta un diverso trattamento penale. Infatti, il reato di bancarotta semplice è punito con una pena detentiva da sei mesi a due anni, mentre il reato di bancarotta fraudolenta è punito con una pena detentiva da tre a dieci anni, fatte salve le altre sanzioni che lo accompagnano.¹⁴²

Sia la bancarotta semplice che quella fraudolenta sono punite con l'esclusione dall'attività delle imprese commerciali e l'inattività degli organi amministrativi e la differenza sta nella durata delle suddette pene aggiuntive: fino a due anni per la bancarotta semplice e fino a dieci anni per quella fraudolenta.¹⁴³

La principale differenza tra le due fattispecie risiede nel fatto che nelle condotte di bancarotta semplice (e, in particolare quelle previste nei nn. 2, 3 e 4) seppur connotate da un errore di valutazione, sono connotate da una logica o razionalità aziendale, che invece mancherebbe nella bancarotta fraudolenta.

¹⁴⁰ F. Antolisei, op. cit., pag. 200.

¹⁴¹ "Nel reato di bancarotta semplice documentale, la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili non deve protrarsi per l'intero triennio precedente alla dichiarazione di fallimento, sussistendo il reato anche se tale condotta venga tenuta, durante il periodo di tempo indicato, per un arco temporale inferiore ai tre anni. (Fattispecie in cui libri erano stati regolarmente istituiti, ma mai compilati)" Cass., 20 dicembre 2011, n. 8610.

¹⁴² C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., pag. 160.

¹⁴³ C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, cit., pag. 118.

Con particolare riguardo alla bancarotta documentale, la giurisprudenza afferma che "la bancarotta fraudolenta e quella semplice documentale si distinguono sulla base degli aspetti oggettivi della condotta dell'insolvente, poiché mentre nella bancarotta semplice sono rilevanti gli aspetti formali delle omissioni, delle irregolarità e dell'incompleta tenuta dei libri contabili, come richiesto dalla legge, in quella fraudolenta, invece, comporta l'aspetto sostanziale della negligenza o dell'incompleta tenuta di tutti i libri e registri contabili, come generalmente intesi, e l'ostacolo alla riorganizzazione e alla ricostruzione del patrimonio del fallito".¹⁴⁴

4.6 Le circostanze aggravanti e la relazione con 81 c.p.

L'art. 219 della Legge fallimentare (oggi art. 326 CCI) prevede che nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216 (bancarotta fraudolenta), 217 (bancarotta semplice) e 218 (ricorso abusivo al credito) "hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà.

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 non poteva esercitare un'impresa commerciale.

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 questione di come interpretare le circostanze aggravanti prevista dal comma 2 n. 1 è stata ripetutamente messa in discussione dalla giurisprudenza e dalla dottrina, con risultati diversi.

In particolare, non vi è stata uniformità nel ritenere che le circostanze aggravanti dell'articolo 219 si applichino nei casi in cui siano stati violati sia l'articolo 216 (fatti di bancarotta fraudolenta) sia l'articolo 217 (fatti di bancarotta semplice).

Un'ulteriore questione interpretativa riguarda il fatto che il reato di bancarotta sia stato considerato come un unico reato e che i suoi molteplici atti debbano essere

¹⁴⁴ Cass., 13 giugno 2016, n. 38302.

inclusi nella fattispecie di reato continuato e non singoli atti combinati ai soli fini del trattamento sanzionatorio.

Il contrasto tra le due ipotesi è stato risolto dalla sentenza del 2011 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 21039 e per quanto riguarda la questione interpretativa relativa alla legittimazione di più fatti di bancarotta/reati unitari aggravati commessi nella stessa bancarotta o di più fatti combinati in una fattispecie di reato continuato, la Corte si è pronunciata a favore della seconda ipotesi.

La Corte ha infatti affermato che l'art. 219, comma 2, numero 1, è solo un'ipotesi di concorso di reati, simbolicamente definito da alcune parti della dottrina come una sorta di "continuazione della bancarotta", che viene disciplinata come eccezione alla regola generale del concorso e della continuazione dei reati. Così, più fatti commessi nella stessa bancarotta mantengono la loro autonomia ontologica e danno luogo al concorso di reati che vengono unificati solo ai fini penali.¹⁴⁵

Pertanto, in relazione alle eccezioni sollevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la possibilità che le circostanze aggravanti si applichino anche alle plurime violazioni sia dell'art. 216 che dell'art. 217 della Legge Fallimentare, la Suprema Corte ha ritenuto che l'art. 219, comma 2 n.1 opera anche nel caso di fatti reiterati riferibili alla medesima ipotesi di bancarotta indipendentemente dai precedenti artt. 216 e 217

In particolare, è stato affermato che: "Deve osservarsi, invero, che, di fronte al dato testuale non univoco ("più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli"), l'applicabilità della L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, alla pluralità di fatti di bancarotta commessi, a prescindere se gli stessi siano contemplati nello stesso articolo o in articoli diversi, è imposta dalla necessità di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, perché, diversamente opinando, si determinerebbero, in contrasto con l'art. 3 Cost., situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento: ove si ritenga, infatti, che la norma in esame sia applicabile solo ai casi di concorso interno, quello cioè tra più fatti di bancarotta tutti semplici o tutti fraudolenti, mentre il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fatti di bancarotta fraudolenta rientrerebbe nella sfera di operatività

145 F. Ventimiglia, G. Conconi, *Nuova pronuncia della Cassazione in tema di bancarotta documentale e speciale tenuità del danno ex art. 219 co. 3 L.F., nel Sole 24 ore*, 2023.

dell'art. 81 c.p., si finirebbe col punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta, dovendo il primo soggiacere al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 81 c.p."

In conclusione, in caso di più violazioni degli articoli 216 e 217, si applicherebbero le aggravanti previste dall'articolo 219 e non si applicherebbe l'articolo 81 c.p.

4.7 La bancarotta impropria

Gli articoli 223 e 224 della legge Fallimentare (oggi trasposti, rispettivamente, agli artt. 329 e 330 CCI) disciplinano le fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria e bancarotta semplice impropria.

La principale differenza rispetto a queste fattispecie è che i soggetti coinvolti nei reati in questione sono persone che non sono imprenditori commerciali. Pertanto, soggetti attivi sono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziaria (società fallite).

È stata discussa la possibilità¹⁴⁶ di estendere la responsabilità a persone che non hanno le qualifiche previste dalla legge, ma che esercitano le funzioni di soggetti qualificati, ossia soggetti di fatto.¹⁴⁷

La giurisprudenza ha sempre sostenuto che i soggetti di fatto sono ugualmente responsabili e la dottrina è ugualmente orientata essa si riferisce anche agli amministratori occulti, cioè a coloro che gestiscono effettivamente la società senza essere esposti¹⁴⁸. A seguito poi dell'introduzione dell'art. 2639 c.c. che prevede, in relazione ai reati societari previsti nel Codice civile, l'estensione delle qualifiche soggettive ai coloro che esercitano in maniera continuativa e significativa le funzioni corrispondenti a detti qualifiche, la giurisprudenza ne ha riconosciuto l'operatività anche nel campo dei reati fallimentari.

¹⁴⁶ A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pag. 166.

¹⁴⁷ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., pag. 387.

¹⁴⁸ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., pag. 388.

Anche i direttori generali, che agiscono come "alti dirigenti" alle dipendenze degli amministratori, godono di ampia autonomia e si caratterizzano per la loro presenza continuativa in azienda, anche in relazione alla loro condizione di dipendenti.¹⁴⁹

I sindaci sono i garanti della legalità all'interno dell'impresa e vigilano sulla corretta gestione ai sensi degli articoli 2403 ss. del Codice civile.

Il liquidatore è una persona che subentra e assume gli stessi doveri e responsabilità per conto degli amministratori in caso di liquidazione.

Fatte queste premesse, possiamo ora ad analizzare il reato di bancarotta fraudolenta impropria.

L'articolo 329 comma 1 c.c.i. (articolo 223 comma 1 della legge fallimentare) stabilisce che le pene previste dall'articolo 322 (articolo 216 della legge fallimentare) si applicano agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori delle società in liquidazione giudiziale (dichiarate fallite) che hanno commesso uno dei fatti di cui al suddetto articolo.

Per quanto riguarda la bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, va notato che in relazione alla bancarotta societaria, l'oggetto materiale dell'atto è il patrimonio della società e non i beni appartenenti all'imprenditore, e quindi si stabilisce che "il trasferimento di beni che porta alla realizzazione di benefici che non rientrano nell'oggetto della società costituisce una distrazione penalmente rilevante".¹⁵⁰

Tuttavia, è stato suggerito che il suddetto approccio è troppo ampio, in quanto l'ambito della bancarotta societaria per distrazione dovrebbe escludere le transazioni che non sono strettamente correlate agli scopi della società, ma che sono innocue in termini di impoverimento della società a causa di decisioni errate.¹⁵¹

L'art. 329, comma 2, lett. a) c.c.i. (art. 223, comma 2, n. 1 legge fall.) prevede il delitto di bancarotta impropria da reato societario, che si realizza quando gli stessi soggetti attivi prima indicati (cioè amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori) sono puniti con la medesima pena se "a) hanno cagionato, o concorso a

¹⁴⁹ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 240.

¹⁵⁰ N. Mazzacuva E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 241.

¹⁵¹ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag.241.

Il tema è di particolare rilievo in relazione ai c.d. vantaggi compensativi dei gruppi di società, i quali sono, dalla giurisprudenza di legittimità, ritenuti irrilevanti sicuramente nel caso nel quale a fronte di un'immediata compensazione, non risultino pregiudizievoli per le istanze creditorie.

cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del Codice civile.

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

Questa disposizione è stata modificata dal d.lgs. n. 61 del 2002; la precedente formulazione del reato è stata contestata per la mancanza di organicità nell'elenco dei reati societari-presupposto e per l'assenza di un nesso di causalità tra i reati societari ed il dissesto.¹⁵²

Tuttora i reati di bancarotta fraudolenta impropria da reati societari si caratterizzano per il fatto di essere riconosciuti come reati di danno con evento.¹⁵³

I reati presupposto ex art. 329, comma 2, lett. a) c.c.i. (art. 223, comma 2, n. 1 legge fall.) sono: il reato di false comunicazioni sociali, false comunicazioni sociali in società quotate, indebita restituzione dei conferimenti, illegale ripartizione degli utili e delle riserve, illecite operazioni sulle azioni o sulle quote sociali o della società controllante, operazioni in pregiudizio ai creditori, formazione fittizia del capitale, indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori e di infedeltà patrimoniale”.

Dato che sono esclusi reati come la corruzione di un privato e l'omessa comunicazione di un conflitto di interessi, va notato che le critiche sulla mancanza di omogeneità nell'elenco dei reati sopra menzionati non sono del tutto scomparse dopo la riforma.¹⁵⁴

Il dissesto rappresenta l'evento del reato, è quindi richiesto un nesso di causalità tra il reato societario e il fallimento dell'azienda.¹⁵⁵

Il termine “dissesto” non è definito nella nuova legge sulla gestione delle crisi e, pertanto, esistono due rappresentazioni del rapporto tra il dissesto e l'insolvenza.

¹⁵² N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 243.

¹⁵³ A. Manna, *La riforma della bancarotta impropria societaria e i suoi riflessi sul reato di bancarotta*, in *dir. pen. econ.*, Milano, 2017, pag. 1991.

¹⁵⁴ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 244.

¹⁵⁵ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 245; Corte di Cassazione, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 21535.

La prima ritiene che il dissesto implichi qualcosa di più della semplice insolvenza essendo questa una situazione di impossibilità di far fronte con regolarità ai propri impegni di carattere finanziario¹⁵⁶.

D'altra parte, vi è una visione che riformula questo rapporto al contrario, affermando che l'insolvenza costituirebbe un concetto maggiore rispetto al dissesto, considerando che quest'ultimo provochi uno squilibrio aziendale grave ma reversibile.¹⁵⁷

Ci si è chiesti¹⁵⁸ anche se un atto che si limita ad aggravare l'insolvenza possa essere rilevante: sul punto, la giurisprudenza ha sistematicamente interpretato la norma nel senso di concentrarsi anche su atti che si limitano ad aggravare un dissesto già maturato.

Quanto alla bancarotta di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, si tratta di un reato a forma libera e di evento.

Con particolare riguardo alle operazioni dolose, la giurisprudenza ha affermato che "poiché gli amministratori hanno un dovere di lealtà nei confronti della società, tale violazione, se ricorrono le altre condizioni, si consolida con un atto volontario ai sensi dell'articolo 223 comma 2 numero 2 della legge fallimentare e consiste in un atto che danneggia materialmente la salute economica e finanziaria della società e, quindi, dal punto di vista degli interessi della società, può anche costituire un atto di negligenza che causa un indebito impoverimento".

Infatti, si è detto che l'"operazione" è un termine semanticamente più ampio di "azione", che è inteso solo come azione positiva, e comprende tutte le azioni attive od omissive tese alla realizzazione di un piano.

Pertanto, è stato sostenuto che le violazioni degli amministratori dei loro doveri in materia di pagamento degli obblighi e dei contributi previdenziali, le violazioni deliberate, sistematiche e di lunga durata e il prevedibile aumento dei debiti non pagati della società erano sufficienti per la configurazione della fattispecie.

¹⁵⁶ F. Fiammanò, *Il sistema di responsabilità derivanti la mala gestio delle partecipazioni pubbliche*, in Riv.it. *le Società*, 2022, pag. 361.

¹⁵⁷ N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., pag. 246.

¹⁵⁸ S. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., pag. 5.

La Corte ha poi distinto l'ipotesi in questione dalla bancarotta fraudolenta per aver cagionato con dolo il fallimento della società in questo modo: "Le due fattispecie previste dall'articolo 223, comma 2, non presentano differenze sostanziali dal punto di vista oggettivo, ma dal punto di vista soggettivo devono essere distinte".

Si ritiene che la prima parte della disposizione richieda il dolo diretto mentre la seconda il dolo eventuale, nel senso che l'agente accetta la verifica dell'evento – il dissesto – come conseguenza del compimento di operazioni dolose. È stato sostenuto che non è necessaria l'intenzione di provocare il fallimento e che è sufficiente che la società sappia di compiere operazioni che hanno l'effetto di provocare il dissesto, attraverso l'utilizzo di abuso di potere, disonestà o condotta intrinseca.

Secondo una diversa impostazione, seguita dalla giurisprudenza prevalente, la differenza risiederebbe nel fatto che la bancarotta da operazioni dolose rappresenterebbe un reato 'a struttura preterintenzionale', nel senso che, una volta provata la volontarietà delle operazioni, sarebbe sufficiente provare esclusivamente la prevedibilità del dissesto come conseguenza della condotta di base.

6 Altri reati fallimentari

6.1 Il ricorso abusivo al credito

Il ricorso abusivo al credito è punito dall'art. 325 CCI (ex art. 218 della L. fallimentare), a mente del quale: "Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli 322 e 323, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni"¹⁵⁹.

Al secondo comma si prevede poi una circostanza aggravante a effetto comune "nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni".

¹⁵⁹ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., pag. 185.

Infine, salve le altre pene accessorie di cui al Codice penale, il comma 3 prevede che “la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni”¹⁶⁰. Il reato stabilisce una condotta di “dissimulazione” dell’insolvenza o del dissesto, che, comprensiva anche del semplice “silenzio” sulla reale situazione dell’impresa, deve favorire causalmente la concessione del credito, o la conferma di quello già erogato.

Il delitto non si configura invece nel caso in cui il credito sia ugualmente concesso o prorogato, pur fornendo all’istituto di credito tutte le informazioni del caso sul reale stato dell’impresa, mentre ¹⁶¹ il dolo è realizzato nei casi in cui si fa ricorso al credito nella consapevolezza dello stato di dissesto ovvero di insolvenza.

Ora è doveroso segnalare la necessità osservata da una attenta dottrina di poter definire il significato attribuito ai termini "dissesto" e "stato di insolvenza", alla cui dissimulazione è volta la condotta tipizzata. È stato infatti sostenuto che il concetto di stato di insolvenza è più ristretto e distinto dal concetto correlato di dissesto.¹⁶²

Poiché l'insolvenza è infatti una situazione direttamente connessa all'atto illecito per ottenere un credito attraverso una falsa dichiarazione del proprio *status*, ne consegue che l'insolvenza riscontrata si riferisce solo all'esecuzione di un determinato credito e non ad altri inadempimenti o a fattori esterni che indichino una regolare volontà di non onorare tutte le obbligazioni assunte.

D'altra parte, un riferimento all'occultamento del dissesto renderebbe reato anche l'azione volta a nascondere una situazione economica o finanziaria generalmente non sana.

Per quanto riguarda i soggetti attivi, oltre a quelli espressamente citati nell'articolo in esame, anche l’istitutore e i soci illimitatamente responsabili sarebbero passibili di reati.

Un aspetto importante di questa disposizione è rappresentato dalla clausola introdotta dalla legge n. 262 del 2005 "anche nei casi diversi da quelli previsti

¹⁶⁰ C. Pedrazzi F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito*, cit., pag. 30.

¹⁶¹ E. Musco F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Torino, 2018, pag. 266.

¹⁶² A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa*, cit., pag. 162.

dall'articolo precedente" (cioè nei reati di bancarotta previsti e puniti dalla norma precedente).

Questa nuova formulazione viene spesso interpretata nel senso che la sanzione per abuso del credito non è subordinata alla dichiarazione di fallimento, come invece avviene per i reati di bancarotta.¹⁶³

In altre parole, è stato più volte discusso in dottrina e in giurisprudenza se, alla luce di questa nuova formulazione, il reato in questione possa essere commesso anche da imprenditori non falliti, o da amministratori, direttori generali o liquidatori di società non fallite, ovvero se sia fundamentalmente diverso dal reato di bancarotta, che si consuma solo in presenza di una dichiarazione di fallimento.¹⁶⁴

A questo proposito, la Quinta Sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata con la sentenza n. 36985 del 24 giugno 2019, chiarendo che il reato di abuso del credito è punibile solo quando è stata fatta la dichiarazione di fallimento, anche dopo la modifica apportata dalla legge n. 262 del 2005, art. 32, comma 1, e che la dichiarazione di fallimento è proprio lo stesso reato in quanto l'imprenditore era già un debitore.

La Corte ha sottolineato che la dichiarazione di fallimento rende concreto e reale il danno derivante dall'erogazione di nuovo credito a un soggetto che era già debitore.¹⁶⁵

La *ratio* della decisione della Suprema Corte sembra essere quella di sottolineare il fatto che il reato di abuso di credito, così come il reato di bancarotta in senso stretto, presuppone una situazione di insolvenza o di fallimento dell'imprenditore, nel qual caso l'abuso di credito può arrecare danni non solo a chi concede il credito.

Tuttavia, se consente la prosecuzione dell'attività nonostante uno squilibrio finanziario o patrimoniale che può aggravarsi per gli altri creditori, l'atto si traduce in un danno non solo per il concedente del prestito, ma anche per gli interessi dei creditori nel loro complesso. Infatti, con l'accensione di ulteriori debiti, ogni

¹⁶³ E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, cit., pag. 266.

¹⁶⁴ P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 2003, pag. 177.

¹⁶⁵ Corte di Cassazione, Sez V, 24 ottobre 1988, n. 2342.

creditore prima della concessione del prestito dovrà competere con quelli a cui è stato concesso il prestito.¹⁶⁶

6.2 La denuncia di creditori inesistenti ed altre inosservanze da parte del fallito

L'articolo 220 punisce il fallito che denuncia un creditore inesistente nell'elenco dei creditori, omette di dichiarare l'esistenza di altri beni nell'inventario o non rispetta gli obblighi imposti dall'articolo 16, n.3 e 49, salvo i casi previsti dall'articolo 216.¹⁶⁷

Questa disposizione disciplina quattro diversi reati: dichiarazione di creditori inesistenti; omessa dichiarazione di beni che avrebbero dovuto essere inclusi nell'inventario; inosservanza dell'obbligo di deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie; inosservanza degli obblighi di residenza e di comparizione. Di seguito esamineremo le varie fattispecie.

La dichiarazione di creditori inesistenti si configura quando il fallito, ai sensi dell'articolo 14 della legge sull'insolvenza, elenca un creditore inesistente nell'"elenco dei nomi dei creditori" con l'"indicazione dei rispettivi crediti" che l'imprenditore richiedente il fallimento deve depositare presso l'ufficio del registro del tribunale.¹⁶⁸

Per quanto riguarda il concetto dei creditori inesistenti, si intende fare riferimento a persone che, pur esistendo, non vantano un credito nei confronti della società fallita.¹⁶⁹

A questo proposito, è essenziale garantire tracciare un confine in relazione all'esposizione a passività inesistenti che integra la bancarotta fraudolenta

¹⁶⁶ Corte di Cassazione, Sez. V, 4 maggio 2004, n. 23796 per la quale “con il secondo è punito il ricorso al credito da parte dell'imprenditore non ancora fallito che, a tal fine, dissimuli lo stato di dissesto. Il reato di ricorso abusivo al credito richiede che. Il soggetto al quale esso viene addebitato sia, successivamente, dichiarato fallito”.

¹⁶⁷ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., pag. 194.

¹⁶⁸ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., pag 195.

¹⁶⁹ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e altri reati fallimentari*, Roma, 2017, pag. 21.

patrimoniale¹⁷⁰: sul punto, si osserva che il *discrimen* tra i due è dato dallo scopo specifico della condotta del soggetto attivo.¹⁷¹

Si concretizzerà questo reato nel caso in cui si indichi come creditore una persona inesistente non essendoci in una tale ipotesi alcuna *chance* che si verifichi un danno ai creditori.¹⁷² In particolare, se un atto è commesso allo scopo di ottenere un vantaggio economico per un creditore o un terzo fittizio a danno dei creditori del fallito, si commette la bancarotta fraudolenta.

Per quanto riguarda i cosiddetti crediti incerti, l'esistenza di questi casi non può essere determinata da tali prove, poiché il fallito è obbligato a dichiarare anche questo tipo di credito, se non è in grado di dimostrarne la validità al momento.

In questo caso, l'elemento decisivo per escludere la responsabilità del fallito è che questi deve dichiarare la situazione di incertezza al curatore.

Per quanto riguarda la consumazione del reato, secondo alcuni si verifica al momento della falsa dichiarazione e secondo altre al momento della dichiarazione di fallimento¹⁷³.

L'omessa dichiarazione di beni nell'inventario è correlata all'articolo 87, comma 3, della L.F., in cui il liquidatore pre-chiusura "invita il fallito o, se si tratta di società, gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistono altre attività da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite dall'art 220 in caso di falsa o omessa dichiarazione".

Lo scopo di questa disposizione è quello di evitare che un gruppo di creditori venga danneggiato dalla liberazione di alcuni beni dal patrimonio, sia per silenzio che per semplice omissione.¹⁷⁴

Pertanto, affinché si verifichi questo reato, la parte attiva deve essere convocata dal curatore fallimentare secondo le modalità previste dall'articolo 87 della legge sull'insolvenza¹⁷⁵. Ciò non richiede alcuna formalità prescritta e può avvenire in modo implicito.¹⁷⁶

¹⁷⁰ A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., pag. 196.

¹⁷¹ Cass. sez. V, 16.10.1972, Beccali, in *Giust. Pen.*, 1973, II, 274.

¹⁷² U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pag. 40.

¹⁷³ "tramite una vendita fittizia". Su tale argomento, cfr. Cass., sez. V, 10.5.1983 n. 7178 e Calzolari, in *Riv. pen.*, 1984, 89.

¹⁷⁴ R. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, cit., pag. 181.

¹⁷⁵ U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., pag. 532.

¹⁷⁶ Cassazione 10.2.1964, Trequatrinì, 241 in *Cass., pen. mass. Ann.*, 1964, 924.

Nel caso di specie, in particolare, è sufficiente indicare, anche se implicitamente, che l'imputato è stato messo in condizione di dichiarare i suoi beni, era consapevole del suo obbligo di dire la verità e della responsabilità penale che ne sarebbe derivata, fin dalla prima relazione quando è stato redatto l'inventario dei suoi beni.

Per quanto riguarda il rapporto tra il caso in esame e le fattispecie di cui all'articolo 216 della Legge fallimentare, va notato che il reato di omessa dichiarazione dei beni, come definito dall'articolo 220 della Legge fallimentare, si configura quando il fallito omette di denunciare l'esistenza dei suoi beni.

Il reato di bancarotta fraudolenta per occultamento si configura invece quando il fallito compie ulteriori azioni volte a nascondere l'esistenza di beni e ciò può avvenire nascondendo effettivamente i beni o facendoli apparire come appartenenti a un'altra persona attraverso il compimento di atti fittizi.¹⁷⁷

Al contrario, se il fatto è omissivo e il fallito non ottempera a una richiesta rivoltagli dal curatore, il reato si consuma alla scadenza del termine indicato nella richiesta o, in mancanza, entro il termine ragionevolmente desumibile dal procedimento.¹⁷⁸

L'inosservanza dell'obbligo di deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie si configura ai sensi degli articoli 220 e 16 comma 2, n 3 della Legge fallimentare quando il fallito non ottempera all'ordine di presentare i bilanci e le scritture contabili entro 24 ore dalla notifica della decisione del tribunale fallimentare.

La giurisprudenza esclude la necessità di una richiesta esplicita o di un requisito da parte dell'istituzione della procedura fallimentare, in quanto si tratta di un obbligo imposto dalla legge e non esiste un reato penale al riguardo.

Pertanto, la richiesta da parte del curatore fallimentare è un elemento aggiuntivo rispetto al momento della commissione del reato e soddisfa l'elemento soggettivo nel caso di condotta dolosa in termini di consapevolezza e intenzione di commettere negligenza.

¹⁷⁷ cit di P. Nuvolone e U. Giuliani Balestrino.

¹⁷⁸ Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 4172 del 10 marzo 1995 (Cass. pen. n. 4172/1995 Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la definizione del fatto operata dal giudice di merito, il quale aveva affermato l'esistenza della concussione nel comportamento del custode fallimentare che attraverso costrizione o induzione aveva determinato le parti a corrispondere la utilità richiesta al fine di destinarle a scopo ben diverso della integrazione del compenso, dovutogli, peraltro, all'esito della procedura fallimentare).

Inoltre, la Corte ha ritenuto che il reato di omessa presentazione delle scritture contabili costituisca un unico reato di negligenza, che punisce l'inosservanza dei requisiti di cui all'articolo 16 del Codice dell'insolvenza.

In particolare, si tratta normalmente di un reato istantaneo con conseguenze potenzialmente permanenti e, la presentazione a posteriori delle scritture contabili non interrompe il fatto, ma si occupa solo degli aspetti circostanziali.

Di conseguenza, lo stesso orientamento ritiene che tale reato possa essere accertato contestualmente alla fattispecie di bancarotta documentale semplice e fraudolenta, a condizione che vengano create le scritture contabili.

In conclusione, "la fattispecie prevista dagli articoli 16 e 220 del Codice Fallimentare incarna un preciso reato di negligenza che comporta l'inadempimento di un obbligo giuridico, le cui conseguenze non possono che essere permanenti".

Infine, quanto all'inosservanza degli obblighi di residenza e di comparizione l'articolo 49 disciplina gli obblighi del fallito e recita: "L'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento sono tenuti a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio.

Se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura, i soggetti di cui al primo comma devono presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori.

In caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, il giudice può autorizzare l'imprenditore o il legale rappresentante della società o enti soggetti alla procedura di fallimento a comparire per mezzo di mandatario."

Il fine della norma è l'obbligo da parte del fallito di essere sempre reperibile e di dover comparire personalmente quando richiesto dal giudice, dal curatore o dal comitato dei creditori.

In riferimento a questo tema possiamo trovare una sentenza¹⁷⁹ da parte della Corte di Cassazione in merito all'inammissibilità del ricorso presentato dal fallito che si reca all'estero per motivi di lavoro ed è stata respinta anche la richiesta di ottenere un sussidio (art. 47 legge fall.) poiché trattandosi di provvedimento inidoneo a pregiudicare definitivamente ed irreversibilmente la posizione del ricorrente e

¹⁷⁹ Cass. civ. n. 7564/1996

,soggetto al prudente apprezzamento del giudice del merito, il quale non è chiamato a risolvere una controversia su diritti soggettivi, cui sia ricollegabile un effetto di diritto sostanziale insuscettibile di riesame.

6. L' esenzione dei reati di bancarotta

6.1 La storia

Fino all'introduzione dell'articolo 217 *bis* della legge fallimentare non esistevano norme che collegassero i tradizionali reati di bancarotta alle più recenti innovazioni in materia di procedure concorsuali e di accordi negoziali.

A fronte di una posizione giurisprudenziale rigida, è lasciato allo sviluppo della dottrina¹⁸⁰ il compito di determinare gli standard e i limiti dell'ambito di applicazione delle fattispecie penali, creando notevoli difficoltà interpretative. In realtà, la condotta del debitore durante l'attuazione del piano può essere oggettivamente classificata come una fattispecie penale, almeno in termini di bancarotta preferenziale ovvero di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto.

La giurisprudenza penale, dopo la riforma avviata con il decreto n. 30/2005, ha proposto diverse soluzioni interpretative volte a escludere la rilevanza penale quando le transazioni derivanti da accordi o progetti extragiudiziali hanno conseguenze negative e viene dichiarata il fallimento del debitore.

L'innovazione nel diritto civile che ha avuto il maggiore impatto sulla struttura dei reati fallimentari è stata l'introduzione di una serie di eccezioni dall'azione revocatoria fallimentare.

Tali eccezioni includevano (anche tuttora) gli atti esecutivi dei piani di risanamento l'atto d (lettera d), gli accordi di ristrutturazione e i concordati preventivi (lettera e).

¹⁸⁰ Cass. Pen., sez. V, 2 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 32; Cass. Pen., sez. V, 1° dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2002, pag.1259.

I motivi di esenzione della revocatoria includono, innanzitutto, la conferma dei "vantaggi legali" dell'opzione di gestione conservativa e non meramente liquidatoria del valore aziendale.

Infatti, le azioni irrevocabili devono rientrare nella normale attività imprenditoriale favorita dalla L.F., anche in tempi di squilibri patrimoniali e finanziari, poiché è naturale che se i fornitori, i partner e gli istituti concedono più tempo e credito ai debitori in crisi ed evitano di interrompere i rapporti contrattuali in corso, le possibilità dell'impresa di superare i momenti difficili aumenteranno.

Se la società rimane insolvente e viene dichiarata fallita, tutto ciò che nel frattempo è stato acquisito dai creditori non è soggetto a un successivo annullamento per bancarotta.

Tuttavia, gli atti irrevocabili di cui all'articolo 67, paragrafo 3, della legge fallimentare, considerati isolatamente, sono potenzialmente dannosi per tutti i creditori, che percepiscono un aumento delle spese, con conseguente aumento del passivo dell'impresa e riduzione del patrimonio di sicurezza totale, costituito da tutti i beni esistenti e futuri del debitore (articolo 2740 del Codice civile).

A conferma di ciò, la legge n. 11 del 1998 ha apportato una nuova svolta nel diritto civile, secondo la quale qualsiasi azione del debitore, anche se dannosa per la *par condicio*, rimane valida nei confronti del creditore fallimentare.

Il problema è stato trasferito nell'ambito del diritto penale e infatti, tradizionalmente, la revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale erano rimedi per tutelare la parità di trattamento tra i creditori; prima del 2005, gli atti annullabili ai sensi dell'articolo 67 della legge fallimentare tracciavano la linea dell'illegalità penale. In questo contesto, i fatti che costituiscono la bancarotta preferenziale erano selezionati sulla base di un dolo specifico, l'intenzione di danneggiare i creditori.

La legge n. 30/2005¹⁸¹ riduce gli atti oggetto di revocatoria fallimentare (dimezzando il cosiddetto periodo di contestazione) e, in particolare, introducendo

¹⁸¹ La giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma del 2005 ha prontamente puntualizzato la corrispondenza biunivoca tra irrevocabilità dell'atto ai fini civilistici in forza del riformato art. 67 l.f. e irrilevanza penale dello stesso comportamento, come si può leggere nella massima che si riporta: "la strategia di alleggerire la pressione dei debitori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale, si appalesa incompatibile con la norma, soprattutto alla luce della riforma (portata dal già citato D.lgs. n. 269 del 2007) dell'azione

un gran numero di eccezioni legali. Si pone quindi il problema di ridisegnare la tutela penale della *par condicio creditorum* e di verificare se anche gli atti irrevocabili possano essere considerati irrilevanti per bancarotta preferenziale.

L'opinione unanime degli esperti di diritto penale è che il legislatore abbia chiaramente indicato la legalità delle transazioni, a prescindere dal potenziale danno della *par condicio*, quando sono presenti i presupposti di revocatoria ai sensi dell'articolo 67 co.3 della legge fallimentare.

Se la posizione sull'esclusione della responsabilità per la bancarotta preferenziale è ampiamente condivisa, una maggiore divergenza si riscontra per quanto riguarda la base giuridica della non responsabilità.

La prima posizione è sostenuta dalla maggior parte degli autori¹⁸², secondo cui non vi è alcuna illegalità oggettiva negli atti esclusi dall'annullamento.

Ciò è dovuto al fatto che alcuni creditori hanno approvato o acconsentito al piano di ristrutturazione del debito e hanno accettato di violare il principio della parità di trattamento previsto dal piano di ristrutturazione, che crea un'eccezione al consenso dei creditori.

Prendendo in esame l'articolo 50 del Codice penale, la questione dell'informazione accurata e completa prima che i creditori diano il loro consenso diventa molto importante.

Se il piano o la proposta si basano su informazioni false o incomplete, la motivazione non può più essere incorporata e l'atto diventa oggettivamente illegale. Tuttavia, questa esclusione non implica la realizzazione di una bancarotta preferenziale, in quanto è necessario il dolo specifico, che di solito manca nei debitori che avviano procedure di uscita dalla crisi approvate e pianificate.

Gli elementi discriminatori dell'articolo 50 del Codice penale non possono essere applicati a un piano approvato ai sensi dell'articolo 67 co.3, lettera d), in quanto non è soggetto all'approvazione dei creditori, e l'atto di attuazione dello stesso può

revocatoria e specialmente della L. Fall., art. 67, comma 3." Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio - 28 luglio 2009, n. 31168.

¹⁸² G. Sandrelli, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 1990, pag. 40; C. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Ri.it giur.comm.*, 462; P. Bruno, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, cit., 1134; A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 897; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pag. 825.

essere considerato solo per favorire uno di questi, nella migliore delle ipotesi solo se non vi è una specifica intenzione di danneggiare i creditori.

Come diversa interpretazione, si sostiene anche che l'articolo 67, comma 3, della legge fallimentare stabilisce i requisiti di legalità per l'esercizio dei diritti di credito e l'adempimento delle obbligazioni, per cui gli atti oggettivamente irrevocabili non sono illegali, ai sensi dell'articolo 51 del Codice penale.¹⁸³

Questa riformulazione è destinata a coprire le transazioni extragiudiziali non approvate dai creditori, ossia i piani di risanamento proposti e attuati unilateralmente dal debitore, con giustificati motivi.

Infine, secondo altri autori¹⁸⁴, l'effetto dell'eccezione dell'articolo 67 della legge fallimentare sulla la bancarotta preferenziale non è a livello di anti giuridicità obiettiva, ma piuttosto a livello di tipicità.

Inoltre, è stato rivisto anche il profilo di responsabilità penale della bancarotta semplice da aggravamento del dissesto articolo 217, co.4 della legge fallimentare in quanto l'apertura della procedura di negoziazione ha un impatto sul ritardo della dichiarazione di fallimento e può aggravare lo squilibrio finanziario dell'impresa.

In questo caso, si è ritenuto necessario verificare il nesso causale tra l'attuazione del piano di ristrutturazione e il peggioramento dell'insolvenza.

Tuttavia, tale soluzione non è soddisfacente dal punto di vista pratico, poiché il concetto di "dissesto" non è chiaro. Questo problema è aggravato dal fatto che i creditori che hanno seguito la proposta del debitore sono responsabili a titolo di concorso nella bancarotta semplice, come è stato riconosciuto, ad esempio, in un caso che coinvolgeva i dipendenti dell'istituto di credito che aveva finanziato il progetto.¹⁸⁵

Alla luce di una simile difformità di vedute, il legislatore ha reputato necessario introdurre una disposizione *ad hoc* come l'art. 217 *bis* della legge fallimentare (oggi art. 324 CCI) che espressamente esclude la configurabilità della bancarotta

¹⁸³ G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv.it giur.comm.*, pag.31.

¹⁸⁴ A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., pag. 466; G. Cocco, *Fallimento*, Padova, 2007, pag. 11.

¹⁸⁵ Cass. Pen., sez. V, 7 maggio 2004, n. 26647/2004, fasc. 29, 815.

preferenziale e della bancarotta semplice per atti esenti da revocatoria fallimentare.¹⁸⁶

6.2 L'introduzione dell'art. 217 bis l. fall.

Nel 2010, l'articolo 48, comma 2 bis del decreto-legge n. 78 del 31 maggio (convertito in legge n. 122 del 30 luglio 2010) ha introdotto tra le disposizioni penali della legge fallimentare l'articolo 217 *bis*, intitolato "Esenzioni dai reati di bancarotta".

Questa legge, denominata "Misure urgenti per la stabilità finanziaria e la competitività economica", consente al legislatore di mettere a punto le cosiddette "misure correttive", rispondendo alle richieste e agli stimoli ricevuti dalla comunità bancaria italiana.

Queste nuove disposizioni mirano a regolare il coordinamento tra la bancarotta preferenziale e quella semplice, di cui agli articoli 216co.3 e 217 della Legge fallimentare, e gli accordi con i creditori, di cui agli articoli 160, 182 bis e 67 comma 3 lettera d) della Legge fallimentare, di pagamenti o altre transazioni in relazione all'attuazione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione del debito omologato o di un piano di risanamento approvato¹⁸⁷.

Questa disposizione, introdotta nel 2010, sembra suggerire una nuova concezione della risposta dell'ordinamento giuridico alla necessità di regolare, in particolare, le crisi d'impresa, soprattutto alla luce della grave crisi economica vissuta da Europa e Stati Uniti negli ultimi quattro anni. Il legislatore ha riformulato la procedura di micro-insolvenza in chiave contrattuale, dando maggiore enfasi alle soluzioni lasciate all'autonomia dei singoli e ampliando e diversificando il numero di rimedi a disposizione dei debitori.

¹⁸⁶ L.Bricchetti, F. Mucciarelli, G. Sandrelli, Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267, 2731.

¹⁸⁷ L. Pistorelli, *I pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione del piano di risanamento di cui all'art. 67terzo comma, lett. d), del concordato preventivo, segnatamente del piano di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 160 e dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis*, 2010, pag. 7.

Come evidenzia la teoria aziendale contemporanea, la naturale tendenza degli imprenditori ad assumere rischi è destinata ad acquisire forti conseguenze di incoerenza nel corso delle crisi.

Questa situazione di incertezza ha restituito il ruolo di guida agli interpreti, e sembra corretto affermare, a ragione, che la legge del 2010 rispetta almeno l'orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema di rendere il più agevole possibile l'intervento nelle crisi aziendali.¹⁸⁸

In effetti, il legislatore del 2010 ha cercato di garantire una sufficiente certezza per gli sforzi di risoluzione delle crisi aziendali, e tale obiettivo oggi è ancora più importante data la situazione economica in cui le imprese italiane si trovano ad affrontare circostanze molto difficili, e di proteggere i debitori e i creditori che cercano di utilizzare le soluzioni concordate offerte dal legislatore dai rischi penali. Va sottolineato che fino all'introduzione della nuova legge, la tutela delle soluzioni concordate era riservata esclusivamente agli strumenti di diritto civile e il loro impatto sul diritto penale dell'insolvenza non era pienamente riconosciuto dalla dottrina che all'epoca commentava la novità della riforma.¹⁸⁹

In realtà, a partire dal decreto n. 5 del 9 gennaio 2006, è emerso chiaramente che il ruolo delle norme penali fallimentari dovrebbe essere quello di strumento di sostegno e rafforzamento delle discipline del diritto civile in questo settore.¹⁹⁰

Fatte queste premesse è ora possibile addentrarsi nell'analisi del contenuto della disposizione, oggi trasposta nell'art. 324 CCI, il quale sancisce che le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 – quindi bancarotta preferenziale – e 323 – cioè bancarotta sempre – non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101.

¹⁸⁸ Cass. pen. sez. un., 15.07.2010, n. 36551; Cass. pen. sez. un., 12.06.2009, n. 24468; Cass. pen. sez. un., 15.05.2008, n. 19601.

¹⁸⁹ A. Alessandri, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit. pag. 132.

¹⁹⁰ C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa in Comportamenti economici e legislazione penale*, *Atti del convegno "Arel" del 17 marzo 1978*, in *Riv. ita. soc.*, 1978, pag. 22.

L'ambito applicativo dell'esenzione è quindi circoscritto a quella preferenziale e a quella semplice. Tuttavia, è bene sottolineare che non tutte le ipotesi di bancarotta preferenziale e semplice sono ricomprese.

Quanto alla prima fattispecie, sappiamo che essa punisce due condotte: l'esecuzione di pagamenti e la simulazione di titoli di prelazione. Ebbene, l'esenzione non riguarda quest'ultima, in quanto la natura intrinseca di tale condotta deve considerarsi in antitesi rispetto alla finalità di salvataggio dell'impresa in crisi che si pone alla base dell'introduzione del vecchio art. 217 *bis* l. fall.

Tra le ipotesi di bancarotta semplice, sono invece escluse dall'esenzione quelle di cui alle lettere a) ed dell'art. 323 CCI (*ex* art. 217 l. fall.): cioè, rispettivamente, l'aver sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla condizione economica dell'imprenditore e il non aver soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale. L'esclusione deriva dal fatto che queste due condotte si connotano come del tutto eccentriche rispetto alla finalità di soluzione della crisi. Peraltro, secondo alcuni autori non rientrerebbe nell'esenzione neppure la condotta di cui alla lettera b), ovverosia l'aver consumato una notevole parte del patrimonio dell'imprenditore in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti.

Sempre in relazione allo spazio di operatività dell'esenzione, occorre specificare che, sebbene l'art. 324 richiami solo gli artt. 322, comma 3 e 323 (cioè le fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice dell'imprenditore individuale, ossia la bancarotta *propria*), si ritiene che lo stesso sia altresì applicabile alle corrispondenti ipotesi di bancarotta impropria (artt. 329 e 330 CCI), poiché si tratta di ipotesi costruite secondo la tecnica del rinvio; inoltre ciò è imposto da un'interpretazione costituzionalmente orientata e, dunque, ispirata al principio di eguaglianza.

L'individuazione dei pagamenti rispetto a cui opera l'esenzione dipende dall'interpretazione della locuzione "in esecuzione" contenuta nell'art. 324 CCI. Sul punto esistono due principali orientamenti contrapposti.

Il primo, secondo cui la clausola ricomprende ogni operazione strumentale alla realizzazione di uno degli istituti di composizione della crisi, indipendentemente dal fatto che tale operazione sia stata posta in essere in un momento antecedente o successivo rispetto all'effettiva attuazione dello strumento di risoluzione.

Si tratterebbe di una «fase necessaria», collocata temporalmente prima della predisposizione del piano, dunque al di fuori di esso, ma comprendente interventi indispensabili per la sua realizzazione.

Pertanto, sarebbero penalmente irrilevanti tutte quelle operazioni che, pur non previste dai piani (poiché precedenti a questi), si configurino come prodromiche al loro inizio.

Secondo una tesi opposta e più restrittiva, la clausola “in esecuzione” presuppone una consequenzialità cronologica tra l’approvazione o l’omologazione del piano e le operazioni ovvero i pagamenti interessati.

Dunque, in mancanza del piano, non si potrebbe escludere la rilevanza penale dei pagamenti in ragione una loro astratta riconducibilità al piano stesso, né si potrebbe valutare la loro concreta idoneità.

Inoltre, secondo i sostenitori di questo indirizzo, la necessità che un piano sussista rappresenterebbe un contrappeso a fronte del netto favore del legislatore all’autonomia privata.

In realtà, la soluzione che sembra più condivisibile si colloca a metà strada tra quelle appena illustrate. In particolare, questa posizione intermedia propone in sostanza di assegnare rilievo al ruolo centrale rivestito dal professionista attestatore nel contesto degli istituti privatistici.

Di conseguenza, si ritiene che l’esenzione potrebbe operare rispetto agli atti posti in essere dopo che sia intervenuta l’attestazione del professionista, rendendoli penalmente irrilevanti.

Si tratterebbe infatti di pagamenti successivi all’adozione del piano (che dunque li prevede), rispetto ai quali è intervenuta una validazione o certificazione da parte di un terzo indipendente.

La questione circa la natura giuridica delle esenzioni dai reati di bancarotta è stata oggetto di ricostruzioni difformi in dottrina a causa del linguaggio «tecnico» e del tutto estraneo al diritto penale, utilizzato dal legislatore del 2010 il quale ha fatto ricorso a termini come «esenzioni» ... «non si applicano».

Diverse sono le alternative prospettabili.

Sotto un primo versante, potrebbe affermarsi la natura di una causa di giustificazione, che cioè fa venir meno l'antigiuridicità. A ben vedere, mancherebbe però la contrapposizione di interessi che connota la categoria delle scriminanti.

Per altro verso, potrebbe sostenersi quella di causa di non punibilità; tuttavia, dovrebbe trattarsi di una ipotesi che, in presenza di un reato completo in ogni suo aspetto, rende inopportuna la sanzione penale in ragione di condizioni personali dell'agente o a suoi rapporti con la vittima o a un suo comportamento successivo.

Tali considerazioni sono però assenti nell'art. 324 CCI.

In definitiva, è preferibile l'opzione interpretativa che intende tale disposizione come una «causa di esclusione della tipicità», ossia un limite esegetico, in negativo, della fattispecie incriminatrice che sottrae all'ambito applicativo della bancarotta preferenziale e semplice quei comportamenti compiuti in esecuzione di un istituto di soluzione negoziale della crisi.

CAPITOLO III

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISSIPAZIONE E LE SUE CARATTERISTICHE

1. La bancarotta per dissipazione

Nell'ambito delle condotte sanzionate dall'art. 216 l.fall., una di quelle maggiormente problematiche nella loro definizione è quella di dissipazione. Al riguardo, la giurisprudenza meno recente ¹⁹¹ individuava tale espressione "dissipare" come un sinonimo di dissolvere, disperdere, dilapidare, "scialacquare" ¹⁹² il patrimonio.

Nella prospettiva attuale, la dissipazione si caratterizza, da un punto di vista oggettivo, come un atto manifestato dall'assoluta incongruenza delle transazioni effettuate rispetto alla prospettiva delle esigenze aziendali e, da un punto di vista soggettivo, dalla consapevolezza del reo di ridurre il proprio patrimonio per scopi estranei.

A tale proposito la giurisprudenza più recente presenta una chiara definizione degli indici critici della bancarotta fraudolenta per dissipazione tali da poter far comprendere meglio la concreta pericolosità della cosciente condotta dissipativa attraverso la seguente sentenza n.38396 del 23/06/2017: "si tratta di indici dotati di immediata evidenza dimostrativa, al di fuori di qualsiasi logica presuntiva, rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'agente ha operato, avuto riguardo alla continuità soggettiva delle parti; nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra cessione e realizzo rispetto ai canoni di ragionevolezza imprenditoriale, rilevanti anche nella fase liquidatoria, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori e, nella specie, la liquidazione, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa".

¹⁹¹ Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 834 del 23.05.1967, Giannuzzi, Rv. 105174.

¹⁹² C. Quartu, *Dizionario dei sinonimi e dei contrari*, Milano, 1986, pag.116.

La dissipazione avviene anche quando i beni vengono venduti a un prezzo inferiore o sottocosto e quando tale comportamento è incoerente con il raggiungimento degli obiettivi dell'impresa, è incompatibile con il soddisfacimento dei bisogni e necessità di dimostrazione della volontà dell'autore del reato di ridurre il patrimonio dell'azienda per scopi estranei agli obiettivi della stessa.¹⁹³

La dottrina spiega che la dissipazione può manifestarsi anche nell'atto di ottenere un corrispettivo oneroso estraneo agli scopi della società e chiarisce con questo elemento la differenza fondamentale tra la bancarotta semplice art. 217, comma 1 n. 2 e 3, della Legge Fallimentare e la bancarotta fraudolenta per dissipazione.¹⁹⁴ Per quanto riguarda l'elemento soggettivo e la condotta cosciente dell'agente, questo deve essere pienamente consapevole di stare con le proprie azioni depauperando il patrimonio per destinarlo in tutto o parte a perseguire obiettivi del tutto estranei rispetto alle ragioni per cui l'azienda è stata fondata, agisce e rimane sul mercato.

Per quanto riguarda la figura del liquidatore la Cassazione Penale sez. V. con la sentenza n. 34812 del 2019 afferma che la condotta dissipativa finalizzata a costituire il reato è quella con cui il liquidatore della società insolvente vende i beni della stessa senza alcuna ragionevolezza in relazione al conseguimento dello scopo della liquidazione con la consapevolezza di diminuire il patrimonio della società per fini diversi del mandato liquidatorio.¹⁹⁵

Pertanto, il compito del liquidatore è quello di eseguire il provvedimento per soddisfare i creditori attraverso la vendita e a questo punto deve essere valutata la condotta che determina la sua responsabilità in caso di alienazioni irragionevoli rispetto al raggiungimento degli obiettivi della liquidazione.

Secondo la Corte di Cassazione, nella sentenza citata inizialmente, la vendita di beni strumentali da parte del liquidatore della società ha soddisfatto i crediti dei dipendenti, ma ha anche indebolito la garanzia dei beni dei creditori cedenti.

In effetti tra i primi segnali della condotta dissipativa del liquidatore vi sono i seguenti casi:

¹⁹³ ass., Sez. V, 5317, 4 febbraio 2015, Franzoni e altro in Mass. Uff., n. 262225 e Cass., Sez. V, 38707, 19 settembre 2019, Ceravolo, in Mass. Uff., n. 277318.

¹⁹⁴ S. Prandi, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, 2021, pag. 654.

¹⁹⁵ C.Santoriello, *La bancarotta patrimoniale dopo il codice della crisi*, in *Le società*, 2021, pag.849.

- il trasferimento di tutti i beni dell'azienda oggetto di vendita;
- la riconducibilità allo stesso centro di interessi delle parti del rapporto;
- che non vi sia alcuna deduzione in merito a valutazioni alternative;
- che non vi sia alcuna garanzia di dilazione.

2. La sentenza della Corte di Cassazione n. 45682/2022

In relazione al tema della sussistenza o meno del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale commessa mediante dissipazione del patrimonio sociale è interessante esaminare una recente sentenza della Cassazione¹⁹⁶.

Partiamo dall'esame della vicenda concreta. L'imputato nella sua qualità di amministratore unico della società Nautatech a responsabilità limitata, veniva rinviato a giudizio innanzi al Tribunale di Torino per il delitto di bancarotta fraudolenta per dissipazione di oltre 430 mila euro, corrispondenti alla spesa per l'acquisto di autoveicoli e motoveicoli, tra cui due auto Porsche, per fini estranei all'oggetto sociale e non pertinenti all'attività aziendale esercitata, oltre che per la distrazione di circa 50 mila euro, e successivamente, la Corte di appello di Torino confermava la condanna inflitta dal Giudice di primo grado per i sopra menzionati reati fallimentari, riducendo la durata delle pene accessorie.

La difesa ha proposto ricorso per Cassazione contro la sentenza del Tribunale di Torino, denunciando la parte in cui si afferma che le condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione sono state provate attraverso gli esborsi che rientrano in una scelta discrezionale della direzione dell'impresa.

La Corte di Cassazione ha accolto l'impugnazione, limitata ai motivi di cui sopra, e ha annullato senza rinvio il testo della sentenza della Corte d'appello.

Di seguito si riporta un'ampia sezione della struttura argomentativa della sentenza, con interessanti osservazioni sulla definizione di bancarotta fraudolenta per dissipazione e sull'applicazione di tale principio al caso.

“La motivazione del primo ricorso, che contesta l'accertamento di una bancarotta fraudolenta per dissipazione dovuta all'esborso di fondi per l'acquisto e la manutenzione di vari veicoli, tra cui due auto di lusso, è fondata.

¹⁹⁶ Cass. Pen. 45682/2022.

Bisogna ammettere che la dissipazione non è un atto facile da definire in termini generali, in quanto può coinvolgere complesse questioni di scelta imprenditoriale nella valutazione dei mezzi necessari al corretto svolgimento delle attività svolte, che gli imprenditori adottano naturalmente secondo le regole della gestione aziendale.

Da un punto di vista giuridico, si evincono alcuni fatti anche per la peculiarità di inquadramento con alcuni comportamenti che fanno parte dei casi di bancarotta semplice, la cui applicazione, infatti, non a caso, è stata invocata nel corso del giudizio di merito della difesa.¹⁹⁷

In generale, la dissipazione è l'utilizzo di beni non correlati alle esigenze dell'impresa e, in questo senso, è stato recentemente stabilito che la bancarotta per dissipazione consiste nell'uso del patrimonio in modo distorto rispetto alla funzione assicurativa dello stesso, come risultato di una scelta consapevole e fondamentalmente incompatibile con le reali esigenze dell'impresa, tenendo conto delle sue dimensioni, della sua complessità e del suo contesto economico e aziendale¹⁹⁸.

3. La condotta distrattiva

Una diversa condotta di bancarotta fraudolenta del pari meritevole di attenzione è rappresentata dalla distrazione, la quale è intesa come la destinazione dei beni dell'impresa a scopi diversi da quelli cui erano destinati¹⁹⁹. Essa può verificarsi senza che il bene venga rimosso dalla proprietà, in questo è intesa come il distogliere il bene dal suo scopo legalmente vincolante e renderlo inidoneo a svolgere la sua funzione di garanzia generale per i creditori.

La Corte di Cassazione conferma che per distrazione si intende "qualsiasi forma di destinazione diversa e ingiustificata attribuita arbitrariamente al bene nell'impresa

¹⁹⁷ Sez. 5, Sentenza n. 34979 del 10/09/2020.

¹⁹⁸ Sez. 5, Sentenza n. 7437 del 15/10/2020.

¹⁹⁹ F. Antolisei, *Manuale*, cit., pag. 52.

come elemento essenziale per il funzionamento dell'impresa e la sua garanzia nei confronti dei terzi".²⁰⁰

Il concetto di "distrazione come atto disfunzionale" attribuisce ai tribunali penali una forte capacità di controllare la discrezionalità gestoria.

La distrazione ha un valore residuale nella misura in cui è in grado di rispondere a varie condotte offensive che non derivano da atti di distruzione, dissipazione, occultamento o dissimulazione.

A questo proposito, dovrebbero essere considerati distratti i beni che vengono separati dal patrimonio dell'imprenditore attraverso azioni che non possono essere giustificate da logiche di gestione della azienda e il cui scopo principale è quello di sottrarre il bene alla funzione di garanzia nei confronti dei creditori²⁰¹. In sostanza, per configurare il reato di bancarotta patrimoniale il comportamento deve essere ingiustificabile sulla base di logiche imprenditoriali e deve essere idoneo a creare un rischio di compromissione della garanzia stessa, in quanto la gestione e l'attività imprenditoriale devono rispettare l'interesse dei creditori a salvaguardare la garanzia e non possono rientrare nell'ambito di quei comportamenti illegali che portano all'incriminazione per dissipazione, occultamento, distruzione e distrazione.²⁰²

Quindi saranno colpevolizzate le scelte che porteranno ad un depauperamento volontario dei beni del patrimonio dell'impresa, sottraendoli dal loro scopo.

Nonostante quanto riportato sopra esistono due interpretazioni opposte per quanto riguarda il reato di bancarotta:

-La prima è quella di estendere il concetto di distrazione per includere il cambiamento di destinazione dei beni in aziendali e di considerare la distrazione come una deviazione dall'oggetto sociale. Questa posizione è per certi versi problematica, in quanto lascia ai giudici penali un'ampia discrezionalità nel valutare se vi sia stata una deviazione dall'oggetto sociale.

²⁰⁰ Cfr. Cass. Sez. V, 30 gennaio 2006 n.233413; Cass. Sez. V, 26 febbraio 1986; Cass. Sez. V, 28 marzo 1985, Passari, in *Giust. Pen.*, 1986, II, 21; Cass. Sez. V, 18 novembre 1983, Bandini, in *Fall.*, 1984, 1029; Cass. Sez. V, 10 febbraio 1978, Altomare, in *Giust. Pen.*, 1979, II, 658.

²⁰¹ Cfr. Cass. Sez. V, 23 marzo 1999, p.m. in proc. Olivieri, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784; Cass. Sez. V, 8 agosto 1998, Fabbri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 578.

²⁰² R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta*, cit.pag. 78.

-La seconda, che ha ricevuto pareri positivi anche in giurisprudenza, sostiene la necessità di combinare la condotta distrattiva con prove oggettive e di limitare la discrezionalità dei giudici penali.

L'elemento caratteristico è definito come un'asimmetria negli aspetti specifici delle considerazioni che compongono l'atto contrattuale e varia a seconda del tipo di atto. Infatti, non vi è alcun problema per quanto riguarda gli atti senza corrispettivo, tuttavia, sorgono difficoltà per quanto riguarda quelli a titolo oneroso che comportano valutazioni per il trasferimento di beni, in quanto la ragionevolezza del corrispettivo per i beni trasferiti deve essere attentamente valutata.

Pertanto, qualsiasi operazione in cui i beni vengono trasferiti dal patrimonio dell'imprenditore per un corrispettivo insufficiente o nullo con l'intento di aggravare la situazione di insolvenza dello stesso e di compromettere la sua capacità di salvaguardare gli interessi dei creditori dovrebbe essere considerata una distrazione.²⁰³

Quanto all'accertamento giudiziale della bancarotta, la giurisprudenza²⁰⁴ pone maggior risalto al meccanismo della prova indiziaria dell'articolo 192 del Codice di procedura penale.

Per quanto riguarda il caso molto complesso e complicato del cosiddetto deficit ingiustificato, viene prestata particolare attenzione ai metodi e alle tecniche specifiche per stabilire l'esistenza di una distrazione.²⁰⁵

Se, dopo la dichiarazione di fallimento, il fallito non trova la disponibilità dei beni di cui aveva il possesso precedentemente, sorgono problemi nel determinare i criteri per concludere se lo stesso abbia commesso il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La giurisprudenza ha con più pronunce²⁰⁶ stabilito che: "La responsabilità per il delitto di bancarotta per distrazione, ascrivibile all'imprenditore fallito, richiede l'accertamento della previa disponibilità, da parte di quest'ultimo, dei beni dell'impresa, accertamento che non è condizionato da alcun onere di dimostrazione in capo al fallito né da alcuna presunzione, con la conseguenza che il giudice, ancorché le scritture di impresa costituiscano prova, ex art. 2710 cod. civ., nei

²⁰³F. Antolisei, *Manuale*, cit. pag.61.

²⁰⁴ Cassazione penale sez. V, 10/12/2018, n.6548

²⁰⁵ V. Cass. Pen. sez. V, 3 aprile 2001, n. 13169.

²⁰⁶ Cass. pen., n. 40726/2006; Cass. pen., n. 22787/2010; Cass. pen., n. 35882/2010; Cass. pen., n. 7588/2011; Cass. pen., n. 52219/2014.

riguardi dell'imprenditore, deve valutare, anche nel silenzio del fallito, l'attendibilità dell'annotazione contabile e dare congrua motivazione ove questa non sia apprezzabile per l'intrinseco dato oggettivo".

In particolare si è precisato che "Ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta per distrazione (art. 216, comma primo, n. 1 L.F.) è necessario che siano sottratti alla garanzia dei creditori cespiti attivi effettivi e, pertanto, sicuramente esistenti.

Ne consegue che, se detta esistenza è dubbia, in quanto attestata solo da documenti contabili fittizi effettuati per occultare lo stato di decozione o per altre ragioni, non può ritenersi integrata la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 216, comma primo, n. 1 L.F."²⁰⁷

Per quanto riguarda le modalità di accertamento del reato in questione, occorre distinguere due casi:

- 1) quando esiste una prova certa e diretta della sottrazione del bene identificati;
- 2) quando non esiste una prova diretta della sottrazione e viene dimostrata solo l'esistenza di un deficit.

Per quanto riguarda quest'ultimo caso è stato esattamente sostenuto che:

“La prova dei fatti di distrazione, integranti il reato di bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.), richiede che si accertino e si indichino i beni non rinvenuti all'atto del fallimento o di cui si ignori la destinazione; pertanto, essa non può essere desunta dall'accertamento del passivo, giacché, in tal caso, il reato di bancarotta fraudolenta sarebbe ravvisabile in ogni ipotesi di fallimento”²⁰⁸....”non è consentito al giudice trarre il proprio convincimento dalla sola presenza di un disavanzo in un dato momento dell'esistenza dell'azienda successivamente fallita, in ordine all'avvenuta consumazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, occorrendo, invece, accertare che l'eccedenza passiva costituisca la conseguenza del venir meno di beni determinati, dei quali sia nota l'esistenza in un momento anteriore alla formazione del deficit”²⁰⁹.

In definitiva, la differenza tra attivo e passivo deve essere considerata insufficiente a stabilire l'esistenza della distrazione, dovendosi dimostrare che il deficit è stato causato dalla perdita di alcuni beni che erano prima presenti.

²⁰⁷ Cass. pen., n. 3615/2006.

²⁰⁸ Cass. pen., n. 42382/2004.

²⁰⁹ Cass. pen., n. 39942/2008.

Sembra necessario ribadire che il concetto di deficit imprenditoriale non giustificato che può avere rilevanza penale in una bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione non ha alcuna attinenza con la differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare.

Infatti, il passivo dell'insolvenza può consistere in debiti che non sono causati dall'evento criminale rilevante della diminuzione dell'attivo.

Al contrario, il deficit ingiustificato a cui si riferisce la giurisprudenza consiste solo nell'accumulo di beni la cui esistenza e successiva scomparsa può essere dimostrata in modo affidabile.

Inoltre, il reato sussiste anche quando vi è una differenza significativa tra le attività e una parte delle passività che non è pienamente giustificata o non è giustificata dalle esigenze finanziarie dell'impresa, in questi casi si attribuisce importanza penale non alla differenza tra attivo e passivo, ma alla differenza tra ciò che è disponibile e ciò che sarebbe stato se tutte le altre risorse attive dell'impresa fossero state legittimamente disponibili.

Ciò che conta in questo caso è l'entità dell'importo ingiustificato dell'insieme dei debiti, che in realtà rappresenta un'attività del patrimonio esclusa dalla massa attiva. In sostanza, ciò che non può essere ragionevolmente contabilizzato nel bilancio della massa fallimentare e dell'attivo viene attribuito all'imprenditore come ricchezza sottratta.

In questo caso, se i libri contabili della società sono mancanti, incompleti o falsificati, il pubblico ministero può, ad esempio, ottenere le fatture dei fornitori e/o i documenti di trasporto pertinenti o fare riferimento alle conseguenze del regime del debito cristallizzato nelle procedure di insolvenza.

La giurisprudenza, sia in relazione ai benefici che ai reati, ha sempre sostenuto che, una volta che è ragionevolmente certo che un bene è entrato nel patrimonio del fallito, si ritiene che sia stato sottratto in mancanza della prova di uno scopo legittimo da parte del curatore.

Pertanto, per accertare il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione è necessario dimostrare che i beni presumibilmente sottratti siano entrati nelle mani dell'amministratore e solo allora, se l'autore del reato non dimostra con ragionevoli

argomentazioni di averli utilizzati legittimamente, può configurarsi il reato di bancarotta per distrazione.

3.2 Le operazioni infragruppo

La questione della condotta distrattiva nelle "transazioni infragruppo" è particolarmente importante in relazione ai casi in cui un amministratore di una società appartenente a un gruppo commette il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale disponendo di beni a favore di un'altra società appartenente allo stesso, eludendo così gli interessi patrimoniali dei creditori della "società sacrificata".²¹⁰

La condotta distrattiva nelle transazioni infragruppo può verificarsi quando una società si trova in gravi difficoltà o in stato di insolvenza²¹¹, sia attraverso la distrazione di fondi o beni, sia attraverso atti di cessione di beni privi di adeguato corrispettivo.

Secondo la giurisprudenza²¹² si stabilisce "che non può in alcun modo escludersi la configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione nel caso di trasferimento ingiustificato di beni da una società in stato di insolvenza ad altra società del medesimo gruppo che si trovi in difficoltà economiche".

I giudici della Suprema Corte²¹³ hanno stabilito che "qualunque trasferimento di capitali o di attività in genere da una società ad un'altra, effettuato senza adeguata contropartita e quando quella che viene depauperata sia in stato di dissesto, costituisce distrazione di attivo, configurabile come bancarotta fraudolenta, in quanto si risolve in un danno alla massa dei creditori della società dissestata all'atto del fallimento della stessa, ciò a prescindere dalla data di costituzione della società verso cui si è verificato l'afflusso dei capitali in parola e delle finalità per cui le medesime risultano essere state costituite, e fatte salve in ogni caso le azioni civili esperibili per il recupero alla massa delle attività distratte ai suoi danni e integra la distrazione rilevante ex. art. 216 e 223, 1° comma, l. fall. (bancarotta fraudolenta impropria) la condotta di colui che trasferisca, senza alcuna contropartita

²¹⁰ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta*, cit., pag. 80.

²¹¹ Cfr. Cass. Sez. V, 7 giugno 2011, Bianchi, CED 250492; Cass. Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, Bossio, CED 245136; Cass. Sez. V, 14 maggio 1993, p.m. in proc. Raimondo, cit.

²¹² V. Cass. Sez. V, 4 dicembre 2007, Spedicati, CED 238237.

²¹³ V. Cass. Sez. V, 13 marzo 1967, Tavazzani, in *Giust. Pen.*, 1968, II, 88.

economica, beni di una società in difficoltà economiche ,di cui sia socio ed effettivo gestore, ad altra del medesimo gruppo in analoghe difficoltà, considerato che, in tal caso, nessuna prognosi positiva è possibile e che, pur a seguito dell'introduzione nel vigente ordinamento dell'art. 2634, 3° comma, c.c., la presenza di un gruppo societario non legittima perciò solo qualsivoglia condotta di asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, dovendosi, per contro, ritenere che l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società imponga all'amministrazione di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sia preposto e, pertanto, di non sacrificarne l'interesse in nome di un diverso interesse, ancorché riconducibile a quello di chi sia collocato al vertice del gruppo, che non procurerebbe alcun effetto a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito".²¹⁴

La giurisprudenza²¹⁵ sostiene inoltre che il fenomeno del gruppo è di natura puramente economica e deve rispettare il principio dell'autonoma personalità giuridica delle imprese associate.

Pertanto, transazioni come prestiti o finanziamenti senza corrispettivo o con corrispettivo insufficiente, in cui il credito viene erogato senza interessi o a tassi di interesse molto inferiori alla media di mercato, possono essere considerate bancarotta fraudolenta patrimoniale.²¹⁶

Un'altra questione importante è l'assunzione di prestiti ad alto costo in cambio di un corrispettivo, di tassi di interesse o di garanzie eccessive, che compromettono le attività sottostanti e portano alla bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione.

²¹⁴ Cfr. Cass. Sez. V, 8 novembre 2007, n. 7326; cfr. Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, afferma come: "in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate occorre tenere conto del rapporto di gruppo, restando escluso il reato se, con valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, si da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società".

²¹⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 10 febbraio 2010, Beelli, CED 24741; Cass. Sez. V, 29 dicembre 1999, Magliano, in *Dir. prat. Soc.*, 4/2000, 87; Cass. Sez. V, 18 luglio 1999, Ceccherini, in *Dir. prat. Soc.*, 18/1999, 93; Cass. Sez. V, 18 marzo 1996, Cozzi, in *Cass. Pen.*, 1997, 2234; Cass. Sez. V, 10 gennaio 1996, Napoleone, *ivi*, 1997, 218; Cass. Sez. V, 4 maggio 1995, Degli Antoni, *ivi*, 1997, 218; Cass. Sez. V, 21 ottobre 1985, Bedeschi, *ivi*, 1987, 82.

²¹⁶ Cfr. Cass. Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 20039, Turchi, CED 255646; Cass. Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, Tassan Din, cit.

Una sentenza della Suprema Corte²¹⁷ ha stabilito che “integra l’ipotesi di causazione dolosa del fallimento di cui all’art. 223, 2° comma, n. 2, l’assunzione di obblighi gravanti sul patrimonio delle società e più specificamente il rilascio di garanzie, nella specie, una fideiussione bancaria, a favore di altre società del gruppo di cui sia noto lo stato di difficoltà, per importi esorbitanti dalla capienza del patrimonio della società garante con ciò determinandone il fallimento”.

A questo proposito, prestare fideiussioni per conto di società appartenenti a un gruppo, quando questo costituisce un depauperamento del patrimonio, non fornisce alcun beneficio e non ha nemmeno un prezzo di vendita ingiustificato²¹⁸, avrà l’effetto di consolidare il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Allo stesso modo, nel caso di una fusione di società, in cui una società ha un patrimonio significativo e l’altra si trova in difficoltà finanziarie, il patrimonio dei creditori della prima società sarà ridotto a beneficio di quelli della seconda²¹⁹.

In altre parole, quando il denaro viene prelevato da una società per aumentare il capitale di un’altra, il trasferimento di beni da una società all’altra è una distrazione. La possibilità di ottenere un “beneficio equivalente alla spesa” sul patrimonio dell’imprenditore nel suo complesso è una misura ammessa e, a questo proposito, la giurisprudenza ha affermato quanto segue “in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, deve ricomprendersi fra le operazioni distrattive anche l’utilizzazione di somme disponibili per effetto di un’apertura di credito ottenuta da un istituto bancario per le finalità aziendali, che invece vengano destinate a scopo diverso e distolte dal patrimonio della impresa senza corrispettivo”²²⁰.

Questa decisione segue una precedente decisione della Corte Suprema²²¹ che afferma che “in tema di reati fallimentari, integra la distrazione rilevante ai fini della bancarotta fraudolenta patrimoniale, il trasferimento di risorse infragruppo,

²¹⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11019, Pollice; nello stesso senso Cass. Sez. V, 16 aprile 2013 n. 32647, Quiriconi e altro, CED 256779; Cass. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, cit.; Cass. Sez. V, 24 maggio 1984, Pompeo, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 274.

²¹⁸ V. Cass. Sez. V, 10 gennaio 1996, Napoleone, cit.

²¹⁹ G. Cocco, *I confini tra le condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all’interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, pag 1021.

²²⁰ V. Cass. Sez. V, 14 Maggio 1976, Hossmann, in *Cass. Pen.*, 1978, 209.

²²¹ V. Cass. Sez. V, 4 giugno 2010, n. 21251; nel caso in specie le somme prelevate, senza contropartita alcuna, erano state utilizzate con lo scopo di sanare i debiti di un’altra società facente parte dell’aggregato.

ossia tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, effettuato, senza alcuna contropartita economica, da società che versino in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società economiche, posto che, in tal caso nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita”.

Gli interessi di gruppo sono visti dalla dottrina come uno strumento di determinazione del "corrispettivo" delle transazioni infragruppo che elimina l'esistenza di fatti tipici del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale²²², per cui l'obbligo della giustificazione ricade sull'accusa, che deve dimostrare il depauperamento di tali transazioni e trovare un interesse per i creditori della società danneggiata così da presentare una “adeguata contropartita in utilità patrimonialmente tangibili assicurate dall'appartenenza al gruppo oppure in quanto risulti bilanciato da apposite compensazioni”.²²³

L'interesse di gruppo è un concetto che mira a giustificare tutte le azioni di gestione svolte all'interno dello stesso, con l'obiettivo di generare profitti positivi rispetto alle società appartenenti allo stesso.

In questo frangente, non può non menzionarsi l'articolo 2634 del Codice civile relativo al delitto di infedeltà patrimoniale. La disposizione sanziona amministratori, direttori generali o liquidatori che, avendo un interesse in conflitto con quello delle società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale”. Al 3° comma si afferma che “non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”.

Si tratta della c.d. clausola dei vantaggi compensativi della cui applicazione in relazione alla bancarotta infragruppo si è in passato discusso.

Invero, la giurisprudenza²²⁴ si è inizialmente opposta all'applicazione di queste disposizioni ai reati fallimentari, sulla base del fatto che la teoria dei vantaggi compensativi non fosse applicabile al di fuori dell'articolo 2634 del Codice civile.

²²² V. Sez. V, 4 giugno 2010, n. 36595.

²²³ R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta*, cit., pag. 84.

²²⁴ Cfr. Cass. Sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in Cass. Pen., 2004, 2142; Cass. Sez. V, 5 giugno 2003, Longo, 528; Cass. Sez. V, 18 novembre 2004, Giammarino, cit.

La Corte Suprema ha affermato che il diritto societario proteggeva tutti gli azionisti da condotte pregiudizievoli da parte di amministratori "disonesti", mentre il diritto fallimentare tutelava i creditori da comportamenti che li esponessero a tali azioni pericolose.

La Cassazione ha cambiato direzione stabilendo che le disposizioni dell'art. 2634 c.c. possono applicarsi anche ai reati fallimentari e, quindi, non solo alla bancarotta da reato societario, ma anche all'ipotesi di operazione distrattiva infragruppo²²⁵.

In seguito la giurisprudenza²²⁶ ha dichiarato che: "in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate occorre tenere conto del rapporto di gruppo, restando escluso il reato se, con valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare gli effetti immediatamente negativi, così da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società e integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione l'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo, ancorché effettuata a favore di società del medesimo gruppo, qualora ipotizzati benefici indiretti della fallita non risultino effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo e non siano idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta".²²⁷

4 La sentenza sul caso "Alitalia"

L'obbligo dei datori di lavoro di adottare misure per prevenire il collasso della loro azienda è un obbligo legale ed è pienamente coerente con la visione di solidarietà delle attività imprenditoriali, una visione che è coerente con le direttive costituzionali.

²²⁵ V. Cass. Sez. V, 5 giugno 2013, Bellemans, CED 257562, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2014, 43

²²⁶ Cfr. Cass. Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, Bevilacqua, CED 234606, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2007, 1007; Cass. Sez. V, 12 gennaio 2016, Falciola, CED 267883, nel caso in specie la Corte ha ritenuto che la sentenza fosse viziata in quanto avesse escluso la sussistenza di vantaggi compensativi in un trasferimento di risorse dalla controllante, poi fallita, ad un'altra società dell'aggregato, in cui l'87% del capitale sociale era di proprietà della fallita, possibile in virtù dei regimi fiscali di cui godeva la controllata in base al Paese straniero in cui aveva sede.

²²⁷ V. Cass. Sez. V, 25 ottobre 2008, n. 41293, Mosca.

Sulla base della stessa, è certo che l'imprenditore non è il padrone assoluto dell'azienda, anche se non è ridotto a un mero "gestore" dell'impresa.

Il livello di "condannabilità" per i comportamenti dissipativi, come lo spreco, l'incoerenza con gli obiettivi aziendali è molto alto e pertanto, gli imprenditori non dovrebbero basare la loro gestione su un irresponsabile *laissez-faire*, che potrebbe portare a una crisi del settore produttivo, e se lo fanno, sono tenuti a rispondere in caso di fallimento.

Non è facile individuare il confine tra attività caratterizzate dall'assunzione di rischi calcolati e ragionevoli, per quanto elevati (pienamente "protetti" dalle suddette regole di decisione aziendale), e azioni attive che conducono alla dissipazione del patrimonio aziendale.

La "dissipazione omissiva", invece, è caratterizzata dall'omissione (per un lungo periodo di tempo) di chi avrebbe dovuto agire, e provoca un oggettivo danno economico alla struttura aziendale e successivamente conduce al fallimento.

La decisione sulla conclusione del caso Alitalia²²⁸ contiene più di uno spunto di riflessione utile ai nostri fini. Cerchiamo pertanto di ricostruire innanzi tutto la vicenda oggetto di giudizio e, successivamente, di esaminare le questioni giuridiche di nostro interesse.

Il 5 settembre 2008 il Tribunale di Roma ha dichiarato il fallimento di Alitalia e il 29 agosto dello stesso anno la compagnia è stata posta in amministrazione straordinaria con il decreto 134 del 28 agosto 2008 (modificato dal decreto 166 del 27 ottobre 2008), che contiene disposizioni eccezionali per la ristrutturazione di grandi imprese in crisi.

Sono stati avviati procedimenti penali contro i dirigenti della compagnia aerea in relazione a vari reati, in particolare la bancarotta fraudolenta per dissipazione e distrazione nonché per aggio.

La sentenza è significativa, innanzitutto, per la sua adesione all'orientamento uniforme della giurisprudenza di legittimità in materia di bancarotta prefallimentare che ritiene, pur senza affermarlo esplicitamente, che la dichiarazione di insolvenza

²²⁸ Trib. Roma, sezione VI, 28 settembre 2015 n. 14243.

(in questo caso, la dichiarazione di stato di insolvenza) sia una condizione obiettiva di punibilità.²²⁹

È stato a lungo accettato in dottrina²³⁰ che la dichiarazione di fallimento sia una condizione obiettiva di punibilità rispetto al reato di bancarotta ma la giurisprudenza non condivide tale opinione e, anche in tempi odierni, sostiene un orientamento risalente al 1958 che ritiene che la dichiarazione di fallimento non sia altro che una condizione di esistenza del reato di bancarotta.

Infatti, le Sezioni Unite ritenevano (per la precisione nel 1958²³¹) che, sebbene la condizione obiettiva di punibilità presupponga un reato oggettivamente e soggettivamente compiuto, la condizione di esistenza è inerente alla struttura del reato ed è così strettamente connessa ad esso da conferire rilevanza penale ad eventi estranei al reato e ne stabilisce il momento del compimento.

Le seguenti sentenze dello stesso indirizzo²³² hanno pedissequamente e continuamente ripetuto la tesi in base alla quale la dichiarazione di fallimento sarebbe un elemento costitutivo del reato e non una condizione obiettiva di punibilità poiché l'illecito penale si completa in tutti i suoi elementi solo quando il soggetto, che ha precedentemente commesso il fatto di aver sottratto i beni aziendali, viene dichiarato fallito.

Come abbiamo visto, quindi, queste sentenze hanno seguito i loro "antenati" degli anni Cinquanta, abbandonando la categoria logica delle "condizioni di esistenza" e tornando al concetto più forte di elementi costitutivi, negando con veemenza che la dichiarazione di fallimento sia una condizione obiettiva di punibilità.

²²⁹ Al proposito è inevitabile rilevare come la contestazione del *tempus delicti* operata dalla Procura e avallata nella fase di merito sia errata, in quanto essa è stata fatta coincidere, invece che con la ricordata dichiarazione dello stato di insolvenza, con l'epoca delle varie condotte.

²³⁰ G. Delitala, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, Roma, 1935, pag 284; P. Nuvolone, *Il Diritto Penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., pag 50; L. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, pag 30; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, leggi complementari: i reati fallimentari, societari e bancari*, cit., pag , 30; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pag. 730; M. Carreri, *Nuova prospettazione di una vecchia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta*, in Cass. pen., 1991, 850; M. Monica, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, pag. 230; C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., pag, 16; G. Marinucci, E. Dolcini, *Codice penale commentato*, vol. 3, Padova, 2015, pag .751; C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, cit., pag 22.

²³¹ Sentenza depositata 25 gennaio 1958, ric. Mezzo.

²³² Cass., Sez. I, 22 gennaio 2007, Iacobucci, in Mass. Uff., n. 235793; Cass., Sez. I, 5 novembre 1992, confl. Comp. in proc. Genghini, in Mass. Uff., n. 192323; Cass., Sez. V, 15 gennaio 1990, Sargenti, in Mass. Uff., n. 183026; Cass., Sez. V, 9 giugno, 1987, Piromallo, in Mass. Uff., n. 176143.

La logica conseguenza di questo approccio è la discussa sentenza “Corvetta”, secondo cui, se l’insolvenza che porta al fallimento è considerata un elemento essenziale del reato che vede collegato agli atti dell'autore e ulteriormente confermato dall'elemento soggettivo del dolo.

Tuttavia, gli indizi di un cambiamento di direzione erano nell’aria poiché è stato effettuato un cambio di considerazione della struttura e della natura della condotta della bancarotta prefallimentare visto la separazione dei beni del patrimonio è incriminata non solo se l’agente non è consapevole dello stato di insolvenza dell’impresa ma anche se questo non si era manifestato e neanche era possibile prevederlo.²³³

E infatti nel 2016 la Sezioni Unite ha colto l'occasione per chiarire che, come è noto (contrariamente a quanto affermato dalla sentenza “Corvetta”), per la fondatezza della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra l'evento di distrazione e la successiva insolvenza,²³⁴ essendo sufficiente che venga provocato l'impoverimento della società impiegando il capitale a scopi diversa da quelli della sua attività e quindi inoltre che gli atti di distrazione sono rilevanti in qualsiasi momento successivo alla dichiarazione di fallimento e anche se sono stati commessi quando la società non era ancora fallita.

²³³ Cass, Sez.V,2dicembre2011, n.251214.

²³⁴ Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, Passarelli e altro, in Mass. Uff., n. 266807. In dottrina vedasi, tra le altre G.Dell’ Osoos, *Rien ne va plus: le Sezioni Unite confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali*, Riv.Ita in Giur. Comm., 2016, fasc. 6, parte 2, 1204; A. Caraccioli, *Il "disallineamento" tra falso in bilancio "valutativo" e nuove dichiarazioni tributarie punibili*, in Riv. dir. tribut., 2016 fasc. 5, parte 3, 79; S. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi*, in Dir. pen. cont., Rivista on line, 2016, fasc. 13, luglio 2016; M. Piva, *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in Riv.Ita Corr. Trib., 2006, fasc. 29, 2252; A. Rossi, *La rilevanza penale del falso valutativo: la motivazione "di conferma" delle Sezioni Unite*, Riv.Ita in Giur. it., 2016, fasc. 8-9, 2007; S. Cincotti, *La rilevanza penale del falso valutativo tra contabilità, valutazioni e stime: Sez. Unite Sentenza 22474 del 27/05/2016*, Riv. Ita in Giur. Comm., 2016, fasc. 6, parte 2, 1215; L. Bricchetti, *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*, Riv.Ita in Guida dir., 2016, fasc. 28, 48; P. D’Alessandro, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, in Cass. Pen., 2016, 2790; A. Alessandri *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 1463; A. Giusti, *Spunti di diritto comparato in margine al "nuovo" delitto di falso in bilancio*, in Foro it., 2017, fasc. 11, parte 2, 693; L. Scoletta, *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, in Riv.ita Dir. pen. proc., 2017, fasc. 1, pag 35.

Tale tesi può essere giustificata solo se si parte dal presupposto che l'attività di distrazione (o dissipativa) di un imprenditore è sempre e comunque un atto contro la legge e che tale atto non è punibile, in ogni caso, se non venga dichiarato il fallimento poiché sia per ragioni di mera adeguatezza e sia perché la distrazione non possa manifestarsi quando l'impresa è in attivo.

Infine, è stato ampiamente ribadito che il momento della consumazione del reato di bancarotta si determina al verificarsi delle condizioni oggettive di punibilità che sono sanzionate e consistono nella dichiarazione di fallimento e, il luogo di consumazione del reato si determina, funzionalmente alla individuazione della competenza territoriale, nel luogo in cui la dichiarazione viene resa.

Passiamo al diverso profilo della bancarotta per dissipazione del pari affrontato nella sentenza Alitalia ²³⁵.

La Corte di Cassazione, con riguardo alla fattispecie di bancarotta dissipativa, ha sottolineato che "il significato di fondo della regola di valutazione dell'azienda nasce geneticamente dalla sua elaborazione in ambito risarcitorio, che è di diritto civile in generale, e quindi non ne riconosce l'applicazione automatica in relazione alla struttura dell'illecito, che sottolinea come "non si esaurisce nel solo limite della preventiva valutazione della scelta dell'imprenditore, ma presuppone anche la conferma dell'esposizione dei beni".

La *business judgment rule* è un principio di origine americana che stabilisce che le scelte manageriali che spettano al personale dell'azienda, per legge o per atto interno, non possono essere oggetto di controllo da parte dei giudici (compresi gli azionisti).

Dal punto di vista procedurale, si tratta di una vera e propria regola di giudizio nell'ambito del diritto societario, che tende a creare una sorta di presunzione secondo cui, a meno che non si dimostri che il responsabile dell'organizzazione aziendale è venuto meno al suo dovere di diligenza, il suo operato è corretto.

Tale valutazione viene effettuata ex ante secondo i parametri di diligenza del soggetto alla luce dell'art. 2392 c.c., che tiene conto della diligenza dimostrata nel non adottare le cautele, i controlli e le informazioni preventive normalmente

²³⁵ Cassazione Penale, Sez. V, 15 ottobre 2020, n. 7437

richieste per una scelta di questo tipo, e nel valutare preventivamente il margine di rischio connesso all'operazione da compiere.

A questo proposito, la Corte ha sottolineato che, a causa della natura dolosa del reato e delle peculiarità dello stesso, l'applicazione della regola di valutazione aziendale (BJR) è del tutto inopportuna nel caso di condotte dissipative, in quanto non rientra nella struttura normativa.²³⁶

A questo proposito, la BJR funge da limite al controllo che i giudici possono esercitare sull'operato degli amministratori, in quanto questo criterio parte dalla presunzione di buona fede nell'operato degli amministratori, con la conseguenza che le scelte da loro compiute non possono essere messe in discussione, a meno che non siano chiaramente avventate e affrettate sulla base di un giudizio precedente.

In definitiva, l'applicazione di questa regola impedisce ai giudici di esaminare la sostanza delle azioni del management, tuttavia, la decisione su questa sentenza mostra che le azioni penalmente rilevanti nel tema siano incoerenti con gli obiettivi della società, e che le esigenze aziendali consistenti in scelte sono poste in termini di incoerenza relativa con le possibilità finanziarie della società.

In altre parole, l'incoerenza fondamentale delle scelte aziendali nel trovare un'azione adeguata, ragionata alla luce delle dimensioni, della complessità e della situazione finanziaria e commerciale dell'impresa, sono valutate al momento della loro attuazione.

Pertanto, i giudici non sono tenuti a sindacare le decisioni di natura tecnica, economica o finanziaria prese da imprenditori o amministratori, anche se rischiose dal punto di vista economico, poiché possono non essere rilevanti ai fini del reato se sono state prese in un momento in cui non c'erano segnali di crisi.²³⁷

In linea con la giurisprudenza e a sostegno della dottrina, la sentenza Alitalia n. 7437 del 2021 spiega, così come in seguito più dettagliatamente, che la bancarotta dissipativa è caratterizzata, sotto il profilo della condotta, dall'utilizzo dei fondi della società per investimenti e spese del tutto "incompatibili" con le sue esigenze. Per quanto riguarda l'elemento psicologico, l'agente deve essere pienamente consapevole di stare con le proprie azioni depauperando il patrimonio per destinarlo

²³⁶ L. Messori, *La bancarotta per dissipazione nella "vicenda Alitalia"*, in Cass. pen., 10/2016, 3850

²³⁷ M. Sestieri, *La business judgment rule nel diritto penale fallimentare*, in Riv. It. dir. comm., 2/2019, 231.

in tutto o parte a perseguire obiettivi del tutto estranei rispetto alle ragioni per cui l'azienda è stata fondata, agisce e rimane sul mercato.

Si tratta di aver superato i principi del business judgment rule e di una negazione della tesi difensiva secondo cui il giudice penale comprenda la considerazione delle scelte strategiche dell'imprenditore.

Questo perché tali scelte costringono l'imprenditore a correre dei rischi d'impresa, e anche se una o più operazioni finiscono per essere avventate dopo la dichiarazione di fallimento, per quanto grande sia il rischio, ciò non basterà a fondare l'accusa di bancarotta fraudolenta per distrazione e dissipazione.

Tuttavia, di fronte a tali argomentazioni, per la V sezione, non è stato difficile obiettare che, in primo luogo, gli imprenditori hanno il dovere, dal punto di vista del diritto civile, di agire in modo coscienzioso alla diligenza professionale, ai sensi dell'articolo 1176, comma 2, del Codice civile.

In secondo luogo, una cosa è considerare la discrezionalità della scelta dell'imprenditore, non priva di rischi, sulla base di considerazioni tecniche, non pertinenti al giudice penale, e un'altra è valutare l'assoluta esternalità di una azione, di un progetto o di un investimento che non ha alcun legame con gli obiettivi aziendali.²³⁸

A seguito di tali considerazioni è evidente che in questo caso possa non essere applicato il principio sopra menzionato.

5 Profili distintivi tra i reati bancarotta

5.1 La differenza tra la bancarotta fraudolenta per distrazione e dissipazione e la bancarotta semplice: la sentenza n. 47040 del 19 ottobre 2011 della Cassazione

Dalla sentenza in esame viene affermata dalla Cassazione la differenza della bancarotta fraudolenta per dissipazione e per distrazione rispetto alla bancarotta semplice che si evince sotto l'aspetto oggettivo, nel senso che le operazioni in questione, per essere comprese all'interno della fattispecie della bancarotta

²³⁸ E. Barcellona, *Business judgment rule interesse sociale nella crisi*, Milano, 2020 pag.150.

semplice, devono avere almeno una caratteristica di concretezza nella prospettiva delle esigenze dell'impresa.

Invece per l'aspetto soggettivo, la bancarotta fraudolenta richiede comunque la prova del dolo tipico della distrazione o della dissipazione, o meglio della condotta cosciente del fallito di depauperare il patrimonio per motivazioni totalmente estranee all'azienda.

Per comprendere meglio si riportano le parole della Cassazione: “La distinzione fra le due ipotesi criminose appena menzionate è data, come affermato da questa Corte, da elementi di carattere sia oggettivo che soggettivo.

Sotto il primo profilo, le operazioni contestate, per essere ascritte alla fattispecie della bancarotta semplice, devono presentare un minimo carattere di coerenza e razionalità nella prospettiva delle esigenze dell'impresa²³⁹.

Per l'aspetto soggettivo, la configurabilità dell'ipotesi della bancarotta fraudolenta richiede comunque la prova del dolo tipico della distrazione o della dissipazione, ossia della consapevolezza dell'imputato di diminuire il patrimonio per scopi del tutto estranei all'impresa purché la motivazione della sentenza impugnata risulti logicamente carente per entrambi gli aspetti segnalati”²⁴⁰.

5.1.1 Le differenze tra bancarotta per dissipazione e la bancarotta semplice patrimoniale

La condotta di dissipazione, che è disciplinata nell'ambito della bancarotta fraudolenta patrimoniale, si caratterizza per l'irrazionalità rispetto alle finalità dell'impresa.

Un altro aspetto di distinzione riconosciuto dalla giurisprudenza si basa sull'elemento soggettivo, per cui nei casi che non portano alla prova del dolo tipico della dissipazione, il giudice può considerare perfezionata la fattispecie della bancarotta semplice, anche nelle ipotesi di atti che non sono affatto legati alla gestione dell'impresa.

²³⁹ Sez. 5, n. 2876 del 10.6.1889, Vichi, Riv.212608.

²⁴⁰ Sez. 5, n.38835 del 23.10.2002, Galluccio, Riv.225398.

L'articolo 217 n.2 condanna l'imprenditore dichiarato fallito che ha speso una parte significativa del suo patrimonio in operazioni puramente di sorte o manifestamente imprudenti.

Anche questi comportamenti ²⁴¹sono chiaramente correlati con la bancarotta fraudolenta per dissipazione, ma a differenza di esso la giurisprudenza ha stabilito che "la fattispecie di bancarotta fraudolenta per dissipazione si distingue da quella di bancarotta semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranee alla medesima".²⁴²

Le operazioni di pura sorte sono da identificare in attività come il gioco d'azzardo e le lotterie, dove il risultato dipende essenzialmente da colui che non solo è al di fuori del controllo ma è anche imprevedibile.²⁴³

Tuttavia, la giurisprudenza di maggior rilevanza ritiene che il gioco d'azzardo rientri nell'ambito della bancarotta fraudolenta per dissipazione, in quanto si suppone che sia un atto puramente accidentale e quindi "l'esercizio di atti di impresa connotati da errori di valutazione".²⁴⁴

Per quanto riguarda il concetto di operazioni manifestamente imprudenti si riferisce ad attività che provocano pericoli d'impresa in tema di materiali economici e patrimoniali superiori al normale e immediatamente identificabili senza ragionevoli dubbi.²⁴⁵

Le speculazioni di borsa e le iniziative economiche in un periodo particolarmente avverso per il mercato possono rientrare in questa categoria, inoltre è stato riportato che "non ricorre l'ipotesi di bancarotta semplice integrata da operazioni gravemente imprudenti poste in essere dall'imprenditore, ma quella più grave della bancarotta fraudolenta nel caso di sistematica e preordinata vendita sottocosto, o comunque in perdita, di beni aziendali. In verità, anche le operazioni manifestamente imprudenti,

²⁴¹ Cfr. Cass. 3 luglio 2015, n. 45186.

²⁴² Cfr. Cass. 30 ottobre 2019, n. 51242.

²⁴³ A. Alessandri, op. cit., pag. 97, il quale non ritiene le lotterie operazioni né tantomeno investimenti tipici dell'attività d'impresa.

²⁴⁴ Cfr. Cass., 7 marzo 1989, n. 12874.

²⁴⁵ N. Mazzacuva, E. Amati, op. cit., pag. 254.

di cui al n. 3 dell'art. 217 l. fall., devono presentare, in astratto, un elemento di razionalità nell'ottica dell'esigenza dell'impresa, cosicché il risultato negativo sia frutto di un mero e riscontrabile errore di valutazione”²⁴⁶

Continuando : “non ricorre l'ipotesi di bancarotta semplice, di cui all'art. 217, comma 1, n. 2, l.fall., integrata da operazioni di manifesti imprudenza, ma quella più grave di bancarotta fraudolenta, allorché si tratti di operazioni che comportino un notevole impegno sul patrimonio sociale, essendo quasi del tutto inesistente la prospettiva di un vantaggio per la società, mentre le operazioni realizzate con imprudenza costitutive della fattispecie incriminatrice della bancarotta semplice sono quelle il cui successo dipende in tutto o in parte dal rischio o da scelte avventate e tali da rendere palese a prima vista che il rischio affrontato non è proporzionato alle possibilità di successo, fermo restando che, in ogni caso, si tratta pur sempre di comportamenti realizzati nell'interesse dell'impresa”.²⁴⁷

Invece per quanto riguarda la fattispecie del' art 217 al n. 4 i reati di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto e di bancarotta fraudolenta per dissipazione non possono essere riconducibili ai medesimi fatti perché, nel primo caso, l'oggetto della sanzione è l'aggravamento dell' dissesto , che si basa su un semplice ritardo nell'iniziare la procedura di fallimento , mentre nel secondo caso viene imputata l'esistenza di un'operazione non in linea con le esigenze della società che provoca una riduzione del suo patrimonio.²⁴⁸

²⁴⁶ U. Pioletti, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, in *Riv.it. dir. pen. e proc.*, 2018, pag 384.

²⁴⁷ Cfr. Cass., 10 giugno 1998, n. 2876 e, nello stesso senso, anche Cass., 22 febbraio 2005, n. 6462.

²⁴⁸ Cass. Sez.V 20/05 2019, n34812.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale. Vol. IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019.
- ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016.
- ALESSANDRI A., *Reati in materia economica*, Torino, 2017.
- ALLENA.M., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari Vol. II*, Milano, 2018.
- ANTOLISEI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962.
- BOLAFFIO L., *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929.
- BONELLI G., *Del fallimento*, Milano, 1938-1939.
- BOSTICCIO P., *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, in *Riv.it. fallimento e crisi d'impresa*, 2019.
- BRICCHETTI R., *Cass., Sez. Un., 21.1.2011 (dep. 26.5.2011), n. 21039, pres. Cosentino, rel. Milo, ric. P.m. in proc. Loy (unità e pluralità dei reati in materia di bancarotta)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- BRICCHETTI R., *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017.
- CAHAPUT Y, *Les concordats et la fallite*, Parigi ,1985
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale vol. 3*, Milano, 2013.
- CAPPAI F., *Razionalizzato il procedimento giudiziale di accesso ai diversi strumenti regolativi*, in *Il Sole 24 ORE*, 2019.
- CASA F. *Problemi nuovi della "vecchia" legge fallimentare*, Milano.
- CECHELLA.C, *Diritto Fallimentare* ,2015, Roma.
- CHERUBINI G., *Crisi di impresa e insolvenza* ,2019, Milano.

CHIATTURINI.S. *L'evoluzione delle regole in tema di crisi d'impresa, Ruolo e responsabilità dell'attestatore*, 26 ottobre 2012

COCCO G., *Il fallimento*, Padova,1987.

COLLIER W.M., *On bankruptcy 14 vol.*, New York 1979.

CONTI L., *Diritto penale commerciale*, Torino, 1965.

CONTI L., *I reati fallimentari*, Torino, 1991.

CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013.

CORAPI D., *la "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo*, in Riv. Ita in Contratto e impresa, 2021.

D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penale della legge fallimentare*, in CAVALLINI C., *Commentario della legge fallimentare, disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010.

DANOVI A., ACCIARO G., *Il codice per la tutela autonoma allo status di imprenditore in crisi*, nel *Sole 24 ORE*, 2019.

DELLE MONACHE S., *Buon costume e fallimento*, in Riv.Ita Il fallimento, 2021.

DELITALA G., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi Longhi*, Roma, 1935.

DELITALA G., *Studi sulla bancarotta*, Padova, 1935.

DERRIDA F., *Redressement et liquidation judiciaires des Enterprise*, Madrid, 2000.

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

DUBY G., *Una società francese nel Medioevo*, Milano ,1985.

DUPOUY.G., *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Lione, 2012.

Di MARZIO F., *il Fallimento, Storia di un'idea*, Milano,2018.

DI MARZIO F., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,2018, Milano.*

ELGUETA G.R., *L'Esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law-Common Law*, Milano ,2012.

- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 6^a ed., 2009.
- FIORAVANTI M., *la genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, 2014
- GALLUCCIO A., *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”:*
costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta
fraudolenta, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.
- GALLUCCIO A., *Pene accessorie della bancarotta fraudolenta e applicazione*
dell’art. 133 c.p.: la palla passa alle Sezioni Unite, dopo l’intervento della
Consulta, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.
- GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: un*
primo sguardo ai riflessi in ambito penale, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018.
- GAROFOLI R., *Diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2009.
- N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d’impresa*, Giappichelli,
Torino, 2016
- GIANI L., *ragioni storiche e perduranti dubbi circa la fondatezza di alcuni casi*
di esclusione da fallimento e concordato preventivo, 2013
- GIARDA, *I gruppi di società*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e*
processo, Milano, 2002.
- GIORGETTI M., *I “principi” generali del Codice dell’insolvenza*, in *Il Sole 24*
ORE, 2019.
- GIULIANI BALESTRINO U., *Il problema giuridico della condizione di*
punibilità, Padova, 1966.
- GOTTWARD P., *insolvenzrechts-Handbuch*, München 1990.
- GROSSI. P., *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006.
- GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*,
Milano, 2006.
- JONES W.J., *The foundation of English bankruptcy in “Transaction of the*
philosophical Society”, Londra, 1979.
- MONICA M., *Diritto penale commerciale*, vol. I, I reati fallimentari, Milano,
1999.
- MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993.
- LANZI A., *La nuova bancarotta societaria*, in *Il fallimento*, 2002.

- LO CASCIO G. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 2007.
- INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006.
- MALAGNINO F., *La bancarotta propria Elementi e principi generali*, 2014, Bologna.
- MANNA A., *La riforma della bancarotta impropria societaria e i suoi riflessi sui reati di bancarotta*, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017.
- MANGANO R., *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.
- MANGIONE, A. *La bancarotta fraudolenta impropria*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, GIARDA e SEMINARA (a cura di), Padova, 2002.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, II ed., Padova, 1988.
- MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012.
- MARINI C., *La Bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Reati in materia economica*, Torino, 2017.
- MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018.
- MINNITI G., *La "nuova" responsabilità*, Roma, 2010.
- MOSCATI L., *Lo statuto di Anna e le origini del copyright*, Milano, 2007.
- MUCCIARELLI F., *L'esonazione dai reati di bancarotta* in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- MUSCO E., ARDITO F., *Diritto penale fallimentare*, Torino, 2018.
- MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *Atti del Convegno in ricordo Pietro Nuvolone*, Milano, 1987.
- NICOLINI A., *Codificato il principio di responsabilizzazione dell'azione dell'imprenditore*, in *Il Sole 24 ORE*, 2019.
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2010.
- NIUTTA.V., *La novella del Codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 575 ss.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

NUVOLONE P., *Reati in materia di fallimento*, *Enc. Dir.*, XVI, 481, ID, *Limiti penali del diritto di proprietà in funzione della tutela dei creditori*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, 1969.

PADOVANI T., *Leggi penali complementari*, Milano, 2007.

PALICI.E., *le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, Padova 2001

PALUCHOWSKI A., *Una nuova concezione di gestore (e controllore) dell'impresa*, in *Il Sole 24 ORE*, 2019.

PANZANI L., *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale*, nel *Sole 24 ORE*, 2019.

PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.

PAGLIARO A., *Problemi attuali del diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. Pen. Econ.*, 198

PEDRAZZI C., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2000.

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

PERDONO'L., *Ricorsi per ammissione al passivo di crediti simulati e distrazione*, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2016.

PISA P., *Ipotesi di responsabilità anomala*, in GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2017.

PISANI A., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010.

PISTORELLI *Parametri oggettivi d'imputazione all'ente della responsabilità per il reato di aggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4

PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953.

PUNZO C., *Responsabilità di terzi per sottrazione, distrazione, ricettazione e dissimulazione dei beni del fallito*, Milano, 1995.

QUARTU.C., *Dizionario dei sinonimi e dei contrari*, Milano 1986.

RAMACCI L., *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971.

ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1917.

- ROMANO S., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2004.
- ROSSI A., *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”:* peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- SANDRELLI G., *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Milano, 1990.
- SANTINELLI I., *Riforma della crisi d’impresa. Le misure premiali per i reati fallimentari nel penalista*, 2018
- SANTORIELLO C., *D.lgs. 14/19. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d’impresa, nel Penalista*.
- SANTORIELLO C., *I reati di bancarotta*, Torino, 2000.
- SANTORIELLO C., *Le disposizioni penali nel codice della crisi in fallimento e crisi d’impresa*, 2019.
- SPUFFORD, P., *il mercante del medioevo*, Milano, 2005
- TOGNAZZI. M., *Accordi di ristrutturazione semplificati e potenziati nell’ aspetto negoziale*, sole 24 ore 2019
- TORREMANS P., *Global Copyright* ,2010, Parigi,
- TURI.F, *il progresso magazine, in riv. ita. il fallito nel corso dei secoli*, 2019
- TOGNACCI M., *Accordi di ristrutturazione semplificati e potenziati nell’aspetto negoziale*, in *Il Sole 24 ORE*, 2019.
- VASELLI. M., *Debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte di Cassazione, Sez. unite, 25 gennaio 1958, n 2, “Sentenza Mezzo”.

Corte di Cassazione, Sez V, 20 marzo 1968, n. 263

Corte di Cassazione, Sez. V, 22 giugno 1971, n. 894 162.

Corte di Cassazione, Sez. V ,16/07/1981, n.4380.

Corte di Cassazione, Sez. V, 10 maggio 1983 n. 7178.

Corte di Cassazione, Sez V, 11 marzo 1996, n 1222.

Corte di Cassazione, Sez. V, 24 ottobre 1988, n. 2342.

Corte di Cassazione, Sez. V,7 marzo 1989, n. 12874.

Corte di Cassazione, Sez. I ,05/11/1992 n.11978.

Corte di Cassazione Sez. VI, del 10 marzo 1995 n. 4172.

Corte di Cassazione, Sez. V,25 gennaio 1996, n. 24.

Corte di Cassazione, Sez. V,10 giugno 1998, n. 2876.

Corte di Cassazione, Sez V, 18 marzo 1999 n.3552.

Corte di Cassazione, Sez.V, 22 marzo 1999 n.7814.

Corte di Cassazione, Sez. V,27 aprile 2001, n. 17049.

Corte di Cassazione, Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835.

Corte di Cassazione, Sez. V,4 giugno 2003, n. 24231.

Corte di Cassazione, Sez. V, 5 giugno 2003, n. 528.

Corte di Cassazione, Sez. V, 4 maggio 2004, n. 23796.

Corte di Cassazione, Sez. V, 14 ottobre 2005 n. 37459.

Corte di Cassazione, Sez V,15 dicembre 2005, n. 4015.

Corte di Cassazione, Sez. V,22 febbraio 2005, n. 6462.

Corte di Cassazione, Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11019.

Corte di Cassazione, Sez. V, 25 ottobre 2008 931.

Corte di Cassazione, Sez. V, 5 marzo 2008 n.14522.

Corte di Cassazione, Sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8829.

Corte di Cassazione, Sez. V, 4 giugno 2010, n. 21251.

Corte di Cassazione, Sez. V, del 26 settembre 2011 n, 44933.

Corte di Cassazione, Sez. V, 19 ottobre 2011 n.563.

Corte di Cassazione, Sez.V,2dicembre2011, n.251214

Corte di Cassazione, Sez. V, 28 gennaio 2011, n. 3115.

Corte di Cassazione, Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15062.

Corte di Cassazione, Sez. V, 6 dicembre 2012, n. 253493

Corte di Cassazione, Sez. V,25 settembre 2013, n. 434144.

Corte di Cassazione, Sez. V, 5 giugno 2013 n 43.

Corte di Cassazione, Sez. V, 17 settembre 2014, n. 5317.

Corte di Cassazione, Sez. V, 19 marzo 2014, n. 26548.

Corte di Cassazione, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 48739.

Corte di Cassazione, Sez. V,9 giugno 2015, n. 35716.

Corte di Cassazione, Sez. V,3 luglio 2015, n. 45186.

Sentenza del Trib.Roma, Sez. VI, 4 luglio del 2015 n. 14243.

Corte di Cassazione, Sez. V,15 luglio 2015, n. 38077.

Corte di Cassazione, Sez. V, 29 gennaio 2016, n. 20695.

Corte di Cassazione, Sez. V,11 aprile 2016, n. 2362.

Corte di Cassazione, Sez.V,13 giugno 2016, n. 38302.

Corte di Cassazione, Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764.

Corte di Cassazione, Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910.

Corte di Cassazione, Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396.

Corte di Cassazione, Sez. I, 6 luglio 2017, n. 52613.

Corte di Cassazione, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 43101.

Corte di Cassazione, Sez. V, 19 luglio 2017, n. 56315.

Corte di Cassazione, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400.

Corte di Cassazione, Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53184.

Corte di Cassazione, Sez. I, 17 ottobre 2017, n. 41937.

Corte di Cassazione, Sez. V, 16 novembre 2017, n. 52433.

Corte di Cassazione, Sez. V, 6 marzo 2018, n. 31997.

Corte di Cassazione, Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 56458.

Corte di Cassazione, Sez. V, 18 maggio 2018, n. 40477.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910.

Corte di Cassazione, Sez. V, 30 ottobre 2019, n. 51242.

Corte di Cassazione, Sez. V, 20 maggio 2019, n. 34812.

Corte di Cassazione, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 15061.

Corte di Cassazione, Sez. V, 15 ottobre 2020, n. 743.

Corte di Cassazione, Sez. V, 9 giugno 2021, n. 22765.

Corte di Cassazione, Sez. V, 23 ottobre 2022, n. 225398.