

FOCUS

*Diritto Penale e
Nuovo Codice
della Crisi
d'Impresa*

fornarieassociati.com

Milano • Roma

marzo 2020

DIRITTO PENALE E NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

La crisi di oggi è quella sanitaria, ma la crisi di domani sarà quella economica. Una crisi che le imprese si troveranno ad affrontare con un armamentario giuridico del tutto inedito: quello contenuto nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14).

Il Codice – un decreto legislativo promanante da una legge delega finalizzata a condensare in un unico *corpus* normativo le prescrizioni inerenti a profili patologici dell'attività di impresa quali lo stato di crisi e l'insolvenza – entrerà in vigore il 15 agosto 2020, fatte salve singole disposizioni residuali attualmente già in vigore.

Concepito sulla scorta di una ben precisa *ratio legis* – quella di sostituire la tradizionale espulsione dal mercato dell'impresa insolvente e dichiarata fallita con procedure preventive e conservative volte a garantire la permanenza nel circuito economico delle strutture produttive di cui sia predicabile la continuità aziendale – il Codice rischia oggi di tramutarsi in un'arma a doppio taglio: i primi segnali di allarme sorgono dalle associazioni di categoria, le quali intravedono nella rigida applicazione delle disposizioni del testo di legge l'eventualità di una possibile confusione tra lo stato patologico di crisi dell'impresa e lo stato di deterioramento economico che discenderà – in via ormai pressoché fisiologica – dall'emergenza sanitaria in corso.

Proprio in questo senso, con decreto legge n. 9/2020 (*"Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"*), il Governo italiano ha recentemente disposto la posticipazione al 15 febbraio 2021 dell'entrata in vigore degli artt. 14 c. 2 e 15 del Codice, recanti la disciplina delle segnalazioni a cui saranno obbligati sindaci e revisori a fronte di imprese che presentano situazioni di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario e la disciplina delle segnalazioni a cui saranno obbligati i creditori pubblici a fronte di imprese con eccessivi debiti erariali scaduti.

Non così per la restante – e centrale – parte del Codice, che continua a costituire l'orizzonte normativo prospettico con cui le imprese dovranno confrontarsi ad emergenza – auspicabilmente – rientrata.

Il contributo affronta i principali profili penalistici connessi al Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza.

I. MODIFICHE LESSICALI E APPARENTI FENOMENI ABROGATIVI.

Coerentemente con la *ratio* ispiratrice del Codice, già più sopra richiamata, il legislatore ha inteso rimuovere dal *corpus* normativo di nuovo conio ogni riferimento a locuzioni precedentemente contenute nella legge fallimentare e contraddistinte da una connotazione di disvalore semantico, sottraendo così il fenomeno della ‘crisi dell’impresa’ [ora espressamente definita dall’art. 2 c.1 lett. a) CCII quale *“stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*] alla precedente logica punitiva e condurlo verso le dinamiche di risanamento e salvaguardia delle strutture produttive che caratterizzano la riforma del Codice.

In questo senso, nel CCII si registra:

- l’abbandono del termine *“fallimento”*, oggi sostituito dalla locuzione *“liquidazione giudiziale”*;
- l’abbandono del termine *“fallito”*, oggi sostituito dalla locuzione *“imprenditore in liquidazione giudiziale”*;
- l’abbandono del termine *“procedura fallimentare”*, oggi sostituita dalla locuzione *“procedura di liquidazione giudiziale”*.

Lo *shift* terminologico ha dato adito ad alcune – senz’altro suggestive – teorie dottrinali per cui l’intervento del legislatore avrebbe, da un lato, abrogato ogni fattispecie bancarottizia connessa

al vecchio istituto del *‘fallimento’* e, dall’altro lato, introdotto speculari fattispecie di reato contemplanti il nuovo istituto della *‘liquidazione giudiziale’*.

Se così fosse, ogni bancarotta connessa all’istituto del fallimento non sarebbe oggi *“prevista dalla legge come reato”*, con la conseguente impossibilità di nuovi addebiti a tale titolo, il conseguente proscioglimento dell’imputato in ogni procedimento penale a tale titolo pendente e la conseguente cessazione dell’esecuzione della pena nei confronti di ogni soggetto a tale titolo condannato. Così, evidentemente, non può essere.

E infatti, per quanto suggestiva la teoria dottrinale, l’attività dell’interprete sembrerebbe essere meglio orientata:

- dalla legge delega da cui il Codice è originato, secondo cui *“il termine fallimento ed i suoi derivati vanno sostituiti con l’espressione liquidazione giudiziale [...] ferma la continuità delle fattispecie criminose”* (art. 2 c.1 lett. a);
- dalla Relazione illustrativa al Codice redatta dal Governo, secondo cui *“è garantita di fatto continuità normativa, non consentendo la delega disposizioni che autorizzassero modifiche di natura sostanziale al trattamento penale riservato alle condotte di bancarotta e alle altre condotte contemplate dalla legge fallimentare”*.

Insomma – pure a fronte dello *shift* lessicale ora ricordato – residuano pochi dubbi sul fatto che i reati di bancarotta siano perseguiti

dall'ordinamento italiano nei medesimi termini precedentemente disposti e senza alcuna soluzione di continuità indotta dalla riforma di cui al Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza.



II. LA RESPONSABILITÀ PENALE DI AMMINISTRATORI E SINDACI ALLA LUCE DELLE NUOVE REGOLE DI CORPORATE GOVERNANCE.

Il nuovo CCII si caratterizza per un'importante novità, che incide, seppur indirettamente, sull'accertamento della responsabilità penale dei soggetti tipicamente coinvolti nell'ambito della gestione della crisi d'impresa, vale a dire amministratori e sindaci.

Quanto agli amministratori, viene in rilievo l'art. 375 CCII – tra l'altro già in vigore in ragione dell'art. 389 CCII – che apporta rilevanti modifiche all'art. 2086 c.c. Anzitutto, cambia la rubrica dell'articolo: la precedente formulazione *“Direzione e gerarchia nell'impresa”* diviene *“Gestione dell'impresa”*. La novella di maggior rilievo, però, riguarda l'aggiunta di un secondo comma, che amplia il contenuto dei doveri/poteri imposti dalla legge agli amministratori. In particolare, l'imprenditore –

operante in forma societaria o collettiva – ha il duplice dovere di:

- predisporre *«un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»*;
- *«attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi»*.

Dello stesso tenore, peraltro, è il principio dettato in via generale dall'art. 3 CCII, in virtù del quale anche l'imprenditore individuale è onerato del compito di assumere per tempo le iniziative idonee per far fronte all'eventuale stato di crisi dell'impresa.

Con riferimento alla posizione dei sindaci (e del revisore contabile e della società di revisione), interviene invece l'art. 14 CCII che, oltre ad imporre l'obbligo di verificare che gli amministratori vigilino costantemente sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, prescrive il dovere di immediata segnalazione all'organo amministrativo di eventuali segnali di crisi (art. 14, c. 1 CCII). Tale segnalazione deve essere adeguatamente motivata, fatta per iscritto e a mezzo posta elettronica certificata o comunque con altro mezzo idoneo ad assicurare la prova dell'avvenuta ricezione. Qualora gli amministratori non rispondano alla suddetta sollecitazione, i sindaci devono immediatamente informare l'organismo di composizione della crisi d'impresa (c.d. OCRI), anche derogando – se necessario – all'obbligo di segretezza previsto

dall'art. 2407, c. 1 c.c. (art. 14, c. 2 CCII). Da ultimo, ai sensi del terzo comma è esclusa la responsabilità solidale per i sindaci che abbiano tempestivamente segnalato agli amministratori la situazione di crisi e che, in caso di omessa o inadeguata risposta, abbiano provveduto ad effettuare la comunicazione all'OCRI.

È di tutta evidenza che le norme suesposte – *id est* artt. 2086 c.c. e 14 CCII – allargano l'insieme dei doveri/poteri assegnati a sindaci e amministratori, chiamati costantemente a vigilare sull'eventuale sopravvenienza di segnali di crisi. In ciò si coglie un'immediata ricaduta in punto di accertamento della responsabilità penale: il giudice, infatti, dovrà necessariamente tenere conto di queste nuove disposizioni, che, facendo sempre leva sulla pronta segnalazione della crisi d'impresa, arricchiscono il paradigma normativo della posizione di garanzia ricoperta da amministratori e sindaci. In altre parole, il giudice sarà chiamato a valutare la correttezza dell'operato degli organi sociali anche in considerazione della loro capacità di attivarsi tempestivamente per segnalare e fronteggiare la crisi d'impresa.

Chiaramente, il cuore della valutazione verterà sull'individuazione dei *c.d.* 'indicatori della crisi', operazione quest'ultima di non scarso momento, vista la complessità della materia. In proposito, il legislatore ha cercato di agevolare il compito dell'interprete, fornendo all'art. 13 CCII un elenco di quelli che potrebbero essere i segnali della crisi. Fra questi, possono menzionarsi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario in relazione alle caratteristiche dell'impresa e all'attività da essa

esercitata, nonché i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.



III. LE MISURE PREMIALI PREVISTE DALL'ART. 25 CCII: CAUSA DI NON PUNIBILITÀ E CIRCOSTANZA ATTENUANTE.

In linea con l'impostazione del rinnovato assetto delle norme fallimentari – ispirate, sempre più, a modelli di risoluzione della crisi d'impresa – il legislatore, all'art. 25 CCII, ha previsto alcune misure premiali per l'imprenditore che si attivi tempestivamente per fronteggiare la crisi della propria impresa. Sono misure premiali di carattere sia fiscale (c. 1), che penale (c. 2).

In particolare, i benefici di natura penalistica consistono alternativamente in:

- una causa di esclusione della punibilità;
- una circostanza attenuante ad effetto speciale (riduzione della pena sino alla metà).

Possono applicarsi alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura di regolazione della crisi, in relazione ai reati di cui agli artt. 322 (bancarotta fraudolenta), 323 (bancarotta semplice), 329 (bancarotta fraudolenta societaria), 330 (bancarotta

semplice societaria), nonché alle fattispecie delittuose residuali previste dagli artt. 325, 328, 331, 333 e 341, c. 2, lett. a) e b).

In entrambi i casi (*id est* causa di non punibilità e circostanza attenuante), *condicio sine qua non* per l'applicazione delle misure premiali è la pronta attivazione dell'imprenditore nell'identificazione della crisi d'impresa: il soggetto – per poter beneficiare delle misure – deve aver presentato tempestivamente l'istanza all'OCRI o la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dal CCII.

Per dirsi tempestivo, l'imprenditore deve attivarsi entro sei mesi nel caso della domanda di accesso alle procedure ovvero entro tre mesi nel caso dell'istanza presentata all'OCRI. Questi termini – prescrive l'art. 24 CCII – decorrono dal momento in cui si verifica, alternativamente, una delle seguenti circostanze:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un importo pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, c. 2 e 3 CCII.

La tempestiva attivazione da parte dell'imprenditore rappresenta, dunque, il presupposto comune – e imprescindibile – per

l'applicazione delle misure premiali. Vi sono, tuttavia, degli ulteriori requisiti, che differenziano la causa di non punibilità dalla circostanza attenuante.

Quanto alla non punibilità, è necessario che il danno causato alla massa creditoria sia di speciale tenuità, da valutare – secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – in relazione all'effettiva diminuzione patrimoniale cagionata ai creditori dai fatti di bancarotta (*Cass. Pen., Sez. V, 1^o aprile 2019, n. 19981*).

Qualora il danno non sia di speciale tenuità, può invece applicarsi la circostanza attenuante, allorquando, però, ricorrano contestualmente due condizioni:

- al momento dell'apertura della procedura, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari;
- il danno complessivo non superi la somma di euro 2.000.000,00. Soltanto in tal caso, il giudice potrà applicare la riduzione della pena sino alla metà.



IV. IL 'GRUPPO DI IMPRESE' NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: L'ENTITÀ

ECONOMICA COMPIE UN PRIMO PASSO VERSO LA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA.

Nella concretezza della realtà economica, il fenomeno dei *‘gruppi di imprese’* è ampiamente riconosciuto e, da decenni, condiziona la struttura organizzativa delle attività imprenditoriali in una logica di libero mercato sempre più esposta alle dinamiche della globalizzazione.

È soltanto da un punto di vista giuridico (e – più precisamente – normativo), quindi, che il fenomeno dei *‘gruppi di imprese’* è rimasto per lungo tempo silente.

Ignorata dal Codice Civile del 1942 ed in seguito contemplata da interventi legislativi disorganici ed incompleti (non da ultima, la riforma di diritto societario del 2003), la nozione di *‘gruppo di imprese’* non è mai stata positivizzata all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, ma piuttosto da questo contemplata in via implicita al fine di reprimere quella che, da sempre, sembra essere la più grande preoccupazione del legislatore: evitare che intrecci di partecipazioni sociali alterino l’integrità patrimoniale delle singole società, ledendo così le aspettative di quanti ripongono esclusivo affidamento sulla consistenza patrimoniale – non del gruppo complessivamente considerato – bensì della singole unità che lo compongono.

In questo senso, il diritto societario è governato dall’inossidabile dogma della formale indipendenza giuridica delle società, il quale mai è stato scalfito dall’evolversi sul piano prasseologico del fenomeno dei gruppi: ne consegue che – per l’ordinamento giuridico italiano – il gruppo di società non si eleva ad una

soggettività giuridica diversa da quella risultante dalla somma delle singole – e distinte – sue componenti, che soltanto a titolo individuale si prestano ad essere considerate quali centri di imputazione di rapporti giuridici.

È posta questa premessa che si può comprendere la portata dirimente dell’art. 2 *lett. h)* e *lett. i)* CCII, laddove – fatte salve alcune preesistenti discipline settoriali – per la prima volta nella storia normativa italiana disciplina in modo organico il fenomeno dei *‘gruppi di imprese’*, positivizzandone una definizione a valenza generale sancita da un atto dello Stato avente forza di legge.

Nello specifico, ai sensi dell’art. 2 *lett. h)* CCII:

- si intende per *“gruppo di imprese: l’insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto”*;
- *“a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società che esercita l’attività di direzione e coordinamento”*.

La nozione di ‘*gruppo di imprese*’ viene dunque a definirsi nel CCII per il tramite di istituti giuridici già ben saldi nel Codice Civile – quali quello dell’attività di direzione e controllo e delle sue rispettive presunzioni fondanti – ma tali istituti, nel CCII, non vengono contemplati in quanto tali – lasciando così a giurisprudenza e dottrina il compito di ricostruire a ritroso, a partire da questi, il perimetro del gruppo di imprese – bensì vengono utilizzati in via normativa ed espressa per conferire positività giuridica alla nozione di gruppo.

È bene una precisazione. L’enunciazione espressa della nozione di gruppo contenuta nel CCII non è di per sé sufficiente a scalfire il tradizionale dogma che postula la formale indipendenza giuridica delle singole società raccolte al suo interno:

- né sul piano dell’attività fisiologica di impresa, ove la società *in bonis* continua ad essere considerata quale singolo soggetto giuridico e, dunque, quale singolo centro di imputazione di rapporti giuridici;
- né sul piano dalla crisi patologica di impresa, ove la società in stato di dissesto continua ad essere connotata da una massa attiva e passiva indipendente ed autonoma rispetto a quella delle altre società del gruppo.

Eppure, numerosi sono i profili contemplati dal CCII in cui la sussistenza di un gruppo di imprese porta con sé una disciplina *ad hoc*, che in via eccezionale – pure a fronte della generale autonomia giuridica tra le singole entità che lo

compongono – considera il gruppo come una soggettività unitaria.

È il caso:

- della procedura unitaria di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione unitari dei debiti e dei piani attestati di gruppo (Titolo VI, Capo I CCII);
- della procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo (Titolo VI, Capo II CCII);
- della procedura unitaria per la trattazione dell’insolvenza delle plurime imprese del gruppo (Titolo VI, Capo III CCII).

Ma l’interrogativo del penalista è un altro.

Si è già detto di come il CCII abbia trasposto in sé le norme incriminatrici dei reati di bancarotta facendo salve soltanto alcune modifiche lessicali poste in continuità con le fattispecie precedenti e, quindi, prive di profili abrogativi.

E ciò nonostante, viene da chiedersi: ora che la rispettiva norma incriminatrice è inserita in un testo di legge organico che esplicita la nozione di gruppo sociale, la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva-dissipativa – ossia, il distacco di una parte del patrimonio sociale in assenza di un interesse della società e, quindi, in possibile pregiudizio delle garanzie del ceto creditorio – può dirsi integrata laddove l’atto di disposizione del patrimonio corrisponda, sì, ad un pregiudizio immediato per la società ma sia, allo stesso tempo, giustificato da un apprezzabile e più ampio interesse di gruppo in grado di beneficiare, in ottica prospettica, la stessa società disponente?

La risposta è composita e deve essere filtrata attraverso la *c.d. teoria dei vantaggi compensativi*.

La teoria – dapprima elaborata da autorevolissima dottrina in sede civilistica – ha fatto il suo ingresso nel settore del diritto penale con la formulazione, in occasione della riforma del diritto societario del 2003, dell’art. 2634 c.c., il quale, nel prevedere il reato di infedeltà patrimoniale (*“gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della 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, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni”*), stabilisce al terzo comma che *“in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo”*.

Nella struttura del reato di infedeltà patrimoniale, dunque, l’appartenenza della società al gruppo priva del carattere di ingiustizia il profitto tratto dalla consorella a fronte del vantaggio conseguibile – alla stregua di una fondata previsione – dalla società disponente, elidendo così il dolo specifico di fattispecie postulato dalla norma incriminatrice in capo al soggetto agente.

In altri termini, ciò che – in una logica di gruppo – il comma 3 dell’art. 2634 c.c. espunge dal perimetro di rilevanza penale è l’imposizione di un sacrificio immediato ad una singola società del gruppo in vista di un suo prevedibile

riequilibrio futuro. E ciò sulla scorta del fatto che l’interesse del gruppo non può essere considerato, di per sé, distinto e terzo rispetto all’interesse della società che del gruppo è parte.

È bene notare che il riconoscimento dell’esimente del vantaggio compensativo nell’alveo del delitto di infedeltà patrimoniale si riflette in un simmetrico riconoscimento della stessa nella struttura del reato di bancarotta societaria di cui al combinato disposto degli artt. 223 c. 2 n.1 l.f. (ora art.329 c. 2 lett. a CCII) e 2634 c.c.: in quanto reato complesso, infatti, l’integrazione dell’illecito penale di bancarotta in esame [si applica la reclusione da tre a dieci anni *“agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci che hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. (...) 2634 c.c.”*] presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato di infedeltà patrimoniale, tra cui quelli di natura soggettiva e, nel caso che ci occupa, l’ingiustizia del profitto posta a fondamento del dolo specifico di fattispecie.

E la giurisprudenza non si è d’altro canto fatta attendere nel riconoscere valenza esimente al *‘vantaggio compensativo’* tanto nell’ambito del delitto di infedeltà patrimoniale quanto nell’ambito del delitto di bancarotta impropria societaria da infedeltà patrimoniale, seppur offrendo una ricostruzione di impronta restrittiva fondata su requisiti assai stringenti.

Nello specifico:

- un giudizio *ex-ante*;
- di valutazione concreta, tecnico-economica;
- il cui esito indichi non una mera probabilità, ma una sostanziale certezza,

sul futuro riequilibrio dei vantaggi tra la singola società ed il gruppo.

Preso atto di ciò, risulta congenita nell'avvocato penalista la tendenza di sondare l'estendibilità dell'esimente connessa alla teoria dei vantaggi compensativi (ed espressamente sancita dall'art. 2634 c. 3 c.c.) verso fattispecie di reato diverse dall'infedeltà patrimoniale e dalla rispettiva bancarotta e, in particolar modo, verso la bancarotta fraudolenta patrimoniale di matrice distrattivo-dissipativa.

Non si vede, infatti, come – una volta preso atto del riconoscimento dell'interesse di gruppo come parte integrante dell'interesse sociale singolarmente considerato – si possa ritenere ad esso contraria una *deminutio patrimonii* direttamente funzionale al primo e indirettamente asservita al secondo.

Eppure, su questo fronte, la giurisprudenza si è sempre dimostrata compatta nell'anteporre alla summenzionata considerazione la rigida applicazione del generale principio di autonomia delle singole soggettività giuridiche facenti parte del gruppo, che è sempre stato enfatizzato (e non stemperato) alla luce del sopravvenuto dissesto sociale e dall'intervento della sentenza di fallimento.

È proprio in questo senso, quindi, che – in un momento antecedente come successivo alla riforma di diritto societario del 2003 – la giurisprudenza ha escluso l'atipicità o la giustificazione della condotta distrattivo-dissipativa sulla scorta della considerazione per cui *“la salvaguardia delle risorse sociali va attuata all'interno del soggetto proprietario, nell'interesse dei creditori e dei terzi che hanno*

fatto affidamento sul patrimonio e sulla capacità operativa della singola società e non del gruppo” (Cass. pen., Sez. V, 30 aprile 2001).

In sostanza – una volta intervenuto il fallimento della società in seguito a condotta distrattivo-dissipativa – è solo la tutela dei creditori di ogni singola società ad essere presidiata dall'ordinamento, con la conseguenza che *“l'autonomia soggettiva e patrimoniale dei partecipanti al gruppo non consente di sacrificarne l'integrità patrimoniale a salvaguardia degli interessi di altro soggetto del gruppo medesimo”* (Cass. pen., Sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546).

Si badi: è proprio qui che entra in gioco l'aspetto che più da vicino interessa il penalista.

Si crede, infatti, che il consolidato orientamento giurisprudenziale più sopra ricordato – dopo aver resistito all'impatto dell'introduzione dell'art. 2634 c. 3 c.c. ad opera della riforma di diritto societario del 2003 – non possa oggi mantenersi inalterato dinanzi al nuovo CCII, il quale, d'altro canto non solo conferisce dignità giuridica alla nozione di *‘gruppo di imprese’*, bensì impone – nella valutazione della dannosità di un'operazione infragruppo ai sensi dell'art. 290 del testo di legge – la considerazione dei vantaggi compensativi alla stregua di quanto previsto dall'art. 2497 c. 1 c.c. (*“non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”*).

Ecco, dunque, che il finora isolato richiamo alla teoria dei vantaggi compensativi contenuto nel

terzo comma dell'art. 2634 c.c. viene oggi a saldarsi con il combinato disposto degli artt. 290 CCII e 2497 c. 1 c.c., rendendosi suscettibile di elevare la *'teoria dei vantaggi compensativi'* – sotto il cappello della nozione giuridica di *'gruppo di imprese'* di cui all'art. 2 lett. h) CCII – a principio generale di disciplina dei rapporti infragruppo e, in particolar modo, a principio generale di governo del giudizio di sussunzione di quest'ultimi nelle fattispecie bancarottizie oggi previste dal CCII.

E allora – alla luce del Codice che entrerà in vigore ad agosto – sembra doversi rivalutare quell'orientamento giurisprudenziale, finora isolato e minoritario, che da tempo aveva intuito come nelle pieghe della teoria dei vantaggi compensativi potesse essere ravvisato un principio giuridico di ordine generale apprezzabile in sede penale per il tramite di una valutazione circa l'offensività in concreto delle singole condotte bancarottizie di matrice distrattivo-dissipativa poste in essere in logica infragruppo: *"se si accerta che l'atto [distrattivo-dissipativo] non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi"* (Cass. pen, Sez. V, 24 maggio 2006).

A tale stregua, non può dunque escludersi che l'entrata in vigore del CCII porti con sé la scoloritura del fatto tipico di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva-dissipativa – si noti, la scoloritura del fatto tipico, non solo

dell'elemento soggettivo doloso – in relazione a quelle operazioni societarie poste in essere in ossequio ai principi di corretta gestione imprenditoriale e confacenti ai requisiti della teoria dei vantaggi compensativi già più sopra ricordati.

Ma la fondatezza di questa nostra suggestione la potremo misurare soltanto tra alcuni mesi, allorquando il CCII sarà posto al banco di prova della sua applicazione concreta.

Nel frattempo, possiamo solo auspicare che – qualsiasi ricostruzione ermeneutica venga adottata dalla giurisprudenza penale – questa si riveli quanto più confacente al monito da tempo echeggiante tra la più autorevole dottrina di settore: non è più sostenibile la tesi che vede il gruppo di imprese costituire un fenomeno soltanto economico e non giuridico.

CONCLUSIONI.

In definitiva, i profili penalistici di maggior rilievo del nuovo Codice della Crisi d'Impresa possono essere così riassunti:

- sostituzione dei termini *'fallimento'*, *'procedura fallimentare'*, *'fallito'* e delle espressioni da essi derivanti con i termini *'liquidazione giudiziale'*, *'procedura di liquidazione giudiziale'* e *'imprenditore assoggettato a liquidazione giudiziale'*. Questa sostituzione lessicale non ha però inciso sull'operatività delle fattispecie incriminatrici, rimaste nella sostanza invariate;
- previsione, per gli amministratori, dell'obbligo di attivarsi senza indugio per la rilevazione e il superamento dello stato

di crisi (art. 2086, c. 2 c.c.) e, per gli organi di controllo societari, di vigilare sul corretto operato degli amministratori, nonché di segnalare prontamente agli organi amministrativi l'eventuale sussistenza di fondati indizi della crisi (art. 14 CCII). Da ciò discende l'allargamento della posizione di garanzia gravante su sindaci e amministratori;

- introduzione di misure premiali per l'imprenditore che si attivi tempestivamente per far fronte alla crisi di impresa;
- introduzione della nozione di *'gruppo di imprese'*, con possibile riconoscimento dell'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione – nell'ambito dei reati fallimentari – della clausola dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2634, c. 3 c.c.

CONTATTI



Giuseppe Fornari
Founding Partner

g.fornari@fornarieassociati.com



Nicolò Biligotti
Associate

n.biligotti@fornarieassociati.com



Davide Attanasio
Trainee

d.attanasio@fornarieassociati.com

Milano

Via Chiossetto 18

T: +39 0254122206

E: milano@fornarieassociati.com

Roma

Piazza di San Lorenzo in Lucina 26

T: +39 0622201000

E: roma@fornarieassociati.com

Questa pubblicazione ha lo scopo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve quindi essere considerata come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

Fornari e Associati

www.fornarieassociati.com