

CAPITOLO I

La disciplina civilistica delle procedure concorsuali

1. Evoluzione storica

1.1 Le origini della disciplina fallimentare nei Comuni Medioevali

La disciplina fallimentare italiana ha origini molto risalenti nel tempo. Le sue prime manifestazioni risalgono ad un contesto economico-sociale, quello dei Comuni medioevali, radicalmente diverso da quello attuale, nel quale si affermò per la prima volta una procedura collettiva in cui tutti i creditori venivano posti sullo stesso piano rispetto ai beni del fallito. Il criterio della priorità temporale, tipico della tradizione romanistica, non veniva più applicato, lasciando il campo al principio della c.d. *par condicio creditorum*¹.

Sul versante penalistico, invece, pressoché in tutte le legislazioni del tempo, la bancarotta coincideva con la condotta del debitore insolvente che si dava alla fuga, il c.d. *fugitivus*². La fuga, originariamente considerata come elemento sintomatico dell'insolvenza, diventava elemento qualificativo del reato. La risposta dell'ordinamento a detta condotta era particolarmente severa. Venivano previste punizioni estremamente repressive, prevedendo, alcuni ordinamenti, persino la pena di morte, poiché l'insolvenza veniva considerata "... *una radicale rottura delle regole fondamentali della corporazione, colpendo alla radice la fiducia sulla quale essa riposava ...*"³.

La responsabilità penale dell'insolvente, pertanto, secondo la legislazione comunale e corporativa veniva considerata una responsabilità di tipo oggettivo. Gli ordinamenti medioevali non distinguevano tra falliti fraudolenti, colposi o incolpevoli. Detta distinzione assunse rilievo soltanto a partire dal XV secolo,

¹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Vol. IV, I reati fallimentari*, Torino, 2019, 2-3.

² *Ibidem*, 3.

³ *Ibidem*, 3-4.

soprattutto grazie al contributo di Benvenuto Stracca⁴, considerato il fondatore del diritto commerciale.

Successivamente, in un mutato contesto storico, soprattutto a causa del declino del sistema comunale e dell'influenza del diritto canonico, si cominciò a distinguere tra le diverse tipologie di fallimento, dando rilievo, nell'accertamento della responsabilità penale del commerciante, alle cause dell'insolvenza e trasformando, dunque, la responsabilità penale del fallito in una responsabilità soggettiva⁵.

Due secoli più tardi andò consolidandosi una sorta di 'catalogo' delle condotte di bancarotta, contenuto nell'ordinanza di Luigi XIV del 1673, in cui venivano descritte sostanzialmente le stesse condotte che ancora oggi, a distanza di più di tre secoli, danno luogo ai fatti tipici di bancarotta⁶.

Le ragioni di questa lunga sopravvivenza, probabilmente, sono individuabili in quella che è una caratteristica ineliminabile dell'attività d'impresa, ovvero il rischio che la controparte non adempia in modo completo e puntuale alle proprie obbligazioni e, conseguentemente, il venir meno della fiducia accordata, che giustifica la repressione di queste condotte e l'eliminazione dell'impresa 'marcia' dal mercato⁷.

1.2 L'evoluzione recente della disciplina. Il mutamento del contesto economico-sociale

La legislazione più recente, di contro, sembra propendere per soluzioni più conservative. Nel corso degli ultimi anni, la disciplina fallimentare è stata oggetto di una serie di riforme che hanno mutato totalmente le finalità della disciplina e gli istituti in essa contemplati.

⁴ Per approfondimenti in tema vedi AA.VV., *Decisiones de mercatura et tractatus varii*, 1553, III, n. 2.

⁵ A. ALESSANDRI, *Op. cit.*, 6-8.

⁶ *Ibidem*, 7.

⁷ *Ibidem*, 8-9.

L'approccio originario, che era rimasto sostanzialmente inalterato dal XIII secolo, aveva come unico obiettivo l'eliminazione dal mercato delle imprese in stato di crisi. Successivamente, la disciplina è stata più volte riformata, prima con il passaggio dal codice di commercio del 1882 al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, poi con una serie di riforme fino al 2015 e, da ultimo, con l'introduzione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. 'Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza').

La disciplina contenuta nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. 'Legge Fallimentare') ha risentito, inevitabilmente, del mutato tessuto economico-sociale e ciò ha comportato la necessità, sempre più cogente, di una riforma legislativa che adeguasse la disciplina al nuovo contesto⁸. Il fallimento *ab origine* veniva contemplato come uno "... strumento teso a ripulire il mercato dai soggetti più deboli e meno competitivi ..."⁹, secondo un'impostazione che concepiva la crisi dell'impresa come un evento patologico e l'impresa in crisi come un soggetto economico inefficiente e, per tale motivo, da eliminare.

I mutamenti successivi, verificatisi principalmente nella seconda metà del ventesimo secolo, hanno portato il legislatore a chiedersi se la distruzione di qualunque soggetto economico inefficiente porti, effettivamente, maggiore ricchezza, attraverso la distribuzione del ricavato della liquidazione, di quanta ne possa derivare dalla sua ristrutturazione e dal riposizionamento sul mercato¹⁰.

La liquidazione, infatti, consentirebbe un soddisfacimento solo parziale delle pretese creditorie, mentre la reintroduzione nel mercato concederebbe all'imprenditore la possibilità di estinguere integralmente i propri debiti attraverso i proventi derivanti dalla ripresa della propria attività. Per queste ragioni si è giunti ad un mutamento radicale delle finalità della disciplina, che al giorno d'oggi concepisce il fallimento (*rectius* 'liquidazione giudiziale') come

⁸ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, ed. VII, Milano, 2008, 12.

⁹ *Ibidem*, 12.

¹⁰ *Ibidem*, 12-13.

extrema ratio, dando priorità al c.d. *Turnaround*¹¹ attraverso il ricorso a procedure diverse dal fallimento e finalizzate ad ottenere il risanamento dell'impresa in stato di crisi.

1.3 L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

L'attuale sistema normativo, a seguito dell'introduzione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. 'Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza' di seguito anche solo 'CCI') entrato in vigore solo il 15 luglio 2022, dopo una serie di rinvii a causa dell'emergenza per la pandemia da Coronavirus ed all'introduzione di una serie di correttivi, ha riformato completamente la disciplina civilistica delle procedure concorsuali, ispirandosi a principi diametralmente opposti rispetto a quelli che avevano animato il legislatore del 1942.

La necessità di una riforma si sentiva già da parecchio tempo, poiché la disciplina della Legge Fallimentare si basava sull'assoluta prevalenza dell'interesse dei creditori rispetto a tutti gli altri interessi in gioco, tant'è che già dottrina e giurisprudenza avevano tentato di proporre un'interpretazione evolutiva degli istituti in essa contemplati¹².

L'adozione della nuova disciplina, maggiormente orientata al recupero dell'impresa in crisi, è stata indotta principalmente da una serie di atti sovranazionali, in particolare di origine europea¹³. Detti atti imponevano agli Stati membri la previsione di un sistema normativo che avesse come obiettivo principale quello di impedire l'insolvenza attraverso il ricorso a procedure finalizzate ad una ristrutturazione economicamente sostenibile, al fine, nobile, di salvaguardare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, 13. Termine utilizzato in dottrina, inteso come compiuto e risolutivo rinnovamento strategico e strutturale dell'impresa che impedisce lo slittamento progressivo verso l'insolvenza irreversibile.

¹² G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 9.

¹³ Dir. UE del 20 giugno 2019, n. 1023; Reg. UE del 20 maggio 2015, n. 848; Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014.

¹⁴ A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, 2019, 1822.

La nuova disciplina, in recepimento dei dettami europei, pertanto, rovescia totalmente l'impostazione precedente, dando per la prima volta rilievo ad interessi ulteriori rispetto agli interessi dei creditori e individuando come interesse primario l'interesse alla conservazione dell'impresa e, di conseguenza, al recupero della produttività dell'azienda in crisi.

La *ratio* di questa riforma organica è quella di mitigare il regime sanzionatorio delle procedure concorsuali. Questa intenzione traspare, anzitutto, dalla terminologia utilizzata dal legislatore. Una delle modifiche più rilevanti, infatti, riguarda l'eliminazione dalla disciplina dei termini 'fallimento' e 'fallito', espressivi di un certo disvalore sociale, e la sostituzione di questi con i termini 'liquidazione giudiziale' e 'imprenditore in liquidazione giudiziale'.

L'insolvenza, pertanto, non viene più considerata come una situazione patologica della vita dell'impresa, ma come un'eventualità certamente possibile ed anzi connaturata alla sua essenza.

Ciò ha comportato l'ingresso, nel nostro ordinamento, di istituti che assumono quale presupposto per la loro applicazione lo stato di 'crisi' e non più solo quello di 'insolvenza'¹⁵. Giova evidenziare, inoltre, che la nozione di crisi è stata, da ultimo, modificata a seguito della riforma operata dallo schema di decreto legislativo predisposto dalla c.d. 'Commissione Pagni', che ha eliminato il riferimento allo stato di squilibrio economico-finanziario¹⁶. La finalità di questi

¹⁵ Così definiti testualmente dall'art. 2 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14:

"... «crisi»: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi;

«insolvenza»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ...".

Lo stato di crisi sarebbe, pertanto, da intendere come una sorta di pericolo di insolvenza. La previsione dello stato di crisi come presupposto per l'applicazione di alcuni istituti consente all'imprenditore di anticipare il ricorso alle procedure concorsuali, garantendo sia il soddisfacimento dei creditori, che la conservazione dei plessi aziendali e scongiurando l'insolvenza che comporterebbe la liquidazione dei beni del debitore e la disgregazione dei plessi aziendali.

¹⁶ v. art. 1, lettera a), Atto di Governo n. 374.

istituti è quella di evitare la dispersione del valore residuo dell'impresa in difficoltà, garantendo la c.d. 'continuità aziendale'¹⁷.

La riforma ha inciso, quindi, profondamente sulla disciplina civilistica delle procedure concorsuali. È stato rafforzato il ricorso alle procedure alternative alla liquidazione giudiziale, vengono avallati strumenti di risoluzione della crisi, come a titolo esemplificativo l'accordo di ristrutturazione dei debiti, che consente all'imprenditore, di sua iniziativa, di predisporre un accordo con i suoi creditori - almeno il 60% - consentendo l'uscita dalla crisi mediante una transazione e vengono, infine, previsti strumenti stragiudiziali di risoluzione della crisi, come ad esempio il piano attestato di risanamento, che prevede la possibilità, per l'imprenditore, di redigere un piano rivolto ai creditori che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria¹⁸.

Queste procedure costituiscono " ... il segno di un mutato clima culturale, incline a valorizzare ... l'impresa come valore economico-sociale, ed è per la salvaguardia di quest'ultima e per conservarne la presenza sul mercato che il legislatore ... ha introdotto strumenti normativi che consentano di intervenire per il superamento delle difficoltà economiche e finanziarie dell'azienda, prima che maturi un'irreversibile insolvenza, istituendo una rete di segnali di allerta i quali ... richiamino e pongano l'imprenditore dinanzi alle sue responsabilità, affinché assuma le più opportune e tempestive iniziative ..."¹⁹.

1.3.1 Le modifiche al Codice della crisi; lo schema di decreto legislativo della c.d. 'Commissione Pagni'

Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza è stato oggetto di una serie di interventi correttivi che hanno inciso pesantemente sugli istituti previsti dal testo originale, ora modificandoli significativamente, ora abrogandoli.

¹⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Vol. IV, I reati fallimentari*, Torino, 2019, 13.

¹⁸ *Ibidem*, 13-14.

¹⁹ C. SANTORIELLO, *Il diritto penale fallimentare dopo il Codice della Crisi*, Torino, 2021, 374.

La pandemia da Coronavirus, infatti, impedendo l'entrata in vigore dell'organica riforma, ha fornito l'occasione al legislatore di apportare miglioramenti al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, allineandolo alla Direttiva europea nel frattempo emanata²⁰.

Le modifiche di maggior rilievo sono contenute nell'Atto di Governo n. 374, contenente lo schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Lo schema di decreto legislativo è frutto dei lavori della c.d. 'Commissione Pagni', istituita dalla legge dalla Legge del 22 aprile 2021, n. 53, ed investita del compito di dare attuazione nel nostro ordinamento alla Direttiva europea del 20 giugno 2019, n. 1023 (c.d. '*Insolvency*'). Il testo è stato trasmesso alle Camere il 17 marzo 2022 e, dato l'esito favorevole dei pareri delle competenti Commissioni, è probabile che sia destinato ad entrare in vigore senza subire ulteriori modifiche sostanziali.

Lo schema incide sulla disciplina civilistica delle procedure concorsuali, modificando significativamente il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, attraverso modifiche di istituti preesistenti e introducendo nuovi strumenti e nuove figure finalizzate a garantire un miglior recupero delle imprese.

Il testo si compone di 50 articoli, suddivisi in due Capi. Il primo Capo, che va dall'articolo 1 all'articolo 44, contiene le modifiche al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14. Si passeranno ora in rassegna le modifiche più rilevanti²¹.

La riforma prevede l'integrale sostituzione del Titolo II della Parte I del CCI. Ciò determina, in concreto, la soppressione della procedura di composizione assistita della crisi e, conseguentemente, la soppressione dell'organismo di composizione della crisi d'impresa (c.d. 'OCRI'), con l'inserimento di una nuova procedura, la composizione negoziata della crisi, già introdotta dai Decreti-Legge

²⁰ Direttiva europea del 20 giugno 2019, n. 1023 (c.d. '*Insolvency*').

²¹ v. Dossier del 4 aprile 2022 sullo Schema di decreto legislativo curato dal Servizio Studi del Senato e disponibile in www.diritto.it/wp-content/uploads/gi0199.pdf.

del 24 agosto 2021, n. 118 e del 6 novembre 2021, n. 152, ed ora inserita, ad opera del predetto schema di decreto, nel *corpus* normativo del Codice della Crisi d'impresa.

La composizione negoziata della crisi consente all'imprenditore, che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, di attivare una procedura stragiudiziale, attraverso l'istituzione di un'apposita piattaforma telematica nazionale istituita presso la Camera di Commercio, finalizzata a scongiurare la crisi o l'insolvenza. Detta procedura prevede il coinvolgimento di una figura nuova, precedentemente non prevista dal CCI, che è quella dell'esperto, ovvero un soggetto terzo - si tratta principalmente di commercialisti, avvocati o consulenti del lavoro dotati di esperienza nel campo della risoluzione della crisi d'impresa - che si affianca all'imprenditore, al fine di vagliare le probabilità di risanamento e formulare, entro 180 giorni, unitamente all'imprenditore, una soluzione adeguata.

Lo schema, inoltre, modifica il Titolo III del Codice della Crisi, introducendo la dizione di 'quadri di ristrutturazione preventiva', in recepimento della Direttiva europea c.d. '*Insolvency*'. La definizione è stata introdotta, ad opera dell'art. 1 dello schema di decreto legislativo, nell'art. 2 del CCI e precisamente alla lettera *m-bis*). I quadri di ristrutturazione preventiva vengono pertanto definiti come " ... *le misure e le procedure volte al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale ...*"²²

Gli articoli da 7 a 13, invece, incidono sul contenuto del Titolo III del Codice della Crisi. In particolare, l'art. 7 dello schema di decreto legislativo modifica la rubrica del predetto Titolo, inserendo la nozione di 'Quadri di ristrutturazione preventiva e procedure d'insolvenza' in luogo della vecchia dizione di 'Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Le disposizioni successive

²² v. art. 1, lettera d), Atto di Governo n. 374.

contengono principalmente norme di coordinamento, finalizzate ad adeguare il contenuto degli articoli del Titolo III al mutamento terminologico verificatosi con l'introduzione della nozione di quadri di ristrutturazione.

Lo schema incide, inoltre, sul Titolo IV della prima parte del CCI, disciplinante gli strumenti di regolazione della crisi.

La riforma incide, anzitutto, su uno dei principi cardine del Codice della crisi, in quanto sancisce il principio generale della facoltatività della suddivisione in classe. In ogni caso, comunque, rimane fermo il principio generale secondo cui può essere previsto un trattamento differenziato esclusivamente per creditori appartenenti a classi differenti.

Viene, inoltre, predisposto un ulteriore strumento, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Tale strumento prevede che il debitore, che si trovi in stato di crisi o d'insolvenza, possa predisporre un piano per il soddisfacimento dei creditori senza essere sottoposto ai vincoli di distribuzione previsti per il concordato preventivo. Il nuovo procedimento prevede, inoltre, la possibilità di passare dal piano di ristrutturazione al concordato preventivo e viceversa²³.

Per ciò che concerne, invece, la parte penalistica della disciplina, si rileva che le due disposizioni che incidono sul Titolo IX del CCI, relativo appunto alle disposizioni penali, sono principalmente disposizioni di coordinamento, per adattare i riferimenti normativi ai mutamenti terminologici operati dallo schema di decreto in esame.

Trattasi, in particolare, degli artt. 37 e 38 dell'Atto di Governo n. 374. La modifica di maggior rilievo riguarda sicuramente l'abrogazione, effettuata ad opera dell'art. 38, comma 2 dello schema di decreto²⁴, dell'art. 345 del CCI, disciplinante il reato di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI,

²³ v. Dossier del 4 aprile 2022 sullo Schema di decreto legislativo curato dal Servizio Studi del Senato e disponibile in www.diritto.it/wp-content/uploads/gi0199.pdf, con particolare riferimento a pp. 14 e ss.

²⁴ L'art. 3, comma 2, testualmente:

“... L'articolo 345 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, è abrogato ...”

essendo stato soppresso tale organismo dalla riscrittura del Titolo II²⁵.

1.3.2 Approfondimento sul presupposto della 'crisi'

Come già precedentemente evidenziato, con l'introduzione del CCI, si giunge ad un'anticipazione della tutela civilistica attraverso la specificazione del concetto di 'crisi'. Per questo motivo, è necessario un approfondimento che ci consenta di comprendere quando un'impresa si trovi in 'stato di crisi', in quanto ciò, come meglio si vedrà di seguito, è necessario per un'ottimale comprensione della disciplina, anche con riferimento alle sue ricadute penalistiche.

Giova anzitutto evidenziare che la nozione 'stato di crisi' è una nozione sfuggente e imprecisa. Lo 'stato di crisi' è locuzione contraddittoria, poiché la caratteristica essenziale della crisi è quella di essere 'in divenire'. Si tratta di un concetto dinamico, non coerente con la menzione di uno 'stato' che, per sua natura, è fisso nel tempo.

Bisogna, pertanto, allontanarsi da una concezione, frutto delle frettolose riforme, della crisi come 'genere' dell'insolvenza, come formulato nell'art. 160, comma 3 l.fall. È necessario, anzitutto, operare una distinzione tra la nozione aziendalistica di crisi e quella giuridica. Per i cultori delle discipline aziendalistiche, la crisi altro non è che una situazione di squilibrio che esige un intervento con misure idonee, ma che, tuttavia, consenta ancora di apprezzare probabilità di recupero di almeno una parte dei valori aziendali. Questa nozione è importante, poiché consente all'operatore giuridico di comprendere come la crisi non è mai improvvisa, ma viene sempre preceduta da fenomeni di decadenza e di squilibrio che, se non scoperti in tempo, portano l'impresa al declino, fino a rendere necessaria la liquidazione.

²⁵ v. v. Dossier del 4 aprile 2022 sullo Schema di decreto legislativo curato dal Servizio Studi del Senato e disponibile in www.diritto.it/wp-content/uploads/gi0199.pdf, con particolare riferimento a pp. 176 ss.

La nozione giuridica, invece, considera i flussi di cassa, presenti e prospettici, per valutare se questi siano adeguati o meno a far fronte agli obblighi assunti verso i creditori.

Si tratta, come si può vedere, di nozioni fluide, comprensive di varie situazioni di difficoltà in cui può trovarsi un'impresa. Nonostante ciò, si tratta di situazioni in cui l'imprenditore può, attraverso un intervento straordinario di ristrutturazione, risanare l'impresa e conservarne il valore degli *asset*, secondo la prospettiva del *going concern* fatta propria dal CCI²⁶.

2. I rapporti tra la disciplina civilistica e quella penalistica

2.1 Un quadro disarmonico

Passando ora all'analisi della parte penalistica della materia, è importante segnalare come le varie riforme succedutesi nel tempo non abbiano portato a nessun mutamento rilevante della disciplina. Gli istituti penalistici contenuti originariamente nella Legge Fallimentare sono rimasti pressoché identici, generando una profonda disarmonia tra le due parti della disciplina, che ha provocato e, in alcuni casi, aggravato lacune e contraddizioni interne²⁷.

D'altra parte, però, non si comprende per quali ragioni i commentatori spingano per una riforma dei reati fallimentari, giustificandola richiamando la riforma del CCI, poiché il legislatore del 2019, intervenendo quasi esclusivamente sulla disciplina civilistica, ha operato una scelta, ovvero quella di non intervenire sulle disposizioni penalistiche. Tale scelta, pertanto, lungi dall'essere condivisibile, non può non essere tenuta in considerazione²⁸. Quest'intento è inoltre confermato anche dalla Relazione illustrativa al Codice della crisi e dell'insolvenza, nella parte in cui afferma che "... è garantita di fatto la continuità

²⁶ A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, 2019, 1825 ss.

²⁷ A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali, uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, 1.

²⁸ C. SANTORIELLO, *Op. cit.*, 27 ss.