

**IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' ECONOMICA TRA EMERSIONE
TEMPESTIVA DELL'INSOLVENZA E PROTOCOLLI CONDIVISI
L'INTERCONNESSIONE DI SAPERI E DI COMPETENZE COME
METODO**

Sessione: Le varie forme di “impresa illegale” e conseguenti contestazioni agli amministratori, organi di controllo, terzi. Gli obblighi ex art. 2086 c.c.

(dott. Pasquale Addresso)

1. Cenni sul rapporto tra libertà di organizzazione e principio di legalità: i modelli legali d'impresa

La libertà di iniziativa economica trova copertura costituzionale nell'art. 41 Cost che ne fissa ampiezza e limiti nell'utilità sociale e nel divieto di nocimento alla sicurezza, libertà e dignità umana. Nella disciplina positiva, infatti, esistono diverse norme che pongono limiti a tale libertà e incidono sull'autonomia negoziale di chi intende esercitare l'impresa.

Negli ultimi venti anni si è sviluppata, a livello legislativo, la tendenza¹ ad introdurre strumenti di controllo incentrati sulla previsione di “modelli legali di organizzazione” in funzione preventiva (disciplina della responsabilità ex d.lgs. 231/2001), sanzionatoria (gestioni commissariali, amministrazione e controllo giudiziario) ed infine introducendo l'art. 2086 c.c. quale norma di portata generale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi costituente una condizione legale per l'esercizio dell'impresa. Il corollario di tale politica legislativa si è incentrato anche sui cd. rating di legalità² (legge antitrust) e white list (legge n. 190/12), con profili di necessario coordinamento tra discipline eterogenee non ancora compiutamente attuati.

Il tema della legalità riferito all'impresa pone un problema di finalità correlate all'organizzazione dell'impresa ed allora per trovare una composizione tra libertà e legalità occorre partire dall'art. 2247 c.c. (contratto di società) ove è insita la contrapposizione tra scopo strumentale cioè l'organizzazione (far funzionare la società) e quello finale, cioè la distribuzione della ricchezza prodotta (finalità lucrativa). Il diritto societario, infatti, vive di tensioni tra interessi antagonisti che trovano la loro composizione attraverso l'opera di interpretazione dei giuristi. Per risolverli occorre chiedersi: la società è un bene in sé o è un mezzo per produrre utili? **L'impresa è un'entità economica in cui ciò che è imprescindibile non è il lucro ma lo scopo di economicità cioè che la società non deve produrre perdite.**

¹ Si tratta di una tendenza estesa anche settore pubblico attraverso l'obbligo di adozione di piani anticorruzione.

² In base agli ultimi dati diffusi dalla stessa Authority, i procedimenti conclusi l'anno scorso in materia di rating di legalità sono stati 4.108, il 6% in più dei 3.887 del 2018 e quasi il 30% in più dei 3.176 del 2017. Il trend sta proseguendo anche quest'anno: al 30 settembre scorso sono stati già conclusi 3.592 procedimenti. La durata del rating è di due anni ma le imprese possono chiederne il rinnovo. Dal punto di vista dimensionale, il rating può essere chiesto se si ha un fatturato minimo di due milioni di euro. La maggior parte delle domande arriva dalle imprese di media grandezza che fatturano dai due a 5 milioni di euro (40%) e da 5 a 15 (29%), mentre meno del 5% delle istanze giunge da imprese con fatturati sopra i 100milioni. Il 37% opera nell'industria manifatturiera, il 18% nell'edilizia e il 13% nel commercio. Oggi sono 8.653 le imprese dotate di rating di legalità. E ora, dopo le modifiche al regolamento attuativo varate dall'Autorità e in vigore dal 20 ottobre scorso, la platea dei potenziali interessati potrebbe estendersi anche ad associazioni, fondazioni e comitati che esercitano attività d'impresa anche in modo non prevalente.

Si tratta di temi centrali per cogliere le peculiarità di alcune discipline di settore quali ad esempio le società pubbliche (cfr. art. 14 TU Madia che costituisce l'antesignano della disciplina del nuovo codice della crisi) o la disciplina dell'insolvenza delle grandi imprese (cd. legge Prodi e ss.).

In tale prospettiva quale valore attribuire all'art. 2086 co. 2 c.c.?

L'art. 2086 co. 2 (gestione dell'impresa) introduce per l'imprenditore collettivo il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e dimensione dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e perdita della continuità aziendale.

Si tratta di una norma criteriale che ambisce a stabilire i criteri di organizzazione della giuridicità; il secondo comma si applica soltanto a chi possa dirsi un "imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva".

I punti caldi a cui l'interprete dovrà fornire risposta sono diversi:

a) si è subito posto da più parti un parallelismo con la disciplina della 231 ma la sanzione della violazione dell'art 2086 co. 2 c.c. dov'è? È evidente che andrà ricavata da altre disposizioni e occorrerà scindere i profili di responsabilità civile (art. 2932 c.c.) dai profili di responsabilità penale riguardanti reati che presentano profili oggettivi (rilevanza o meno del nesso di causalità tra condotta e evento dissesto) e soggettivi (dolo o colpa) diversificati tra di loro;

b) i limiti del sindacato giudiziale penale sulle decisioni in tema di assetti organizzativi; di recente si è molto animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla rilevanza delle cd. **"Business Judgment Rule"** in seguito ad un importante arresto della giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen. Sez. V n. 7437/2021) che ha escluso la loro valenza esimente automatica per condotte di bancarotta attraverso un ragionamento logico giuridico che fissa i limiti del sindacato del giudice penale partendo dalla struttura del reato, nel caso esaminato era un'ipotesi di bancarotta fraudolenta per dissipazione, affermando che: *"ciò che rileva, nel quadro ricostruttivo del giudice penale, non è una scelta irragionevole, ma una scelta del tutto macroscopica ed abnorme, ossia manifestamente configgente ed incoerente con la tutela del ceto creditorio e con la logica di impresa, tenuto conto del concreto contesto di riferimento sottoposto al giudicante".... "In tale prospettiva, come parimenti chiarito da varie pronunce di legittimità, assumono particolare significatività le condizioni economico-patrimoniali dell'impresa: ed ecco perché il contesto societario di _____, connotato da oggettiva e grave condizione di sofferenza economica, assurge a dato di assoluta importanza;*

tale prospettiva esegetica ritiene il ricorso alle cd. "Business Judgment Rule" una "superfetazione" in relazione alla condotta di dissipazione, ove non viene in discussione un livello valutativo di scelte imprenditoriali, con conseguente ingerenza nel merito delle scelte imprenditoriali sorrette da discrezionalità pura o tecnica, apparendo pacifico che gli amministratori non garantiscono il successo finanziario dell'impresa, e che il parametro valutativo di tutte le condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito dalla "misura del divario originario che si crea tra la condotta, manifestazione di determinate scelte imprenditoriali, e la garanzia dei creditori ponendosi nell'ottica del soggetto agente

³ regola consistente in una presunzione relativa secondo cui gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell'interesse della società, con la conseguenza di esonerare da responsabilità il board of directors purché abbia assunto decisioni corrette, valutate attraverso una serie di fiduciary duties quali: the duty of care; the duty to monitor; the duty to inquire; the duty of loyalty.

di cui va considerata la consapevolezza anche in relazione alle condizioni economico finanziarie dell'impresa e quindi, la conseguente capacità predittiva circa l'incidenza delle sue scelte sulla tenuta del patrimonio aziendale in funzione di garanzia;

c) l'esistenza per le società pubbliche di una normativa *ad hoc* (artt. 6 e 14 d.lgs. 175/2016) nella quale si prende atto e si attesta che il momento della crisi e della possibile perdita di continuità aziendale costituisce una fase fisiologicamente endemica alla vita dell'impresa e che, dunque, un assetto organizzativo, per potersi dire compiutamente adeguato, debba essere in grado di continuamente monitorare l'insorgere di indicatori della crisi e di tempestivamente reagire al fine della loro immediata gestione e soluzione. D'altro canto, l'organo amministrativo, cui spetta il dovere di istituire siffatti assetti organizzativi, ha anche l'obbligo di continuamente verificarne e misurarne l'adeguatezza nel corso della normale vita dell'impresa, assumendo altresì (in caso di esito non completamente positivo) le conseguenti idonee iniziative (così implicitamente impone il nuovo art. 14, co. 1).

Da ultimo, con specifico riferimento agli obblighi di ricapitalizzazione rivenienti da perdite superiori a un terzo del capitale sociale, è utile sottolineare che il legislatore è intervenuto con l'articolo 1, comma 266, della legge 30 dicembre 2020, n. 178⁴, mediante il quale ha sostituito l'articolo 6 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23⁵, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40.

Nella versione originaria l'articolo 6 del Decreto Liquidità, precipuamente dedicato alla disciplina degli effetti della diminuzione del capitale in conseguenza di perdite, sospendeva gli obblighi di riduzione del capitale sociale causati da perdite superiori a un terzo e di contestuale reintegrazione del medesimo capitale limitatamente al periodo ricompreso tra il 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore del Decreto Liquidità) e il 31 dicembre 2020 e, nel contempo, disponeva l'inoperatività, limitatamente al detto periodo, della causa di scioglimento della società per riduzione del capitale in misura inferiore al minimo legale.

Nella versione attualmente in vigore l'articolo 6 del Decreto Liquidità prevede la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale e di reintegrazione del medesimo, nonché l'inoperatività della causa di scioglimento della società per le «perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020» (comma 1), posticipa il «termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo [...] al quinto esercizio successivo» (comma 2), consente all'Assemblea di rinviare **al quinto esercizio successivo** (id est, 2025) le decisioni relative «all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale» (comma 3) e impone di indicare le perdite «distintamente [...] nella nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio» (comma 4).

È ragionevole escludere, non essendo previsto dalla norma, che le nuove misure si riferiscano, in via esclusiva, alle perdite connesse e direttamente imputabili all'emergenza

⁴ "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023" - c.d. Legge di Bilancio 2021

⁵ "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali" - c.d. Decreto Liquidità

pandemica, attesa la (verosimile) difficoltà, *rectius* impossibilità di distinguere le diverse tipologie di perdite.

Si tratta di una misura che, come si vedrà in seguito, è stata prevista anche per l'imprenditore che accede alla composizione negoziata ex d.l. n. 118/2021 il quale può decidere, senza necessità di alcun avallo dell'AG, di sospendere gli obblighi di ricapitalizzazione nel corso della procedura.

2. **Impresa illegale: inquadramento e prospettive**

La ricostruzione della figura dell'impresa illegale deve essere collocata all'interno dell'evoluzione degli istituti propri del diritto societario e dei contratti d'impresa; l'impresa, infatti, è un concetto economico di cui il diritto si interessa da tre angoli prospettici: i) *soggettivo*, imprenditore individuale (art. 2082 c.c.) e collettivo (art. 2247 c.c.) fallibilità art. 1 l.f., ii) *organizzativo statico*, ad esempio l'azienda cioè l'organizzazione in chiave economica o il concetto di liquidazione, iii) *organizzativo dinamico*, il tema dell'insolvenza che è un concetto finanziario e non economico.

La chiave di lettura per cogliere il diritto societario moderno e di conseguenza il penale societario è nella "tutela del mercato" in quanto l'impresa deve fondare la sua prevalenza sulla qualità del prodotto non sulla forza del contratto o della sua posizione; è il passaggio dall'autonomia contrattuale (1341 cc) alla legge "antitrust": la prima è una regola che asseconda il diritto dell'impresa, la seconda rovescia il rapporto tra mercato ed impresa prevedendo una tutela legale della parte debole in modo da definire la fisionomia del mercato e vietare l'abuso di posizione dominante.

La nozione di impresa "illegale" è stata tradizionalmente costruita sulla figura dell'imprenditore che esercita l'attività di impresa in assenza delle condizioni di legalità (es. mancato rilascio autorizzazioni necessarie) o, in alcuni casi, estendendo la nozione alle modalità di perseguimento della finalità lucrativa attraverso sistematiche condotte in frode alla legge funzionali all'ottimizzazione del profitto per il tramite della indebita riduzione dei costi (compimento di reati per procurarsi i mezzi di produzione, sfruttamento dei lavoratori etc.) La presenza di tali soggetti ha assunto rilievo in quanto caratterizzata da un doppio profilo di danno: *i)* individuale, patrimonio della società *ii)* collettivo, alterazione della concorrenza quale conseguenza dell'esistenza di "player" resi competitivi dalla riduzione dei costi generati dal meccanismo fraudolento.

L'illegalità correlata all'impresa evoca la figura dei cd. "reati in contratto" ove il profilo di rilevanza penale è incentrato nelle modalità di esercizio dell'impresa che mantiene un profilo di liceità del "business" in ciò distinguendosi dall'impresa illecita "tout court" o immorale in cui l'oggetto della attività presenta profili di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.).

In tale prospettiva esegetica le forme di impresa illegale sono state tradizionalmente identificate dalla giurisprudenza attraverso la valorizzazione della nozione di "operazione dolosa" (art. 223 co. 2 n. 2 l.f.) idonea a cagionare il dissesto al cui interno hanno trovato collocazione: impresa che fa ricorso sistematico all'evasione fiscale o contributiva, l'abuso dello strumento cooperativo ove la finalità mutualistica o consortile è assente, le cd. "società nate per fallire", etc.

In via mediana tra impresa “illegale” e “illecita” si pongono altresì quelle forme di gestione collettiva in cui l’assenza di autorizzazione per l’esercizio dell’attività costituisce reato e dove la causa “in concreto” illecita viene celata attraverso reati strumentali; è il caso, ad esempio, della gestione illecita di rifiuti (es. rifiuti generati dalle demolizioni edilizie reimmessi nel circuito economico in violazione del principio “*end of waste*”- art 184 ter d.lgs. n. 152/2006); in tali casi si assiste ad una fatturazione per cessione di beni di ciò che non ha ancora mutato la sua qualifica di “rifiuto” (es. inerti riciclati reimpiegati nei riempimenti stradali); in tali casi alle contestazioni fallimentari si accompagnano reati di traffico di rifiuti, emissione ed utilizzo di fatture giuridicamente inesistenti⁶, false certificazioni utilizzate per il trasporto dei rifiuti o per la partecipazione a sub appalti (una spia rilevante è costituita dal rapporto tra il costo indicato nei capitolati e quello sostenuto dall’impresa appaltatrice, indice dell’entità del profitto illecito conseguito).

Un delicato profilo di collocamento richiede, infine, l’impresa “mafiosa” per la quale ci si pone la domanda: in cosa consiste la natura mafiosa e cosa differenzia l’organizzazione d’impresa dalla criminalità organizzata? Si tratta di un quesito che deve essere collocato all’interno del dato normativo sulla “res mafiosa” incentrato su due profili: *i*) fenomeno collettivo nell’«associazione di tipo mafioso», (art 416 bis c.p.); *ii*) fenomeno, individuale, alla stregua, segnatamente, dell’aggravante del metodo mafioso di cui all’odierno art. 416-bis.1, comma 1, cod. pen., che ha attratto all’orbita codicistica il vecchio art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in specie sotto il profilo dell’agevolazione mafiosa in termini finanziari.

3. Profili di responsabilità concorsuale nei delitti di bancarotta (casi pratici)

È utile premettere che sia in dottrina che in giurisprudenza si afferma, concordemente, che il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta soggiace alle regole dettate dagli artt. 110 ss. c.p.; si può prospettare:

i) il concorso di persone tra soggetti tutti qualificati e, quindi, intranei – ed in tale casistica deve farsi rientrare anche il concorso tra il soggetto che riveste formalmente la qualifica e il cd. amministratore di fatto assoggettato ai presupposti oggi consacrati nell’art 2639 c.c. e/o i soggetti cd. “in posizione di garanzia” il cui concorso di sovente presenta connotati omissivi;

ii) il concorso di persone tra soggetti qualificati e soggetti non qualificati in quanto, pur essendo il reato di bancarotta a soggettività ristretta, ciò non esclude che un soggetto non qualificato possa concorrere con l’*intra-neus* (es. concorso del terzo beneficiario di pagamenti distrattivi, il concorso nella bancarotta preferenziale prefallimentare (art. 216 co. 3 LF) e nella bancarotta impropria per effetto di operazioni dolose (art. 223 co. 2 n. 2) del funzionario di banca).

⁶ Suprema Corte Sez. VI, sentenza n. 52321 del 9 dicembre 2016, la quale ha stabilito che “tra le “operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte” di cui al D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 1, comma 1, lett. a), qualificate come “inesistenti” ai fini della configurabilità dei reati di cui agli artt. 2 ed 8 del citato decreto, devono intendersi anche quelle “giuridicamente” inesistenti, ovvero quelle aventi una qualificazione giuridica diversa”. In pratica, un’operazione è giuridicamente inesistente allorché, pur essendo effettivamente attuata tra due soggetti esistenti e facendo riferimento ad una reale transazione finanziaria riferita all’importo indicato in fattura, viene qualificata nel documento fiscale in maniera difforme rispetto a come avrebbe dovuto essere. Ciò in quanto l’operazione dissimulata costituisce comunque un’operazione inesistente, poiché se è vero che si tratta di un’operazione esistente, non è però quella documentata in fattura, che è la sola presa in considerazione agli effetti penali dal d.lgs. n. 74/2000.

Un caso pratico: l'“abuso” dello schema cooperativo ove il regime speciale riconosciuto a tale modello societario correlato al divieto di estrarre dalla società la ricchezza (cd. distribuzione utili) viene eluso attraverso la sostituzione delle finalità mutualistica con quella lucrativa.

La cronaca giudiziaria negli ultimi anni si è di sovente occupata di sistemi fraudolenti costruiti attraverso l'utilizzo di società consortili costituenti la controparte contrattuale di importanti *player* di mercato che gestivano appalti di servizi attraverso schemi di cooperazione funzionale al duplice scopo da un lato di far apparire e quindi arruolare la manodopera da sfruttare – e da maneggiare con agilità grazie anche alla maggior flessibilità del tipo contrattuale (socio lavoratore anziché lavoratore subordinato) – e dall'altro di neutralizzare i costi verso l'erario e gli enti previdenziali, sistematicamente evasi con correlativi risparmi di spesa e vantaggi competitivi, derivanti dalla capacità di offrire prestazioni fuori mercato e dalla maggior disponibilità di risorse (illecitamente accumulate).

Le contestazioni agli amministratori sono state incentrate sulle consuete condotte di cagionamento doloso del fallimento (223 co. 2 n. 2 LF), bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, documentale sia nella variante “soppressiva” della contabilità che dell'impossibilità di ricostruire il patrimonio della fallita. Le contestazioni fallimentari sono state “doppiate” da quelle in materia fiscale in termini di art. 2, 8 e 10 d.lgs. 74/2000.

In tali situazioni la capacità di lettura del fenomeno criminale passa attraverso due coordinate in grado di esprimere un ulteriore livello di approfondimento:

i) individuazione dei “veri” beneficiari del sistema fraudolento collocati spesso a “monte” ed in posizione di apparente terzietà; ii) l'esistenza di contesti di infiltrazione mafiosa emergenti dalla consumazione di illeciti fiscali o di bancarotta assistendo alla deduzione del costo dell'estorsione.

Il primo aspetto riguarda il coinvolgimento dei committenti che concludono appalti a prezzi fuori mercato e non sostenibili da un operatore economico che operi in regime di legalità; qui gli strumenti di contrasto sono non soltanto di natura penale ove occorre assolvere gli oneri probatori del contributo concorsuale ma altresì quelli del sistema delle misure di prevenzione quali amministrazione giudiziaria (art. 34 co. 1 d.lgs. 159/2011 – di seguito Codice Antimafia) che presenta quale presupposto specifico la ricorrenza di sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche anche imprenditoriali, abbia carattere ausiliario ed agevolatorio rispetto all'attività di persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una misura di prevenzione; ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluni dei delitti di cui al combinato artt. 4 e 34 codice antimafia. L'applicazione dell'istituto non presuppone né che l'attività agevolata abbia carattere illecito, essendo sufficiente che il soggetto agevolato sia stato solo proposto per una misura di prevenzione o sia sottoposto a procedimento penale per uno dei reati sopraindicati, né che l'attività imprenditoriale avente carattere agevolatorio venga esercitata con modalità illecite, richiedendosi soltanto che tale attività, seppur esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti di cui sopra.

Ed allora, poiché nel catalogo dei reati art. 34 codice antimafia vi sono anche “i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo” è utile rilevare quali siano i caratteri dell’impresa mafiosa.

L’impresa può considerarsi mafiosa non solo dove il metodo “mafioso” costituisce il mezzo, lo strumento, il modo con cui l’associazione persegue lo scopo di acquisizione di asset o della gestione di settori dell’economia in attuazione del lento programma di infiltrazione nel tessuto economico; ma altresì quando la natura mafiosa si manifesta dalle gestione illegale dell’impresa che viene attuata per ottimizzare il profitto illecito ove partendo da sistemi fraudolenti collaudati di illegalità fiscale /contributiva dietro il muro di società emergono quali beneficiari economici soggetti affiliati i quali ripartivano la fetta di “mercato” acquisita attraverso logiche tipiche dell’abuso di posizione dominante.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità in recenti arresti afferma che «si ha reinvestimento delle utilità procurate dalle azioni delittuose anche quando al soggetto passivo viene imposto, con violenza o minaccia, di far assegnare lavori in appalto ad imprese colluse o di cedere attività commerciali in favore di prestanome mafiosi, atteso che, in tali ipotesi, il profitto ingiusto del delitto estorsivo è costituito dalla remunerazione dei lavori e dei servizi svolti dall’impresa mafiosa, che si giova dell’imposizione criminale, ovvero dai proventi derivanti dall’acquisizione dell’attività commerciale altrui, ed il reimpiego si attua attraverso l’investimento di tale profitto nelle attività della medesima impresa mafiosa» (Cass. Sez. 2, n. 21460 del 19/03/2019).

Il grado di profonda incisività del principio risalta ove si consideri che l’aggravante della finalità mafiosa riferita a delitti di natura economica (bancarotta fraudolenta per distrazione), è da riferirsi «all’attività dell’associazione e non alla condotta del singolo partecipante»; è evidente il mutamento di prospettiva atteso che il reinvestimento perde la natura di «aumento di capitale», o di «finanziamento delle attività con il prezzo, il prodotto o i profitti di delitti» (produttivo di un’alterazione della concorrenza)", per acquisire una dimensione solo "virtualmente" monetaria, talché non è più necessario che il P.M. dimostri l’esistenza di una specifica provvista derivante da una precedente iniziativa economica e la sua successiva re-immissione in circuito sotto forma di flusso finanziario di spesa in quanto costituisce «profitto ingiusto» anche la successiva «remunerazione dei lavori e dei servizi svolti dall’impresa mafiosa, che [in un primo momento] si giova [soltanto] dell’imposizione criminale», ragion per cui detta imposizione acquisisce di per sé, prospetticamente, un valore economico valutabile in termini di reinvestimento (Cass. Pen. Sez. 2 n. 21460/2019 per tutte).

3.1. Gli organismi di composizione della crisi: dagli OCRI all’esperto incaricato della composizione negoziata ex d.l. n. 118/2021

Il **d.l. 24 agosto 2021, n. 118** (in G.U. 202 del 24 agosto 2021) interviene in maniera significativa nel settore della disciplina della crisi d’impresa e dell’insolvenza: da un lato differendo l’entrata in vigore del Codice della crisi, al 16 maggio 2022, dall’altro stabilendo altresì che per il Titolo II della Parte prima (disciplina dell’allerta e della composizione assistita della crisi) tale data sia ulteriormente posticipata al 31 dicembre 2023.

A ciò sembra far da contraltare una nuova forma di «composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa» (artt. 2-19 d.l. 118/2021), di matrice spiccatamente privatistica, alla quale potranno accedere, su base esclusivamente volontaria, a far data dal 15 novembre 2021, tutti gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese che si trovano «in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza» (art. 2 co. 1).

Il mutamento non è di poco conto: la lettura delle disposizioni del codice attuative dei principi fissati dall'art. 15 co. 1 lett. b) della l. n. 155/2017 consentiva (e consente) di poter affermare, per i soggetti rientranti nell'ambito di applicazione di cui agli artt. 1 e 12 C.C.I.I., l'esistenza di un obbligo di sottoposizione alla vigilanza degli organismi preposti alla composizione della crisi ed insolvenza (OCC, OCRI e le autorità amministrative di vigilanza per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 co. 8 e 316 lett. a) e b) C.C.I.I.).⁷

La relazione illustrativa al codice sull'art. 316 C.C.I.I. definisce le specifiche competenze spettanti alle autorità amministrative di vigilanza in relazione ai nuovi istituti preposti ad agevolare l'emersione anticipata della crisi, finalità cui partecipano tutti i comparti in cui è organizzato il mondo imprenditoriale, inclusi i soggetti vigilati e con eccezione solo di quelli sottoposti a regime speciale. Nella stessa si afferma che *“Le autorità amministrative di vigilanza sono dunque competenti a ricevere dagli organi interni di controllo, nonché da quelli esterni incaricati della revisione e dell'ispezione e dai creditori qualificati, le segnalazioni sulla crisi proprie del sistema di allerta. La composizione assistita della crisi coinvolge inoltre direttamente l'autorità di vigilanza cui è affidata la nomina di due dei componenti del collegio di cui all'articolo 17, riflettendo in tal modo la peculiarità dei soggetti vigilati. Rientra tra le funzioni delle autorità amministrative di vigilanza anche la presentazione della domanda di accertamento dello stato di insolvenza con apertura della liquidazione giudiziale”*.

L'assetto normativo del C.C.I.I. presentava (e presenta) tuttavia profili di incertezza e dubbia coerenza sistematica discendenti dalla mancata definizione a monte della natura di tali organismi: trattasi di soggetti indipendenti che svolgono funzioni di rilievo pubblicistico o di soggetti privati legati da un mandato fiduciario con il debitore imprenditore assoggettato alle procedure di allerta e composizione della crisi e/o insolvenza?⁸

⁷ Un ruolo chiave del sistema di allerta e composizione della crisi è rivestito dagli OCRI definiti all'art. 2 co. 1 lett. u) “gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi”. Tali organismi non sono gli unici attori del sistema di allerta a svolgere le predette funzioni in quanto le medesime attività sono rimesse per le procedure di sovraindebitamento agli OCC, definiti dall'art. 2 lett. t) “organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinati dal decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti dal presente codice”; inoltre il Capo III del C.C.I.I., intitolato “Funzioni delle autorità amministrative di vigilanza per la crisi e l'insolvenza”, per le imprese assoggettate a liquidazione controllata, prevede che le stesse siano altresì competenti a “svolgere le funzioni attribuite agli organismi di composizione assistita della crisi, designando i componenti del collegio di cui all'articolo 17, comma 1, lettere b) e c), a seguito della richiesta di nomina del debitore o richiedendo direttamente la costituzione del collegio al referente, ai sensi dell'articolo 16. Per l'impresa minore è nominato, con i medesimi poteri del collegio, un commissario tra gli iscritti all'albo speciale di cui all'articolo 356. L'apertura della procedura di composizione assistita della crisi non costituisce causa di revoca degli amministratori e dei sindaci” (lett. b) ed a “proporre domanda di accertamento dello stato di insolvenza con apertura della liquidazione coatta amministrativa” (lett. c) - (art 316 C.C.I.I.).

⁸ Il codice prevede due nuove incriminazioni (art. 344 “Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi” e art. 345 “Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI”) con le quali estende ai

L'art. 5, co. 4, C.C.I.I. introduce, per i medesimi componenti OCRI, l'esenzione dall'obbligo di riferire all'Autorità Giudiziaria sui fatti conosciuti nell'esercizio delle loro funzioni con l'ulteriore corollario dell'applicazione alle loro attività degli artt. 103 e 200 c.p.p. L'art 5, co. 4, prevede infatti che: "I componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili".

I caratteri di autonomia ed indipendenza dei soggetti nominati quali componenti e la neutralità delle funzioni esercitate paiono distonici con la previsione (art. 5 co. 4 C.C.I.I.) che estende agli stessi la disciplina del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. e le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p. Trattasi, infatti, di norme di garanzia che postulano l'esistenza di un rapporto di mandato fiduciario che non sussiste tra organismo di vigilanza e debitore imprenditore.

Il *vulnus* ai poteri investigativi del P.M. è destinato a creare un regime di esenzione che rappresenta un *unicum* nel panorama nazionale non essendo previsto in alcuna delle discipline che regolano l'istituzione e l'attività di altre autorità amministrative indipendenti i cui rapporti con l'Autorità Giudiziaria, a contrario, sono di collaborazione e reciprocità nella trasmissione di fatti di rilievo penale. Il divieto di riferire sui fatti conosciuti nell'esercizio delle funzioni di vigilanza si palesa altresì in contraddizione con l'obbligo degli OCRI di segnalazione al Pubblico Ministero (art. 22 C.C.I.I.) il quale non avrebbe la possibilità di assumere informazione dalla fonte da cui promana una possibile notizia di reato.

Attribuendo la qualifica di pubblico ufficiale ai componenti degli OCRI che svolgono funzioni di vigilanza è di difficile comprensione l'introduzione di una fattispecie di falso (art. 345 C.C.I.I.) che sanziona meno gravemente la loro condotta rispetto ai delitti di falsità in atti pubblici previsti dagli artt. 476 e ss. c.p. La soluzione sistematicamente più coerente parrebbe quella di espungere l'art. 345 C.C.I.I. con conseguente applicazione delle norme sul falso materiale ed ideologico commesso dal pubblico ufficiale (artt. 476 e ss. c.p.) ed inserire una previsione che punisca le condotte di ostacolo alla vigilanza anche attraverso la modifica dell'attuale art. 2638 c.c. introdotto con il d.lgs. n. 61/2002, in attuazione dell'art. 11 della l. n. 366/2001.

La nuova procedura di «composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa» (artt. 2-19 d.l. 118/2021), attivabile su base esclusivamente volontaria, prevede la nomina di un esperto «quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» senza spossamento del patrimonio dell'imprenditore, che continua la gestione (ordinaria e straordinaria). L'esperto è nominato da una commissione (art 3. co. 6) avente natura mista (un magistrato, un componente di nomina prefettizia, un componente nominato dal Presidente Camera di Commercio) e avrà il compito di convocare «senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento,

componenti dei predetti organismi la punibilità prevista dall'art. 342 C.C.I. per le false attestazioni e relazione del professionista attestatore.

anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica» (art. 5 co. 5)⁹.

L'esperto avrà il compito di agevolare «le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni» di squilibrio «anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa» – art. 2 co. 2). L'accesso alla procedura, che non apre una fase di concorso dei creditori, è accompagnato da una serie di benefici sul piano fiscale (riduzione dell'entità degli interessi sui debiti tributari e sulle sovrattasse, ampliamento delle rateizzazioni, ecc.) e non contempla – nel caso d'insuccesso – il passaggio automatico a una procedura fallimentare né la segnalazione al Pubblico Ministero.

Significative le previsioni dell'art. 4, secondo le quali «durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza» (co. 4), mentre «l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori» (co. 5). Il sesto comma stabilisce che «le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato», esplicitamente prevedendo che «l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi». Il settimo comma, oltre a richiedere che «tutte le parti coinvolte nelle trattative» collaborino «lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto», fissa per le parti stesse «l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative».

Possono essere altresì richieste misure protettive del patrimonio rispetto a iniziative potenzialmente idonee a pregiudicare le trattative mettendo a rischio il risanamento dell'impresa: tali misure debbono tuttavia essere confermate dal tribunale, mentre ai sensi dell'art. 8 si prevede espressamente che l'imprenditore possa dichiarare che «dalla pubblicazione dell'istanza sino alla conclusione delle trattative o alla sua archiviazione, non si applicano gli artt. 2446, secondo e terzo comma, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma e 2482-ter del codice civile, e la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. Su istanza del debitore, il provvedimento può essere pubblicato nel registro delle imprese».

Pur nel presente quadro emergenziale, appaiono evidenti i motivi di perplessità insiti nella previsione in esame, laddove si considerino anche i limiti posti alla sterilizzazione delle perdite dalla normativa Covid (esercizio 2020) e al presidio codicistico costituito dalla normativa in tema di redazione ed approvazione del bilancio.

I dubbi risiedono nella previsione dell'auto sospensione degli istituti di diritto societario sopra richiamati, con l'iscrizione del loro regime all'interno delle misure protettive, laddove nel codice della crisi la sospensione costituiva, a contrario, una delle misure protettive della composizione assistita che andava concessa dal giudice (art. 20, comma 4°).

⁹ Da segnalare che, fra la nutrita documentazione che accompagna l'istanza di accesso da parte dell'imprenditore, è compresa una «una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare» (art. 5 co. 3 lett. b).

La disattivazione della regola “ricapitalizza o liquida” del diritto societario unita ad un potere di gestione quanto mai ampio dell'imprenditore in crisi che conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (art. 9) senza alcun tendenziale obbligo conservativo (ordinariamente previsto dall'art 2486 c.c.) si palesano quali misure prive di “contrappesi” tenuto conto che l'unica avvertenza per l'imprenditore è di evitare che la sua gestione realizzi un pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività, concetto di nuovo conio e di assoluta elasticità discrezionale¹⁰, nell'ipotesi in cui ritenga probabile l'insolvenza.

Il mutamento di prospettiva rispetto all'art 2486 c.c. è evidente, laddove al valore presidiale insito nella “conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”, si sostituisce il ben più indeterminato paradigma della sostenibilità economico finanziaria dell'impresa su cui successivamente innescare le valutazioni in punto di responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti, ben sapendo che il perimetro valutativo delle scelte sarà assicurato dalla semplice sostenibilità economico finanziaria, parametro questo ben diverso rispetto alla più estesa business judgement rule conservativa operante ex art. 2486 c.c. su cui ormai esiste un diritto vivente fortemente articolato per indicazioni teoriche e massime giurisdizionali.

Il cambio di passo appare invero notevole e altrettanto irragionevole in quanto contrariamente ad ogni principio di diritto societario, in una fase di (solamente) probabile crisi o insolvenza (art. 2), si demanda la vigenza presidiale degli istituti in esame alla semplice scelta del soggetto onerato, senza alcun vaglio selettivo degli interessi lesi dalla loro sospensione, vaglio che pure fino a pochi mesi addietro, all'atto della stesura del codice della crisi andava operata dal giudice nel corso del procedimento di composizione assistita della crisi (art. 20): non senza ricordare come l'automatismo della loro introduzione veniva opportunamente riservato alle sole procedure concorsuali minori (id est. domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione ex art. 64 CCII e domanda di concordato preventivo ex art. 89) nelle quali il presidio ordinario degli interessi tutelati dalla disciplina di diritto comune era comunque assicurato dal perimetro di operatività delle stesse procedure, con gli strumenti di intervento propri delle tecniche autorizzative e di controllo andamentale. La trasmutazione di significato istituzionale è evidente.¹¹

Le **ipotesi di conclusione sono analiticamente contemplate nell'art. 11**. Nel caso che sia «individuata una soluzione idonea al superamento» della situazione di squilibrio di cui all'art. 2 co. 1 «le parti possono, alternativamente: a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce» il consolidarsi delle misure premiali «se, secondo la relazione dell'esperto (...), [il contratto] è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; b) concludere una convenzione di moratoria» ai sensi dell'art. 182-*octies* l. fall.; «c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai

¹⁰ La sostenibilità economica non è oggetto di definizione né nel CCII, né nei documenti dei DDCC, né nella letteratura economico aziendale: cosicché esso può essere inteso come redditività, efficienza, economicità, riequilibrio, condizione economica di equilibrio prospettica, e quindi richiamare parametri valutativi diversificati, come tali privi di ogni ancoraggio concettuale ed operativo ai fini della loro successiva valutazione di coerenza

¹¹ Il CCII operava una netta distinzione tra misure protettive e misure cautelari, in quanto alle prime demandava la sola funzione di evitare il pregiudizio alle trattative potenzialmente insite nell'azione promossa dei creditori, laddove le misure cautelari erano solo “ i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza” (art 2 CCII).

creditori e dall'esperto che produce gli effetti» previsti dall'art. 67 co. 3 lett. d) l. fall., «senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo 67» (art. 11 co. 1). Ai sensi del secondo comma del menzionato art. 11 «l'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-*bis*, 182-*septies* e 182-*novies*» l. fall. e «la percentuale» di cui all'art. 182-*septies*, co. 2, lett. c) l. fall. «è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto». Infine, stando al terzo comma del medesimo art. 11, «l'imprenditore può, in alternativa: a) predisporre il piano attestato di risanamento» di cui all'art. 67, co. 3 lett. d) l. fall.; «b) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio» di cui all'art. 18 d.l. 118/2021; «c) accedere ad una delle procedure disciplinate» dalla l. fall. o dal d. lgs 270/1999 o dal d.l. 347/2003 conv. con modif. in l. 39/2004.

Sul versante specificamente penalistico è da segnalare la previsione dell'**art. 12 co. 5 d. l. 118/2021**, che **riproduce** il contenuto precettivo dell'**art. 217-*bis* l. fall.**, stabilendo che le **disposizioni degli art. 216 co. 3 e 217 l. fall. «non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto»** nonché **«ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale»**.

Sul punto mi pare di poter concludere che l'esperto alla luce dei compiti allo stesso affidati ed alla diversa modalità di nomina debba di certo escludersi quale soggetto che ricopra una qualifica pubblicistica ed in modo coerente non sono stati estesi allo stesso le preclusioni investigative di cui all'art. 5 CCII.

Resta configurabile una sua responsabilità concorsuale che dovrà essere verificata prestando attenzione ai seguenti aspetti:

- i) evidenziare dettagliatamente la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie “base” commessa da coloro a cui è affidata la gestione della società, siano essi reati fallimentari o societari o ulteriori fattispecie delittuose;
- ii) ricostruire i poteri e doveri astrattamente attribuibili all'esperto¹²;
- iii) individuare, nel concreto, l'azione doverosa omessa ed il periodo in cui la stessa si è protratta;
- iv) compiere il giudizio controfattuale, verificando se – alla luce delle peculiarità della singola vicenda in esame – l'esercizio della specifica condotta omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento o, quantomeno, sposando un approccio meno rigoroso, ne avrebbe attenuato le conseguenze dannose;
- v) in punto di elemento soggettivo, elencare gli specifici documenti da cui lo stesso avrebbero dovuto cogliere l'esistenza di segnali di allarme e, ove presenti in maniera significativa, accertare se l'omissione sia tale da poterne desumere la volontaria adesione all'evento, quantomeno nella forma del dolo eventuale (per le fattispecie che non ammettono una versione colposa).

¹² Alla stessa stregua della giurisprudenza consolidata sulle figure di garanti quali ad esempio: per i sindaci: art. 2388 c.c. (impugnazione delibere del Consiglio di Amministrazione), 2403 bis cc, art. 2409 terdecies, comma 1, lett. a) c.c., (possibilità di revocare i componenti consiglio di gestione nel sistema dualistico); art. 2381, comma 6, c.c. (potere informativo amministratori non delegati).