

BILANCIO E REVISIONE

ISSN 2724-0932

Direzione scientifica: Chiara Mancini e Patrizia Tettamanzi

2020
10

- COVID-19 e continuità aziendale: effetti sul bilancio dopo il lockdown
- Riflessioni sulla convenienza del ritorno ai Principi contabili italiani alla luce dell'OIC 33
- Elementi patrimoniali scindibili, modificabilità del progetto di scissione e pregiudizio dei creditori
- Bilanci IAS/IFRS al "test" dell'emergenza COVID-19: tante (troppe) questioni "aperte"
- Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: ipotesi di dubbia applicazione
- Riflessioni sulle operazioni di fusione e scissione nel reato di bancarotta
- Profili contabili e di revisione nell'impugnazione del bilancio di esercizio

Nuova direzione e nuovi contenuti

La rivista per commercialisti, revisori legali,
CFO e giuristi d'impresa con un approccio
integrato e interdisciplinare

00244289



5 000002 1442896



Wolters Kluwer

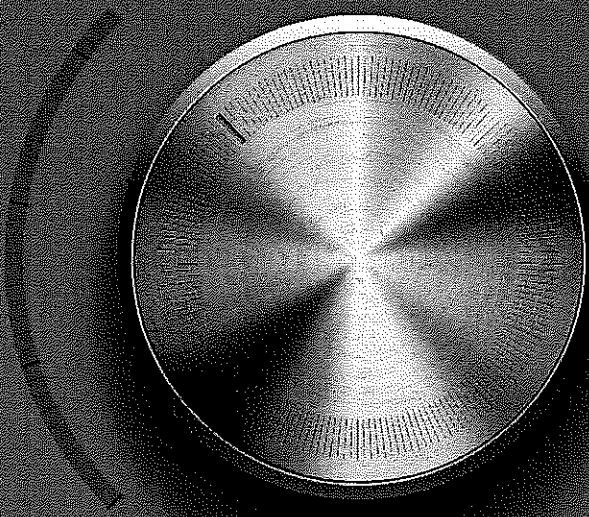


www.edicolaprofessionale.com



Wolters Kluwer

Y54HFCL



PIÙ VOCE AGLI ESPERTI

con **One FISCALE** *Dottrina*

One FISCALE, la soluzione di informazione e di approfondimento che ragiona come te e anticipa le tue esigenze, da oggi ti permette di consultare tutti gli articoli delle riviste IPSOA, CEDAM e Il fisco e conoscere il punto di vista degli Esperti Wolters Kluwer, per gestire casi complessi, redigere un parere o studiare una soluzione specifica per il tuo cliente.

Scopri di più su info.onefiscale.it

One|FISCALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Bilancio: profili tecnici

Principi contabili nazionali

COVID-19 e continuità aziendale: effetti sul bilancio dopo il lockdown*di Claudia Mezzabotta***5**

Principi contabili nazionali

Riflessioni sulla convenienza del ritorno ai Principi contabili italiani alla luce dell'OIC 33*di Laura Braga e Maurizio Parni***15**

Operazioni straordinarie

Elementi patrimoniali scindibili, modificabilità del progetto di scissione e pregiudizio dei creditori*di Paolo Mandarinò***25**

Bilancio d'esercizio

Bilanci IAS/IFRS al "test" dell'emergenza COVID-19: tante (troppe) questioni "aperte"*di Valeria Russo e Massimiliano Musumeci***33****Profili di rilevanza giuridica**

Crisi d'impresa

Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: ipotesi di dubbia applicazione*di Tommaso Iannaccone***41**

Operazioni straordinarie

Riflessioni sulle operazioni di fusione e scissione nel reato di bancarotta*di Andrea Ranghino e Manuel Menis***47**

ottobre 2020

Revisione e controlli

Revisione legale

Profili contabili e di revisione nell'impugnazione del bilancio di esercizio

di Roberto Drisaldi

53

Osservatorio

Revisione

Ruolo dello IAASB nel contesto della diffusione del COVID-19

64

Implementazione del nuovo Principio ISA 540 (revised)

64

IAASB Auditor reporting postimplementation review: Stakeholder survey

65

Adozione dei nuovi Principi di revisione

65

Slitta ancora la nomina dell'organo di controllo/revisione nelle nano-imprese

65

Sommaio

**BILANCIO
E REVISIONE****Editrice**

Wolters Kluwer Italia Srl
Via Dei Missaglia n. 97 -
Edificio B3,
20142 Milano
<http://www.ipsoa.it>

Direttore responsabile
Giulietta Lemmi**Comitato Scientifico**
Chiara Mancini
Patrizia Tettamanzi**Coordinamento Scientifico**
Profili di rilevanza giuridica:
Michele Centonze
Revisione e controlli
Luca Magnano San Lio**Redazione**
Paola Boniardi,
Agnese Trentalancia**Realizzazione grafica**
Ipsoa**Fotocomposizione**

Integra Software Services Pvt. Ltd.

Stampa

L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100
Vicenza

Redazione

Per informazioni in merito a
contributi, articoli, ed argomenti
trattati scrivere o telefonare a:
Ipsoa Redazione
Bilancio e Revisione
Casella postale 12055 - 20120
Milano

Autorizzazione del Tribunale di
Milano n. 737 del 16 dicembre 1996.
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa -
Spedizione in abbonamento Postale
- D.L. 353/2003 (conv. in L.
27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1,
DCB Milano
Iscritta nel registro Nazionale della
Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio
417 in data 31 luglio 1991.
Iscrizione al R.O.C. n.1702

Amministrazione

Per informazioni su gestione
abbonamenti, numeri, arretrati,
cambi d'indirizzo, ecc. scrivere o
telefonare a:

Ipsoa Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120
Milano
Tel. 02.82.476.1 - Fax 02.82.4.76.799

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata
annuale, solare: gennaio-dicembre;
rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono
rinnovati, in assenza di disdetta
da comunicarsi entro 60 gg. dalla
data di scadenza a mezzo racco-
mandata A.R. da inviare a Wolters
Kluwer Italia s.r.l. Via Dei Missaglia
n. 97 - Edificio B3, 20142 Milano.
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wkl.it
www.servizioclienti.wkl.it

Compresa nel prezzo
dell'abbonamento
l'estensione on line della
Rivista consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com

Italia - Annuale: € 239,00
Estero - Annuale: € 478,00
Prezzo copia € 26,00
Arretrati: prezzo dell'anno
in corso all'atto della richiesta

Distribuzione

Vendita esclusiva per
abbonamento.

Il corrispettivo per l'abbonamento
a questo periodico è comprensivo
dell'IVA assolta dall'editore ai
sensi e per gli effetti del combinato
disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M.
29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni.

Pubblicità:

Wolters Kluwer

E-mail:
advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via Dei Missaglia n. 97 - Edificio
B3, 20142 Milano, Italia

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/
679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione
delle persone fisiche con riguardo al tratta-
mento dei dati personali, nonché alla libera
circolazione di tali dati e che abroga la direttiva
95/46/CE (regolamento generale sulla prote-
zione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati
personali sono registrati e custoditi su data-
base elettronici situati nel territorio nazionale
e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico
Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono
un adeguato livello di protezione dei dati.
Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di
Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che
La riguardano per finalità amministrative e con-
tabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di
posta elettronica potrebbero essere anche uti-
lizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o
servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer
Italia s.r.l. l'accesso ai dati personali che La
riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione
per violazione di legge, la limitazione o l'oppo-
sizione al loro trattamento ai fini di invio di
materiale pubblicitario, vendita diretta e comu-
nicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto
di revocare il consenso in qualsiasi momento,
senza pregiudicare la liceità del trattamento
basata sul consenso prestato prima della
revoca, nonché di proporre reclamo
all'Autorità Garante per il trattamento dei dati
personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento
UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle
persone autorizzate al trattamento è consulti-
bile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l.
- Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142
Milano (MI).

Riflessioni sulle operazioni di fusione e scissione nel reato di bancarotta

di Andrea Ranghino (*) e Manuel Menis (**)

Dopo un sintetico excursus sul reato di bancarotta, si inquadrano, nella fattispecie, le operazioni di fusione e scissione, su cui, come noto, spesso si concentra il vaglio del giudice penale dopo l'intervento della sentenza dichiarativa di fallimento. Obiettivo della trattazione è, in particolare, identificare, alla luce dei pregressi giurisprudenziali, le caratteristiche delle operazioni che rendono più o meno severa la reazione penale. In questo quadro, sono proposte alcune riflessioni sulla necessità di conciliare l'esigenza di tutela dei creditori, cui è ispirata la disciplina penale della bancarotta, con le caratteristiche di rischio e incertezza che ontologicamente caratterizzano l'iniziativa economica e imprenditoriale.

Introduzione

Nel nostro sistema di diritto penale, la fattispecie della bancarotta fraudolenta patrimoniale è, da sempre, il presidio posto a tutela dei diritti dei creditori dell'imprenditore o dell'impresa organizzata in forma societaria. L'incriminazione della bancarotta, dunque, è "teleologicamente coordinata" ai mezzi previsti dal Codice civile per conservare la garanzia del credito, intesa come soggezione dei beni dell'imprenditore o della società rispetto alle ragioni e alle possibili azioni dei creditori (1).

La reazione penalistica, tuttavia, non interviene immediatamente, vale a dire nel momento stesso in cui è realizzata una delle condotte delittuose di cui all'art. 216, comma 1, R.D. n. 267/1942 (2), ma solo se e quando ad esse segue la dichiarazione di fallimento (3) o l'apertura di una delle procedure indicate dall'art. 236 R.D. n. 267/1942 (4).

In sostanza: la messa in pericolo del bene giuridico tutelato è punita nel momento in cui diventa "effettiva e rilevante" (5). Del resto, prima della dichiarazione dello stato di insolvenza il debitore è ancora potenzialmente in grado di adempiere e di evitare che l'originaria pericolosità della propria condotta si stabilizzi e si concretizzi in un danno (6).

Note:

(*) *Avvocato penalista in Milano presso Lonati Studio Legale*
(**) *Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano presso Partners S.p.A. e Professore a contratto di bilancio presso l'Università Commerciale L. Bocconi*

(1) Pedrazzi, "Reati commessi dal fallito", in F. Galgano (a cura di), *Legge fallimentare - art. 216-227, Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1995, pag. 5. A riguardo si veda anche Daccò, Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in cui si afferma che "l'offensività del reato è contraddistinta dal pericolo che, ove per qualsiasi ragione si dia luogo ad una procedura concorsuale, l'esito della stessa venga condizionato da atti distrattivi che abbiano comunque ridotto il patrimonio disponibile". E ancora: Corte cost., ord. 18 maggio 1989, n. 268, secondo cui anche l'estensione disposta dall'art. 236, comma 2, R.D. n. 267/1942 "è preordinata alla conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento".

(2) A partire dal 1° settembre 2021, dall'art. 322 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCI).

(3) La dichiarazione di liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 322 CCI.

(4) Si tratta dei casi di concordato preventivo, amministrazione controllata, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria. A partire dal 1° settembre 2021 entrerà in vigore l'art. 341 CCI, ai sensi del quale (comma 2) la fattispecie di bancarotta fraudolenta si applica anche in caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa o di convenzione di moratoria, nonché nel caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 48, comma 5.

(5) Dellitala, "Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta", in *Diritto Penale*, pag. 1137.

(6) Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, op. cit., pag. 18.

Operazioni straordinarie

La fattispecie di bancarotta - rimasta fedele a sé stessa a dispetto della rivoluzione del contesto originario in cui si inseriva (7) - sembra dunque rappresentare, tuttora, il baricentro di un sistema che, oltre a tutelare le ragioni dei creditori, deve consentire all'imprenditore di operare disponendo dei propri beni secondo il principio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione e di assumersi, quindi, il rischio d'impresa fino al limite ultimo della dichiarazione di insolvenza.

In un contesto di interessi polarizzati - ma che, a ben vedere, in una visione sistemica, svolgono un ruolo complementare - la fattispecie penale opera un bilanciamento sia subordinando l'intervento della sanzione al verificarsi di quella che, ormai concordemente, si ritiene una condizione di punibilità (8), ossia la dichiarazione di fallimento; sia richiedendo una pericolosità "in concreto", elemento tipico della fattispecie, che connota, sul piano oggettivo, le condotte descritte dall'art. 216 R.D. n. 267/1942.

La reazione penale, infatti, non consegue a ogni atto che comporta una diminuzione patrimoniale, ma solo a quelli che incidono concretamente sulla garanzia dei creditori facendola diventare insufficiente (9). Secondo una diversa prospettiva: la garanzia cui è tenuto l'imprenditore non può estendersi illimitatamente oltre alla sua funzione, ma deve essere circoscritta ai valori dell'attivo patrimoniale che sono necessari per soddisfare le obbligazioni assunte (10). L'offensività in concreto, in sostanza, richiede la verifica di un secondo evento (quale conseguenza della condotta delittuosa), che è lo squilibrio tra le attività e le passività, da cui dipende in via immediata l'esposizione a pericolo del bene giuridico protetto (11). Ne consegue che la sussistenza del reato si dovrà escludere se, all'esito dell'atto dispositivo, residua una garanzia patrimoniale "esuberante" rispetto all'insieme dei debiti contratti dall'imprenditore (12).

La natura dinamica che caratterizza fisiologicamente l'attività dell'impresa richiede che la verifica attinente alla tipicità della condotta e, dunque, alla sua concreta pericolosità, sia effettuata non solo nel momento in cui è compiuto l'atto dispositivo, ma anche al momento della dichiarazione dell'insolvenza, al fine di verificare se l'efficacia lesiva sia sopravvissuta o si sia estinta (13). Questa impostazione non

sembra essere condivisa appieno dalla giurisprudenza di legittimità (14). Al di là delle

Note:

(7) È opinione comune in dottrina che, soprattutto alla luce delle novità introdotte dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, manchi un coordinamento tra la normativa civilistica e le fattispecie penalistiche di bancarotta. Si veda, anzitutto, Sgubbi - Cocco, "I reati della crisi d'impresa", in *Bilancio e Revisione*, n. 1/2020, pag. 55 ss., in cui gli autori parlano di "rivoluzione di quartiere" quando analizzano l'impatto sulle norme penali delle novità introdotte dal CCI. Si veda, poi: Alessandri, "Novità penalistiche nel Codice della Crisi d'Impresa", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pag. 1820, in cui l'autore evidenzia come la struttura del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale era stata pensata originariamente, nel 1942, in contesto normativo in cui il fallimento era lo strumento principale per risolvere una situazione di crisi d'impresa destinata a concludersi con la liquidazione del patrimonio sociale e l'estromissione dell'imprenditore dal circuito economico. Contesto del tutto superato dalle cicliche riforme in campo civile, che hanno progressivamente aperto all'opposta soluzione della conservazione del valore dell'impresa. Si vedano anche: Gambardella, "Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale", in *Dir. pen. cont.*, 2018; Mucciarelli, "Risvolti penalistici del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: lineeamenti generali", in *Dir. pen. proc.*, 2019, pag. 1189; Bricchetti, "Codice della Crisi d'Impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della Legge fallimentare", in *Dir. pen. cont.*, 2019.

(8) Alessandri, *Novità penalistiche nel Codice della Crisi d'Impresa*, op. cit., pag. 1829; Musco - Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pag. 18; Nuvolone, *Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, pag. 9 (nel senso della condizione intrinseca). Anche la giurisprudenza, di recente, ha mutato il proprio orientamento, risalente alla sentenza delle Sezioni Unite del 25 gennaio 1958, n. 2, rilevando come la sentenza dichiarativa di fallimento sia una condizione obiettiva di punibilità, poiché si pone come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente. Si veda, su tutte, Cass. pen., SS.UU., 31 marzo 2016, n. 22474, in Passarelli, *CED*, n. 266804. Tra le più recenti: Cass. pen., Sez. V, 2 ottobre 2018, n. 2899, in *Dejure*; e Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53184, in Fontana, *CED*.

(9) Si veda, anzitutto, Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, op. cit., pag. 13 ss. Nello stesso senso anche: Alessandri, *Novità penalistiche nel Codice della Crisi d'Impresa*, op. cit., 2020, pag. 1832; Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra Legge fallimentare e Codice dell'Insolvenza*, Padova, 2019, pag. 219.

(10) Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, op. cit., pag. 14.

(11) Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, op. cit., pag. 69.

(12) Alessandri, *Novità penalistiche nel Codice della Crisi d'Impresa*, op. cit., pag. 1833.

(13) Alessandri, *Novità penalistiche nel Codice della Crisi d'Impresa*, op. cit., pag. 1834.

(14) La maggior parte delle pronunce si limita ad affermare che i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualsiasi momento essi siano stati commessi e quindi anche se la

(segue)

sentenze che escludono il reato nel caso della c.d. bancarotta riparata (15), vi sono poche pronunce che si concentrano sulla tipicità della fattispecie affermando espressamente che l'atto di depauperamento deve essere idoneo a esporre a pericolo l'entità del patrimonio dei creditori e deve permanere come tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare (16). Se non si vuole correre il rischio di passare da una fattispecie di pericolo concreto a una di pericolo presunto, non ci si può accontentare del distacco del bene dal patrimonio del debitore, ma occorre valutare anche la qualità del distacco e la concreta idoneità a porre in pericolo la garanzia che la massa dei creditori sarà in grado di escutere nel corso della procedura concorsuale. A tal fine si impone la necessità di compiere una valutazione che poggi "su criteri *ex ante*", in relazione alle caratteristiche complessive dell'atto stesso e della situazione finanziaria della società, laddove l'*anteriorità* di regola è tale relativamente al momento della azione tipica, senza però che sia esclusa dalla valutazione la permanenza o meno della stessa situazione, fino all'epoca che precede l'atto di apertura della procedura e senza, comunque, che possano acquisire rilevanza, nella prospettiva che qui interessa, fattori non imputabili come un tracollo economico" (17).

L'aspetto valutativo, dunque, si pone come decisivo per stabilire se vi sia una concreta lesività nell'atto di disposizione patrimoniale o, vedendola da una diversa prospettiva, se l'imprenditore, o uno dei soggetti indicati nell'art. 223, R.D. n. 267/1942, abbia agito nell'esercizio dei propri diritti legittimi. Il compito del giudice, cui spetta in ultima istanza tale onere valutativo, appare all'evidenza impegnativo, non solo - e non tanto - per la potenziale complessità delle vicende, quanto per il pregiudizio che la dichiarazione di fallimento riverbera sulla valutazione *ex ante* (18). Pregiudizio che è opportuno non impedisca di distinguere le cause del dissesto imputabili a condotte illecite degli amministratori da quelle connesse a eventi esogeni, spesso imprevedibili, quali il "tracollo economico" opportunamente citato nella sentenza sopra riportata, argomento tanto di attualità nell'avverso contesto storico ed economico in cui si scrive.

Il caso delle scissioni e delle fusioni

A patire in modo particolare questo genere di pregiudizio sembrano essere le operazioni straordinarie di fusione e scissione, notoriamente interpretate *in malam partem* in seguito alla dichiarazione di fallimento.

È al riguardo, anzitutto, opportuno porsi una questione di natura giuridica, domandandosi se sia possibile che un'operazione societaria che il Codice civile disciplina e assiste garantendo specifici strumenti di tutela possa essere ritenuta pericolosa per la garanzia dei creditori.

In materia di scissione si segnala una prima pronuncia (19) in cui la Corte di cassazione aveva assunto una posizione particolarmente garantista. Pronunciandosi su una sentenza di non luogo a procedere, il giudice di legittimità aveva osservato, in termini generali, che un'operazione di scissione non poteva essere considerata oggettivamente distrattiva neppure se alla società beneficiaria si fossero attribuite solo componenti attive, senza una corrispondente passività a controbilanciare l'operazione sotto il profilo patrimoniale. A sostegno di tale

Note:

(continua nota 14)

condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Non si richiede alcun nesso (causale o psichico) tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività. Su tutte si veda Cass. pen., SS.UU., Passarelli, cit.

(15) Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, in Arcari, *CED*, n. 233604; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in Spitoni, *CED*, n. 238212; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in Cannavale, *CED*, n. 249721; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, in Grazioli Gauthier, *CED*, n. 255576; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in Lelli, *CED*, n. 261347; Cass. pen., Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4790, in Budola, *CED*, n. 266025.

(16) Si veda, in particolare: Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in Palitta, *CED*, n. 269562. Si vedano anche Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 50081, in Zazzini, *CED*, n. 271437; Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, in Sgarbetta et al., *CED*, n. 270763; Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in Barbato, *Dejure*.

(17) Cass. pen., Palitta, cit.

(18) Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, op. cit., pag. 19. Nello stesso senso: Pagliaro, "Problemi attuali del diritto penale fallimentare", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, pag. 523; e Alimena, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1958, pag. 15.

(19) Cass. pen., Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 10201, in Marzona, *CED*, n. 254788.

Operazioni straordinarie

assunto si rilevava, da un lato, come non vi siano norme di diritto civile che impongono di conferire, nell'ambito di una scissione societaria, attività e passività in egual misura, con la conseguenza che deve essere riconosciuta la più ampia libertà alle scelte imprenditoriali. Del resto, le attività e le passività sono funzionali, nelle aziende, alla realizzazione delle specifiche attività in cui si articola la complessiva combinazione economica. Ne consegue che - nell'ambito di un'operazione, fisiologica, determinata da ragioni economico-aziendali - la selezione delle attività e delle passività oggetto di *carve-out* è orientata dagli obiettivi economici dell'operazione e dalle attività che si intendono, rispettivamente, mantenere e trasferire in capo a scissa e beneficiaria. Sicché, per fare un esempio, appare razionale sotto il profilo economico che, in una scissione finalizzata a separare il ramo immobiliare da quello industriale, l'azienda immobiliare sia trasferita senza indebitamento ove non vi siano debiti strettamente connessi alle proprietà immobiliari (mutui ipotecari ecc.) e il debito commerciale connesso all'azienda industriale rimanga presso la scissa. Dall'altro lato, la Corte di cassazione osservava che la disciplina del Codice civile salvaguarda adeguatamente i diritti dei creditori con le disposizioni che prevedono il loro diritto di opposizione al progetto di scissione (art. 2506-ter, comma 5, c.c., che richiama l'art. 2503 c.c.) e ancor più con la norma che impone la solidarietà, nei limiti dell'attivo trasferito, della società scorporata o creata *ex novo* (art. 2506-bis, comma 3, c.c.). Non vi sarebbe, dunque, alcun concreto pericolo per i diritti patrimoniali dei creditori tutelati dall'art. 216 R.D. n. 267/1942.

Nel corpo della motivazione, inoltre, la Corte evidenziava, come elementi sintomatici dell'apparente irrilevanza penale dell'operazione, la distanza temporale rispetto alla dichiarazione di fallimento (5 anni) e la circostanza che i debiti della società scissa fossero stati nel frattempo saldati. Ciononostante, in assenza di una prova che dimostrasse l'assenza di connessione tra l'operazione di scissione e la crisi di liquidità che aveva condotto la società al fallimento, il giudice di legittimità annullava la sentenza di non luogo a procedere suggerendo un approfondimento dibattimentale a riguardo.

Più prudente, invece, è l'approccio di una successiva pronuncia (20), in cui il giudice di legittimità, nell'escludere che dalla disciplina del Codice civile si possa trarre una valutazione di generale liceità dell'operazione di scissione, ha osservato come, in ogni caso, le tutele approntate dalle norme civilistiche non siano idonee "a escludere interamente il danno o quantomeno il pericolo per le ragioni dei creditori della società scissa, nel caso in cui venga dichiarato il fallimento di quest'ultima. Se è vero, infatti, che ai creditori è riconosciuto il diritto di rivalersi sui beni conferiti alle società beneficiarie, che rimangono obbligate per i relativi debiti, è vero altresì che un pregiudizio per gli stessi è comunque ravvisabile nella necessità di ricercare detti beni. Ma, soprattutto, all'esito di tale ricerca i creditori potranno trovarsi nella condizione di dover concorrere con i portatori di crediti nel frattempo maturatisi nei confronti delle società beneficiarie, con la concreta possibilità che tanto riduca le possibilità di un effettivo soddisfacimento delle loro pretese" (21).

Il giudice di legittimità, seguendo un ragionamento fondato più sul concetto di pericolo presunto che su quello di pericolo concreto, è giunto ad affermare il principio secondo cui, indipendentemente da quella che possa essere la veste giuridica - si porta come esempio l'affitto del ramo d'azienda - ciò che rileva, ai fini della valutazione della rilevanza penale, è che "la condotta si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio ed in prospettiva pregiudizievoli per i creditori laddove si addivenga ad una procedura concorsuale". Ai fini del giudizio sulla sussistenza del reato occorre, dunque, una "valutazione in concreto, che tenga

Note:

(20) Cass. pen., Sez. V, 13 giugno 2014, n. 42272, in Alfano et al., CED, n. 260393.

(21) La valutazione, in questi termini, è stata espressa anche da Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 15715, in *Vigilante, Dejure*. Al riguardo appare di particolare utilità rinviare al contributo di Mandarino, "Elementi patrimoniali scindibili, modificabilità del progetto di scissione e pregiudizio dei creditori", pubblicato in questo stesso numero della *Rivista*, in cui l'autore, concordemente a quanto ritenuto dal giudice di legittimità, propone alcuni esempi concreti di come le tutele approntate dal Codice civile possano essere violate, con danno dei creditori della scissa, ove quest'ultima sia dichiarata fallita.

conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la società poi fallita al momento della scissione". Dalle peculiarità del caso di specie si comprende come la Corte abbia ritenuto decisivi il trasferimento alla beneficiaria dell'intero attivo patrimoniale libero da gravami e la conservazione in capo alla scissa dei soli immobili gravati da ipoteche, circostanza ritenuta idonea a mettere in pericolo le ragioni dei creditori.

Questa impostazione è stata successivamente ribadita (22) in altre pronunce di legittimità in cui si è valorizzato, in modo particolare, la concomitanza temporale tra l'emersione dello stato di dissesto e l'operazione di scissione, nonché le modalità che hanno caratterizzato l'operazione stessa.

Il breve *excursus* giurisprudenziale compiuto lascia l'impressione che, per sua natura, l'operazione di scissione, quando è seguita da una dichiarazione di fallimento, o comunque da una situazione di insolvenza, sia destinata a essere vagliata anche sotto il profilo della rilevanza penale. Qui l'aspetto valutativo dovrà cogliere, secondo la nota prospettiva *ex ante*, la presenza o meno di un obiettivo economico razionale dell'operazione; l'esistenza di una distribuzione del compendio aziendale tra scissa e beneficiaria equilibrata e coerente con l'obiettivo economico perseguito. La sostenibilità del progetto dal punto di vista finanziario, cioè la capacità di scissa e beneficiaria di sostenersi autonomamente sotto il profilo finanziario, eventualmente comprovata dai *business plan* predisposti all'epoca dell'operazione, potrebbe, infine, incidere sul piano dell'elemento soggettivo del reato.

Allo stesso modo non vi sono dubbi circa la possibilità di qualificare la fusione come condotta distrattiva (o comunque dissipativa), qualora abbia determinato una situazione di pericolo per le ragioni dei creditori della società risultante dall'operazione straordinaria (23). Ciò comporta, come osservato di recente dalla Corte di cassazione, che gli organi delle società partecipanti alla fusione "devono valutare il complesso dell'operazione anche sotto l'aspetto del rischio derivante dalle condizioni finanziarie negative della società incorporata e la possibilità della società incorporante di farvi fronte per evitare la verifica dello stato di dissesto, sottolineandosi la necessità di verifica del pericolo concreto di propagazione

dell'effetto depressivo sulla società derivante dalla fusione" (24).

Al fine di stabilire, sul piano oggettivo, se sussista (o meno) il reato si dovrà, anche qui secondo una valutazione prognostica *ex ante* e in concreto, valutare se l'operazione abbia effettivamente diminuito le garanzie dei creditori della società risultante dalla fusione.

Dalla configurabilità della scissione come atto distrattivo deriva, secondo quanto affermato dal giudice di legittimità, che, "nell'ipotesi di incorporazione per fusione di società in cui il fallimento riguarda solo la società incorporante, è possibile configurare i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale a carico degli amministratori e dei concorrenti esterni della società incorporata anche in relazione a condotte illecite riguardanti quest'ultima e commesse prima della fusione in quanto i rapporti giuridici facenti capo all'incorporata non si estinguono, ma si trasferiscono alla società incorporante" (25).

In forza della disciplina prevista dall'art. 2504-bis c.c., del resto, "le vicende economiche delle società incorporate non vengono sterilizzate dall'operazione di incorporazione, ma proiettano i loro effetti sulla società incorporante, la cui consistenza patrimoniale viene ad essere influenzata da quella della società incorporata anche in riferimenti ai fattori che - incidendo negativamente sul patrimonio dell'incorporata

Note:

(22) Cass. pen., Sez. V, 8 ottobre 2014, n. 6404, in *Dejure*; Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2015, n. 13522, in Di Cesare, *Dejure*; Cass. pen., Sez. V, 10 aprile 2015, n. 20370, in Piscedda et al., *Dejure*; Cass. pen., Sez. V, 14 giugno 2019, n. 37326, in *Dejure*. (23) Siveda, da ultimo: Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2019, n. 9398, in *Dejure*. Più in generale, con riferimenti ai negozi traslativi, il principio in questione è stato affermato, tra le altre, anche da: Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2018, n. 34464, in Innocenti, *CED*; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2018, n. 16748, in Morelli, *CED*, n. 272841; Cass. pen., Sez. V, n. 20370, *clt.*; Cass. pen., Sez. V, 9 ottobre 2008, n. 44891, in P.M. in proc. Quattrocchi, *CED*, n. 241830; Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2008, n. 46508, in Scirè et al., *CED*, n. 242614.

(24) Cass. pen., Sez. V, n. 9398, *clt.* Il principio era stato affermato anche in precedenza da Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2016, n. 6904, in Gandolfi, *CED*, n. 269106.

(25) Cass. pen., Sez. V, n. 9398, *clt.* Si tratta di un principio espresso in precedenza nell'ambito della giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., Sez. V, 19 giugno 2018, n. 42568, in E., *CED*, n. 273925; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2016, n. 6904, in *Dejure*; Cass. pen., Sez. V, 11 marzo 2014, n. 32728, in *CED*, n. 261966; Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 2018, n. 18517, in Lapis et al., *CED*, n. 273072.

Operazioni straordinarie

- abbiano determinato l'affievolimento della garanzia patrimoniale dei creditori" (26). Secondo questo indirizzo giurisprudenziale la possibilità di colpire, in seguito alla dichiarazione di fallimento, condotte distrattive poste in essere prima della fusione si pone in rapporto di connessione armonica con il principio per cui, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, i fatti pregiudizievoli delle ragioni dei creditori assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati realizzati, quando ne abbiano messo in pericolo la soddisfazione (27). Se è ragionevole negare alla fusione un generalizzato effetto estintivo dei reati commessi dagli amministratori dell'incorporata (o delle incorporate), la natura stessa dell'operazione, che fisiologicamente conduce a un'integrazione di valori patrimoniali e finanziari, impone tuttavia un'attenzione particolare nella verifica sulla persistenza, sino alla dichiarazione di fallimento, degli effetti lesivi delle condotte realizzate prima della fusione. Il rischio, infatti, è di perseguire atti dispositivi i cui eventuali connotati distrattivi si sono nel frattempo sterilizzati proprio per effetto dell'operazione straordinaria (28).

Conclusioni

Nonostante la copertura offerta dalla disciplina civilistica, che ne regola il lecito svolgimento, non si può escludere che le operazioni di scissione e fusione possano, in ogni caso, integrare il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale laddove siano state compiute, volontariamente, in danno dei creditori. L'indirizzo espresso dalla Corte di cassazione, in special modo in tema di scissione, si distingue per un approccio diffidente e protettivo. Le tutele previste dalle disposizioni civilistiche, infatti, non riverberano alcun effetto sul piano dell'offensività, nel senso che non sono ritenute idonee a escludere la pericolosità della condotta. Detta presa di posizione, in linea teorica, lascia qualche dubbio: basti pensare che con l'opposizione di cui all'art. 2503 c.c. il creditore ha la facoltà di impedire il compimento dell'operazione e, quindi, di prevenire ogni situazione di (eventuale) pericolo. Il giudice di legittimità, tuttavia, secondo un approccio più sostanziale, ritiene dirimente, ai fini della sussistenza del reato, verificare se, in

concreto, vi sia stata una lesione dei diritti dei creditori, anche di quelli che non hanno attivato gli strumenti del Codice civile perché non sono stati in grado di valutare l'effettiva pericolosità dell'operazione o perché, più semplicemente, non se ne sono curati.

Il sintetico *excursus* giurisprudenziale cui si è proceduto ha poi messo in luce che i sintomi più evidenti di un'operazione distrattiva, nei casi specifici di scissioni e fusioni, sono il contesto di grave crisi in cui le operazioni sono state effettuate, lo smaccato disequilibrio patrimoniale e/o finanziario delle società interessate dalle operazioni in special modo se determinate dalle operazioni medesime, l'impossibilità di individuare un razionale economico che ne giustifichi il compimento, oltre, ovviamente, alla contiguità temporale rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Tra tutte quest'ultima è probabilmente la circostanza più suggestiva, ma non può, comunque, assurgere a "sintomo dominante", capace, da solo, di attrarre il caso concreto alla fattispecie penale. Se non si vuole ridurre la valutazione prognostica *ex ante* a un'attività di consolidamento degli elementi a carico, la dichiarazione di fallimento non deve costituire un pregiudizio rispetto alla natura e agli scopi delle operazioni da vagliare.

Del resto, al di là dei casi in cui vi sono indizi conclamati sulla natura fraudolenta della condotta, non si deve trascurare che l'attività d'impresa è fisiologicamente esposta a rischi non definibili *a priori* ed è tesa a conseguire vantaggi soltanto prevedibili e dunque, in qualche misura, necessariamente ipotetici.

Note:

(26) Cass. pen., Sez. V, n. 9398, cit.

(27) Si veda, per tutte: Cass. pen., SS.UU., Passarelli, cit.

(28) A riguardo appare utile un ulteriore rinvio a quanto è stato osservato da Mandarino, con "Elementi patrimoniali scindibili, modificabilità del progetto di scissione e pregiudizio dei creditori", pubblicato in questo stesso numero della *Rivista*. Secondo l'autore anche nel caso della scissione di un netto reale negativo a beneficio di una società preesistente all'operazione non si potrebbe pervenire automaticamente a un giudizio negativo e, si aggiunge qui, di rilevanza penale in termini di bancarotta fraudolenta distrattiva. Del resto, in presenza di un progetto di ampliamento aziendale della beneficiaria, supportato da valide ragioni economiche, la scissione, sebbene abbia a oggetto un netto reale negativo, non potrebbe, di per sé sola, essere considerata - secondo la richiamata prospettiva *ex ante* - come un'operazione elusiva dei diritti dei soci e pregiudizievole dei diritti dei terzi ai fini della formazione del capitale.