

L'anno che verrà: che ruolo avrà il diritto penale nell'ambito della ripresa economica?

Prima parte.

di **Jean-Paule Castagno** e **Andrea Alfonso Stigliano**

Sommario. **1.** Il diritto penale dei “*tempi eccezionalmente brutti*”. – **2.** I finanziamenti garantiti e la tutela dello Stato garante. – **3.** La continuità aziendale e i versamenti obbligatori. – **4.** La continuità aziendale nelle scritture contabili. – **5.** Profili penal-fallimentari.

1. Il diritto penale dei “tempi eccezionalmente brutti”.

Exceptionally bad times. Queste tre parole utilizzate dall'ufficio parlamentare di bilancio, in una nota pubblicata lo scorso 10 settembre, si adattano perfettamente allo tsunami che si sta abbattendo sull'economia italiana¹. Ed in “*tempi eccezionalmente brutti*”, il confine del penalmente rilevante diventa più evanescente così come si assottiglia sempre più l'uso e l'abuso dello strumento penale.

Se per contrastare l'emergenza sanitaria abbiamo già assistito a molteplici interventi – quali, in ordine sparso, l'alluvione di provvedimenti, la nascita e (prematura) dipartita di nuove fattispecie di reato, la “*riscoperta di una anticaglia*”² e l'utilizzo di droni – altrettanti se ne possono attendere per fronteggiare la, altrettanto grave, emergenza economica alle porte.

Due le principali direttrici lungo le quali, ad avviso di chi scrive, si svilupperà il rischio penale nell'era *post-lockdown*: da una parte, in tempi di crisi le “*occasioni*” di commettere illeciti economici crescono esponenzialmente; dall'altra parte alcune misure inserite nei D.L. 18/2020 (c.d. Decreto Cura Italia) e D.L. 23/2020 (c.d. Decreto Liquidità), ed in particolare quelle “*di accesso al credito per le imprese*”, prestano *ex se* il fianco a comportamenti opachi. In tale contesto, vengono in rilievo tematiche quali la correttezza nell'erogazione del credito, la continuità aziendale e la tutela dei creditori

¹ All'indirizzo web <https://www.upbilancio.it/memoria-del-presidente-dellupb-sulla-relazione-al-parlamento-predisposta-ai-sensi-della-l-2432012/>.

² L'espressione è di G.L. GATTA, “*Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*”, in *Sistema Penale*, all'indirizzo web <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure>.

sociali, la trasparenza delle scritture contabili, la lealtà fiscale e il corretto funzionamento del mercato.

Si svolgeranno alcune riflessioni per mettere a fuoco due principali interrogativi: quali sono, nel mutato contesto che ci attende, i principali rischi penali per gli operatori economici, imprenditori e intermediari finanziari? Quali invece le possibili condotte per mitigare tali rischi?

In ragione della vastità della materia, l'argomento sarà diviso in due parti: in questa prima parte, affronteremo le tematiche collegate al credito alle imprese, all'impatto dell'attuale crisi di liquidità sugli obblighi di versamento tributario e contributivo, alle valutazioni sulla continuità aziendale trasposte nelle scritture contabili e ai risvolti penal-fallimentari della crisi. La seconda parte, invece, affronterà i rischi penali relativi all'aggiudicazione di commesse: dalla corruzione in ambito pubblico, alla corruzione privata, dalla turbata libertà degli incanti sino alle frodi commerciali.

2. I finanziamenti garantiti e la tutela dello Stato garante.

Una prima diretta conseguenza dell'emergenza sanitaria e del connesso *lockdown* è la drastica riduzione di domanda di beni e servizi e, quindi, la mancanza di liquidità per le imprese. Per fornire una risposta immediata, con il Decreto Liquidità, il Governo ha introdotto misure per 400 miliardi finalizzate ad agevolare il flusso di denari dalle banche alle aziende.

Tra le varie misure, il Decreto prevede lo stanziamento di 200 miliardi da destinare in garanzie concesse da parte dello Stato attraverso la società Sace S.p.A., del gruppo Cassa Depositi e Prestiti, in favore degli istituti che effettuino finanziamenti alle imprese sotto qualsiasi forma (art. 1). Le imprese possono ottenere una copertura dell'importo del finanziamento variabile sulla base del numero dei dipendenti e del volume del fatturato³.

Non possono beneficiare di tali finanziamenti le imprese con esposizioni deteriorate antecedenti al 31 gennaio 2020, quelle in corso di concordato in continuità, accordi di ristrutturazione o piani attestati di risanamento successivi al 31 dicembre 2019 e di imprese in stato di "difficoltà" ai sensi della normativa europea.

³ Per quel che riguarda, invece, le piccole e medie imprese, attraverso il rafforzamento e ampliamento del Fondo di Garanzia PMI, si è strutturato un sistema grazie al quale i piccoli e medi imprenditori potranno accedere al credito erogabile da parte degli operatori finanziari e bancari potendo contare sul fatto che il loro merito creditizio non sarà fatto oggetto di valutazione, poiché il Fondo non chiederà alle banche di procedere ad una istruttoria ordinaria per poter ottenere il finanziamento. L'ampliato Fondo di Garanzia PMI concede, a titolo gratuito, una garanzia di solvibilità agli operatori bancari e finanziari, garantendo in tal modo l'accesso da parte di tutte le piccole e medie imprese (comprese le ditte individuali o gli esercenti arti e professioni) ad un finanziamento garantito minimo di 25.000 euro. Inoltre, viene prevista la possibilità, per le piccole e medie imprese aventi un fatturato annuo di almeno 3.200.000 euro di attingere, usufruendo della garanzia del Fondo, a finanziamenti fino al 25% del fatturato annuo.

A fronte della garanzia da parte dello Stato e di condizioni particolarmente vantaggiose, l'imprenditore deve però garantire che *"il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria"* (art. 1, comma 2 l. n).

Dall'attuale testo emerge pertanto una duplice cautela: evitare che tali finanziamenti siano concessi ad aziende non "meritevoli" in quanto già decotte prima dell'insorgere della crisi ed evitare che i finanziamenti concessi siano usati per finalità differenti rispetto alla salvaguardia della continuità aziendale.

La risposta penalistica a tali esigenze trova sede in molteplici disposizioni normative, in parte alternative tra loro.

Circa il primo profilo, relativo alla correttezza dell'erogazione, sovviene alla mente il caso dell'imprenditore che, pur di ottenere il credito agevolato, fornisca false informazioni o false dichiarazioni agli istituti finanziari (e questi, a loro volta, allo Stato), così richiamando, oltre alle varie fattispecie di falso e di mendacio bancario, le figure della truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 comma 2 c.p.) o per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.) e l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 *ter* c.p.).

Con riferimento alle due forme di truffa aggravata, l'elemento specializzante della figura di cui all'art. 640 bis c.p. rispetto alla figura di cui al secondo comma dell'art. 640 c.p. risiede nell'oggetto sul quale deve cadere l'azione truffaldina rappresentato da i) ogni attribuzione economica agevolata erogata da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, comunque denominata; ii) *"contributi e sovvenzioni"* (erogazioni a fondo perduto); iii) finanziamenti (cessioni di credito a condizioni vantaggiose per impieghi determinati); iv) mutui agevolati (caratterizzati, rispetto all'ipotesi precedente, dalla maggior ampiezza dei tempi di restituzione)⁴.

In merito, la Suprema Corte ha evidenziato che quando lo Stato o la Unione Europea stanzino in bilancio fondi da destinare a finanziamenti per aiutare imprese aventi particolari requisiti, l'illecita captazione del finanziamento, carpita rappresentando fraudolentemente requisiti inesistenti, pur non provocando uscite di bilancio superiori a quelle stanziare dall'ente erogatore ha l'effetto di sottrarre il finanziamento ad altre imprese in possesso dei

⁴ Cass. Pen. Sez. III, 1999, n. 11831. La giurisprudenza ha chiarito che per *"erogazioni pubbliche"*, cui si riferisce l'art. 640 bis c.p., debbono intendersi soltanto quelle finalizzate alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di interesse pubblico, rimanendone quindi escluse le indennità di natura previdenziale o assistenziale, la cui fraudolenta percezione può rendere configurabile il reato di truffa aggravata in danno dello Stato o di altro ente pubblico, ai sensi dell'art.640, comma 2, n. 1 (Cass. Pen., Sez. I, 1999, n. 2286).

requisiti di legge⁵. Il "danno" attiene alla captazione di risorse pubbliche da parte di "soggetti diversi" da quelli aventi titolo: vi è in sostanza una natura pubblicistica dell'erogazione a destinazione vincolata verso soggetti ben individuati aventi determinati presupposti per ricevere i fondi pubblici⁶.

Quanto poi all'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, tale fattispecie condivide con la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche l'oggetto materiale della condotta ma si pone rispetto ad essa in rapporto di sussidiarietà, applicandosi la prima "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 bis".

Potendo entrambi i reati prevedere l'utilizzo di falso, documentale o dichiarativo, la linea principale di discriminazione tra le due fattispecie appare ravvisarsi nella circostanza che il reato di cui all'articolo 316 *ter* c.p. non richiede il requisito della induzione in errore del soggetto passivo, che è invece uno degli elementi costitutivi della truffa⁷. Tale induzione in errore difetta, in particolare, tutte le volte che l'erogazione del contributo avvenga sulla base della mera autocertificazione del privato e non presuppone alcun controllo preventivo da parte del dipendente pubblico, che per tale determinante ragione si rappresenta esattamente la attestazione del privato ed eroga il contributo sulla base della sola affermazione del privato di averne diritto⁸.

Sul versante dei vincoli di utilizzo dei finanziamenti, viene in rilievo la previsione dell'art. 316 *bis* c.p. che punisce il soggetto estraneo alla pubblica amministrazione che, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destini alle predette finalità⁹.

⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 26351.

⁶ A tal riguardo, è già stata rilevata l'assenza di meccanismi di tracciabilità dell'uso del finanziamento, quali ad esempio l'uso conti dedicati, che avrebbe comportato una preziosa risorsa investigativa (cfr. F. GRECO – G. MELILLO, "Emergenza coronavirus e crisi economica: i Procuratori di Milano e Napoli sul "decreto credito" e i rischi connessi all'immissione di liquidità nel mercato delle imprese. Necessaria una correzione di rotta", 10 aprile 2020, su La Repubblica.).

⁷ Cass. Pen. Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568.

⁸ Cass. Pen. Sez. II, 11 novembre 2016, n. 47883.

⁹ Tali timori sono stati segnalati anche dall'UIF nel Report "Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza da covid-19" pubblicato lo scorso 16 aprile 2020: "In particolare, nella prima fase potrebbero emergere sospetti di condotte fraudolente tese a ottenere il finanziamento con garanzia pubblica in mancanza o in violazione dei presupposti stabiliti dalla normativa, mediante l'alterazione o la falsificazione della documentazione necessaria ovvero in violazione delle norme che ne disciplinano l'erogazione; in tale ambito possono venire in rilievo ipotesi di mendacio bancario e reati di falso nonché fenomeni di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e di indebite percezioni a danno dello Stato. Con riferimento alla fase di utilizzo delle sovvenzioni occorre prestare attenzione alla destinazione dei flussi finanziari, specie se accompagnati da un vincolo di scopo, poiché

Il delitto di malversazione ai danni dello Stato mira a reprimere le frodi attuate non destinando i fondi ottenuti alle finalità per le quali sono stati erogati. Ai fini della configurabilità del reato, la nozione di "opere" o "attività di interesse pubblico", alla cui realizzazione è subordinata la concessione del finanziamento, del contributo o della sovvenzione pubblica, va intesa in senso molto ampio, di escludere dal suo ambito operativo soltanto quei sussidi economici elargiti per finalità assistenziali sociali senza vincolo preciso di destinazione¹⁰. In sostanza, la formula normativa ha riguardo allo scopo perseguito dall'ente pubblico erogante piuttosto che all'opera o all'attività in sé considerata, conseguendone che l'interesse pubblico dell'opera o dell'attività non è connesso alla natura oggettiva dell'una o dell'altra ma piuttosto alla provenienza pubblica dell'erogazione e al vincolo di destinazione della stessa, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale dello Stato o di altro ente pubblico.

La Sezione Unite hanno di recente risolto un annoso contrasto giurisprudenziale statuendo come il reato di malversazione a danno dello Stato concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (e quindi con la figura sussidiaria di cui all'art 316 *ter* c.p.) posto che tra le due fattispecie non sussiste un concorso apparente di norme, ma un concorso materiale di reati che può determinare, al più, un vincolo di continuazione qualora l'erogazione pubblica sia ottenuta dal privato fraudolentemente e poi utilizzata per scopi privati: e ciò in quanto le condotte incriminate dalle due fattispecie sono strutturalmente differenti e cronologicamente distinte¹¹.

Con riferimento ai finanziamenti di cui all'art. 1 del Decreto Liquidità, gli stessi, sussistendone tutti gli elementi costitutivi, potrebbero rientrare nel paradigma di tutela degli articoli 640 *bis* / 316 *ter* c.p. e 316 *bis* c.p.; è ciò alla luce della considerazione del fatto che, se è vero che il finanziamento è erogato dall'ente creditizio e non direttamente dallo Stato, quest'ultimo assumendo la veste di garante in caso di mancato rimborso del finanziamento, mantiene il suo interesse alla corretta erogazione e destinazione del credito.

In fase di erogazione, allora, il nodo cruciale della questione appare la corretta informativa dall'imprenditore all'istituto di credito e da questi allo Stato sia in fase di erogazione del credito sia nella successiva fase di destinazione dello stesso.

potrebbero rintracciarsi sospetti di malversazioni a danno dello Stato e attività distrattive collegate anche a reati societari e fallimentari. In tale ambito, vanno valorizzate le procedure per il controllo dei flussi finanziari verso Paesi che presentano elevati rischi di riciclaggio".

¹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 23778.

¹¹ Cass. Pen., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664.



In un difficile bilanciamento di interessi, dovendo le necessarie esigenze di trasparenza e completezza informativa coordinarsi con le (oggi più che mai rilevanti) esigenze di rapidità di intervento, è stata da più parti suggerito seguire lo schema della autodichiarazione: l'imprenditore, quale soggetto più idoneo a rappresentare la situazione della propria impresa, sarebbe chiamato ad attestare che lo stato di crisi e/o insolvenza sia diretta conseguenza del Covid-19, specificando se vi è continuità aziendale o meno; di non avere, al 31 dicembre scorso, debiti scaduti da oltre novanta giorni in una percentuale da definire, per esempio, sul fatturato; di aver tenuto una regolarità dei versamenti contributivi¹² e dimostrare il perdurante rispetto del vincolo di destinazione. Tutto supportato da idonea documentazione, quali i bilanci degli ultimi tre anni regolarmente depositati e una situazione patrimoniale aggiornata alla data della domanda.

Nella fase di successivo utilizzo del finanziamento, l'eventuale volontaria distrazione dello stesso dalla finalità imposta dal decreto – *“sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia”* – potrebbe rilevare ai fini di una contestazione di malversazione.

Senza dimenticare che le potenziali fattispecie appena richiamate portano con loro il rischio di contestazione alla società stessa ai sensi del D. Lgs. 231/2001, conseguentemente il rischio di applicazione delle relative sanzioni pecuniarie e interdittive così come di sequestro e successiva confisca del profitto del reato (potenzialmente considerato pari al valore dei finanziamenti ottenuti) anche nella forma per equivalente.

Da ultimo, non può escludersi un riflettore che vada ad indagare il ruolo dell'ente creditizio in relazione a quelle situazioni nelle quali questi abbiano agevolato l'indebito ottenimento della liquidità garantita dallo Stato.

3. La continuità aziendale e i versamenti obbligatori.

Sempre in tema di liquidità, uno dei primi interventi intrapresi, già con il Decreto Cura Italia e successivamente con il Decreto Liquidità, consiste nelle proroghe e sospensioni per i versamenti (ritenute alla fonte, IVA e contributi previdenziali e assistenziali), in scadenza nei mesi di marzo, aprile e maggio 2020¹³. I versamenti sospesi dovranno essere effettuati, senza applicazione di

¹² Così, il dott. R. FONTANA, Sostituto Procuratore in Milano, 16 aprile 2020, su Il Sole 24 Ore, pag. 28.

¹³ Con riferimento a tutti i contribuenti, è stata prevista la proroga dal 16 al 20 marzo dei versamenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni, inclusi quelli fiscali e quelli relativi ai contributi previdenziali ed assistenziali ed ai premi per l'assicurazione obbligatoria. Per i soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato sono sospesi i versamenti in scadenza nei mesi di aprile e di maggio 2020, relativi: i) alle ritenute alla fonte sui redditi di lavoro dipendente e assimilato e alle trattenute relative all'addizionale regionale e comunale, che i



sanzioni e interessi, in un'unica soluzione entro il 30 giugno 2020 o mediante rateizzazione fino a un massimo di cinque rate mensili di pari importo a decorrere dal medesimo mese di giugno.

Con riferimento ai reati di omesso versamenti di ritenute certificate (art. 10 bis d. lgs. 74/2000) e di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (art. 10 ter d. lgs. 74/2000), tali misure non paiono sortire effetti.

In tema di ritenute certificate, la norma punisce *"chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta"*: tale termine è fissato al 31 ottobre 2020 e, per il momento, è successivo rispetto ai termini per il deposito prorogati dei decreti. Similmente, l'art. 10 ter punisce *"chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta"*: essendo il termine per il versamento dell'acconto 2021 il 27 dicembre dell'anno in corso, la fattispecie penale non viene toccata.

Differentemente, invece, con riferimento alla fattispecie di mancato versamento dei contributi previdenziali (art. 2, D.L. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 novembre 1983, n. 638), il reato si consuma in caso di mancato versamento di contributi per un valore superiore ai 10.000 euro alla scadenza del termine per versare, fissato al giorno 16 del mese successivo a quello in cui le ritenute sono state operate¹⁴.

predetti soggetti operano in qualità di sostituti d'imposta; ii) all'imposta sul valore aggiunto; iii) ai contributi previdenziali e assistenziali, e ai premi per l'assicurazione obbligatoria. Il beneficio della sospensione è concesso solo per imprese e professionisti che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei compensi nei mesi di marzo e aprile 2020 rispetto agli stessi mesi del 2019 e che abbiano intrapreso l'esercizio dell'attività dopo il 31 marzo 2019. La riduzione deve essere di almeno il 33% in caso di ricavi o compensi non superiori a 50 milioni di euro (riferiti al periodo d'imposta 2019) ovvero del 50% per i contribuenti con ricavi o compensi superiori a 50 milioni di euro (sempre riferiti al 2019). Per i soli versamenti IVA in scadenza ad aprile e maggio 2020, la sospensione si applica, a prescindere dal volume dei ricavi e dei compensi, alle imprese e i professionisti che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nelle province di Bergamo, Brescia, Cremona, Lodi e Piacenza, che hanno subito una diminuzione del fatturato o dei compensi di almeno il 33 per cento nel mese di marzo e aprile 2020 rispetto agli stessi mesi del 2019. Inoltre, per tali attività, espressamente indicate nel Decreto Cura Italia, è stata disposta la sospensione fino al 30 aprile 2020, dei termini relativi: i) ai versamenti delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e assimilati; ii) ai versamenti IVA in scadenza nel mese di marzo 2020; iii) agli adempimenti e ai versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria.

¹⁴ Cass. Pen. Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 1511, secondo la quale il reato *"si consuma nel momento in cui scade il termine utile concesso al datore di lavoro per il versamento, attualmente*

In tale senso, trattandosi di un reato omissivo proprio che punisce il mancato *facere quod debeat*, la proroga del termine ultimo per l'adempimento dell'obbligo contributivo sposta a tale nuova data il momento in cui l'eventuale omissione potrà avere rilievo penale.

Al netto però di tali proroghe, la questione che merita maggiore approfondimento è se l'imprenditore che si trovi in crisi di liquidità risponda o meno per i mancati versamenti.

Come noto, la giurisprudenza di legittimità ha dimostrato particolare attenzione al tema laddove, ad un primo solido sbarramento che escludeva qualsiasi attitudine scusante della crisi di liquidità ha fatto seguire – allineandosi maggiormente alle pronunce di merito – una posizione più aperta, quanto meno in linea teorica¹⁵.

Dall'analisi del panorama giurisprudenziale, emergono due posizioni ricorrenti: la prima fa leva sull'art. 45 c.p. e qualifica la crisi di liquidità del contribuente come forza maggiore (o fornisce i criteri perché possa essere qualificata come tale); la seconda, invece, valorizza la situazione di difficoltà economica come un elemento che impedisce di considerare accertato il dolo generico¹⁶.

In un ampio numero di pronunce, sia di legittimità sia di merito, si rintraccia la linea interpretativa che conferisce rilevanza alla crisi di liquidità del contribuente in quanto circostanza in grado di integrare la *"vis cui resisti non potest a causa della quale l'uomo non agit sed agitur"*¹⁷. Perché la crisi di liquidità possa essere considerata come un evento di forza maggiore che esclude la colpevolezza, tuttavia, è necessario l'assolvimento – da parte di chi invoca la scusante – di precisi oneri di allegazione che investano *"non solo l'aspetto della non imputabilità al contribuente della crisi economica che improvvisamente avrebbe investito l'azienda, ma anche la circostanza che*

fissato, dall'art. 2, comma primo, lett. b) del D.Lgs. n. 422 del 1998, al giorno sedici del mese successivo a quello cui si riferiscono i contributi".

¹⁵ S. CAVALLINI, "L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate", in R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, "I reati tributari", Giappichelli, 2017, pag. 330. Cfr., fra le altre, Cass. Pen., Sez. Fer., 28 agosto 2014, n. 40394, ove si afferma che la *"possibilità di affermare la inesigibilità di una condotta di ottemperanza ai tributi da versare allo Stato per difficoltà finanziarie del suo autore"* costituisce *"una questione delicata che non può che essere affrontata caso per caso, risultando impossibile la enunciazione di principi generali sia in un senso che nell'altro. (...) Diversamente, è veramente troppo breve il passo rispetto alla equazione: omesso versamento cosciente e volontario = reato, vale a dire, ad una attribuzione del fatto a titolo di responsabilità oggettiva"*.

¹⁶ Emerge, quindi, una sottile differenza fra i due orientamenti, laddove la forza maggiore ex art. 45 c.p. è tradizionalmente ascritta alla categoria delle scusanti, circostanze anormali che influiscono in modo irresistibile sulla volontà del soggetto agente, in modo da rendere inesigibile il comportamento doveroso prescritto dalla norma incriminatrice (cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, "Manuale di diritto penale. Parte generale", sesta edizione, Giuffrè, 2017, pag. 396), mentre la mancanza di dolo generico attiene, semplicemente, all'impossibilità di ravvisare nel caso concreto tutti gli elementi costitutivi del coefficiente psichico.

¹⁷ Da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38594.

*detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso ad idonee misure da valutarsi in concreto*¹⁸.

Parallelamente al descritto orientamento, si rintraccia con frequenza nella giurisprudenza di merito – con riscontri anche nella giurisprudenza di legittimità – la diversa linea interpretativa che attribuisce rilevanza alla grave difficoltà economica del contribuente quale circostanza che impedisce di ritenere accertato il dolo generico nel caso di specie¹⁹.

Entrambi gli orientamenti hanno il pregio di mantenere tali reati di omesso versamento quali fattispecie dolose: differentemente, fondare la responsabilità penale sull'obbligo implicito in capo al contribuente di gestire le proprie risorse in modo idoneo a poter provvedere ai versamenti (fiscali e contributivi), costituirebbe una indebita trasformazione della fattispecie contestata da essenzialmente dolosa a colposa²⁰; trasformazione che non si

¹⁸ *Ibidem*. In senso analogo anche Cass. Pen., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 12906; Cass. Pen., Sez. III., 27 marzo 2018, n. 20725; Cass. Pen., Sez. III, 1° febbraio 2017, n. 15235; Cass. Pen., sez. III, 20 gennaio 2017, n. 18834; Cass. Pen., sez. III, 6 marzo 2014, n. 19426. Cass. Pen., sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38594 secondo la quale, ai fini della configurabilità della scusante ex art. 45 c.p., la rilevano le seguenti circostanze: "a) il margine di scelta esclude sempre la forza maggiore perché non esclude la "suitas" della condotta; b) la mancanza di provvista necessaria all'adempimento dell'obbligazione tributaria penalmente rilevante non può pertanto essere addotta a sostegno della forza maggiore quando sia comunque il frutto di una scelta/politica imprenditoriale volta a fronteggiare una crisi di liquidità; c) non si può invocare la forza maggiore quando l'inadempimento penalmente sanzionato sia stato concausato dai mancati accantonamenti (...)".

¹⁹ Tale indirizzo ermeneutico si appoggia sul già menzionato rilievo secondo cui "è invero l'esistenza concreta della possibilità di adempiere il pagamento che costituisce, come già affermato da questa Corte, indefettibile presupposto della sussistenza della volontà in capo al soggetto obbligato di non effettuare nei termini il versamento dovuto" (Cass. Pen., Sez. III, 1° dicembre 2017, n. 29873). In tale ottica, l'incolpevole crisi di liquidità che colpisce il contribuente, facendo venire meno la concreta possibilità per quest'ultimo di effettuare il comportamento doveroso, elide il presupposto fondamentale del dolo generico previsto dall'art. 10 *ter* (Cass. Pen., Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176). Tra le pronunce di merito, si veda Trib. Milano in composizione monocratica, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 1342; Trib. Milano in composizione monocratica, Sez. II, 18 aprile 2018, n. 2136 secondo la quale "la contestuale crisi di liquidità, o forse meglio l'assoluta incapacità economica, alla quale la ditta Fe. non ha potuto far fronte, considerata la repentinità e le dimensioni dei mancati incassi dal cliente principale (...), dal quale aveva perduto i pagamenti delle prestazioni soggette ad IVA per l'anno 2011, fa venir meno ogni volontarietà dell'odierno imputato di porre in essere l'illecito penale a lui contestato"; ancora, in senso conforme cfr. Trib. Firenze, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 27 luglio 2012, ove si precisa che "il processo penale, a differenza di quello tributario, impone di valutare e di provare la volontarietà dell'omissione (nel senso richiesto dalla norma violata, di tal che deve risultare che l'agente si è rappresentato, e ha voluto l'omissione del versamento nel termine richiesto) volontarietà che nel caso di specie non sussiste, causa la crisi finanziaria in cui si era venuto a trovare [l'imputato]".

²⁰ F. ROMOLI, "Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità", all'indirizzo web www.archiviopenale.it, il quale richiama A. MARTINI, "Reati in materia di finanze e tributi", vol. XVII in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), "Trattato di diritto penale", Giuffrè, 2010: "un giudizio fondato sulla imprudente gestione delle proprie risorse, infatti, rivelerebbe

può rintracciare, invece, nella ben diversa situazione del contribuente che si ponga in situazione di *"illiquidità preordinata"*²¹ ovvero che si figuri – nello sviluppo temporale che va dalla dichiarazione all'omissione – il mancato pagamento come un risultato possibile a fronte di un modo di agire illecito dal quale non intende recedere²².

Per discernere, in questa eccezionale situazione di crisi, l'omissione incolpevole dalla condotta di reato, occorre porre l'attenzione sulla condotta dell'imprenditore il quale dovrà aver messo in atto tutte le misure necessarie al fine di poter regolarmente versare quanto dovuto. Solo per fare alcuni esempi, i finanziamenti garantiti destinati a salvaguardare la continuità aziendale menzionati nel precedente paragrafo e le misure per il sostegno dell'occupazione appaiono sicuramente strumenti nelle mani dell'imprenditore per fronteggiare questa crisi di liquidità: laddove, pertanto, l'imprenditore che pur avendo diritto a tali straordinarie misure decida scientemente di non metterle in atto e, in ragione della crisi di liquidità, non rispetti i termini dei versamenti obbligatori, difficilmente, in sede giudiziale, potrà vedersi riconosciuta la non colpevolezza della propria omissione.

4. La continuità aziendale nelle scritture contabili.

Mentre ci addentriamo nella fatidica "fase due", già nelle scorse settimane si è iniziato a fare previsioni su come sarà il mondo una volta ripartiti: se sul fatto che i primi tre mesi dell'anno siano stati una *débâcle* pare poco discutibile, regna la più completa incertezza su quando e come si delinearà la ripresa²³; una situazione di incertezza che mette a dura prova l'informativa societaria ed i dati prospettici in essa contenuti.

In particolare, l'art. 2423 *bis* c.c., che detta i principi di redazione del bilancio, esordisce prevedendo che *"la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività"*. Il presupposto della continuità aziendale, richiamato anche dai principi contabili nazionali (OIC 11²⁴) e internazionali (IAS 1²⁵), è dunque un postulato obbligatorio per

tratti ontologicamente colposi, certamente inadeguati a fondare quel rimprovero doloso essenziale a fondare la responsabilità per il delitto in esame" pag. 620.

²¹ F. ROMOLI, "Omesso versamento di I.V.A.", op. cit..

²² A. MARTINI, "Reati in materia di finanze e tributi," op. cit., pag. 620.

²³ V. LOPS, "Che ripresa sarà quando il Covid-19 sarà un ricordo? Il valzer delle previsioni: «U», «V», «W» o «L»?", 15 aprile 2020, su Il Sole 24 ore, , all'indirizzo web <https://www.ilssole24ore.com/art/che-ripresa-sara-quando-covid-19-sara-ricordo-valzer-previsioni-u-v-w-o-l-ADAehDK>.

²⁴ OIC 11: "La formazione del bilancio d'esercizio, inteso come strumento d'informazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa in funzionamento, cioè di una impresa caratterizzata da una continuità operativa, si fonda su principi contabili".

²⁵ Lo IAS 1 offre una definizione puntuale del concetto di *going concern*, dedicando allo stesso due paragrafi, il 23 e il 24. Paragrafo 23: "Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare ad operare

l'utilizzo delle regole ordinarie nella redazione dei bilanci d'esercizio che qualifica la regolarità dell'informativa di bilancio e con essa la veritiera e corretta rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'azienda nel suo complesso²⁶.

Attraverso l'asseverazione della continuità aziendale, si presume che un'impresa sia in grado di far fronte alle proprie obbligazioni ed agli impegni nel corso della normale attività. Ciò significa, pertanto, che la liquidità derivante dalla gestione corrente, insieme ai fondi disponibili saranno sufficienti per far fronte ai debiti e agli impegni in scadenza. Nel caso in cui, viceversa, le prospettive future non permettano di considerare sussistente il presupposto della continuità aziendale, il bilancio d'impresa dovrà assumere valori fondati su considerazioni completamente diverse rispetto all'ipotesi di continuità aziendale: per fare un esempio, una immobilizzazione in una ipotesi di continuità aziendale viene valutata secondo la recuperabilità del valore nel corso della loro vita utile; differentemente, in prospettiva di liquidazione, viene preso a riferimento il loro valore di realizzo²⁷.

Se, pertanto, l'impresa difetta di consapevolezza in merito alla prospettiva di far di far fronte ai propri impegni, il presupposto di continuità aziendale deve essere attentamente valutato.

Sul versante penalistico, questo si traduce nell'annosa tematica del falso valutativo.

I termini della questione possono essere così riassunti²⁸. Nell'attuale formulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c. introdotta con la L. 69/2015, al

come un'entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interrompere l'attività o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze per eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare ad operare come un'entità in funzionamento, tali incertezze devono essere evidenziate. Qualora il bilancio non sia redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività, tale fatto deve essere indicato, unitamente ai criteri in base ai quali esso è stato redatto e alla ragione per cui l'entità non è considerata in funzionamento". Nel paragrafo 24 invece si raccomanda l'utilizzo, da parte dell'organo amministrativo, di tutte le informazioni disponibili sul futuro, ai fini della redazione di un corretto bilancio, nel termine di previsione in 12 mesi. Nel paragrafo 24 invece si raccomanda l'utilizzo, da parte dell'organo amministrativo, di tutte le informazioni disponibili sul futuro, ai fini della redazione di un corretto bilancio, nel termine di previsione in 12 mesi.

²⁶ Per completezza si evidenzia che applicare principi OIC o IAS determina un diverso approccio nella valutazione delle voci di bilancio. Per esempio, mentre secondo gli OIC, nel rispetto del principio di prudenza, i valori sono legati ai costi storici, negli IAS si applica il criterio del *fair value*, che consente di esprimere i dati di bilancio a valore di mercato o valore attuale.

²⁷ ODCEC Roma, "La continuità aziendale", gennaio 2016, all'indirizzo web https://www.odcec.roma.it/images/file/ODCEC_Commissioni/AreaAziendale/diritto_impresa/diritto_impresa_continuita_azendale.pdf.

²⁸ Per una panoramica sui vari contributi sulla tematica cfr. F.A. SIENE, "Fatti e giudizi, tra inosservanza della regola contabile e falsità del bilancio", 2019, *Giurisprudenza Penale web*,

momento di descrivere la condotta di esposizione di vicende inerenti all'impresa è stato espunto ogni riferimento alle valutazioni di bilancio: mentre nella precedente versione l'oggetto della falsità era riferito a *"fatti, ancorché oggetto di valutazione"*, la norma attuale si limita a menzionare esclusivamente i *"fatti materiali"*.

A fronte di iniziali dubbi in merito ad una intervenuta depenalizzazione delle valutazioni avallate da alcune prese di posizione della Suprema Corte²⁹, una ferma censura di tale posizione da parte della quasi totalità dei commentatori³⁰, nel 2016 intervenivano le Sezioni Unite con la nota sentenza Passarelli, chiarendo come il falso valutativo sussiste *"se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in inganno i destinatari delle comunicazioni sociali"*³¹.

Stando così le cose, dati criteri normativamente fissati (*"prudenza"* e *"prospettiva della continuazione dell'attività"*), la valutazione delle voci di bilancio dovrebbe essere ispirata ai medesimi, pena la loro *"falsità"*. Ed allora, nell'attuale situazione di crisi, la continuazione dell'attività a rischio per numerose imprese, come regolarsi nelle valutazioni dei bilanci in corso di approvazione in questi mesi?

Per dirimere ogni questione sul nascere, il Decreto Liquidità prevede, all'art. 7 comma 1, che *"nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423 bis, comma primo, n. 1), del codice civile può*

all'indirizzo web <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6599-fatti-e-giudizi-tra-inosservanza-della-regola-contabile-e-falsita-del-bilancio>.

²⁹ Cass. Pen, Sez. V, 30 luglio 2015, n. 3374.

³⁰ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *"Escluse le valutazioni dalle due nuove fattispecie"*, in Guida al Diritto, n. 26 del 20 giugno 2015, 60; A. LANZI, *"Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato"*, in Guida al Diritto, n. 26 del 20 giugno 2015; F. MUCCIARELLI, *"Ancorché" superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali,* in Diritto Penale Contemporaneo, all'indirizzo web https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/14358250861435645207MUCCIARELLI_2015d.pdf; A. GILIO, *"Le nuove false comunicazioni sociali: il rimedio peggiore del male"*, in Giurisprudenza Penale, 15 novembre 2015, all'indirizzo web <https://www.giurisprudenzapenale.com/2015/11/15/le-nuove-false-comunicazioni-sociali-il-rimedio-peggiore-del-male/>.

³¹ Cass. Pen. Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 22474. In merito, si ricorda quanto evidenziato dalla sentenza Andronico (Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 1999, n. 3552 *"quando intervengano in contesti che implicano l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi assolvono certamente una funzione informativa e possono dirsi veri o falsi. [...] Quando faccia riferimento a criteri predeterminati, infatti, la valutazione è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e elasticità dei criteri di riferimento"*).

comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18".

La norma permette alle società che prima della pandemia presentavano una prospettiva di continuazione di considerare la stessa sussistente anche nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020, escludendo – non diversamente da quanto avviene per i finanziamenti garantiti di cui al precedente paragrafo – le imprese che avevano perso tale prospettiva di continuità precedentemente, e dunque indipendentemente, dalla crisi. In tal senso, come espressamente richiamato dalla norma, viene richiesto che l'adottato *"criterio di valutazione [sia] specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente"*.

Nell'emergenza, pertanto, viene inserito un nuovo parametro valutativo (la *prorogatio* della continuità aziendale pre-crisi anche per l'anno corrente) che, se rispettato, comporta la correttezza (valutativa) del bilancio³².

Se tale intervento appare assolutamente da salutare con favore, posta l'assoluta peculiarità dell'attuale contesto economico che rende ogni stima soggetta a possibili ripetute previsioni al ribasso, il rinvio generalizzato ad una continuità pregressa potrebbe comportare la redazione di bilanci distonici in tutti i casi nei quali, a fronte di una conclamata repentina necessità di liquidare l'attivo, i valori espressi siano comunque ancorati ad una, ormai passata, prospettiva di continuità aziendale. Il tutto con un rischio molto alto per l'imprenditore: in caso di cessione di un bene valutato in prospettiva di continuità, il valore di realizzo potrebbe risultare molto inferiore rispetto a quanto dichiarato nelle scritture con evidenti ricadute in caso di successivo fallimento (vedi *infra*).

Il *discrimen* tra falso e vero valutativo appare risiedere nella compiuta spiegazione dei criteri adottati della nota integrativa. Nel caso in cui nell'esercizio in corso non sia possibile certificare la continuità, e sia quindi necessario fare riferimento all'ultimo bilancio pre-crisi, tale riferimento deve essere chiaramente espresso, unitamente ai criteri adottati in tale bilancio e alle situazioni di fatto che, nell'anno in corso, non permettano di ritenere certa la continuità. A tal fine, interessanti spunti possono essere tratti dagli indici elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli

³² Come già osservato dai primi autorevoli commentatori, essendo la prospettiva di continuità aziendale formulato nei bilanci in termini eminentemente valutativi, *"la presenza di uno specifico criterio per la considerazione di un parametro di tale sostanziale rilievo non può non svolgere un ruolo di portata essenziale"*, così F. MUCCIARELLI, *"La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020"*, 11 aprile 2020, in Sistema Penale, all'indirizzo web <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/la-crisi-economica-da-pandemia-e-la-disciplina-della-crisi-dimpresa-gli-interventi-del-legislatore-nel-dl-23-2020>.



Esperti Contabili per completare il sistema di allerta³³: pur se posticipata l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi di Impresa, gli indici a cui il medesimo farà riferimento possono essere già oggi valorizzati in chiave valutativa al fine di redigere, in ottica di trasparenza, una bilancio che, pur nel difficile momento storico, riesca a fornire una descrizione quanto più veritiera dell'attuale situazione dell'azienda.

5. Profili penal-fallimentari.

Nel diritto penale della crisi, è facile ipotizzare un ruolo di primo piano per i delitti della crisi di impresa.

Ciò per l'evidente ragione che la crisi potrebbe comportare un aumento del numero dei fallimenti e, quindi, della possibilità quanto mai concreta (visto il *trend* giudiziario) di far rientrare sotto l'egida delle disposizioni penal-fallimentari condotte tenute dall'imprenditore o dagli organi societari negli anni precedenti alla crisi e alla conseguente dichiarazione di fallimento.

Sul versante fallimentare, il Decreto Liquidità, prevede tre principali interventi: i) differire l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al 1° settembre 2021 (art. 5); ii) fornire una disciplina temporanea in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione (art. 9) e iii) inibire sino al 30 giugno p.v. i ricorsi e le richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza (art. 10). Tuttavia, con un vuoto assordante, nessuna disposizione derogatoria della normativa penale inclusa nella legge fallimentare è stata ad oggi inserita.

Pertanto, nell'attuale immodificata vigenza degli articoli 216 e ss. L.F., sono molteplici le potenziali aree di interesse.

Un primo ordine di questioni attiene alle operazioni poste in essere prima dell'insorgere della crisi.

Una volta che (successivamente alla data del 30 giugno e salvo nuove proroghe) una impresa sarà dichiarata fallita, tutte le operazioni societarie intraprese dalla stessa che, anche nel periodo precedente alla crisi, abbiano comportato indebitamento, potranno essere poste sotto la lente di ingrandimento degli organi inquirenti: operazioni quali l'assunzione di debito al fine di investimenti per ampliare l'operatività aziendale in settori non

³³ Gli Indici dell'allerta ex art. 13, co. 2 Codice della Crisi e dell'Insolvenza - bozza del 19 ottobre 2019, all'indirizzo <https://commercialisti.it/documents/20182/1236821/codice+crisi+definizioni+indici+%28ott+2019%29.pdf/2072f95c-22a2-41e1-bd2f-7e7c7153ed84>. In particolare, si fa riferimento ai seguenti indici: a) indice di sostenibilità degli oneri finanziari in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato; b) indice di adeguatezza patrimoniale in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali; c) indice di ritorno liquido dell'attivo in termini di rapporto da *cash flow* e attivo; d) indice di liquidità in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine; e) indice di indebitamento previdenziale e tributario in termini di rapporto tra l'indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo.

strategici o la corresponsione di compensi agli amministratori, laddove ritenute estranee all'interesse sociale, potrebbero essere rilette in chiave critica quali dissipazioni o distrazioni. Similmente, a fronte di operazioni di acquisizione di società sfruttando la capacità di indebitamento di queste ultime (c.d. *leveradge buyout*), il fallimento della *target* potrebbe comportare contestazioni ai suoi amministratori per aver depauperato il patrimonio aziendale assumendo debito per un interesse – quello della società acquirente di ottenere un finanziamento – ritenuto in conflitto rispetto a quello della società.

Per tali ipotesi, a fianco alla necessità di valorizzarne la *ratio* sottostante all'operazione in chiave di interesse sociale, l'imprevedibilità di questa crisi – e con essa l'imprevedibilità dell'esito nefasto di operazioni *ex ante* valutate vantaggiose – sarà una questione assai rilevante al fine di evitare valutazioni ora per allora.

Passando invece ai reati commessi in tempi di crisi, la casistica giurisprudenziale fornisce anche in tal caso molteplici spunti.

Con la crisi di liquidità potrebbero verificarsi fenomeni di cessione del magazzino a "*prezzi stracciati*" ovvero di cessione immobilizzazioni materiali a prezzi molto inferiori rispetto al residuo valore di bilancio³⁴. Bilancio che, peraltro, potrebbe contenere valutazioni non coerenti con una prospettiva liquidatoria dell'impresa laddove nella redazione del bilancio 2020 si sia fatto ricorso alla possibilità, prevista dall'art. 7 del Decreto Liquidità, di mantenere le valutazioni secondo la prospettiva di continuità dell'anno precedente. In tali contesti, la corretta redazione della nota integrativa del bilancio e, per lo meno per le cessioni più rilevanti, la predisposizione di una perizia di stima che attesti la congruità della vendita ai valori attuali di mercato (che potrebbero variare, e di molto, rispetto a quelli precedenti al 23 febbraio scorso) potranno mitigare future contestazioni ovvero, in seconda battuta, risultare decisive in sede giudiziale.

A fronte di iniziative di creditori più aggressivi e, comunque, di maggiore rilievo strategico, l'imprenditore, pur di non ammettere con prontezza l'insuccesso economico e volendo preservare la continuità aziendale, potrebbe essere tentato di realizzare trattamenti discriminatori per evitare di recidere i legami proprio con chi potrebbe assicurare nuove prospettive imprenditoriali. In tali ipotesi, quando il pagamento di tali creditori "strategici" sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia dell'attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento può ritenersi più che ragionevolmente perseguibile, difficile ritenersi integrato il reato di bancarotta preferenziale; a diverse conclusioni si potrebbe invece arrivare quando la predilezione per un creditore sia esercitata nella

³⁴ Cass. Pen. Sez. V, 28 ottobre 2011, n. 6488; Cass. Pen., Sez. V, 11 ottobre 2011, n. 121.

consapevole dell'irreversibilità del dissesto³⁵. Uno scudo efficace può, in ogni caso, trovarsi nella sottoscrizione di piani attestati (art. 67 L.F.) e di accordi omologati (art. 182 *bis* L.F.), attesa la loro funzione di "esenzioni dai reati di bancarotta" prevista dall'art. 217 *bis* L.F..

Ancora, particolare rilievo avranno le operazioni infragruppo: la natura distrattiva di finanziamenti o garanzie concesse a consociate potrà essere esclusa in presenza di vantaggi compensativi che riequilibrino gli effetti immediatamente negativi per la società fallita e neutralizzino gli svantaggi per i creditori della stessa³⁶. In tali ipotesi, però, potrebbe non essere sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata³⁷. Un ultimo accenno merita la possibile rilevanza, in termini di disciplina penal-fallimentare, dei finanziamenti garantiti dallo Stato analizzati in esordio (art. 1 del Decreto Liquidità).

In primo luogo, laddove tali fondi, siano sottratti alla garanzia generica dei creditori, destinando le somme a finalità diverse sia rispetto a quelle per le quali era stato concesso il finanziamento sia rispetto a quelle proprie dell'attività imprenditoriale della società, il reato di malversazione a danno dello Stato, di cui all'art. 316 *bis* c.p., potrà concorrere con quello di bancarotta distrattiva³⁸.

In secondo luogo, il Decreto, nel fornire alcuni parametri formali di esclusione dall'accesso ai finanziamenti³⁹, lascia aperte la possibilità che imprese, già in stato di conclamata crisi ma formalmente rispettose dei parametri per l'accesso, possano rimanere "artificialmente" in vita proprio grazie ai finanziamenti garantiti.

In tali casi, quando l'imprenditore provi a "tentare il tutto per tutto", così posticipando la propria inevitabile fine, si annidano rischi di contestazioni ai sensi dell'art. 217 L.F. comma 1 n. 3 e 4 per avere "compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento" ovvero "aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o

³⁵ Cass. Pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 16352.

³⁶ Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2019, n. 10633.

³⁷ Cass. Pen. Sez. V, 26 ottobre 2018, n. 9851.

³⁸ Cass. Pen. Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49992.

³⁹ Si fa riferimento alle le imprese con esposizioni deteriorate antecedenti al 31 gennaio 2020, quelle in corso di concordato in continuità, accordi di ristrutturazione o piani attestati di risanamento successivi al 31 dicembre 2019 e di imprese in stato di "difficoltà" ai sensi della normativa europea.

*con altra grave colpa*⁴⁰ nonché ai sensi dell'art. 218 L.F. per aver *“ricor[so] o continua[to] a ricorrere al credito, che al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza”*. Parallelamente, per l'operatore finanziario si potrebbe profilare il rischio di concorso nel reato dell'imprenditore/amministratore laddove la concessione di tali finanziamenti sia avvenuta nella consapevolezza della situazione di decozione dell'impresa beneficiaria.

In assenza di criteri legislativi atti a selezionare le imprese meritevoli di credito, gioca ancora una volta ruolo primario la corretta raccolta di informazioni e documentazione sia al momento di concessione del finanziamento sia nel monitoraggio del successivo utilizzo dei fondi da parte dell'impresa. Questa prospettiva, tuttavia, potrebbe essere frustrata da contrapposte istanze di rapidità nella concessione dei finanziamenti.

Una possibile soluzione legislativa sarebbe apparsa quella di introdurre una specifica causa di esclusione della punibilità, strutturalmente analoga a quella già codificata dall'art. 217-*bis* L.F., per le ipotesi di bancarotta preferenziale di cui all'art. 216 comma 3 L.F. e di bancarotta semplice di cui all'art. 217 L.F. comma 1 n. 3 e 4, per l'imprenditore che, avendo beneficiato di una o più misure di sostegno alle imprese relative alla pandemia da Covid-19, abbia ottenuto le medesime nel rispetto dei vincoli, rappresentando peraltro, in maniera veritiera la propria situazione patrimoniale e finanziaria, e abbia utilizzato la liquidità così ottenuta per il compimento di atti finalizzati alla conservazione della continuità aziendale.

Nel rispondere all'inerzia legislativa, si auspica che gli operatori del diritto che saranno chiamati a svolgere considerazioni in ordine alla penale rilevanza delle condotte gestorie compiute in questi mesi – primi tra tutti i curatori fallimentari (e gli altri professionisti che svolgono funzioni assimilabili) nella redazione delle relazioni *ex art.* 33 L.F. – tengano in debita considerazione sia l'eccezionalità dell'attuale contesto sia il microsistema creato dalla normativa emergenziale, così da evitare il sopravanzamento dell'illecito penale rispetto a condotte non sanzionate o, addirittura sollecitate, da altri settori dell'ordinamento.

⁴⁰ Se è vero che nella relazione di accompagnamento si fa riferimento al fatto che, con l'inibizione delle dichiarazioni di fallimento sino al 30 giugno 2020, si eviti l'automatica responsabilità degli imprenditori per mancato ricorso in proprio a tale istituto, al termine del periodo di grazia eventuali operazioni dilatorie del fallimento potrebbero rilevare quali condotte di bancarotta semplice.