

Approfondimenti - Codice della crisi d'impresa 29/09/2022

Le ricadute penali del CCII: i confini delle bancarotte ai tempi delle operazioni infragruppo

Il favore verso soluzioni di continuità e operazioni di sostegno finanziario infragruppo, purché realizzate nel contesto o in funzione della trasparente proceduralizzazione della crisi utilizzando strumenti e procedure previste dal CCII, ridefinisce lo spazio di molte delle fattispecie penali tradizionali - bancarotte per distrazione, per dissipazione o semplici - ricollegate a liquidazioni di imprese a favore di altre, a trasferimenti di risorse, finanziamenti nonché a rimborsi infragruppo in periodo di crisi.

di Fabio Di Vizio - Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze

Premessa: la crisi e la "logica di gruppo"

Ulteriore settore nel quale sono attesi riflessi penali della nuova disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza è quello dei reati di bancarotta fraudolenta (**art. 216, 223, L. fall, art. 322 e art. 329 CCII**) o preferenziale (**art. 216, comma 3, L.fall., art. 322, comma 3, CCII**) in relazione alle operazioni infragruppo: è il caso delle liquidazioni di singole imprese utili per assicurare la continuità di altre imprese del gruppo, dei trasferimenti e finanziamenti infragruppo «in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di strutturazione dei debiti» nonché del «rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo».

A questa logica va ascritta anche l'estensione dell'operatività della previsione dell' art. 217-bis L.fall., trasfusa ed ampliata nell' art. 324 CCII.

In una prolungata fase di complicato accesso al finanziamento bancario da parte di imprese scarsamente patrimonializzate, anche per i parametri più rigidi scaturenti dalla normativa di settore, oltre che a seguito dell'entrata in vigore del regolamento UE 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera, è stata considerata lacuna insostenibile del sistema nazionale l'assenza di una specifica disciplina del fenomeno dell'insolvenza in seno agli organismi societari appartenenti ad un gruppo d imprese.

In effetti, nella legislazione previgente gli istituti di risoluzione della crisi d'impresa erano concepiti avendo riguardo ad imprese singole, individuali o gestite in forma societaria, senza specifica considerazione del fenomeno dei gruppi d'impresa. Nella realtà economica, invece, è consueto che la crisi investa la più parte delle imprese facenti parte del gruppo, imponendo un'ottica unitaria alternativa alla frammentazione delle relative procedure. Per tali ragioni la riforma ha inserito disposizioni volte a definire il **concetto di "gruppo di imprese"** ai fini dell'applicazione delle procedure concorsuali, ad introdurre specifici obblighi dichiarativi e di trasparenza per le imprese appartenenti al gruppo, nonché procedure unitarie per la gestione della crisi e dell'insolvenza delle imprese del gruppo.

Può anticiparsi che per effetto di questo diverso assetto dal CCII, nella versione novellata dal decreto cd. correttivo, scaturisce il riconoscimento esplicito della natura giuridica (e non solo della realtà economica) dei gruppi di impresa, venendo dedicato un intero Titolo (VI) alla regolazione della crisi o insolvenza del gruppo, con la ridefinizione dei confini della bancarotta distrattiva e/o dissipativa in presenza di vantaggi compensativi, che, ai sensi dell' art. 284, comma 4, CCII (nel piano unitario allegato alla domanda del gruppo d'impresa di accedere al concordato preventivo) siano "conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo", evocando la terminologia dell' art. 2634, comma 3, c.c.

I **trasferimenti infragruppo**, in particolare, vengono considerati "non atomisticamente, bensì in una prospettiva più ampia, che valuta i benefici arrecati dall'operazione all'intero gruppo e, quale specifica conseguenza, alla singola società" (Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale e Processuale*, fasc.4, 1.12.2019, pag. 1850). Si sopravanza, in altri termini, in maniera decisa la logica economica del collegamento di imprese, sinora rivelata dalla responsabilità per direzione e coordinamento societario (**art. 2497 c.c.**) e dalle relazioni di controllo (**art. 2359 c.c.**)

Il rilievo giuridico del gruppo di imprese: dalle norme definitorie al piano unitario di gruppo o ai piani reciprocamente collegati per risoluzione della crisi

Ai fini che interessano, il rilievo giudico assunto dal gruppo di imprese è accreditato da molteplici indici normativi presenti nel CCII.

La natura giuridica della nozione è oggetto di un risalente dissidio esegetico che ha registrato posizioni più favorevoli della dottrina rispetto ai riconoscimenti tributati dalla giurisprudenza, tradizionalmente attestata sulla rigorosa salvaguardia del principio dell'autonomia delle masse attive e passive delle singole imprese, con divieto di confusione tra esse. La questione centrale si identifica nel riconoscimento, o meno, del gruppo quale autonomo e distinto centro di imputazione giuridica, con interessi equivalenti a quelli delle singole imprese componenti.

In dottrina (Alessandri, op. cit., 1851) a conforto del rilievo giuridico (e dunque penale della nozione di gruppo, già prima del CCII, venivano segnalati l' art. 2634, comma 3, c.c., l' art. 2497 c.c. (per la disciplina dell'abuso della direzione e coordinamento), gli artt. 60 e ss. TUB (per le dinamiche infragruppo e i trasferimenti di risorse come attività afferenti alla normalità del gruppo stesso nel contesto della disciplina del «Piano di risanamento» e del "Sostegno finanziario di gruppo") e gli artt. 80 e ss. D.Lgs. n. 270/1999 (per la speciale disciplina del «gruppo di imprese» offerta in tema di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza).

È indubbio, in ogni caso, che il CCII abbia rafforzato la solidità di una lettura giuridica della realtà economica del gruppo di imprese, riconnettendo ad esso interessi distinti e autonomi, almeno in un contesto trasparente di gestione della crisi; invero la fase più problematica in cui tale realtà, con i propri interessi, viene richiamata per giustificare operazioni di travaso di valori tra i soggetti giuridici distinti che la compongono.

L' **art. 1 CCII** ricomprende nell'ambito di applicazione della disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore nell'imprenditore che operi quale gruppo di imprese.

L' art. 2, lett. h, CCII, poi, ha aderito alla definizione di "gruppo di imprese" data dall' art. 13 del D.L. n. 118/2021, confluita all'interno del Titolo II, come riscritto dal d.lgs. n. 83/2022: è tale "l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto"; ai sensi dell' art. 2, lett. i) CCII **sono «gruppi di imprese di rilevante dimensione» quelli composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato**, che rispettano i **limiti numerici** di cui all' articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

Il **gruppo di imprese** è tenuto presente sin dalla disciplina della composizione negoziata (titolo II, capo I), che non ne ricollega la realtà solo a dati formali (come la pubblicità ex art. 2497 bis c.c. o la redazione di bilanci consolidati), rivelandosi anche per situazioni di controllo di fatto.

Ai sensi dell' **art. 25, comma 1**, CCII più imprese che si trovano in squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza ma ancora ragionevolmente risanabili (condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1), appartenenti al medesimo gruppo e che hanno, ciascuna, il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato, possono chiedere al segretario generale della camera di commercio la nomina dell'esperto indipendente di cui all'articolo 12, comma 2, che agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

Ai sensi dell' **art. 25, comma 2**, CCII l'istanza è presentata alla camera di commerci ove è iscritta la società o l'ente, avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato, che, in base alla pubblicità prevista dall' articolo 2497-bis c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, l'impresa avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall' art. 2424 c.c. in base all'ultimo bilancio approvato e inserito nella piattaforma telematica ai sensi del comma 4.

In base all' **art. 25, comma 3** CCII l'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica di cui all'articolo 13, oltre alla documentazione indicata nell'articolo 17, comma 3, una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali, l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell' art. 2497-bis c.c. e il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.

In base all' **art. 25, comma 4**, CCII le misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19 sono adottate dal tribunale competente ai sensi dell'articolo 27 rispetto alla società o all'ente che, in base alla pubblicità prevista dall' art. 2497-bis c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, rispetto all'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria come definita nel comma 2.

L' **esperto** assolve ai compiti di cui all'articolo 12, comma 2, in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza, salvo che lo svolgimento congiunto non renda eccessivamente gravose le trattative. In tal caso può svolgere le trattative per singole imprese (art. 25, comma 5, CCII).

Le imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1, possono, anche su invito dell'esperto, partecipare alle trattative.

Quando le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentano più istanze ai sensi dell'articolo 12, comma 1, e gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori, propongono che la composizione negoziata si svolga in modo unitario oppure per più imprese appositamente individuate, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

Al termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti, convenzioni o accordi, di cui all'articolo 23, comma 1, ovvero acedere, separatamente o in via unitaria, alle soluzioni di cui all'art. 23 (art. 25, comma 9, CCII).

Anche per il concordato preventivo, per gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento il gruppo di imprese è riconosciuto come realtà economico-giuridica suscettibile di unitaria gestione. Il CCII, nella versione successiva alla novella del **D.Lgs. n. 147/2020** (cd. decreto correttivo), ha statuito (**art. 284, comma 1, CCII**) che «più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti».

Parimenti «può essere proposta con un unico ricorso, da più imprese appartenenti al medesimo gruppo e aventi tutte il proprio centro degli interessi principali nello Stato italiano, la domanda di accesso alla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, ai sensi degli articoli 57, 60 e 61» (**art. 284, comma 2, CCII**).

Ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (**art. 284, comma 3, CCII**) «la domanda proposta ai sensi dei commi 1 e 2 deve contenere l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa».

Il piano o i piani di cui al comma 1 quantificano il beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

La **domanda** deve inoltre fornire informazioni **analitiche, complete e aggiornate** sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese e indicare il registro delle imprese o i registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell' art. 2497-bis c.c..

Il **bilancio consolidato di gruppo**, ove redatto, deve essere allegato al ricorso unitamente alla documentazione prevista, rispettivamente, per l'accesso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione e si applica l' articolo 289 CCII.

Ai sensi dell' art. 284, comma 5, CCII il piano unitario o i piani reciprocamente collegati e interferenti, rivolti ai rispettivi creditori, aventi il contenuto indicato nell'articolo 56, comma 2 (in tema, di piano attestato di risanamento), devono essere idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna. Un professionista indipendente attesta:

a) la veridicità dei dati aziendali;
b) la fattibilità del piano o dei piani;
c) le ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa;
d) la quantificazione del beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, operata ai sensi del comma 4.

L'attestazione contiene anche informazioni analitiche, complete e aggiornate sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese. Infine, su richiesta delle imprese debitorie, il piano o i piani sono pubblicati nel registro delle imprese o nei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell' art. 2497-bis c.c. e si applica l' articolo 289 (**art. 284, comma 6, CCII**).

Liquidazione di singole imprese del gruppo (art. 284, comma 1, CCII) e trasferimenti di risorse infragruppo nei piani concordatari di gruppo (art. 284, comma 2, CCII)

Tra le previsioni che più impattano sulla **configurabilità dei reati di bancarotta preferenziale e patrimoniale** vi sono quelle sulla liquidazione di singole imprese e sui trasferimenti di risorse infragruppo, con ridefinizione delle facoltà dei creditori dissenzienti e dei soci nonché delle verifiche del tribunale.

In base all' **art. 285, comma 1, CCII** «il piano concordatario o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo.

Si applica tuttavia la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino».

Inoltre, ai sensi dell' art. 285, comma 2, CCII «il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese, fermo quanto previsto dagli articoli 47 e 112 (sull'apertura del concordato preventivo e sulla sua omologazione) .

Il **d.lgs. n. 83/2022**, da ultimo, intervenendo sulle disposizioni relative ai gruppi di imprese, di cui al Titolo VI del CCII, ha rafforzato la già prevista prevalenza della continuità aziendale rispetto alla liquidazione dell'impresa, purché risulti che in tal modo venga almeno paritariamente soddisfatto l'interesse dei creditori.

Quando sia accertata tale circostanza, infatti, è prevista la limitazione per i creditori dissenzienti della possibilità di opporsi e il piano viene omologato dal tribunale. Acquistano, inoltre, rilievo nella procedura concordataria i vantaggi compensativi che derivano alle singole imprese (ed ai relativi creditori) dalla presentazione di un piano unico per l'intero gruppo di imprese.

In dettaglio, in base all' art. 284, comma 3, CCII in caso di concordato liquidatorio gli effetti pregiudizievoli delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 possono essere contestati dai creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola impresa, attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo, così come i creditori non aderenti possono proporre opposizione all'omologazione degli accordi di ristrutturazione.

In caso di opposizione proposta ai sensi del comma 3, **il tribunale omologa il concordato o gli accordi di ristrutturazione** qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati e tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese del gruppo, che i creditori possano essere soddisfatti **in misura non inferiore a quanto ricaverrebbero dalla liquidazione giudiziale della singola impresa**. Nella diversa ipotesi di concordato in continuità, il tribunale omologa il concordato secondo quanto previsto dall'articolo 112, commi 2, 3 e 4 (**art. 285, comma 4 bis CCII**).

A loro volta i soci possono far valere il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dalle operazioni di cui ai commi 1 e 2 di cui all'art. 285, esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Il tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza del predetto pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese dal piano di gruppo.

Finanziamenti infragruppo: dalla postergazione alla possibile prededucibilità

Di interesse penalistico anche la disciplina **dei finanziamenti infragruppo** in seno agli strumenti e alle procedure regolative della crisi o dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale che dalla ordinaria postergazione (**art. 292, comma 1, CCII e art. 2467 c.c.**) possono neutralizzarne l'operatività

(art. 25, comma 8) sino ad assurgere ai benefici della predeuzione (art. 25, comma 2; art. 292, comma 2, art. 102, art. 99, art. 101 CCII).

In termini generali, l' art. 292, comma 1, CCII stabilisce la postergazione del rimborso dei crediti da finanziamenti infragruppo. Rileva, merita rimarcare, il momento in cui sorgono tali crediti rispetto alla presentazione della domanda di liquidazione giudiziale.

In base all'anzidetta norma, «i crediti che la società o l'ente o la persona fisica esercente l'attività di direzione e o coordinamento vanta, anche a seguito di escussione di garanzie, nei confronti delle imprese sottoposte a direzione e coordinamento, o che queste ultime vantano nei confronti dei primi sulla base di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori». Se tali crediti «sono stati rimborsati nell'anno anteriore alla domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale, si applica l'articolo 164», ossia i rimborsi «sono privi di effetto rispetto ai creditori» e devono essere restituiti (art. 2467, secondo comma, c.c.).

E' stato esteso, in tal modo, il **principio della postergazione** disciplinato dall' art. 2467 c.c. quanto ai soci, in linea con quanto già previsto dall' art. 2497-quinquies c.c. per i finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti (e viceversa) in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

In seno alla **composizione negoziata**, ai sensi dell' art. 25, comma 8, CCII "i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17, sono esclusi dalla postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile , sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'articolo 21, comma 2, e che l'esperto, dopo avere segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 21, comma 4.

Inoltre, l' art. 22, comma 1, lett. c), CCII prevede che su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all' art. 25 a contrarre finanziamenti predeucibili ai sensi dell'art. 6.

Di rilievo anche la **deroga** disposta dall' art. 292, comma 2: la disposizione di cui al comma 1, primo periodo, dell' art. 292 CCII (postergazione per periodo di insorgenza del rapporto di finanziamento) **non si applica ai finanziamenti predeucibili dei soci previsti dall' articolo 102 CCI I.**

Si tratta di un'eccezione rilevante, per il caso di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti. Infatti, con il richiamo all' art. 102 CCII (che replica la previsione dell' art. 182 quater, comma 1, n. 3, L. fall. in materia di finanziamenti predeucibili dei soci) è esteso ai finanziamenti ex art. 291, comma 1, primo periodo, CCII, il beneficio della predeuzione in quanto si tratti di finanziamenti-ponte e di finanziamenti in esecuzione di procedura di regolazione della crisi. In particolare, in base all' art. 102 CCII «in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il beneficio della predeuzione previsto agli artt. 99 e 101 si applica ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'ottanta per cento del loro ammontare».

Il medesimo beneficio opera «per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti».

In sostanza, in parziale deroga al disposto dell' art. 2467 c.c., l' art. 102 CCII, in continuità con l' art. 182 quater, L. fall., al fine di favorire l'apporto di nuova finanza finalizzato alla ristrutturazione, riconosce il **diritto al rimborso nella misura dell'80% con il beneficio della predeuzione ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma** nel rispetto delle condizioni previste negli artt. 99 e 101, mentre il residuo 20% sarà soggetto alla disciplina ordinaria (ossia postergato al soddisfacimento degli altri creditori).

Allo scopo di incentivare l'ingresso nella compagine sociale di investitori interessati a sostenere il processo di risanamento, poi, il beneficio opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti. Onde, dal coordinamento complessivo di questa disciplina può trarsi la conclusione che i finanziamenti tra soci - pure nel contesto di gruppi di imprese - realizzati nel rispetto delle condizioni previste negli artt. 99 (finanziamenti predeucibili autorizzati dopo la domanda ma prima della presentazione della documentazione necessaria dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti) e 101 CCII (finanziamenti predeucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti) o con acquisizione delle qualità di socio in esecuzione di tali procedure di regolazione della crisi non solo si sottraggono alla postergazione ma guadagnano il beneficio della predeuzione.

Limiti alle azioni di inefficacia fra imprese del gruppo

Ai sensi dell'art. **290, comma 1, CCII** nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo possono essere promosse dal curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di **atti e contratti** posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l' **effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, fatto salvo il disposto dell' articolo 2497, primo comma, del codice civile.** In base all' art. 290, comma 3, CCII, il curatore della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti di una società appartenente ad un gruppo può esercitare, nei confronti delle altre società del gruppo, l'azione revocatoria prevista dall' articolo 166 degli atti compiuti dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o, nei casi di cui all' articolo 166, comma 1, lettere a) e b), nei due anni anteriori al deposito della domanda o nell'anno anteriore, nei casi di cui all' articolo 166, comma 1, lettere c) e d)

Esenzioni ex art. 24 e 324 CCII

Altra previsione penalistica innovativa è rappresentata dall' **art. 24 CCII**, il cui **comma 5** prevede che le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 (bancafallimento preferenziale) e 323 (bancafallimento semplice) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto nominato nella procedura di composizione negoziata, in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell' articolo 17, comma 5, CCII.

Per completare il quadro della disciplina di rilievo va considerato, inoltre, che oltre ad una deroga alla postergazione dei finanziamenti infragruppo, nel nuovo assetto si profila l'estensione della portata applicativa dell' art. 217-bis R.D. n. 267/42 (esenzioni dai reati di bancafallimento), previsione ora trasfusa ed ampliata nell' art. 324 CCII.

Trattenendo l'impegno ad esaminare la problematica natura della singolare esenzione (causa di giustificazione, causa di non punibilità, limitazione del fatto tipico, o immeritevolezza di pena) e il margine di sindacato del giudice penale in merito alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano nel quale si inseriscono le operazioni immunizzate (in argomento, *amplius*, cfr. Di Vizio, *Reati e crisi di impresa*, Milano, 2021, 377-386), mette conto rammentare che alla stregua dell'art. 217 bis cit., infatti, le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma (bancafallimento preferenziale) e 217 (bancafallimento semplice) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell' articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies (cd. finanza interinale, autorizzata in pendenza della procedura di concordato o della domanda di omologa di un accordo ex art. 182-bis l. fall.).

Sino all'entrata in vigore della riforma (15 luglio 2022) restavano esclusi dall'esenzione (almeno secondo la lettera della disposizione) i finanziamenti concessi in funzione della presentazione della domanda di omologa di un accordo ex art. 182-bis L. fall. o di concordato preventivo (c.d. finanza-ponte ex art. 182-quater, comma 2, L.F.).

Si discuteva se la previsione dell'art. 217 bis L.F. operasse anche per questi ultimi finanziamenti ove previsti dal piano o dall'accordo di ristrutturazione e poi riconosciuti dal provvedimento con cui il tribunale accoglieva la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero con cui omologava l'accordo (in senso favorevole, militava l'assimilazione con la previsione che riconosceva l'esenzione per i pagamenti e per le operazioni in esecuzione di tali soluzioni della crisi; in senso avverso, deponeva la natura eccezionale della previsione in analisi).

Ora, però, in base alla formulazione dell' art. 324 CCII, è letterale il fatto che le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 (bancafallimento preferenziale) e 323 (bancafallimento semplice) **non si applicano:**

- (i) ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80;
- (ii) ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 99 (cd. finanziamenti "ponte"), 100 (cd. finanza interinale per i cd. pagamenti strategici) e 101 (finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti, già previsti dall' art. 182-quater, comma 1, n. 1, L. fall.) del CCII.

Restano sullo sfondo **critiche radicali all'opportunità di una tale esenzione**, oscillanti tra chi ne assume la superfluità, escludendo che le ipotesi in discorso potrebbero integrare la bancafallimento preferenziale già sotto il profilo dell'elemento soggettivo (Santoriello, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sistema Penale*, 27 luglio 2022) e chi ritiene che dovrebbe ritenersi coerente con il sistema giuridico la pressoché integrale corrispondenza tra operazioni non suscettibili di revocatoria (art. 67, comma 3, l. fall, ora 166, comma 3, CCII) e operazioni penalmente immunizzate, in aderenza ai principi di non contraddizione (cfr. Alessandri, *op. cit.*, 1854-1857, sotto questo profilo, assume incongrua l'apparente esclusione dalla previsione penalistica delle situazioni ex art. articolo 166 c. 3, lett. a, e) f) e g).

La giurisprudenza penale tradizionale

È stato variamente esaminato il **possibile significato esimente rispetto a fattispecie penali fallimentari dei vantaggi compensativi legati a trasferimenti di risorse infragruppo** o il significato penale della restituzione dei finanziamenti ai soci non amministratori in fase di dissesto.

È noto, infatti, che la rilevanza esimente dei vantaggi compensativi legati a trasferimenti di risorse infragruppo - espressamente prevista dall' art. 2634, comma 3, c.c. per escludere il carattere ingiusto del profitto della società collegata o del gruppo compensato dal vantaggio, conseguito o fondatamente prevedibile, derivante dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo di società - è formalmente riferita alla sola infedeltà patrimoniale; inoltre, rispetto alle diverse ipotesi di bancafallimento la previsione non è stata mai intesa quale condizione atta a depotenziare il principio dell'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo.

L'offensività tipica di tali fattispecie penali, di pericolo, è stata considerata tradizionalmente inalterata, nel momento in cui le ragioni dei creditori della società fallita, fiduciosi sulle capacità patrimoniali di quest'ultima, vengono comunque pregiudicate da trasferimenti di risorse ingiustificatamente effettuati dalla società in questione in favore di altri soggetti economici, pur ricompresi nello stesso gruppo.

Secondo un orientamento non isolato della Corte di legittimità l'autonomia tutela delle ragioni creditorie specificamente riferibili alla società fallita contrasterebbe, in termini più o meno radicali, l'operatività delle previsioni dell' art. 2634, comma 3, c.c. nei reati fallimentari, riservandola alle società in bonis (ex plurimis **Cass. pen. sez. V, 09/05/2013, n. 20039** ; in dottrina, nel senso della inapplicabilità ai reati fallimentari Tencati, *Conflitti di interessi. Profili penali innovativi*, in *Impresa*, 2004, 879 ss.).

Tenuto conto della collocazione della clausola riferita alla sola condotta di cui al 1° comma dell' art. 2634 c.c., tale opinione assume che il vantaggio compensativo non può andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale e non è applicabile all'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria riguardante una società collegata od appartenente al gruppo, in quanto il fenomeno del collegamento societario non sopravanza il principio dell'autonomia soggettiva delle società interessate e il fallimento di una di esse prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario.

Altra esegesi ha valorizzato esigenze sistematiche e individuato nell' art. 2634, comma terzo, c.c. una delle esplicitazioni normative del principio di reale offensività; nondimeno a fronte della natura oggettivamente distrattiva dell'operazione, è onere di chi ne adduca l'esistenza allegare e dimostrare uno specifico vantaggio derivante dall'atto di disposizione patrimoniale, complessivamente riferibile al gruppo ma altresì produttivo per la fallita di benefici, sia pure indiretti (**Cass. pen. sez. V, 10/12/2013, n. 49787**). Non può prescindersi, in definitiva, dall'identificare benefici concretamente idonei, anche per la società fallita, a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione medesima. Infatti, solo nella misura in cui venga dimostrata tale "idoneità compensativa specifica" dei benefici indiretti per la fallita potrà ritenersi che l'operazione compiuta non incida sulle ragioni dei suoi creditori (Cfr. **Cass. pen. sez. V, n. 49787/2013** , cit.). La Corte di Cassazione ha anche tradizionalmente rimarcato come la disciplina civilistica dei "vantaggi compensativi" delineata dall' art. 2497, comma 1, c.c. privilegi una dimensione di tipo aritmetico, mentre la causa di esclusione della responsabilità penale, ai sensi dell' art. 2634, comma 3, c.c., abbia un ambito operativo più ampio, estendendosi sino ai vantaggi "fondatamente prevedibili" (**Cass. pen. sez. V, 08/11/2016, n. 46689**). Tale clausola «presuppone che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza, e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta siano "conseguiti" o "prevedibili" "fondatamente" e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza» (così anche **Cass. pen. sez. V, 29/02/2016, n. 8253**).

Da tali considerazioni la Corte regolatrice ha usualmente tratto alcune implicazioni:

- | |
|---|
| (i) per invocare il disposto normativo dell' art. 2643, comma 3, c.c. occorre indicare gli elementi formali previsti dagli artt. 2497 e ss. c.c., espressivi di un'autentica funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento e legittimanti l'applicazione delle relative norme; |
| (ii) in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il saldo finale positivo delle operazioni, compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, consente di ritenere legittima l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, circostanza della cui prova è onerato l'interessato (cfr. Cass. pen. sez. V, 18/07/2012, n. 29036); |
| (iii) inoltre, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo la regola del "vantaggio compensativo" esclude la rilevanza penale del fatto solo in quanto sia dimostrato che le operazioni contestate abbiano prodotto uno specifico vantaggio, anche indirettamente derivante da quello riferibile al gruppo nel suo complesso, idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi delle operazioni stesse (Cass. pen. sez. V, 28/12/2011, n. 48518, Rv. 251536). |

L'interesse che può escludere l'effettività della distrazione non può, dunque, ridursi al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né identificarsi nel vantaggio della società controllante, perché il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio (**Cass. pen. sez. V, n. 48518/2011** , cit), perdurando l'autonomia soggettiva delle singole società facenti parte del gruppo. Inoltre, i vantaggi compensativi di rilievo esimente non possono essere successivi al fallimento, poiché se all'operazione qualificata come distrattiva, e addirittura per effetto della stessa, segue l'assoggettamento alla procedura concorsuale, manca in radice la possibilità di ravvisare di tali vantaggi (**Cass. pen. sez. V, 23/02/2016, n. 7079**). Né possono essere identificati nel mero spostamento di disponibilità fra società dello stesso gruppo che si trovino tutte in condizioni di difficoltà economiche, tali pertanto da escludere una prognosi favorevole sul risultato dell'operazione (**Cass. pen. sez. V, 17/10/2011, n. 37370** , Rv. 250492).

Quanto al tema dei rimborsi dei crediti ai soci, secondo il prevalente insegnamento integrano il reato di bancarotta preferenziale le restituzioni, effettuate in periodo di insolvenza, ai soci (non amministratori) dei finanziamenti concessi alla società, che costituiscono crediti liquidi ed esigibili (**Cass. pen. sez. V, 9/4/2008, n. 14908** Rv. 239487).

Non può esser trascurata la specifica posizione del creditore soddisfatto in periodo di insolvenza o di forte difficoltà del debitore: non tanto per la disciplina che oggi assiste questa forma di finanziamento, con la postergazione rispetto agli altri creditori (cfr. art. 2467 c.c.), quanto, invece, dalla connotazione soggettiva specifica del dolo che caratterizza questi pagamenti: «vi è, invero, assenza di motivi giustificabili in termini di interesse societario nella soddisfazione del socio prima degli altri creditori (per es. le aziende di credito), poiché il primo, a differenza della restante massa creditoria, non ha alcun interesse ad avanzare, in caso di inadempimento, istanza di fallimento verso la società. Unica ragione, quindi, è il volontario e specifico perseguimento dell'interesse del creditore privilegiato, a danno della restante massa creditoria» (**Cass. pen. sez. V, n. 14908/2008** , cit).

Più rigorosa l'impostazione della sentenza Ribatti (**Cass. pen. sez. V, 20/05/2014, n. 23672**, Rv. 229032) alla cui stregua le restituzioni ai soci creditori (ove anche amministratori) dei conferimenti o delle anticipazioni effettuate poco prima del fallimento della società, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale, integrano il reato di bancarotta per distrazione, quale condotta in contrasto con gli interessi della società fallita e

della intera massa dei creditori, consistendo nell'appropriazione di risorse sociali, distolte dalla naturale destinazione a garanzia dei creditori.

Gli effetti penali delle novità del CCII

Le previsioni del CCII passate in rassegna impongono di riflettere sui termini in cui le stesse siano destinate a incidere sulla configurabilità dei reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e preferenziale per operazioni realizzate in seno ai gruppi di imprese.

Per tentare di risolvere l'interrogativo **è utile muovere dalla soluzione della portata della nozione di gruppi di imprese ex art. 2, comma 1, lett. h, CCII.**

Se a favore di una portata più ridotta potrebbe militare l'inciso ("Ai fini del presente codice si intende per") che apre la norma definitoria dell' art. 2 CCII, può convenirsi che la valenza della definizione è generale, nella misura in cui impiega i riferimenti codicistici identificativi del collegamento societario (Filippi, La bancarotta per operazioni infragruppo).

Cosa cambia con l'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza? in Foro Italiano, Speciale 1/2022, col. 101 e ss.) e li innesta nel titolo VI del CCII, che, a sua volta, disciplina in un unico conteso normativo anche i profili penali (titolo IX). Peraltro, la disciplina del titolo VI è apprestata per la fase più pericolosa - la crisi appunto - per l'autonomia patrimoniale delle imprese singole, definendo procedure unitarie che ammettono operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese.

In senso contrario alla produzione di significativi effetti riflessi sulle fattispecie penali della crisi di impresa si è pronunciata una prima riflessione (Filippi, op. cit., col. 104 e ss.) rimarcando come anche nelle procedure unitarie di regolazione della crisi e dell'insolvenza nei confronti delle diverse imprese del gruppo resti ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (**art. 284, comma 3, CCII** per il concordato e gli accordi di ristrutturazione; **art. 287, comma 1** , per la liquidazione giudiziale di gruppo).

Anche in seno a tali procedure, dunque, le operazioni infragruppo non devono ledere le rispettive masse attive ed il vantaggio compensativo costituente premessa per l'omologa giudiziale dei piani concordatari unitari che le prevedono codifica solo il riconoscimento della loro inoffensività per le singole imprese. Inoltre, proprio l'espressa previsione della revocabilità fallimentare degli atti e dei contratti integranti operazioni infragruppo (cfr. **art. 290, comma 1 e 3CCII**) sancisce la potenziale natura distrattiva delle operazioni intercorse tra società collegate, ostacolata solo dall'integrale eliminazione del pregiudizio o alla luce del risultato complessivo del collegamento societario (**art. 2497 c.c.**).

Onde, dal salvaguardato principio dell'autonomia della massa attiva e della massa passiva delle singole imprese del gruppo conseguirebbe che l'introduzione di procedure unitarie per la regolazione della crisi e dell'insolvenza di imprese facenti parte di un medesimo gruppo non inciderebbe sull'astratta configurabilità del reato di bancarotta per distrazione con riferimento alle operazioni infragruppo.

Infatti, "le operazioni infragruppo alle quali consegue uno spostamento di attivo da una società all'altra del medesimo gruppo - tanto nel caso in cui entrambe siano sottoposte a unica procedura di concordato o liquidazione giudiziale, quanto in quello in cui sia sottoposta solo la società che subisce lo spostamento patrimoniale - integrano ipotesi di bancarotta per distrazione o, come si è visto nel caso in cui si tratti di rimborso di finanziamenti, una bancarotta preferenziale" (Filippi, op. cit., col. 107) .

Rispetto a quest'ultima posizione vi è ragione per dissentire almeno laddove trasferimenti di valori infragruppo avvengano in maniera trasparente nel contesto di strumenti e procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, situazioni nelle quali appare ragionevole ritenere che possa ridursi lo spazio di operatività tradizionalmente individuato nella riflessione giurisprudenziale per fattispecie di bancarotte collegate ad operazioni infragruppo o al rimborso dei finanziamenti soci.

Senza modifica delle relative norme penali va riconosciuto che le stesse non saranno applicabili a travasi di valori infragruppo allorché, secondo una valutazione complessiva del piano unitario o dei piani collegati e tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese del gruppo, nei ridetti contesti proceduralizzati di regolazione della crisi e dell'insolvenza era fondato ritenere che tutti i creditori potessero essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto avrebbero ricavato dalla liquidazione giudiziale delle singole imprese.

Se l' art. 2634, comma 3, c.c. costituisce una declinazione normativa del principio di realistica offensività delle condotte, occorrerà anche riconoscere che l'omologazione giudiziale si muove su un piano di valutazioni prospettiche e dunque di natura prognostica (ossia di fondata prevedibilità) il cui positivo riconoscimento in sede civile non risulta vanificabile in prospettiva penale a causa del successivo insuccesso del piano unitario, come avverrebbe laddove si esigesse, in ogni caso, l'eliminazione integrale del danno per ciascuna singola impresa.

Di certo, poi, difficilmente potrà continuarsi a sostenere che costituisca tema eccentrico rispetto all'analisi penalistica dei reati della crisi di impresa, diversi dall'infedeltà patrimoniale, quello dei vantaggi compensativi quando il "beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo" costituisce oggetto di attestazioni di professionisti e di specifiche valutazioni del giudice civile dell'omologazione dei piani unitari o piani reciprocamente collegati per risoluzione della crisi dei gruppi.

Del resto, come colto dalla dottrina (Rossi, Profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario, RIDPP, fasc.3, 1.9. 2019, 1153 e ss.) l'art. 290 CCIII richiama espressamente l' art. 2497, comma 1 c.c., imponendo di considerare gli eventuali vantaggi compensativi nel valutare la dannosità di un'operazione infragruppo; in particolare, posto l'espresso riferimento all' art. 2497 c.c., non vi è

responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Ma è l' art. 2634 c.c. ad assurgere a regola "onnivalente", determinata dalla norma definitoria sul gruppo e operativa sui rapporti tra le società ad esso 'legate' con rilievo penalistico 'escludente' collegato alla finalità delle operazioni di riequilibrio complessivo del gruppo, dovendosene valutare la finalizzazione oggettiva al perseguimento dell'interesse di gruppo al tempo della loro realizzazione (così ancora Rossi, op.cit., 1194).

Quanto l'impostazione sia innovativa o meramente ricognitiva di principi già definiti anche in sede giurisprudenziale, resterà probabilmente oggetto di dissidio. Sembra condivisibile, però, quanto ricordato dalla prima riflessione dottrinale conseguente alla riforma: "È la realtà economica, giuridica e finanziaria del gruppo stesso, definita dalle normative richiamate, a imporre necessariamente una considerazione organica e complessiva del gruppo e delle operazioni che legittimamente possono essere svolte al suo interno, senza arroccamenti nell'atomistica considerazione delle singole parti"; in altri termini, "la sottolineatura legislativa - secondo l'interpretazione che ravvisa il riconoscimento di principi già esistenti - pone innanzi all'interprete una razionalità diversa da quella puramente settoriale, episodica delle singole unità connesse. Una razionalità che riguarda le prospettive di sviluppo del gruppo in cui vantaggi e svantaggi possono succedersi e favorire una piuttosto che l'altra parte di esso" (così Alessandri, op. cit., 1854).

L'attenzione della riflessione giuridica e dell'esperienza giudiziaria anche penalistica si rivolgerà alle liquidazioni di imprese nel contesto di piani concordatari unitari o reciprocamente collegati di risoluzione della crisi del gruppo di imprese; alle operazioni di trasferimento di risorse infragruppo, necessarie sulla base di attestazioni di professionisti, ai fini della continuità aziendale per le imprese progettata in piani concordatari nel rispetto di vantaggi compensativi derivanti alle singole società; ai finanziamenti infragruppo e tra soci in funzione o in esecuzione di concordati preventivi e di accordi di ristrutturazione dei debiti, ma ancora prima per l'accesso a queste procedure e prima per la gestione della composizione negoziata della crisi. Al di fuori di preventive e deliberate rappresentazioni mendaci ai destinatari (creditori e giudici), le valutazioni positive, specie quelle dei giudici civili, assunte in esito al processo di omologazione, laddove presenti, e comunque le attestazioni oneste e competenti di professionisti, pur in presenza di creditori dissenzienti, o di un esperto indipendente, peseranno in maniera determinante sulla liceità delle operazioni e certo sul profilo soggettivo a fronte dell'ipotizzabilità di fattispecie di bancarotta. D'altro canto, fuori di una procedimentalizzazione ufficiale della crisi, le stesse operazioni ben potranno continuare ad integrare la base oggettiva di condotte di bancarotta.

La riconfermata **autonomia delle masse attive e passive** (art. 284, comma 3, art. 287 CCII) non esclude la realtà di questa moderna logica di gruppo, segnalata dalla possibilità del tribunale di omologare il concordato in considerazione dei "vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano di gruppo" (e dei creditori di ciascuna di essi), qualora siano in grado di neutralizzare il pregiudizio di taluna di esse, purché "conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo". Ciò detto, la formula dei vantaggi compensativi resta obiettivamente generica, affidando all'interprete, e quindi al giudicante, il compito di riempirne il contenuto di sostanza economica (in questo senso ancora Alessandri, op. cit., 1851 e ss.). Il nuovo assetto accredita la possibilità di declinazioni moderne: senza ammettere vantaggi immateriali, occorrendo la prospettazione di concrete contropartite dei pregiudizi arrecati con il trasferimento di risorse, il legislatore ha precisato che i vantaggi oltre che effettivamente conseguiti possono, alternativamente, essere «fondatamente prevedibili quali conseguenza dell'appartenenza al gruppo». In tal modo il legislatore problematizza alcuni dei parametri sinora elaborati dalla giurisprudenza penale (v. supra). Sembra divenuta inesigibile, ad esempio, la necessità di una previsione di sostanziale certezza nel momento in cui la condotta è attuata (v., invece, sinora, **Cass. pen. sez. V, n. 8253/2016**, cit.) occorrendo una fondata probabilità, in linea con il fatto che l'attività d'impresa è esposta a rischio non calcolabile e preventivabile con sicurezza, ma solo con ragionevole approssimazione. Non potrà esigersi la prova di vantaggi immediatamente conseguiti come contropartita precisa e speculare (v. invece, sinora, **Cass. pen. sez. V, 4/6/2015, n. 23997** quanto allo "specifico vantaggio, anche indirettamente derivante da quello riferibile al gruppo nel suo complesso, idoneo a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi delle operazioni stesse"), bensì previsioni attendibili, secondo elementi concreti, che quell'operazione, provvisoriamente in pregiudizio di una società, sarebbe stata seguita da un ristoro in un futuro concretamente valutabile.

Dubitabile, ancora, è se per l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, qualora il fatto si riferisca a rapporti intercorsi fra società appartenenti al medesimo gruppo, possa richiedere in ogni caso un saldo finale positivo delle operazioni, compiute nella logica e nell'interesse del gruppo: la logica dell' art. 2634 c.c. essendo più ampia di quella di tipo aritmetico che sostiene l' art. 2497 c.c.

Se può condividersi che nell'ambito della bancarotta, i trasferimenti tra le diverse società appartenenti al gruppo, oggi più che in passato, non possono essere automaticamente riconducibili al paradigma della distrazione o della dissipazione, dovendo considerarsi in base alle dinamiche interne del gruppo, alle sue prospettive di rafforzamento o arricchimento e alle ricadute positive sulle singole società comprese nel perimetro (in questi termini, ancora, Alessandri, op.cit., 1852), va rimarcata che l'assetto positivo apprezza dette operazioni, ove realizzate in concomitanza con fasi di probabile crisi, solo in quanto accompagnate dalla trasparente procedimentalizzazione negoziale e giudiziale della crisi con gli strumenti previsti dal CCII; condizione imprescindibile per ridurre lo spazio del diritto punitivo.

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza